

A ATIVIDADE DE PRETOR ROMANO: ANTECEDENTES REMOTOS DO PROCESSO DE SUMULARIZAÇÃO

THE ACTIVITY OF THE ROMAN PRAETOR: ANTECEDENTS OF THE BRAZILIAN PROCESS OF BINDING PRECEDENTS

Gilberto Schäfer¹

Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente artigo estabelece um paralelo entre o sistema sumular brasileiro e as atividades do pretor romano, que, sem ab-rogar formalmente o *jus civile*, renovou o direito por meio de um (sub)sistema que ficou conhecido como *jus honorarium*. Em um primeiro momento, são abordados aspectos gerais do sistema sumular brasileiro, especialmente a adoção das súmulas vinculantes. Em um segundo momento, é analisada a atividade do pretor romano como cargo de magistratura e a sua função de estabelecer o direito mediante editos, promessas de ações que se concediam aos cidadãos romanos. Na última parte, constrói-se um paralelo entre a atividade do edito, uma atividade normativa, que aproximava o direito formado pelo pretor de um verdadeiro

poder normativo, próximo da atual atividade desenvolvida pelos Tribunais brasileiros quando criam enunciados sumulados. Para tal desiderato, o artigo analisa, entre outros pontos, o caráter normativo das súmulas e dos editos que estabelecem comportamentos esperados para o futuro e a sua relação com as suas bases perenes, no nosso sistema, as leis e a Constituição, para os romanos, o *jus civile*.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula vinculante; pretor romano; Direito romano; aspectos normativos; *jus honorarium*.

ABSTRACT: *The present paper establish a parallel between the sumular Brazilian system and the activities of Roman Praetor without formally abrogating the jus civile, renewed the law system through a system*

¹ Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos do Uniritter, Professor da ESM/Ajuris, Diretor do Departamento de Assuntos Constitucionais da Ajuris. E-mail: schaffer@via-rs.net.

that became known as *jus honorarium*. At first be discussed general aspects of Brazilian sumular system, especially the adoption of a system of binding precedents, adopting a system of binding effect in the broad sense. In a second phase will analyze the activity of the Roman Praetor a position of judiciary and its role in establishing the right through Edicts, promises of actions that led to Roman citizens. In the last part will be a parallel between the activity of the Edict a normative activity, which approached the right formed a real legislative power, the next activity developed by the Courts when they create a precedent with binding effect to give uniformity to the decisions, true statements (*enunciados sumulares*). It will examine, among other things, the character of which create standard expected behaviors for the future and its relationship with a perennial basis, for us the laws and the Constitution to the Roman *jus civile*.

KEYWORDS: *Binding precedents; roman praetor; roman law; normative aspects; jus honorarium.*

SUMÁRIO: Introdução; I – As decisões judiciais: precedente, jurisprudência e súmulas vinculantes; II – A atividade do Pretor Romano; III – Súmulas e editos: uma comparação; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; I – Judicial decisions: precedent, case law and binding precedents; II – The activity of the Roman Praetor; III – Binding precedents and edicts: a comparison; Conclusion; References.*

O que foi é o que será; o que acontece é o que há de acontecer. Não há nada de novo debaixo do sol. Se for encontrada alguma coisa da qual se diz: “Veja, isto é novo”, ela já existia nos tempos passados. (Eclesiastes, Cap. 1, v. 9-10)

Já dizia o eclesiastes
Há dois mil atrás
Debaixo do sol não há nada novo
Não seja bobo meu rapaz
Mas nunca vi Beethoven fazer
Aquilo que Chuck Berry faz.
(Raul Seixas e Marcelo Nova)

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é traçar um paralelo entre o emprego de súmulas com os editos do Pretor Romano, recorrendo a algumas das principais obras sobre o direito romano, a função do Pretor e, também, as obras que ajudem a compreender a questão das súmulas, especialmente daquelas que são denominadas de vinculantes. É importante salientar que o discurso a respeito das súmulas em sentido lato e o a respeito das súmulas vinculantes se confundem, porque partilham vários predicados. Nesse sentido, especialmente quanto à estrutura normativa, o que pode ser dito das súmulas vinculantes em igual medida pode ser dito das outras súmulas que podem ser expedidas pelo Judiciário no Brasil.

Para estabelecer esse paralelo, em um primeiro momento, abordar-se-á, do sistema sumular brasileiro, especialmente a adoção de súmulas vinculantes, que constitui um sistema de efeito vinculante em sentido estrito.

Em um segundo momento, analisar-se-á a atividade do Pretor Romano como cargo da magistratura romana, e a sua função de estabelecer o direito por meio de seus editos, promessas de ações, que se concediam aos cidadãos romanos. Para este escopo, explicitar-se-á como operavam esses editos no sistema romano.

Na última parte, far-se-á um paralelo entre a atividade do edito e a atividade desenvolvida pelos Tribunais quando criam enunciados sumulados. Buscar-se-á analisar, entre outros pontos, a natureza desses editos e das súmulas do ponto de vista normativo, o seu caráter enunciativo, a comparação entre as bases fixas (preestabelecidas) que geraram os editos e que geram as súmulas.

Nesta parte, analisar-se-ão as semelhanças entre a obrigatoriedade desses instrumentos, o sistema de criação de direitos e a sua importância para o mundo atual, cotejando o sistema com as características das sociedades que geraram os modelos.

A opção em recorrer ao Direito romano está explicitada no texto: um direito que influenciou de modo significativo o nosso sistema e os nossos institutos e que, no fundo, permite que possamos nos compreender melhor, pois a melhor forma de nos compreendermos é olhar as outras experiências².

² Neste sentido, ver: FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da Justiça norte-americana. *Revista da Ajuris*, n. 113, p. 176-177, mar. 2009: "Por mais paradoxal que possa parecer a um recém-iniciado no estudo do Direito Comparado, um dos principais objetivos desse ramo da ciência jurídica

I - AS DECISÕES JUDICIAIS: PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS VINCULANTES

Os órgãos judiciais – juízo ou Tribunal –, ao resolverem um determinado caso que lhes é submetido, tomam decisões que são denominadas sentenças ou acórdãos³. O destino do pronunciamento, especialmente dos Tribunais, dependerá do sistema jurídico envolvido e da órbita no qual foi tomado, de sua filiação aos grandes sistemas da *commom law* e da *civil law*, mas também dependerá do ordenamento de cada Estado⁴. “O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”⁵.

No Direito brasileiro, o precedente tem o significado de ser, em princípio, uma única decisão isolada que tem valor argumentativo e cujo prestígio dependerá da autoridade do Tribunal, do juiz que a proferiu, de sua carga argumentativa, bem como do órgão interno do Tribunal que a tomou. É importante frisar que a forma como é externado o voto dos Tribunais faz com que seja muito importante

é aumentar o conhecimento sobre o *próprio* Direito. Ou seja, através do conhecimento do sistema jurídico de outros países, passamos a conhecer melhor o nosso próprio sistema. Refletindo um pouco, o paradoxo se desfaz. Uma pessoa hipoteticamente nascida e criada sozinha, numa ilha deserta, sem contato com nenhum outro ser humano, não tem a menor idéia de quem ela seja. Esse hipotético ser não sabe se é alto ou baixo, gordo ou magro, inteligente ou estúpido, expansivo ou introvertido, sensível ou bruto, belo ou feio. Não tem noção, enfim, de sua própria humanidade. Isso porque construímos nossa identidade através do espelho que são os outros. É através da observação dos meus semelhantes que eu me descubro e identifico minhas peculiaridades. É na socialidade que eu construo e identifico o meu ser. Pois bem. Quando estudamos apenas o nosso sistema jurídico e nele passamos a funcionar, temos a tendência de achar que ele é sensato, razoável e ‘natural’. Mas somente ao tomarmos conhecimento de sistemas diversos, é que realmente podemos checar a sensatez, razoabilidade e naturalidade do nosso próprio sistema. Ao identificarmos suas peculiaridades, começamos a nos perguntar sobre suas razões mais profundas. Ao questionarmos sobre sua racionalidade, começamos, muitas vezes, a pensar em alterá-lo, melhorá-lo. Começamos a exigir explicações melhores do que a simplória explicação de que “as coisas sempre foram assim” (grifo nosso).

³ Não pretendemos estabelecer aqui uma tipologia dessas decisões e suas diferenças com interlocutórias ou despachos, que está reservado mais ao momento em que é deferida do que ao conteúdo que a integra.

⁴ Consoante a advertência de René David (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 16/17), a adversidade dos direitos é grande, mas se consideram as regras e os elementos fundamentais e mais estáveis. Para o autor, a grande finalidade de tal divisão é didática, valorizando as semelhanças e diferenças que existem entre os diferentes sistemas jurídicos. Por isso, René David utiliza três grandes famílias: *common law*, romano germânica, que também pode ser denominada de *civil law*, e direitos socialistas.

⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

o prestígio do relator do processo no Tribunal. A decisão é formada com base em uma exposição individual – voto –, podendo ser acompanhado pelos demais integrantes do órgão julgador. Existem alguns mecanismos no Brasil em que a decisão é tomada mediante procedimentos especiais, como a unificação da jurisprudência, quando então terá uma eficácia vinculativa maior, como se demonstrará. A aplicação do precedente dependerá também se é contemporâneo aos casos que estão sendo julgados ou se já decorreu um grande lapso temporal de quando foi tomado, bem como da hierarquia, ou seja, considerando a sua dimensão vertical (dimensão de autoridade).

Essa estrutura se diferencia do precedente na *commom law*, em que o precedente está revestido de uma força vinculante própria, que adiante se designará como de efeito vinculante em sentido forte (*binding authority*).

Por sua vez, o termo jurisprudência já sinaliza para um conjunto de decisões reiteradas tomadas em um certo sentido. Sinaliza uma classe de casos e não apenas um caso isolado. Pode-se, ainda, falar em jurisprudência dominante (ou predominante) quando se refere ao que é decidido com mais frequência, e jurisprudência minoritária, quando há um grupo de decisões tomadas em um determinado sentido, mas que não é o da maioria do Tribunal.

A rigor, deveríamos apenas falar em jurisprudência, ao menos na *civil law*, quando se trata de um conjunto de decisões reiteradas no tempo, pois apenas no sistema da *commom law* um precedente (*precedent in law*) deve ser obedecido daí em diante, pois é a regra do caso.

O sistema brasileiro evoluiu para um sistema de fixação de enunciados, da síntese em caso concreto, que são denominados de súmulas que inicialmente fixavam a orientação jurisprudencial assentada por um determinado Tribunal. Para Sérgio Sérulo da Cunha⁶, que acompanha este raciocínio, “[...] as súmulas são enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo Tribunal em relação a determinados temas específicos de sua jurisprudência, servem de orientação a toda a comunidade jurídica”⁷. Elas tinham, no seu começo, um efeito

⁶ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 124.

⁷ Para outras definições, que giram em torno desse tema, ver Chiarini Júnior (CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 91, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4248>>. Acesso em: 16 fev. 2013. Não pretendemos reproduzi-las, uma vez que todas giram em torno da ideia básica de ser um enunciado sintético.

unicamente persuasivo⁸, como forma de orientação e de informação, inclusive para os cidadãos⁹. Para o Ministro Victor Nunes Leal¹⁰, introdutor do sistema no Direito brasileiro, tratava-se de uma maneira rápida de levar ao público o conhecimento da jurisprudência – mais do que hoje –, julgar de uma forma rápida uma classe de casos. A admissão, como relata o próprio Ministro, deu-se por meio da introdução de uma emenda no Regimento Interno do STF, datada de 28 de agosto de 1963, e modificada posteriormente¹¹. Foram inicialmente 370 ementas, aprovadas na sessão plenária de 13 de dezembro daquele ano e que passaram a vigorar a partir de 1964.

Hoje, em face da inserção na Constituição Federal do art. 103-A, as súmulas podem ser divididas em dois grandes grupos, conforme o critério

⁸ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 46-67, jul. 1982 (em vários lugares no texto).

⁹ Esta preocupação está expressa em Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 83-84): “Antes de tudo, parece sustentável que, para o cidadão normal, mostra-se freqüentemente mais difícil ter informação adequada do Direito jurisdicional do que do Direito legislativo, especialmente quando codificado este último. Embora existisse, sem dúvida, forte dose de ingenuidade na pretensão, que se seguiu às grandes codificações nacionais do século XIX – e também em codificações bem mais antigas, como a de Justiniano –, de saber dar ao Direito uma formulação simples, clara, completa, sistemática e acessível para todos, essa grande utopia não ocorreu sem alguma justificativa. O direito judiciário é casuístico, de modo freqüente bastante ‘casual’, descontínuo e, em grande medida, dependente da sorte de determinados casos concretos. Mesmo quando integrado pelo direito legislativo, e assim tornado menos ‘esporádico’, o resultado constitui, amiúde, confusa mistura de fontes jurídicas diversas, muitas vezes conflitantes entre si, vindas à luz em tempos diferentes, motivadas por fins diversos, difíceis de compreender, combinar e reconciliar entre si. E de qualquer modo é um dado da realidade que os ‘repertórios’ do direito judiciário são usualmente mais numerosos, volumosos e atulhados, mais custosos e difíceis de serem consultados, do que os códigos e as coleções de leis oficialmente publicadas”.

¹⁰ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre v. 9, n. 25, p. 46-67, jul. 1982.

¹¹ “Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na ‘Súmula do Supremo Tribunal Federal’. § 1º A inclusão de enunciados na ‘Súmula’, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta. § 2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados. § 3º Os adendos e emendas à ‘Súmula’, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados 3 vezes consecutivas no Diário da Justiça. § 4º A citação da ‘Súmula’, pelo número correspondente, dispensará perante o Tribunal a referência a outros julgados no mesmo sentido. Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na ‘Súmula’, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.”

de sua vinculatividade: súmulas ordinárias ou – não vinculantes – e súmulas vinculantes.

No entanto, o conceito de efeito vinculante comporta uma reformulação. Em geral, quando se utiliza a expressão *vinculante*, exprime-se uma concepção *tradicional* de efeito vinculante. O conceito, entretanto, poderia ser ampliado para comportar *graus diversos de vinculatividade*, levando-se em conta sempre os *instrumentos* que asseguram a sua vinculatividade.

A conformação desses instrumentos – e do modo como se relacionam e se implicam com outros instrumentos –, e da sua força, permite falar em *efeito vinculante forte ou fraco*. É necessário ampliar o conceito – ampliando a sua abrangência e a terminologia –, levando-se em conta “os graus” do efeito vinculante, reforçados por diversos instrumentos que fortalecem a aplicação dos precedentes e da jurisprudência. Assim, há possibilidade de nominar a força vinculante fraca (a tradicional força meramente persuasiva) até a força forte (efeito vinculante propriamente dito). Os novos instrumentos que foram sendo criados e o reforço do papel da obrigatoriedade da jurisprudência ficaram claros em superlativos¹² como jurisprudência dominante e sumulada, em que se agregou *algo*, além da velha força persuasiva, em que o precedente era destinado a convencer os órgãos judiciários.

Assim, se realizarmos uma relação com instrumento que garante a obrigatoriedade da súmula, perceberemos que as súmulas, em geral, possuem várias ferramentas para a sua implementação, como os chamados poderes do relator (arts. 544, 545 e 557 do CPC), na possibilidade de não receber uma apelação (art. 518 do CPC), no julgamento antecipaíssimo da lide (art. 285-A do CPC), na não ocorrência de reexame necessário (art. 475, § 3º, do CPC), além do próprio modelo recursal, que é uma forma de fixação da jurisprudência, mas também de sua implementação. Portanto, embora ele não crie uma obrigação no sentido estrito do termo, ele inibe, em grande parte, a divergência, e a recalitrância judicial indo além daquele caráter inicial dissuasório.

Esse reforço, portanto, é que pode ser visto como uma das espécies de efeito vinculante, mas em seu sentido fraco. Para Mancuso¹³, não é estranho que

¹² A expressão está em Rodolfo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004, p. 680. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004, p. 680. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

tenha o legislador reforçado o papel da jurisprudência, mas isso não deixou de disponibilizar recursos e incidentes para se unificar esta última. São recursos, na sua forma endógena, como os embargos infringentes e de divergência e, na sua forma exógena, como os recursos especial e extraordinário. Nas suas palavras¹⁴, “o sistema reconhece a virtualidade do dissenso pretoriano, mas, por assim dizer, não se conforma com ele, e assim labora, seja para preveni-lo (caso do incidente de uniformização de jurisprudência – art. 476 do CPC), ou superá-lo, se já instaurado (caso dos embargos de divergência, no STF e STJ – CPC, art. 546)”¹⁵.

Por outro lado, o efeito vinculante em sentido forte ou próprio tem um reforço adicional de um instrumento especial: a reclamação, ação constitucional, prevista com finalidade de garantir a autoridade dos Tribunais Superiores e do STF. O efeito vinculante é um reforço que se dirige ao cumprimento (ou seja, que agrega a eficácia *erga omnes*), porque obriga a aplicação do comando pelos Poderes Públicos. Nas palavras de Zavascki, “o efeito vinculante confere ao julgado um força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento”¹⁶.

Compreender essa atividade sumular que cada vez mais vai ganhando espaço no Direito brasileiro permite também investigar a duradoura experiência ocorrida no Direito romano. Ele foi caracterizado por um longo período de um vasto império e nele, como observa Moreira Alves, “desfilam, diante do estudioso, os problemas de construção, expansão, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu. É assim o direito romano notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos”¹⁷.

¹⁴ Para ver tal concepção de gradação no Direito italiano e em perspectiva comparativa, ver: MARINELLI, Vicenzo. *Ermeneutica giudiziaria: modelli e fondamenti*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004, p. 680. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 689.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 53.

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2003. p. 2.

O Direito romano sempre foi uma fonte de inspiração, especialmente em áreas como o direito civil e o direito processual¹⁸. O espírito do Direito romano está presente ainda entre nós, com uma técnica de prudência (*prudentia*), elaborada e aperfeiçoada através dos séculos. São conceitos e formulações que utilizamos até hoje, com um inegável senso prático¹⁹. A compreensão dessa experiência como um laboratório jurídico permite fazer as ligações com os nossos institutos atuais, como a da nossa experiência sumular.

Então, no próximo passo, propõe-se uma investigação do papel do Pretor Romano e de seus editos, após fazer uma relação com a experiência sumular do Direito brasileiro, para examinar institutos que, mesmo quando tenham o tom de novidade, apresentam ligações com a história que podem fazer parte de uma memória histórica coletiva, cuja importância é inegável para o conhecimento dos institutos atuais.

II - A ATIVIDADE DO PRETOR ROMANO

Segundo Varrão²⁰, a palavra pretor “deriva de *praeire* e significa o que vai à frente, o que está à cabeça”. Era, por isso, uma designação para o chefe de qualquer organização. Inicialmente, era o cargo que designava qualquer magistratura (cônsul, questor ou censor), mas, com o advento das *Leges Liciniae Sextiae*, passa a significar o de magistrado encarregado de administrar a justiça.

¹⁸ É preciso salientar o conhecido processo de recepção do Direito romano que ocorreu a partir do final do século XII na Europa. Conforme Francisco Quintanilha Véras Neto (VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 121-153. ISBN 978-85-7308-916-5, p. 148): “A recepção do direito romano pela administração de justiça do Ocidente deu-se unicamente pela necessidade de acolher as suas qualidades formais genéricas que, com a inevitável especialização crescente da vida técnica, ajudavam os burgueses na condução das práticas capitalistas. Ao contrário, os mesmos burgueses não estavam absoluto interessados na apropriação das determinações materiais do direito romano; as instituições de direito mercantil medieval e do direito de propriedade de suas cidades satisfiziam muito melhor suas necessidades”.

¹⁹ Não é apenas do direito que pode ser dito isto. Conforme Grant (GRANT, Michael. *História de Roma*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p. 7), a experiência romana “adquire uma nova dimensão se lembrarmos que nós mesmos, queiramos ou não, somos herdeiros de Roma. De mil formas diferentes, os romanos estão incorporados de maneira permanente e indestrutível à nossa existência. Eles viveram muitos acontecimentos e processos que se assemelharam, prefiguraram e causaram o que aconteceu, está acontecendo e pode acontecer no futuro às nossas próprias comunidades e a nós mesmos”.

²⁰ Conforme CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes. Coimbra: Almedina, v. I, 1969. p. 67.

O cargo de pretor, em Roma, era um cargo de magistratura, como a dos côsules, a dos censores, questores e a dos edis curúis²¹, ou seja, como magistratura tinham o poder de representar o povo ou um comando no interesse público²². Em Roma²³, a ideia da representação do povo²⁴ foi mantida até o período imperial²⁵. Essa representatividade alcançava inclusive os plebeus, que também conquistaram uma magistratura própria, os tribunos da plebe²⁶. Com a implementação do sistema imperial romano, o magistrado deixou de lado a sua

²¹ Para ver as funções, consultar, entre outros, ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1 e 2, 2003 (em várias passagens no texto).

²² PAOLI, Hugo Enrico. Magistrati. In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 29.

²³ A história interna de Roma pode ser dividida nas fases arcaico ou pré-clássico, teria iniciado com a fundação de Roma, em 754 a.C., até a *Lex Aebutia* (aproximadamente 149 e 126 a.C.). Daí até a ascensão de Diocleciano (284 d.C.) perdurou o período clássico. Após, a ascensão de Diocleciano até o falecimento de Justiniano, o período pós-clássico.

²⁴ “*Propriamente parlando magistratus sono le persone fisiche cui dalla costituzione è affidata la rappresentanza della comunità (populus); in forza di detta rappresentanza essi traducono la volontà collettiva del populus mediante il compimento di atti che sono estrinsecazione della capacità d’agire particolare alla predetta comunità. Abbiamo così magistratus populi romani ben distinti dalle magistrature delle altre civitates latine o dei singoli municipia (magistratus municipalis). Ciò fissato, ne discende che ogni atto compiuto dal magistratus o dal suo mandatario entro i limiti stabiliti del suo potere è atto della comunità. I magistratus, nella loro veste di mandatari del populus, cui in definitiva fa capo la potestà sovrana [...]”* (DOMINICIS, M. Antonio de. Magistrati (Diritto romano). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 33). Ressalte-se que os plebeus também após muitas lutas conquistaram uma magistratura, os tribunos da plebe (DOMINICIS, M. Antonio de. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 36), que era uma magistratura temporária, junto com a ditadura.

²⁵ Dividem-se os períodos romanos em realza, república e império. Roma teve início com a fundação da Cidade, em 753 a.C., que se imputa ao legendário Rômulo, primeiro rei. Até 509 a.C. a historiografia divide o período em monarquia ou realza. Com a queda da monarquia, iniciou-se a república até 27 a.C., quando Otaviano Augusto instituiu o principado (alto império) que perdurou até a ascensão de Diocleciano em 284 d.C. (baixo império). Com a morte de Teodósio I, ocorreu a separação definitiva entre seus dois filhos, entre o Oriente e Ocidente, tendo este caído 476 d.C. e o do Oriente sobreviveu até 568. O Império Romano do Oriente o ano de 1453, quando Constantinopla foi tomada pelos turcos otomanos.

²⁶ “*A seconda della classe sociale cui appartengono i magistratus questi se dividono in patrizi e plebei. La ragione dell’esistenza di questa duplicità di magistrature rispetto all’unica originaria (cioè la patrizia) trae origine da quel movimento rivoluzionario opposto dalla plebs contro il patriziato che deteneva il diritto esclusivo di far parte delle magistrature, dei sacerdoti e del senado. Risultato di questa tenace lotta tra i due ordini al fine di ottonere da parte plebea la tanto sospirata parificazione politico-economico è l’avvenuta nomina (494 a. Cr.) di due tribune (tribune plebis) saliti a quattro nel 471 a. Cr. e di due aedelis (aedelis plebis). Queste due magistrature rappresentano in seno alla plebe il paralelo delle magistrature patrizie; infatti i tribuni plebis equivalgono ai consoli, mentre gli aedelis plebis sono una copia degli edili patrizi. I tribuni plebis, dapprima magistratura esclusivamente plebea, ben presto assusero a notevole grado d’importanza, al punto che la loro intercessio ebbe efficacia di paralizzare gli atti della magistratura patrizia.”* (DOMINICIS, M. Antonio de. Magistrati (Diritto romano). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 36)

representatividade, que advinha das eleições, passando, de forma gradativa, a ser um funcionário do imperador e agindo como a sua *longa manus*²⁷.

O pretor aparece, em Roma, quando se abandona o processo das *legis actio*²⁸, no período *pré-clássico*, em que há um rigoroso formularismo verbal²⁹, como se pode lembrar em uma passagem famosa em Gaio, que refere a utilização da palavra *videira*, enquanto a Lei das XII Tábuas determinava que se utilizassem *árvores cortadas*. Quem não se enquadrasse no rigor da lei perderia a causa.

Há uma mudança no processo: de início, “presumivelmente era um processo unitário, em que tanto a introdução como a decisão do litígio, cabiam ao Magistrado”³⁰, mas que evolui para um sistema de bipartição do processo, “com as fases *in iuri*, i.e., no tribunal [...] perante o magistrado judicial, e *apud iudicem*, i.e., perante um particular a quem foi confiada a função judicial (*iudex*, ‘jurado’; necessária uma pluralidade de pessoas) a quem compete julgar e mais tarde, também, proclamar a sentença”. Esse processo repartido é adotado nas ações da lei, mas é implementado após nas épocas pré-clássica e clássica.

No modelo bipartido, a principal figura vai ser justamente a do pretor³¹, em que se renuncia a fórmulas solenes, redigindo-se, posteriormente, por escrito a fórmula processual, de modo a introduzir o processo litigioso (a *litis contestatio* e a *exemptio*). Era uma fórmula que permitia a adaptação “às múltiplas necessidades

²⁷ DOMINICIS, M. Antonio de. *Magistrati* (Diritto romano). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957. p. 38.

²⁸ Realizado o exame dos períodos da história interna do Direito romano, poder-se-á verificar o processo civil existente na época, que também pode ser dividido em três grandes sistemas: o das *legis actiones*, o *per formulas* (processo formulário) e o da *cognitio extraordinem*. A transição, como em todo o processo histórico, ocorreu de forma paulatina. convivência entre os diferentes sistemas em determinados períodos do Direito romano.

²⁹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 430.

³⁰ KASER, Max. *Direito privado romano*, p. 430.

³¹ Conforme KASER (*Direito privado romano*, p. 430): “Originariamente, em Roma, o magistrado era o Rei e mais tarde o Pretor; desde cerca de 242 a.C., a sua função reparte-se, sendo o *praetor urbanus* competente para os litígios entre cidadãos romanos e o *praetor peregrinus* para litígios entre peregrinos. Desde os inícios da República encontramos certas pretensões por vícios da coisa na compra e venda de escravos e animais na jurisdição dos *edís curuis* [...]. Na Itália a jurisdição ‘menor’ (até um certo valor do litígio e para alguns assuntos urgentes) competia aos magistrados locais dos Municípios (*duoviri*, etc.), a ‘superior’ ao Pretor Romano que (na República tardia) se fez representar pelos *praefecti iuri dicundo*. Nas Províncias os magistrados eram os governadores (*praesides*), mas o processo ordinário posterior (processo formulário) não se aplicou em todas as províncias [...]. O poder de jurisdição está, em regra, ligado ao *imperium*, mas compete também aos edís, e, assim, a *magistratus sine imperio*. Os magistrados municipais tinham a jurisdição por delegação”.

de uma ordem jurídica evoluída e cada vez mais complexa³², especialmente pelo fato de que havia a necessidade de administrar a justiça entre os estrangeiros e cidadãos romanos e entre estes e os estrangeiros, o que acabou acontecendo com a criação do pretor peregrino³³.

A atividade do pretor era administrar a justiça nas causas civis, mas também nas causas de direito público³⁴. Exercia essa missão de uma atividade tríplice: a de interpretar (*adiuvandi*), a de integrar (*suplendi*) e a de corrigir (*corrigeni*) o *ius civile*³⁵. Segundo Kaser:

Os romanos chamam *ius civile* (em contraposição a *jus honorarium*) ao núcleo tradicional do seu ordenamento jurídico, a velha ordem tradicional, que, baseando-se no direito consuetudinário (*mos maiorum*), foi em parte consagrada nas doze tábuas e desenvolvida na sua interpretação (*interpretatio*), às vezes completada mais tarde por Leis e Senado Consultos.³⁶

Embora fosse dois estratos jurídicos distintos que revelam diversidade, ou falta de unidade, como o *jus civile* e o *jus honorarium*, sublinhe-se que é possível perceber a marca do tradicionalismo³⁷. “Assim, por exemplo, muitos aspectos do *jus honorarium* (criado pelos magistrados) que se estende a todos os campos do Direito Privado e do Processo Civil, encontram seu fundamento e sua origem no próprio *jus civile*. E talvez seja oportuno lembrar que ‘recentes estudos confirmaram que o *jus civile* era, na sua origem, consuetudinário, era o costume jurídico dos romanos’. Há, pois, na evolução do Direito romano, uma

³² KASER, Max. *Direito privado romano*, p. 432.

³³ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. As origens da condenação do processo civil romano. *Revista da Ajuris*, v. 112, 134: “Conforme indicação da romanística, o antigo processo das *legis actiones* apresentava duas gravíssimas insuficiências e por isso clamava por mudanças: (a) nenhuma das ações possibilitava a tutela de um *incertum*, isto é, dos novos contratos que brotavam das relações comerciais desenvolvidas; e (b) das ações da lei só podiam participar os cidadãos romanos”.

³⁴ Atribui-se a Nerva a criação de uma nova pretura para que decidisse questões entre o Fisco e particulares (MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria De Cordoba, 1967. p. 23).

³⁵ Papianus, Fr. 7, D. eodem “*ius prætorium... prætores introduxerunt adiuvandi, vel supplei, vel corrigeni iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*” (o texto está transcrito em MAYNZ, Charles Gustave. *Cours de droit romain: précédé d’une introduction contenant l’histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*. 4^{ème} éd. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1876. p. 221).

³⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*, 1999, p. 35.

³⁷ GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 17.

unidade na diversidade (*in varietate concordia*), isto é, “uma certa tradição que só aos poucos e diante da própria evolução histórica vai cedendo às transformações inevitáveis”³⁸. O *jus civile* tem uma formação baseada na *ratio*, construído historicamente, mas que necessita se renovar. Por isso, anota Almiro do Couto e Silva:

Muito embora não pudesse o *ius honorarium* abrogar formalmente o *ius civile*, a ele, no entanto, se sobrepunha na prática, pois o Direito que era efetivamente aplicado era o *ius honorarium* e não o *ius civile*. Não é outra razão pela qual Gaio dizia que o *ius civile*, embora formalmente vigente, não passava de um *nudum jus*; um direito esvaziado de conseqüências e efeitos imediatos sobre a realidade.³⁹

Conforme explica Cruz⁴⁰, a atividade dos pretores era orientada pelos grandes princípios jurídicos:

De não abusar dos poderes, de não prejudicar alguém, de atribuir a cada um o que é seu e, para evitar o arbítrio, era uma atividade controlada a) pelo *ius intercessionis* dos cônsules [...]; (b) por quem detivesse a *tribunicia potestas*; c) por uma *provocatio ad populum*; e, sobretudo, pela crítica, bem temível dos iurisprudentes. Além disso, se um pretor na administração da justiça cometesse voluntariamente uma arbitrariedade prejudicando ou favorecendo injustamente alguém, comprometeria fatalmente sua promoção no *cursus honorum*.⁴¹

O pretor, na concessão de suas tarefas, usava dois expedientes: os *decreta*, quando resolvia um caso particular, ou o *edictum* (edicto), quando anunciava ao povo, com antecedência, as suas atividades, os casos que lhe seriam submetidos e, especialmente, os casos para os quais não havia previsão de submissão. Essas atividades inicialmente eram orais e transmitidas na assembleia e,

³⁸ GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*, p. 17.

³⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 13-31, supl., dez. 2003, p. 20.

⁴⁰ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições – Introdução*. Fontes. Coimbra: Almedina, v. I, 1969. p. 339.

⁴¹ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições – Introdução*. Fontes, v. I, p. 339-340.

posteriormente, foram transcritas⁴². Tinham como escopo principal informar ao público com antecedência e certeza

todas as hipóteses previstas pelo *ius civile* ou pelo pretor, nas quais este prometia ou não proteção jurídica. Conforme houvesse ou não proteção jurídica, diria respectivamente – em relação ao *ius civile*, “*actionem denegabo*”, e em relação ao *ius prætorium* nem sequer aparentemente podia ser considerado arbitrário ou incerto; pelo contrário, a todos inspirava plena confiança.⁴³

Esses editos do pretor urbano eram comunicações escritas publicadas sobre tábuas pintadas de branco (álbum), em que os assuntos eram epigrafados em vermelho para se destacar (*rubricae*). Eram fixados no fórum, para que pudessem ser lidos sem dificuldade e terminavam sempre com a sigla q.s.s.s. (*quae supra sunt scripta*)⁴⁴.

Destaque-se que até a *Lex Cornélia* os pretores não eram vinculados aos editos, mas sempre respeitavam as promessas para não comprometer o êxito de seus trabalhos⁴⁵ ou serem acusados de arbitrariedades⁴⁶.

Esses *edicta* podiam ser *perpetua* ou anuais os que eram dados no início de sua magistratura, contendo os vários critérios que seguiria no exercício de suas funções durante esse ano. Eram afixados no fórum no início de janeiro. As *repentina* eram utilizadas no caso concreto, em uma situação emergencial, em situações em que nem os *edicta perpetua* ou o *ius civile* solucionavam o caso. Conforme José Cretella Júnior⁴⁷, essa faculdade de lançar mão dos editos repentinos degenera em abuso, “tendo alguns magistrados violado seus próprios

⁴² BRASIELLO, Ugo. *Edicta*. In: *Novíssimo digesto italiano*, p. 371.

⁴³ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes, v. I, 1969, p. 340.

⁴⁴ Segundo Brugi (BRUGI, Biagio. *Editto*. In: *Digesto italiano*. Unione Tipográfica-editrice, Torino: UTET, p. 102), essa era uma fórmula comum às leis e aos senados consultos.

⁴⁵ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes. Coimbra: Almedina, v. I, 1969. p. 342.

⁴⁶ Giordano (GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*, p. 147) lembra as denúncias de arbitrariedades de Cícero contra Verres, que teria gerado uma lei de 67 a.C., que proibiu que os magistrados se afastassem da orientação de seus próprios editos.

⁴⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 36.

editos, motivo por que a *Lex Cornelia* aboliu essa espécie de edito". Para Charles Maynz⁴⁸, o objetivo da proibição era garantir a imparcialidade.

III - SÚMULAS E EDITOS: UMA COMPARAÇÃO

Os editos com passar do tempo passaram a ser repetidos e aproveitados pelo novo pretor. Esses editos recebem o nome de translaticia. Sebastião Cruz⁴⁹ observa que essa repetição transforma o *edictum* em uma fonte autônoma, "quase num texto legal"⁵⁰ ou observados "como se fuera ley"⁵¹. Esses textos passam a receber comentários pelos *iurisprudentes* e pelo próprio imperador "que principiava a concentrar em suas mãos todas as fontes do direito"⁵².

A repetição do edito é extremamente importante, pois tem como propósito propiciar confiança aos que recorrem ao sistema de distribuição de justiça. Trata-se de um direito complementar ao *jus civile*⁵³, "ora confirmando-o, ora suprimindo-o, ora corrigindo-o - o *Edictum* mostra claramente o aspecto dinâmico, progressivo do *Ius Romanum*"⁵⁴. O edito "era algo nuevo, individual y polivalente creación, que por médio de su jurisdicción creaba y administrava derecho"⁵⁵. Com a repetição ocorre uma sedimentação realizada com base na experiência desses pretores, mas sem deixar de se apontar uma estagnação ou

⁴⁸ MAYNZ, Charles Gustave. *Cours de droit romain: précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*. 4^{ème} éd. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1876. p. 220.

⁴⁹ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes, v. I, p. 344.

⁵⁰ No entanto, Eugène Petit (PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Araujo, 1943. p. 37) adverte que se trata de um poder em função do império, em função da administração da justiça, e não um poder legislativo propriamente dito. Explica que as medidas necessitavam ser aprovadas pela opinião pública, até porque o pretor poderia não ser reconduzido à função.

⁵¹ MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. p. 52.

⁵² CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes, v. I, p. 345.

⁵³ Note-se que esse direito era chamado também de *jus honorarium* "porque emana de quienes desempeñan, funciones públicas, honores, por oposición, al jus civile, obra de los juriconsultos; otras veces, jus praetorium, a causa del preponderante papel que los pretores presentaron en su composición" (PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*, p. 47).

⁵⁴ CRUZ, Sebastião. *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes, v. I, p. 347.

⁵⁵ MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. p. 52.

um exaurimento que redundou em uma necessidade posterior da codificação, realizada pelos imperadores⁵⁶.

Com a repetição dos editos ocorre a generalização das suas máximas, que Betti⁵⁷ compara ao poder regulamentar dos (chefes dos) executivos, que podem atuar no sentido de autolimitarem o seu poder discricionário. Verifica-se que os pretores criam o direito – ou, como preferem outros, o revelam – e que os editos são, antes de tudo, “máximas de decisão e de prática judiciária”⁵⁸ que tinham um valor puramente paradigmático e programático, mas ainda não poderiam ser considerados normas em um sentido estrito, mas passaram a ter repetida e ininterrupta observância. O edito era um *programa* cuja finalidade era informar os cidadãos “*que clase de derechos tendrán sobre cada asunto, no tratado em las leys*”⁵⁹.

As súmulas também são máximas, formuladas mediante um processo de elaboração e redação a partir de casos que foram julgados. Significa que, dentro de um quadro de possíveis soluções, se elege uma delas para o futuro e para os casos pendentes. Há uma redução da discricionariedade – o termo aqui é utilizado como aquele espaço de solução disponível ao aplicador –, de que dentro do quadro normativo apresentado não poderá se adotar outra solução, ou seja, ocorre uma a canonização da jurisprudência.

As súmulas como os editos têm o caráter de enunciar um programa normativo, o que significa um modelo de ordenação expressa por enunciados linguísticos, ou seja, as palavras – o texto de um enunciado sumular – designam o “programa da norma” na concepção de Friedrich Müller⁶⁰, ou seja, assumem, também na expressão de Friedrich Müller, uma “futuridade (*Zukünftigkeit*)”⁶¹, pois estabelecem esse programa para o futuro.

⁵⁶ “*In conclusione, la codificazione sarebbe il frutto di una tarde leggenda, giustificata dall’effetivo esautoramento del ius honorarium operato da Adriano e, forse, dal divieto imposto ai praesides provinciarum di allontanarsi dal testo, ormai tralaticio, del praetor urbanus. Spiegabili sarebbe altresì il riferimento della pretesa opera codificativa a Sálvio Giuliano, autore di Digesta e sistemático commentatore dei principi editali (ordinator edicti).*” (MELILLO, Genereso. *Edictum perpetuum*. In: *Novíssimo digesto italiano*, p. 379.

⁵⁷ BETTI, Emilio. *Iurisdictio Praetoris e potere normativo*. In: *Labeo*. Rassegna de diritto Romano. 1968. p. 14.

⁵⁸ BETTI, Emilio. *Iurisdictio Praetoris e potere normativo*, p. 14.

⁵⁹ MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. p. 48.

⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 43.

⁶¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 49.

Há um verdadeiro caráter ambivalente, pois as súmulas fazem parte de um processo de decisão de uma série de casos considerados idênticos, ocorridos com base em outros textos normativos (constitucionais ou não), dos quais eles apresentam um caráter acessório ou subordinado, mas ao mesmo tempo se transformam em programa para o futuro.

Ao verificar que a súmula vinculante se dirige ao futuro, que tem caráter obrigatório, pode-se afirmar, como já se fazia, que ela tem natureza normativa – equivalente a uma lei –, em função de sua generalidade e abstração. No entanto, ela é uma generalização que decorre de uma norma de decisão (caso decidido), que concretizou outras normas, mas que, expressa em um texto (o enunciado da súmula), facilita a comunicação de critérios gerais para a adoção de condutas⁶² que, embora não eliminem as dúvidas, têm uma pretensão, em grau mais elevado de fazê-lo. Não há mais caso a ser decidido, portanto, estamos próximos de uma competência legislativa.

Assim, as súmulas, tais quais os editos, canonizam promessas. Não se recorre mais a casos individuais, mas ela atua como uma forma especial de memória daquilo que foi gerado. Tomando as concepções de Kirste⁶³ sobre memória e direito, podemos entender as súmulas como um processo especial de memória, em que a suma, o que se reputa importante, passa a ser destacada para ser recordada. O processo de sumularização, em contraposição ao da *common law*, faz que a máxima se destaque do seu elemento genético, formador, muitas vezes até olvidando o caso concreto que a originou. As súmulas são um elemento introdutor de certeza e estabilidade em que se procura resolver todas as questões controvertidas, “procurando estancar os pontos de dúvida”⁶⁴. As súmulas, especialmente a súmula vinculante, é como se fosse o *sonho com interpretação ou com legenda*, em que deve ficar claro o seu significado⁶⁵, ao contrário da *common law*, no qual não há esse destaque do enunciado.

⁶² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 21. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian (em várias passagens).

⁶³ KIRSTE, Stephan. O direito como memória cultural. *Revista Mestrado em Direito Osasco*, ano 8, n. 2, p. 125-143.

⁶⁴ SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 119.

⁶⁵ SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*, p. 119.

No procedimento de elaboração sumular, o Tribunal procura deixar evidenciado como quer interpretar e quer aplicar o direito controvertido. Essa posição aproxima o sistema do caráter translático em que há repetição dos editos dos pretores, de ano para ano, renovando e ao mesmo tempo dando estabilidade para o sistema, evitando, quando possível, os *decretae repentinae*, que eram as ações, por tabela direitos, que o pretor dava para o caso concreto. Esses decretos, como anota Mehesz⁶⁶, tinham um caráter ambivalente, quando ao mesmo tempo renovavam, mas causavam insegurança na administração da justiça, e, por isto, por meio da *Lex Cornelia* os pretores foram obrigados a ater-se ao disposto nos seus editos perpétuos que foram publicados ao assumir o cargo. Esse aspecto assemelha-se, no nosso direito atual, às chamadas “viradas jurisprudenciais”, que sempre causam, em maior ou menor grau, insegurança jurídica e, por isto, devem ser evitadas. Por isso, os *decretae repentinae* receberam no período romano críticas pela insegurança jurídica que causaram.

O *jus civile* forma a base da qual o pretor parte. É com sabedoria, ou seja, com *prudentia*, que ele realiza a sua tarefa de complementá-lo. A base das súmulas é a do direito escrito e no que se refere às súmulas vinculantes é especialmente o texto constitucional. A expressão textual do art. 103-A refere que serão objetos de súmulas vinculantes *normas determinadas* que têm como objetivo especificar o caráter dependente da súmula vinculante a um texto, no caso, um texto de caráter constitucional, ou seja, “é preciso considerar que, em última análise, a súmula tem por objeto uma norma judicializada, cujo alcance e compreensão ela vem deslindar”⁶⁷, não se reconhecendo um papel autônomo, mas um papel dependente de texto (um ou mais), cujo sentido se tornou explícito em função de anterior aplicação.

Assim, no Direito brasileiro atual, ao contrário do Direito romano do período examinado, temos a presença de um sistema de constituição escrita e de um direito escrito e codificado. No entanto, as súmulas, especialmente as vinculantes em sentido próprio, são direitos (ou posições processuais) que se prometem (ou se negam) para o futuro. É claro que a diferença fundamental é que os romanos não distinguem a ação do direito. A promessa consubstanciada

⁶⁶ MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*, p. 50.

⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004, p. 680. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

no edito é uma promessa de uma ação, e, portanto, o significado de prometer o próprio direito é uma decorrência disso⁶⁸.

O modelo constitucional brasileiro, formado por uma Constituição extensa, dita analítica, mas que, por outro lado, não abriu mão de uma série de normas abertas, favorece uma amplitude em que seja possível transformar todas as questões em constitucionais, que já foi chamado de efeito Midas⁶⁹, visto que as normas infraconstitucionais podem ser adequadas aos princípios constitucionais, transformando-se, desse modo, muitas questões em matéria constitucional. Mais do que nunca, o STF, como intérprete e aplicador, tem o poder de conformar o sentido de um texto legal valendo-se do texto constitucional, o que pode transformar qualquer matéria em constitucional.

No entanto, como destaca Betti⁷⁰, havia uma contínua relação entre a experiência (a vida) e a norma no Direito romano, não havendo abuso por parte do poder normativo, que permitia a lenta absorção das mudanças. Em outras palavras, também a jurisprudência sumulada não pode ser apenas um ato de poder legítimo, unicamente estatal, mas também representar o direito no seu aspecto de legitimidade social e jurídica e, por isto, uma base racional.

É importante dizer que os romanos não vivenciaram a realidade de um processo de massa⁷¹, fruto de uma sociedade de massas⁷², tal qual vemos no Brasil, o que tornou a súmula uma resposta à relevante multiplicação de

⁶⁸ “Os magistrados judiciários, no Direito romano, não podiam atribuir direito a ninguém, mas, sim, conceder ou negar ações (o que, praticamente equivalia à criação de direitos). Em virtude disso, o *ius honorarium* ou *praetorium*, como acentua Ferrini, era um sistema de ações, e não um sistema de direitos.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 23)

⁶⁹ Expressão em SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*, p. 39: “Do mito depreende-se que, em matéria de atuação jurisdicional do órgão encarregado de interpretar a Constituição, seja conveniente uma certa auto-restrição (*self restraint*) e, em extremo, até necessária, para não haver concentração de toda a interpretação do Direito naquele órgão e acarretar o seu próprio sufocamento”.

⁷⁰ BETTI, Emilio. *Iurisdicção Prætoris e potere normativo*, 1968 (em diversos lugares).

⁷¹ Sobre o tema, ver José Carlos Barbosa Moreira. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 16, n. 61, p. 187 ss., jan./mar. 1991.

⁷² Segundo Ortegatti (ORTEGATTI, Cassio. *Sociedade de massa*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília/DF: Editora da UnB, v. 5, 2005. p. 2011), “sob o ponto de vista descritivo, a sociedade de massa pode ser definida como uma sociedade em que a grande maioria da população se acha envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo dos bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através de uso dos meios de comunicação de massa”.

processos. A sociedade romana era uma sociedade hierarquizada com grande base na escravidão⁷³, mas já havia um problema de efetividade judicial no tempo da *actio* de cunho privado, em que competia à própria parte levar o réu a juízo (citação) e depois executar a sentença⁷⁴. No entanto, o pretor romano estava atento aos problemas de efetividade e, por isso, ele produzia o rompimento com o sistema tradicional, introduzindo várias ações, como se pôde exemplificar com interditos possessórios, destinados a assegurar a posse⁷⁵, que possuem um caráter executivo.

O sistema imperial romano mais tarde reunirá em suas mãos o direito, publicizando completamente essa função, de tal modo a, sem descurar dessa obra, reunir nas mãos do imperador a função legislativa, em que se busca a centralização da legislação em um único documento. No entanto, observa Carlos Ambrosioni: “*La gloria mas pura y genuína del Derecho Romano se encuentra en esa técnica pretoriana*”, mas que não foi obra apenas do pretor, mas também labor dos prudentes que atuaram como “*sutililes capatahores del sentido popular y práctico*” e, dessa forma, “*convertían la matéria bruta suministrada por la experiência*”

⁷³ Ver a crítica produzida por Veras Neto (VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 121-153. ISBN 978-85-7308-916-5, p. 121-127): “[...] o Império Romano e suas várias etapas históricas estariam fixados cronologicamente no modo de produção escravagista, em que o motor do desenvolvimento econômico estava nas grandes propriedades apropriadas pela aristocracia patricia, que controlando os meios de produção, as terras e as ferramentas necessárias ao trabalho agrícola, dominavam as classes pobres e livres dos plebeus, clientes e a dos escravos, estes últimos classificados como *res* (coisa), eram uma espécie de propriedade instrumental animada. A sociedade desigual romana gerou uma série de instituições políticas e jurídicas *sui generis*, bem como um ambiente de conturbação e de conflitos de classe, decorrentes das desigualdades sociais, principalmente entre as classes dos patrícios e a dos plebeus, esta situação se manifestou, por exemplo, na rebelião plebéia que gerou a elaboração da famosa Lei das XII tábuas, atribuindo mais poder aos plebeus [...]”.

⁷⁴ Ver neste sentido ARIES, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991-1992, 1989. p. 166 ss.

⁷⁵ Giordani (GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*, p. 47) exemplifica o rol “como os Interditos possessórios, destinados a assegurar a posse contra as perturbações e espoliações, a *Publiciana actio*: ação que dá proteção aos que adquirem bens sem as fórmulas rigorosas exigidas pelo *ius civile*, a *Actio doli*: ação que permite o restabelecimento de um direito lesado por fraude praticada por outrem, a *Restitutio in integrum*: que anulava os atos fraudulentos causadores de lesão de direitos e restituía as coisas ao estado anterior e a *Bonorum possessio*: pela qual se concedia aos parentes só por consangüinidade (cognação), embora não fossem considerados herdeiros pela lei civil, o gozo de direitos sobre a herança, dando-lhes o encargo de cumprir as obrigações do defunto”. Conforme Mehesz (MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. p. 95), são os clássicos e perenes interdictos possessórios.

*em materia jurídica a través de fórmulas, cuya recepción admitia ele pretor o no en su edicto, conforme le pareciera o no conveniente y oportuno*⁷⁶.

CONCLUSÃO

O presente texto destacou o caráter normativo e obrigatório que têm assumido as súmulas no Direito brasileiro. Todas as súmulas, inclusive aquelas ditas não vinculantes, assumem graus de obrigatoriedade diversos, consoante contem com instrumentos que reforçam a sua aplicação. É com este sistema sumular que traçamos o paralelo com a atividade dos pretores no Direito romano, magistrados, que no início de sua atividade estabeleciam o seu programa, ou seja, as ações que colocavam à disposição dos cidadãos por meio dos editos.

Esses editos eram máximas escritas, repetidas anualmente, fruto da interpretação e da renovação que os pretores e juristas faziam do *jus civile*. Não possuíam o grau de abstração e sistematização de um código, mas eram dirigidas para o futuro. As súmulas também apresentam esse caráter de enunciar um programa normativo, um modelo de ordenação expressa pelos enunciados linguísticos, que apresentam um programa para o futuro, uma “futuridade (*Zukünftigkeit*)”.

Os textos normativos são a fonte da qual são extraídas as súmulas, as quais assumem um caráter acessório ou subordinado, mas ao mesmo tempo se transformam em programa para o futuro, transformando-se em equivalente à lei, no seu caráter normativo, pois a súmula pressupõe a comunicação de critérios gerais para adoção de condutas, como eram os editos, que também canonizavam as promessas, destacadas dos casos concretos, embora tivessem estes sempre bem presentes.

O pretor cria o direito tendo como base estável o *jus civile*. Com sabedoria (*prudentia*), ele realiza a sua tarefa de complementá-lo. Os editos pressupõem a existência desse direito anterior o *jus civile*, analogamente as súmulas pressupõem a existência dos textos normativos, especialmente, a da própria Constituição. Os pretores estavam atentos aos anseios da nova realidade que se apresentava e preocupavam-se com a legitimidade de sua atuação. Também o direito sumular atual deve ficar atento para essa condição procedimental, de fonte derivada, mas criativa e normativa da jurisprudência.

⁷⁶ AMBROSIONI, Carlos. Prólogo. In: MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Córdoba: Universitaria de Córdoba, 1967. p. 9.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2 v., 2003.
- AMBROSIONI, Carlos. Prólogo. In: MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967.
- ARIES, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras, v. 1, 1990.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 16, n. 61, p. 187 ss., jan./mar. 1991.
- BRASIELLO, Ugo. Edicta. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 371-372, 1957.
- BRUGI, Biagio. Editto. In: *Digesto italiano*. Unione Tipografico-editrice. Torino: UTET, 1884-1921.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 91, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/Texto.asp?id=4248>>. Acesso em: 23 jun. 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 486 p.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CRUZ, Sebastião, *Direito romano: lições - Introdução*. Fontes. Coimbra: Almedina, v. I, 1969.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DOMINICIS, M. Antonio de. Magistrati (Diritto romano). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da Justiça norte-americana. *Revista da Ajuris*, n. 113, p. 166-176, mar. 2009.
- GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- GRANT, Michael. *História de Roma*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 21. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.].

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KIRSTE, Stephan. O direito como memória cultural. *Revista Mestrado em Direito Osasco*, ano 8, n. 2, p. 125-143.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 46-67, jul. 1982.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC 45/2004. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINELLI, Vincenzo. *Ermeneutica giudiziaria: modelli e fondamenti*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

MAYNZ, Charles Gustave. *Cours de droit romain: précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*. 4^{ème} éd. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1876

MEHESZ, Kornel Zoltan. *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Cordoba: Universitaria de Cordoba, 1967. 208 p.

MELILLO, Generoso. Edictum perpetuum. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1958-1975.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *As origens da condenação do processo civil romano*, v. 112, 134.

ORTEGATTI, Cassio. Sociedade de Massa. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília/DF: Editora da UnB, v. 2, 2005.

PAOLI, Hugo Enrico. Magistrati (direito grego). In: *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino, 1957.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Araujo, 1943.

SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 13-31, supl., dez. 2003.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.