

INDIVIDUALISMO E UNIVERSALISMO NO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO.
PERMANÊNCIA OU SUPERAÇÃO DE PARADIGMAS
ROMANOS?

FRANCISCO AMARAL

1. INTRODUÇÃO

Creio ser de algum interesse um breve estudo sobre a influência das idéias do *individual* e do *social* no direito civil brasileiro, à luz dos paradigmas do direito romano.

Inserese, pois, essa comunicação, no tema particular do congresso: "*Ius publicum*" e "*ius privatum*". *Estado e sociedade civil na época contemporânea. O Estado pós-social de direito e a dicotomia Estado-sociedade.*

O tema suscita numerosas questões de natureza filosófica, política e jurídica, que não comportam, evidentemente, estudo aprofundado nos limites do tempo e do espaço que se deve aqui observar, pelo que preferimos fixar-nos em um ponto comum a essas diversas questões, que é o problema da supremacia do valor da *pessoa* ou da *sociedade*, se não como *causa final* do direito pelo menos como fator de supremacia na gênese dos institutos jurídicos. É a clássica dicotomia indivíduo-sociedade, ou melhor, individualismo-universalismo, entendendo-se aqui o universalismo como a concepção que defende o predomínio do social sobre o individual, que está na base da tradicional distinção *ius publicum* — *ius privatum*, enunciada no direito ro-

mano, e também na do *Estado* — *sociedade civil*, própria da cultura política contemporânea.

O que se pretende, em última análise, é compreender a projeção e importância das idéias do *individual* e do *social* no direito brasileiro contemporâneo, isto é, o valor do indivíduo e da sociedade no processo de nomogênese jurídica, verificando também se e de que modo permanece a influência de paradigmas ou modelos do direito romano. Ou, dito de outra forma, como se relacionam, no direito contemporâneo, as categorias do individual e do social, e de que modo se podem ver projetadas nessa relação, eventual influência romanística.

A referência inicial é o *individualismo*, ideologia dominante e paradigmática da sociedade contemporânea. Embora não se pretenda, por descabido na presente comunicação, estudar esse tema de modo completo, nas perspectivas histórica, filosófica e jurídica, elas nos dariam uma visão global do “processo do direito individualista e da concepção individualista do direito”, no tempo e no espaço. O que se busca, em síntese, é compreender a importância do individualismo e do universalismo no direito contemporâneo, principalmente no brasileiro, tomando como referência os principais institutos jurídicos em torno dos quais se estrutura a dinâmica da sociedade civil: a pessoa, a família, a propriedade e o contrato. O ponto de partida é o direito romano e o objetivo, a verificação de sua permanência no direito brasileiro.

2. O DIREITO ROMANO COMO EXPERIÊNCIA JURÍDICA INICIAL

Para fins de seu desenvolvimento, consideramos o *direito romano* a experiência jurídica que evolui da fundação de Roma até a morte de Justiniano, treze séculos, portanto, passando ao largo de outras perspectivas que o vêem como tradição romanista, direito comum ou pandectística¹. E consideramos como

¹ Riccardo Orestano, “*Diritto. Incontri e scontri*”, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 70.

paradigma ou modelo jurídico, as estruturas normativas que traduzem uma certa visão de mundo e realizam determinados valores, na experiência de cada um e da própria sociedade.²

A noção de experiência jurídica significa e representa o conjunto de manifestações jurídicas com que a sociedade soluciona, no curso de sua existência, os conflitos de interesses decorrentes da convivência social. É noção útil na medida em que, traduzindo uma integral historicidade do direito, permite uma visão compreensiva do fenômeno jurídico, em contraposição às vertentes reducionistas com que tradicionalmente se opera no mundo da ciência jurídica, e que estudam o direito ou a partir de suas normas, como faz a ciência jurídica *stricto sensu*, ou tendo como objeto as suas funções, o que é próprio da sociologia, ou ocupando-se de seus valores, base da especulação filosófica que desenvolve em torno do fundamento ou causa final do direito. A perspectiva da experiência jurídica engloba, assim, as vertentes normativas, sociológica e axiológica do direito, vale dizer, as normas e os institutos jurídicos, as funções do direito e os seus respectivos valores. E nestes, como fundamentais das ordens jurídicas do ocidente, a justiça, a segurança e o bem comum. E como valores consecutivos, efeito imediato da realização dos valores fundamentais, a liberdade, a igualdade e a paz social.³ A segurança e a liberdade, como herança da visão individualista; a justiça, o bem-comum, a igualdade e a paz social, onde predomina o universalismo, o interesse do grupo.

O direito como experiência configura-se, desse modo, como uma concepção histórico-culturalista, segundo a qual a ordem jurídica é simultaneamente, produto e condicionante da experiência social a que corresponde e da qual é a expressão jurí-

² Giuseppe Capograssi, *"Il problema della scienza del diritto"*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, p. 37 e segs. Migue Reale, *"O direito como experiência"*, S. Paulo, Saraiva, p. 147 e segs.

³ Eduardo Garcia Maynez, *"Filosofía del derecho"*, México, 1974, Editorial Porrúa, p. 439; Constituição da República Federativa do Brasil, Preâmbulo.

dico-normativa. Assim sendo, justifica-se a todos os títulos que uma apreciação do direito brasileiro deva, necessariamente, partir da experiência jurídica romana, antecedente comum dos direitos que influíram na nossa ordem jurídica. E nessa experiência destacam-se os valores supramencionados como expressões quer do individualismo, quer do universalismo.

3. *IUS PUBLICUM* E *IUS PRIVATUM*. ESTADO E SOCIEDADE CIVIL

As idéias do individual e do social sempre estiveram presentes na gênese e na evolução do direito, servindo de fundamentação ideológica à divisão *ius publicum* e *ius privatum*, já assinalada no *Corpus Iuris Civilis*.⁴

Essa divisão é paradigmática, mantendo-se ao longo do processo de desenvolvimento do direito ocidental, excluídos os sistemas de *common law*, em que a influência do direito romano foi menor. São duas categorias *a priori* do pensamento jurídico que traduzem o “secular debate sobre a relação entre a esfera do público e a esfera do privado, que se acompanha da afirmação da supremacia do primeiro sobre o segundo”.⁵ Os critérios básicos de tal distinção no direito romano foram o da *utilitas*, como proveito, interesse, necessidade, que justificava as normas do *ius singulari*, e o da *res publica*, conjunto de coisas ou de interesse insuscetíveis de serem objeto de propriedade privada, por serem de uso comum, do *populus romanum*, identificando-se *res publica* com *res populi*, assuntos do povo.⁶

A distinção entre a esfera do particular, que compreendia as relações de natureza econômica, entre iguais, e a esfera do público, própria das relações de natureza política, entre desiguais, veio a caracterizar, no século XIX, primeiro com He-

⁴ I. 1,1,4. D. 1,1,2.

⁵ D. 38,2,14; D. 45,50,17.

⁶ I. 32.48; I. 1,1,4; D. 1,1,1,2.

gel e depois com Marx, a dicotomia *sociedade civil e estado político*, sinônimos, respectivamente, de sociedade de iguais e sociedade de desiguais.⁷ Surge, assim, o conceito de sociedade civil, como conjunto de relações sociais não reguladas pelo Estado, contraposto ao conceito de Estado político, esfera onde se desenvolvem as relações próprias do sistema de institucionalização e exercício do poder.

A sociedade civil apresenta-se, então, como o conjunto de indivíduos, grupos e classes sociais, que estabelecem relações distintas das relações de poder, próprias da atividade do Estado. Dizendo respeito, preponderantemente às relações econômicas entre indivíduos iguais e independentes, contrapõe-se à esfera das relações de domínio, próprias da sociedade política. É a esfera do *particular*, como *sociedade civil*, contraposta à do *público*, como *Estado*, a primeira caracterizada pelo domínio do *individual*, a segunda pelo do *social* ou universal.

A supremacia do privado firma-se com a difusão e a recepção do direito romano no ocidente, sem que isso represente uma relação de causa e efeito, haja vista, por exemplo, a importância do individual em países como a Inglaterra, em que a influência do direito romano foi mínima. Já o direito público vem a desenvolver-se e a consolidar-se, muito mais tarde, com o surgimento do Estado moderno e principalmente, com a revolução francesa.

A importância do aspecto público aumenta com a intervenção do Estado, em face da questão social, passando esse a regular coativamente o comportamento dos indivíduos e dos grupos, invadindo a esfera até então própria das relações em que preponderavam os interesses particulares, de natureza econômica. Mas também já se verifica nas sociedades industriais avançadas que o processo de publicização do privado se acompanha do processo inverso, o da privatização do público, ressurgindo a importância do particular como sujeito de direitos

⁷ Norberto Bobbio "Dicionário de Política", Brasília, E.U.B., 1986, p. 1207 e segs.

e deveres. Esses dois processos não são incompatíveis, penetram-se um no outro.⁸

Cabe ainda ressaltar que o dualismo Estado-sociedade civil é um esquema de pensamento resultante de uma situação histórica de natureza político-constitucional, em que o Estado se configurava como uma realidade autônoma em face da sociedade civil, principalmente nos países ocidentais, excluídos os anglo-saxões, onde esse assunto não suscita maior interesse. Tomado como modelo científico, esse esquema revela-se inadequado ao moderno Estado pluralista das democracias ocidentais, no qual a sociedade se compõe de vários centros de poder que tanto limitam o poder do Estado quanto o das próprias pessoas, individualmente consideradas.

A permanência e a importância dessas dicotomias, *ius publicum* — *ius privatum*. Estado e Sociedade Civil, na política e no direito, justificam o interesse em uma reflexão sobre a presença do *individual* e do *social* no direito contemporâneo. vale dizer, as ideologias do individualismo e do universalismo. Aquele, como supremacia do valor do indivíduo relativamente à sociedade, este como ênfase da idéia do social sobre o individual. Individualismo e universalismo como duas concepções filosóficas que desde a Grécia têm disputado o primado da influência na história do pensamento político e social do ocidente, o primeiro dando ênfase às partes que compõem o todo, o segundo, inversamente, privilegiando a importância do todo em relação às partes. Dois esquemas, ou atividades mentais, de que nos utilizamos para compreender a experiência política, social e jurídica dos povos.⁹

Que importância têm para nós essas dicotomias, em um trabalho histórico-dogmático que investiga a influência de paradigmas romanos em conceitos, institutos ou categorias do

⁸ Norberto Bobbio, "Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política", Torino, Einaudi, 1985, p. 27.

⁹ Cabral de Moncada, "Estudos filosóficos e históricos", vol. I, Coimbra, 1958, p. 124.

sistema de direito civil contemporâneo, particularmente o brasileiro?

Têm importância na medida em que, partindo-se de uma concepção global da cultura jurídica, em que se insere o direito civil, como um direito de formação histórica e jurisprudencial, se deve levar em conta o inter-relacionamento que existe entre ele e os demais sistemas que compõem o universo social, como o político e o econômico, onde se situam as referidas dicotomias.

Além disso, os valores, conceitos, categorias e institutos a que nos referimos são, essencialmente, categorias históricas e culturais e como tal devem ser consideradas, na apreciação de sua existência, validade e eficácia.

4. A QUESTÃO METODOLÓGICA. DIREITO ROMANO E CIÊNCIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA.

Eleita a experiência jurídica romana como paradigma, devemos preliminarmente destacar o risco de utilizarmos as nossas próprias categorias, conceitos e modelos, produto da experiência moderna e contemporânea, no estudo de uma realidade histórica diversa, como aquela. Esse problema de natureza metodológica, já foi objeto de estudo por notáveis juristas,¹⁰ explicitando-se assim: quando se trata de estudar, por meio da própria experiência, experiências diversas, a primeira questão que se enfrenta é a pertinência dos nossos esquemas conceituais à experiência objeto do estudo. Se é verdade que no estudo de realidades diversas é insito o perigo de transposição de significados e conceitos entre a nossa experiência e a que se pretende estudar, não é menos verdade que, como dizia Capograssi, “é preciso ter compreendido profundamente a experiência jurídica do próprio tempo, para que se possa compreender a experiência jurídica do passado. Só enquanto se te-

¹⁰ Emilio Betti. “*Diritto. Metodo. Ermeneutica*”, Milano, Giuffrè, 1991, p. 60 e segs., Orestano, “*Introduzione allo studio del diritto romano*”, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 406 e segs.

na compreendido a experiência jurídica do próprio tempo na sua profunda unidade e na sua profunda peculiaridade, se consegue compreender a experiência jurídica do passado, porque só com a compreensão da vida se consegue discernir a vida do passado. Quase que se poderia dizer que só com a história do presente se faz a história do passado, porque somente a vida consegue entender a vida”¹¹ No desenvolvimento deste trabalho, como aliás em toda atividade ou prática científica do direito, utilizam-se hoje conceitos, categorias e valores que, antes de uma opção subjetiva, representam um fato histórico, na medida em que são produto de longo processo de acumulação de experiências. Independentemente de seu caráter científico, são produto da atividade dos juristas ao longo dos tempos. Assim sendo, os conceitos e categorias que utilizarmos são as do nosso tempo, embora cientes da sua relatividade histórica.

5. O INDIVIDUALISMO. GÊNESE E EVOLUÇÃO. PERSPECTIVAS DE ESTUDO.

O individualismo é a tendência que confere ao indivíduo um valor intrínseco superior ao da sociedade. Termo de variados significados, conforme o campo de apreciação científica (ética, filosófica, sociológica, política, etc.) representa, para o direito, a concepção segundo a qual o indivíduo humano e seus interesses constituem o valor básico e o fundamento de todas as normas, acima de sua vinculação à sociedade a que pertence.

Pelo seu espectro de influência nos campos acima referidos, considera-se a ideologia dominante na sociedade contemporânea,¹² guardadas as limitações decorrentes do processo histórico e das características de cada povo e cultura.

¹¹ Capograssi, *op cit*, p. 217.

¹² Louis Dumont, *Essais sur l'individualisme*, Paris, Éditions du Seuil, 1985, p. 30. Alain Laurent, *De l'individualisme*, Paris, PUF, 1985, p. 117, onde se refere ao “individualismo metodológico” dos anglo-saxões, “método de aná-

Seu ponto de partida é a consideração do indivíduo como entidade autônoma e com valor próprio, tendo como atributo fundamental e originário a liberdade. A ele se contrapõe o universalismo, ou o *social*, como visão do mundo em que a sociedade tem lugar proeminente e superior.

Uma concepção predominantemente *negativa* em que o indivíduo, por oposição a outras realidades, como a sociedade, o Estado, os demais indivíduos, configura-se como um “átomo social”, sendo a sociedade a soma de entes individuais, sem o caráter de totalidade e unidade que lhe é peculiar. Uma outra, *positiva*, leva em conta o indivíduo por suas próprias qualidades, considerando-o não átomo mas uma pessoa, um ser de natureza espiritual.

A perspectiva negativa, atomística, tem sido a base de outras concepções filosóficas ou ideológicas, como a do liberalismo político ou econômico. Já a perspectiva positiva leva à afirmação da pessoa humana como categoria suprema ou como fundamento ontológico da concepção do mundo”,¹³ fundamento de uma sociedade solidária e pluralista, com a integração dos interesses individuais e sociais. Seria, portanto, mais adequada denominá-la de personalismo, crença no valor absoluto da pessoa, ligada por laços de solidariedade às demais com que forma a comunidade a que pertence e na qual voluntariamente se integra e participa.

lise e teoria da organização social que fazem do indivíduo a unidade humana mais real e dos indivíduos centros autônomos de decisão.

¹³ Cruz Pontes, *Polis Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 4, Lisboa, Editorial Verbo, 1986, p. 1159.

O individualismo pode ainda considerar-se sob outras perspectivas, como o *individualismo filosófico*, que acentua o predomínio da personalidade, o *individualismo político*, que subordina as instituições políticas de um país aos interesses particulares, o *individualismo econômico*, que prega a redução do Estado no domínio econômico, garantindo a cada um a liberdade de trabalho, de comércio e de propriedade, e ainda o *individualismo jurídico*, que vê no indivíduo a finalidade única de todas as regras do direito, a causa final da atividade jurídica do Estado. Cfr. Marcel Walline, *L'individualisme et le droit*, Paris, Domat-Montchrestein, 1949 p. 10 e segs.

A perspectiva histórica é indispensável à compreensão do individualismo, podendo distinguir-se diversas fases. A primeira é contemporânea ao surgimento do cristianismo. A igreja dos primeiros séculos consagrou a centralidade e o valor infinito do homem, baseada no pensamento filosófico grego. Protágoras, dentre os sofistas, já dizia que o homem é a medida de todas as coisas". Clemente de Alexandria (150 — 217 D.C.) e Orígenes (185 — 255 D.C.), os mais eminentes filósofos cristãos, insistiam em que o homem dirige, com o livre arbítrio, o seu comportamento.

A segunda é a da afirmação do indivíduo em relação à política e ao Estado, no quadro ideológico que se forma a partir do séc. XIII. O ponto de partida é São Tomás de Aquino, que combina a revelação cristã com o pensamento aristotélico. O cristão é um todo, um infinito, um valor em si, um *fim* superior às finalidades temporais da política, e transcendente ao Estado. Surge, assim, o germe das liberdades oponíveis ao Estado: os futuros direitos do homem.

Um terceira fase é a do humanismo, que exalta o homem natural em oposição ao divino e ao extraterreno, homem esse formado de corpo e alma e destinado a viver no mundo e a dominá-lo. Volta-se à cultura clássica (*humanistas, paidéia*), e a literatura do tempo centraliza-se na pessoa humana,¹⁴ como se vê nas obras de Montaigne, Descartes e Pascal, que trabalham sobre "a intuição subjetiva e estritamente individual".

Momento filosófico especial é o do nominalismo, de Guilherme d'Occam (1285-1349), que fixa na noção de indivíduo, como ser único e irreduzível, as bases do pensamento moderno, atomístico. Com ele começa a esboçar-se a noção de direito subjetivo, (*subjectum iuris*) como atributo à vantagem de um sujeito. Em seguida Hobbes (1588-1679), fundador da moderna filosofia individualista do direito, adepto do nominalismo, considera o estado de natureza, em que os indivíduos são

¹⁴ Michel Foucault, *apud* Michel Villey, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1975, p. 140.

livres, ponto de partida para a criação da política e do direito, como instrumentos da convivência e da ordem social.

Depois de Hobbes a contribuição de *Locke* (1632-1793), para quem “os homens se organizam em sociedade a fim de evitar o estado de guerra, e de conservar a sua propriedade. O contrato é o único fundamento legítimo de poder político, porque os homens são livres por natureza, iguais e independentes... e ninguém pode ser desapossado de seus bens, nem submetido ao poder político de outrem, se não consentir”.

Locke defende, assim, a existência de direitos individuais naturais, anteriores e independentes do contrato social e da criação do Estado. É o fundador do liberalismo. E para defender esses direitos, o Estado “*gendarme*”, liberal, de direito.

A doutrina dos direitos naturais de Hobbes e Locke é a base da teoria dos direitos do homem consagrada na revolução francesa, posteriormente criticada por Burke e pelos conservadores¹⁵ e mais tarde, por Karl Marx, que denunciava o caráter puramente *formal* desses direitos, iguais em tese, mas substancialmente favoráveis aos ricos. “Proclamar o caráter sagrado da propriedade e o direito de controlar livremente foi um meio de precipitar grande número na pobreza e na dependência dos capitalistas”.¹⁶

No século XX surge uma reação aos propósitos individualistas. A necessidade de mudança imposta pela revolução industrial que mostrava, cada vez mais, a diferença entre a igualdade *formal*, de todos perante a lei, e a desigualdade *material*, que afastava os menos favorecidos, transforma o Estado de direito, liberal, burguês, em Estado social, intervencionista, que defende a prioridade da justiça social e a supremacia da segurança coletiva sobre a individual. O individualismo entra em crise, dando lugar aos valores sociais, à socialização do direito, à presença do Estado na economia. A autonomia pri-

¹⁵ J. Bronwiski e Bruce Mazlish, *A tradição intelectual do Ocidente*, Lisboa, Edições 70, 1988, p. 434 e segs.; Robert Nisbet, *O conservadorismo*, Lisboa, Editorial Estampa, 1987, p. 15 e segs.

¹⁶ Villey op. cit. p. 167.

vada limita-se pelos princípios da ordem pública. E os códigos civis, cujos modelos foram o francês, de 1804, e o alemão, de 1896, de ideologia liberal clássica, perdem importância para os chamados microsistemas jurídicos que são a expressão do pluralismo jurídico, consentâneo com o antiindividualismo e o antiestatismo.

O individualismo e o universalismo, próprio do chamado direito social, harmonizam-se porém. Chega-se a uma posição de síntese, com o homem no centro e como destinatário da ordem jurídica, não mais como indivíduo mas como pessoa integrada no meio social, interessada na realização do bem comum, com a ajuda do Estado.

E como valores fundamentais do direito, a segurança e a liberdade, expressão do *individual*, e a justiça, o bem-comum e a igualdade, expressão do *social*. Não mais uma oposição sistemática entre a doutrina individualista e a doutrina do direito social, mas uma influência recíproca e concorrente. É a marca axiológica do direito ocidental contemporâneo.

Todas estas concepções, se bem que interrelacionadas, concentram-se, para nós, em um só campo, o do direito. Nesse particular, a questão que se apresenta, é a de saber em que medida o individualismo se compatibiliza com a ordem social e se constitui na causa final e fonte de direito, ou ainda, de que modo se concretiza nos diversos campos do direito. Esse o desafio que tem marcado a evolução do direito e é objeto de nosso interesse.

6. O INDIVIDUALISMO NO DIREITO ROMANO.

AS QUESTÕES QUE SUSCITA. DELIMITAÇÕES.

Tem trânsito normal a idéia de que o direito romano era o direito da liberdade individual, donde o caráter tipicamente individualista e a circunstância de situar-se na base do liberalismo e do capitalismo.¹⁷ Essa idéia é imprecisa, pois reúne

¹⁷ Francesco De Martino, *Diritto e società nell' antica Roma*, Roma, Editori Runiti, 1979, p. 249.

elementos heterogêneos, já que individualismo, liberalismo e capitalismo, embora noções conexas, situam-se em níveis diversos na sua realidade ontológica — e é improcedente, como recentes trabalhos vêm demonstrando.

Contrariamente a essa visão, têm-se desenvolvido estudos que ressaltam os *elementos sociais no direito romano*, principalmente na Alemanha (Kaser, Schönbauer) e na Itália (Betti, Grosso, Bonfante), pondo-se em dúvida a reiterada afirmação de ser esse direito a consagração do individualismo, e mostrando, em diversos e fundamentais institutos, o predomínio do sentimento social sobre o interesse individual.

Considere-se a afirmação segundo a qual “sistema individualista é aquele em que a liberdade individual se concebe e regula como fim em si mesma, fora de qualquer subordinação aos interesses do grupo social”.¹⁸

Se aplicarmos esse modelo à experiência jurídica romana, veremos, como demonstram os estudos supra mencionados, que a realidade era bem diversa.

Vários aspectos parecem conduzir a tal constatação: o poder limitado da vontade individual no sistema das fontes e sua posição inferior em face do costume, pelo menos nos primórdios; o *formalismo* antigo, como primeira vitória da sociedade sobre o indivíduo, da nação sobre o grupo familiar; a *tipicidade* dos negócios; a *prevalência*, no direito clássico, da *declaração de vontade* sobre a vontade interna; a consideração de *elementos objetivos* em detrimento dos subjetivos.¹⁹

Na própria família romana antiga, tida como sociedade doméstica subordinada ao poder soberano do *pater*, “havia uma comunhão em que os membros não eram objeto de poder absoluto, mas donos de uma posição subordinada aos interesses do grupo”. O *pater familias* teria não só poderes mas também, e essencialmente, deveres. E esses poderes seriam limitados

¹⁸ Idem, p. 251.

¹⁹ Idem, p. 254.

pelos costumes e pelo direito sagrado, constituindo-se os *mores* na mais austera norma de conduta, “sancionada pela opinião pública e pelo censor”.²⁰

De qualquer modo, impõe-se uma consulta às fontes, tomando-se como referência os principais institutos e categorias daquilo que hoje poderíamos chamar a sociedade civil romana.

A pesquisa dos elementos que no direito romano possam atestar, se não o predomínio, pelo menos a preocupação com o *social* na criação e aplicação do direito observará, então, a seguinte seqüência: 1) a *autonomia privada nas fontes*; 2) o princípio do *formalismo*; 3) o *direito de família*; 4) o *regime da propriedade* e dos *direitos reais*; 5) o *direito das obrigações* e a *responsabilidade civil*.

7. A VONTADE INDIVIDUAL NO SISTEMA DAS FONTES. O DIREITO SUBJETIVO.

Tomemos como ponto de partida e diretriz fundamental a figura do direito subjetivo, expressão do individualismo jurídico e noção central do direito privado.

Os romanos não conheciam essa categoria técnico-jurídica, surgida e desenvolvida nos tempos modernos, com o racionalismo e a concepção do direito natural.

Também a crença de que o direito de propriedade como senhoria absoluta, de usar, fruir e dispor da coisa, é própria do direito romano, deve-se aos juristas da idade média que cultivaram o direito romano. Foram os glosadores que começaram a ocupar-se dessa figura, por meio de uma nova interpretação do *Corpus iuris civilis*, na esteira de Bártolo que o enunciava ao definir o direito de propriedade. No século XVI, com Donellus, e no séc. XVIII, com Wolf e Kant, é que se começa a elaborar um conceito geral e abstrato do poder ju-

²⁰ Idem, p. 261. Ihering *L'sprit du droit romain*, Tome deuxième, Paris, Maresco Ainé, 1886, p. 143.

rídico individual de agir, como tal reconhecido pelo direito objetivo.²¹

Qualquer que seja o entendimento sobre essa controvérsia, o fato é que a essência do direito subjetivo é a idéia de poder, à qual o direito objetivo atribui eficácia jurídica, vale dizer, poder de produzir efeitos jurídicos. E no exercício desse poder, expresso nas fórmulas *ius*, *potestas*, é que se verifica o predomínio do interesse individual ou do social em Roma.

8. O FORMALISMO

O formalismo é o princípio segundo o qual a declaração de vontade deve revestir-se de uma forma obrigatória, imposta por lei ou pela própria vontade. Esse respeito à forma tem como razão de ser, em primeiro lugar, a garantia à segurança jurídica e à paz social, evitando surpresas e contestações. A solenidade dos atos mais importantes da vida jurídica justifica-se ainda pela necessidade de se despertar a consciência de sua importância e o melhor conhecimento do ato pelas partes interessadas. E também proteger os interesses tanto dos indivíduos quanto do grupo, por meio da publicidade que proporciona clareza na manifestação de vontade e garantia na realização da justiça, além de ser meio eficaz de garantia de liberdade dos cidadãos, em face do arbítrio dos antigos intérpretes do direito, os pontífices.

Considera-se em geral que o direito romano, mais propriamente o *ius quiritorium*, era, de início, formalista, dando mais importância à forma do que à vontade subjetiva. Só posteriormente, já na época clássica, é que se verificam os primeiros contratos consensuais, formados só pelo acordo das

²¹ Helmut Coing, *Signification de la notion du droit subjectif*, in *Archives de philosophie du droit*, tome IX, Paris, Sirey, p. 1 e segs. Sobre a inexistência da categoria de direito subjetivo no direito romano, que tinha categorias outras, como *dominum*, *manus*, *imperium*, *potestas*, etc. cfr. Visley in *Archives*, IX, p. 105.

partes, independentemente da forma. O formalismo dos primórdios surge, assim, como a primeira vitória do interesse geral, da sociedade sobre o indivíduo, da nação sobre o grupo familiar.²²

É bem verdade que o formalismo romano não foi um fim em si mesmo, mas a conservação de ritos que tinham tido um sentido bem preciso no passado, bem como a expressão da mentalidade própria das populações mais antigas para as quais, uma vez estabelecido determinado procedimento para um certo efeito, este não se repetiria como resultado desse mesmo proceder. O *ius* equivalia assim, aos *mores maiorum*.

Mas o que importa ressaltar é que esse formalismo não era arbitrário. Tinha origem religiosa (*confarreatio*, *sponsio*, *sacramentum*, ou representava a transposição para o direito privado de atos da democracia romana (*adrogatio*, *testamentum calatis comitiis*, *libertação pelo censo*); ou eram mero gesto de poder (como a *mancipatio*, a *manus injectio*).

Além da economia de meios, já que nos primórdios os pontífices usavam tais ritos em vez de criar novas formas de expressão, o formalismo representava um simbolismo e uma segurança pois, inexistindo, ou não estando divulgada a escrita, as formas usuais eram garantia da expressão de vontade e limitadoras do *consensualismo*.

O formalismo dos atos jurídicos teve, assim, grande aplicação no *ius Quiritium*, embora não se possa considerá-lo como traço peculiar e distintivo desse direito. Atos houve sem a obrigatoriedade da forma, como, por exemplo, a transferência do *dominium* sobre a *res nec mancipi*, feita por simples *traditio*, a *usucapio*, que derivava de simples poder de fato sobre a coisa durante certo tempo, o *usus*, modo de aquisição não formal da *manus* sobre a *uxor*, a *occupatio* da *res nullis*, etc. Integralmente formalístico foi, no antigo *ius civile*, o processo *legis actiones*, e mesmo assim só na fase *in iure*.

²² De Martino, op. cit. p. 251.

Certo é, porém, que o formalismo se manifestava na tipicidade dos atos jurídicos, com figuras bem determinadas e definidas. Típicos eram os direitos reais, as obrigações, os contratos e delitos, tipicidade essa limitadora da autonomia privada. Era tanta a importância da forma que, nos casos determinados, não se reconhecia eficácia à vontade individual se não expressa naquelas determinadas formas necessárias, assim, *ad substantiam actus*.

No campo processual os diversos procedimentos apresentavam-se sob três modalidades específicas: as ações da lei (*legis actiones*), o formular (*per formulam*) e o extraordinário (*cognitio extraordinaria*), o primeiro no direito pré-clássico e o terceiro no pós-clássico.

Nos dois primeiros, o exercício da jurisdição vinculava-se à observância de regras quanto ao tempo, ao lugar e à forma. Ora, estava precisamente no rigor da forma a intervenção do Estado.²³

Inimigas do arbítrio, as formas romanas sobreviveram e constituíram um legado que hoje se estuda e aprecia, nas diversas ordens jurídicas.

De que modo o direito civil brasileiro realiza o princípio do formalismo? Tomando por base as indicações de Ihering, vejamos quais os casos em que se aplica idêntico formalismo.²⁴

Diga-se, preliminarmente, que o Código Civil estabelece, como requisito de validade do ato jurídico, a forma prescrita

²³ Max Kaser, *Derecho romano privado* Madrid, Reus S.A., 1968, p. 353 Expressão máxima desse formalismo era a obrigatoriedade de, no período pré-clássico (*legis actiones*) as partes observarem rigorosamente os termos estabelecidos na lei, donde a conhecida referência ao litigante que acusava o seu vizinho lhe ter cortado os pés de vinha, e ter perdido a ação pelo fato de ter usado o termo *vides* e não *arbores*, como dispunha o respectivo texto legal. *De arboribus succisis*, Gaio Inst. par. 11, *in fine*.

²⁴ Segundo Ihering, *op. cit.*, *Tome troisième*, p. 103 e segs. expressões do formalismo romano encontravam-se nas *leges actiones*, no processo formular, na *manumissio vindicta, censu, testamento; na conjarreatio; na arrogatio, adoptio, emancipatio*, na *manus*, na *coemptio*; na *tutoris auctoritas*, na *mancipatio*, na *iure cessio*, no *nexum*, na *cretio*, etc.

ou não defesa em lei. Descumprido esse preceito, o ato é nulo.²⁵ Tal exigência se repete em outros Códigos.²⁶

O Código consagra porém, o princípio do consensualismo segundo o qual a declaração de vontade obriga independentemente da forma adotada, mantendo a orientação surgida na idade média, por influência da moral cristã e dos teólogos que pregavam o respeito à palavra dada, independentemente da forma adotada.²⁷

Verifica-se, no entanto, um certo movimento de regresso ao formalismo. Não por amor às solenidades, mas por simplificação, celeridade e segurança nos atos jurídicos, como ocorre na matéria de títulos de créditos e nos contratos de adesão. A forma tem função de garantia e de publicidade, apresentando-se como exigência suplementar para a eficácia do ato jurídico, não para a sua existência.

Os atos e termos não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. Neste caso, prescrevendo-se determinada forma, sob pena de nulidade, a sua inobservância torna o ato nulo.²⁸ Nulidade absoluta quando infringindo o interesse público, nulidade relativa se desrespeitado o interesse da parte e a norma for cogente, e anulidade, se a norma for dispositiva.

As formas que a lei prevê são o instrumento público e o particular. O primeiro é feito por oficial público, tabelião, escrivão ou qualquer funcionário, compreendendo as escrituras lavradas em Offícios de Notas, os atos judiciais e suas certidões dos livros dos Registros Públicos, as notas dos corretores tiradas de livros regularmente escriturados, os protestos de títulos, etc.

²⁵ Código Civil Brasileiro, art. 145.

²⁶ Códigos Cíveis francês, art. 1.108; italiano, 1.325; venezuelano, art. 1.179; uruguaio, art. 1.201; peruano, art. 82.

²⁷ A lei exige escritura pública em diversos casos (Código Civil, art. 24, 73, 134, 256 par. único, arts. 357, etc). O conteúdo fomal da escritura está também previsto em lei (Código Civil, art. 134, par. 1.º).

²⁸ Código de Processo Civil, art. 247.

Além disso, os mais importantes atos da vida de uma pessoa, como o casamento, o divórcio, a adoção, a emancipação, o testamento, etc., devem obedecer à formalidade que a lei especificamente estabelece.

9. O DIREITO DE FAMÍLIA

A família romana era um conjunto de pessoas e de bens sob o poder soberano do *pater familias*. Esse poder, a *patria potestas*, era típico da sociedade romana, não tendo existido outro povo em que o pai exercesse tal poder sobre seus filhos. Não era, porém, absoluto, como se costuma divulgar.²⁹

O poder de vida e de morte (*ius vitae et necis*) só se configurava nos tempos primitivos, tendo limitações desde a sua origem. Para exercê-lo, os pais deviam ouvir primeiro o conselho de família (*iudicium domesticum*), ou os vizinhos³⁰ podendo o censor vetar o seu exercício e as possíveis arbitrariedades do pai. Trajano obrigava o pai que submetia seu filho a maus tratos a emancipá-lo. Adriano condenou à deportação um pai que castigou seu filho com crueldade.³¹

Valentiano deferia aos juízes o poder de estabelecer os castigos para as faltas mais graves dos filhos³², punindo com a morte o infanticídio. Constantino castigava o pai que matava o filho,³³ Justiniano declarou a inexistência desse direito.³⁴

²⁹ A Lei das XII Tábuas teria separado, distinguido o direito do costume, o *ius do mos*, aquele regulando as relações entre as famílias e o Estado, este estabelecendo rigorosos limites ao direito. Assim, a *patria potestas*, seria, no âmbito da família limitada pelos *mores* e pelo direito sagrado.

³⁰ D. 2, 15, 2.

³¹ Garcia Garrido, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Ed. Dy Kinson, 1988, p. 271.

³² CI, 1, 9, 15.

³³ CI, 9, 17.

³⁴ CI, 8, 46, 10.

Na época pós-clássica, consolidando-se os ideais do cristianismo e do absolutismo estatal, são definitivamente abolidos o *ius vitae et necis* paterno³⁵ e o *ius exponendi*.³⁶

Também o *ius vendendi*, direito de vender o filho, aparece com limitações. O filho não podia ser vendido como escravo em território romano. A Lei das XII Tábuas estabelecia a perda da *patria potestas* para o pai que vendesse o filho por três vezes.³⁷ Diocleciano e Constantino proibiam a venda dos filhos.³⁸ Justiniano estabeleceu que somente os recém-nascidos podiam ser vendidos, no caso de extrema necessidade do pai, e sempre com a faculdade de poder recuperar a liberdade do vendido mediante pagamento.

Era também proibida a venda dos filhos aos quais se permitira o matrimônio.³⁹

Justiniano declarou abolido o *ius noxae dandi*,⁴⁰ direito do pai entregar o filho ao prejudicado por um ato ilícito cometido por este, com o objetivo de liberar-se da responsabilidade assumida.⁴¹

De tudo isso se conclui que tais poderes não se exercitavam arbitrariamente, encontrando limites desde a época arcaica em que a família era uma “comunidade unitária e solidária, em função das crenças religiosas, das exigências econômicas e da mentalidade do tempo”. A unitariedade manifestava-se na impossibilidade de alguém fazer parte, ao mesmo tempo, de mais de uma família e na sujeição ao poder unitário do *pater*. A solidariedade “importava na prevalência dos interesses do grupo familiar relativamente aos indivíduos que o compunham”. Tais interesses predominavam pela força

³⁵ C. Th. 9, 13, 1.

³⁶ D. 25, 3, 4.

³⁷ Lei das XII Tábuas, IV, 25.

³⁸ CI, 4, 43; C. Th. 4.8.6.

³⁹ Diou. 2,27.4.

⁴⁰ I. 4,8,7.

⁴¹ D. 48,9,5. pr.

das convicções religiosas e das exigências de uma economia agrícola e pastoral, fechada, fundada na auto-suficiência dos meios de produção do grupo familiar. A individualidade das pessoas componentes do grupo familiar, não tinha maior importância, subordinadas sim, ao poder que se exercia indiferentemente sobre tudo o que fazia parte da família e do seu patrimônio, poder esse exercitável somente em função do interesse do grupo inteiro.⁴² Com a Lei das XII Tábuas modificam-se algumas das características originárias, mas é na época pós-clássica que ocorrem as principais alterações, com grandes limitações no exercício da *patria potestas*, a eliminação total do *ius vitae et necis* do pai sobre os filhos, e a afirmação da capacidade jurídica patrimonial do *filius familias* por meio dos pecúlios especiais. Determinam tais mudanças a progressiva ingerência do Estado no âmbito familiar, chamando a si o poder punitivo, e o acolhimento da doutrina cristã que eliminava a deificação da figura paterna, e ainda a influência da cultura helenística, que já reconhecia a capacidade patrimonial dos filhos. É possível concluir-se, assim, que a *patria potestas* em Roma evoluiu, de um poder despótico inicial, para um poder-dever exercitável em função dos interesses das pessoas a ele submetidas. Transformação lenta mas progressiva, ao longo dos diversos períodos históricos que marcaram a evolução do direito romano.

No direito civil brasileiro contemporâneo, o pátrio poder é fundamentalmente, um pátrio-dever, um direito-função que se justifica e se vincula à tutela dos interesses para os quais se destina. Constitui um verdadeiro *munus*, exercido em favor da pessoa e dos bens dos filhos.⁴³ Não tem, como já não tinha o direito romano clássico e pós-clássico, qualquer eiva de individualismo em favor dos pais.

⁴² Alberto Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, UTET, 1987.

⁴³ Código Civil Brasileiro, arst. 379 a 395.

10. PROPRIEDADE E DIREITOS REAIS

É comum afirmar-se que a propriedade e os direitos reais são a expressão mais nítida do individualismo no direito romano.⁴⁴

Preliminarmente cabe dizer que, nas fontes romanas, não se encontra nem uma terminologia técnica unitária para designar os direitos reais nem uma estrutura ou construção dogmática do ponto de vista substancial. O fenômeno era visto na perspectiva processual, *actio in rem*, contraposto à *actio in personam*, e é precisamente da definição de *actio in rem*, aquela com que “*aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere*”, em contraposição à *actio in personam*, que resulta individualizado o conceito de direito real.

Mas se individualismo houvera nos poderes do *paterfamilias*, designadamente o poder de disposição,⁴⁵ o interesse público criara restrições que o proprietário tinha de suportar, como “inerente à própria estrutura de seu direito”, principalmente no período pós-clássico. Tais limitações, impostas pelo ordenamento jurídico no interesse de outros particulares, proprietários vizinhos, ou no interesse público, variaram conforme as diversas fases históricas ou os diversos tipos de propriedade. Temos assim que na fase arcaica, quando mais acentuada era a idéia de poder como senhoria sobre tudo o que estava na órbita familiar, o poder do *paterfamilias* já era limitado em função do interesse familiar. A Lei das XII Tábuas, restringia também também o *dominium ex iure Quiritium*, não permitindo que o proprietário de um *fundus* estendesse a construção ou a plantação além dos respectivos limites, devendo deixar livre, para passagem, uma faixa longitudinal de dois pés e meio, de modo que entre prédios confinantes houvesse um espaço, livre e não usucapível, o *ambitus* ou *iter liminare*, de cinco pés.⁴⁶ Dispunha ainda que o proprietário devia tole-

⁴⁴ De Martino, op. cit. p. 273.

⁴⁵ Ihering, op. cit. II, p. 150 e segs.

rar os ramos das árvores do prédio vizinho sobre o seu terreno desde que acima de quinze pés, podendo cortar os ramos abaixo desse limite,⁴⁷ ficando com eles.⁴⁸ Podia também, cortar a árvore do vizinho que estivesse inclinada, pelo vento, sobre a sua propriedade.⁴⁹ Devia, ainda, permitir que o vizinho, em dias alternados, recolhesse os frutos caídos de suas árvores sobre os terrenos contíguos,⁵⁰ e proibia que se separasse o *tignum iunotum*, material já usado, em outra construção.⁵¹

Na República, um dever genérico determinava que o cidadão se utilizasse das suas coisas sem causar dano à coletividade, sob pena de sanções aplicáveis pelos censores. No que especificamente diz respeito à propriedade fundiária, a *adsignatio* implicava na sujeição, do adquirente, ao pagamento de um cânone anual ao erário público, caracterizando o *aqer privatus vectigalisque*. Entre os terrenos objeto da *adsignatio* devia existir um *iterlimitare* de pelo menos cinco pés, destinado à passagem, em benefício do fundo dominante⁵² e o proprietário, vizinho de via pública intransitável, tinha o dever de permitir a passagem sobre o seu terreno.⁵³

A utilização das margens dos rios públicos era limitada.⁵⁴ Proibição de senatusconsultos da época imperial (*Oosidianom*, *Volusiano*, *Aciliano*) impedia a destruição integral ou parcial de um prédio com o objetivo de vender os respectivos materiais. Era garantido, *extra ordinem*, o acesso a sepulcro existente em terreno alheio, por meio da servidão *iter ad sepulchrum*.⁵⁵

46 Lei das XIII Tábuas, 8,1; CI. 8, 10, 10.

47 Lei das XII Tábuas, 8, 9.

48 D. 43.27.17.

49 D. 43.27.2.

50 D. 43.28,1.

51 D. 50.16,62.

52 D. 43.19.

53 D. 8.6.14.1.

54 D. 1.8.5. pr.

55 D. 11,7,12, pr.

Na época imperial, outras limitações se impuseram com a preocupação de se proteger a estética das cidades, proibindo-se que edificações fossem demolidas para se especular com os materiais das demolições, tais como mármore, colunas, estátuas, etc., sob pena de multa em dobro do valor do preço fixado na venda. Estabelecia-se, ainda, a nulidade da venda do prédio, se tivesse sido feita com esse objetivo, de demolição e venda especulativa dos materiais. Essas disposições foram estabelecidas nos *senatusconsultos* Osídiano (44-46 d.C.) e Volusiano (56 d.C.).

Também a altura das construções era limitada, encontrando-se pela primeira vez na legislação imperial tais limitações. Augusto fixou a altura máxima em setenta pés (cerca de vinte metros), reduzida por Trajano a sessenta pés (cerca de dezoito metros). Na época românico-helênica o Imperador Zenão elevou o limite máximo a cem pés (cerca de trinta metros),⁵⁶ teto esse inicialmente fixado para a cidade de Constantinopla, posteriormente estendido a todo o império por Justiniano.

No direito pós-clássico justiniano, novos limites se impõem à propriedade. Regulamentam-se as construções edilícias. Impõe-se ao proprietário o ônus de suportar, no seu terreno, trabalhos de pesquisa mineral, estabelecendo-se, em favor dele, o valor de um décimo das vantagens obtidas. Proíbe-se a construção que impeça a ventilação da eira do vizinho. De modo geral, proíbem-se os atos *ad aemulationem*.⁵⁷

Outras limitações existiam nas relações de vizinhança, no sentido de se proibir a utilização da propriedade de modo a produzir imissões não toleráveis na esfera de outrem. Além dos casos supra mencionados das árvores limítrofes, dos limites entre os prédios, dos frutos e objetos caídos nos terrenos vizinhos, da passagem forçada, das limitações ao direito de

⁵⁶ Pietro Bonfant, *Corso di diritto romano la proprietà*, I, Milano, Giuffrè, 1966, p. 312 e segs.

⁵⁷ D. 50,10,3, pr.

construir, o proprietário dispunha ainda, se fosse o caso, da *actio aquae pluviae arcendae*, com que podia exigir, no direito clássico, a demolição da obra que tivesse modificado o curso normal das águas, e, no direito justiniânico, exercitar qualquer pretensão sobre águas na relação de vizinhança.⁵⁸

Embora de construção teórica devida aos glosadores, já se encontra no direito justiniânico o princípio segundo o qual devem ser proibidos os atos *ad aemulationem*, atos de exercício de direito próprio com intenção de prejudicar terceiro.⁵⁹

De tudo o que foi exposto, pode-se concluir que a propriedade romana, nos diversos períodos da sua evolução histórica, não se configurava como direito absoluto. Ao contrário, era marcada por inúmeras e importantes limitações que, derivadas da própria estrutura familiar originária, ou decorrentes das relações de vizinhança, do interesse público ou do dirigismo econômico, exprimiam o predomínio do *social* sobre o *individual* na existência e eficácia do poder que, mais tarde, se denominaria direito de propriedade.

No direito brasileiro contemporâneo, tantos são as limitações ao direito de propriedade de natureza constitucional, civil e administrativa que, de direito subjetivo que era, pleno e absoluto, consagrado na revolução francesa e nos códigos subsequentes, passa a configurar-se agora como “simples interesse legítimo”. A idéia do *social* prevalece sobre a do *individual*, provocando o surgimento de dois temas, o da *função social* e o do *abuso de direito*, aquela traduzindo a preocupação com as exigências do bem-comum, este, a necessidade de fixação de

⁵⁸ D. 39.3.1.

⁵⁹ D. 50.10.3; D. 50.17.55; D. 8.5.8.5; D. 8.2.19.

Da proibição dos atos *ad aemulationem*, chega-se à teoria do abuso de direito.

Vários textos do direito clássico parecem demonstrar a existência dessa teoria (D. 24.1.63; D. 24.1.63; D. 30.1.43.1; Gaio 1.53; CI, 8,51.2). Não obstante esse textos, opinião predominante assevera não existir em Roma essa teoria. As leis, a equidade e a jurisdição imperial e pretoriana eram suficientes para corrigir o abuso do direito, não se sentindo a necessidade de construir uma teoria a esse respeito. cfr De Martino, op. cit. p. 290.

limites ao exercício dos direitos subjetivos, tendo em vista a boa-fé, os bons costumes e o fim social do direito.

11. O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. A RESPONSABILIDADE CIVIL.

No direito das obrigações, alguns aspectos levam-nos a constatar se não a prevalência, pelo menos a importância do interesse social no reconhecimento e no exercício dos direitos.

O primeiro é a *bona fides*, princípio de natureza moral e psicológica que indica a necessidade de um comportamento reto, justo, leal, honrado, nas relações jurídicas intersubjetivas. As partes devem cumprir fielmente o acordado. Nas fontes romanas das obrigações, certo tipo de contrato baseava-se na boa-fé dos contratantes, o *contractus bona fidei*, por oposição ao contrato de direito estrito, *stricti iuris*. Neste, a intervenção judicial limitava-se a decidir, apenas, sobre a existência ou inexistência jurídica da pretensão do autor, expressa na *intentio* da fórmula utilizada. Naquele, podia o juiz avaliar as circunstâncias do caso, tomando como paradigma o comportamento esperado entre pessoas justas e leais.⁶⁰

Esse poder do juiz era o fundamento da dicotomia *actiones (iudicia) bona fidei* e *actiones stricti iuris*. Nas primeiras, verificando-se o descumprimento da prestação, “o devedor era responsável por tudo aquilo que fosse exigível entre pessoas justas e leais”, tendo o juiz maior discricionariedade na decisão do feito, levando em conta o que pudesse influir na equidade da relação. No período final da época clássica eram ações de boa-fé as referentes aos contratos de compra e venda, arrendamento, mandato, sociedade, gestão de negócios e depósito, e ainda as referentes à fiducia e ao dote, pelo que pode afirmar-se ser o princípio da boa-fé dominante na gênese e no cumprimento das obrigações no direito romano, principalmente nos

⁶⁰ D. 18,1,59; D. 21,2,75.

contratos consensuais. A função da *fides* era, portanto, a de chamar a atenção dos contraentes para o dever de respeitarem a palavra dada ⁶¹ observando a máxima *pacta sunt servanda*. Os fatos deviam corresponder às palavras (*fit quod dicitur*) e, principalmente, à intenção negocial manifestada.

A *fides* tinha, assim, valor normativo. Como conquista da jurisprudência, já antes da *Lex Aebutia*, e depois de *aequitas praetoris*, revela uma esplêndida influência das idéias sociais sobre o direito. Daí poder dizer-se ter sido “grande mérito do pensamento jurídico do último século da República, o século de Cícero, ter posto em evidência a necessidade de conceber a experiência jurídica como inseparável dos valores éticos”,⁶² o que levou à necessidade de se criarem meios técnicos adequados à repressão da antijuridicidade de comportamento éticamente reprováveis, tais como o dolo e a violência. A individualização dos ora chamados vícios do consentimento e a convicção da necessidade de castigar com sanção jurídica o comportamento doloso ou violento foram momentos de especial importância na descoberta da *raiz ética da atividade jurídica*, como se exprime em algumas passagens.⁶³

Além da boa-fé, a responsabilidade civil é outro instituto que, no direito romano, demonstra a preocupação dos juristas com o interesse social no campo das obrigações.

São dois os sistemas que a evolução histórica da responsabilidade civil construiu: o da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa do agente causador do dano, e o da responsabilidade objetiva, decorrente não da culpa mas da simples existência de risco causado pela atividade do agente. A primeira é de cunho nitidamente individualista, pois que leva em conta, primordialmente, a atuação culposa do agente. A segunda, menos individualista e por isso mesmo de caráter mais social ou universalista, considera, prioritariamente, a segurança da pró-

⁶¹ Paolo Frezza, *Fides bona*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 7.

⁶² *idem*, p. 15.

⁶³ D. 18.1,66; D. 18.1,59; D. 21,2,75.

pria vítima e estabelece a obrigação de indenizar independentemente da culpa do agente. A responsabilidade fundada na culpa é subjetiva, individualista, imputável a um comportamento voluntário. A responsabilidade baseada no risco é objetiva, causal, não-individualista. Decorre da relação de causalidade existente entre o dano e seu causador, independentemente de culpa, isto é, de negligência, imprudência ou imperícia.

O direito romano não teve aquilo que hoje propriamente se chama de sistema da responsabilidade civil. Nele não havia uma construção homogênea, racional e logicamente estruturada a que se pudesse atribuir a marca da subjetividade ou da objetividade, vale dizer, o predomínio da culpa ou do risco. Talvez porque fosse suficiente, para a experiência da época, a tipificação de delitos especiais, com as respectivas ações, como as reipersecutórias (*actiones rei persequendae causa*), de finalidade reparatória, as penais e as mistas, estas destinadas a fixar, simultaneamente, uma pena e uma indenização.

De modo geral pode-se dizer que, nas épocas mais remotas a responsabilidade era *coletiva, objetiva e penal*. As ofensas pessoais e patrimoniais reparavam-se por meio da vingança privada contra o ofensor ou seu grupo. Era uma vingança coletiva, sem a identificação de culpa individual, com caráter de sanção penal e civil. Posteriormente, tal procedimento substituiu-se pela entrega de certa quantia em dinheiro que o ofensor fazia à vítima, a título de pena (*poena*).

Não sendo a culpa o fundamento da obrigação, a responsabilidade era objetiva, e não se distinguindo a pena da reparação, era também penal.

A *Lex Aquilia*, plebiscito com força de lei rogada proposta pelo tribuno Aquilius, provavelmente em 286 a.C.⁶⁴ modifica o caráter da responsabilidade que passa a exigir três elementos: a ação contrária ao direito (*iniuria*), a culpa⁶⁵ e o dano

⁶⁴ D. 9.21,1; D. 9,2,27,5.

⁶⁵ D. 9,2,44, p.: D. 30,47,5; D. 36,1,13,3.

(*damnum*), perda ou diminuição patrimonial decorrente da referida ação.

Com o cristianismo e o direito canônico interpretando os textos romanos à luz da moral cristã, chega-se a uma síntese das soluções romanas com os princípios cristãos, destacando-se o princípio segundo o qual cada um deve responder pelos atos danosos que praticar com culpa, princípio esse consagrado no Código Civil Francês e, por sua influência, nos demais códigos que se lhe seguiram. A responsabilidade passou, assim, a ser de natureza subjetiva, individual e civil.⁶⁶

A proliferação dos riscos decorrentes das atividades terciárias na época atual, faz aumentar o número de acidentes e multiplicam-se as demandas. O princípio da culpa mostra-se insuficiente como base da obrigação de indenizar, surgindo a convicção de que deve compensar-se o dano independentemente da culpa do agente, ampliando-se, assim, o campo da responsabilidade objetiva.

A pesquisa interpolacionística deste século tem mostrado que os juristas romanos até o período clássico, inclusive adotavam a concepção objetiva da responsabilidade civil.⁶⁷ A doutrina da culpa não é assim, uma herança do direito clássico, que sempre teve “como fundamento da responsabilidade, a apreciação *objetiva* dos fatos danosos”, mas sim uma inovação surgida na época seguinte a do direito bizantino.

Exemplo de responsabilidade objetiva era a decorrente da infração do dever de custódia (*praestare custodiam*), dever de conservação da coisa confiada a um dos contratantes, nos casos, por exemplo, do comodatário, do locatário⁶⁸ de coisa móvel, do proprietário de um estabelecimento comercial (*horrearius*), do empreiteiro, do depositário, do armador ou proprietário de um navio (*nauta*),⁶⁹ do dono de pousada (*campo*), do

⁶⁶ Jean Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, Paris, PUF, 1976, p. 316.

⁶⁷ G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris, Sirey, 1938, p. 83.

⁶⁸ CI, 4, 65,28.

⁶⁹ D. 19,2,31.

dono de estábulo (*stabularius*), do *socius* que se encarrega da guarda da coisa de seu associado, do credor pignoratício, do usufrutuário, do vendedor antes da tradição da coisa, etc.⁷⁰

A *custódia* representa, assim, a garantia de conservação da coisa entregue ao devedor, que responde por fatos danosos, embora dele não dependentes mas compreendidos no seu poder de controle, de acordo com apreciação objetiva daquilo que no mais das vezes ocorre, como o furto ou o dano não violentos causados por terceiros (hipóteses do chamado *casus minor*), com exclusão daqueles que fogem ao poder de controle do agente (hipótese de *casus maior* ou *vis maior cui resisti non potest*).⁷¹

Embora o elemento subjetivo não fosse descurado, pois respondia-se por dolo, que era, em princípio, o critério de apreciação de todos os negócios de boa-fé — no direito romano primitivo e clássico, o modo de avaliação da responsabilidade subordinava-se a idéias sociais e objetivas, profundamente diversas da exasperação do elemento espiritual próprio do direito bizantino que se transmitiu até nós, por força do direito francês. Hoje em dia, porém, volta-se timidamente à teoria dos riscos, defendendo-se a idéia de que os ônus nascidos de uma determinada relação jurídica devem suportar-se em proporção às vantagens, não mais em função da culpa.

O direito brasileiro contemporâneo, embora filiado à doutrina clássica da responsabilidade civil subjetiva, consagrada no art. 159 do Código Civil, que é a *sedes materiae*, acolhe também a responsabilidade civil objetiva em hipótese legalmente previstas, como a de queda ou lançamento de coisa em lugar indevido,⁷² comportamento culposo de preposto de farmacêutico,⁷³ acidentes de trabalho,⁷⁴ acidentes em estradas de ferro e, por analogia, em transportes coletivos, a navegação aérea.⁷⁵

⁷⁰ Fritz Schulz, *Derecho privado clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 492.

⁷¹ I. 3,14,2; D. 44.7,1,4; D. 2,13.7, par. D. 16,3,1'35.

⁷² Código Civil art. 1.529.

⁷³ Idem, art. 1.546.

⁷⁴ Lei n. 5.316, de 14.9.67.

⁷⁵ Lei n. 2.681, de 1.12.12 e Lei n. 7.565, de 19.12.86.

Na época atual, enfim, assiste-se ao declínio da responsabilidade individual, ao mesmo tempo que se desenvolve o sistema de garantia coletiva, através do seguro, em um verdadeiro processo de socialiação do dever de indenizar. O princípio da culpa mostra-se insuficiente e desenvolve-se a idéia de que o dano deve ser composto independentemente da culpa do agente, ampliando-se os casos de responsabilidade civil não derivada do fato próprio do agente, mas resultante do risco decorrente da sua atividade econômica. Retoma-se a idéia primitiva do direito romano, guardadas as circunstâncias peculiares a cada época.

12. CONCLUSÕES

Individualismo e universalismo são concepções ideológicas que sempre influíram na gênese e na aplicação do direito, variando sua ênfase e importância em função de fatores políticos, econômicos e sociais que se verificam ao longo da história cultural e do processo do direito.

Tem sido freqüente afirmar-se ser o individualismo uma das marcas indelévels do direito romano, considerado o direito da liberdade e da força individual. Recentes estudos têm demonstrado, porém, a existência e a importância de elementos sociais nessa experiência jurídica, principalmente nos períodos clássicos e pós-clássicos.

Embora o individualismo se tenha desenvolvido em suas diversas vertentes, filosófica, política, econômica e jurídica no curso dos séculos, aumentando de importância com o renascimento e a revolução intelectual dos séculos XVII e XVIII, neste século têm sido objeto de crescentes limitações por força das idéias sociais e universalisantes, que restringem a liberdade e o poder do indivíduo em função das exigências de justiça social. Tais restrições, que limitam o exercício dos direitos subjetivos, e se expressam nos códigos, nas leis especiais e na própria Constituição Federal, de que são exemplos os institu-

tos jurídicos em torno dos quais se constitui a chamada sociedade civil (pessoa, família, propriedade e obrigação), não são, porém, novidade. Correspondem, guardadas as circunstâncias históricas, ao mesmo espírito universal e socializante verificado em iguais institutos do direito romano.

O direito civil brasileiro permanece, nessa matéria, fiel à herança dos paradigmas romanos.