

Do *case law* romano ao *common law*: a origem obscurecida dos precedentes vinculantes

From roman case law to common law: the obscured origin of binding precedents

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.

Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – Unicap. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Diretor-Tesoureiro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – Annep. Professor da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – Fesp. Professor Visitante da Pós-Graduação do Centro Universitário de João Pessoa – Unipê. Advogado. Consultor Jurídico. *E-mail*: <miro@nft.adv.br>.

Resumo: O presente artigo visa investigar a origem remota dos precedentes vinculantes, a fim de elucidar se se configuram em um instituto inerente ao *common law* ou se estiveram presentes em outras tradições jurídicas.

Palavras-chave: Direito romano. *Civil law*. *Common law*. Precedentes vinculantes.

Abstract: This scientific article aims to investigate binding precedents' remote origins in order to elucidate whether they are a Common law inherent institute or if they were present in other legal traditions.

Keywords: Roman law. Civil law. Common law. Binding precedents.

Sumário: 1 Considerações iniciais – 2 As fontes do direito romano no curso da história – 3 O *case law* no direito romano – 4 Conclusões – Referências

1 Considerações iniciais

Muito se tem discutido, no Brasil, sobre precedentes vinculantes, sistema de precedentes, “commonização” do direito brasileiro¹ etc. Contudo, ao ver deste

¹ Nessa linha: STRECK, Lenio Luiz. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? *Conjur*, 22 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 12 set. 2017.

autor, uma questão relevante tem sido um tanto quanto obscurecida, qual seja, a origem dos precedentes vinculantes. Por conseguinte, o principal objetivo deste artigo consiste em apontar as origens remotas dos precedentes vinculantes.

Para atingir tal desiderato, realizar-se-á uma breve análise das fases do direito romano e de suas fontes no curso da história. Em seguida, tratar-se-á brevemente do *case law* romano, primeiro, a partir da *responsa prudentio* e, mais adiante, já sob o principado, a partir dos *decreta* e dos *rescripta* do imperador.

2 As fontes do direito romano no curso da história

Os romanistas, em geral, distinguem a *história externa* – relativa ao estudo das instituições políticas e sua evolução – da *história interna* do direito romano – relativa ao estudo das instituições jurídicas. A *história externa*, baseada nas formas de governo que teve Roma, divide-se nos seguintes períodos: 1^ª) *período real*, que vai das origens de Roma (754 a.C.) à queda da realeza em 510 a.C.; 2^ª) *período republicano*, que vai de 510 a.C. a 27 a.C., quando o Senado investe Otaviano – futuro Augusto – no poder supremo com a denominação de *princeps*; 3^ª) *período do principado*, que vai de 27 a.C. a 285 d.C., com o início do *dominato* por Diocleciano; 4^ª) *período do dominato*, que vai de 285 d.C. a 565 d.C., data da morte de Justiniano. Já a *história interna*, divide-se nas seguintes fases: 1^ª) *a do direito antigo ou pré-clássico*, que vai das origens de Roma à *Lex Aebutia* (de data incerta, compreendida entre, aproximadamente, 149 e 126 a.C.), que deu início ao *processo formulário*, em substituição às *legis actiones*; 2^ª) *a do direito clássico* – época áurea do direito romano –, que vai da *Lex Aebutia* (entre 149 a 126 a.C.) ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; e 3^ª) *a do direito pós-clássico* – época da decadência do direito romano –, que vai de 305 d.C. até a morte de Justiniano em 565 d.C.²

Por milhares de anos, nas sociedades primitivas (como se afigurava a Roma do *período real*), nas quais o homem sequer tinha a noção do que era o direito – que, ainda, se apresentava como um fato social pouco diferenciado da religião, da mágica e da moral –, este se expressava como um processo de ordem costumeira, muito embora os usos e costumes se encontrassem amalgamados com as regras morais, religiosas etc. e, apenas paulatinamente, tenha se diferenciado destas.³

² Sobre o tema: BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1956. p. 4-5; KASER, Max. *Derecho romano privado*. 2. ed. Tradução de Jose Santa Cruz Terjeiro. Madrid: Reus, 1982. p. 5-10; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 1-2; CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 15-16; MEIRA, Sílvio A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 13-26.

³ Nesse sentido, esclarecedoras as lições de A. Santos Justo, ao tratar do direito romano na fase da Realeza (754 a.C. até 510 a.C.) e início da República: “Durante os primeiros três séculos, o Direito Romano

Com a melhor percepção do direito como fenômeno social nas sociedades primitivas e a sua gradativa distinção da religião, o direito foi se assentando como predominantemente consuetudinário e mesmo, muito tempo depois, com o surgimento da legislação estatal, esta, por longo período, basicamente, limitou-se a reduzir a termo as normas consuetudinárias,⁴ podendo-se afirmar, portanto, que durante boa parte da antiguidade – o que iria até certa fase da República Romana, talvez, seu primeiro século, a partir de quando outras fontes do direito, como as leis comiciais, os *senatus-consultos*, os editos dos magistrados e a jurisprudência, começam a se sobressair (a expressão *fontes do direito*, aqui, está sendo utilizada, por metonímia, no sentido de norma jurídica) – e no período compreendido entre a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.)⁵ e os séculos XII e XIII, os costumes exerceram um papel preponderante como fonte do direito na Europa, como relata Carlo Augusto Cannata:^{6 7}

(sobretudo o privado) é constituído por costumes (*mores*). Pomponius não os refere expressamente, mas diz-nos que, no início da *civitas*, o povo regia-se «*sine lege certa, sine iure certo*». [...] Os *mores* eram regras jurídico-religiosas que insensivelmente engrossavam o patrimônio de valores e de crenças da antiga sociedade romana que a tradição conservava. Constituíam o *ius incertum* de que nos fala Pomponius e a tarefa de os revelar (*interpretare*) estava confiada aos porta-vozes oficiais da vontade dos deuses: aos colégios sacerdotais” (JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano* – I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 78). No mesmo sentido: JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 27-29; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Storia del diritto romano*. 7. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 2006. p. 121-126; PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 16; VACCA, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 1-2; CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciência jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 29-30; MEIRA, Sílvio A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 107; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 11-12; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32-34; ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 297-298.

⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 143. No mesmo sentido: CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Fontes do direito: contributo para a solução do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LVIII, 1982. p. 190-191; VECCHIO, Giorgio del. *O Estado e suas fontes do direito*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005. p. 9-13; 51-53; MEIRA, Sílvio A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 39-41; 58-59; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 11-12; VESCOVI, Enrique. *Introducción al derecho*. 21. ed. Montevideo: Julio César Faire, 2002. p. 99-100.

⁵ Moreira Alves fala da efêmera reconquista – pois só perdurou até três anos após a morte de Justiniano (565 d.C.) – da Itália em 533 por Justiniano, então imperador do Império Romano do Oriente, que para lá enviou exemplares de suas compilações e das novelas até então publicadas, porém sem grande influência até o ressurgimento do direito romano no século XI (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 57).

⁶ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 140. No mesmo sentido: DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37-41.

⁷ O papel preponderante exercido pelos costumes na alta Idade Média não quer significar a ausência de leis na Europa desse período, mas apenas que aquela fonte se sobressaía. Sobre a legislação da época, leiam-se as lições de Carlo Augusto Cannata: “En los distintos reinos germánicos los soberanos tuvieron una actividad legislativa más o menos intensa. Cabe mencionar la legislación lombarda (*Edictum Rothari*, 643; legislación de Liutprand, 712-744), la de los francos (*lex Salica*, 507-511; *lex Ribuaría*, 613-625) de los burgundios (*lex Burgundionum*, 480-501, del rey Gundobado), de los visigodos (*lex Visigothorum* del rey

Pero los siglos de la alta Edad Media se caracterizan, sobre todo, por la formación y la presencia del derecho consuetudinario. La costumbre representa, en efecto, la fuente más importante para el derecho medieval, sobre todo en materia de derecho privado, y el derecho consuetudinario que provino de ella constituirá la entidad normativa más sólida frente a la nueva utilización de derecho romano a partir de finales del siglo XI. Europa en su totalidad se caracteriza en aquella época por la presencia de costumbres, ciertamente diferenciadas según las diversas regiones incluso los diferentes lugares, pero que corresponden todas a una sola y misma idea de la producción normativa: y esas costumbres, como veremos, permanecieron vigentes e incluso se enriquecieron mucho después de la alta Edad Media. Conocieron varias redacciones escritas (privadas u oficiales) sobre todo entre los siglos XII y XVI no fueron derogadas hasta las modernas codificaciones.

Ao mesmo tempo em que vai surgindo a norma legal ainda presa umbilicalmente ao costume,⁸ começam a surgir os órgãos – desvinculados dos colégios sacerdotais – encarregados de decidir os casos concretos, momento em que o direito, como obra dos pretores e dos jurisconsultos, começa a ganhar relevo.⁹ Foi só mais tarde, bem mais tarde, depois do direito romano clássico, isto é, quando começou a decadência do mundo romano, que a “lei” passou a prevalecer como fonte reveladora do direito.¹⁰

Rekkenswind, 649-672) y de los suevos (*lex Alamannorum, lex Baiwariorum*). En general esa legislación era concebida como regida por el principio de la personalidad del derecho y por tanto no se aplicaba a la población romana; además, concernía en gran medida a problemas de derecho penal” (CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciência jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 140).

⁸ Há uma interessante controvérsia doutrinária quanto à Lei das XII Tábuas (dez tábuas redigidas durante o ano de 451 a.C. e mais duas no ano de 450 a.C.): (i) corresponder a uma consolidação de usos e costumes do povo do Lácio, não se distinguindo destes, a não ser por sua forma escrita; ou (ii) ter sido fruto do trabalho de um Decenvirato – integrado entre outros por Apius Claudius, T. Genucius, P. Sextius, L. Veturius, Servius Sulpicius, P. Curatius, T. Romilius e Sp. Postumius –, que tomou como base também o material trazido pela delegação (composta por Postúmio, Mânlio e Sulpício) enviada à Grécia, em 454 a.C., para estudar a legislação de Solón. Autores como Giambattista Vico (1688-1744), Ettore Pais, Lambert e Girard põem em dúvida a existência do Decenvirato e da embaixada enviada à Grécia, concluindo que a Lei das XII Tábuas nada mais seria que a redução a escrito dos costumes antigos aperfeiçoados ao longo do tempo e de uma compilação de fórmulas das ações da lei (*legis actiones*). Contudo, entre os romanistas prevalece a segunda versão. Nesse sentido: MEIRA, Sílvio A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 70-83; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 24-26; KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 60; 65. Posicionando-se de acordo com a corrente minoritária: RASCÓN GARCÍA, César. *Manual de direito romano*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2000. p. 52; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 144-145.

⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 145; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Fontes do direito: contributo para a solução do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LVIII, 1982. p. 198.

¹⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 146.

Com efeito, na fase clássica do direito romano – que abrange o último século da república, todo o principado e o início do *dominato* – a “lei” coexistia com outras fontes do direito tão ou mais importantes que ela, tais como os costumes, os *senatus-consultos*, os editos dos magistrados¹¹ e a jurisprudência (ciência do direito, *responsa prudentium*). Somente no avançar do período do *dominato* (284 d.C. até 565 d.C.), período de decadência do direito romano, em que ocorre uma concentração de poder, sem precedentes, nas mãos do imperador, foi que a *lei* (num sentido muito *lato*) ofuscou todas as demais fontes do direito –¹² entenda-se

¹¹ Sobre os editos dos magistrados, afigura-se importante o seguinte panorama: “Os magistrados romanos tinham a faculdade de promulgar editos (*ius edicendi*), dos quais mais importantes, para a formação do direito, foram os magistrados com função judiciária: em Roma, os pretores (urbano e peregrino) e os edis curuis; nas províncias, os governadores e os questores. O do pretor urbano, porém, sobreleva em importância, a todos os demais”. Pois bem, os magistrados judiciários, apesar de não poderem atribuir direito a ninguém, tinham o poder de conceder ou negar ações e exceções, o que, na prática equivalia à criação ou extinção de direitos. “No edito dos magistrados judiciários, estes não se limitavam a relacionar os meios de proteção (*ações*) aos direitos decorrentes do *ius civile* (na república, integrado pelos costumes e leis). Desde tempos remotos, esses magistrados, com base no seu *imperium* (poder que lhes permitia dar ordens a que todos deviam obedecer), concediam medidas judiciais – por exemplo, os interditos de que nos ocuparemos adiante, no nº 132, A – que visavam a corrigir, suprir ou afastar a aplicação do *ius civile*, quando este lhes parecesse iníquo. Com o advento da *Lei Aebutia* (que introduziu, na metade do século II a.C., o processo formulário – vide nº 126 a 132), essa interferência aumenta, porquanto os magistrados judiciários, que passaram a redigir um documento – a fórmula – onde se fixava a demanda a ser julgada, em geral, pelo juiz popular, se arrogaram, a pouco e pouco, o direito de denegar, quando lhes parecesse justo, as ações que tutelavam direito decorrentes do *ius civile* (o que, evidentemente, tirava a eficácia prática desses direitos); bem como de criá-las para proteger situações – não previstas no *ius civile* – que lhes parecesse dignas de tutela. Ora, nesse último caso, tais situações assim tuteladas passavam, na prática, a ter eficácia jurídica, dando nascimento a verdadeiros direitos, motivo por que o Edito é considerado fonte de direito (*ius honorarium* ou *praetorium*, em contraposição ao *ius civile*). Os pretores, no início do ano em que desempenhariam a magistratura, anunciavam oralmente o seu programa normativo – espécie de inventário de todos os meios de que o particular poderia se valer para tutelar o seu direito. Com o tempo, os pretores passaram a apresentar tal programa normativo de forma escrita. O *edictum* era *perpetuum* (permanente, anunciado no início e para vigorar durante todo o mandato do pretor) ou *repentinum* (imprevisto, promulgado para regular situações não previstas no *edictum perpetuum*). A promulgação do *edictum repentinum* foi proibida pela *Lei Cornelia* de 67 a.C. Os pretores, em geral, aproveitavam boa parte do *edictum* do seu antecessor; essa parte que era aproveitada no *edictum perpetuum* do novo pretor chamava-se *pars translatícia* ou *edictum translatício* e a parte nova, promulgada já pelo novo pretor, chamava-se *pars noua* ou *edictum nouum*. No principado, já em virtude da posição subalterna a que fora reduzida a pretura, os pretores se limitam a copiar os editos de seus antecessores e, em 130 d.C., o Imperador Adriano pôs fim ao poder dos pretores de promulgarem novos editos, que só poderiam fazê-lo por solicitação do *princeps* ou do Senado, e determinou que o Jurista Sálvio Juliano elaborasse uma compilação do texto dos editos, obra que ficou conhecida como *Edictum Perpetuum* (Edito Perpétuo), tendo os editos continuado a ser fonte do direito durante todo o principado e durante o *dominato*, quando foram recepcionados (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 23-23, 35-36). No mesmo sentido: PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 140-141; JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 11-15; BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *História da magistratura*: o pretor no direito romano. São Paulo: LCTE, 2011. p. 189-199; MEIRA, Sílvia A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 68-69; 133-134. De acordo com este último autor o mais antigo *edictum* de que se tem notícia é o atribuído ao pretor Rutilius, no ano de 118 a.C.

¹² Quanto a essa ruptura com a tradição clássica fundada na multiplicidade de fontes do direito: “La rottura con la tradizione precedente era peraltro voluta e consapevole. Basta leggere alcune delle costituzione che provengono dalla cancelleria constantiniana per cogliere la decisa contrapposizione fra *ius vetus*, costituito dall’insieme dell’ordinamento giuridico classico nelle sue manifestazioni complesse, proiezione di un sistema fondato sulla pluralità di fonti di produzione, e *constitutiones* o *leges* che indicano il

por lei as *constituições imperiais*,¹³ sobretudo, na forma de *edicta* (editos) – normas gerais que, em virtude do *ius edicendi* do príncipe, dele emanavam.

Como já afirmado, no *dominato* (monarquia absoluta), toda a criação do direito fora monopolizada pelo imperador, as fontes do direito se resumiram aos costumes (na época, com baixo grau de relevância) e às constituições imperiais, ou melhor, ao processo de produção do direito centrado na figura do imperador, que, através das *leges generales* – normas gerais que abarcam os antigos editos e retiram o sentido dos mandatos, na medida em que as instruções aos funcionários passam a ser feitas ou por *leges generales* ou por cartas – e dos *rescripta* – que abarcam os rescritos e os decretos –, positivava todo o direito vigente em Roma. Contudo, não se pode olvidar que foram recepcionadas¹⁴ as normas emanadas das fontes do direito admitidas no principado ou em fase anterior da história romana, como, *v.g.*, os editos dos magistrados e a *responsa prudentium*.

Ressalte-se, ainda, que, no *dominato*, foi-se extinguindo gradativamente o *jus publice respondendi* dos juriconsultos, reservando-se apenas ao imperador o poder de interpretar as leis¹⁵ e, no ano 426 d.C., uma constituição dos imperadores Teodósio II e Valentiniano III – que passou a ser conhecida como Lei das

blocco monolitico del nuovo ordinamento, espressione esclusiva del potere legislativo imperiale. In questa contrapposizione non si esprime solo un mutamento istituzionale, ma si evidenzia una nuova concezione del diritto come norma generale, vincolante per tutti i sudditi dell'Impero” (PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 409. No mesmo sentido: CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I. p. 28).

¹³ “As constituições imperiais se apresentam, principalmente, sob um dos quatro seguintes tipos: 1º, *edicta* (editos) – normas gerais que, em virtude do *ius edicendi* do príncipe, dele emanavam, e se assemelhavam, na forma, às oriundas dos magistrados republicanos; 2º, *mandata* (mandatos) – instruções que o príncipe transmitia aos funcionários imperiais, principalmente aos governadores e funcionários das províncias (a partir do século V d.C., desapareceram totalmente); 3º, *rescripta* (rescritos) – respostas que, sobre questões jurídicas, o imperador dava a particulares, ou a magistrados e a juízes; no primeiro caso, diziam-se *subscriptioes*, porque eram escritas abaixo da pergunta, para que a resposta desta não se separasse; no segundo, *epistulae*, pois eram redigidas em carta; e 4º, *decreta* (decretos) – eram sentenças prolatadas pelo príncipe em litígios a ele submetidos em primeira instância ou em grau de recurso. As constituições mais importantes para o direito privado se apresentavam sob o tipo de *decreta* ou de *rescripta*” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 37. No mesmo sentido: BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid: Reus, 1929. p. 24; PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução de José Fernandez Gonzalez. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 66-68; CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I. p. 30-31; MEIRA, Sílvia A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 133-134; CORRENTE SPANÓ, Dante D. *Fuentes del derecho romano*. Buenos Aires: Pannedille, 1971. p. 63-67).

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 43-44; MEIRA, Sílvia A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 162.

¹⁵ Nesse sentido: “Dalle osservazioni che precedono emerge un quadro delle fonti del diritto profondamente modificato rispetto all'età repubblicana dall'accentramento dei poteri nelle mani del Principe, accentramento che si manifesta nel progressivo svuotamento del potere normativo degli altri organi (i comizi, il Senato, i magistrati giurisdicenti), e che sfocerà nel Dominato con l'affermazione dell'Imperatore unico interprete e legislatore” (PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 141). No mesmo sentido: MEIRA, Sílvia A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 162.

Citações, diante do inconveniente decorrente de citações capciosas ou falsas dos textos dos grandes juristas de tempos passados – regulamentou a forma de se invocar as normas jurídicas constantes das obras daqueles e o peso que deveriam ter para o magistrado diante de um caso concreto. Tal constituição imperial, que instituiu um verdadeiro “Tribunal de Mortos”, estabeleceu que poderiam ser invocados apenas os escritos de cinco eminentes jurisconsultos (Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino), e que, se os cinco citados jurisconsultos tratassem de uma questão de forma uníssona, seus escritos vinculariam o juiz; se houvesse divergência, dever-se-ia seguir a opinião da maioria e, na hipótese de empate, dever-se-ia seguir a metade em que estivesse incluída Papiniano. Se, embora ocorrendo empate, não tivesse se manifestado Papiniano, o juiz se encontrava livre para decidir da forma que lhe aprouvesse.¹⁶

3 O *case law* no direito romano

Na fase clássica do direito romano – sua época áurea –, que vai da *Lex Aebutia* (entre 149 a 126 a.C.) ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C., o direito romano era eminentemente casuístico.

¹⁶ Nesse sentido, as lições de Sílvio Meira: “Lei das Citações – No Baixo Império se utilizavam os trabalhos dos jurisconsultos clássicos. O acervo deixado era porém muito grande e de difícil aplicação na prática, pois nem sempre coincidiam as opiniões de Paulo, Ulpiano, Papiniano e outros jurisconsultos a respeito de uma determinada controvérsia. Isso dava margem a interpretações contraditórias e a chicana no foro. A fim de evitar que Atal situação se prolongasse por mais tempo os imperadores Teodósio II e Valentiniano III (o primeiro do Oriente e o segundo do Ocidente), promulgaram, no ano 426, a Lei das Citações. Posteriormente foi o inteiro teor dessa lei incluído no Código Teodosiano. Essa lei: 1) Limitava o número de jurisconsultos a serem invocados nas demandas forenses; 2) estabelecia o modo de ser aferida a melhor opinião dos jurisconsultos clássicos; 3) reproduzia as Constituições de Constantino a respeito das obras de Paulo e Ulpiano. Apenas cinco jurisconsultos mereceram preferência: Gaio, Paulo, Ulpiano, Papiniano e Modestino. Aceitou ainda a invocação de obras atribuídas a Cévola, Sabino, Juliano, Marcelo e outros, se citados por aqueles cinco destacados jurisconsultos, conferidos os manuscritos a fim de comprovar a autenticidade da obra invocada. Quando os cinco jurisconsultos fossem unânimes no seu conceito os seus pareceres tinham força vinculativa, isto é, o julgador deveria cingir-se à sua conclusão. Se, porém, houvesse divergência, prevalecia a maioria. Na hipótese de ocorrer empate dar-se-ia prevalência à metade em que estivesse incluído Papiniano ‘que vencia a todos isolados’: [...]. Se, embora ocorrendo empate, não tivesse se manifestado Papiniano, o julgador teria liberdade de decidir. Igual liberdade haveria se não existissem pareceres dos jurisconsultos sobre a controvérsia em exame” (MEIRA, Sílvio A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 162). No mesmo sentido: CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 112-113; JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano* – I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 89; CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I. p. 29; CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 37-38; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 44; IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. 18. ed. Tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 109; LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978. p. 91-92; RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 16. ed. México: Porrúa, 2009. p. 172.

Com o surgimento do método labeoniano,¹⁷ as regras jurídicas passaram a ser construídas pelos juristas a partir da solução justa de um caso concreto, não se confundido, pois, com as regras gerais (*regulae iuris*) enunciadas por meio de deduções fundadas nas instituições, como o faziam os antigos. Cannata, discorrendo sobre o método de Labeão, acrescenta:

frente a un caso concreto (que un cliente le expone, por ejemplo), el jurista debe por tanto reducir la situación a sus elementos jurídicos significativos. En ese punto, posee un tipo de situación (*Tatbestand*). Si su repertorio de reglas casuísticas conoce ya ese *Tatbestand*, la solución del caso es inmediatamente conocida. De lo contrario, el jurista debe resolver ese caso y añadir la solución (que ya es típica) a su repertorio. A veces aprecia que el caso-tipo nuevamente determinado puede asimilarse a otro caso-tipo ya adquirido en su repertorio (analogía); en efecto, ocurre que dos casos-tipo únicamente se distinguen por el hecho de que uno y otro sólo fueron sometidos de forma incompleta al proceso de abstracción. El jurista debe entonces formular la regla casuística de una forma más amplia, para que corresponda a un nivel más alto de abstracción.^{18 19}

Assinale-se, por oportuno, que, no período do processo formulário (*agere per formulas*), o *case law* romano se dava de jurisconsulto para jurisconsulto e de jurisconsulto para pretor. Somente na fase da *extraordinaria cognitio*, quando as decisões passam a ser fundamentadas, é que tal afetação se refere ao juiz, nesse momento, como autoridade estatal.

Fato é que os juristas da fase clássica do direito romano, os juristas continentais do medievo e os *common lawyers* apresentavam semelhanças nos seus modos de raciocinar e no estilo argumentativo-discursivo-casuístico de suas atividades práticas. Tanto o jurista romano – lidando com as *responsa prudentium* –, quanto o *common lawyer* – lidando com os precedentes –, realizavam um raciocínio *from case to case*. Ambos buscavam não uma máxima abstrata à qual pudessem subsumir o caso em análise, mas, indutivamente, o princípio que conduziu

¹⁷ Método criado por Labeão, primeiro líder da escola proculiana e contemporâneo de Augusto.

¹⁸ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciência jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 64.

¹⁹ No mesmo sentido posiciona-se Letizia Vacca: "In linea di massima, quando si identifica il diritto romano, ed in particolare il diritto prodotto dai giuristi, con un 'diritto casistico', si intende semplicemente che i giuristi romani sono alieni da formulazioni astratte e teoriche, e che formulano l'interpretazione del diritto sempre con riferimento a casi concreti, o per lo meno a situazioni tipiche, ottenute mediante l'astrazione dai casi degli elementi giuridicamente rilevanti, che vengono così separati dagli elementi puramente contingenti e non significativi ai fini della soluzione giuridica. In altri termini, l'espressione 'diritto casistico' indicherebbe, secondo l'opinione corrente, semplicemente che i principi giuridici vengono espressi dai giuristi sempre con riferimento alla prassi concreta, e che questa sensibilità all'esigenza di una soluzione 'giusta' dei casi, che via via si presentano, arricchisce progressivamente il patrimonio che proviene dalla stratificazione dell'*interpretatio*" (VACCA, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. XVII).

à solução de um anterior caso semelhante, para, mediante as distinções ou a extensão por analogia, chegar à resolução do caso em julgamento. Tanto o direito romano clássico como o *common law* adotaram mecanismos de desenvolvimento do direito lento, gradual e casuístico – no primeiro, as *responsa prudentium*; no segundo, os precedentes judiciais.²⁰

Como bem demonstra Letizia Vacca, surpreendentemente, o direito romano clássico se assemelha muito mais ao *ius commune* europeu e ao *common law* do que o próprio *civil law* nos contornos adquiridos após a Revolução Francesa (este mais influenciado pelo direito romano pós-clássico da época do *dominato*), que rompe com o direito romano clássico e o *ius commune* europeu. Leia-se:

Come già accennato, non vi è dubbio che le due esperienze giuridiche, del diritto giurisprudenziale romano e del *Common Law*, siano differenti, né potrebbe essere diversamente, non solo perché ovviamente differente è il contesto storico, politico ed economico in cui esse si sviluppano, e perché differenti sono i meccanismi di produzione del diritto e gli “organi” cui l’ordinamento riconosce nei diversi momenti storici il potere e la funzione di “creare” il diritto; diverso è anche, indubbiamente, il rapporto che nei due sistemi si pone fra il diritto e il giudice, fra interpretazione del diritto e decisione del caso: nel sistema romano il giurista “suggerisce” con i suoi responsi le soluzioni, ma queste soluzioni non hanno, in nessun momento storico, contenuto di per sé precettivo, né per la decisione del caso singolo, né, tanto meno, generale per la decisione degli altri casi simili; nel sistema anglosassone il giudice emette sentenze che non solo hanno valore normativo per il singolo caso, ma hanno formalmente valore “precettivo” per i successivi casi simili. Tutto ciò è indiscutibile.

Tuttavia, è altrettanto indiscutibile ed appariscente che se si guarda alle “fonti di produzione del diritto” non come modi di produzione di regole vincolanti, ma come procedimenti tecnici idonei a sviluppare e, ove necessario, a mutare l’ordinamento giuridico cui si fa riferimento ed i criteri di soluzione delle controversie individuali, il procedimento di formazione dell’esperienza giuridica romana, nel momento della giurisprudenza classica, appare molto più simile al procedimento di formazione ed “interpretazione” del diritto nel *Common Law* che non al procedimento di produzione del diritto negli attuali sistemi europei continentali.

²⁰ VACCA, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. XVII; 113-124; PLUNCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 5. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1956. p. 297-300; MOCCIA, Luigi. English law attitudes to the ‘civil law’. *Journal of Legal History*, London, v. 2, Sept. 1981. p. 161-163; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 3-10; 78-87; CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciência jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 63-65, 237; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64-68; MACÉDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 50-52.

Come vedremo meglio più avanti, nel sistema giurisprudenziale romano e nel sistema del *Common Law* è infatti analogo il procedimento razionale, che viene utilizzato dal giurista (anche il giudice anglosassone è un giurista, non solo un pratico) per “trovare” nell’ordinamento la soluzione del caso singolo e per “costruire” dalla soluzione dei singoli casi l’ordinamento stesso; questo procedimento è per necessità logica differente da quello seguito dall’interprete vincolato a “trovare” nella legge, precetto generale, la norma da “applicare” al caso singolo. Peraltro, nei sistemi di *Civil Law*, esaurita l’operazione della trasformazione del precetto generale in precetto individuale, si esaurisce, almeno sul piano teorico, la funzione “creatrice” dell’interpretazione. La soluzione del nuovo caso dovrà essere trovata ancora nella legge, e, “sul piano formale,” la legge può essere modificata solo da una nuova legge.²¹

Vale salientar, inclusive, a semelhança entre as *fórmulas de ações* do direito romano e o *writ*²² inglês.

Devia existir uma correspondência entre o tipo de *writ* e o pedido em estreita analogia com as formas das ações típicas do direito romano. Se não estava previsto um certo tipo de *writ* que remediasse uma certa situação, a ação não podia ser proposta (“no writ, no remedy”).²³

Talvez, essa seja a explicação para que tanto em Roma (na fase clássica do direito romano), quanto na Inglaterra tenha se desenvolvido um *case law*,

²¹ VACCA, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 113-115. Em sentido semelhante, as lições de Gino Gorla, ao tratar do estilo de decisão das Cortes Italianas entre os séculos XVI e XVIII (GORLA, Gino. *Civilian judicial decisions – An historical account of Italian style*. *Tulane Law Review*, v. XLIV, 1970. p. 740-745).

²² Gilissen reproduz da obra de Glanvill alguns exemplos de *writs*, leia-se: “a) *Writ* de hipoteca na forma de um «praecipue». O rei ao sheriff, saúde. Dá ordem a N. para que ele, com justiça e sem demora restitua a R. tanta terra (ou a mesma terra) naquela vila que ele lhe empenhou por cem marcos por um prazo já expirado, como disse, e que aceite os dinheiros de R. por isso (ou que lhe deixe quite a terra por isso, como disse). E se o não fizer, que o intimos devidamente a ir ao tribunal. [...] b) *Writ* de toma de posse (*missio in possessione*). (O rei ao sheriff, saúde). Ordena a N. que de forma justa e sem demora restitua a G. 10 acres de terra com as suas pertenças em N., na qual ele não tem posse a não ser por via de R., pai do dito N. e de quem N. é herdeiro, a quem o dito G. – ou J., seu pai, de quem é herdeiro – as empenhou por um termo já decorrido, como disse. E se ele o não fizer (e o dito G. te prestar uma finca para prosseguir a sua ação), então intima-o (ao dito N. para que ele compareça perante as nossas justíças quando elas vieram a esta região para lhes demonstrar porque é que ele não obedeceu, e aí compareçam os que o citaram e este mandado. Testemunhas, etc.)” (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2013. p. 218-219).

²³ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 329. No mesmo sentido: HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia*. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015. p. 170; 252; GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2013. p. 2010-211. Apesar de Cannata não afirmar expressamente a semelhança entre os *writs* e as ações da lei do direito romano, a partir de suas lições, pode-se chegar a tal conclusão (CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 214; 240).

diferençando-se apenas pelo fato de, em Roma, o raciocínio *from case to case* e a argumentação tópica-casuística (estilo argumentativo-discursivo-casuístico de suas atividades práticas) terem como ponto de partida a *responsa prudentium* e, na Inglaterra, terem como ponto de partida os precedentes judiciais.²⁴

Mais tarde, em uma fase mais avançada do *direito romano clássico* – já sob o *principado* – o *case law* romano passa a se dar também a partir dos *rescripta* e dos *decreta* (decretos) do imperador (sumo magistrado).

Há, inclusive, uma bela controvérsia doutrinária quanto ao fato de os *decreta* e os *rescripta* terem ou não natureza de *precedente vinculante*.²⁵ Muito dessa controvérsia decorre da divergência interpretativa dos seguintes enunciados teóricos de Gaio e de Ulpiano:

Gaio, 1.2. As fontes do direito do povo romano são: as leis, os plebiscitos, os senátus-consultos, as constituições imperiais, os edictos dos magistrados que possuem o direito de emitir edictos, as respostas dos jurisprudentes.²⁶

Gaio, 1.5. Constituição imperial é toda a determinação emanada do Imperador sob a forma de um *decreto*, de um *edicto*, ou de uma *epístola*. Nunca foi posto em dúvida que «uma constituição imperial» possuíse força de lei, uma vez que é de uma lei que o Imperador recebe o seu poder.²⁷

Gaio, 1.7. As respostas dos jurisprudentes são as sentenças e os pareceres daqueles a quem é permitido ser fonte do direito. Se os pareceres de todos eles forem unânimes, esse parecer unânime adquire força de lei; se não houver acordo entre eles, o juiz poderá seguir a opinião que entender. Esta doutrina pode ler-se num rescrito do divino Adriano.²⁸

Ulpiano, D. 1.4.1pr (*I. 1 institutionum*). O que agrada ao príncipe tem força de lei. Isso porque o povo, por uma lei régia que foi promulgada sobre o *imperium* dele, confere a ele todo o seu *imperium* e sua *potestas*.²⁹

²⁴ VACCA, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 113-124.

²⁵ Há que se destacar, no ponto, o mérito de José Rogério Cruz e Tucci, o primeiro autor brasileiro, pelo menos que seja do conhecimento deste autor, a verticalizar o estudo do *case law* romano e do caráter precedental dos *decreta* e dos *rescripta*. Embora este autor discorde parcialmente do pensamento de Cruz e Tucci, não pode negar o valor de suas lições. Vide: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31-92.

²⁶ GAIO. *Instituições de direito privado e romano*. I – Direito civil e direito natural. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. Livro I. p. 77.

²⁷ GAIO. *Instituições de direito privado e romano*. I – Direito civil e direito natural. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. Livro I. p. 78.

²⁸ GAIO. *Instituições de direito privado e romano*. I – Direito civil e direito natural. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. Livro I. p. 78.

²⁹ MADEIRA, Hécio Maciel França (Trad.). *Digesto de Justiniano*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 61.

Ulpiano, D. 1.4.1.1 (*l. 1 institutionum*). Portanto, não importa o que o imperador por epístola ou por subscrição estatuiu, ou em cognição de causa decretou, ou de plano interveio, ou por edito prescreveu, consta que é lei. Estas são as que vulgarmente denominamos constituições.³⁰

Alguns autores, dando um sentido restrito às expressões *fontes do direito e força de lei (leges vicem optinere)* referidas nos supracitados enunciados teóricos,³¹ defendem que os *decreta* e os *rescripta* tinham normatividade apenas com relação aos casos concretos a que se referiam – os *decreta*, com relação às demandas decididas pelo imperador originariamente ou em grau recursal, e os *rescripta*,³² com relação ao caso concreto de que se originava a consulta ao imperador –, o que lhes retirava, sob essa perspectiva do caso concreto, até mesmo o caráter de precedente, pois a eficácia de tais *constituições imperiais* seria ou de sentença (no caso dos *decreta*), ou de resolução de uma questão de direito prejudicial ao julgamento da demanda (no caso dos *rescripta*).³³ Para esses autores, no que tange aos casos futuros semelhantes, os *decreta* e os *rescripta* não teriam normatividade, mas uma eficácia meramente persuasiva, podendo servir de *exemplum*.³⁴

³⁰ MADEIRA, Hélcio Maciel França (Trad.). *Digesto de Justiniano*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 61.

³¹ Nesse sentido, as lições de Cruz e Tucci: “É muito provável que a expressão ‘*leges vicem optinere*’ (tem força de lei), empregada pelo jurista clássico aos decretos e às epístolas (e, ainda, com toda certeza aos rescritos), não alvitrasse projetar eficácia alguma destes além dos limites da natural força vinculante atinente à hipótese concreta” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 58).

³² Interessantes as lições de Cannata sobre as necessidades práticas que impulsionaram os *rescripta*, assim como o seu objeto de cognição limitado às questões jurídicas, que eram apreciadas à luz dos contornos fáticos narrados na consulta. Leia-se: “Quizá fuera esa competencia jurisdiccional universal en última instancia la que sugirió consultar también al príncipe a título preventivo, con ocasión y a lo largo de una instancia de grado inferior, sobre puntos de derecho (jamás de hecho) controvertidos o dudosos. Evidentemente esto se hacía para ganar tiempo y economizar medios judiciales. Pero hay que recordar también que, como los juristas provistos de *ius respondendi* vivían por lo general en Roma, a menudo era difícil procurarse un *responsum* en aquellos lugares que se encontraban alejados de la capital y en los que, además, los órganos judiciales no podían rodearse de un consejo de juristas. En tales circunstancias, recabar una opinión dirigida al emperador debía parecer como la vía sencilla e incluso la más segura, puesto que petición y respuesta eran transmitidas por vía burocrática” (CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 91). Em sentido semelhante: JÔRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 24.

³³ Pode-se fazer uma analogia, com todas as cautelas necessárias, entre as *rescripta* e o *incidente de uniformização de jurisprudência* do CPC/73 (arts. 476 a 479), ou o *incidente de arguição de inconstitucionalidade* do CPC/2015 (arts. 948 e 949).

³⁴ Entre esses autores: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Storia del diritto romano*. 7. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 2006. p. 245-247; VACCA, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 99-101; BERGER, Adolf. *Decreta principum*. In: BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991. v. 43. Part 2. p. 426; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 55-62.

Outros autores entendem que os *decreta* e os *rescripta* tinham natureza de *norma geral*, vinculando, pois, não apenas no caso a que se referiam, mas também ditando a solução dos casos análogos futuros. Tais autores justificam suas posições com base em fundamentos diversos: (i) uns fundam-se na *lex de imperio*, através da qual o povo romano conferiu ao imperador todo o seu *imperium* e sua *potestas*, derivando daí a jurisdição imperial, que se sobrepunha a todos os órgãos da Administração e da justiça;³⁵ (ii) outros se embasam numa constituição imperial de Gordiano,³⁶ do ano de 238 d.C., e (iii) há, ainda, aqueles de acordo com os quais a eficácia vinculante dos *decreta* e dos *rescripta* somente fora estabelecida na constituição dos imperadores Teodósio II e Valentiniano III, do ano 426 d.C., conhecida como Lei das Citações, ou seja, já na fase do *dominato*.³⁷

Este autor comunga da tese de que, a partir de determinado momento do principado (ou seja, ainda, na época clássica do direito romano), os *decreta* e os *rescripta* adquiriram o *status* de *norma geral*, assumindo, pois, o caráter de *precedente vinculante* com relação aos futuros casos semelhantes. Sendo que,

³⁵ BURDESE, Alberto. *Manual de derecho público romano*. Barcelona: Bosch, 1972. p. 226-227; CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I. p. 30-31; JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano* – I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 82-84; DUCOS, Michèle. *Roma e o direito*. Tradução de Sílvia Sarzana e Mário Pugliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007. p. 47.

³⁶ Nesse sentido, as lições de Eugene Petit: “Después de Septimio Severo, los senadosconsultos, que llegaron a ser cada día más raros, cesan completamente de nutrir el derecho privado. Ceden el lugar a las *constituciones imperiales*, es decir, a las decisiones emanadas del emperador. Las constituciones más antiguas insertas en las compilaciones de Justiniano datan de Adriano. Pero nos parece cierto, aunque haya sido discutido, que Augusto y sus sucesores tuvieron también el poder de publicar constituciones, obteniendo fuerza de ley, ya que la *lex de imperio* les confería el derecho. [...] En cuanto a los *decreta* ya a los *rescripta*, existían los que aplicaban simplemente el derecho existente y permanecían sin influencia sobre su desarrollo. Los demás no tenían más que un carácter personal, un efecto restringido a un caso particular: cuando otorgaban un favor o aplicaban una pena. Sólo podían tener fuerza de ley los que contenían reglas nuevas. Su extensión era general cuando tal había sido la voluntad del emperador; en tal caso, estaban publicados y fijados”. Em nota de rodapé, Petit acrescenta: “Esto es lo que resulta de una constitución del Emperador Gordiano, del año 238, descubierta en 1868” (PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução de José Fernandez Gonzalez. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 66-68).

³⁷ Nesse sentido, as lições de Corrente Spanó: “Valentiniano III, en cambio, dispone todavía que el emperador pueda estatuir en un *rescripto*, que una norma tenga valor general. Posteriormente, Justiniano admite que toda interpretación legal, contenida en cualquier tipo de constitución, tenga extensión general. Se crea así la oposición entre leyes generales – que son los edictos y los *rescriptos* en los límites vistos – y las constituciones personales o sea la mayoría de los *rescriptos*. La contraposición clásica ya vista, tiene ahora otro significado. Los decreto son sometidos a las mismas limitaciones que los *rescriptos*. Justiniano admite el valor general de los decretos emitidos en presencia de las partes. El motivo de todas estas disposiciones restrictivas, ignoradas por la edad precedente, es el temor que, por vía de la corrupción de los funcionarios, el emperador pueda cambiar el derecho vigente sin tener la intención de hacerlo. Se confirma además que lejos de representar la constitución imperial, una fuente de derecho fruto de una voluntad autoritaria y arbitraria, elaborada para servir fines personales y egoístas, constituye por el contrario, el resultado de equilibrados procesos mentales controlados y limitados por los más severos resortes legales, y avalados – como veremos más adelante – por las más prestigiosas opiniones de la jurisprudencia” (CORRENTE SPANÓ, Dante D. *Fuentes del derecho romano*. Buenos Aires: Pannedille, 1971. p. 68).

em consonância com as lições de Jörs e Kunkel,³⁸ entende que a melhor forma de explicar a natureza de precedente vinculante dos *decreta* e dos *rescripta* consiste, além da *auctoritas* do imperador, em uma análise comparada da jurisprudência (ciência do direito) e da atividade jurisdicional do imperador como fontes do direito no período do principado (fase clássica do direito romano), ou melhor, de um co-jeito entre a *responsa prudentio*, de um lado, e, de outro, os *decreta* e os *rescripta* (constituições imperiais) como normas jurídicas.

A partir de Otávio Augusto (27 a.C. a 14 d.C.), que inaugurou a fase do principado romano, instituiu-se o *ius publice respondendi*, uma espécie de patente concedida aos mais eminentes jurisconsultos romanos, que lhes conferia o poder de responder questões jurídicas *ex auctoritate principis*.

Sob Adriano (117-138 d.C.), a *responsa prudentio* – opiniões dos jurisconsultos, que se constituíam não só nos pareceres dados sobre os casos concretos, mas também nas lições esposadas em obras doutrinárias – passou a ter *força de lei*,³⁹ vinculando os juízes não apenas dos casos concretos a que se referiam, mas também dos futuros casos semelhantes. Nesse sentido as lições de Biondo Biondi.⁴⁰

Il valore della *jurisprudencia* riposa sull'autorità dei giuristi, i quali si professano *sacerdotes* della giustizia, nonchè nella bontà intrinseca delle loro dottrine. La situazione si modifica quando Augusto introduce il *ius respondendi*. Il *respondere*, cioè dar pareri a chi richiedesse, è stato, fin dai tempi più antichi, una delle attività del giurista. Da

³⁸ “Esto no obsta a que la extraordinaria amplitud de los poderes oficiales del emperador y la prepotente significación política del imperio dieran por fruto la consecuencia de que las disposiciones imperiales (*constitutiones*) alcanzaron muy pronto, tanto en la conciencia del pueblo como en la práctica jurídica, la misma fuerza que las leyes. Así se ve ya en el Edicto de Adriano que los *edicta decreta principum* son equiparados, como fuentes de derecho, a las *leges, plebiscita y senatus consulta*. Por su parte la doctrina hubo de seguir esta corriente inevitable, y, por lo menos desde mediado el siglo II de Cristo, reconoció a las constituciones imperiales fuerza de ley. [...] Los rescriptos imperiales podían tener el más vario contenido. Frecuentemente resolvían cuestiones administrativas, solicitudes de gracias, y semejantes. Para la evolución del Derecho privado adquirieron una importancia capital debido a la costumbre, desenvuelta en el siglo II, de solicitar del emperador, mediante libelo, la resolución de cuestiones litigiosas. La respuesta imperial atañía exclusivamente a la cuestión jurídica presentada por el solicitante. El examen de los hechos y la sentencia propiamente dicha era cosa del juez competente en casa caso, pero si comprobaba la certeza de los hechos sobre los que el emperador se habían basado, tenía que fundar su resolución en el punto de vista jurídico expuesto por éste en su rescripto. Se ve, pues, que no se trataba de un acto judicial directo, sino de una especie de ilustración jurídica autoritaria análoga a los dictámenes de los juristas provistos del *ius respondendi* (cfs. *Infra*, §15, 2), pero que por la fuerza vinculante que ya poseía por sí ocupaba un rango especial” (JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 20; 24).

³⁹ “7. As respostas dos jurisprudentes são as sentenças e os pareceres daqueles a quem é permitido ser fonte do direito. Se os pareceres de todos eles forem unânimes, esse parecer unânime adquire força de lei; se não houver acordo entre eles, o juiz poderá seguir a opinião que entender. Esta doutrina pode ler-se num rescrito do divino Adriano” (GAIO. *Instituições de direito privado e romano*. I – Direito civil e direito natural. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. Livro I. p. 78).

⁴⁰ BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1956. p. 32.

prima i *responsa* e le opinioni dei *prudentes* avevano valores solo di fatto: si imponevano per l'autorità del giurista, oltre che per il loro contenuto, senza alcuna legale efficacia vincolante. Augusto seguendo il costante intento di concentrare sulla sua persona ogni potere, incominciò ad accordare ataluni giuristi, fra i più celebri del suo tempo, il *ius respondendi ex auctoritate eius*; quindi il responso, poichè formalmente proveniva dall'autorità del principe, obbligava il giudice a seguirle. Da principio aveva valore solo per il caso per cui era stato pronunziato; in seguito la efficacia si stese a casi uguali od analoghi, nè era escluso presentare responsi di giuristi morti od anche di coloro che non avessero il *ius respondendi* oppure pareri ed opinioni che non fossero responsi.

No mesmo sentido as lições de Jörs e Kunkel:⁴¹

A ésta respondió en primer lugar la institución del *ius publice respondendi* que ya creó Augusto. El jurista que disfrutaba de este privilegio estaba facultado para emitir sus dictámenes en nombre del emperador (*ex auctoritate principis*). Sus resoluciones prácticas alcanzaban de esta suerte la autoridad que el emperador se atribuía en todos los órdenes de la vida del Estado, y de la misma manera que las disposiciones emanadas del poder imperial adquirieron con el tiempo el valor de leyes, así también hubieran de llegar a ser obligatorias para el juez las respuestas emitidas por los juristas privilegiados por el emperador. No debe olvidarse, además, que estas respuestas se citaban aunque se hubieran dado para otro caso anterior al debatido y que la opinión que dominaba entre los juristas provistos del *ius respondendi* fue considerada como derecho vigente.

Com efeito, uma constituição de Adriano estabeleceu que as opiniões dos jurisconsultos munidos do *ius publice respondendi* deveriam ser obrigatoriamente seguidas, caso se constituíssem em *opinio communis* (opinião comum); se houvesse divergência de opiniões, o juiz^{42 43} julgava segundo a que lhe parecesse melhor.⁴⁴

⁴¹ JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 34-35.

⁴² O signo *juiz* aqui está referido em sentido *lato*, pois, no período do processo formulário (*agere per formulas*), quem era precipuamente afetado pela *responsa prudentio* era o *pretor*, que elaborava a fórmula, e não o *iudex*, embora este também sofresse certa influência da *responsa prudentio*. Com efeito, nesse período, o *case law* romano se dava de jurisconsulto para jurisconsulto e de jurisconsulto para pretor. Somente na fase da *extraordinaria cognitio* é que tal afetação se refere ao juiz (autoridade estatal). Nesse sentido, as lições de José Rogério Cruz e Tucci: “No âmbito do sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, abrangente dos dois primeiros períodos do processo civil romano: o das ações da lei e o formular –, após a bipartição do procedimento e sobretudo após a criação do pretor urbano, o processo se inicia diante do pretor (detentor da *iurisdictio*), incumbindo-lhe organizar e fixar os termos da controvérsia: e, em seqüência, *apud iudicem*, perante o *iudex unus*, o qual, assistido por um *consilium* integrado por membros de sua confiança, tomava conhecimento do litígio a ele submetido e julgava soberanamente. [...] No mais das vezes, como revelam as fontes, o ato decisório era oral, não significando, contudo, fosse esse um requisito formal. Considerando-se a sua estrutura, a sentença não continha fundamentação, até

Mesmo diante do argumento da constituição imperial de Adriano, que conferiu *força de lei à responsa prudentio*, há autores como Arangio-Ruiz,⁴⁵

porque o *iudicium* encontrava-se atrelado aos termos da fórmula que havia sido elaborada pelo pretor. Acrescente-se que aqueles que exerciam a função de *iudex*, escolhidos no *álbum iudicum*, não eram especialistas em direito e estavam circunscritos aos limites do parecer do jurista (pretor) especificado na fórmula. Realmente, quem detinha a faculdade de dizer o direito (*ius dicere*) eram os pretores” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 37-39).

⁴³ Assinale-se, por oportuno, que bem antes da constituição de Diocleciano que generalizou a *cognitio extraordinaria* (294 d.C.), desde o início da era cristã, tal modelo processual já era observado ao lado do modelo comum, ordinário (o *processo formulae*), que predominava. Disso, pode-se inferir que, ainda no principado, nas demandas submetidas à *cognitio extraordinaria*, pode ter havido um *case law* dos jurisconsultos e do imperador para os magistrados-juizes (autoridades estatais). Nesse sentido, são esclarecedoras as lições de José Carlos Moreira Alves: “Assim, a partir do início da era cristã, havia, no Império Romano, duas espécies de processo: o formulário e o extraordinário. A princípio, aquele teve predominância sobre este: o primeiro era o comum (ordinário); o segundo, o não-comum (extraordinário). Paulatinamente, no entanto, mas sem que a denominação *extraordinário* deixasse de ser usada, o processo *extra ordinem* foi sobrepujando o formulário, não só pelos motivos já indicados, como também pela preferência que a ele, em geral, davam os litigantes, por causa de sua celeridade (não havia as duas instâncias – a *in iure* e a *apud iudicem*; o processo se desenrolava todo diante do magistrado) e pela possibilidade de recurso contra a sentença (ao contrário do que ocorria no processo formulário, no *extra ordinem*, estando os magistrados colocados em escala hierárquica, da decisão do inferior cabia recurso ao superior). No século III d.C., essa evolução está concluída, com a substituição do processo formulário – que deixa de existir – pelo extraordinário” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 37-38). No mesmo sentido são as lições de Santos Justo, que chega a afirmar que os últimos vestígios do *iudex privatus* pertencem à época de Trajano (98-117 d.C.): JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano* – I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 386-389.

⁴⁴ Nesse sentido, as lições de José Carlos Moreira Alves: “Antes de Augusto, os jurisconsultos, na qualidade de particulares, respondiam a consultas das partes litigantes, dos magistrados ou dos juizes. Augusto, no entanto, introduziu o *ius respondendi ex auctoritate principis*, pelo qual o príncipe concedia a alguns juristas uma espécie de patente – o *ius publice respondendi* – pela qual as suas respostas tinham maior autoridade que a dos juristas sem o *ius respondendi*. Os imperadores que sucederam a Augusto continuaram a observar essa prática. Sob Adriano, os *responsa prudentium* (resposta dos jurisconsultos) abrangem não só os pareceres dados sobre casos concretos (como na época de Augusto), mas também as opiniões em geral dos jurisconsultos com o *ius respondendi*, manifestadas sobre casos concretos ou em obras doutrinárias. Os *responsa prudentium* eram, então, fonte do direito – portanto, vinculavam o juiz – se constituíssem *opinio communis* (opinião comum). Se houvesse divergência de opiniões, o juiz julgava segundo a que lhe parecesse melhor” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 37-38). No mesmo sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64-65; MEIRA, Sílvio A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966. p. 125; DUCOS, Michèle. *Roma e o direito*. Tradução de Sílvia Sarzana e Mário Pugliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007. p. 46. Vale destacar que, diferentemente dos autores citados, Eduardo García Máynez defende que os ilustres jurisconsultos romanos adquiriram o *ius respondendi*, por disposição expressa, na época do imperador Tiberio (14 a.C.-37 d.C.) (GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 29. ed. México D.F.: Porrúa, 1978. p. 76-77). Carlos Augusto Cannata, por sua vez, afirma que há controvérsia sobre quem teria sido o criador do *ius respondendi ex auctoritate principis*, se Augusto ou Tiberio, seu sucessor, pois a conclusão dependia de uma passagem ambígua de Pomponio (D. 1,2,2,48-50) (CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 65). Contudo, é de se preferir a versão defendida por José Carlos Moreira Alves, no sentido de que o *ius respondendi* fora criado sob o império de Otávio Augusto (27 a.C. a 14 d.C.), por ser essa a tese defendida por romanistas tradicionais, como: JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 34-35; CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I. p. 28; BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid: Reus, 1929. p. 24-25; PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução de José Fernandez Gonzalez. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 70-71.

⁴⁵ ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *Storia del diritto romano*. 7. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 2006. p. 246-247.

Adolf Berger,⁴⁶ Letizia Vacca,⁴⁷ Franz Wieacker⁴⁸ e Cruz e Tucci,⁴⁹ de acordo com os quais as opiniões dos jurisconsultos só teriam normatividade com relação aos casos concretos a que se referissem.

Tais autores, naturalmente, estendem esse mesmo raciocínio aos *decreta* e aos *rescripta*, ou seja, defendem que estas constituições imperiais só tinham normatividade com relação aos casos concretos a que se referiam.

O que se afigura um tanto quanto paradoxal é que os supracitados autores, apesar de defenderem que os *decreta* e os *rescripta* não vinculavam os juízes dos casos análogos, afirmam que (i) gozavam de respeitabilidade como precedente; (ii) que eram citados pelos jurisconsultos e magistrados e (iii) que estes consideravam os *decreta* e os *rescripta* no raciocínio *from case to case* e somente não os aplicavam em virtude de distinção. Ora, se os *decreta* e os *rescripta* eram considerados como se precedentes o fossem e somente não eram aplicados em caso de distinção, por que razão não seriam precedentes vinculantes?

Representativas desse paradoxo são as lições de Arangio-Ruiz e de Adolf Berger, respectivamente, *in verbis*:

Cosí nei rescritti como nei decreti, il principe si limitava il più delle volte ad applicare il diritto vigente. Ma in casi nei quali il diritto risultante dalle fonte del diritto civile e pretorio presentava lacune o incongruenze da dover essere eliminate, o portava nel caso concreto a conseguenze inique, l'imperatore si sentiva autorizzato a sopperire alle decienze, pronunciando la decisione più conveniente. Emanate per il caso sottoposto al principe, tali decisione non vincolavano i giudici dei casi analoghi che si presentassero in seguito. Tuttavia erano precedenti autorevolissimi, e i giudici non mancavano di farvi ricorso quando riuscivano ad averne notizia; dove veniva addotta come titolo di lode dei singoli imperatori l'imitazione che i loro decreti trovavano nelle sentenze dei giudici ordinari («tuis decretis, imperator, exempla publice valitura in perpetuum sanciantur», diceva Frontone nella sua orazione a Marco Aurelio). [...] La divulgazione dei rescritti più nuovi ed importanti, e la conseguente loro entrata nel novero delle vere e proprie fonti del diritto, furono dovute ai giuristi; i quali li citavano nelle loro opere e vi costruivano sopra regole generali di condotta. Altri rescritti, meno impegnativi, erano citati dagli stessi giuristi come

⁴⁶ BERGER, Adolf. Decreta principum. In: BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991. v. 43. Part 2. p. 426.

⁴⁷ VACCA, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 99-101.

⁴⁸ WIEACKER, Franz. *Studien zur hadrianischen Justizpolitik, en Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, 1935, p. 5; 43 e ss. *apud* JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 35, nota de rodapé nº 5.

⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 58.

espressioni di opinioni personali, che potevano esser sottoposte a critica alla pari di quelle che venivano affermate in dottrina.⁵⁰

Decreta principum. Imperial enactments (decrees) issue by the emperor in the exercise of jurisdiction in civil and criminal matters, both as final judgments and as interlocutory decisions during the proceedings. They rank among the imperial constitutions and had some importance, although no binding force, in similar future cases inasmuch as they could be considered and applied as precedents. When published by order of the emperor they acquired general validity as the edicts of the emperor.⁵¹

É de se discordar dessa posição, primeiro, em virtude da supracitada contração; segundo, porque a *responsa prudentio*, com o avançar da época clássica, passou a ser composta não só pelos pareceres elaborados em resposta às consultas realizadas em casos concretos (*responsum*), mas também pelo conjunto da obra dos jurisconsultos, inclusive, doutrinária.⁵²

Logo, é de se indagar: se a *responsa prudentio* só vinculava a solução dos casos concretos a que se referia, como se explicar a relação entre um caso concreto e as obras doutrinárias dos jurisconsultos? E, mais, como se conciliar a relação entre a *responsa prudentio* e um caso concreto com a exigência de *opinio communis*? Certamente, a *opinio communis* se referia ao conjunto da obra dos jurisconsultos, e não apenas aos pareceres em resposta às consultas derivadas de casos concretos.

Ou seja, a exigência da *opinio communis* – que, como afirmado, abrangia a obra doutrinária dos jurisprudentes – conduzia a que as opiniões dos jurisconsultos tivessem relevância para além dos casos concretos a que se referissem.

Por conseguinte, demonstrada a normatividade da *responsa prudentio* com relação aos casos análogos; pode-se concluir pelo caráter de precedente

⁵⁰ ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *Storia del diritto romano*. 7. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 2006. p. 246-247.

⁵¹ BERGER, Adolf. Decreta principum. In: BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991. v. 43. Part 2. p. 426.

⁵² De acordo com Cannata, na época em que instituído o *ius publice respondendi* por Augusto, a autoridade das opiniões dos jurisconsultos era restrita ao *responsum*, mas, na segunda metade da época clássica, as obras doutrinárias dos jurisconsultos também adquiriram tal autoridade. Leia-se: “El príncipe no desconoció la autoridad de los juristas; no se pronunció tampoco sobre la práctica, común entre los jueces, de adoptar su propio poder discrecional. Bien al contrario, quiso conceder a los juristas, verdaderamente ilustre, el derecho de dar *responsa* bajo su propia autoridad (*ius respondendi ex auctoritate principis*). Esta liberalidad no era más que aparente, ya que con ello el príncipe sólo apuntaba, por un lado, a reservarse el derecho de juzagar cuáles serían los juristas a los que se concedería una mayor autoridad, por otro, a restringir tal autoridad al *responsum*, es decir, a la solución del caso concreto mismo. [...] En cambio, el gran auge que cobró la literatura jurídica en esa época proporcionó una autoridad nueva a los libros de los juristas. En las provincias sobre todo, sus obras empezaron a ser consideradas como *books of authority*, y, por tanto, a ser mencionadas justamente como fuentes del derecho” (CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 65-66). No mesmo sentido: PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução de José Fernandez Gonzalez. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 70-71.

vinculante dos *decreta* e dos *rescripta*, pois não faria o menor sentido as opiniões dos jurisconsultos munidos do *ius respondendi ex auctoritate principis* terem eficácia de *norma geral* e, ao mesmo tempo, a opinião do próprio imperador – que outorgava autoridade aos jurisconsultos – não ter *força de lei* para vincular os juízes na solução dos futuros casos semelhantes.

Seria ilógico que a *responsa prudentio* – que gozava da autoridade científica dos jurisconsultos acrescida da autoridade oficial delegada a eles pelo imperador – tivesse uma eficácia normativa maior do que os *decreta* e os *rescripta* – que além de gozarem da autoridade do imperador, gozavam também de autoridade científica, pois eram elaborados pelos mais notáveis jurisconsultos de cada época, conforme restará demonstrado no parágrafo seguinte.

Com efeito, os imperadores eram assessorados, nos assuntos jurídicos, por um conselho (*consilium principis*) composto pelos mais notáveis jurisconsultos de cada época. Para se ter uma ideia do ora afirmado, cumpre ressaltar que compuseram o conselho imperial jurisconsultos como: Papiniano, Claudio Trifonino, Ulpio Marcelo, Paulo e Ulpiano.⁵³ Destarte, ao fim e ao cabo, os *decreta* e os *rescripta* eram elaborados por tais eminentes jurisconsultos, não fazendo sentido, pois, que uma opinião que aliasse a autoridade científica dos jurisconsultos com a autoridade suprema do imperador não vinculasse a solução dos futuros casos semelhantes.

Cannata, que tem uma posição intermediária quanto à eficácia de precedente vinculante dos *decreta* e dos *rescripta* – na medida em que, durante boa parte da fase clássica do direito romano, atribuía-lhes uma eficácia entre a persuasiva e a vinculante, pois os *decreta* e os *rescripta*, quando invocados em casos semelhantes, deveriam ser considerados pelos juízes e pelos jurisconsultos de forma semelhante às *responsa* destes, só que com um maior grau de autoridade –,^{54 55}

⁵³ Nesse sentido: BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1956. p. 25; JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 36; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Storia del diritto romano*. 7. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 2006. p. 245-246; VACCA, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 101; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 57; CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 66.

⁵⁴ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 92-93.

⁵⁵ Posição ainda mais moderada é a de Teodoro Mommsen, que reconhece a normatividade para o caso concreto e o valor de precedente às constituições imperiais, mas sequer menciona se sua eficácia seria persuasiva ou vinculante e, ainda, afirma que os decretos e os rescritos jamais tiveram a pretensão de se tornar normas gerais. Leia-se: “El principado no ejerció nunca el poder legislativo en general, ni pretendió ejercerlo, pero los emperadores no carecieron, sin duda alguna, del derecho que todos os magistrados tenían de dictar edictos, esto es, de dar reglas relativas al desempeño de sus atribuciones como tales magistrado, y claro es que siendo perpetuo el cargo de emperador, pudo éste muy bien intervenir por tal medio en la legislación. [...] También la decisión (*constitutio*) dictada por el emperador para un caso especial tenía validez jurídica en virtud de la cláusula incluida en la ley hecha por los Comicios al elegirlo y al darle el pleno poder, cláusula según la cual ‘debía tener el derecho y el poder de hacer, en los

defende que, a partir das últimas décadas do séc. II d.C., foram criadas regras práticas de *recitatio*, de onde se pode dar um passo adiante e inferir pela eficácia de precedente vinculante dos *decreta* e dos *rescriptas*. Leia-se:

De lo que acabamos de decir (ap. III y VIII), resulta claramente que los pareceres de los juristas (provistos de *ius respondendi*) y los del emperador tenían formalmente fuerza obligatoria en los casos concretos para los que habían sido enunciados. Para los casos análogos poseían, además, la autoridad de un precedente. En cuanto a las opiniones de los juristas, esa autoridad no sólo se atribuía a los *responsa* como tales, sino que se extendía al conjunto de obras que publicaban. La autoridad de precedentes de la que gozaban las opiniones de los juristas y los *rescriptos* de los príncipes estaba ligada a la práctica de la lectura (*recitatio*) ante los jueces de extractos de obras de juristas y de constituciones imperiales. [...] Dicha «*Rezitationspraxis*» no parece haber sido regulada de ninguna manera durante la época clásica [...]. Sin embargo, hay que pensar que a partir de los últimos decenios del siglo segundo se formaron reglas prácticas, que fueron retomadas y modificadas más tarde, por una ley del siglo quinto, en un contexto del todo distinto. Las reglas de finales de la época clásica debían ser más o menos las siguientes: a) las opiniones de los emperadores prevalecían sobre la de los juristas; b) en caso de contradicción entre dos constituciones imperiales, se retenía la opinión más reciente; c) sólo podían ser invocadas las opiniones de los juristas provistos de *ius respondendi*; d) si, sobre el punto en cuestión, las opiniones de los juristas no eran unánimes, se seguía la opinión más sólidamente representada; e) si ninguna opinión podía ser considerada como dominante, el juez escogía libremente (pero no podía formar una nueva).⁵⁶

Já Biondo Biondi⁵⁷ é ainda mais incisivo quanto à natureza de precedente vinculante dos *decreta* e dos *rescripta*. Leia-se:

asuntos divinos e en los humanos, en los públicos y en los privados, todo lo que le pareciera que había de redundar en bien y en honor de la comunidad'. [...] El principio jurídico aplicable a una decisión imperial, o aun invocando expresamente en la misma, no tenía, ni por regla general pretendía tener más valor que el de precedente y el de interpretación. Luego que (probablemente desde Adriano en adelante) los emperadores, en lugar de contestar por medio de una decisión privada a las peticiones que hasta ellos llegaban, comenzaron a contestarlas a menudo por medio de proposiciones públicas, las resoluciones así promulgadas pasaban al edicto imperial, y como la mayor parte de las veces se trataba de cuestiones jurídicas, tales resoluciones se consideraron en los tiempos posteriores del Imperio como el órgano legítimo de la interpretación auténtica, y sirvieron para cambiar el derecho empleando esta forma de declaración, como sucede en todos los casos en que las autoridades mismas son las que aplican el derecho. Mas las resoluciones en cuestión nunca pretendieron tener el carácter de leyes generales del Estado, ni jamás se contaron tampoco entre éstas" (MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del derecho publico romano*. Buenos Aires: Impulso, 1942. p. 469-470).

⁵⁶ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciência jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996. p. 93-94.

⁵⁷ BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1956. p. 25-26.

Il rescritto, come il reponso, aveva efficacia per il singolo caso per cui era stato emanato, ed era obbligatorio per il giudice solo se i dati di fatto esposti nella *suplicatio* corrispondevano alla verità; di solito conteneva la espressa condizione *si vera sunt quae praecibus complexa sunt*. A poco a poco i rescritti, od almeno taluni di essi, acquistano efficacia anche per altri casi identici oppure analoghi, ed il precetto, staccato dal caso che vi aveva dato luogo, diventa principio giuridico.

Anche i decreta vincolano solo per il singolo caso per cui sono emanati, ma vengono applicati anche a casi uguali od analoghi, nella stessa guisa che oggi le decisioni della suprema autorità giurisdicente si invocano per altri casi...

Por conseguinte, pode-se concluir que o direito romano, sobretudo a partir dos *decreta* e dos *rescripta*, já conhecia os precedentes vinculantes.

4 Conclusões

De todo o exposto, pode-se concluir que os precedentes vinculantes têm sua origem remota no direito romano, de modo que, ao ver deste autor, afigura-se equivocado afirmar que aqueles que propõem a construção de um sistema de precedentes, no Brasil, pretendem empreender a *commonlização* do direito brasileiro, até por que precedente vinculante, definitivamente, não é instituto exclusivo do *common law*.

Referências

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Storia del diritto romano*. 7. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 2006.
- BERGER, Adolf. *Decreta principum*. In: BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991. v. 43. Part 2.
- BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1956.
- BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid: Reus, 1929.
- BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *História da magistratura: o pretor no direito romano*. São Paulo: LTC, 2011.
- BURDESE, Alberto. *Manual de derecho público romano*. Barcelona: Bosch, 1972.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciência jurídica europea*. Tradução de Laura Gutiérrez-Masson. Madrid: Tecnos, 1996.

- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Fontes do direito: contributo para a solução do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LVIII, 1982.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I.
- CORRENTE SPANÓ, Dante D. *Fuentes del derecho romano*. Buenos Aires: Pannedille, 1971.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DUCOS, Michèle. *Roma e o direito*. Tradução de Silvia Sarzana e Mário Pugliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007.
- GAIO. *Instituições de direito privado e romano*. I – Direito civil e direito natural. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. Livro I.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introduccion al estudio del derecho*. 29. ed. México D.F.: Porrúa, 1978.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespánha e Manuel Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2013.
- GORLA, Gino. Civilian judicial decisions – An historical account of Italian style. *Tulane Law Review*, v. XLIV, 1970.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia*. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015.
- IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. 18. ed. Tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937.
- JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano – I*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- KASER, Max. *Derecho romano privado*. 2. ed. Tradução de Jose Santa Cruz Terjeiro. Madrid: Reus, 1982.
- KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- MADEIRA, Hécio Maciel França (Trad.). *Digesto de Justiniano*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEIRA, Sílvio A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1966.
- MOCCIA, Luigi. English law attitudes to the 'civil law'. *Journal of Legal History*, London, v. 2, Sept. 1981.
- MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del derecho publico romano*. Buenos Aires: Impulso, 1942.
- PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução de José Fernandez Gonzalez. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- PLUNCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 5. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1956.

PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

RASCÓN GARCÍA, César. *Manual de direito romano*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 16. ed. México: Porrúa, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Por que commonistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? *Conjur*, 22 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 12 set. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VACCA, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012.

VECCHIO, Giorgio del. *O Estado e suas fontes do direito*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

VESCOVI, Enrique. *Introducción al derecho*. 21. ed. Montevideo: Julio César Faura, 2002.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Do case law romano ao common law: a origem obscurecida dos precedentes vinculantes. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 26, n. 104, p. 171-193, out./dez. 2018.

Recebido em: 18.07.2018

Aprovado em: 18.09.2018