

Direito “penal” romano? Por uma abordagem não-anacrônica e desigual

Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt^I

Resumo: O legado mor da civilização romana é, decerto, o seu direito, sobretudo o seu direito civil. Outro importante tópico é o seu direito “penal”, embora ainda seja pouco explorado. O conceito de direito “penal” romano, porém, é problemático à medida que confunde modernidade e mundo antigo, bem como ignora as diferenças históricas no interior da própria Roma. Portanto, nossa tese central é que a linguagem, focalizada nas palavras “penal” e “criminal”, obsta a cognição do fenômeno jurídico em comento. Neste trabalho, estudamos as categorias do direito “penal” romano, bem como as suas mudanças no curso do tempo, a fim de oferecer uma crítica para uma abordagem não-anacrônica e desigual. Este artigo é dividido nas seguintes seções: Introdução; Categorias e anacronismos; Romas diferentes, direitos diferentes; A linguagem como óbice à cognição; Considerações finais: por uma abordagem não-anacrônica e desigual.

Palavras-chave: Anacronismo; Direito penal; Linguagem; Roma.

Roman ‘criminal’ law? Toward a non-anachronistic and unequal approach

Abstract: The greatest legacy of Roman civilization is, of course, its law, especially its civil law. Another important topic is its ‘criminal’ law, although it is yet underexplored. The concept of Roman ‘criminal’ law is however problematic as it confuses modernity with ancient world and ignores the historic differences within Rome itself. Therefore, our main thesis is that language, focus on word ‘criminal’, hinders the cognition of the legal phenomenon in question. In this work, we study the categories of the Roman ‘criminal’ law, as well as its changes over time, in order to offer a critique for a non-anachronistic and unequal approach. This paper is divided into the following sections: Introduction; Categories and anachronisms; Different Romes different laws; Language as an obstacle to cognition; Concluding remarks: toward a non-anachronistic and unequal approach.

Keywords: Anachronism; Criminal law; Language; Rome.

Artigo recebido em 10/04/2021 e aceito em 10/05/2021

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

“Vivemos e pensamos sob indisfarçáveis efeitos do *ilógico*, na ignorância e no falso saber.”^{II}

Introdução

O legado mor de Roma é, decerto, o seu direito, notadamente em matéria civil; não de somenos importância, porém, é o que se poderia chamar, com ressalvas, de direito “penal” romano. Nada obstante, tal assunto, no Brasil, mas não apenas, inda goza de um tacanho prestígio. Defronte a esse mutismo, portanto, o presente trabalho reclama as justificações que lhe dão causa, isto é, porque tão pouco se diz sobre o direito penal de Roma, entendemos por forçoso publicá-lo.

Falar em direito na Antiguidade, de modo geral, qual em Roma, é algo a ser feito com prudência. No estudo da civilização ora analisada, parece haver certa expectativa de coincidência entre direito e sociedade, mas a prática nos revela uma realidade muito outra.^{III} Cumpre salientar isso, de início, para afastar qualquer obscurantismo que possa pairar sobre o nosso texto. Não se trata de inquirir em que medida o direito penal romano foi prático, mas questionar se houve, de fato, um direito “penal” romano; se tal termo expressa não apenas a prática punitiva, mas o exercício legislativo que a determinava. Noutros dizeres, é apurar se houve sistemas de direito romanos que pudessem ser havidos por criminais, para, então, poder considerar adequado ou não o uso do termo “penal”.

Estudar o tópico em epígrafe nos impõe toda sorte de cuidados, posto risco de juízos anacrônicos e de supor semelhanças que não existiram em *uma* suposta Roma. É certo que não podemos nos valer dos metros de períodos ulteriores para escutar fenômenos históricos que os precederam, e, daí, tal é a nossa postura. Por tratar de tão amplo assunto, faz-se preciso marcar os contornos do escopo que nos colocamos, a saber, entender as categorias do direito “penal” romano e as suas mudanças no curso do tempo. Nossa tese central é que a linguagem, focalizada nos termos sinônimos “penal” e “criminal”, obsta a cognição do fenômeno jurídico em tela e acaba por produzir anacronismos, bem como igualar sistemas desiguais no interior da própria Roma. Com esse esforço, tencionamos oferecer uma crítica para uma abordagem não-anacrônica e desigual do que, por ora, chamamos de direito penal romano.

Para tanto, inicialmente, tratamos da confusão entre as categorias romanas e modernas, e os anacronismos que dela advêm, com especial atenção para “crime”, *crimen* e *delictum*. Em seguida, apresentamos algumas mudanças na atividade punitiva ao longo da história de Roma. Demais, sustentamos o efeito equívoco do uso do termo “penal” na cognição das experiências jurídicas às quais se refere, e fazemos, por derradeiro, uma crítica do conceito de direito “penal” romano com vistas a uma abordagem que dá tônica às assimetrias entre modernidade e antiguidade romana, bem como às constantes de sua própria história jurídica.

Este artigo consiste em uma revisão narrativa de literatura. As palavras “ofensas”, “transgressões” e “reprovações”, no contexto referente ao direito romano, são usadas como sinônimas. As abreviações dos textos jurídicos romanos aqui citados são: *D.* (*Digesta Justiniani*), *Inst.* (*Institutiones Justiniani*), *Inst. Gai.* (*Gai Institutionum Commentarii Quattuor*), *XII Tab.* (*Lex Duodecim Tabularum*), todos achados no site *The Roman Law Library*, de Lassard e Koptev (cf. referências bibliográficas). Outrossim, é diviso nas seguintes seções: Introdução; Categorias e anacronismos; Romas diferentes, direitos diferentes; A linguagem como óbice à cognição; Considerações finais: por uma abordagem não-anacrônica e desigual.

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

Categorias e anacronismos

Simplesmente falar em direito penal ou em crime na Roma antiga, a bem da verdade, nada nos diz acerca das experiências jurídicas da civilização romana enquanto fato histórico-legal. Imperativo é, pois, lançar luz sobre as suas categorias, a fim de um mais preciso entendimento.

Conquanto achadas amiúde combinadas, talvez existam três abordagens típicas: uma, radicada em Mommsen, faz coincidir direito penal (*Strafrecht*) e obrigação moral; outra, visto, à guisa de mostra, em O. F. Robinson, aceita uma lista estipulada de matérias de jaez criminal dos sistemas jurídicos modernos, sem embargo de seu status no direito romano; e, por derradeiro, a de doutos como Falchi, que junta categorias romanas e as coteja com o direito penal. Cumpre questionar se houve mesmo um direito “penal” romano, o que nos leva, de pronto, a um problema linguístico no respeitante à possível ausência de um termo para o designar. Nesse caso, inda que não haja, na tradução, algum equivalente, podemos nos socorrer em uma comunicação de significado.^{IV}

Antes do mais, furtemo-nos a buscar espeque em cognatos modernos quando da cognição de categorias latinas. Tomemos, a título de exemplificação, primeiramente, *crimen*^V. Mommsen disserta que a palavra *crimen*, de *χρίνειν*, *cernere*, ou seja, crivar e separar, indica o objeto a ser crivado, e o crivo, o qual o faz, é *cribum*. No léxico jurídico, *crimen* é a imputação de uma injustiça, o caso levado a juízo. À vista dessa procedência e do uso de expressões gregas a ela alusivas e de outros vocábulos latinos de mesma estirpe, presume-se que, primitivamente, *crimen*, o mesmo que *iudicium* e *legis actio*, abarcava todo o orbe do direito em geral. Doravante, adquiriu uma feição ética; eis que passou a ser não mais a acusação de um injusto, mas de uma ofensa, nunca tendo sido utilizada em demandas puramente patrimoniais, antes em ofensas privadas e públicas. Alfim, posto caráter genérico, serviu à ciência jurídica do Império.^{VI}

O discurso jurídico acerca da maldade concernia sobretudo não ao castigo moral, mas aos recursos legais, concentrando-se, pois, na palavra da qual a palavra inglesa “crime” se derivaria, a saber, *crimen*, que significava não “crime”, mas “reprovação” e, tanto no discurso jurídico quanto no moral, “acusação” [...] Portanto, os romanos tinham um vocabulário para o que poderia ser considerado “crime” em um sentido moral, entretanto não havia uma palavra para “crime” no direito romano.^{VII}

Na República tardia, surgiram alguns tribunais, os quais, à vista da modernidade, afiguraram-se-iam criminais; com efeito, é corrente o uso dessa terminologia. Esses tribunais podem ser chamados tanto de *quaestiones perpetuae* como de *iudicia publica*. À primeira, qualquer ofensa poderia ser processada por qualquer pessoa e os casos eram ouvidos por uma elite de juízes. Augusto, e talvez Júlio César, introduziram algumas ofensas adicionais; entretanto, o processo original deixou de ser utilizado. De toda sorte, as ofensas às quais responderam continuaram uma categoria permanente do direito romano (*D.* 48,1,1). O Digesto, em seu livro 48, disciplina a mesma lista de ofensas, mais *plagium* (cf. *Inst.* 4,18,10), tendo tais sido havidas por criminais em pelo menos alguns sistemas modernos, embora não tenha cingido condutas amplamente reconhecidas como criminosas (e.g., roubo e difamação), nem tampouco certas ofensas “morais” (e.g., prostituição) que, de quando em vez, acham-se criminalizadas.^{VIII}

Também a categoria romana *delictum*^{IX} é frequentemente capturada pelas discussões que tratam do direito penal romano, vez que engloba alguns crimes clássicos, qual o roubo. Na lição de Mommsen, *delictum* se refere ao cometimento de uma falta, e na linguagem ordinária, tal qual *crimen*, endereçava-se indistintamente às ofensas públicas e privadas. Não possuía cunho retórico e, por isso, era adequado ao uso científico, não obstante certamente tenha sido introduzido e adquirido tal generalidade senão mais tarde. Dês que, nos primórdios do Império, as ações “criminais” ocuparam o sistema jurídico civil, *delictum* passou a ser usado para designá-las e,

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

daí, recebeu a denominação comum de delito privado (*delicta privata*). Todavia, mesmo no Digesto de Justiniano, não foram colecionadas em um só ambiente as ações públicas e privadas.^X Somente de modo ocasional, *delictum* parece contrastar tanto com ações privadas (e.g., *D.* 4,4,9,2) como com ações públicas (*D.* 21,1,17,18; 47,8,2,24). Demais, não se tem por certas as ações específicas a serem abarcadas. Gaio oferece duas abordagens ligeiramente diferentes. Nas Institutas, *delictum* respeita a qualquer obrigação não decorrente do contrato, tais como *furtum*, *iniuria* e *bona vi rapta* (*Inst.Gai.* 3,88; 182). Uma tipologia semelhante é achada em *Res cottidianae*, mas sob a rubrica *maleficium*, que, a exemplo de *crimen* e *delictum*, alude a qualquer ofensa. No Digesto, os delitos privados (*privatis delictis*) constam do livro 47, não inclusas demandas patrimoniais.^{XI}

Poenalis, por seu turno, é um termo menos encontrado do que *crimen* e *delictum* e quase nunca é aplicado à justiça pública (*iudicia publica*). A categorização de delitos como *poenalis*, inda que não tão substancial, é melhor pela evidência, e o mais dos casos respeitam a ações populares (*actiones populares*) ou a maneiras várias de interferência no exercício da jurisdição. *Poena* é mais comum e claramente pode dizer respeito a resultados advindos da *iudicia publica*; entretanto, os seus usos mais frequentes parecem ser os que se ligam a formas adjetivas.^{XII}

As *actiones populares*, qual *iudicia publica*, acabam por chamar atenção em virtude do aspecto “público” se associar a certas noções de criminalidade. São da alçada de qualquer cidadão; no entanto, em alguns casos, são de prioridade dos interessados, e se fazem contra, por exemplo, danificação de via pública (*D.* 43,8,2,34), abertura prematura de testamento (*D.* 29,5,25,2) e violação de túmulo (*D.* 47,12).^{XIII}

As categorias sobreditas, portanto, do ponto de vista técnico, não podem ser havidas por criminais, no sentido moderno. Demais, no Digesto havia condutas não descritas como *delicta*, mas que recebiam tratamento como se fossem. De toda sorte, o “crime”, como modernamente entendido, era algo real e significativo na Roma antiga, e todo sentido faz estudá-lo enquanto fenômeno, bem como suas respostas sociais, as quais poderiam envolver, entre coisas outras, policiamento e estratégias familiares (e.g. vingança).^{XIV}

Em grande medida, porque Roma não tinha promotores públicos nem departamentos de polícia modernos, a aplicação da lei se dava por meio de autotutela, iniciativa privada e outros meios. À cata de exemplo, as primeiras leis romanas escritas descreviam um processo público em que as vítimas identificavam, capturavam e conduziam ao tribunal os malfeitores, ou mesmo os puniam em ato (*XII Tab.* 1,1; 2,3; 8,12-14). Em absoluto, não se diz que a civilização romana nunca viu algum tipo de policiamento, quer civil quer militar, sobretudo, vez que, a partir do séc. II d.C., é possível detectar uma ampla gama de experiências policiais em Roma.^{XV} Não eram, porém, insistimos, instituições de polícia como as surgidas na modernidade, razão pela qual nos parece desacertado em razão de tais experiências presumir uma marca “penal” do direito romano.

Os anacronismos atinentes ao emprego, no estudo da civilização romana, desses conceitos com suas significações modernas (crime, delito, pena, justiça pública, ação popular) “pressupõem equivocadamente que os agentes históricos da época examinada pensavam como um homem moderno.”^{XVI} Do exposto, é-nos certo que o primeiro problema fundamental no trato da temática em tela se dá no nível da linguagem quanto às categorias, isto é, os enganos e confusões oriundos de terminologias similares postas a designar categorias diversas entre modernidade e Roma antiga.

Romas diferentes, direitos diferentes

Malgrado imprecisões, parece pacificado entre os manuais que a existência de Roma se deu entre o século VIII a.C. (origem lendária) e o século V d.C. (morte do imperador Justiniano).

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

Para Moreira Alves, o direito romano encerra o conjunto das normas que neste íterim regeram a civilização romana.^{XVII} Esse não é, porém, um consenso; tal não há entre os romanistas.

Sob três aspectos, consoante João José Pinto Júnior, se pode dividir o direito romano entre os estudiosos:

Lato sensu, stricto sensu e strictissimo sensu. No primeiro sentido o Direito de que nos ocupamos é a coleção de regras jurídico-legais que tiveram em vigor em Roma desde os primeiros tempos do reino até os últimos do Imperio. No sentido *stricto* é o todo formado pelas *Institutas, Digesto, Código e Novellas* não só de Justiniano como de seus sucessores. No sentido *strictissimo* é o conjunto desses mesmos trabalhos, com exclusão das *Novellas post-justinianas* e *accrescimento* de 13 edictos daquele Imperador.^{XVIII}

Alguns, no que lhes concerne, entendem que somente importa o direito privado romano. Com efeito, anota Savigny, ao explicar de que se ocupa em seu *Sistema de direito romano atual (System des heutigen römischen Rechts)*: “O direito privado dos romanos é o que unicamente faz parte do direito moderno. Sem dúvida seu direito penal não nos é completamente estranho, mas não lhe tiramos mais do que um pequeno número de princípios de importância secundária”.^{XIX}

Para nós, falar em *um* direito de Roma é problemático à medida que essa generalidade ignora os treze séculos de sua existência. Estamos certos de que os romanistas estão cientes disso; no entanto, reafirmamos a monta de fazer distinções. O mesmo raciocínio se aplica, por óbvio, ao recorte de nosso objeto, o direito penal romano. Por isso, nesta seção, abordamos brevemente – apenas como uma amostragem – a diversidade jurídica no interior da própria Roma, perpassando fortuitamente por experiências punitivas que transmudaram no curso do tempo.

Havia, já na punição doméstica, no direito de guerra e no sistema de coerção do magistrado, um procedimento instaurado a partir de uma infração que atribuía a esta uma punição, o que não poderia, entretanto, ser considerado um direito penal. O chefe doméstico, o chefe militar e o magistrado com *imperium* puniam de maneira discricionária, calcados na vontade, e tal não se dizia ser injusto; a expiação da *nox*, quando da entrega do filho culpado pelo pai ao ofendido, do cidadão culpado entregue por sua comunidade à vizinha lesada ou as sentenças proferidas pelos reis, eram atos formalmente prescritos e obrigatórios como justiça. O rei distinguia justo e injusto a seu critério, segundo a lei romana, o que, no entanto, poderia ser feito de maneira injusta, sem “equidade” e culminava na substituição da soberania do rei pela lei. Daí Mommsen dizer que “o direito penal começa no mesmo momento em que a lei do Estado (inclusos costumes com força jurídica) impõe limitações ao arbítrio do depositário do poder penal, ou seja, o juiz sentenciador.”^{XX} Doravante, a lei designou objetivamente as condutas reprovadas a serem combatidas em nome da comunidade e faz desuso o uso desse procedimento nos demais casos. Isso representa, por sem dúvida, um amadurecimento legislativo dos romanos; entretanto, ainda é insuficiente para se falar em um direito penal, pois que encerra, no limite, uma sistematização em forma de lei das atividades punitivas. A caracterização de alguma criminalidade, e, portanto, do “penal”, sujeita-se ao modo de conceber a realidade da civilização romana e esta não via nas ofensas que censurava pelo seu direito o sentido de crime que modernamente admitimos.

Com as Leis Valérias (*Legges Valeriae Publicolae*), as quais submetiam ao requisito da cidadania as sentenças capitais em desfavor de cidadãos romanos, que o chamado “direito penal público” surgiu. O “direito penal privado”, por sua vez, teve início quando o pretor foi despossuído da faculdade de solver, em definitivo, as ofensas que o chegavam, restando-lhe uma resolução condicionada ao júri. Não mais se podia ter ofensa, processo ou punição sem que houvesse alguma lei previamente cominada. Isso, todavia, não pôs longe o arbítrio do magistrado, que continuou a punir, na guerra e no interior da própria comunidade, atos não havidos por

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

transgressores pela lei, processando e apenando a seu gosto. Tal se deu concomitantemente à aparição de um poder de julgar circunscrito ao direito. Esse proceder do direito sujeito a formalidades se bastava ao orbe da cidade de Roma, posto feito cidadão da comunidade romana. À primeira, excluía as mulheres e os não-cidadãos, aplicando-se somente aos homens romanos, o que, mais tarde, foi alterado pelo direito civil, mesmo no respeitante às transgressões.^{XXI}

Primitivamente, eram condenáveis somente as ofensas à comunidade. Aqueles que contra esta atentavam, inimigos quer externos quer internos, ensejavam a exigência de uma autodefesa que os igualava *ipso facto*, razão pela qual se matou tanto prisioneiros de guerra quanto traidores romanos. O órgão dessa autodefesa consistia, respectivamente, no chefe militar ou no depositário da faculdade de coerção ilimitada.^{XXII}

A autotutela, achada já nas XII Tábuas, que datam do ano 450 a.C., perduraram por muito tempo, inda que os procedimentos legais para punir ofensas “públicas”, ao longo da história de Roma, variaram, em paralelo à natureza mutável da comunidade de cidadãos romanos (*civitas*), abundantemente, envolvendo tribunais públicos e populares, e juízos monocráticos. Isso porque Roma, de início, era uma pequena cidade estabelecida no Tibre, mas se tornou um império continental, que assimilou línguas, culturas e povos vários, das Muralhas de Adriano ao Eufrates, motivo pelo qual suas instituições e convenções tiveram que se adaptar, sendo este também, por via de consequência, o destino do que era “crime”, ofensas, e de suas respostas.^{XXIII}

Cícero, em 44 a.C., disse do *ius civile* se tratar de estatutos do povo, casos decididos, resoluções do Senado, decretos dos magistrados, interpretações dos juízes, equidade e costume. No Império, a estes se somaram as respostas legais e os pronunciamentos oficiais dos imperadores. As formas da lei no séc. I a.C. eram, por vezes, não escritas, refletindo o autopolicimento do começo de Roma. Em meados dessa época, nenhum tribunal permanente havia para julgar ofensas, qual o homicídio ou a corrupção. Consoante testemunho de Cícero a falar do estupro de Lucrecia, por exemplo, conquanto fosse uma violação do “direito natural”, não era tipificado pela lei.^{XXIV}

Foi no trato da honra e da vergonha pelo direito que os legisladores de elite com maior evidência mostraram os seus valores morais. A confiança e a boa-fé (*bone fides*) importavam em diversas disputas civis, sendo os comportamentos impróprios punidos também no âmbito moral. Na República, o insucesso em uma argumentação jurídica poderia prejudicar a reputação (*existimatio*), mas no Império a infâmia se tornou uma sanção jurídica formal, culminando até mesmo em perdas de direitos civis.^{XXV}

Inicialmente, as ofensas julgadas pela *iudicia publica* foram havidas por ofensas à comunidade como um todo, assumindo, o mais das vezes (*ambitus, vis, repetundae, peculatus, falsum, maiestas*), a forma de grave desordem pública ou de interferência na maquinaria estatal. A violência entre indivíduos, por sua vez, era uma forma de *iniuria*, e a maior parte dos “roubos” não são considerados ofensas públicas, como o era o *peculatus*. As duas aparentes exceções a isso eram o homicídio e o *plagium*, não obstante aquele, ausentes circunstâncias especiais, tais como assassinato por um parente próximo, até meados do ano de 81 a.C., não configurava uma transgressão pública.^{XXVI}

Da República tardia para o Império, a situação jurídica mudou. As suas tendências gerais consistiram na expansão da *iudicia publica*, sem que se abolisse quais ações ilícitas ou populares e o sistema foi articulado menos claramente como um todo. O aparecimento de novas leis com César e Augusto levaram mais violência aos tribunais públicos. Uma *lex Iulia de vi publica* (D. 48,6) passou a reger as ofensas públicas e uma *vis privata* (D. 48,7) o fez com as formas não políticas, a exemplo de reunir uma multidão. O adultério e o fornecimento de grãos passaram a caber na jurisdição de novos tribunais (D. 48,5; 12), o que revela, no primeiro caso, a transferência substancial da autoridade estatal quanto à reprodução concomitantemente à transferência da violência. Outras transgressões, sobretudo pelo *senatus consultum*, foram

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

assimiladas e havidas por categorias legais. No Digesto, vê-se uma grande sobreposição entre *maiestas* e *vis publica*, aparentando um desenvolvimento tardio. Na *vis publica*, também, foi incluída, ao menos em parte, a *actio popularis* contra violação de túmulo (D. 47,12,8), bem como o *concussio* na lei de homicídios (D. 47,13,2). Demais, muitas ofensas, como *iniuria* (D. 47,10,45), roubos (D. 47,2,93; 47,9,1,1; 47,14,2), *praevaricatio* (D. 47,15,2), *expilata hereditas* (D.47.19.3), ensejaram dupla responsabilidade, podendo ser processados como o eram originalmente ou “criminalmente” pela *cognitio* daquele que possuía jurisdição. Outrora, porém, tais transgressões nunca quadraram no *iudicium publicum*. Por derradeiro, menciona-se a criação de uma ofensa híbrida de *stellionatus*, constante do livro 47 do Digesto, o qual, a um só tempo, é tanto não público quanto não privado. Mais: segundo Ulpiano, tal ofensa guarda penalidades que se assemelham às públicas.^{XXVII}

Como último exemplo, mencionamos a penalidade capital, a qual, conquanto nunca tenha sido abolida, apresentou-se de maneiras diferentes em diferentes períodos. Na República tardia, era corrente na opinião pública e entre os legisladores, o desejo, marcado pela *humanitas*, de reduzir as condenações à morte. Disso se seguiu uma convenção, a qual no séc. 1 a.C. foi incluída nos textos legais, que possibilitava o exílio ao condenado à morte. Esse impulso humanista, entretanto, mesmo na República, foi adversado pela doutrina do interesse público (*utilitas publica*). No Principado, contra as influências humanistas, era exibida uma das piores características do *saevitia* (uma maneira pejorativa de se referir ao imperador), a crueldade.^{XXVIII}

Resta entendido, daí, por que a atividade punitiva tanto mudou ao longo da história de Roma, que usar somente um conceito [direito penal romano] é descabido à medida que tal não goza de um “potencial generalizador diacrônico”^{XXIX} capaz de atravessar o tempo que intenta abarcar. Tal vale, pois, tanto para a passagem da modernidade à Roma antiga, como para o próprio percurso histórico romano.

A linguagem como óbice à cognição

Forte em *Sobre verdade e mentira no sentido extramoral (Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinne)*, de Friedrich Nietzsche, estão as bases deste trabalho. Fazemos saber, porém, que este texto é utilizado à medida que nos importa estritamente a problemática, aqui colocada, envolta ao conceito de direito “penal” romano. Portanto, seu uso é livre e direcionado, e não busca refletir necessariamente a integralidade da doutrina nietzscheana, sendo antes um instrumento.

As seções *retro* mostram que, em virtude da incompatibilidade entre as categorias modernas e latinas, bem como das diferenças históricas de Roma, falar em um direito penal romano é inexato e embaraçoso. Tudo converge, pois, para o conceito de “penal”, ou “criminal”. Sobre isso [conceito], anota Nietzsche:

Toda palavra torna-se de imediato um conceito à medida que não deve servir, a título de recordação, para a vivência primordial completamente singular e individualizada à qual deve seu surgimento, senão que, ao mesmo tempo, deve coadunar-se a inúmeros casos, mais ou menos semelhantes, isto é, nunca iguais quando tomados à risca, a casos nitidamente desiguais, portanto. Todo conceito surge pela igualação do não-igual.^{XXX}

A rigor, o uso genérico do conceito de “penal” deveria ser defeso mesmo entre os sistemas modernos, posto que diversos. Entretanto, interessa-nos a dimensão cronológica, sobretudo entre modernidade e Roma antiga, mas também em seu próprio interior. Assim, a designação igual de ambas, a bem dizer, esquece o que nelas há de diferenciável, isto é, por omissão do desigual se

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

diz “penais” os sistemas modernos e os sistemas romanos, de sorte que é o “penal”, precisamente, a causa do que de penal existe no direito de Roma.

É à ordem da tautologia que a verdade das palavras pertence. O feitiço essencialista da linguagem nos conduz a enganos. De fato, a comutar coisas por significados, confundimos coisa e conceito, e, a partir desse erro, interpretamos, ao que achamos conhecer a “coisa em si”.^{XXXI}

Quando alguém esconde algo detrás de um arbusto, volta a procurá-lo justamente lá onde o escondeu e além de tudo o encontra, não há muito do que se vangloriar nesse procurar e encontrar [...] Se crio a definição de mamífero e, aí então, após inspecionar um camelo, declaro: veja, eis um mamífero, com isso, uma verdade decerto é trazida a luz, mas ela possui um valor limitado.^{XXXII}

Ora, quando, a perscrutar o aspecto penal do direito de Roma, fala-se em um direito penal romano, parece-nos haver, por sem dúvida, uma condição prefixada que condiciona o resultado “penal”, se se leva em consideração as diferenças que restam evidentes entre as experiências que se intenta supor parecidas, entre modernidade e Roma antiga, bem como no interior histórico desta. Com efeito, averbou Nietzsche em um lanço que consta de um fragmento póstumo: “O conceito ‘lápiz’ é trocado pela coisa ‘lápiz’”.^{XXXIII} Entendemos, pois, em contradita aos que advogam um direito “penal” romano, que este não passa de um conceito que se quer transformar em coisa histórica, ou, inda, em termos nietzscheanos, uma criação artística.

Em sua história dos conceitos (*Begriffsgeschichte*), Reinhart Kosseleck faz alguns apontamentos, dentre os quais, sublinhamos, em primeiro lugar, a utilização dos conceitos (*Begriffsverwendung*). Para Kosseleck, fato (*Faktor*) e indicador (*Indikator*) compõem conjuntamente todo conceito, isto é, trata-se, a um só tempo, de um fenômeno linguístico efetivo e algo imediatamente localizado acolá da língua, de tal sorte que “um conceito relaciona-se sempre àquilo que se quer compreender, sendo portanto a relação entre o conceito e o conteúdo a ser compreendido, ou tomado inteligível, uma relação necessariamente tensa.”^{XXXIV}

Se, dessarte, a formulação do conceito em termos linguísticos se relaciona à intelecção da realidade histórica, o “penal” atribuído ao direito romano deveria corresponder às experiências jurídicas às quais se refere, todavia não o faz, ou seja, indica um fato histórico que não existiu. O efeito anacrônico é evidente. De fato, falar em “crime” ao tratar de uma civilização na qual sequer havia uma palavra que correspondesse a isto significa, em última instância, falsear, fabulizar o que não foi. Portanto, declinamos a busca de equivalentes no léxico da língua portuguesa, mas não somente, para tais vocábulos latinos.

Crime (*crimen*) e delito (*delictum*) assumiram significado muito outro, designando, na modernidade, realidades jurídicas inexistentes na antiga Roma. Não se pode falar, a rigor, então, em similitudes.

Vejamos por exemplo Aristóteles com a sua formulação do conceito de *Koinonia polití*, posteriormente traduzido como *respublica* ou também *societas civilis*. Certamente ao formular o conceito de *Koinonia politike* tinha Aristóteles diante de si, como experiência empírica, a realidade da polis e de sua comunidade de cidadãos. Tinha, portanto, diante de si a realidade específica e concreta tanto da cidade de Atenas quanto das outras cidades estado da Grécia. Foi para esses cidadãos que Aristóteles pensou e concebeu sua Política. Com a tradução do termo para o latim como *societas civilis*, na forma em que aparece em Cícero, altera-se o quadro de experiências históricas que possibilitaram a Aristóteles a formulação do conceito de *Koinonia politike*. Mesmo que o termo possa ainda referir-se à cidadania romana, visto que a cidade de Roma mantém-se no quadro político de uma cidade-estado, a expressão do direito de cidadania dos séculos II e III para as áreas do Mar Mediterrâneo configura um quadro de danos históricos empiricamente verificáveis bastante diverso daquele que ensejara a formulação de Aristóteles. Agora o conceito de cidadania, restrito à experiência

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

histórica de uma única cidade, ganha nova conotação, passando a designar cidadãos de um mundo ampliado. A palavra pode permanecer a mesma (a tradução do conceito), no entanto o conteúdo por ela designado altera-se substancialmente. O que portanto é uma *societas civilis* depende do momento em que o termo é empregado [...] Isto significa assumir sua variação temporal, por isso mesmo histórica, donde seu caráter único (eirunalig) articulado ao momento de sua utilização.^{XXXV}

Se se parte do que passaram a indicar no direito penal moderno, “crime” e “delito”, para supor uma presença penal no direito romano, o que se tem são palavras traduzidas cujas acepções transmutaram no curso da história do direito e, em seguida, retrocederam para significar anacronicamente atividades punitivas diversas. Ora, se é assim, devemos tentar traduzir *crimen* e *delictum* por palavras que expressem os sentidos dados pelos próprios romanos, mas tais não podem ser achadas em nosso léxico criminal, o que nos revela que a via do direito como partida, e não como rebento, da atividade punitiva romana conduz a equívocos no respeitante ao entendimento das condutas reprovadas e das respostas a elas endereçadas. Isso resta notório também pela maneira gradual com que o direito romano assimilou reprovações que outrora não lhe eram da alçada, embora já compusessem a práxis das repostas sociais de Roma. A bem dizer, a moral e a política, de modo geral, parecem constituir a gênese da censura dos atos transgressores e seu gravame, mesmo quando em matéria legal.

José D’Assunção comenta a tendência da historiografia acerca da Antiguidade greco-romano de não traduzir os termos originais, a fim de evitar anacronismos. À guisa de mostra, menciona que as palavras *polis* (πόλις) e *metecos* (Μέτοικος), ao serem traduzidas, respectivamente, por “cidade” e “estrangeiros”, experimentam importantes perdas de sentido.^{XXXVI} Este também é o caso das categorias latinas do direito romano. As acepções de suas traduções obscurecem o real sentido dos termos para os romanos, de sorte que o recurso mais consentâneo é a utilização dos próprios conceitos latinos (*crimen*, *delictum*, *poena*, entre outros) acompanhados de notas explicativas.

Com efeito, somente a partir das significações modernas agasalhadas por palavras como “crime”, “delito” e “pena”, poder-se-ia conceber um direito penal no interior da civilização romana. Quadra aqui, em arremate, então, grassarmos o efeito equívoco da linguagem na cognição do que costuma ser havido por penal nas experiências jurídicas da civilização romana.

Considerações finais: por uma abordagem não-anacrônica e desigual

Em nossa lavra, acusamos o feito desacertado do uso do conceito de direito “penal” romano à vista da ausência de um sistema jurídico em Roma que possuísse tais contornos. As categorias latinas, no contexto romano em que se inseriam, diziam a sua época e, a depender desta, sequer podiam ser havidas por jurídicas em todos os casos, vez que assimiladas pelo popular. O olhar moderno lançado sobre conceitos tais como *crimen* e *delictum* cria reprovações que não existiam ou que existiam de modos diversos. Nem toda reprovação social era descrita pela dicção da lei, embora, por vezes, passasse a sê-lo. Mais: mesmo uma conduta reprovada sem previsão legal poderia, inda assim, acarretar consequências jurídicas. Também, porque a civilização romana teve uma mui vasta duração, no interior da qual, inda, culturas várias estiveram dentro e fora, as atividades punitivas mudaram de sorte que um único termo não seria suficiente para tratá-las, isto é, não houve uma unidade legal no curso do tempo. É esse equívoco, essa armadilha da linguagem, que leva à caracterização criminal das atividades punitivas romanas. Pode-se objetar dizendo que tal é sabido pelos estudiosos que se valem do conceito em epígrafe [direito penal romano], mas que o seu uso é, talvez, no limite, “didático”. A nós nos parece, em todo caso, não somente ilógico, em face do explanado, mas também infirme quanto à

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

sua intenção pedagógica, pois que induz ao erro de imaginar uma realidade jurídico-criminal romana.^{xxxvii} Abstenhamo-nos de *um* conceito, pois. Se isso impõe lonjuras aos anacronismos e confusões que adversam a cognição das experiências jurídicas romanas, pois bem, tanto melhor.

Não queremos insistir, entretanto, em uma “paralisia conceitual”^{xxxviii}. Uma abordagem não-anacrônica e desigual se afasta das categorias modernas e leva em conta a compostura multifacética, no curso do tempo, do direito de Roma. Assim, e não poderia ser outra a atitude do romanista, deve-se pôr de lado os pressupostos de conhecimento ligados ao direito moderno quando do exame dos sistemas de direito romanos. Antes do mais, a forma como a Roma antiga punia só pode ser compreendida através de uma análise que leva em conta, mais do que o seu direito, os seus costumes e a sua política. A partir disso, então, sem objetivar conceituações genéricas e se desviando do intemporal, é preciso considerar cada época no interior da própria da Roma. Daí notar que um estudo tal pertence muito mais à ciência histórica do que à do direito. Trata-se, a bem dizer, em síntese, de não hipostasiar o conceito de direito “penal” romano, não importa qual desiderato possa servir de motivação, sob pena de menoscar uma mais precisa intelecção das experiências punitivas de Roma.

Notas

^I Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Unimontes (PIBIC/CNPq).

^{II} NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Sobre verdade e mentira**. Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007. P. 89.

^{III} Daí afirmações como: “Os historiadores do direito romano esperam uma relação estreita entre o direito e a sociedade. A lei reflete as condições sociais, econômicas e morais prevalecentes e regula a conduta e os conflitos da população [...] Do ponto de vista da prática, a relação entre direito e sociedade se afigura mais problemática. Observa-se que as regras legais abstratas (lei) e o que os tribunais e as pessoas de fato fazem (fatos) são, com frequência, distintos. Isto levanta a questão da utilidade dos fatos na reconstrução do direito romano e da utilidade das normas legais na reconstrução dos fatos sobre o direito romano e a sociedade.” Cf. PÖLÖNEN, Janne. Framing “law and society” in the Roman world. In: PLESSIS, Paul J. du; ANDO, Clifford; TUORI, Kaius (Ed.). **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2016. P. 8. Tradução nossa.

^{IV} RIGGSBY, Andrew. Public and private criminal law. In: PLESSIS, Paul J. du; ANDO, Clifford; TUORI, Kaius (Ed.). **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

^V No *Oxford Latin Dictionary*: indiciamento (*an indictment*); acusação (*charge, accusation*). Cf. GLARE, P. G. W. (Ed.). **Oxford Latin Dictionary**. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 503.

^{VI} MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Bogotá: Temis, 1976.

^{VII} HARRIES, Jill. **Crime and law in the Roman world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. P. 5. Tradução nossa.

^{VIII} RIGGSBY, Andrew. Public and private criminal law. Op. cit.

^{IX} No *Oxford Latin Dictionary*: iniquidade (*misdeed*); infração (*offence*); vício, falta (*fault*). Cf. GLARE, P. G. W. (Ed.). **Oxford Latin Dictionary**. Op. cit. p. 559.

^X MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Op. cit.

^{XI} RIGGSBY, Andrew. Public and private criminal law. Op. cit.

^{XII} Id. Ibid.

^{XIII} Id. Ibid.

^{XIV} Id. Ibid.

^{XV} FUHRMANN, Christopher J. Police functions and public order. In: PLESSIS, Paul J. du; ANDO, Clifford; TUORI, Kaius (Ed.). **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

^{XVI} BARROS, José D’Assunção. Os conceitos na história: considerações sobre anacronismo. **Ler História**, n. 71, p. 155-180. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/lerhistoria.2930>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

^{XVII} MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

^{XVIII} PINTO JUNIOR, João José. **Curso elementar de direito romano**. Pernambuco: Typhographia Economica, 1888. p. 2.

^{XIX} SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Traducito por M. CH. Guenoux. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878. P. 22. Tradução nossa.

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

XX MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Op. cit. p. 37. Tradução nossa.

XXI Id. Ibid.

XXII Id. Ibid.

XXIII HARRIES, Jill. **Crime and law in the Roman world**. Op. cit.

XXIV Id. Ibid.

XXV Id. Ibid.

XXVI RIGGSBY, Andrew. Public and private criminal law. Op. cit.

XXVII Id. Ibid.

XXVIII BAUMAN, Richard A. **Crime and punishment in ancient Rome**. London; New York: Routledge, 1996.

XXIX “Ao pensarmos no potencial generalizador de um conceito, podemos nos perguntar à saída se este conceito apresenta um ‘potencial generalizador diacrônico’. Isto é importante para os conceitos aplicáveis instrumentalmente à História, e também para aqueles que podem ser objeto de estudo da História. Proponho que nos indaguemos, através da noção de ‘potencial generalizador diacrônico’, se certo conceito em análise possui menos ou mais capacidade de ser extensível para situações históricas diferenciadas (situações que se sucederam no tempo).” Cf. BARROS, José D’Assunção. Os conceitos na história: considerações sobre anacronismo. Op. cit.

XXX NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Sobre verdade e mentira**. Op. cit. p. 35.

XXXI Id. Ibid.

XXXII Id. Ibid. p. 40.

XXXIII Id. Ibid. p. 89.

XXXIV KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Tradução de Manoel Luis Salgado Guimarães. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146. 1992. p. 136.

XXXV Id. Ibid. p. 138.

XXXVI BARROS, José D’Assunção. Os conceitos na história: considerações sobre anacronismo. Op. cit.

XXXVII Nesse mesmo sentido, anota Andrew Riggsby: “Entendo que isso equivale ao estudo da ‘economia’ romana, embora um conceito antigo tal não existisse (mas também tendo em mente que esta diferença conceitual teve efeitos no mundo real). Como matéria jurídica, entretanto, talvez seja melhor evitar o termo por completo.” Cf. RIGGSBY, Andrew. Public and private criminal law. Op. cit. p. 320. Tradução nossa.

XXXVIII BARROS, José D’Assunção. Os conceitos na história: considerações sobre anacronismo. Op. cit.

Referências bibliográficas:

BARROS, José D’Assunção. Os conceitos na história: considerações sobre anacronismo. **Ler História**, n. 71, p. 155-180. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/lerhistoria.2930>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

BAUMAN, Richard A. **Crime and punishment in ancient Rome**. London; New York: Routledge, 1996.

FUHRMANN, Christopher J. Police functions and public order. In: PLESSIS, Paul J. du; ANDO, Clifford; TUORI, Kaius (Ed.). **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GLARE, P. G. W. (Ed.). **Oxford Latin Dictionary**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HARRIES, Jill. **Crime and law in the Roman world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Tradução de Manoel Luis Salgado Guimarães. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146. 1992.

DIREITO “PENAL” ROMANO? POR UMA ABORDAGEM NÃO-ANACRÔNICA E DESIGUAL

AFRÂNIO HENRIQUE PIMENTA BITTENCOURT

LASSARD, Y.; KOPTEV, A. **The Roman Law Library**. Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>. Acesso em: 27 de março de 2021.

MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Bogotá: Temis, 1976.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Sobre verdade e mentira**. Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.

PINTO JUNIOR, João José. **Curso elementar de direito romano**. Pernambuco: Typhographia Economica, 1888.

PÖLÖNEN, Janne. Framing “law and society” in the Roman world. In: PLESSIS, Paul J. du; ANDO, Clifford; TUORI, Kaius (Ed.). **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

RIGGSBY, Andrew. Public and private criminal law. In: PLESSIS, Paul J. du; ANDO, Clifford; TUORI, Kaius (Ed.). **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Traducito por M. CH. Guenoux. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878.