

RUDIMENTOS DE BIOPOLÍTICA NO DIREITO ROMANO

BIOPOLITICS RUDIMENTS IN ROMAN LAW

MIGUEL RÉGIO DE ALMEIDA

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
miguel.regio.almeida@gmail.com

Resumo

Propõe-se neste artigo uma reflexão jusfilosófica sobre a Biopolítica no Direito Romano, assente em figuras jurídicas como os homens sagrados, os estrangeiros, os escravos e o *iustitium*. Operando na margem da sociedade romana, representam uma relação de inclusão ou tolerância num Mundo centrado nos seus cidadãos, o que levou a fomentar um estado de exceção ou modos de integração de tal marginalidade. Dinâmica que carrega ainda lições para o Tempo Presente, onde se propugna um novo *ius commune*.

Palavras-chave: Homens Sagrados, Estrangeiros, Escravos, *Ius gentium*, *Iustitium*

Abstract

This article proposes a jurisprudential and philosophical reflection on Biopolitics in Roman Law, based on juridical figures such as sacred men, aliens, slaves and *iustitium*. Working at the edge of roman society, they represent a relation of inclusion or tolerance in a World centred on its citizens, which led to a state of exception or to integration modes of this marginality. Lessons for the present time can still be learned from this dynamic, when a new *ius commune* is proposed.

Keywords: Sacred Men, Aliens, Slaves, *Ius gentium*, *Iustitium*

1. Um novo *ius commune*

Embora Roma tenha caído politicamente no ano de 476 da nossa Era, o Direito Romano sobrevive(u) até ao tempo presente, não tendo cessado

de ser mobilizado e constituindo ainda as traves mestras dos muitos direitos europeus.¹ Pluralidade esta que, partilhando a mesma raiz, caminha para a constituição de um novo direito comum por força da agenda política da União Europeia, com o seu envolvimento jurídico homogeneizante e centralizador, fundindo numa só as diversas sensibilidades e ordenamentos jurídicos no seu espaço. O que de inédito nada tem, pois também o Direito Romano se encontrou nevalgicamente marcado pela Política de Roma: a vigência daquele coincide com o auge do Império desta, e a sua decadência acompanhou a crise política que minou a águia imperial. Neste sentido nos diz SANTOS JUSTO que o Direito e a Política trabalharam em conjunto para “fazer da urbe um orbe”: enquanto o Direito prosperava à sombra do poderio político, simultaneamente a Política impunha-se por via do Direito.²

E é rumo a esse novo orbe que nos situamos. Veramente, no seio do mundo jurídico o fenómeno do *ius commune* é uma marca distinta da partilha cultural europeia. Historicamente, se a sua primeira manifestação tem lugar na cultura jurídica romana do séc. III a. C. ao séc. III d. C., já do séc. XII à primeira metade do séc. XVI figura como um fenómeno verdadeiramente

1 JUSTO 1999: 286.

2 Id. 2003: 58; 2010: 23. Aduzamos um exemplo, recontado por MICHEL FOUCAULT a partir das reconstituições históricas do COMTE DE BOULAINVILLIERS, sobre as teorias clássicas de legitimação da Soberania nas sociedades ocidentais. Com tal intuito, reativaram-se na Idade Média diversos mitos oriundos do Direito Romano, importando aqui o da invasão/dominação da Gália, reconstruindo-se diversas linhas narrativas que se encontravam interrompidas com o colapso político daquele Império – tanto as que eram a favor, como as que eram contra o monarca absolutista –, importando-nos nomeadamente a do referido historiador. Assim, quando o exército romano invadiu a Gália, a sua prioridade imediata foi a de desarmar a aristocracia guerreira autóctone, tendo em conta que esta era a sua única oposição real: foi pois humilhada política e economicamente, tendo não só sido despojada como vendo o povo insubordinar-se-lhe, sob os auspícios da ideia de igualdade. Esta não terá sido mais que uma tática despótica, pois com a insurreição popular veio o autoritário governo romano: da igualitarização popular seguiu-se o cesarismo despótico. Com este os romanos criaram uma nobreza administrativa, subordinada ao seu poder e dirigida à organização de uma Gália Romana, sujeita ao impiedoso regime fiscal da época. Marca desta nova nobreza era o seu domínio sobre o Direito e a linguagem romanas, o que permitiu a ascense da “classe” burocrática dos *parlementaires*, que viriam mais tarde a ameaçar o poder absoluto dos monarcas franceses (FOUCAULT 1997: 25-26, 127-129, 133-134, 144-145). O que nos importa retirar desta narrativa histórica, assumidamente parcial, é o exemplo de como o reconhecimento jurídico da vida dos povos conquistados, e a sua posterior igualitarização formal, operava o contínuo expansionismo do Império Romano. O Direito encontrava-se deste modo a mando da Política.

européu. E é nos tempos hodiernos, em especial desde o pós-II Grande-Guerra, que de novo se parecem encontrar reunidas as condições político-culturais no espaço europeu para que um “novo” Direito Comum tenha o seu lugar.³ Como atenta FERNANDEZ BARREIRO, o conteúdo deste novo *ius* que o processo político da construção europeia pressupõe tende a operar uma mutação radical nos diversos direitos internos, aproximando-os, tal como a erigir uma linguagem jurídica comum renovada assente numa estrutura aberta das chamadas fontes do Direito.

Por tais razões, assume especial premência a reflexão jus-histórica, no seio da qual se intentam procurar as descobertas e as experiências do Passado, não só de modo a evitar a repetição de erros outrora cometidos, mas também para não tomar como fenómenos culturalmente isolados certos acontecimentos do Presente⁴, pelo que procurar retrospectivamente traços de biopolítica no nosso pleroma jurídico tenha todo o sentido. Naturalmente que não cogitamos nos mesmos termos e dimensões com que MICHEL FOUCAULT veio a cunhar o termo, na sua análise das tecnologias sociais modernas, mas antes no modo análogo em que, no seu devido tempo, a romanidade jurídica lidou com a manifestação da «vida nua» – *idem est*, a vida desprovida de representação jurídico-institucional –, no seguimento dos estudos espoletados por GIORGIO AGAMBEN. A presente investigação é pois assumidamente inspirada pelo pensamento destes dois Autores. Afinal, e tanto ontem como hoje, a *Iustitia* constitui “o ontológico do jurídico: define e configura, como jurídica, a vida social, cabendo ao direito (*ius*) a sua realização.”⁵ Com tantos travejamentos a ocorrer, é relativamente fácil ignorar determinados postulados basilares, precisamente aqueles que regem a autonomia do foro jurídico e conseqüentemente a subordinação da vida a este.

Recordemos aliás que o jurisconsulto romano representa (juridicamente) a consciência social, tanto que a sua *auctoritas* consiste no (seu) saber socialmente reconhecido, sendo-lhe preponderante a preocupação de determinar (e separar) o *justum* do *injustum*.⁶ Mas de que “justo” falaremos nós, nesta Era de fusão jurídica? Basta proceder a uma singela desconstrução

3 BARREIRO 1991: 91-103. Sobre a profunda influência do *ius commune* até ao paradigma codificatório da Modernidade, cfr. especialmente MARQUES 2003: 19-109, 283-354.

4 BARREIRO 1991: 103.

5 JUSTO 2010: 14.

6 Id. 2005: 22.

semiótica da representação antropomórfica da Justiça para se ter noção das diferenças estruturais que se intentam (con)fundir. É que, *apud* SANTOS JUSTO, sabemos caracterizar a deusa *Dikê*, que tem os olhos claramente abertos (simbolizando a *sapientia*, virada para um Direito especulativo, abstrato), uma espada na mão direita (exprimindo a urgência de executar o Direito, o *ius-dicare*) e na mão esquerda uma balança de dois pratos, sem fiel (espelhando o entendimento democrático que reduz o Direito a uma questão de igualdade na administração da Justiça). Diferentemente, a deusa *Iustitia* tem (supostamente) os olhos vendados (representando a *prudencia*, reforçada pelo sentido do ouvido, que indica a valoração prática, concreta), não empunha qualquer espada (pois é mais importante o *ius-dicere* do que a sua execução, e daí o peso da *iurisprudencia*) e segura uma balança com fiel, tendo os dois pratos ao mesmo nível (traduzindo uma conceção aristocrática de Direito, o fiel simbolizando o pretor que declara o Direito e o *iudex* que julga, pois este é um problema de equilíbrio entre interesses opostos).⁷ Perante tal dissociação, que referente imagético-simbólico se terá em mente nesta construção jurídica comum?

No que nos diz respeito, mais do que *sapientia* na necessidade de executar o Direito, importa deveras a *prudencia* com que este é pronunciado, a forma como os melhores homens se julgam entre si. Julgamento esse que carrega inúmeras ponderações biopolíticas – ontem como hoje –, ponderações que inervam tanto a jurisprudência judicial como a dogmática. Não olvidemos assim o tradicional tríptico de funções que cabiam à *iurisprudencia*: (1) *respondere* (dar *opiniones* acerca de casos práticos), (2) *cavere* (aconselhar os particulares na realização de negócios jurídicos); e (3) *agere* (acompanhar as partes na tramitação dos processos). Pelo que, como se observa, a dimensão criadora do Direito é particularmente assinalável.⁸

Posto isto, cabe dizer que a nossa problemática se centra em determinadas figuras singulares do Direito Romano, aquelas que precisamente nos permitem refletir sobre a inclusão de indivíduos que estão fora do orbe nuclear romano – centrado nos seus *cives* –, na regulação da «vida nua», portanto. Cremos que a inclusão do extraordinário e do que está excluído se assume como um contínuo motor de animação do Direito, impedindo a sua ossificação e levando-o a uma adaptação perpétua à realidade. Deste modo, focar-nos-emos (e caracterizaremos indicativamente) na figura do

7 Ibid.: 13, 19; vide ainda CUNHA 2013: 159-162.

8 JUSTO 2003: 86-91; 2005: 20-21; 2010: 34-35.

“homem sagrado” da época arcaica (753-130 a.C.) e nas do estrangeiro e do escravo, tipicamente presentes nas épocas clássica (130 a.C.-230), pós-clássica (230-530) e justinianeia (530-565)⁹, com uma palavra sobre os respetivos ordenamentos em que se inserem. Algumas nótulas caberão ainda ao estudo do *Iustitium*, dado o seu relevo biopolítico.

É de notar que o *homo sacer* carrega uma nebulosa antiquíssima, proveniente ainda do *ius fetiale*, direito este do qual virá a derivar o *ius gentium*, erigido com os *peregrini* no horizonte, distinto como é do *ius civile*, ambos subordinando os *servi*. Tal enquadramento revelar-se-á importante visto o *ius gentium* ser precisamente a ramificação jurídica que originou o *ius commune* de então. Como elucida MAX KASER, o termo «*ius gentium*» foi evoluindo no seu significado, sendo que primeiramente se reportava a um “direito interestadual”, um *Völkerrecht* atinente às diversas comunidades independentes que disciplinava, desde logo, matérias de direito público em questões de guerra e paz. O seu sentido mais amplo deriva já da República antiga, focado principalmente no direito privado que regia *peregrini* e *cives*.¹⁰ Não esquecendo o orbe público, será naturalmente ao privado que daremos mais atenção.

É assim nesta ténue linha (re)constitutiva em que a Ordem do Direito inclui excluindo e se suspende mantendo a sua vigência que nos moveremos. Na verdade, como atenta GIORGIO AGAMBEN, no nosso quadrante cultural a vida, ao não ser definida, é constantemente rearticulada e dividida.¹¹ A cesura que tantas vezes opera no Mundo dos Homens constitui um sistema antropológico que opõe, mais do que os Homens aos Animais, os Homens aos Homens, erigindo a nem sempre edificante teia de relacionamento e organização social entre estes. Das diversas perspetivas com que se podem abordar estas (des)conexões – muitas delas aporéticas *ab initio* –, estamos a seguir a da sua manifestação prática e política¹², *ergo* parajurídica. Daí que a nossa análise dos referidos dados históricos venha a ponderar tais manifestações de vida para além da estrita representação jurídica daqueles.

9 Id. 2003: 18-19; 2010: 10-12.

10 KASER 1993: 6-13, 204-205. Ao invés da tripartição proposta por ULPIANO (*ius civile/ius gentium/ius naturale*), seguimos a bipartição propugnada por GAIO (*ius civile/ius gentium*), teoria bem mais consentânea, como atentou o *caput scholae* da *Historische Rechtsschule* (SAVIGNY 1840-1849: 1565-1568).

11 AGAMBEN 2002: 25.

12 Ibid.: 28-29.

2. *Ius fetiale*

Assumida a *prudentia* como a marca-de-água da nossa compreensão (jurídica), importa principiar recordando que, *apud* SANTOS JUSTO, a *iurisprudencia* apreende a religiosidade enquanto sua parte nevrálgica, como atesta a definição de ULPIANUS ao determinar que aquela “*est divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*” (*Digesto* 1. 1. 10. 1.). Enquanto ciência do justo e do injusto, assentava nos pressupostos derivados das coisas divinas, por via da Teologia, e das coisas humanas, através da Filosofia. Esta nota de sacralidade irá fazer-se notar em todo o Direito Romano, como paulatinamente se observará, pelo que destarte urge olhar para a sua raiz religiosa. Ademais, e como já aludido supra na senda de MAX KASER, o direito das gentes irá formar o seu caule neste “direito sagrado” da época arcaica.

Veramente, as relações entre Roma e outros *populi* eram reguladas de acordo com o *ius fetiale*, um campo especial do ordenamento sacro-romano determinado pelo colégio sacerdotal dos *fetiales*. Estes pronunciavam-se sobre as questões da guerra e da paz, com as quais intimamente se relacionavam outras, como as dos tratados internacionais e as das embaixadas. A matriz religiosa estava claramente presente nos rituais de declaração bélica e na conclusão de tratados internacionais (*foedera*), que muitas vezes serviam para prevenir ou cessar conflitos desta ordem. O formalismo ritualístico, com o simbolismo dos atos e das fórmulas linguísticas, é premonitório do *iter* procedimental das *legis actiones*, remetendo assim para a sua considerável antiguidade.¹³ O vínculo sagrado era estabelecido por via de juramento, sob os auspícios de Júpiter – divindade que supervisionaria as alianças e a legitimidade das vinganças – a quem se apelava por via do *fas*.

Impõe-se desde já esclarecer que *ab initio*, como aclara o jusromanista conimbricense, *ius* e *fas* eram termos equivalentes, reportando-se ambos à licitude, ao que era permitido pela vontade divina. Contudo, dissociaram-se com o passar do tempo: se *ius* se afivelou a um processo de paulatina secularização, *fas* passou a identificar-se somente com o *ius divinum*, *idem est*, com o manancial normativo que regia o que era admitido e sancionado

13 Tomemos como exemplo a *Lei das XII tábuas*, que data de meados do séc. V a. C., onde na *Tabula VI* (1.) consta que “[...] UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO”, ou seja, “conforme o que for expresso em palavras, assim seja direito” (CARRILHO 2009: 56-57).

pelos deuses (e respectivas penas religiosas). Vestígios dessa época primitiva são ainda encontrados em instituições clássicas paradigmáticas, como o *foedus*, o *iusiurandum*, a *sponsio*, et *caetera*.¹⁴ De todo o modo, a partir dos séculos III/II a.C., com a extensão do poderio romano para além de Itália, estas fórmulas começaram a entrar em retrocesso, visto serem já pouco práticas. Os interesses políticos carregaram a progressiva secularização do Direito: apesar de se manterem reminiscências do *ius fetiale* nos campos belicista e diplomático, eram já a senadores e magistrados que cabiam tais funções.¹⁵

É de atentar que o direito à guerra e à paz reveste especial importância para os romanos, visto a guerra se revelar como um meio de resolução de conflitos entre Estados. A associação com o sagrado, como há muito notou MARCO TÚLIO CÍCERO, fazia depender a Justiça do conflito, desde logo subordinado às fórmulas e pressupostos conformes ao Direito e às regras do sagrado. Pelo ritual, sob o augúrio divino, se declarava a *rerum petitio* como causa do conflito bélico, peticionando-se a restituição das pessoas e coisas injustamente retidas. Neste seguimento, o inimigo ficava abandonado à mercê do seu adversário durante o conflito, podendo este matá-lo sem com tal cometer um ato ilícito. Pelo que os prisioneiros – soldados e cidadãos – ficavam despojados de direitos, e os seus bens de proprietários. A persistência dos vínculos sagrados era ainda visível na subsistência jurídica do Estado opositor durante o período do conflito, na possibilidade de se estabelecerem tréguas, nas próprias condições de rendição, e inclusive no motivo da guerra, ao se desrespeitarem as declarações devidas.¹⁶

Importa atentar que os *fetiales* eram muitas vezes enviados como *legati*, operando assim como delegados sob proteção divina (*ergo*, sagrados), com o fito de prevenir ou evitar conflitos. Quaisquer delitos que os vitimassem eram tidos por sacrílegos – desde logo porque estes embaixadores *sacri* gozavam de imunidade –, atos mormente expiados pela *deditio* do culpado ao Estado pela *noxa* cometida, ou em último caso pela guerra entre os Estados.¹⁷ Esta aura de sacralidade imbui portanto a vida dos *fetiales* de uma proteção positivamente excepcional, bastante distinta da sacralidade que analisaremos infra, esta já atinente ao banimento, à exclusão.

14 JUSTO 2003: 27-28; 2010: 14; GAROFALO 2009: 46-47, Nota 115.

15 KASER 1993: 33-36.

16 Ibid.: 37-41.

17 Ibid.: 42-45.

3. *Homines sacri*

Pouco tendo que ver com os *fetiales*, o *homo sacer* é uma figura enigmática do Direito Romano arcaico que se situa no limbo entre o mundo do *ius divinum* e o do *ius humanum*, designando o sujeito que pode ser morto e contudo não sacrificado. De acordo com HAROLD BENNETT, provavelmente a penalidade primeva da lei penal romana era a de nomear um homem *sacer*.¹⁸ É inolvidável como GIORGIO AGAMBEN recupera este estatuto para a análise da Biopolítica hodierna, correlacionando a «vida nua» e o «poder soberano», dado que a leitura do *homo sacer* permite explicar de modo paradigmático a inclusão da vida humana no ordenamento jurídico unicamente na forma da sua exclusão¹⁹, o que justifica também uma particular atenção da nossa parte.

A forma *sacer* reflete mormente a sedição de um indivíduo do restante conjunto de cidadãos e a sua marca enquanto propriedade de um deus, o que por regra envolvia a morte do ofensor – representada como o sacrifício de uma vítima para a divindade –, no cumprimento de uma obrigação religiosa, como já havíamos mencionado. De acordo com uma corrente doutrinária, na crença arcaica o sacrifício do agente obtinha a restauração da *pax deorum*. Já segundo uma outra opinião, que LUIGI GAROFALO toma como melhor sustentada, a sacralidade consiste essencialmente numa condição pessoal, num estado subjetivo, mais do que numa pena em sentido técnico.²⁰

Rigorosamente, o problema surge com a conhecida noção de SEXTO POMPEU FESTO (S. v. *sacer mons*, 424 L²¹), onde consta que “*At homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficum; neque fas est eum immolari, sed qui occidit, parricidi non damnatur; nam lege tribunicia prima cavetur ‘si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricidia ne sit.’ Ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet.*”²² Isto é, “o homem sagrado é quem o povo julgou por causa de um crime. Não é permitido sacrificar este homem, contudo aquele que o matar não será condenado por homicídio; na primeira lei tribúncia atenta-se que ‘se alguém matar aquele que é sagrado de acordo com o plebiscito, tal não será considerado

18 BENNETT 1930: 5.

19 AGAMBEN 1995: 8.

20 GAROFALO 1990: 224-246.

21 Presente no tratado *De verborum significatu*, de VÉRRIO FLACO.

22 In BENNETT 1930: 6; AGAMBEN 1995: 71.

homicídio.’ Esta é a razão pelo qual é costumeiro apelar de sagrado um homem mau ou impuro.” Urge desde já notar que, como observa HAROLD BENNETT, ao se ter escrito o predicado da oração no tempo Presente, importa o foco no período em que se redige, estando-se claramente a afastar da carga histórica que acompanha(ria) o termo²³, pelo que há que sopesar com ponderação aquele enquadramento prévio no *ius fetiale*.

De acordo com o filólogo, a aparente contradição no termo está presente na própria noção de POMPEU FESTO, pois por um lado o gramático romano acentua a sacralidade desta figura e, por outro, espelha que tal homicídio não sofre qualquer punição, apesar de interditar (um)a prática ritual (religiosa) em tal occídio. Revelador do quão enigmática esta figura era já para o Direito Romano de então é desde logo uma passagem dos *Saturnalia* (3.7.3-8) de AMBRÓSIO TEODÓSIO MACRÓBIO: “[...] *videtur de condicione eorum hominum referre, quos leges sacros esse certis dis iubent, quia non ignoro quibusdam mirum videri quod, cum cetera sacra violari nefas sit, hominem sacrum ius fuerit occidi.*”²⁴ Que podemos traduzir do seguinte modo: “[...] considerar a condição daqueles homens que a lei declara serem sagrados para certas divindades, que não ignoro que possa parecer estranho a certas pessoas que enquanto é proibido violar alguma coisa sagrada, é permitido matar o homem sagrado.”

Em rigor deparamo-nos com duas posições quanto ao *homo sacer*: (1) a de autores como HAROLD BENNETT, THEODOR MOMMSEN, LUDWIG LANGE e JAMES LEIGH STRACHAN-DAVIDSON, que defendem que *sacratio* é um resíduo pálido e secularizado de uma fase arcaica em que a lei religiosa ainda não estava dissociada da lei penal, surgindo a sentença de morte como um sacrifício aos deuses; e (2) a de autores como KÁROLY KERÉNYI e W. WARD FOWLER, que argumentam que *sacratio* carrega os restos de uma figura arquetipa consagrada aos deuses do submundo e análoga à noção etnológica de tabu (augusto e amaldiçoado, digno de veneração e provocando horror). Se os primeiros admitem a impunidade do assassínio, não explicam todavia o banimento no sacrifício; já para os segundos fica claro por que razão não pode ocorrer o sacrifício (o que é sagrado já está na posse dos deuses do submundo, não havendo razão para repetir tal ato), contudo não justificam a falta de sanção – designadamente o sacrilégio que seria – que deveria acompanhar o assassínio do *homo*

23 BENNETT 1930: 10.

24 In GAROFALO 1990: 238; AGAMBEN 1995: 72.

sacer.²⁵ Pelo que a incompatibilidade entre os dois eixos da figura se mantém por clarificar, encontrando-nos numa intersecção dos limites da ordem social romana.

GIORGIO AGAMBEN advoga uma explanação focada na dupla excecionalidade (profana e religiosa) em causa: o *impune occidi* é uma exceção do *ius humanum*, visto suspender a lei sobre o homicídio (cuja autoria é atribuída a NUMA POMPÍLIO: “*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*”); já a ilicitude do sacrifício (“*neque fas est eum immolari*”) é uma exceção ao *ius divinum* e a qualquer forma de homicídio ritualizado, até porque tal morte não é considerada um sacrilégio. Estabelece destarte uma relação entre o *homo sacer* e a esfera de soberania, pois é nesta que se torna lícito matar alguém sem tal ser qualificado como um homicídio nem tomado enquanto sacrifício, e a vida sagrada da vítima humana é captada em tal dimensão. Pelo que o cariz de sacralidade com que se defende nos tempos de hoje a vida humana perante o poder soberano deriva de uma sujeição original da vida a uma potestade mortal, e a exposição insuprível de tal vida a uma relação de abandono-banimento.²⁶

Por fim, LUIGI GAROFALO, discordando desta tradução de *sacer*, retira a figura da dupla excecionalidade avançada por AGAMBEN, remetendo-a em total inclusão para a esfera da *pax deorum*.²⁷ Rejeitando a órbita em torno da dicotomia *homo sacer/homo liber* (porque *non sacer*), propõe antes os termos “vítima” ou “sacrifício”, contrapondo nomeadamente um *homo indemnatus*.²⁸ Assenta, entre outras fontes²⁹, na *Lei das XII Tábuas*, onde consta que “PATRONUS SI CLIENTI FRAUDEM FECERIT SACER ESTO”, ou seja, “Se o patrono deixar indevidamente de proteger o seu cliente seja consagrado aos deuses”. Todavia, estamos com FERNANDA CARRILHO quando na sua tradução aduz que “*sacer*” surge com o sentido de “execrado”, advogando que o patrono “podia ser morto por qualquer um”.³⁰

25 BENNETT 1930: 7-8; GAROFALO 1990: 226-227, em especial Notas 17-20; AGAMBEN 1995: 71-74.

26 AGAMBEN 1995: 81-83; GAROFALO 2009: 23-33.

27 GAROFALO 2009: 62-79.

28 Id. 1990: 232-255; 2009: 80-92.

29 Para uma análise mais específica sobre diversas *leges regiae* tidas como fontes textuais desta sacralidade, vide GAROFALO 1990: 227-234. O Autor baseia-se ainda em DIONÍSIO DE HALICARNASSO (*Antiquitates Romanae*), CÍCERO (*Pro M. Tullio*), TITO LÍVIO (*Ab urbe condita*) e PLUTARCO (*Vitae Parallelae*) (Id. 2009: 47-51).

30 In CARRILHO 2009: 82-83, 88.

Ficamo-nos destarte com a proposta agambeniana. Neste sentido, o *homo sacer* vê-se claramente repellido para as fronteiras do Direito Romano. Assumidamente confinado ao limbo descoberto da romanidade jurídica, esta medida de uma biopolítica rudimentar expõe de modo manifesto a vida à anomia, à ausência de ordem.

4. *Ius gentium*

Como já referimos, o *ius gentium* é entendido de dois modos: enquanto direito público, cuja fonte deriva eminentemente de historiadores – designadamente GAIO SALÚSTIO CRISPO e TITO LÍVIO³¹ –, e como direito privado, que nos chega principalmente através de juristas – com destaque para CÍCERO³². O tratamento deste *ius* neste segundo sentido surge marcadamente com GAIO, notando-se a clara influência de MARCO TÚLIO pela oposição ao *ius civile*, pela sua extensão a todos os homens e pela fundamentação na *natura*.³³ Assim sendo, de acordo com a tradição segue-se a noção de direito das gentes dada por GAIO (*Institutiones*, 1, 1), que determina que “*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*”. Isto é, “o que, na verdade, a razão natural constitui entre todos os homens é observado igualmente em todos os povos e chama-se direito das gentes, como se fosse o direito que todas as gentes utilizavam”. Deste modo, e na senda de SANTOS JUSTO, podemos dizer que o *ius gentium* regula as relações entre romanos e estrangeiros e entre estes, sendo fruto da expansão de Roma.

É constituído, por um lado, pelas normas do *ius civile romanorum* que não eram exclusivas da cidadania romana, mas antes mais ou menos coincidentes com as dos povos estrangeiros, aplicando-se destarte simultaneamente a romanos e estrangeiros (como a escravatura, a *occupatio bellica*, as *manumissiones*, o *dominium, et caetera*); e por outro, pelas normas vindas do tráfico mercantil caracterizadas pela sua permanência, dada a respetiva formulação consuetudinária. Fator revelador da influência dos estrangeiros no mundo romano é a criação em 242 a.C. do *praetor peregrinus*, que administrava a justiça quer só entre estes, quer entre os *peregrini* e os *cives*. O que acentuava a diferença entre o *ius gentium* e o

31 KASER 1993: 30-50.

32 Ibid.: 15-26.

33 Ibid.: 50-54.

ius civile, pois se os institutos deste são formais e rígidos, já os daquele são simples e elásticos, com uma força normativa que assenta na *bona fides*, na *aequitas* e na *voluntas* das partes.

É de notar que primeiramente se tinha a ideia de que o *ius gentium* estava fundado na *naturalis ratio*, noção divulgada pelos juriconsultos que denominavam *ius naturale* as normas e instituições que tinham por oriundas daquela *ratio*. Contudo, se esta base comum aproximava os dois direitos, na época justinianeia o *ius naturale* assumiu uma fundação teológica, configurando-se num sistema normativo ideal contendo exigências abstratas de *iustitia* – em suma, um *ius* que transcende o positivo. Deste modo se dissociaram os dois direitos. Assim, por exemplo, se na época clássica a escravatura era oriunda da *naturalis ratio*, já no direito justinianeu ficou relegada para o *ius gentium*, dado que para o direito natural todos os homens nascem livres.³⁴

Apud FERNANDEZ BARREIRO, e face à manifestação deste direito comum que data desde o séc. III a. C., a sua formação foi fruto consequencial do convívio dos muitos *populi*, na qual foram penetrando valores ético-sociais que sustentaram um sentimento de supranacionalidade de matriz essencialmente cultural, ao ponto de a organização política romana reconhecer a sua representação externa e visível. Este sentimento de supranacionalidade ganha forma no período republicano tardio, adquirindo consolidação durante os primeiros dois séculos do Principado. É nesta época que encontramos fatores de aglutinação como a difusão da cidadania romana e de formas de expressão cultural; a convolução do Latim e do Grego em línguas comuns; o acesso a funções administrativas de cidadãos oriundos de nacionalidades

34 JUSTO 2003: 38-42; 2010: 17-18; 2011: 40, 66-68. Cumpre aqui mencionar a força crescente do pensamento jusnaturalista no Direito Romano. Como já mencionado, na época arcaica ainda não estava definida a separação entre o mundo religioso (*fas*) e o mundo jurídico (*ius*). Diferentemente, na época clássica, os apelos à *natura rerum*, à *natura hominum*, à *naturalis ratio* e ao *ius naturale* consistiam num simples suporte das decisões, princípios e institutos jurídicos, tomando-se o direito natural como um critério de valoração, promotor do progresso do Direito (id. 2011: 46-59). Já na época pós-clássica, com o Cristianismo, dá-se a deificação do direito natural, designadamente pelas leituras de SÃO PAULO e SANTO AGOSTINHO. Veramente, o Cristianismo carrou três princípios que viriam a revolucionar o *ius naturale*: o conceito de pessoa, a noção exata de Deus e a afirmação da dignidade do homem (ibid.: 59-64). Na época justinianeia, por fim, a doutrina teológico-cristã que propugna o *ius naturale* como um ordenamento absoluto originado pela Divina Providência está já bem consolidada, apresentando-se este *ius* como categoria dogmática, grandemente por parte da ação de JUSTINIANO (ibid.: 64-83; cfr. ainda KASER 1993: 68-91).

e setores sociais distintos; e a implementação de uma política de obras públicas representativa do esforço de atender à satisfação de necessidades coletivas. Estas experiências comuns propiciam um sentimento de adesão a uma ordem social contraposta à daqueles povos que se encontram isolados uns dos outros, em que o Direito figura somente como o ordenamento de potestade ao qual estão submissos.

É de atender que a filosofia estóica proporcionou uma síntese e inclusive facilitou a comunicação entre os mundos culturais romano e grego³⁵, promovendo ademais a adaptação do conjunto dos valores culturais romanos às exigências que o Principado impunha na existência da nova organização política. Veramente, o espírito universalista da filosofia (proto-)jurídico-política helenista adaptava-se especialmente às novas condicionantes imperiais, que impunham a junção de distintas identidades nacionais e modos culturais.

Contudo, não obstante estas localizações comuns, a realidade jurídica deste período não conseguiu espelhar suficientemente o corpo do conjunto de normatividades nacionais ou territoriais numa só estrutura jurídica comum. A razão fundamental desta insuficiência radica na falta de capacidade de assimilar adequadamente o Direito elaborado em Roma, permitindo o desenvolvimento autónomo das diferentes normatividades circunscritas numa mesma cultura jurídica comum.³⁶ Não obstante, nota-se claramente o reconhecimento pelo Direito Romano da importância de regular todo um campo social que *ab initio* cairia fora do seu espectro. Cogitamos que a relação aqui desejada era a de uma impositiva inclusão com a ordem romana: definindo-se todo um conjunto de diferenças para com a romanidade tradicional, intencionou-se que esta fosse aplicada a toda estas gentes. A manifestação de uma vida social heterogénea fez sentir a necessidade de a regular, daí a tensão impositiva para que o Direito Romano fosse estendido. Todavia, a visada regulação uniforme de vidas tão distintas não colheu o sucesso desejado. Deste modo, foram os estrangeiros que impuseram a reordenação do Direito Romano, tendo sido este a readaptar-se à vida coletiva, como infra melhor se observará.

35 Esta influência estóica é desde logo sentida na conceção de um direito natural marcadamente ético, que assume a liberdade e a igualdade dos homens, como refletem as palavras de LÚCIO ANEU SÉNECA: “*Homo sacra res homini*”. In JUSTO 2005: 20; 2011: 38-46; KASER 1993: 8-9.

36 BARREIRO 1991: 91-93.

5. *Peregrini*

Os estrangeiros são os indivíduos livres que vivem no mundo romano que não correspondem nem a *cives Romani* nem a *Latini*. Na senda da exposição de SANTOS JUSTO, aqueles que pertencem a uma comunidade política com relações internacionais com Roma são tidos como livres e mantêm as suas leis e organização política, podendo realizar certos negócios jurídicos com os romanos. Mormente gozam do *ius commercii* e, de um modo limitado, do *ius conubii*.

É de atentar na existência de duas categorias de estrangeiros (o que já não se verificava na época justinianeia), designadamente os (1) peregrinos deditícios (*peregrini dediticii*), que são os indivíduos que se renderam incondicionalmente a Roma, não podendo aí habitar, e os (2) deditícios elianos (*dediticii Aeliani*), que são os libertos que, quando escravos, foram sancionados com penas infamantes, não podendo assim ter acesso algum à cidadania romana. É sabido como se verificou a tendência para alargar a cidadania romana aos *peregrini*, culminando em 212 com CARACALA a estender tal concessão a todos os habitantes do Império, através da *constitutio Antoniniana*.³⁷

Notamos assim uma aproximação crescente entre o mundo dos *peregrini* e o dos *cives*. É aliás deveras interessante e reveladora a leitura diacrónica que podemos operar: se os dois mundos estavam apartados na época arcaica – disciplinando por exemplo a *Lei das XII Tábuas* na sua *Tabula VI (De dominio et possessione)* que (4.) “ADVERSUS HOSTEM AETERNA AUCTORITAS [ESTO]” (positivando assim que o direito do cidadão era eterno contra o estrangeiro³⁸), com a evolução do *ius gentium* acabou por se recorrer inclusive a ficções de cidadania para os *peregrini*³⁹, culminando então com a fusão jurídica dos dois mundos em 212, com a extensão da cidadania a todos os habitantes do Império. A validade do *ius gentium* é de tal ordem que se chegou a tomar este como correspondente dos *mores maiorum*⁴⁰, o que destarte nos assegura da sua essencialidade para o Direito Romano.

Observamos assim que, não querendo deixar cair os estrangeiros numa esfera de anomia, o Direito Romano viu-se condicionado a regular

37 JUSTO 2003: 113-115; 2010: 49-50; KASER 1993: 62-66.

38 In CARRILHO 2009: 56-57.

39 KASER 1993: 158-167.

40 Ibid.: 10.

paulatina e crescentemente a vida destes indivíduos. Chegou ao ponto, enfim, de renomear o seu estatuto, estendendo a todos a mesma condição de juridicidade de modo a regular uniformemente o orbe social. As vidas que se intentaram primeiramente incluir sob a forma de exceção foram no fim inseridas, graças à sua notória irrupção no mundo romano. Temos assim o exemplo de como, em inícios do séc. III, o Direito se adaptou à vida: falhada a regulação desta, aquele realocalizou-se.

6. *Servi*

A escravidão – apesar de progressivamente “humanizada”, como observaremos –, sobreviveu à própria época justinianeia⁴¹, sendo uma marca integrante de todo o Direito Romano e parte componente do próprio *ius civile*. Previsivelmente, os escravos são indivíduos que não gozam de liberdade e que têm como função servir os homens livres. Se, nos tempos primevos, não era assinalada a este estrato uma importância de maior (a família plebeia não tinha escravos), a partir do início da República o número e o peso económico dos escravos ascenderam de modo considerável, fruto das grandes explorações agrícolas e de manufatura derivadas das conquistas (sendo os *servi* ou mercadoria comprada ou prisioneiros de guerra convertidos): perdido o antigo sentido da casa romana, o escravo passa a ser qualificado como *res*. Verificou-se posteriormente uma tendência para facilitar a sua libertação, muito devida à força do Cristianismo.

Considera SANTOS JUSTO que a condição jurídica dos escravos é uma das características expressivas da elevação do pensamento jurídico romano, dado que, ao assentar numa análise nuclearmente casuística, “soube despir a complexidade em situações doutro modo difíceis de compreender.”⁴² Os *servi* poderiam pois auferir de três estatutos, conforme fossem considerados (1) *res*, (2) *homines* ou (3) *personae*. No caso de serem (1) *res mancipi*, não gozavam de personalidade jurídica, sendo destarte juridicamente incapazes, e podiam ser objeto de negócios jurídicos e dos direitos de propriedade, posse, penhor, *et caetera*, sendo que o seu assassínio ou as ofensas à sua honra seriam tidas como danos patrimoniais do titular do direito. Deste modo, o occídio do próprio escravo pelo seu senhor é tido como um *damnum domini*.

41 JUSTO 2011: 81-82.

42 Id. 1983: 13.

Já se fossem tidos como (2) *homines*, era-lhes reconhecida inteligência e, conseqüentemente, a capacidade de agir e de realizar negócios jurídicos, cujos efeitos beneficiavam os seus proprietários. Ganha assim alguma relevância a própria esfera familiar dos escravos (são-lhes reconhecidas relações contubernais) e inclusive abandonam-se paulatinamente certas práticas macabras que colocavam em dúvida o direito de vida e de morte (*ius utendi et abutendi*) que o *dominus* do escravo tinha sobre este. Contudo, no âmbito delitual, entende-se existir um *vinculum rei*, um ónus sobre o corpo do escravo delinquente que só será levantado quando a obrigação estiver cumprida. A dupla dimensão dos *servi* (a jurídica, como *res*, e a natural, como *homines*) ressalta particularmente da condenação de certos *delicta* que os vitimem, dado que, enquanto *res*, permitia-se o ressarcimento do *dominus* por danos patrimoniais, e enquanto *homines*, justificavam-se o *capitale crimen* e a *actio iniuriarum*.

Por fim, se forem tomados como (3) *personae*, os escravos já gozam de personalidade jurídica na esfera das relações religiosas e funerárias, participando nos atos de culto em condições de igualdade com os homens livres e tendo direito a honras funerárias, por exemplo. A personalidade jurídica dos escravos era particularmente reconhecida no direito criminal, não obstante se encontrarem sempre em desfavor perante os homens livres. Ademais, neste paulatino reconhecimento dos *servi* como *personae* importou deveras a ficção *si liber esset*.

Nesta caracterização, importa aduzir que as causas da escravatura são o nascimento, o cativo de guerra (a origem mais importante), a condenação penal e a disposição legal. Já a sua extinção podia ser obtida por *manumissio* (saída da *manus*, da *potestas* do *dominus*) ou por disposição legal, podendo a primeira revestir diversas formas: *vindicta*, *censu* ou *testamento*, segundo o *ius civile*, ou *inter amicos*, *per epistulam*, e *per mensam*, entre outros, de acordo com o *ius praetorium*. Todavia, urge acrescentar que à *dominica potestas* sucedeu o *patronatus*, relação jurídica profundamente onerosa para o liberto.

É de atentar que com AUGUSTO foram impostas limitações à liberdade de manumitir, derivadas de motivações políticas, morais e raciais, instaurando uma política protetora da romanidade. O luxo e a vanidade com que viviam muitos libertos sem capacidade testamentária levaram ao aumento das fileiras de cidadãos romanos, cujas condutas nem sempre se podiam dizer cívicas, para além da sua notória diversidade étnica, o que levou a acautelar o perigo do seu eventual predomínio político.⁴³

43 Id. 1983: 13-55; 1997: 19-31; 2003: 115-128; 2010: 50-52.

Por fim, tendo nós já enunciado como a escravidão se foi humanizando, desde logo sendo regida pelo *ius gentium* ao invés do *ius naturale*, cumpre notar que se a ideia motriz do estoicismo era mantida na memória, na prática gerou frutos muito limitados. Ademais, com a assunção do Cristianismo surgiu um outro tipo de restrições à capacidade jurídica, estatuinto-se novas categorias de indivíduos inseridos naquele limbo de inclusão/exclusão no ordenamento romano, designadamente os *pagani*, os *judaei*, os *hoeretici* e os *apostatae*.⁴⁴

Temos assim, uma vez mais, o Direito Romano a acompanhar a manifestação da vida, vida esta que *ab initio* nem era reconhecida enquanto tal. Por evidentes necessidades de uma proto-biopolítica, a ascense de estatuto dos *servi* é derivada da sua contínua imposição na vida romana. A sedição antropológica no mundo romano foi perdendo o seu sentido com a recompreensão e recolocação do Homem pelo Homem, primeiro com ficções jurídicas, posteriormente com assunções de estatuto. Todavia, o exemplo romano mostra-nos que tal dialética pode ser regressiva, porque os fundamentos que levaram à inclusão do que primeiramente se regulava através de uma ordem de exceção, podem ser também reinterpretados de modo a criar novas sedições. Julgamos, enfim, que a evolução do instituto da escravidão e a forma como o pensamento jurídico romano com ele lidou representam o exemplo apurado de como a realização do Direito acompanha (o reconhecimento d) a manifestação da «vida nua».

7. Iustitium

Tendo já discorrido sobre os ordenamentos e os estatutos específicos de determinadas figuras no Direito Romano, urge ainda dedicar algumas

44 KASER 1993: 95-100; SAVIGNY 1840-1849: 285-286. É de chamar a atenção ainda para outras figuras afins que, não obstante não caírem diretamente no nosso escopo de análise, devem ser pelo menos nomeadas (dado o nosso âmbito discursivo, a limitação da capacidade jurídica não deixa de estar incluída na regulação rudimentar da «vida nua»). Deixamos assim apenas a indicação de outros estatutos, como a (1) *persona in mancipio*; o (2) *colonus*; o (3) *auctorarius*; o (4) *redemptus ab hostibus*; o (5) *addictus*; o (6) *nexus*; e o (7) *homo liber bona fide serviens* (vide JUSTO, 2003: 128-132; 2010: 52-54). É igualmente de indicar a situação da *capitis deminutio* de restrição de capacidade jurídica, constituída por três variantes: a (1) *maxima*, que deriva da perda de liberdade; a (2) *media*, que resulta da perda de cidadania; e a (3) *minima*, que ocorre aquando de uma alteração no estatuto da família, não carreando contudo perdas de liberdade ou cidadania. Cfr. JUSTO 2003: 138-140; 2010: 58-60; SAVIGNY, op. cit.: 194-249, 1598-1627.

palavras ao instituto jurídico primordial que terá dado origem àz figura do estado de Exceção: o *iustitium*. Analogamente ao que sucedeu com a investigação sobre o *homo sacer*, também o estudo sobre este instituto ganhou em tempos recentes um novo fôlego com a abordagem biopolítica realizada por GIORGIO AGAMBEN, tomando-o como a gênese daquele estado. O Autor italiano parte designadamente da monografia de ADOLPH NISSEN *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte* e da obra de CARL SCHIMTT *Politische Theologie*, onde este trata do *Ausnahmezustand*.⁴⁵

Ergo, o *iustitium* é um instituto jurídico romano do período da República que produz um vazio jurídico, suspendendo o Direito. Do ponto de vista etimológico, e metaforicamente à semelhança do Sol no solstício, o Direito como que fica parado. É um instituto paradoxal, que implica a suspensão do Direito enquanto tal e não a da mera administração da Justiça. Perante algum perigo para a República, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum*⁴⁶ através do qual apelava aos cônsules (ou ao *interrex* ou aos pró-cônsules, ou mesmo até ao pretor ou aos tribunos da plebe) que fossem adotadas todas as medidas necessárias à salvação do Estado. Na sua base estava um decreto a declarar o *tumultus*, a situação de emergência que em Roma derivava de uma guerra externa ou civil ou de uma insurreição, noção particularmente estudada por CÍCERO. Em suma, como atenta GIORGIO AGAMBEN, o *senatus consultum ultimum* e o *iustitium* representam “o limite da ordem constitucional romana.”

O busflis, verdadeiramente, radica no facto de não existir um conteúdo positivo nesta ordem do Senado. Expressa somente um conselho, deixando livre por completo o magistrado (ou alguém em seu nome) de agir como bem entender ou mesmo, em último caso, de não agir. Neste estado de anomia, como que se “inexecuta” o Direito, constituindo as ações dos sujeitos legitimados meros factos a ser avaliados após caducar o estado de *iustitium*, conforme as circunstâncias. Contudo, enquanto este durar, tais

45 AGAMBEN 2003: 72-77; GAROFALO 2009: 117-119.

46 É de notar o significado etimológico de *ultimum*, reportando-se ao que se encontra inteiramente além, o mais extremo, dissociando-se por completo do estado de Ditadura. Para uma noção de *senatusconsulto* vide JUSTO 2003: 84; 2010: 33. LUIGI GAROFALO advoga, pelo contrário, que o *iustitium* podia também ser invocado pelo ditador, fundando-se designadamente em TITO LÍVIO, não se caindo assim em qualquer anomia, dado ser esta somente mais uma manifestação do *imperium* daquele (GAROFALO 2009: 128-133).

ações são indecidíveis e insindicáveis, e mesmo a sua natureza (humana ou divina, executiva ou transgressiva) se manterá fora do âmbito jurídico.⁴⁷

Por consequência estamos perante um instituto jurídico que tem a função de suspender as representações jurídicas primeiramente assumidas, que regula (paradoxalmente) um certo estado de anomia. Isto torna-se revelador de que, face a influências internas ou externas que o Direito Romano não conseguia regular de acordo com as formas ordinárias, surgia a possibilidade de se abrir um campo puro de Biopolítica, em que a ordem social respondia estritamente aos ditames executivos politicamente ordenados, podendo reger a esfera da vida sem ter a *Iustitia* como pólo referencial ou dando o espaço normal à *iurisprudencia*. *Idem est*, já durante a República romana se legitimaram as condições que permitem a regulação da vida social sem qualquer sopesamento jurídico, o retrocesso para um estágio generalizado de «vida nua».

8. «Vida nua» e Direito Romano

Findadas as caracterizações sumárias destes diversos institutos e estatutos jurídicos, julgamos poder declarar que o Direito Romano já assumia notoriamente o problema de integrar a «vida nua», o Outro que estava perante os seus olhos. Veramente, cogitamos estarem aqui presentes diversos indicadores de uma proto-regulação biopolítica, frutos da contínua adaptação (jurisprudencial) do Direito Romano às manifestações da realidade, característica marcante, ademais, do *modus* de realização deste *Ius*.⁴⁸ Apesar

47 AGAMBEN 2003: 67-81. Para uma leitura semântica que relaciona indissociavelmente o *iustitium* do *luctus publicus*, assegurando assim a soberania perante a anarquia apesar do falecimento do soberano, discordando continuamente do defendido por AGAMBEN e da sua associação com o *Ausnahmezustand* schmittiano, vide GAROFALO 2009: 138-142. Importa aduzir a discórdia que LUIGI GAROFALO mantém com a proposta agambeniana, escrevendo o próprio que “[l]’homo sacer, *invero*, è *accerchiato dal diritto*, e da un *diritto denso e non certo anomico*, per cui egli è *immune da qualsivoglia sovranità*; e il *iustitium non comporta il temporaneo arresto del diritto*, ma solo la *transitoria interruzione dell’esercizio delle attività pubbliche il cui espletamento non si ritenesse imprescindibile per far fronte alla particolare situazione all’origine dell’adozione della misura ed eventualmente il parallelo blocco della gestione di occupazioni private puntualmente individuate.*” (Ibid.: 143) Sedimenta a sua opinião com as posições (para as quais remetemos) de LEO PEPPE, ANDREA CARANDINI, CLAUDIA SANTI, FERDINANDO ZUCCOTTI, MARIO TALAMANCA, CARLO PELOSO, FRANCO RELLA, CARLA MASI DORIA e EMANUELE STOLFIA (ibid.: 143-156).

48 MARQUES 2003: 149.

de ter como seu núcleo primordial a esfera dos cidadãos romanos, não pode condicionar fleumaticamente as manifestações das outras vidas na realidade jurídica daqueles, tendo que lhes reagir readaptando-se, incluindo-os. É esta, aliás, uma dialética que se revela nuclear ao Direito tanto ontem, como hoje. Mas importa que nos debrucemos ainda um pouco mais sobre a «vida nua» e a regulação jurídica em análise.

Consideramos destarte que a dicotomia de inclusão/exceção é congénita ao Direito Romano, revelando-se tanto a montante como a jusante de muitas figuras e institutos jurídicos, seja para regular a ordem interna, como a externa. Há aliás que realçar que os romanos prezavam a Liberdade como nenhum outro povo, não obstante certas circunscrições, como reza o brocardo “*libertas inaestimabilis res est*” (*Digesto* 50. 17. 106.). Em Roma, ser livre “é saber querer menos do que é autorizado, actuar aquém do permitido.”⁴⁹ Pelo que qualquer relação de exceção para com o mundo dos *cives*, ou qualquer banimento da sua esfera, assume uma importância insofismável, não se podendo compreender um mundo sem o outro.

Urge conseqüentemente atentar no peso biopolítico que algo como um estado de exceção carrega, visto ser uma estrutura através da qual o Direito “integra em si o vivente através da sua própria suspensão”.⁵⁰ Não estamos a sopesar meramente a questão da escravatura, por muito reconhecida que esta esteja enquanto instituição “fortemente negativa” do Direito Romano.⁵¹ Pois também a assunção do estrangeiro não-cidadão, cuja vivência está disciplinadamente apartada da do cidadão, conduz à oposição entre o “Nós” e o “Eles”, a uma distinção antropológica regulada por uma ordem pensada como sendo de Justiça. Paradoxo então particularmente acentuado por aquela figura obscura que é o *homo sacer*, operando num limbo que de modo legítimo desprotege por completo o indivíduo, deixando-o desamparado da ordem social e submisso ao bel-prazer dos demais.

Acompanhando a análise de GIORGIO AGAMBEN, designa este autor de «relação de exceção» o modo (extremo) da *relatio* pela qual algo é incluído unicamente através da sua exclusão. Note-se que a exceção é uma forma de exclusão: exclui-se da regra geral um caso individual. Assim, a regra é mobilizada para a exceção ao não lhe ser aplicada, ao retirar-se desta; a exceção não se reporta pois à mera exclusão, mas sim ao *ex-capere*, ao

49 JUSTO 1999: 290.

50 AGAMBEN 2003: 14.

51 JUSTO 1997: 33.

tirar para fora. De modo que o estado de exceção não é o caos instituinte precedente da ordem, mas na verdade a situação resultante desta suspensão. Tal situação tem a peculiar qualidade de não poder ser definida nem como uma situação de facto nem como uma de direito, sendo destarte caracterizada pelo paradoxo da indistinção instituída entre os dois. Não é um facto dado só se originar através da suspensão da regra, todavia também não é um caso jurídico completo/típico, mesmo que haja lugar para a coercibilidade juridicamente mediada.⁵² Todavia, julgamos que este interstício se pode convolar num catalisador de constituição da juridicidade, dando azo à permanente adaptação do Direito que impede a sua ossificação.

Pressupondo a exceção como estruturante da Soberania, o filósofo italiano postula que esta é o complexo original pelo qual o Direito se reputa à vida e em si a inclui, através da suspensão da mesma. É através desta potencialidade de *banir* (JEAN-LUC NANCY) que a Lei prevalece na sua privação, sendo mobilizada através da sua não-aplicação. Aquele que está banido não se encontra em simples indiferença para com a Lei, mas sim abandonado por esta, deixado no ameaçante limbo da indistinção entre Direito e vida. Não se pode assim determinar se tal sujeito se encontra incluído na ou excluído da ordem jurídica.⁵³ O que abre um campo de exigência de reconhecimento jurídico, erigindo-se paulatinamente uma ponte da realidade social para a jurídica, *ergo* operando esta retroativamente, reconhecendo o que sempre existiu, mas que antes não simbolizava.

Caminhamos para o desfecho da nossa análise. Advogamos conclusivamente que a «vida nua» foi tomada pelo Direito Romano de acordo com um percurso tripartido, faseado. Deste modo, vimos como estas relações (1) surgiram como sendo de estrita tolerância, reconhecendo o que não pode ser negado; de seguida, (2) registámos uma intencionada integração por via da sua regulação extraordinária; por fim, (3) observámos que a vida acabou por se impor ao Direito – não podendo este condicioná-la mais, teve que a acompanhar, recompreendendo-se e recolocando-se. O Direito tem assim uma relação íntima com a Biopolítica, amenizando-a *a priori*, mormente representando-a e, em último caso, podendo auto-suspender-se, não lhe criando quaisquer limites.

O que importa deixar claro desta análise, no fundo, é que a sedição antropológica operada pelo Direito Romano – pressuponente da romanidade

52 AGAMBEN 1995: 17-19.

53 Ibid.: 28-29.

em que assenta o “Nós” onde se baseia para excluir o “Eles” –, produz uma espécie de estado de exceção, uma área obscura de indeterminação em que o que está fora é somente algo de dentro que foi excluído e o que está dentro é, por seu lado, a inclusão do que estava fora. Do mesmo modo que a “máquina antropológica (trans)moderna” funciona excluindo/isolando o não-humano do/no Homem, do judeu do III Reich ao *sans-papier* hodierno, a dos antigos operava incluindo o que estava fora, os *servi*, os *peregrini*, figuras fora do núcleo de romanidade. Agindo sobre a zona de indiferença (uma área supostamente sempre ausente, porque virtualmente presente) entre o Homem e o não-Homem, o estado de exceção criado leva a que estes indivíduos habitem num foro de sub-representação social, rodeados por cesuras que os banem para aquilo que são, somente, «vidas nuas»⁵⁴, expostas à crueza institucional. Para depois eventualmente se virem a impor na esfera institucional, renomeando-se o estatuto do que antes se encontrava caído na anomia.

Cogite-se por fim no facto de a análise da sedição antropológica que opõe o cidadão romano ao não-cidadão ser ainda um tópico que apresenta indiscutíveis marcas de atualidade para o cidadão europeu, como revelam os análogos problemas levantados pela regulação do hodierno *ius commune*/comunitário, seja no tratamento dado aos *sans-papier* como na regulação das fronteiras da União Europeia, em especial... no Mar Mediterrâneo, ainda tão *clausum*, tão *nostrum*. O que foram problemas de biopolítica rudimentar para o *ius commune* original, convolam-se assim em questões exigentes de muito maior prudência na realização do Direito, perante as dimensões atingidas com a evolução tecnológica e as gentes que habitam no macro-espço de jurisdição construído. Problemas que foram parcialmente resolvidos outrora através da aproximação da realidade jurídica à realidade social, ficando esta simbolizada por aquela; precisamente a dialética que urge ainda hoje reconhecer e realizar de modo a colmatar as cesuras antropológicas existentes.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, GIORGIO (1995), *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino; trad. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford (1998).

54 Id. 2002: 57-58.

- (2002), *L'Aperto. L'uomo e l'animale*. Torino; trad. *O Aberto. O homem e o animal*, Lisboa (2013).
- (2003), *Stato di Eccezione*, Torino; trad. *Estado de Excepção*, Lisboa (2010).
- BARREIRO, A. FERNANDEZ (1991), “El Derecho Comum como componente de la cultura jurídica europea”, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano – III*, Facultad de Derecho – Universidad de Madrid & Fundacion Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez, 87-103.
- BENNETT, HAROLD (1930), “Sacer Esto”, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 61, 5-18.
- CARRILHO, FERNANDA (2009), *A lei das XII tábuas*, Coimbra.
- CUNHA, PAULO FERREIRA DA (2013), “Reler o direito clássico: um desafio jurídico do séc. XXI. Grécia e Roma, fontes e exemplos da juridicidade”, in *Revista Campo Jurídico* 01, 151-162.
- FOUCAULT, MICHEL (1997) “*Il faut défendre la société*” – *Cours au Collège de France, 1976*, Paris; trad. “*Society Must Be Defended*” – *Lectures at the Collège de France, 1975-76*, New York (2003).
- GAROFALO, LUIGI (1990), “Sulla condizione di ‘homo sacer’ in età arcaica”, in *Studia et documenta historiae et iuris* LVI, 223-255.
- (2009), *Biopolitica e diritto romano*, Napoli.
- JUSTO, A. SANTOS (1983), “A situação jurídica dos escravos em Roma (Um breve estudo a propósito duma inscrição de Urso)”, in *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra* LIX, separata.
- (1997), “A escravatura em Roma”, in *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra* LXXIII, 19-33.
- (1999), “A Actualidade do Direito Romano”, in *III Colóquio Clássico – Actas*, Departamento de Línguas e Culturas – Universidade de Aveiro, 285-294.
- (2003), *Direito Privado Romano – I. Parte Geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*, Coimbra.
- (2005), *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*, Coimbra.
- (2010), *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra.
- (2011), “O pensamento jusnaturalista no Direito Romano”, in *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra* LXXXVII, 21-85.
- KASER, MAX (1993), *Ius Gentium*, Köln; trad. *Ius Gentium*, Granada (2004).
- MARQUES, M. REIS (2003), *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra.
- SAVIGNY, F. K. (1840-1849), *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin; trad. *Sistema del Derecho Romano actual*, Granada (2005).