

# DAS REGULAE IURIS AOS BROCARDOS JURÍDICOS

Dárcio Roberto Martins Rodrigues\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Direito Romano: as *regulae iuris*. 3. Idade Média: a glosa e os “*brocarda*”. 4. Conclusão: os brocardos hoje; 5. Bibliografia.

## 1. Introdução

Como é sabido, os brocardos jurídicos, também chamados adágios ou anexins<sup>1</sup> de direito, são breves sentenças que exprimem em uma fórmula sintética idéias ou princípios gerais consolidados pela longa tradição da experiência jurídica. Consagrados pelo uso constante, quer na prática forense, quer na obra dos acadêmicos do direito, os brocardos jurídicos adquiriram tamanha importância, que são tidos como verdadeiras fontes de cognição dos princípios gerais de direito.

Desde logo despertaram a atenção dos estudiosos, que passaram a compendiar-los em coletâneas ou florilégios, ainda hoje muito encontradiços entre nós<sup>2</sup> – embora nem sempre elaborados com o rigor científico que seria desejável<sup>3</sup> – bem como na literatura em língua

\* Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>1</sup> Outros sinônimos: aforismo, apotegma, axioma, epodo, gnoma, parêmia, próloquio, riflão. Prefere-se, no entanto, o termo brocardo, que já assumiu o significado técnico de sentença ou máxima de teor legal ou jurídico. A etimologia da palavra é obscura. Alguns pretendem fazê-la originar-se do nome do jurista Burchard, bispo de Worms, que no séc. XI foi autor de uma coletânea de decretos (e não de anexins de direito, como se sói dizer), ou então da expressão grega *protarchica* (“primeiros princípios”). Acerca da origem e significação da palavra, ver R. LIMONGI FRANÇA, *Brocardos Jurídicos*, 4 ed., São Paulo, RT, 1984, pp. 16-19.

<sup>2</sup> Podemos enumerar, dentre os que pudemos compulsar e examinar para este estudo: A. THIEIRA DE FREITAS, *Regras de Direito*, Rio de Janeiro, Garnier, 1882; V. C. DA SILVEIRA, *Adagium*, in *Dicionário de Direito Romano*, São Paulo, Bushatsky, 1957; A. S. CORREA, *Dicionário de Adágios e Princípios Jurídicos*, 2 v., Lisboa, s.e., 1958; T. O. SPALDING, *Pequeno Dicionário Jurídico de Citações Latinas*, São Paulo, Saraiva, 1971; A. B. FAÉ, *Vocabulário de Latim Forense*, São Paulo, Afonso, 1978; A. CARLETTI, *Brocardos Jurídicos*, São Paulo, EUD, 1979; A. CARLETTI, *Dicionário de Latim Jurídico*, 6 ed., São Paulo, EUD, 1985; M. PARZIALE, *Aforismos Jurídicos*, Uberlândia, Univ. Fed. de Uberlândia, 1985; D. J. FELIPE, *Terminologia Latina Forense*, Campinas, Julex, 1987; V. GONZAGA, *Vocabulário de Latim Forense*, 2 ed., São Paulo, Edipro, 1993; D. A. V. RODRIGUES, *Brocardos Jurídicos*, 11a. ed., São Paulo, Ateniense, 1994; M. C. B. GONZAGA, *Frases de Latim Forense*, São Paulo, Livraria de Direito, 1994; A. CARLETTI, – I. A. PEDROTTI, *Manual de Latim Forense* (3 v.), São Paulo, EUD, 1995; J. A. M. ALONSO, *Dicionário de Latim Jurídico e Frases Latinas*, Vitória, UFES, 1998; R. C. XAVIER, *O Latim no Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 5 ed., 1999, pp. 214-276; V. P. SARAIVA, *Expressões Latinas Jurídicas e Forenses*, São Paulo, Saraiva, 1999; A. L. FILARDI, *Dicionário de Expressões Latinas*, São Paulo, Atlas, 2000.

<sup>3</sup> Basta lembrar que boa parte, senão a maioria dessas obras, apresenta brocardos sem indicar as fontes (como ocorre, por exemplo, com a de D. A. V. RODRIGUES, cit. nt. 2), ou mesmo citando-as de maneira antiquada e não mais usual dentro da técnica romanística (é o caso, por exemplo dos compêndios de A. CARLETTI, e da obra de R. C. XAVIER, ambos cit. nt. 2), e muitas vezes com redação diversa da original. Chega a ser constrangedor que o próprio D. A. V. RODRIGUES, tido como um dos principais divulgadores da matéria entre nós, admita candidamente, no prefácio à 1ª ed. de sua coletânea (cit. nt. 2), que seu trabalho consiste de citações “de segunda mão”.

estrangeira<sup>4</sup>. Em razão, porém, dessa vulgarização do seu emprego, os brocardos passaram a ser repetidos nas mais variadas formulações, sem que se tivesse consciência de sua origem e significado, e, mais grave, sem uma indagação teórica acerca do seu processo de formação e da própria natureza do seu conteúdo. Esse questionamento se torna tão mais necessário à medida que o repertório de brocardos passou a incorporar aforismos de procedências as mais variadas, encerrando conceitos pertencentes a categorias lógicas as mais diversas (preceitos normativos, definições, classificações, enumerações, comparações, distinções etc.), constituindo um aglomerado heterogêneo e desordenado.

Expressos, de ordinário, em língua latina, muitas vezes não têm os brocardos ligação alguma com as fontes romanas, devendo sua divulgação em latim ao respeito pela tradição e por aquele que durante séculos foi o idioma universal dos estudiosos, dos sábios e sobretudo dos juristas. Não será esse, portanto, um critério seguro para a determinação de sua origem. Um primeiro exame nos levará à constatação empírica de que são principalmente quatro as fontes em que se abeberaram os paremiólogos do direito<sup>5</sup>:

1) Os textos dos jurisconsultos romanos, que chegaram a nós por obra da compilação justinianéia, com destaque para as *regulae iuris*, de que encontramos uma coleção em D. 50,17 (*De Diversis Regulis Iuris Antiqui*), a primeira de muitas que se fariam depois, sobretudo durante a Idade Média.

2) O trabalho dos juristas medievais, glosadores e pós-glosadores, que, além de recompilar com singular diligência as *regulae iuris* romanas, foram também bastante fecundos na elaboração de novos adágios. Podemos dizer que estas duas primeiras são fontes científicas ou eruditas.

3) A prática forense e o senso comum dos aplicadores do direito, que não tardaram em forjar máximas como *in dubio pro reo*, *audietur et altera pars*, etc.

4) Finalmente, há os adágios de origem popular, muitas vezes aplicáveis a matéria jurídica, tais como “quem cala, consente”, “mais vale um mau acordo que uma boa demanda”, etc. Estas duas últimas podemos chamar fontes não científicas ou vulgares.

<sup>4</sup> Dentre os que examinamos para este estudo, destacamos: F. FROMMELT, *Regulae Iuris*, Leipzig, Weiss & Neumeister, 1878; E. H. JACKSON, *Law-Latin: A Treatise in Latin with Legal Maxims and Phrases as a Basis of Instruction*, Washington D.C., Byrne & Co., 2 ed., 1905 (reimpr. Littleton CO, Rothman & Co, 1994); G. LOMONACO, *Nozioni di Diritto Civile Italiano*, 3a. ed., Napoli, Jovene, 1911, pp. 1043 ss; E. H. JACKSON, *Latin for Lawyers*, London, Sweet and Maxwell, Ltd., 1915 (reimpr. Union, NJ, The Lawbook Exchange, 1992); C. L. DE HARO, *Diccionario de Reglas, Aforismos y Principios de Derecho*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1943; J. M. MANS PUIGARNAU, *Los Principios Generales del Derecho - Repertorio de Reglas y Aforismos Juridicos*, Barcelona, Bosch, 1979; G. CABANELLAS, *Repertorio Juridico de Locuciones, Maximas y Aforismos Latinos e Castellanos*, Buenos Aires, Heliasta, 1979; L. DE MAURI, *Regulae Iuris*, 11ª ed., Milano, Hoepli, 1984; D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München, C.H. Beck, 5 ed., 1991. Este último é com certeza um dos melhores e mais criteriosamente organizados, com ricas remissões às fontes romanas e do direito intermédio, bem como ao direito positivo moderno, além de explicações e remissões internas de um brocardo a outros de sentido semelhante.

<sup>5</sup> Classificação semelhante, embora com algumas diferenças, é adotada por S. RICCOBONO no seu verbete *Brocardica* in NNDI (*Novissimo Digesto Italiano*) 2 (1957).

A essas quatro seria ainda possível acrescentar fontes literárias diversas que ajudaram a enriquecer a paremiografia jurídica. Assim, por exemplo, deve-se a Cícero (*De Officiis* I, 10) o registro do velho provérbio *summum ius, summa iniuria*. As máximas *iudex damnatus cum nocens absolvitur*, ou *reus innocens fortunam, non testem timet*, entre diversas outras, são atribuídas ao escritor latino Publílio Siro. São de Shakespeare outras tantas como *crimes like lands are not inherited* (*Timon of Athens*, V, iv, 37; cf. com Gai. 2 ad ed. provinc. D. 50,17,111,1 e Pomp. 29 ad Sab. D. 50,17,38). E há ainda outros, como *sir Francis Bacon*, e.g., que nos deixou as suas *Legum Leges*<sup>6</sup>.

O modesto escopo do presente trabalho é lançar uma breve vista d'olhos sobre a história dos brocardos jurídicos, no intuito de trazer ao exame alguns aspectos relevantes de sua formação, estrutura e conteúdo, o que resultará, espera-se, em auxílio de alguma valia ao estudioso que procura melhor compreender essa importante forma de expressão do direito em suas relações com a teoria geral do direito civil. Para esse fim, limitar-nos-emos às duas fontes históricas que acima classificamos como eruditas, não apenas por serem as mais genuínas e de maior valor científico, como ainda porque são as que melhor se prestam a um estudo objetivo, haja vista que se manifestaram originalmente em forma escrita, tendo em grande parte chegado até nós em razoável completude.

## 2. Direito Romano: as *regulae iuris*<sup>7</sup>

A formulação de princípios gerais ou regras de direito é o resultado de um processo de abstração que parte do singular para o genérico, isto é, da solução de um problema caso a caso para a indução de um conceito geral presente no substrato de cada uma das soluções individuais, abstraídas de seus elementos acidentais. F. SCHULZ<sup>8</sup> exemplifica esse processo partindo de uma primeira hipótese em que se estabelecesse a responsabilidade do vendedor de um cavalo pelo prejuízo causado em razão do atraso na entrega do mesmo. Dessa decisão isolada, e em face de uma pluralidade de situações análogas, poder-se-ia transitar para um primeiro grau de abstração e concluir que o vendedor de um animal qualquer (e não apenas de um cavalo) será responsável pelo atraso na entrega ao comprador. Ainda segundo F. SCHULZ<sup>9</sup>, esse passo inicial em direção à generalização já estaria presente nos primeiros documentos jurídicos de que temos notícia, como o Código de Hamurabi, o Pentateuco e mesmo a Lei das XII Tábuas.

Em um momento seguinte, seria atingido um segundo grau de abstração com a extensão do mesmo princípio a todo e qualquer vendedor, e não somente aos vendedores de animais. O estágio seguinte seria alcançado quando houvesse o reconhecimento de que não apenas o vendedor, mas todo devedor em uma relação contratual deveria estar sujeito à mesma responsabilidade. Finalmente, o grau superior de abstração viria ao se verificar que o atraso no adimplemento nada

<sup>6</sup> Publicadas entre nós na *Revista de Direito Civil*, v. 8 (1979), p. 489 ss.

<sup>7</sup> A primeira parte deste item II se baseia em um segmento do nosso artigo *Abstração e Sistematização na Iurisprudencia Romana*, in *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, 97 (2002), pp. 25-32.

<sup>8</sup> *Prinzipien des römischen Rechts*, München, Duncker & Humboldt, 1934, p. 27.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 27-28.

mais é do que uma das inúmeras maneiras possíveis de violação do direito de crédito, resultando daí o princípio ou regra geral da responsabilidade contratual: o devedor está obrigado a indenizar o credor por qualquer prejuízo decorrente do não cumprimento de uma obrigação contratual.

Os romanos, como é sabido, foram sempre infensos a abstrações e conceitos gerais. O que as fontes romanas nos fornecem são sobretudo coletâneas de casos práticos e pareceres, pouco pródigos em normas de aplicação generalizada. Até os institutos fundamentais do direito privado, como *dominium*, *possessio*, *contractus*, *obligatio*, etc, ficaram sem uma definição abstrata<sup>10</sup>. E mesmo quando os jurisconsultos romanos permitiam-se a enunciação de regras de direito, jamais ousavam afastar-se demasiado da concretude da casuística, valendo-se de exemplos práticos para fundamentar suas idéias. No dizer de L. WENGER<sup>11</sup>, a jurisprudência romana gostava sempre de manter os dois pés no chão.

Não foi por outra razão, diga-se de passagem, que a própria idéia de lei, entendida como declaração geral de direito estatuída pelo Estado, era muito pouco prestigiada no ordenamento jurídico romano<sup>12</sup>. De fato, durante todo o período clássico virtualmente não existiu regulamentação estatal atinente às áreas centrais do direito privado, tais como a propriedade, os contratos, o matrimônio ou a sucessão hereditária<sup>13</sup>. No direito romano clássico, a principal forma de expressão do direito era a atividade prática dos jurisconsultos e pretores, que corrigiam e integravam o antigo *ius civile* de acordo com as necessidades sociais. Mas a *lex*, proposta pelo magistrado e votada pelos comícios populares, tinha caráter sempre excepcional, sendo utilizada apenas para os casos em que era indispensável a objetivação de uma norma geral (e.g. para quantificar o valor de uma indenização, como na *Lex Aquilia*). Durante cerca de 500 anos de atuação dessa fonte produtora de direito (ou seja, do final do séc. VI a.C. até o início do principado), os estudiosos costumam enumerar não mais de cerca de 800 *leges*<sup>14</sup>, a maioria delas para fins de organização estatal ou utilidade econômica e social<sup>15</sup> – quantidade irrisória, diante da plethora de leis e decretos que vemos hoje despejados nos diários oficiais a cada dia.

Não obstante, houve um momento na história da jurisprudência romana no qual se observa, ao invés dessa aversão por generalizações, o surgimento de uma corrente doutrinária com manifesto

---

<sup>10</sup> Dizia Javoleno, expressando um sentir tipicamente romano: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit* (Iav. II *epist.* D. 50,17,202). “Toda definição no direito civil é perigosa, pois pouco se pode fazer para que não seja subvertida”.

<sup>11</sup> *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, Holzhausens, 1953, p. 487, nt. 150.

<sup>12</sup> Com isto pretendemos dizer apenas que a elas foi atribuída diminuta relevância prática, quando confrontadas com outras fontes do direito, quais a *iurisprudencia* ou os *edicta* dos magistrados. Não se entenda, contudo, que às *leges* faltasse prestígio no sentido de respeito e autoridade. Ao contrário, sendo a *lex* a manifestação da vontade legiferante do próprio *populus romanus*, era ela o verdadeiro protótipo da fonte do direito, e servia de parâmetro e modelo para a força vinculante das demais; Gaio, por exemplo, aproxima das leis os plebiscitos, *senatusconsultos*, *constituições imperiais* e *responsa prudentium* ao dizer que estes “*legis vicem optinent*” (Gai. I, 3-7). Nesse sentido M. KASER, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln, Böhlau, 1986, pág. 14 e ss.

<sup>13</sup> “*Das ‘Volk des Rechts’ ist nicht das Volk des Gesetzes*”, já observou F. SCHULZ *Prinzipien...* (cit. nt. 8), p. 4.

<sup>14</sup> Para uma lista cronológica das *leges* conhecidas, G. ROTONDI, *Comicialis Lex*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana* [= *Leges Publicae Populi Romani*, Hildesheim, Olms, 1962].

<sup>15</sup> O mesmo se poderia dizer dos *senatusconsulta* e das *constitutiones principum*, que também eram normas gerais e igualmente pouco numerosos.

pendor para a teorização e a criação de *regulae* abstratas. Foi o período da chamada “jurisprudência regular”, que assinalou o início da elaboração científica do direito em Roma. A partir dos *responsa* a diversos casos concretos, começava a emergir a idéia unificadora que servira de embasamento a cada um deles, elevando gradativamente o pensamento jurídico da pura casuística empírica para uma abordagem teórica, ainda que incipiente, do fenômeno jurídico. Foi um processo lento, é verdade, mas, no fraseado peculiar de L. WENGER<sup>16</sup>, estava arrombado o portão que separa a mera práxis da ciência. Teria sido esse, então, o período mais fértil para a criação das *regulae iuris*, muitas das quais se perpetuariam nos textos dos juriconsultos clássicos e, posteriormente, na compilação de Justiniano, sobretudo no último título do Digesto (D. 50,17, *De Diversis Regulis Iuris Antiquis*).

Muito se tem debatido na doutrina acerca da determinação precisa da época em que teria tido início essa tendência na jurisprudência republicana romana. De acordo com a controversa teoria de P. JÖRS<sup>17</sup>, o precursor teria sido Marco Pórcio Catão (234 – 149 a.C.)<sup>18</sup>, filho de Catão, o censor. Seria ele o primeiro a afastar o método puramente casuístico a fim de buscar na analogia entre casos, *responsa* e *legis actiones* semelhantes um novo elemento para a decisão de casos futuros: as *regulae iuris*. Daí o chamar-se esse período de “jurisprudência regular”. Contestando essa idéia, E. GANDOLFO<sup>19</sup>, após afirmar que os fragmentos do Digesto em que P. JÖRS se estriba para corroborar sua tese não são conclusivos, insiste em que a jurisprudência romana desde as XII tábuas sempre fora “regular”, demonstrando a existência de regras pré-atonianas, que se referem a institutos do direito antigo<sup>20</sup>.

Poder-se-ia a isto replicar que o próprio P. JÖRS não negava que já Catão pai e outros antes dele houvessem cunhado regras jurídicas, mas que, como propugna L. WENGER<sup>21</sup>, o mérito de Catão filho foi o de por primeiro trabalhar essas regras de modo sistemático, dando-lhes uma forma literária própria e transformando-as em ponto de partida das discussões tanto de casos práticos como do próprio conteúdo do direito aplicável.

Não interessa, todavia, para os fins do presente estudo, adentrar na discussão deste ponto, nem examinar com maior vagar os argumentos de uma ou outra parte. Parece-nos, em verdade, de somenos importância contender acerca do momento histórico em que ocorreu essa transformação ou das razões para atribuir os louros a este ou aquele personagem. Releva, na ordem destas ponderações, compreender o processo mesmo da evolução do pensar jurídico que conduziu à gênese das *regulae iuris*.

<sup>16</sup> *Die Quellen...* (cit. nt. 11), § 75, p. 487.

<sup>17</sup> *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik – I. Teil*, Berlin, Vahlen, 1888, pp. 280 ss.

<sup>18</sup> Seu nome está ligado à chamada *regula* Catoniana, uma das mais antigas *regulae iuris*, tratada no título D. 34,7, cujo primeiro fragmento (Cels. 35 dig.) enuncia: *Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere*. Como se vê, ela originalmente se referia apenas aos legados, mas, em Paul. 8 ad Sab. D. 50,17,29, Paulo exprime a mesma regra em termos gerais: *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*. Ver a respeito H. HAUSMANINGER, *Celsus und die regula Catoniana*, in TR (*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*) 36 (1968), pp. 469-488.

<sup>19</sup> *Catone e le Regole di Diritto*, in *Archivio Giuridico*, v. 43, p. 409 e ss.

<sup>20</sup> Um interessante comentário às argumentações de ambos os autores citados encontra-se em G. CERVI, *Regole di Diritto (Regulae Iuris)*, in EGI (*Enciclopedia Giuridica Italiana*), 1912. Este autor, no entanto, acolhe a tese de E. GANDOLFO.

<sup>21</sup> *Die Quellen...* (cit. nt. 11), pág 487, nt. 151.

Não há negar que os dois últimos séculos da república romana foram da maior relevância para o desenvolvimento da jurisprudência como verdadeira ciência. Refere-nos por exemplo Pompônio, em Pomp. *l. s. enchir.* D. 1,2,2,41, que Quinto Múcio (cônsul em 95 a.C., morto em 82 a.C.), foi o primeiro a expor sistematicamente (*generatim*) todo o direito civil, o que já é, em si, um fato de grande significância. Ademais, sabe-se que a maior parte das *regulae iuris* provém do final da era republicana<sup>22</sup>. O que teria levado a jurisprudência dessa época a alçar tais vãos, tão contrários à índole da cultura romana, à qual, conforme já apontamos, repugnavam o pensamento sistemático e as abstrações?

A resposta, no entender de F. SCHULZ<sup>23</sup>, estaria na influência grega exercida sobre as artes e ciências romanas, mormente após a segunda guerra púnica. É bem verdade, e não o nega F. SCHULZ, que essa influência marcante jamais deixou de existir, mas foi particularmente intensa no período indicado, quando floresceu o movimento intelectual que os historiadores chamam de helenismo.

Para F. SCHULZ, a contribuição definitiva do helenismo foi a introdução do pensamento dialético em Roma. Devemos aqui, é claro, entender a palavra dialética no seu sentido platônico, significando o estudo dos gêneros e das espécies, a busca do conhecimento por meio da distinção (em grego *diáiresis*) por um lado e da síntese (gr. *sinagogé* ou *synthesis*) por outro. Esse método de discernimento sistemático de gêneros e espécies arrancou os estudos jurídicos do torpor da casuística estéril, e levou os jurisperitos de então a imitar os dialéticos gregos, procurando dividir em categorias distintas os vários institutos jurídicos.

O nome técnico para essas distinções era, em grego, como já foi dito, *diáiresis*, termo que corresponde em latim a *divisio*, *differentia* ou *distinctio*. Este último consagrou-se na Idade Média, a partir da Escola de Bolonha, e tornou-se vocábulo técnico na terminologia dos glosadores<sup>24</sup>.

A importância do emprego das *distinctiones* pelos jurisconsultos romanos não pode ser subestimada. Foi o que permitiu, por exemplo, a sistematização do *ius civile* por Quinto Múcio. O não dispormos de material suficiente para reconstituir sua obra é uma grande lástima para o estudo da história da jurisprudência romana.

No direito clássico encontramos em estágio avançado a técnica de classificar por gêneros e espécies os institutos jurídicos, o que é conspícuo em Gaio, cujas institutas são uma exposição bastante metódica. Gaio distingue as espécies de pessoas (G. 1,9-12; G. 1,48; G. 1,142), de

<sup>22</sup> Cf. S. RICCOBONO, *Regulae Iuris*, in NNNDI (*Novissimo Digesto Italiano*), 1957. V. tb. F. SCHULZ, *Prinzipien...* (cit. nt.8), p. 44.

<sup>23</sup> *History of Roman Legal Science*, London, Oxford University Press, 1946, pp. 60-69.

<sup>24</sup> E. SECKEL, no seu *Distinctiones Glossatorum*, Graz, Akademisch, 1956, p. 281, assim conceitua a *distinctio* (tradução nossa do alemão): "*Distinctiones* são produções literárias que operam com diferenças no interior de um conceito primário original. O conceito primário é decomposto (*distinguere*) tanto quanto possível em seus conceitos secundários originais, por meio da atração de caracteres particulares contrastantes; conforme o caso, o conceito secundário submete-se ao mesmo procedimento científico (*subdistinguere*). Os conceitos primários a dissociar são buscados já no campo dos tipos legais [*Tatbestand*], já no das regras de direito, já no das relações jurídicas. Algumas das *distinctiones* podem ser comparadas com os parágrafos dos nossos manuais teóricos altamente sistematizados". Saliente-se, entretanto, que o autor aqui se refere mais especificamente às *distinctiones* dos glosadores, que lhes deram emprego sistemático muito mais extensivo do que os juristas romanos.

coisas (G. 2,2; G. 2,12; G. 2,18), de heranças (G. 2,99), de legados (G. 2,192), de obrigações (G. 3,88-89), de ações (G. 4,1), e assim por diante. Muitas dessas distinções do período clássico remontam na verdade à fase anterior, e o próprio Gaius nos aponta algumas *distinctiones* republicanas (G. 1,188; G. 3,183, e.g.), fazendo mesmo referência a Quinto Múcio, cujas *distinctiones* ao que parece eram muito bem acolhidas e discutidas pelos jurisconsultos da república.

Foi a *distinctio*, portanto, uma contribuição fundamental da dialética, trazida pelo helenismo. Mas é certo que o uso de *distinctiones* traz em pós de si um outro fator determinante para os novos rumos do pensamento jurídico romano. Pois, diante da exposição sistemática de várias hipóteses que incorporam caracteres contrastantes contidos no substrato de um mesmo instituto, a aplicação do raciocínio dialético desperta no estudioso a aspiração de perquirir mais além, chegando às razões mesmas dessas distinções, aos seus princípios governantes. Se, pois, ao distinguir e.g. as várias formas de *stipulatio* (como em G. 3,103), for questionado o porquê de algumas delas serem reconhecidas como válidas e outras não, pode-se chegar a uma resposta abstrata, como fez Quinto Múcio em *Muc. l. s. hóron*. D. 50,17,73,4: *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest*, ou seja, ninguém pode, por ato seu, obrigar contratualmente a outrem. Outro exemplo: ao distinguirem-se (como em *Ulp. 2 inst.* D. 8,3,1,pr.) as várias espécies de servidões rústicas, a observação de que o *iter* está contido no *actus*, mas não vice-versa, pede uma explicação geral, que o mesmo jurisconsulto nos deu em *Ulp. 27 ad Sab.* D. 50,17,21: *Non debet cui plus licet quod minus est non licere*, uma expressão semelhante à do nosso ditado “quem pode o mais, pode o menos”. O importante é que a conclusão, em ambos os exemplos, enuncia um princípio aplicável a um gênero mais amplo de situações, reunindo outros elementos além daqueles inicialmente visados. Quando os jurisconsultos aprenderam a raciocinar dessa forma, a jurisprudência romana assistiu a um episódio marcante na sua evolução: o nascimento da *regula iuris*.

A criação de uma regra de direito consiste, então, no ato de extrair de um conjunto de casos análogos o princípio geral a todos subjacente. Um exemplo famoso, bem documentado pelas fontes, permite-nos acompanhar pelos textos romanos o caminho percorrido do fato à regra.

Valério Máximo, nos seus *Factorum Dictorumque Memorabilium Libri IX*, (8,2,4), relata o seguinte sucesso:

*Multus sermo eo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, quod equo, cuius usus illi usque ad Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset.*

TRADUÇÃO NOSSA: Houve também muito falatório em razão daquele processo no qual alguém foi condenado por furto, porque foi com um cavalo, cujo uso lhe fora cedido em empréstimo até Arícia, a uma colina mais além daquele município.

Trata-se de um acontecimento isolado, do qual o texto não pretende extrair ilação alguma, mesmo porque quem o relata não é jurista. Mas é de inferir-se que até então não havia uma opinião assente naquele sentido, pois que, segundo o cronista, a decisão causou “muito falatório”.

Reencontramos o problema em um outro texto, este de Aulo Gélío (*Noctes Atticae*, 6,15), que nos dá notícia de caso semelhante, enriquecido pela alusão ao parecer de importantes juriconsultos, inclusive Quinto Cévola:

*Labeo in libro de XII tabulis secundo acria et severa judicia de furtis habita esse apud veteres scripsit, idque Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse, qui iumentum aliorum duxerat quam utendum acceperat, item qui longius produxerat quam quo utendum in quem locum petierat. Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civile composuit, XVI verba haec posuit: 'quod cui servandum datum est, si is usus est, sive quod utendum accipit, ad aliam rem atque accipit usus est, furti se obligavit'.*

TRADUÇÃO NOSSA: Labeão, no segundo livro sobre as XII tábuas, escreveu que entre os antigos houve julgamentos enérgicos e severos acerca dos furtos, e que Bruto disse ser isso comum, que aquele que conduzira um jumento a outro lugar que não aquele para o qual o recebera para uso, também foi condenado por furto, bem como quem prosseguira além do local até o qual havia pedido para usar. Do mesmo modo Quinto Cévola, no décimo-sexto dos livros que compôs acerca do direito civil, incluiu estas palavras: 'Se aquele, a quem algo foi dado para ser guardado, o usou, ou se usou para outra coisa que não aquela para a qual o recebeu, tornou-se responsável por furto'.

Labeão, primeiro chefe da escola proculiana, foi contemporâneo de Augusto. O Bruto a que ele faz menção deve ser Marco Júnio, juriconsulto do séc. II a.C. Vê-se que com Bruto já se verifica um avanço no sentido da generalização, posto que este não faz menção a um acontecimento específico, como no texto de Valério Máximo, mas fala da hipótese de um jumento emprestado (e não mais um cavalo) e que tivesse sido levado não só além do local combinado, mas também, por extensão, a qualquer lugar diverso daquele. E já Quinto Cévola elabora uma primeira regra, aplicável a qualquer objeto ("*quod*") recebido quer a título de comodato ("*utendum*"), quer a título de depósito ("*servandum*"), o que é uma ampliação do conceito original. A regra mais geral encontramos em Gai. *13 ad ed. provinc. D. 47,2,55,1*, que conceitua o *furtum usus*: *satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat* (é bastante evidente que também ocorre furto se alguém converte o uso de coisa alheia em seu benefício)<sup>25</sup>. Tal regra é abraçada pela jurisprudência, e incorporada à própria noção geral de furto, em Paul. *39 ad ed. D. 47,2,1,3*: *furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* (furto é a subtração fraudulenta, para obter lucro, seja da própria coisa, seja também do seu uso ou posse)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> M. BRETONE (*Storia del Diritto Romano*, Roma-Bari, Laterza, 1987, trad. alemã de Brigitte Galsterer, *Geschichte des Römischen Rechts – Von den Anfängen bis Justinian*, München, Beck, 1992, pp. 207-208) adota precisamente a evolução do *furtum usus* como exemplo da evolução de uma *regula iuris*, e vai mais além, considerando o detalhamento e as exceções que ela recebeu da *iurisprudentia*, sobretudo de Pompônio, Juliano e Ulpiano em Pomp. *38 ad Q. Muc. D. 47,2,77*, pr. e Ulp. *28 ad ed. D. 13,6,5,8*.

<sup>26</sup> Ver ainda Paul. *9 ad Sab. D. 47,2,40*; Pomp. *38 ad Q. Muc. D. 47,2,77*, pr.; Pomp. *38 ad Q. Muc. D. 13,1,16*; G. 3,196. Cf. tb. M. D. FLORÍDIA HIDALGO, *La Casuística del Furtum en la Jurisprudencia Romana*, Madrid, Dykinson, 1991, pp. 159-164.

O que aqui se nos depara, e com clareza meridiana, é a transição sucessiva para graus crescentes de abstração, exatamente como teorizou F. SCHULZ<sup>27</sup>. O resultado final é a *regula*, que corresponde ao que os dialéticos gregos chamavam de *hóros* ou *kánon*. Entretanto, F. SCHULZ<sup>28</sup> repudia a denominação usual de “jurisprudência regular” para essa busca republicana por princípios, dado que qualquer tendência à formação de regras poderia ser assim rotulada, enquanto o caso romano é fruto da aplicação do método dialético, da *diáiresis* grega. E preconiza, por tal motivo, o nome “jurisprudência dialética”.

Neste ponto, convém que nos detenhamos a considerar a que, afinal, semelhante método levou o pensar dos jurisperitos romanos, ou, em outros termos, qual o conteúdo das *regulae* destarte formuladas. Eis uma questão difícil, mas fundamental, pois significa examinar o próprio sentido da palavra: o que é uma *regula iuris*?

Conforme já insinuamos na introdução, o estudo das proposições que usualmente se reúnem sob a designação de *regulae iuris* nos descerra um leque variegado de máximas de conteúdo nada uniforme. Algumas claramente abarcam preceitos normativos, manifestos não raro pelo uso do gerundivo (e.g. *pacta sunt servanda*), por um verbo de sentido imperativo (e.g. *culpa ubi non est, nec poena esse debet*), ou ainda pelo uso do subjuntivo exortativo (*audiatur et altera pars*), etc. Já outras se aproximam mais de uma definição ou descrição objetiva de um instituto (e.g. *mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*). Outras, ainda, expressam o mero esclarecimento de um fato, tido talvez como apodíctico (e.g. *socii mei socius meus socius non est*), e assim por diante.

De modo algum se pretende aqui aduzir uma enumeração exaustiva dessas categorias tão várias, tarefa que ademais requereria critérios lógicos e metodológicos rigorosos. Importa verificar que o termo *regula* na verdade nomeia um conjunto heterogêneo de proposições, que no entanto devem ter algum ponto de contato, posto que reunidas em um mesmo gênero. Que é, afinal, uma *regula*?

Prosseguindo nosso estudo no direito romano, analisemos que conceito nos transmitem as fontes. De fato, em Paul. 16 ad Plaut. D. 50,17,1, precisamente o fragmento que abre o último título do Digesto, dedicado às *diversae regulae iuris antiqui*, encontramos a seguinte definição de Paulo:

*Paul. 16 ad Plaut. D. 50,17,1 Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae, simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*

TRADUÇÃO NOSSA: Regra é aquilo que descreve brevemente uma coisa tal como ela é. Da regra não se extrai o direito, mas do direito, tal como é, faça-se a regra. Por meio da regra, portanto, é referida uma breve exposição das coisas e, como diz Sabino, é como uma *causae coniectio*, a qual, quando em algo viciada, perde simultaneamente a sua função.

Principiemos por ressaltar que o fragmento ora sob análise não está entre aqueles que se soem increpar de interpolados, não obstante sua construção pouco harmoniosa, com a repetição inútil de conceitos (“*breviter enarrat*” e “*brevis rerum narratio*”), a ruptura na linha do pensamento após o primeiro período do texto e a retomada forçada com *igitur* no terceiro. De fato, B. BRUGI afirma não ver nisso motivo para suspicácia<sup>29</sup>.

Tampouco D. BEHRENS<sup>30</sup>, que nos oferece um dos mais notáveis – conquanto breve – trabalhos de exegese sobre o fragmento indigitado, julga que se possam apresentar quaisquer críticas à sua autenticidade do ponto de vista filológico. Entretanto – e aqui se revela interessantíssima a sua argumentação – tendo em vista o conteúdo do pensamento nele declarado, não lhe parece o texto tão inatacável.

Demonstra D. BEHRENS que o fragmento examinado constitui-se na realidade da justaposição de duas ou três citações (uma delas, ao menos, de fonte não jurídica) sobre o mesmo tema. A saber: 1ª) definição inicial de *regula*; 2ª) explanação de um princípio acerca de sua aplicação (“*non ex regula ius sumatur...*”); 3ª) comparação de Sabino com a *causae coniectio*.

Vejamos o que se pode concluir das idéias que esse autor apresenta a seguir. Observa ele, inicialmente, que o primeiro trecho que compõe o fragmento (e parte do terceiro, que como vimos é uma repetição do primeiro) corresponde muito de perto ao conceito aristotélico de *horismós* (que equivale ao latim *definitio*), tal como no-lo revela, por exemplo, Cícero na sua *Ad Herennium*, IV, 25,35: *definitio est, quae rei alicuius propria amplectitur breviter et absolute* (definição é o que resume de modo breve e absoluto as propriedades de alguma coisa). Diga-se de passagem que isto comprova, e precisamente no fragmento que conceitua a *regula*, a influência da dialética grega na formulação de definições abstratas, como já assinalou F. SCHULZ<sup>31</sup>.

O que mais intriga, porém, é o paralelo que se estabelece entre *regula* e *definitio*, a ponto de ser empregada a definição desta última para definir a outra. Essa aproximação entre elas foi também notada por B. SCHMIDLIN<sup>32</sup>, que compara o mesmo fragmento a um outro excerto de Cícero, desta vez do *Orator*, 116: *est definitio oratio quae quid sit id de quo agitur ostendit quam brevissime* (definição é a proposição que mostra o mais brevemente possível o que é aquilo de que se trata).

<sup>27</sup> *Prinzipien...* (cit. nt. 8), pp. 27-28

<sup>28</sup> *History...* (cit. nt. 23), p. 67.

<sup>29</sup> *Le 'Regulae Iuris' dei Giureconsulti Romani*, in *VVAA, Studi Filosofici-Giuridici Dedicati a Giorgio Del Vecchio*, v. 1, Modena, Modenese, 1930, p. 39.

<sup>30</sup> *D. 50,17,1* in *SZ (Zeitschrift der Savigny-Stiftung)* 75 (1958), pp. 353-361.

<sup>31</sup> *History...* (cit. nt. 23), pp. 60-69.

<sup>32</sup> *Regola e Fattispecie nella Giurisprudenza Romana*, in *Studi Economici-Giuridici*, 47 (1971-1972) pp. 3-17.

<sup>33</sup> *System des heutigen römischen Rechts*, v. 1, Berlin, Veit, 1840, § 14, pp. 46 e ss.

<sup>34</sup> *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10 ed., Graz, Akademisch, 1950. No verbete *regula* encontramos: “*Regel, Bestimmung dessen, was im allgemeinen Rechtens ist, Rechtsgrundfuss, Rechtsdefinition*”. E sob *definitio*: “*Bestimmung, Vorschrift, Regel*”.

<sup>35</sup> *History...* (cit. nt. 23), p. 67.

Seriam, então, para os juristas romanos, definição e regra conceitos coincidentes, ou que, ao menos, se interpenetram? De fato, parece ser essa a opinião tradicional, de que *regula* e *definitio* se situam no mesmo plano, a qual encontramos em F. C. VON SAVIGNY<sup>33</sup> e também, por exemplo, no léxico de H. HEUMANN e E. SECKEL<sup>34</sup>; mesmo F. SCHULZ<sup>35</sup> não parece preocupado em apartar os dois conceitos. Não sem motivo pensa assim parte significativa da doutrina: muitas passagens das fontes evidenciam que os próprios romanos usavam os dois termos indistintamente. No já citado Cels. 35 *dig.* D. 34,7,1 pr., para enunciar a Regra Catoniana, Celso escreve: *Catoniana regula sic definit...* Em Pomp. 5 *ad Q. Muc.* D. 36,2,22,1, fala-se em *definitio Labeonis*, quando se trata na verdade de uma regra de direito. E os dois termos são ainda reunidos, como se um só fossem, em Iust. C. 6,38,4,2 (de 531): *secundum veteres regulas et antiquas definitiones...* Voltaremos a este ponto logo mais adiante. Mas, vejamos como prossegue D. BEHRENS.

D. BEHRENS<sup>36</sup> a seguir chama-nos a atenção para o fato de que, em filosofia clássica, a definição pode ser entendida em dois planos: no plano lógico – e neste caso trata-se apenas de definir o objeto de uma proposição em termos de *genus proximum* e *differentia specifica* – e no plano ontológico – e então diz respeito à determinação da essência de alguma coisa, ou seja, o *quid sit*. Eis a chave do problema, segundo D. BEHRENS: no campo do direito, cujos objetos últimos constituem-se de juízos lógicos de conteúdo normativo, as *definitiones* (ou *horismói*), no seu plano ontológico, devem necessariamente conter uma *regula*.

Em termos mais diretos: como o conteúdo do direito é sempre normativo, a definição de qualquer objeto no campo do direito encerra em si mesma esse conteúdo normativo. Assim, o que parece ser formalmente uma simples definição, e.g. a tradicional definição de tesouro em Paul. 31 *ad ed.* D.41,1,31,1 (*thesaurus est vetus quaedam depositio...*), não deixa de conter em si uma regra, pois não diz apenas o que é um tesouro, mas sim o que deve ser entendido como tesouro para efeitos jurídicos. Isso porque não trata de tesouro no sentido vulgar da palavra, como algo que pode ser observado no mundo do ser, mas sim do instituto jurídico chamado tesouro, que só existe como dever-ser. Inversamente, toda regra de direito pode ser vista como a definição de um dever-ser. Assim, a regra *pacta sunt servanda*, por exemplo, nada mais é do que a definição geral do conteúdo normativo que se abstrai de um objeto do mundo do direito, qual seja, o acordo de vontades.

Em termos ainda mais simples: é possível compreender a confusão dos termos em matéria jurídica pelo fato de que a definição de uma norma é necessariamente uma regra<sup>37</sup>.

Com isso se explica – e aqui retomamos a exposição de D. BEHRENS – a oração intercalada entre as duas definições de *regula* no fragmento estudado (*non ex regula ius sumatur ...*). Essa oração exprime uma consequência lógica do chamado princípio da imanência: nada pode estar contido na cognição da essência de um objeto que não esteja contido no próprio objeto. Se a regra expressa o *horismós* (em sentido ontológico) do próprio direito, não é possível que dela se extraia um direito novo.

<sup>36</sup> D. 50,17,1 (cit. nt. 30), p. 358.

<sup>37</sup> M. BRETONE (*Storia...* [cit. nt. 25], p. 206) questiona se existe alguma diferença entre a função normativa e a meramente descritiva de uma *regula iuris*, e conclui que esta sempre tem um conteúdo normativo, ainda que expresso de forma descritiva.

Vimos então que os conceitos de *definitio* e *regula* logicamente não se confundem, embora, no campo do direito, e devido às peculiaridades do seu objeto, a *definitio* contenha em si, de certa forma, uma *regula*, e vice-versa. A conclusão é importante, pois conforme salienta S. RICCOBONO JR.<sup>38</sup>, a distinção entre *regula* e *definitio*, já percebida pelos glosadores, ganha destaque na doutrina mais recente. Regula então seria, segundo ele, uma norma de conduta tirada da experiência e deduzida por via de síntese, e *definitio* uma proposição que estabelece uma equação semântica entre um termo definindo e um ou mais definientes; consta então de duas séries de termos comutáveis entre si e ligados por um predicado de identidade expresso por um verbo (*est, accipitur, significat, constat* etc.).

É mister ter em conta, em todo caso, que no entender de R. MARTINI<sup>39</sup> os romanos faziam a confusão entre os conceitos apenas no plano terminológico, não porém no plano lógico. Para esse autor, a razão de empregarem o termo *definitio* para aludir a qualquer formulação de caráter geral estaria na idéia de uma enunciação breve (*breviter enarrat, brevis rerum narratio*) para a qual aquela se prestava. Usava-se o termo *definire*, então, no sentido de “dizer ou enunciar com poucas palavras precisas”. E prova, com base nas fontes, que toda vez que os romanos diziam *definire* para expor um princípio ou regra, usavam o verbo para referir-se à formulação textual desse princípio de forma concisa. É o caso do já citado Cels. 35 *dig.* D. 34,7,1 pr. Sustenta R. MARTINI esse argumento lembrando que, não obstante aquele fragmento, em nenhuma passagem do Digesto faz-se menção a uma *definitio Catoniana*.

Para reforçar sua tese, o autor evoca a comparação sabiniana da *distinctio* com a *causae coniectio*. Esta última, segundo Gaio (G. 4,15) consistia em *breviter ei et quasi per indicem rem exponere: quae dicebatur causae coniectio, quasi causae in breve coactio* (breve-mente e como que por uma enumeração sumária expor a ele [i.e., o *iudex*] a matéria: o que se chamava *causae coniectio*, como que um apanhado em resumo da causa). Na brevidade da enunciação estaria a semelhança.

A *causae coniectio* (também chamada *causae collectio*<sup>40</sup>) é então entendida como uma curta exposição, sumária descrição dos fatos que apóiam, negam ou impedem o direito alegado<sup>41</sup>. A esse respeito, é de ressaltar-se no entanto que D. BEHRENS<sup>42</sup> conjectura diferentemente, propugnando que a *causae coniectio* seria na verdade aquela fase do processo romano em que a caracterização técnico-jurídica dos fatos era feita por meio da prolação solene das palavras da *actio*. A semelhança com a *regula* estaria no fato de que o menor erro na declamação formal das palavras acarretaria a descaracterização da *actio* (*cum in aliquo vitata est, perdit officium suum*).

<sup>38</sup> Adendo a S. RICCOBONO, *Regulae Iuris* (cit. nt. 22).

<sup>39</sup> *Le Definizioni dei Giuristi Romani*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 62 e ss.

<sup>40</sup> A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953, s.v. *Causae coniectio*. Na verdade, a forma *causae collectio* só aparece em G. 4,15 segundo a leitura que Studemund faz do *Codex Veronensis*, cf. E. SECKEL – B. KUEBLER (org.), *Gai Institutiones*, Lipsiae, Teubner, 1939, p.197, nt. 7.

<sup>41</sup> H. HHHHEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon...* (cit. nt. 34), s.v. *Coniectio*. V tb. O. BEHRENS, *Die causae coniectio der zwölf Tafeln und die Tabestandsdisposition der Gerichtsrethorik*, in SZ 92 (1975), pp. 162-185.

<sup>42</sup> *D. 50,17,1* (cit. nt. 30), pp. 357-358.

Em vista do exposto, resta-nos reatar a questão inicialmente proposta e refletir: à parte as considerações de ordem ontológica de D. BEHRENS, qual é o conteúdo estrutural, formal, lógico das *regulae iuris*? B. SCHMIDLIN<sup>43</sup> encontra a resposta em sua própria exegese de Paul. *16 ad Plaut.* D. 50,17,1, que a seu ver contém a justaposição “pouco elegante” de três modos de entender as *regulae*, resultantes de três fases sucessivas na metodologia da jurisprudência romana.

Segundo esse autor, as *regulae* mais antigas, às vezes referidas nas fontes como *praecepta veterum* ou *vulgo dicta* (freqüentemente aparecem em Gaio com as palavras *hoc est quod vulgo dicitur* ou *quod apud veteres scriptum est*), são na verdade um complexo de proposições lapidadas pela antiga jurisprudência, constituindo verdadeiras normas jurídicas, regras de direito em sentido estrito; na maior parte, regiam os atos formais do direito antigo, e acabaram sendo acolhidas pela tradição. Exemplos: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, superficies solo cedit, ex nudo pacto actio non nascitur*, etc. Essas regras corresponderiam ao segundo conceito de regra na definição de Paulo (*ex regula ius sumatur*), que este cita apenas para criticar.

O primeiro conceito de Paulo (*breviter enarrat* ou *brevis rerum narratio*) seria verdadeiramente resultado da dialética aristotélica, a que já aludimos, e corresponderia à regra definitória do tipo didático, que passou a ser formulada por influência grega, como vimos. São, então, autênticas *definitiones*, embora hoje as conheçamos pelo nome de *regulae* (pois não deixam de sê-lo, segundo o já referido modo de pensar de D. BEHRENS).

Finalmente, o terceiro conceito dado por Paulo (*quasi causae coniectio*), corresponde às regras casuísticas, colhidas nas decisões práticas e nos *responsa*. São soluções tipificadas, pontos de referência para o jurista ou julgador. Não prescrevem o direito *a priori*, mas o descrevem *a posteriori* (*ex iure quod est regula fiat*). Não têm, pois, caráter normativo, senão heurístico. É, provavelmente, nesta última categoria que se encaixavam os *libri regularum* que vários jurisconsultos clássicos escreveram.

No repertório de citações acumuladas durante o longo evoluir do direito romano encontramos *regulae* das três espécies distinguidas por B. SCHMIDLIN<sup>44</sup>. Mas enquanto as regras antigas (os *veterum praecepta*) são empregados na jurisprudência clássica com cautela e mesmo com manifesta desconfiança (*quae definitio in quibusdam falsa est*, diz-nos Celso em *Cels. 35 dig.* D. 34,7,1 acerca da Regra Catoniana), e as regras definitórias (ou dialéticas) ocupam um modesto segundo lugar, como auxiliar na definição e delimitação de institutos, as regras casuísticas brilham soberanas, refletindo os resultados do direito experimentado. Constituem, segundo B. SCHMIDLIN, o coroamento da jurisprudência romana em sua mais elevada expressão, com o abandono das fórmulas solenes e da concepção rígida dos institutos, tal como tipificados na *actio*. A atividade dos jurisprudentes pela casuística se torna, finalmente, o *nobile officium* de que com razão se orgulhavam.

<sup>43</sup> *Regola e Fattispecie*.... (cit. nt. 32), pp.3-17.

<sup>44</sup> *Regola e Fattispecie*.... (cit. nt. 32), pp.3-17..

### 3. Idade Média: A glosa e os “brocarda”

Tendo estudado a matéria no direito romano, e buscando uma ponte para uni-la ao tempo presente, resta agora examinar o trato que tiveram as *regulae iuris* durante a Idade Média nas mãos dos glosadores, o que faremos de modo brevíssimo, apenas para estabelecer um elo entre a “jurisprudência regular” romana e o direito moderno.

Se os romanos foram por sua natureza parcimoniosos no uso das regras de direito e desconfiavam das generalizações, como já vimos acima, os glosadores, que fizeram renascer os estudos de direito romano na Idade Média, tinham ao contrário uma acentuada propensão para o trato sistemático da ciência jurídica. Era antigo, entre eles, o hábito de “cavar” regras nos textos romanos e anotá-las à margem dos manuscritos – o que foi a primeira origem dos brocardos. Já em época não muito anterior à Escola de Bolonha temos sinais da existência de coletâneas, como *De Verbis Quibusdam Legalibus* ou os *Libelli de Verbis Legalibus*. A esse trabalho, ainda tosco e primitivo, seguiu-se a atividade própria dos glosadores, que aplicaram todo o seu conhecimento da dialética para esclarecer os conceitos abstratos, sem o comedimento que os romanos sempre demonstraram nessa área.

Dedicaram-se com grande aplicação ao estudo das *distictiones* (de que já tratamos supra) – e não resta dúvida de que alguns dos brocardos que citamos hoje são autênticas *distinctiones*<sup>45</sup>. Outro instrumento filosófico que, posto a serviço da ciência jurídica, era muito apreciado pelos glosadores (e mais ainda pelos pós-glosadores, como Bártolo e Baldo, que a tinham em grande predileção) foi a *definitio* da dialética (de que também já falamos).

Foi, porém, sobre as regras de direito que eles se detiveram com maior atenção. Para eles, a *regula* tinha o mesmo caráter dos “universais” da filosofia escolástica, pois extraía dos vários casos decididos de um mesmo modo a própria razão abstrata de decidir igualmente para todos. Para a formação de regras, utilizavam-se, portanto, dos *similia*, i.e., a reunião de casos semelhantes, dos quais se obtinha o que poderíamos hoje chamar de uma verdadeira *analogia iuris* (o que, por sinal, Justiniano, zeloso de sua codificação, e compreendendo o potencial dessa técnica hermenêutica para expandir e ampliar a aplicação do direito, proibira-a expressamente na constituição *Deo auctore* do ano 533, introdutória ao Digesto e incluída no *Codex* em C. 1,17). Assim, por exemplo, dos vários casos de ocupação (de peixes no mar, de animais bravios, de *res derelictae*, etc.), formaram a máxima *quod nullius est primo occupanti conceditur*. É, em essência, o mesmo processo de abstração descrito por F. SCHULZ<sup>46</sup>.

Seu intento era sempre alcançar uma regra absolutamente verdadeira, que fosse válida para todos os casos possíveis (os glosadores regrediram ao conceito antigo de regra, como os *veterum principia* de que tratamos anteriormente). Mas como a realidade jurídica não tem a exatidão da matemática, havia situações particulares em que a submissão à regra não seria

<sup>45</sup> Para o estudo das *distinctiones* no direito intermédio, ver acima de tudo o trabalho de E. SECKEL, *Distinctiones...* (cit. nt. 24).

<sup>46</sup> *Prinzipien...* (cit. nt. 8), pp. 27-28.

compatível com a equidade. Foi então que surgiu a famosa polêmica entre Piacentino e Giovanni Bassiano, que contendiam acerca do problema teórico de determinar se a exceção faz parte da regra ou se a ela se contrapõe. Tal discussão, bastante típica da época, pode parecer mero devaneio acadêmico desprovido de interesse prático, mas foi na verdade de grande importância para o desenvolvimento da lógica jurídica. Essa foi, aliás, outra contribuição significativa dos glosadores, devida ao uso sistemático de conceitos abstratos e regras: os comentários e glosas ao título D. 50,17 são um verdadeiro tratado de lógica jurídica.

A reunião dos *similia*, a coordenação de princípios e definições e o desenvolvimento da lógica aplicada ao direito tiveram um papel de destaque na formação das doutrinas, e foram o primeiro passo para o estabelecimento de um sistema normativo de conceitos abstratos (como o que temos hoje nos países de influência romanística) em oposição ao sistema casuístico (como o que havia na Roma antiga e ainda hoje nos países de *Common Law*)<sup>47</sup>.

Tão afeitos eram, porém, os medievais ao uso de aforismos, chegando não raro ao exagero, que Cino Sighibaldi da Pistoia (1270 – c. 1336), ilustre jurista que chegou a ser mestre de Bártolo, insurgiu-se contra os brocardos e teve por eles extremada aversão: *via est brocardica, et ideo est semper dubia*, escreveu certa vez<sup>48</sup>. Não se deve, no entanto, menoscar a utilidade que os brocardos tiveram nesse período, não só em prol da sistematização do direito como pela sua função didática e escolar (que, *obiter dictum*, também tinha em Roma).

F. C. VON SAVIGNY<sup>49</sup> nos descreve como eram as preleções em uma escola de direito na Idade Média. Primeiramente, o mestre relatava aos alunos a *Summa*, exposição geral de um título inteiro do *Corpus Iuris Civilis* (as *Summae* foram depois reduzidas a livros, muitos dos quais chegaram até nós). Em seguida, lia-se o texto das fontes, elucidando por meio de exemplos o conteúdo dos fragmentos estudados. Depois de uma breve interpretação sistemática, à caça de possíveis antinomias com outras passagens das fontes, partia-se justamente para o exame dos brocardos atinentes à matéria em pauta. Os brocardos eram parte essencial da metodologia das preleções, sendo opostos aos casos dúbios e às asserções discordantes, para resolver aparentes contradições. A preleção terminava com o debate das *quaestiones*, casos práticos reais ou inventados, que deveriam ser resolvidos (também chegaram a nossos dias muitos livros de *quaestiones*).

Não temos tenção, como já advertimos, de nos embrenhar nos meandros da história da jurisprudência medieval. Permitimo-nos este rápido bosquejo da matéria apenas como complemento ao capítulo anterior e elo entre este e o seguinte. Cumpria apenas assinalar o papel destacado dos glosadores e pós-glosadores na compilação e elaboração de brocardos e máximas. Se Roma foi o berço do direito e origem primeira das *regulae iuris*, não esqueçamos que

<sup>47</sup> O processo evolutivo que aqui comentamos muito sumariamente é explicado com mais vagar em F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto – I – Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 532 e ss.; e também B. BRUGI, *Dalla Interpretazione della Legge al Sistema del Diritto*, in B. BRUGI, *Per la Storia della Giurisprudenza e delle Università Italiane*, Torino, UTET, 1921 (pp. 47 e ss.).

<sup>48</sup> *Lect. super Cod. IV, 35, Mandati l. ad comparandas* [16]; cf. tb. F. CALASSO, *Medio Evo...* (cit. nt. 47), p. 572, e S. RICCOBONO, *Brocardica*, (cit. nt. 5).

<sup>49</sup> *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, v.1, 2 ed. Heidelberg, Mohr, 1850, §§ 204 e 209.

foi nas escolas da Idade Média que os brocardos foram acolhidos com maior desvelo e encontraram terreno fértil para disseminar-se. Se ainda hoje encontramos os brocardos no dia a dia da prática jurídica, certamente devemos muito aos glosadores.

#### 4. Conclusão: os brocardos hoje

Tendo em conta a pesquisa até aqui efetuada, resta-nos pôr ponto a estas reflexões com a enunciação de algumas observações ou considerações gerais acerca dos brocardos jurídicos e sua utilização hodierna quer pelos juristas, quer pelos praxistas do direito. Antes, porém, mister se faz a admonição de que não pretendemos teorizar sobre o papel da paremiologia como meio de integração da norma jurídica, nem de questionar o seu significado como meio de expressão do direito, ou suas conexões com os princípios gerais do direito. Vamos, em vez, tangenciar apenas esses problemas por meio da exposição pragmática de algumas conclusões objetivas do nosso estudo:

1) Quanto à sua origem, os brocardos jurídicos promanam das mais diversas fontes, sendo as mais importantes os textos do direito romano .

Devido, porém, à sua grande difusão do seu emprego, encontram-se freqüentes deturpações de texto e de redação. Assim, o muito citado *quod abundat non nocet*, na sua textualidade original, em um fragmento de Ulpiano (Ulp. 2 *fideic.* D. 50.17.94) assim se apresentava: *Non solent, quae abundant, vitiare scripturas.* Do mesmo modo, o popular *dura lex, sed lex* em sua forma completa era: *Durum hoc est, sed ita lex scripta est* (Ulp. 4 *de adult.* D. 40,9,12,1). Em todos esses casos, porém, a origem é romana, e a consulta direta às fontes, em lugar das preguiçosas citações “de segunda mão”, é sempre recomendável.

Outras vezes, a ignorância da procedência de um brocardo pode levar a equívocos mais graves, pervertendo não só a forma, mas também o próprio sentido do texto. Assim, a famosa sentença *de minimis non curat praetor* pode ser interpretada pelos desavisados como uma exortação a que o direito condene ao desprezo os interesses de pequeno valor material. Na verdade, o exame das fontes revela que essa máxima tem origem certa em passagens como Ulp. 11 *ad ed.* D. 4,3,9,5 e Call. 1 *ed. monit.* D. 4, 1,4, que dizem respeito à aplicação de alguns meios extraordinários de que o pretor dispunha por força do seu *imperium* (tais como a *restitutio in integrum*, que existia no nosso direito antes de ser extinta pelo art. 8º do Cód. Civil de 1916), dos quais só deveria lançar mão se a causa fosse de grande importância. Hoje o brocardo só pode ser aceito no tocante ao exercício do poder discricionário do juiz na concessão de medidas extraordinárias, pois esse é o seu sentido originário<sup>50</sup>. O errôneo entendimento dessa matéria poderia fornecer supedâneo às teorias mais desacertadas, como é o caso do equívocado “princípio da insignificância”, perigosamente adotado, em tempos recentes, por alguns magistrados brasileiros. A estes poderíamos lembrar outro brocardo antigo e conhecido: *iudex non debet lege clementior esse* (o juiz não deve ser mais clemente do que a lei).

<sup>50</sup> Cf. S. RICCOBONO, *Brocardica* (cit. nt. 5).

Também o trabalho dos glosadores e pós glosadores enriqueceram muito o repertório de brocardos, e foram eles que sistematizaram o seu emprego prático e didático. Muitos princípios criados por eles – e expressos sob a forma de brocardos – permanecem atuais e válidos. Um exemplo seria a moderna teoria da imprevisão, que encontra sua referência mais antiga numa parêmia atribuída à escola de Bártolo: *Contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. O princípio *rebus sic stantibus* não existia nem jamais foi formulado com essas palavras em época romana, e está ausente das fontes justinianéias.

É preciso, finalmente, ter a máxima desconfiança das parêmias de procedência popular, oriundas da *communis opinio* do vulgo, as quais devem passar por um crivo rigoroso antes de ser aceitas pelo jurista. Assim, o rifão popular “quem cala, consente” (tão antigo e difundido que aparece não raro em versão latina, *is, qui calat, consentit*), além de não expressar uma verdade jurídica (o silêncio como manifestação de vontade nos negócios jurídicos – ou mesmo nos atos processuais – é questão delicada, que absolutamente não se resolve num brocardo tão ingênuo), contradiz outra regra de maior autoridade, porque originária das fontes romanas, e que ademais condiz melhor com a verdade aceita hoje pelos juristas: *Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* (Quem cala certamente não confessa, contudo é verdade que não nega), Paul. *56 ad ed.* D. 50, 17,142.

A conseqüência da *regula* romana é evidente: o silêncio só pode ser entendido como consentimento nos casos em que se considera ônus da parte interessada negar algum fato ou manifestar-se expressamente contra alguma situação. É o caso, por exemplo, da contestação em juízo das razões alegadas pela parte contrária. Também é o caso da relocação tácita, já conhecida no direito romano (Ulp. *32 ad ed.* D.19,2,13,11), onde Ulpiano diz a esse respeito: *hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur* (precisamente porque se calaram, parecem ter consentido). Um outro brocardo conhecido, que mais corretamente expressa a verdade jurídica, reza: *qui tacet consentire videtur, ubi loqui potuit et debuit* (quem cala parece que consente, se devia falar e teve a oportunidade de fazê-lo).

2) Quanto ao seu conteúdo, embora, como vimos, tenham sempre insito um caráter normativo, posto que são máximas jurídicas, podem se apresentar tanto sob a forma de regras imperativas como de definições, distinções, etc. No plano estritamente lógico, portanto, é possível dizer que sob o nome genérico de brocardos se abrigam proposições de estruturas as mais diversas, o que não deve surpreender o jurista conhecedor do seu processo de formação.

3) Quanto à sua aplicação prática, como meio de integração do direito, faz-se mister – além de observar os ditames da teoria geral do direito no respeitante a isso – a máxima cautela. Antes de mais nada é aconselhável procurar conhecer a origem do brocardo a ser usado, não somente para sopesar-lhe o momento e a autoridade (e nesse particular tanto mais venerável será quanto mais antigo, sendo as *regulae* romanas as mais respeitáveis de todas), mas para averiguar sua forma e sentido originais, bem como o contexto em que se inseriam.

Em seguida põe-se de novo na experiência romana com as *regulae iuris* a fim de lhes dar aplicação correta. Entendê-las como dogmas irrefragáveis e absolutos é não só ter delas uma compreensão errônea, como também violar uma outra máxima jurídica de grande respeito (remontando a Cícero): *summum ius, summa iniuria*. Nunca se deve esquecer, portanto, que os brocardos devem ter uma função heurística e não normativa (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*). Não resolvem sozinhos as questões dúbias, indicam-nos o caminho para resolvê-las.

Por último não se olvide o fato de que nem todo brocardo jurídico reflete uma verdade aceitável no ordenamento vigente. Precisamente por serem uma regra cristalizada e permanente, ocorre por vezes que estejam em desacordo com a realidade jurídica no presente. Isso já acontecia com os romanos. A máxima *qui suo iure utitur neminem laedit*<sup>51</sup> (quem exerce direito próprio não está lesando ninguém), por exemplo, verdadeira no direito mais antigo, já no período clássico principiava a perder a força<sup>52</sup>, dando azo ao gradativo surgimento da noção de *aemulatio*<sup>53</sup>.

4) Quanto à sua função, como já deixamos claro, deve ser precipuamente heurística, isto é, de auxiliar o jurista na descoberta do direito. Ademais disto, ressalte-se o seu valor didático, por sumarizar em poucas palavras (e como vimos a brevidade é um de seus predicados essenciais) uma idéia geral que deve ser assimilada pelo estudante de direito. A grande vantagem é que os brocardos têm caráter mnemônico, por se expressarem sempre com as mesmas palavras fáceis de memorizar. Outra utilidade, também decorrente de sua brevidade, é facilitar a comunicação entre os juristas, que, e.g., em vez de enunciar longamente e por extenso um conceito complexo que desejem manifestar, podem simplesmente repetir um sucinto brocardo e fazer-se de imediato compreender.

Não menos importante, por fim, é a função que os brocardos têm de ligar-nos ao passado, de trazer-nos à lembrança a autoridade secular da tradição jurídica e a sabedoria dos antigos romanos – em cujo belo idioma, hoje entre nós tão desprezado e pouco estudado, a maioria deles se exprime.

<sup>51</sup> Cf. Ulp. 71 ad ed. D.43,29,3,2 “*Dolo malo non videtur habere qui suo iure utitur*”; Gai. 2 de testam. ad ed. urb. D.50,17,55 “*Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*.” [V. a respeito G. McCORMACK, *Dolus in Decisions of Mid-Classical Jurists (Julian-Marcellus)*, in BIDR (Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’) 96-97 (1993), p.142]. Também no mesmo sentido Paul. 65 ad ed. D.50,17,155,1 “*Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur*” e Paul. 64 ad ed. D.50,17,151 “*Nemo damnus facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*”.

<sup>52</sup> Em Cels. 3 dig. D. 6,1,38 o jurisconsulto nega ao possuidor de boa fé a possibilidade de raspar pinturas acrescidas a um imóvel – não obstante se tratasse de benfeitoria voluptuária, cuja remoção em princípio constituiria mero exercício do seu *ius tollendi* – já que nenhum proveito lhe resultaria disso a não ser prejudicar o proprietário. Cf. G. McCORMACK, *Ius Tollendi*, in BIDR 85 (1982), pp. 78 ss.

<sup>53</sup> Essa palavra só aparece como *terminus technicus* a partir do direito intermédio e na obra dos glosadores. Acerca da origem romana da proibição dos atos emulativos ver sobretudo: S. RICCOBONO, *La Teoria Dell’Abuso di Diritto Nella Dottrina Romana*, in BIDR 46 (1939), pp. 1 ss.; S. RICCOBONO – S. RICCOBONO, JR., *Emulazione (diritto romano)* in NNDI 6 (1957); V. SCIALOJA, *Aemulatio*, in EGI (Enciclopedia Giuridica Italiana), 1 (1912); V. SCIALOJA, *Teoria Della Proprietà nel Diritto Romano*, v. 1, Anonima Romana, 1923, p. 422 ss.

## 5. Bibliografia

BEHRENS, Dietrich. *D. 50,17,1* in SZ (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung*) 75 (1958), pp. 353-361.

BEHRENS, Okko. *Die causae coniectio der zwölf Tafeln und die Tatbestandsdisposition der Gerichtsrethorik*, in SZ 92 (1975), pp. 162-185.

BRETONE, Mario. *Storia del Diritto Romano*, Roma-Bari, Laterza, 1987, trad. alemã de Brigitte Galsterer, *Geschichte des Römischen Rechts – Von den Anfängen bis Justinian*, München, Beck, 1992.

BRUGI, Biagio. *Dalla Interpretazione della Legge al Sistema del Diritto*, in B. BRUGI, *Per la Storia della Giurisprudenza e delle Università Italiane*, Torino, UTET, 1921.

\_\_\_\_\_. *Le 'Regulae Iuris' dei Giureconsulti Romani*, in VVAA, *Studi Filosofici-Giuridici Dedicati a Giorgio Del Vecchio*, v. 1, Modena, Modenese, 1930.

CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto – I – Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1954.

CERVI, Giulio. *Regole di Diritto (Regulae Iuris)*, in EGI (*Enciclopedia Giuridica Italiana*), 1912.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Brocardos Juridicos*, 4 ed., São Paulo, RT, 1984.

HAUSMANINGER, Herbert. *Celsus und die regula Catoniana*, in TR (*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*) 36 (1968), pp. 469-488.

HIDALGO, Maria Dolores Floria. *La Casuística del Furtum en la Jurisprudencia Romana*, Madrid, Dykinson, 1991.

JÖRS, Paul. *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik – I. Teil*, Berlin, Vahlen, 1888.

KASER, Max. *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln, Böhlau, 1986, pp. 9-41.

MARTINI, Remo. *Le Definizioni dei Giuristi Romani*, Milano, Giuffrè, 1966.

MCCORMACK, Geoffrey. *Dolus in Decisions of Mid-Classical Jurists (Julian-Marcellus)*, in BIDR (*Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*) 96-97 (1993), pp. 83-146.

\_\_\_\_\_. *Ius Tollendi*, in BIDR 85 (1982), pp. 77-99.

RICCOBONO, Salvatore – RICCOBONO, Jr. Salvatore. *Emulazione (diritto romano)* in NNDI (*Novissimo Digesto Italiano*) 6 (1957).

RICCOBONO, Salvatore. *Brocardica* in NNDI 2 (1957).

\_\_\_\_\_. *La Teoria Dell'Abuso di Diritto Nella Dottrina Romana*, in BIDR 46 (1939).

\_\_\_\_\_. *Regulae Iuris*, in NNDI (*Novissimo Digesto Italiano*), 1957.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. *Abstração e Sistematização na Iurisprudência Romana*, in *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, 97 (2002), pp.22-33.

ROTONDI, Giovanni. *Comicialis Lex*, in EGI (*Enciclopedia Giuridica Italiana*), 1912 [= *Leges Publicae Populi Romani*, Hildesheim, Olms, 1962].

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, v.1, 2 ed. Heidelberg, Mohr, 1850.

\_\_\_\_\_. *System des heutigen römischen Rechts*, v. 1, Berlin, Veit, 1840.

SCHMIDLIN, Bruno. *Regola e Fattispecie nella Giurisprudenza Romana*, in *Studi Economici-Giuridici*, 47 (1971-1972) pp. 3-17.

SCHULZ, Fritz. *History of Roman Legal Science*, London, Oxford University Press, 1946.

\_\_\_\_\_. *Prinzipien des römischen Rechts*, München, Duncker & Humbolt, 1934.

SCIALOJA, Vittorio, *Aemulatio*, in EGI, 1 (1912).

\_\_\_\_\_. *Teoria Della Proprietà nel Diritto Romano*, v. 1, Anonima Romana, 1923.

SECKEL, Emil. *Distinctiones Glossatorum*, Graz, Akademisch, 1956.

WENGER, Leopold. *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, Holzhausens, 1953.