

PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO DIREITO ROMANO?

ARION SAYÃO ROMITA*

"Rien de plus étranger au positivisme que l' esprit juridique romain."

Michel Villey¹

1 Etimologia da palavra princípio

O vocábulo port. *princípio* deriva do lat. *principium*, que significa princípio, origem, fundamento, base; causa, regra fundamental de uma arte ou ciência². *Principium*, por seu turno, provém de *princeps*, primeiro, principal, chefe, cabeça, maioral, o que ocupa a primeira parte ou a primeira fila, o primeiro lugar. *Princeps* é formado de *primum* + *capere*³. Estes dois elementos originam-se de *primo-caps*, formado de *per*, adiante, antes + *kap*, tomar, daí o sentido de começo, princípio⁴.

Originalmente, portanto, *princípio* é sinônimo de começo, mas o uso atribuiu a esta palavra diferentes significados. Três são os sentidos fundamentais: ontológico, lógico e normativo.

2 Princípio

2.1 Visão ontológica

A primeira vertente do significado de princípio, metafísica, foi proposta por Aristóteles. A filosofia tem por missão expor os primeiros princípios (*archai*) da ciência, alcançados apenas pela razão intuitiva que procede por indução. Diz Aristóteles que o conhecimento científico decorre de primeiros princípios e é a razão intuitiva que os apreende, procedendo por indução: a indução é o ponto de partida que o próprio conhecimento do universal pressupõe⁵.

Na Metafísica, Aristóteles discerne seis significados de princípios: 1º - o início ou ponto do qual uma coisa começa; 2º - o melhor ponto de partida ou o mais favorável; 3º - a parte fundamental de uma coisa ou da qual deriva a própria coisa; 4º - a causa eficiente ou motora de uma coisa; 5º - quem tem o poder de mover ou fazer mudar alguma coisa, segundo o seu querer e sua decisão; 6º - aquilo de que

* Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

¹ VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l' homme*, 2ª. ed., Paris: PUF, 1990, p. 67.

² MARQUES LEITE, J. F.: NOVAES JORDÃO, A.J. *Principium*. In: *Dicionário Latino Vernáculo*, Rio de Janeiro: Henrique Velho, 1943, p. 382.

³ ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. *Principes*. In: *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris: Klincksieck, 2001, p. 535.

⁴ GRANDSAIGNES D'HAUTERIVE, R. *Dictionnaire des racines des langues européennes*, Paris: Larousse, 1948, p. 154 e 79.

⁵ ARISTÓTELES. *Ética e Nicômaco*, VI, 1141a e 1139b.

partimos para conhecer alguma coisa. Segundo o Estagirita, comum a todos os significados de princípio é ser fundamento ou razão ou condição primeira do ser ou do gerar-se ou do conhecimento de uma coisa⁶.

Assim, para Aristóteles, recebem preferentemente o nome de princípios os conteúdos de conhecimentos primeiros, imediatos, as proposições fundamentais, das quais arranca o pensamento que avança dedutivamente⁷.

Os filósofos perpetuaram essa tríplice concepção da ideia de princípio. Descartes escreveu: Propus-me a encontrar os princípios ou primeiras causas de tudo o que é ou pode ser no mundo⁸. Pascal também a eles se refere, afirmando que conhecemos a verdade não somente pela razão mas também pelo coração, é desta última maneira que conhecemos os primeiros princípios⁹. Por coração, Pascal entendia o sentimento imediato, a intuição dos princípios.

Na ordem ontológica, portanto, princípio é aquilo que é fonte de existência ou de ação¹⁰.

2.2 Visão lógica

A segunda vertente se estende pelo domínio da lógica jurídica, no campo da ciência do direito. Usado em nível ontológico, o vocábulo *princípio* induz o princípio de realidade, enquanto, em nível lógico, equivale a princípio explicativo ou de razão. É que a lógica formula as regras do raciocínio necessárias à construção de qualquer ciência (lógica formal). Trata-se da teoria da consequência lógica, que consiste em um sistema de regras que permite distinguir entre argumentações válidas e inválidas¹¹. Lógica, então, é a ciência que estuda as leis do pensamento e sua aplicação correta à demonstração da verdade.

Princípios em sentido lógico, como dirigentes do conhecimento, são verdades evidentes por si mesmas, indemonstráveis e de alcance universal. Os princípios primeiros, dirigentes do conhecimento, são dois: o princípio de identidade e o princípio da razão suficiente. O princípio de identidade tem como derivados o princípio de contradição, do qual decorrem o princípio de exclusão do meio, o princípio do terceiro equivalente e o princípio de capacidade; e o princípio da razão suficiente, de que são corolários os princípios de causalidade e o princípio de substância¹².

Os princípios da razão são *a priori*, pois constituem a base necessária ou a própria condição de toda afirmação e de todo conhecimento. Neste

⁶ ARISTÓTELES. *Metafísica*, V, 1012b 34 - 1013 e 23.

⁷ BRUGGER, Walter. Conhecimento (princípios do). In: *Dicionário de filosofia*, trad. Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo: Herder, 1962, p. 124.

⁸ DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*, 4ª ed., trad. Paulo M. Oliveira, São Paulo: Atena, s/ data, sexta parte, p.81.

⁹ PASCAL. *Pensées*, 1 E 282, 14ª ed., Paris: Hachette, p. 317 e 459.

¹⁰ CUVILLIER, Armand. Princípio. In: *Pequeno vocabulário da língua filosófica*, trad. Lólio Lourenço de Oliveira e J. B. Damasco Pruna, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961, p. 125.

¹¹ KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*, trad. J.C. Gardella, Bogotá: Temis, 1990, p. 1-2.

¹² JASPERS, D. Ludgero. *Manual de filosofia*, 6ª ed., São Paulo: Companhia Melhoramentos, s/ data, p. 161-164.

sentido, são anteriores a todo conhecimento propriamente dito. Quando se fala em princípios de lógica, pensa-se em: a) um corpo de regras extraídas de uma elaboração metódica e dispostas em ordem sistemática; e b) os axiomas, alicerces desse edifício racional. Axioma, então, é um princípio necessário, evidente por si mesmo; por exemplo, o princípio de identidade. Os axiomas se estabelecem sem demonstração, ao contrário dos teoremas, que são demonstrados. Designações sinônimas de axioma são, postulado, princípio, pressuposto fundamental e premissa básica.

O arquétipo dessa concepção reside nas 211 *regulae* ou máximas do título 17 do livro 50 do Digesto (*de diversis regulis iuris antiqui*), que codificavam, aos olhos dos glosadores, os *generalia iuris principia*, vale dizer, os verdadeiros universais do direito. As *regulae*, como produto da ciência do direito, resultamantes da sabedoria dos *prudentes* do que do espírito de geometria, lógico-dedutivo, mas promoveram a associação dos princípios com a ordenação do direito por meio da razão. Acúrsio, o mais célebre dos glosadores, compôs a *Magna Glossa*, equiparada às compilações justiniâneas¹³, na qual expunha os *principia maximae*. Nessa linha de pensamento, a “Exposição do direito universal” (1578) de Jean Bodin ou “As leis civis em sua ordem natural” (1689 - 1694) de Jean Domat são literalmente *summae* de princípios, erguidas sobre axiomas (dados pela razão), os quais apresentam por sua vez feição de princípios.

O capítulo I do Tratado das leis de Domat tem por título “Dos princípios de todas as leis”¹⁴. Os jusnaturalistas modernos procedem da mesma maneira, deduzindo o direito da reta razão de alguns princípios éticos e intitulam seus tratados com emprego do vocábulo princípios, como é o caso de Burlamaqui¹⁵.

2.3 Visão normativa

Ao lado da vertente ontológica (que provém da filosofia), ao descrever o objeto ou uma forma do conhecimento, e da vertente lógica (proveniente da ciência do direito), ao revestir aspecto de um axioma ou de um sistema de regras construído pela razão, os princípios ostentam um caráter normativo. Este aspecto, que pertence integralmente ao direito *tout court*, edita um dever ser, configurando norma de conduta e revelando, em consequência, o lado deontológico da norma jurídica.

Neste particular, eles não se confundem com os princípios de interpretação. Os adágios de interpretação dão apoio a regras formais do raciocínio lógico. Não têm caráter coercitivo e são selecionados pelo juiz no momento de proferir a decisão. Constituem o que os juristas ingleses denominam uma *Rule of guidance* destinada a dirigir as operações mentais que conduzem a uma decisão¹⁶.

¹³ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza, 1950, p. 155.

¹⁴ DOMAT, Jean. *Traité des lois*, Caen: Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 1 e segs.

¹⁵ BURLAMAQUI. *Principes de droit naturel*, nova edição (a 1ª ed. é de 1747), Paris: Librairie Brajeux, 1850.

¹⁶ SCHROEDER, François-Michel. *Le nouveau style judiciaire*, Paris: Dalloz, 1978, p. 97.

Portalis já observara que a função da lei é fixar, em largos traços, as máximas gerais do direito, estabelecer princípios fecundos em consequências, e não descer aos pormenores das questões que podem surgir em cada matéria. Cabe ao magistrado e ao doutrinador, imbuídos do espírito geral das leis, dirigir sua aplicação. E adiante: Há uma ciência para os legisladores, como há uma para os magistrados. A ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum; a ciência do magistrado é pôr esses princípios em ação, ramificá-los, estendê-los, por uma aplicação prudente e razoável, às hipóteses particulares¹⁷.

A função normativa dos princípios gerais do direito será exposta adiante.

3 Princípios gerais do direito

No século XIX, por influência positivista, elaborou-se a noção de princípio geral do direito, com o intuito de demonstrar que o sistema jurídico dá resposta a todas as questões, ainda que não expressamente previstas. A completude do sistema afirmar-se-ia sempre que, na hipótese de lacuna da lei, fosse aplicado um princípio geral. Os princípios gerais do direito emergem das normas positivas mediante raciocínio lógico, procedendo-se por abstração crescente até alcançar os princípios últimos, que dominam todo o sistema¹⁸.

A metodologia jurídica parte da ideia fundamental de unidade do direito. A principal característica da ideia de unidade reside na superação da multiplicidade de casos singulares para chegar-se a alguns poucos princípios constitutivos, devendo-se avançar até os valores fundamentais, vale dizer, aos princípios gerais da ordem jurídica, em busca de uma conexão orgânica. Pode-se, então, definir o sistema jurídico, segundo Canaris, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do direito¹⁹. À luz dessa concepção, Canaris nega tenha o princípio caráter de norma e, em consequência, ele não acarretaria qualquer consequência jurídica, limitando-se a exercer uma função de fundamentação; facilita, além disso, uma conexão transversal com outras partes do sistema jurídico²⁰. De acordo com essa concepção, os princípios jurídicos seriam ideias jurídicas gerais que caracterizam a conveniência ou o bom fundamento de uma regulação normativa em face da noção de direito ou de valores jurídicos reconhecidos. Na visão de Karl Larenz, esses princípios identificam-se com os próprios valores jurídicos superiores, como a ideia de boa-fé ou de justiça distributiva; em parte, são critérios referidos a esses valores, como por exemplo os critérios da imputação; em parte ainda, são postulados ético-jurídicos ou sócio-jurídicos, como a tutela da personalidade, a tutela da boa-fé, a proteção aos menores e à parte socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes, etc.²¹.

¹⁷ PORTALIS, Jean Étienne-Marie. Discours préliminaire sur le projet de Code Civil. In: *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-Marseille: Presses Universitaires, 1988, p. 26 e 30.

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito - introdução e teoria geral*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 365.

¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2ª ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 77.

²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, trad. Daniela Brückner e José Luis de Castro, Madri: Civitas, 1995, p. 68-69.

²¹ LAERENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 569.

Ao determinar em que consistem os princípios gerais, contrapõem-se, como se vê, os princípios fundamentais que informam objetivamente a estrutura do ordenamento e que dela são excluídos, aos princípios gerais que, pelo contrário, inferem-se das normas explícitas mercê de um procedimento de abstração e de generalização crescente²². Esta contraposição tem uma origem profunda e denuncia uma oposição entre uma mentalidade abstracionista e intelectualista cara ao normativismo ou positivismo jurídico²³ e uma mentalidade mais atenta aos dados fenomenológicos e aos pressupostos sociológicos do direito. Esta última tendência adere uma avaliação concreta do ordenamento, orientada para fins sociais (oposição entre normativismo e decisionismo).

A ideia de que os princípios gerais de direito não são externos à ordem jurídica positiva, mas, pelo contrário, dela fazem parte, é relativamente recente, pois nasceu no direito internacional público, quando ainda existente a Sociedade das Nações: o art. 38, § 1º, c, do Estatuto da Corte permanente de justiça internacional (1920) prevê, como fonte do direito, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas²⁴. Por sua vez, no direito positivo brasileiro, os princípios gerais apresentam o caráter de fontes subsidiárias: nos casos de lacunas da lei (casos omissos), o juiz recorre à analogia e, quando esta falhar, aplica os princípios gerais de direito (art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1917 e art. 4º da vigente lei de introdução, de 1942)²⁵.

Segundo Boulanger, os princípios jurídicos compõem um conjunto de valores. Eles existem, mesmo quando não expressos ou não mencionados por textos de lei; mas a jurisprudência limita-se a declará-los, ela não os cria²⁶. Para Ripert, o princípio consiste em uma noção primeira que comanda um conjunto de regras e deve ser respeitado mesmo pelo legislador²⁷.

Diante desse quadro, é possível definir princípio geral de direito, como se se tratasse de uma expressão unívoca? O Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas tentou realizar a façanha: Princípios gerais do direito. Grandes preceitos abstratos que são chamados a integrar o direito-positivo em caso de lacuna, ou seja, quando para o caso concreto não há regra ou norma estabelecida. Locução criada no meio do século XIX pelos jus positivistas, em proscrição do direito natural, com o qual guarda perfeita sinonímia²⁸.

A assimilação dos princípios gerais do direito ao direito natural não constitui matéria pacífica na doutrina. Pelo contrário: existem várias outras opiniões a respeito do assunto. Vicente Ráo elenca cinco. No tocante à natureza desses princípios, há inúmeras teorias, tais as seguintes, havidas por principais: a) os princípios gerais de direito correspondem aos do direito natural; b) são princípios que se equiparam aos ditados pela equidade; c) são os que decorrem

²² BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2ª ed., Milão: Giuffrè, 1971, p. 185-186.

²³ SCHMITT, Carl. *Les trois types de pensée juridique*, trad. francesa, Paris: PUF, 1995, p. 84 e segs.

²⁴ STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*, São Paulo: LTr, 1999, p. 50.

²⁵ BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 35-36.

²⁶ BOULANGER, Jean. *Principes généraux du droit et droit positif*. In: *Le droit privé français au milieu du XXe siècle/études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris: LGDJ, 1950, p. 67.

²⁷ RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris: LGDJ, 1955, p. 337.

²⁸ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Princípios gerais do direito*. In: *Dicionário Jurídico*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 441.

da natureza das coisas; d) são os de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito; e) são, para cada povo, os resultantes de seu sistema jurídico²⁹. Gérard Cornu relaciona sete diferentes definições de princípio: 1ª – regra ou norma geral, de caráter não jurídico, da qual podem ser deduzidas normas jurídicas; 2ª – regra jurídica estabelecida por um texto em termos gerais, destinada a inspirar diversas aplicações e que se impõe com superior autoridade; 3ª – máxima geral juridicamente obrigatória embora não escrita em um texto legislativo; 4ª – nome dado a uma máxima que não se pode transgredir; regra tida por absoluta; 5ª – regra geral que deve, na falta de texto especial ou de derrogação particular, reger uma espécie de caso, por oposição a exceção; 6ª – elemento essencial que caracteriza um regime, uma Constituição; 7ª – no sentido de Montesquieu, fundamento que permite a um regime funcionar³⁰.

Em nenhuma dessas acepções princípios jurídicos podem ser encontrados no direito romano.

4 Princípio e regra

4.1 Princípio como viga mestra do sistema jurídico: visão tradicional

Como se percebe, a palavra *princípio* não é unívoca: é empregada em variados sentidos. A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre norma e princípio³¹.

No sentido tradicional, apenas com variação de palavras, existem inúmeras manifestações doutrinárias. Vale a pena lembrar algumas, a título de exemplificação.

Segundo Ripert, princípios jurídicos são as grandes regras que presidem à manutenção da ordem essencial: eles são as vigas mestras do edifício jurídico³². Ripert se inspirou na lição de Montaigne: É muito duvidoso que se possa obter uma evidente vantagem com a mudança de uma lei antiga, por se tratar de um edifício composto de diversas peças ajuntadas em conjunto e é impossível remover uma delas sem que todo o conjunto se ressinta³³.

Também Jean-Louis Bergel qualifica de vigas mestras de todo o edifício jurídico os princípios por ele denominados diretores, porque a ordem social deles depende³⁴.

É bastante difundida no direito brasileiro a concepção de princípio como disposição fundamental. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão³⁵. No sentir de Eros Roberto

²⁹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, vol. I, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 239.

³⁰ CORNU, Gérard. *Principe*. In: *Vocabulaire juridique*, 8ª ed., Paris: PUF, 2007.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034.

³² RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 344.

³³ MONTAIGNE, *Essais*, liv. I, cap. XXII, Paris: Librairie Garnier, s/data, p. 116.

³⁴ BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 1989, p. 99.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo:

Grau, os princípios determinam a interpretação das regras contempladas na Constituição³⁶. Ao ver de José Afonso da Silva, princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas, e é neste sentido que o termo é empregado no Título I da Constituição brasileira de 1988³⁷.

4.2 Princípio como norma jurídica: doutrina dominante

Os estudos de direito constitucional do segundo pós-guerra dão lugar ao surgimento de uma nova cultura jurídica, que se convencionou denominar neoconstitucionalismo, caracterizado como reação ao positivismo, daí o batismo de pós-positivismo, com ênfase em um constitucionalismo de direitos³⁸.

Entram em jogo novas técnicas de interpretação das normas constitucionais além da mera subsunção, acentuando-se a aproximação entre a ética e o direito. Os princípios gerais do direito são considerados imanentes à ordem jurídica e passam a ser considerados, como explica Norberto Bobbio, normas como todas as outras. Segundo sua lição, os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A função para a qual são empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas³⁹. Muitas normas da Constituição são princípios gerais do direito, que convivem com as demais normas nela contidas. A Constituição passa a ser vista como um sistema aberto de regras e princípios⁴⁰. A dinâmica acelerada e a complexidade da vida contemporânea obrigam a constituição a se mostrar um texto dinâmico, capaz de acompanhar as transformações ditadas pelo processo de desenvolvimento e mutação. Por isso, torna-se necessário que ela contenha normas jurídicas que veiculem diretrizes gerais, valores. Nem todas as normas contidas na Constituição desempenham o mesmo papel, pois enquanto umas regulam inteiramente certas matérias, outras apenas fornecem diretrizes ou fixam metas a serem atingidas. Daí a classificação das normas jurídicas em normas-regras e normas-princípios, tudo segundo a função que exercem no ordenamento jurídico⁴¹. No mesmo sentido se manifesta Jorge Miranda, para quem os princípios não se contrapõem às normas, contrapõem-se às regras: as normas jurídicas se dividem em normas-princípios e em normas-disposições⁴².

Malheiros, 2005, p. 408.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 97.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 82 e 81.

³⁸ PRIETO SANCHIS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONEL JL, Miguel (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madri: Trotta, 2007, p. 213.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste C. Santos, São Paulo: Polis, 1989, p. 158-159.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 171.

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150-151.

⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 3ª ed., Coimbra, 1991, p. 224.

As teorias sobre a distinção entre princípio e regra, segundo Aulis Aarnio, podem ser agrupadas em duas categorias: 1^a – teorias que propõem uma distinção forte; 2^a – teorias que preconizam uma distinção débil⁴³. A estas duas posições doutrinárias deve ser acrescentada uma terceira⁴⁴, que é a do próprio Aulis Aarnio, qual seja a teoria que nega a possibilidade de distinção entre as duas espécies de norma jurídica.

As teorias classificadas na primeira categoria afirmam que tanto os princípios como as regras têm estrutura e forma de aplicação diversas. Integram esta categoria as distinções elaboradas, entre outros, por Robert Alexy e Ronald Dworkin. Segundo Robert Alexy, tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização. Já as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não⁴⁵.

Ronald Dworkin distingue regra de princípio a partir de um critério lógico: eles diferem quanto ao caráter da diretriz que impõem. As regras são aplicáveis num estilo tudo-ou-nada. Os princípios, ao contrário das regras, ostentam uma dimensão que aparece na hipótese de conflito: a de peso ou de importância. Neste caso, um princípio com peso relativo maior prevalece sobre o outro, sem que este perca validade⁴⁶.

As teorias que preconizam uma distinção débil entre regras e princípios sustentam que, entre essas duas espécies de normas, existe apenas uma diferença de grau e, portanto, a diferença não é tão acentuada quanto aquela afirmada pelas teorias relacionadas no primeiro grupo. Entre essas teorias cita-se a de Joseph Raz, para quem o princípio possui maior generalidade e maior importância do que a regra.

No terceiro grupo de teorias está a de Aulis Aarnio. Aludindo às teses da distinção forte e da distinção débil, sustenta que nenhuma é válida, do ponto de vista de estrutura da norma. Ambas têm natureza deontológica de normas, obedecem às mesmas leis da lógica deôntica⁴⁷.

4.3 Superação da distinção entre princípio e regra: concepção original

Humberto Ávila, em obra que se caracteriza por um perfil nitidamente independente e pela originalidade da sua concepção, sem rejeitar a dicotomia princípio/norma, afirma a tese de que essa distinção não pode ser vista no sentido da exclusividade contraditória, mas no de que uma e a mesma norma jurídica pode funcionar tanto como regra quanto como princípio. As regras têm por objeto diretamente a descrição de um comportamento ou a atribuição

⁴³ AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*, trad. Sebastián Urbina. In: AARNIO, Aulis et al. (comps.) *La normatividad del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17 e segs.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, trad. Marie-Jeanne Rossignol, Paris: PUF, 1995, p. 79 e segs.

⁴⁷ AARNIO, Aulis. *Ob. cit.*, p. 32.

de uma competência e, apenas indiretamente, visam à obtenção de um fim; por seu turno, os princípios visam diretamente à consecução de um fim e influem apenas indiretamente nos modos comportamentais ou nas atribuições de competência necessárias para tal⁴⁸.

Em suas próprias palavras, Humberto Ávila demonstra que os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamento; e que a instituição de conduta pelas regras também pode ser objeto de ponderação. Acrescenta que os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.

O autor introduz a noção de postulados normativos aplicativos, que exercem a função eficaz de normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas. Por isso, qualificam-se como normas de segundo grau⁴⁹.

Atualmente, tem-se por inaceitável a afirmação de que os princípios jurídicos apenas têm por função preencher as lacunas da lei. É certo que o apelo aos princípios ultrapassa a moldura da interpretação das leis existentes. É por intermédio da aplicação de princípios que, frequentemente, se exerce a atividade criadora do juiz: este se abstém de qualquer referência a uma disposição precisa da lei e aplica princípios. Inúmeras decisões judiciais têm por fundamento não um texto expresso de lei, mas princípios jurídicos. Neste caso, os princípios deixam de ser fonte subsidiária, como tradicionalmente eram considerados, e passam a exercer a função de fonte autônoma, apta a fundamentar a decisão do juiz⁵⁰.

Os princípios jurídicos tornam-se normas jurídicas em sentido estrito, aplicadas muitas vezes contrariamente ao direito positivo expresso do qual a decisão judicial faz evidente abstração. Nessas condições, o caráter não escrito do princípio não oculta a função que eles exercem até mesmo *contra legem*. Foi assim que passaram a ser admitidos o abuso de direito, a responsabilidade civil por riscos criados, a teoria da aparência⁵¹. Como observa Luiz Fernando Coelho, em nome dos princípios, admitem-se decisões *contra legem*, caso em que os princípios em que apoiam servirão para corrigir o direito positivo ou até para transformá-lo⁵².

5 Conceitos indeterminados, standards, valores, tópicos

Conceitos indeterminados, standards, valores e *topoi* não se confundem com princípios jurídicos.

⁴⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Prefácio da edição alemã de ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 14.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25, 97 e 122.

⁵⁰ GAILLARD, Maurice. *L'intelligence du droit*, Paris: Les Éditions d'Organisation, 1992, p. 132.

⁵¹ MORVAN, Patrick. Principes. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, 2003, p. 1203.

⁵² COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 387.

5.1 Conceitos indeterminados

Os conceitos indeterminados, também conhecidos por conceitos gerais, noções indeterminadas, de conteúdo variável ou de textura aberta, podem ser considerados elementos de perturbação, que poderiam abalar o ordenamento jurídico, como fonte de confusões, ambiguidades e outras imprecisões. Pela óptica da segurança jurídica, podem parecer negativos; entretanto, podem apresentar muitas vantagens, porquanto seu caráter vago e impreciso permite que se adaptem aos novos tempos, aceitem novas realidades sociais, sigam a evolução dos costumes precisamente graças a sua flexibilidade. Ensejam a conciliação da necessidade de uma regra com a da regulação de caso a caso.

Trata-se de noções que dificilmente podem ser expressas em linguagem corrente e facilitam a aplicação da norma jurídica: o sistema jurídico não é uma máquina de produzir direito. A norma jurídica não pode ser aplicada de forma mecânica ou automática⁵³. Sabe-se que a elaboração da lei resulta de um compromisso entre as tendências políticas, econômicas e sociais presentes no momento dos trabalhos preparatórios e, assim, o texto resultante está destinado a uma especificação progressiva por obra do intérprete, notadamente do juiz. A feição imprecisa desses conceitos apresenta sempre, no momento de sua aplicação ao caso concreto, uma boa dose de flexibilidade e enseja uma grande margem de manobra por parte do aplicador da norma⁵⁴.

Definir *indeterminado* não é tarefa das mais simples. A etimologia do vocábulo pode ajudar. Ele se compõe de *in* (negação) + *determinar*. Este verbo provém do lat. *determinare*, composto de *de* + *terminare*, este por seu turno derivado de *terminus*, cuja origem está no gr. *terma* = limite. Termo, em sentido figurado, pode significar definição. Determinar, portanto, significa marcar limites, fim, no espaço ou no tempo⁵⁵. Indeterminado, então, vem a ser aquilo que não pode ser fixado em sua natureza, aquilo cujos limites não podem ser fixados.

É de rigor distinguir entre noção de conteúdo variável e regra de conteúdo variável. Variação de conteúdo é variação de sentido. Está em tela de juízo a abertura à mudança, característica prevista pelo legislador e por ele conscientemente disposta. Nas noções de conteúdo variável, a variabilidade é disposta por antecedência. A intenção é inerente à variabilidade. A regra de conteúdo variável é suscetível de vários significados diferentes (diferentes, mas não incompatíveis entre si). Fala-se até em instituições de conteúdo variável⁵⁶ e direito natural de conteúdo variável (Stammler: *Naturrecht mit wechselndem Inhalte*)⁵⁷.

⁵³ MATTHEY, Fany. Concepts juridiques indéterminés en procédure d'asile européenne. In: RITAINE, Eleanor Cashin; ARNAUD, Elodie Maître (ed.). *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Genebra, Zurique, Basilea: Schuthess Médias Juridiques, 2008, p. 195.

⁵⁴ BERGEL, Jean-Louis. *Méthodologie juridique*. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^a ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 375.

⁵⁵ DAUZAT, Albert et al. Terme. In: *Nouveau dictionnaire étymologique et historique*, Paris: Larousse, 1971, p. 740.

⁵⁶ CARBONNIER, Jean. *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*. In: PERELMANN, Chaim; VANDER ELST, Raymond (ed.). *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles Bruylant, 1984, p. 99.

⁵⁷ FASSÓ, Guido. *Histoire de la philosophie du droit - XIXe et XXe siècles*, trad. Catharine Rouffet,

As noções jurídicas indeterminadas evidenciam a impossibilidade de uma aplicação mecânica do direito. Impõe-se a interpretação, forçosamente necessária em cada caso concreto, o que pressupõe a atividade de um intérprete, notadamente o juiz. Este intérprete levará em conta as circunstâncias e as peculiaridades do caso em exame, especialmente os imperativos de ordem social, econômica e moral, quando da aplicação de uma dessas noções. Cabe-lhe a tarefa de resolver as questões que surgirem, preencher as lacunas, precisar os pormenores, esclarecer as ambiguidades.

O papel a ser exercido pelo juiz na tarefa de aplicar uma noção jurídica indeterminada é, portanto, de alta relevância. É neste momento que se percebe a inexistência de antítese entre interpretação da lei e função criadora do juiz. Sem dúvida, a função de interpretação da lei pelo juiz comporta certo grau de criação do direito. Como esclarece Mauro Cappelletti, o verdadeiro problema não consiste em estabelecer contraste entre a tarefa de interpretar e a de criar o direito, mas sim em saber até onde o juiz pode ir na sua atividade criadora do direito. Todo ato de interpretação implica certo grau de criatividade, certa possibilidade de escolha, o que envolve um elemento de apreciação discricionária. Mas, adverte ele, o intérprete não goza de total liberdade, e poder discricionário não significa necessariamente arbítrio. O juiz, embora desempenhando um papel na criação do direito, não é completamente livre: todos os sistemas jurídicos dos países civilizados estabelecem e aplicam limites à liberdade do juiz⁵⁸.

O juiz dos dias atuais não é mais o juiz do tempo de Justiniano nem de Montesquieu. Justiniano considerava o Digesto uma obra perfeita, na qual nenhuma contradição poderia ser encontrada. Por isso, proibiu fossem feitos comentários, pois estes seriam antes perversões do que interpretações (*immo magis perversiones*) e serviriam apenas, mercê de sua prolixidade, para estabelecer confusão⁵⁹. Permitiu apenas traduções palavra por palavra e extratos dos textos. Os infratores seriam punidos como falsários e seus escritos seriam destruídos. Também responderiam pelo delito de falsidade aqueles que, em juízo ou em outra discussão, citassem obras que não fosse as Institutas, o Código ou o Digesto⁶⁰. Segundo Montesquieu, os julgamentos devem ser apenas um texto preciso da lei; os juízes são a boca que pronunciam as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor⁶¹.

O risco que corre o intérprete, ao aplicar noções indeterminadas, é o de abalar a segurança jurídica. Seria desejável que as noções desse tipo apresentassem um conteúdo mais preciso, mais objetivo. Voltar as costas à segurança jurídica equivale a desconhecer a principal, senão exclusiva, finalidade do direito⁶².

Paris: LGDJ, 1976, p. 175.

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Le pouvoir des juges, trad. René David, Paris: Economica, 1980, p. 30 e 32.

⁵⁹ C. I, 17, de veteri iure, 1, § 12.

⁶⁰ C. I, 17, de veteri iure, 2, § 19, 21 e 22.

⁶¹ MONTESQUIEU. De l'esprit des lois, liv. XI, cap. VI. Tomo I, Paris: Garnier, 1922, p. 154 e 159.

⁶² SALMON, JeanJ. A. Les notions à contenu variable en Droit International Public. In: PERELMANN,

A expectativa de segurança do direito (ou segurança jurídica) pode ser apreciada em dois sentidos. *Stricto sensu* a aspiração à segurança jurídica significa que toda pessoa tem o direito de exigir uma proteção jurídica, ou seja, que um juiz ou outro órgão judicante tem a obrigação jurídica de dar resposta a uma pretensão jurídica por ela formulada. Trata-se de um direito fundamental da pessoa humana em sociedade: o acesso à justiça⁶³. *Lato sensu*, a segurança jurídica apresenta dois aspectos: *primo*, a exigência de rejeição do arbítrio; *secundo*, que seja proferida uma decisão apropriada. Os juízes e tribunais devem agir de modo que os cidadãos possam desenvolver sua própria atividade em bases racionais. Uma organização racional é uma condição necessária à estabilidade social, verdadeira exigência de coesão da sociedade. Há de estar presente o requisito de previsibilidade das decisões judiciais⁶⁴. A imprevisibilidade no ambiente das decisões judiciais constitui um obstáculo ao desenvolvimento e ao crescimento do mercado. O processo de racionalização do universo jurídico e da justiça corresponde à necessidade, para o capitalismo atual, de dispor de um sistema jurídico em que se possa confiar, quer no que diz respeito à estabilidade da jurisprudência quer no tocante à transparência dos procedimentos⁶⁵.

O ponto ideal de equilíbrio está na conciliação entre a atividade criadora do direito pelo juiz e os reclamos da sociedade em prol da segurança jurídica. As noções de conteúdo variável permitem, sob a égide de uma norma geral, encontrar soluções concretas diferentes, de acordo com as circunstâncias e as peculiaridades do caso em exame. Pode-se afirmar, com L. Fernando Coelho, que a atividade dos profissionais do direito (advogado, Ministério Público, juiz), ao decidir, não é definir aquilo que está contido nas leis, mas realizar os valores do direito, tornar efetiva a Justiça, de preferência com a lei, mas se necessário contra a lei⁶⁶. E mais importante, do ponto de vista da sociedade, ter bons juízes do que ter boas leis. Uma boa lei nas mãos de um mau juiz pode ser causa de um desastre; uma lei má nas mãos de um bom juiz pode prestar um bom serviço à sociedade.

Constitui para o direito tarefa impossível regular todos os pormenores da vida em sociedade por meio de normas gerais e abstratas. Deve ele valer-se do expediente propiciado pela utilização de conceitos indeterminados, que permitem, por meio de sua função de concretização, obter resultados aproximados da realização do ideal de justiça perante os dados da realidade. Como afirma Karl Engisch, a justiça exige uma grande concretização, quer dizer, uma consideração das circunstâncias individuais da pessoa e da situação⁶⁷. Em outra passagem, o mesmo Engisch esclarece que concreção do

Chaim; VANDER ELST, Raymond (ed.). *Les notions à contenu variable en droit*, cit. p. 264.

⁶³ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, 4ª ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 38-39.

⁶⁴ AARNIO, A. *Le rationnel comme raisonnable*, trad. Geneviève Warland, Paris: LGDJ, 1992, p. 4-5.

⁶⁵ COMAILLE, Jacques. La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation. In: COMAILLE, Jacques; KALUSZINSKI, Martine (sous la dir.). *La fonction politique de la justice*, Paris: La Découverte, 2007, p. 308.

⁶⁶ COELHO, L. Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 42.

⁶⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 5ª ed., trad. J. Batista Machado, Lisboa:

direito significa orientação do direito ao real, virtude de que acomoda-se às propriedades naturais do objeto da regulação jurídica⁶⁸. O juiz, diante dessa situação, deve acomodar-se aos dados da realidade, da mesma maneira como procede o legislador na busca do direito reto, ao escolher os meios apropriados para alcançar o fim apropriado, como disserta Rodríguez Paniagua⁶⁹.

Imbuído desse propósito, o Código Civil brasileiro, de 2002, frequentemente utiliza conceitos indeterminados, em obediência a orientação legislativa submetida a imperativos de socialidade e concreção, como explica Miguel Reale, supervisor da Comissão elaboradora do projeto de lei, na exposição de motivos ao Ministro da Justiça. Escreve ele: O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e absolutos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência das prestações, etc.⁷⁰. Apenas a título de exemplo, podem ser lembradas as referências a noções jurídicas indeterminadas, no corpo do Código Civil, em artigos como o 138 (pessoa de diligência normal); 187 (boa-fé, bons costumes); 421 (função social do contrato); 422 (probidade, boa-fé); 1.573, III (servícia ou injúria grave), VI (conduta desonrosa); 1.815 (indignidade), além de muitos outros.

A exigência de conexão deriva da imperiosa contingência de permanente adequação da norma geral e abstrata aos fatos sociais verificados no cotidiano da vida das pessoas, em constante mutação.

As noções indeterminadas se valem de linguagem caracterizada por uma textura aberta. Os modelos de comportamento por elas veiculados revelam-se indeterminados, o que torna sua aplicação problemática, por força do que se denomina, em teoria da comunicação, uma textura aberta. Sistemas jurídicos diferentes ou o mesmo sistema jurídico em diferentes épocas precisam encontrar meios de assegurar a mais adequada aplicação de normas gerais e abstratas aos casos particulares. Uma das soluções consiste em regular a conduta dos homens por meio de normas que utilizem conceitos que possuam o mesmo significado em todas as situações em que eles devam ser aplicados. O conceito de bons costumes, por exemplo, é um só, embora os costumes do começo do século XX não sejam os mesmos do século XXI, no Brasil. Os homens que legislam não podem deter total conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro vai deparar⁷¹.

Dizer que a linguagem da lei ostenta uma textura aberta significa reconhecer que os conceitos por ela utilizados não têm um conteúdo

Fundação Caljuste Gulbenkian, 1979, p. 262.

⁶⁸ ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, trad. Juan José Gil Cremades, Granada: Comares, 2004, p. 177 e 202.

⁶⁹ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M^o. *Ley y derecho*, Madri: Tecnos, 1976, p. 156.

⁷⁰ REALE, Miguel. *Exposição de motivos do supervisor da Comissão elaboradora do Código Civil*, 1975.

⁷¹ HART, H. L. A. *Le concept de droit*, trad. Michiel van de Kerchove, Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 159-161.

precisamente delimitado. E não só a parte expressa da comunicação legal deve ser tida em linha de conta: a parte implícita, ou seja, aquela que se depreende do contexto global do enunciado deve igualmente ser levada em consideração. De fato, os estudos sobre comunicação ensinam que esta contém dois elementos distintos, mas indissociáveis: o elemento expresso (no caso da lei, o texto) e o elemento implícito, vale dizer, o contexto que encerra o elemento implícito. Sem ir a extremo de supor que as palavras não têm sentido por si próprias, força é concluir que seu sentido adequado depende, e muito, do contexto em que eles são aplicados⁷².

5.2 Standards jurídicos

Standard é palavra da língua inglesa que significa modelo, padrão, entre outros significados (norma, tipo, regra). Não é termo jurídico. Em linguagem comum, quer dizer aquilo que está conforme à norma, à lei, aos costumes, etc.; aquilo que pode servir de modelo, de base.

Os léxicos jurídicos o definem. Segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, *standard jurídico* é critério básico de avaliação de certos conceitos jurídicos indefinidos, variáveis no tempo e no espaço⁷³. Para o Vocabulário Jurídico de Cornu, *standard* designa norma flexível fundada em um critério intencionalmente indeterminado, critério diretivo (englobante e plástico, mas normativo) que incumbe ao juiz, em virtude de implícita remissão legal, aplicar caso a caso, à luz de dados extralegais ou mesmo extrajurídicos (referências costumeiras, necessidades sociais, contexto econômico e político), ocasião de adaptar a norma à diversidade de situações, ao perenizá-la. Como sinônimos de noção-quadro, são dados exemplos: interesses da criança, exigência de boa justiça, prazo razoável, iniquidade manifesta, ordem pública, bons costumes, circunstâncias excepcionais, boa-fé⁷⁴. O Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito assim define *standard jurídicos*: Termo ou locução inseridos em uma regra de direito ou em qualquer ato jurídico, em referência a um estado de fato ou uma qualidade cuja identificação requer uma avaliação ou uma apreciação. De maneira mais geral, noção da linguagem jurídica de conteúdo indeterminado ou variável; noção vaga⁷⁵.

A noção de standard jurídico tem origem no direito anglo-saxão, mas no direito romano são encontrados exemplos de standards, como os de boa-fé e bom pai de família. Os standards jurídicos não são normas, porém, exercem a função de uniformizar a interpretação de conceitos indeterminados. Não são fontes do direito nem se confundem com os princípios gerais do direito. Coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de forjar a noção de standards jurídicos, que, no entender de Tercio Sampaio Ferraz Jr., são fórmulas interpretativas

⁷² CÔTÉ, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2ª ed., Québec: Les Éditions Yvon Blais, 1990, p. 261-262.

⁷³ Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. *Standard jurídico*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 534.

⁷⁴ CORNU, Gérard. *Vocabulaire Juridique*, 8ª ed., Paris: PUF, 2009, p. 885 e 619.

⁷⁵ ORIANE, Paul. *Standart juridique*. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ª ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 581.

gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos como mulher honesta, justa causa, trabalho noturno, ruído excessivo, etc.⁷⁶.

Trata-se de noções insuscetíveis de precisa definição, porém encontradas em todos os sistemas jurídicos. Os standards correspondem a critérios lastreados naquilo que parece normal e aceitável na sociedade no momento em que os fatos são apreciados. São instrumentos de medida de comportamentos e de situações que permitem integrar na ordem jurídica as realidades e valores sociais do momento. São verdadeiros conceitos elásticos⁷⁷.

Os standards jurídicos são regras flexíveis ou diretivas (*General Plausel*), que deixam ao juiz um amplo poder de apreciação do caso concreto segundo as circunstâncias⁷⁸. Implicam poder discricionário e, sendo noção maleável, deixam ao juiz certa margem de atuação⁷⁹, por constituírem apenas uma diretriz geral que, indicando o fim perseguido, guiam o juiz na aplicação do direito. Paul Roubier cita alguns standards usuais no direito anglo-americano: conduta desleal (*unfair competition*) em matéria de restrições ao trabalho e de monopólios; prudência necessária (*due care*) na apreciação da culpa; procedimento regular (*due process of law*) na apreciação da inconstitucionalidade das leis, etc.⁸⁰.

O standard é uma noção em que o fato predomina sobre o direito. É sempre lembrado em doutrina a definição que de standard fornece Roscoe Pound: uma medida média de conduta social correta, apreciada em função do ideal vigente em dado momento e local, que supõe certo senso em face das coisas da vida e certa margem de apreciação por parte daquele que o aplica. Suas funções podem ser classificadas em duas categorias: função técnica, ao permitir a adaptação do direito à evolução da sociedade; e função ideológica, por assegurar a legitimidade das soluções jurídicas encontradas⁸¹.

Foi a jurisprudência inglesa que introduziu o standard ao lado da norma. Ao contrário desta, que vincula o juiz, o standard é uma diretiva geral destinada a guiar o juiz na aplicação do direito a dar-lhe uma ideia de sua finalidade. Em lugar de regras precisas e fórmulas inflexíveis e imutáveis, adotam-se simples diretivas, grandes linhas de conduta que permitem certa liberdade de ação e adaptação muito mais sensíveis às circunstâncias variáveis da vida social. Al-Sanhoury lembra que, na época clássica, o direito romano forjou o standard da boa-fé para os *negotia bonae fidei* e o standard da conduta do bom pai de família para a noção de culpa. A complexidade crescente da vida social e a evidente incapacidade da lei para tudo prever e tudo regular determinam o aparecimento do standard⁸².

⁷⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Atlas, 1988, p. 223.

⁷⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 1989, p. 200.

⁷⁸ DABIN, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, nova edição, Paris: Dalloz, 1969, p. 84.

⁷⁹ DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie et à la philosophie du Droit*, 4ª ed., Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1967, p. 96.

⁸⁰ ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*, Paris: Recueil Sirey, 1946, p. 81.

⁸¹ BLOUD-REY, Céline. Standart. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, 2003, p. 1440.

⁸² AL-SANHOURY, A. A. *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, Paris: Marcel Giard, 1925, p. 29.

O standard apresenta, juntamente com o princípio jurídico, duas características: a falta de precisão, de um lado, e, de outro, a generalização e a abstração lógica. Entretanto, eles não se confundem. A noção de princípio jurídico corresponde a certa categoria de normas jurídicas e delas se destaca por via de indução, procedendo por abstração lógica e eliminando as particularidades de cada norma. Já o standard não busca a generalização eliminando as circunstâncias particulares: ele prescreve a maneira como as pessoas devem conduzir-se em sua atividade, e isto unicamente para guiar o juiz que vai julgar, com o bom-senso e a situação baseada em sua própria experiência, a conduta de determinada pessoa em determinadas circunstâncias. Não há no standard, pois, generalização nem abstração, porque ele não visa um caso particular em circunstâncias particulares. Daí a definição de standard como o procedimento que prescreve ao juiz tomar em consideração o tipo médio de conduta social correta para determinada categoria de atos que lhe incumbe apreciar⁸³.

É verdade que a utilização dos standards alcançou seu apogeu na França durante os anos 20 do século XX, para depois declinar. Hoje em dia, os standards já quase não são empregados, mas permanece viva a ideia de que eles são instrumentos de medida em termos de normalidade, a despeito da ambiguidade da noção de normalidade. Vale salientar que a normalidade pressupõe o que é habitualmente pensado, e não necessariamente o que pensam certas pessoas. A utilidade do standard, portanto, é inegável, uma vez que ele introduz no direito a ideia de normalidade.⁸⁴

5.3 Valores

O vocábulo port. *valor* deriva do lat. tardio *valore*, cognato do v. *valere*, que tem o sentido original de ser forte, ter a força ou o poder de; poderoso. Deriva da raiz *wal-*, que exprime a força, o poder. Em sentido metafísico, significa caráter que faz certas coisas dignas de estima; aquilo que é digno de ser buscado⁸⁵. Em acepção sociológica, *valor social* tem o significado de ideias, normas, conhecimentos, técnicas e objetos materiais, em torno dos quais se vão condensando, pela interação social, opiniões e atitudes favoráveis, baseadas sobretudo em experiências positivas⁸⁶. Em sentido objetivo, tem o significado de bem em si; aquilo que, em geral, é considerado bom, útil, digno de estima⁸⁷.

A ciência ou teoria dos valores denomina-se axiologia, do gr. *axia*, valor, preço, dignidade; cognato de *axios*, digno, capaz, hábil, conveniente, condigno, que vale⁸⁸.

⁸³ STATI, Marcel O. *Le standart juridique*, Paris: Librairie de Jurisprudence Anacienne et Moderna, 1927, p. 58-59 e 45.

⁸⁴ RIALS, Stéphane. *Les standards, notions critiques du droit*. In: PERELMAN, Chaim; VANDER ELST, Raymond (ed.). *Les notions à contenu variable en droit*, cit., p. 43-44.

⁸⁵ CUVILLIER, Armand. Valor. In: *Pequeno vocabulário da língua filosófica*, cit., p. 162.

⁸⁶ WILLEMS, Emilio. Valor social. In: *Dicionário de sociologia*, Porto Alegre: Globo, 1961, p. 354.

⁸⁷ CORNU, Gérard. Valeur. In: *Vocabulaire juridique*, cit., p. 952.

⁸⁸ BÖLTING, Rudolf. *Axia; axios*. In: *Dicionário grego-português*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1953, p. 78 e 79.

A noção de valor é desconhecida na Antiguidade clássica. Entretanto, aos juristas romanos pareceu necessário estimar o valor das coisas (*id quod valent*). Para corrigir os injustos desequilíbrios nas trocas e na repartição das coisas, torna-se indispensável inventar uma medida comum, medir os preços respectivos. Um texto de Aristóteles traz à luz esta necessidade⁸⁹. A função do direito, segundo esta linha de raciocínio, seria proporcionar o quinhão das coisas a cada pessoa segundo o grau do seu valor, seu mérito, sua dignidade⁹⁰.

Os léxicos jurídicos definem valor. Uma dessas definições reza: filosoficamente, aquilo que diz respeito à finalidade intrínseca do ser. Social e politicamente, aquilo que a sociedade reputa de importância fundamental para a consecução dos fins que o Estado pretende alcançar⁹¹. Outra definição: qualidade de uma coisa ou de uma ação, em virtude da qual elas merecem estima ou são objeto de um desejo. Caráter daquilo que é conforme à regra ou à decisão tomada em virtude de um julgamento de valor no sentido anterior. O que fundamenta a validade⁹².

No entender de Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, há valores universais ou absolutos, admitidos por todos, tais como o Verdadeiro, o Bem, o Belo, o Justo⁹³. Tais valores universais podem ser chamados de valores de persuasão, porque exercem efetivamente papel argumentativo. A esta lista Neil MacCormick acrescenta o Razoável (*Reasonable*)⁹⁴.

Os valores interferem na conceituação de sistema jurídico, porque, como disse Canaris, o sistema pode ser definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito⁹⁵, mas não se restringe a eles, devendo ser incluída a conexão da vida, dos valores, dos institutos, etc., salientando-se assim os elementos de adequação valorativa⁹⁶.

Há quem negue a importância dos valores, esposando expressamente a posição de nihilismo axiológico. Theodor Geiger sustenta que os valores não são reais, mas sim imaginários. O bom, o belo, o correto, são *termini* que não têm correspondências no mundo da realidade: a concepção desses valores é somente uma realidade psíquica⁹⁷. Trata-se, porém, de atitude isolada, que não se reflete no pensamento jurídico dominante. Na verdade, o conceito de valor é uma noção-chave, tipicamente teleológica, que aproxima as explicações

⁸⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, trad. Leonel Vallandro, São Paulo: Abril Cultural (Col. Os Pensadores), 1973, p. 328. É o texto constante do livro V, cap. V, n° 1133ª.

⁹⁰ VILLEY, Michel. Préface a GRZEGORCZYK, Christophe. *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris: LDGJ, 1982, p. 5.

⁹¹ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. Valor. In: *Dicionário Jurídico*, cit., p. 584.

⁹² DELGADO OCANDO, José Manuel. Valeur, trad. André-Jean Arnaud. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 633.

⁹³ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação - a nova retórica, trad. Maria Ermentina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 86.

⁹⁴ MACCORMICK, N. On Reasonableness. In: PERELMAN, Chaim VANDER ELST, Raymon (ed.). *Les notions à contenu variable en droit*, cit., p. 131.

⁹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2ª ed., cit., p. 77 e 78.

⁹⁶ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.

⁹⁷ GEIGER, Theodor. *Moral y Derecho - polémica con Uppsala*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona: Editorial Alfa, 1982, p. 14-15.

teórica e filosófica. A teoria dos valores fornece a moldura explicativa para a passagem entre o fato bruto e a finalidade, para a interpretação racional dos comportamentos humanos⁹⁸.

A importância da noção de valor para o jurista se evidencia numa dupla dimensão: na produção do direito e na sua aplicação. Epistemologicamente, convém lembrar que, como ensina Gofredo Telles Júnior, o valor tem dois fundamentos. O primeiro é o objetivo e consiste na bondade do objeto. O segundo é subjetivo e consiste no critério de quem julga essa bondade⁹⁹. Ambos os fundamentos apresentam relevância na análise dos dois momentos apreciados na teoria do direito, acima indicados: o de sua produção e o de sua aplicação.

A produção do direito se desdobra no interior de um campo de valores, de um código cultural próprio de cada sociedade, que lhe serve de suporte interpretativo e do qual decorrem impulsos para sua aplicação e efetividade¹⁰⁰. Uma norma jurídica não surge *ex nihilo*: resulta da dialética de fatos (valorizados) e de valores (em vias de realização)¹⁰¹. Em sua aplicação, não se pode perder de vista que, como escreve Miguel Reale, o valor-fim próprio do Direito é a justiça, não como virtude, mas em sentido objetivo como justo, como ordem que a virtude justiça visa realizar¹⁰².

Muito se escreveu sobre este tema, mas força é reconhecer que a teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, é a que mais satisfatória solução proporciona para resolver o problema dos fins do direito. É no trinômio fato, norma, valor que se encontra o eixo de toda discussão a respeito do assunto. A norma jurídica é uma forma de integração fático-axiológica, dependendo dos fatos e valores de que se origina e dos fatos e valores supervenientes. Na sua aplicação, a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, e, em consequência, seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, nas circunstâncias em que o intérprete se encontra¹⁰³.

Corroborando essa conclusão, Recaséns Siches afirma que, como produto da cultura, o Direito transcende os limites da realidade, visando essencialmente o cumprimento de específicos valores, buscando realizar valores como a justiça, a dignidade e a autonomia de pessoa humana, a segurança, o bem-estar geral, etc.¹⁰⁴.

Ante o exposto, emerge a distinção entre princípio e valor, no campo do direito: enquanto aquele orienta o intérprete na busca de uma decisão justa para o caso concreto, este revela o fim social a ser alcançado no ato da aplicação da norma jurídica.

⁹⁸ GRZEGORCZYK, Christophe. *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris: LDGJ, 1982, p. 27.

⁹⁹ TELLES JÚNIOR, Gofredo. *Filosofia do Direito*, 1º t., São Paulo: May Limonad, s/data, p. 198.

¹⁰⁰ LAJOIE, André. *Surdetermination*. In: LAJOIE, Andrée et al. *Théories et émergences du droit*, Montréal: Les Éditions Thémis, 1998, p. 85.

¹⁰¹ OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau*, Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 365.

¹⁰² REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*, 2ª ed., São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 1972, p. 306.

¹⁰³ REALE, Miguel. *Filosofia de Direito*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 484 e 503.

¹⁰⁴ RECASÉNS SICHES, Luis. *Algunas notas sobre el sentimiento jurídico*. In: CAVALCATTI, Teófilo (org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 195.

Na interseção do valor com a decisão que ao juiz incumbe proferir evidencia-se a cautela que deve presidir ao afã de julgar. Somente na medida em que o juiz se atém ao código cultural inscrito na norma é que ele desempenha seu papel e exerce efetivamente uma função jurisdicional. Quando, ao contrário, o juiz usa seu poder de codeterminação para inventar um próprio código cultural, quando ele substitui seus próprios valores aos do autor da norma, deixa de se comportar como juiz e introduz uma nova dimensão na decodificação da norma. Aí nasce o governo dos juízes. E então o juiz deixa de exercer uma função estritamente jurisdicional. Ele se torna, neste momento, camuflado sob a toga de magistrado, o titular de uma verdadeira função administrativa, ou política¹⁰⁵.

5.4 Tópicos jurídicos

O vocábulo tópico deriva do gr. *topos*, lugar. Tópicos são categorias gerais, lugares-comuns utilizados como premissas da argumentação num esquema de raciocínio exposto em um debate. Trata-se de uma noção originalmente forjada para o discurso retórico. Quando o debate é de natureza judicial, fala-se em tópicos jurídicos.

Tópicos (*topiká*, em grego) é o título de uma obra de Aristóteles, na qual ele trata dos tópicos no quadro da argumentação de tipo dialético ou retórico, que se opõe à demonstração científica, apodítica, baseada em premissas que são verdadeiras e primeiras; no processo dialético, ao revés, as premissas não são verdadeiras, mas opiniões geralmente aceitas, isto é, aquelas que todos admitem, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos, em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes¹⁰⁶. Os conceitos e as proposições fundamentais encontradas nos processos dialéticos não são postulados nem axiomas (que deveriam servir de base a uma demonstração), mas *tópoi* da argumentação, ou seja, lugares-comuns, fórmulas, as mais familiares aos juristas ou aos oradores, que variam no tempo e no espaço, e cuja força persuasiva é reconhecida no confronto das opiniões¹⁰⁷.

A tópica era tratada por Cícero não como uma teoria da dialética mas como uma prática da argumentação, no campo da retórica. Na Idade Média, encontrou espaço propício para expansão no contexto do *trivium*, isto é, do grupo das três artes liberais (gramática, retórica, dialética) cujo estudo precedia o *quadrivium*. Entrou em declínio, para ressurgir na Europa, no segundo pós-guerra, em diversas disciplinas, não somente nem em primeiro lugar, no Direito. Ao que consta, a obra pioneira é a de autoria de Ernst Robert Curtius, *Literatura Europeia e Idade Média Latina*, de 1948.

No capítulo V de sua obra, Curtius apresenta a tópica, que é um celeiro de provisões: contém os mais variados pensamentos, que podem empregar-se em qualquer discurso e nos escritos em geral. Assim é que são estudadas as

¹⁰⁵ TIMSIT, Gérard. *Les noms de la loi*, Paris: PUF, 1991, p. 185.

¹⁰⁶ ARISTÓTELES. *Tópicos*, trad. Leonel Vallandro, São Paulo: Abril Cultural (Col. Os pensadores), 1973, p. 11. O texto é: *Tópicos*, I, 1, 100b.

¹⁰⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Topiques*. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 615.

seguintes variedades de tópica: a do discurso de consolação, a tópica histórica, a modéstia afetada, a tópica exordial, a tópica da peroração, a invocação da natureza, o mundo às avessas, o menino e o ancião, a anciã e a menina¹⁰⁸. Desde então, a tópica encontra aplicação em matérias como a ciência política, a sociologia, a teoria literária, a filosofia.

Coube a Theodor Viehweg, com sua obra *Tópica e jurisprudência*, editada em 1953, o mérito de introduzir a tópica no mundo do direito. Viviam-se uma fase de irrupção de correntes críticas, que reagiam contra o positivismo legalista. Afastando a aplicação estrita das normas do direito positivo, procurava-se promover uma reflexão metodológica sobre o raciocínio jurídico, atribuindo ao juiz a missão de encontrar para cada litígio uma solução equitativa, razoável e aceitável, embora dentro dos limites das prerrogativas que lhe outorgava o sistema jurídico, de direito legislado e codificado.

A função da tópica é a de um método apto a robustecer a justificação razoável na argumentação jurídica. Para realizar a síntese entre equidade e a lei, o juiz deve poder flexibilizar a última, mediante o emprego de normas jurídicas não codificadas, representadas por máximas e princípios gerais de direito que revelam os valores fundamentais assegurados pelo direito: são os lugares-comuns (*loci*), os tópicos que se formaram ao longo dos séculos, desde o direito romano. A tópica repele o dogma do modelo legalista: pressupõe a lógica do razoável, em virtude da qual a solução resulta não de uma dedução silogística, mas de um debate contraditório centrado na controvérsia dialética. Mediante o emprego da tópica, busca-se encontrar soluções que não somente sejam conformes à lei, mas antes privilegiem a conciliação do direito com a razão e a justiça¹⁰⁹.

No prefácio à tradução brasileira da obra de Theodor Viehweg, Tercio Sampaio Ferraz Jr. esclarece que a tópica não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles. Num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático. São *tópoi* noções como interesse, interesse público, boa-fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade. Prossegue o autor do prefácio: Noções-chaves como interesse público, vontade contratual, autonomia da vontade, bem como princípios básicos como não tirar proveito da própria ilicitude, dar a cada um o que é seu, *in dubio pro reo* guardam um sentido vago que se determina em função de problemas como a relação entre sociedade e indivíduo, proteção do indivíduo em face do Estado, do indivíduo de boa-fé, distribuição dos bens numa situação de escassez, etc., problemas estes que se reduzem, de certo modo, a uma aporia nuclear, isto é, a uma questão sempre posta e renovadamente discutida e que anima toda a jurisprudência: a aporia da justiça¹¹⁰.

¹⁰⁸ CURTIUS, Ernst Robert. *Literatura europeia e Idade Média latina*, trad. Teodoro Cabral, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1957, p. 82 e segs.

¹⁰⁹ CORIAT, Jean-Pierre. *Topiques juridiques*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*, cit., p. 1.485.

¹¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio a: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, p. 3-4.

Em sua obra, Theodor Viehweg ensina que a tópica é uma técnica do pensamento problemático: trata-se de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema, entendendo-se por problema toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta. Característica do pensamento problemático é reclamar uma eterna busca dialética, um sistema aberto. A *techne* jurídica, a serviço da ciência do direito, a implica a incessante busca do justo. O direito positivo emana dessa busca. Trata-se simplesmente da questão do que seja justo aqui e agora¹¹¹.

O modelo tópico de funcionamento da jurisprudência a que se refere Viehweg é, ao ver de Manuel Atienza, indubitavelmente ingênuo. As reflexões de Viehweg a respeito da função da tópica, que seria a busca da realização do ideal de justiça, não passam, segundo Atienza, de uma trivalidade, que em nada contribui para fazer avançar a teoria do raciocínio jurídico. O problema, naturalmente, não consiste em lançar proclamações vazias sobre a justiça, mas sim em idealizar algum tipo de método que permita discutir racionalmente as questões da justiça¹¹².

Também Luis Alberto Warat dirige críticas à concepção de Viehweg, que, segundo ele, é vacilante e, muitas vezes, incoerente, em razão de seu apego e culto à dogmática jurídica¹¹³. Inegável, porém, é que a doutrina de Viehweg ostenta valor incontestável para a solução do problema da aplicação prática do direito, porque, como diz o próprio Warat, a adoção dos tópicos conduz a decisões legitimadas por fundamentos de caráter persuasivo, aceitos pela comunidade e incorporados ao saber jurídico. De qualquer forma, é certo que os tópicos não são princípios jurídicos nem exercem a mesma função deles.

5.5 Conclusão

Do exposto acima (item 5.1), resulta a clara distinção entre princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados (figura da qual se aproximam os preceitos de textura aberta, os valores e os tópicos).

Os conceitos jurídicos indeterminados, que não se confundem com os princípios, são formulações ideais, vale dizer, mentais ou pensadas, de elementos da realidade, das quais derivam consequências jurídicas. Não há uma regra estrita que discipline a aplicação desses conceitos, pois o fator decisivo reside no poder discricionário do intérprete (juiz ou outro jurista). Como elementos da integração do direito, têm por efeito a aproximação entre a generalidade da norma jurídica e o caso concreto que se encontra em exame. Por meio dos princípios, a argumentação jurídica centra-se na própria norma para aproximá-la da realidade, mercê dos processos de interpretação. Por meio dos conceitos indeterminados, o esforço de aproximação centra-se nos fatos ou circunstâncias do caso em estudo, isolando-os com o fito de concretizar a persuasão de que determinada solução é efetivamente a mais adequada.

¹¹¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 88.

¹¹² ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho* – teorías de la argumentación jurídica, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 60.

¹¹³ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*, II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 31.

Os conceitos indeterminados partem não da norma, mas dos fatos reais, para, atentas as circunstâncias que os cercam e as peculiaridades que lhes são próprias, aproximá-los da norma que o intérprete criará para solucionar o problema real¹¹⁴.

6 Brocardos, adágios, aforismos

Brocardo, adágio e aforismo são sinônimos.

A palavra *brocardo* provém do lat. mediev. *brocardus*, substantivo próprio: Burchard, bispo de Worms, que no século XI compôs uma compilação canônica de sentenças que se tornaram célebres, sob o título Brocardia. Brocardos são axiomas jurídicos, preceitos gerais extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes (axioma é uma regra breve que, em matemática, designa as proposições evidentes por si mesmas e que dispensam demonstração).

O vocábulo *adágio* deriva do lat. *adágio-onis*, mais tarde *adagium*, -i, proveniente de *aio*, verbo que significa dizer sim, afirmar¹¹⁵. É uma sentença moral, um provérbio; expressão lapidar consagrada pela tradição, que enuncia, sob forma concisa e elegante, uma regra jurídica ou um fato de experiência.

Aforismo é palavra derivada do gr. *aphorismos*, do v. *aphorizo*, definir: é uma breve sentença que em poucas palavras contém um princípio de doutrina¹¹⁶. O aforismo era cultivado pelos médicos e filósofos da Antiguidade. Trata-se de uma proposição breve que resume o essencial dos conhecimentos e da experiência de um ponto de ciência, de doutrina ou de prática. Ex.: Os aforismos de Hipócrates (século V a.C.).

São também sinônimos: apotegma, sentença, parêmia.

O *apotegma* (do gr. *apophthegma*), derivado do v. *apophthegestai*, proferir uma máxima é a fala memorável de um ancião, uma frase atribuída a um personagem célebre, demonstração espirituosa de um ensinamento. Ex.: Os Apotegmas dos Antigos, de Plutarco). É um dito breve e sentencioso.

Sentença (do lat. *sententia*, de *sentire*, sentir, perceber) define-se como uma opinião sábia e autorizada, sentimento profundo emitido por um jurisperito, de valor doutrinário consagrado. Exemplo ilustre: as Sentenças de Paulo.

Parêmia (do gr. *paroimia*, provérbio) é um provérbio; o mesmo que máxima, ditado, anexam. A máxima é uma sentença relevante, que contém uma verdade superior ou um preceito moral, expressando muitas vezes um princípio geral do direito. Também se usa o termo ditado (do lat. *dictum*, part. de *dicere*, dizer), que exprime uma faceta de sabedoria em forma de provérbio; breve ensinamento de bom senso. Ex.: Quem pode o mais pode o menos. Quem cala consente.

¹¹⁴ PUIG BRUTAU, José. *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona: Bosch, s/ data, p. 196.

¹¹⁵ WAGNE, Augusto. Aio. In: *Dicionário etimológico da língua latina*, vol. I, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1952, p. 185.

¹¹⁶ RAMIZ GALVÃO. Aforismo. In: *Vocabulário etimológico, ortográfico e prosódico das palavras portuguesas derivadas da língua grega*, Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1994, p. 73.

Discrepam os autores quanto à juridicidade e à serventia dos brocardos. No passado, alguns juristas os julgavam eternos, por serem a própria razão natural escrita. Esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos¹¹⁷. Autores mais modernos, entretanto, os condenam, por destituídos de valor científico e muitas vezes falsos e inexatos. Roberto de Ruggiero escreve: São o mais perigoso instrumento nas mãos do juiz, quando pouco experiente na difícil arte de interpretar. Têm a aparência de princípios gerais e absolutos, mas não há um só que não seja falso, como regra geral: parecem as mais das vezes contraditórios e antitéticos, de modo que contra um, que afirma certa regra, é sempre possível encontrar outro, que contenha regra oposta; tem cada um seu campo de aplicação dentro de limites próprios, fora dos quais vigora regra contrária; mas não se esclarece quais sejam esses limites. Grande número dos erros cometidos na aplicação dos textos legais tem sua causa direta e imediata no abuso que os juízes e os advogados fazem desses aforismos, que, como foi dito, são falsos em sua generalidade¹¹⁸. Entre nós, Alípio Silveira declara seu prestígio, modernamente, pouco menos que nulo¹¹⁹.

Outra corrente de pensamento reconhece valor, embora limitado, aos brocardos jurídicos. Raimundo Bezerra Falcão os menciona entre as regras de hermenêutica externas e os considera regras de norteamento interpretativo. Eles resultam de interpretações ancestralmente realizadas e à interpretação se destinam, contudo, também eles reclamam interpretação¹²⁰.

Como soi acontecer em temas desta natureza, a opinião mediana é a que merece prevalecer. No caso, a lição de Carlos Maximiliano parece a mais convincente: Assim como os provérbios resumem a sabedoria popular, são os brocardos um elemento importante da tradição jurídica. Não têm força obrigatória: porém guiam, orientam o hermeneuta (...). Não se confunda o abuso com o uso prudente e oportuno. O perigo está na aplicação mecânica dos adágios, na obediência cega a dogmas tradicionais, no emprego não pensado e não consciente dos textos romanos: a jurisprudência não pode prescindir do coeficiente pessoal, do critério, do raciocínio. Cumpre verificar qual foi, na origem, o objeto da regra, conhecer o verdadeiro significado da mesma, empregá-la com pleno conhecimento de causa e senso da oportunidade, restringi-la aos casos que efetivamente abrangem¹²¹.

A maioria dos brocardos são enunciados em latim, embora nem sempre eles provenham do direito romano. Na Idade Média e no Renascimento foram criados inúmeros adágios, em língua latina, mas é certo que a maior parte deles vem do direito romano.

A compilação justiniãnea constitui o núcleo desse conjunto. O último título do Digesto (o XVII), *de diversis regulis iuris antiqui*, reúne 211 máximas

¹¹⁷ MAXILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 240.

¹¹⁸ DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1º, trad. de Ramón Serrano Suñer e José Santa-Cruz Teijeiro, Madri: Reus, s/data, p. 134.

¹¹⁹ SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito brasileiro*, 1º vol., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 384.

¹²⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 261.

¹²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, cit., p. 242.

colhidas nos escritos de antigos juriconsultos. Nesse florilégio oficial, os juriconsultos mais citados são Paulo, com 67 transcrições, e Ulpiano, com 61. Diversos fragmentos são de autoria de Pompônio (15), Gaio (15), Papiniano (10), Celso (9), Juliano (6), Modestino (4), Marcianus (1).

As máximas se caracterizam por sua concisão e generalidade: quanto a esta, é de lembrar que no início do adágio a palavra *nemo* aparece 14 vezes; *omnis, omnes, omnia* 8 vezes; *semper, quotiens, nulla, nullum, nihil* são frequentes. As regras tratam de todos os temas jurídicos, em particular a ação judicial e o processo, o testamento e a sucessão, a interpretação das leis e das declarações de vontade (20), as obrigações, os atos ilícitos (21), os danos, a fraude, o furto, a coação, a venda, a posse, a prescrição, o *status libertatis* ou a condição social (22). Interessando ao direito, muitos adágios derivam da lógica e do bom senso (*in toto et pars continetur*, Gaio; *semper speciali generalibus insunt*, Gaio). Trata-se de enunciados que condensam o que há de mais profundo na ciência do direito (= *iurisprudencia*), produtos de uma elaborada reflexão.¹²²

São encontrados em escritos de juristas brasileiros adágios redigidos em francês; por exemplo: *en fait de meubles possession vaut titre* = quando se trata de móveis a posse equivale a título (de propriedade); *pas d'intérêt pas d'action* (a falta de legítimo interesse acarreta a carência de ação); *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

Embora não gozem mais do prestígio que outrora desfrutaram, os adágios ainda são empregados. São inúmeros os repertórios que os divulgam. Apenas como exemplo, citam-se os de Tassilo Orpheu Spalding¹²³, Paulo Rónai¹²⁴ e Dirceu A. Victor Rodrigues¹²⁵. Casos há em que um adágio se torna objeto de teses ou de estudo doutrinário profundo; por exemplo, o estudo de Tzarano¹²⁶.

Os adágios podem ser classificados em duas grandes categorias: 1ª – adágios que veiculam o direito; 2ª – adágios que servem ao direito (para, meta ou suprajurídicos).

Adágios que veiculam o direito.

Verdadeiros adágios jurídicos expressam uma norma jurídica e podem ser divididos de acordo com a finalidade que buscam alcançar; adágios que veiculam regras técnicas; princípios gerais; diretrizes de interpretação e explicações fundamentais. Vejamos exemplos de cada um deles.

a) Regras técnicas

Pela precisão de seu objeto, os adágios que enunciam estas regras se assemelham às disposições legislativas, das quais se distinguem apenas pela forma. Dizem respeito à ação judicial, à prescrição, ao processo em geral. Ex.: *Ne procedat iudex ex officio*.

¹²² CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*, Paris: Montchrestien, 1990, p. 359 e segs.

¹²³ SPALDING, Tassilo Orpheu. *Pequeno dicionário jurídico de citações latinas*, São Paulo: Saraiva, 1971.

¹²⁴ RÓNAL, Paulo. *Não perca o seu latim*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

¹²⁵ RODRIGUES, Dirceu A. Victor. *Dicionário de brocardos jurídicos*, 6ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1970.

¹²⁶ TZARANO, Grégoire J. *Étude sur la règle: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, s/ data.

b) Princípios gerais

São verdadeiras máximas que, pela generalidade e pelo alcance, constituem-se em preceitos de ordem superior. Ex.: *Pacta sunt servanda*.

c) Diretrizes de interpretação

Trata-se de princípios jurídicos de interpretação, que orientam o jurista na tarefa de interpretar a lei. Ex.: *Ubi eadem ratio, idem ius*.

d) Explicações fundamentais

São sentenças que explicam o direito. Têm origem doutrinária, mas exprimem opiniões consagradas. Ex.: *Forma dat esse rei*.

Estes adágios não veiculam normas jurídicas *stricto sensu*, mas são úteis ao direito. Embora compostos de elementos exteriores ao direito, contribuem para sua compreensão e sua realização, pelas ideias e valores que exprimem. São: a) máximas superiores; b) conselhos práticos; c) máximas de sagacidade; d) evidências lógicas; e e) notas de valor.

a) Preceitos superiores

Estes adágios exprimem ideias que elevam o direito, ligados à moral, ao direito natural ou a outras fontes de valor. Compreendem dois grupos: I – máximas de equidade; II – máximas que comportam uma concepção do direito.

I) Máximas de equidade

Preconizam a realização da justiça e o equilíbrio. Ex.: *Ubi emolumentum, ibi onus*.

II) Máximas que contêm uma concepção do direito

Caracterizam ou definem o direito. Ex.: *Ius est ars boni et aequi*.

b) Conselhos práticos

Exprimem dados da experiência, observações de sabedoria popular. Ex.: *Verba volant, scripta manent*.

c) Máximas de sagacidade

Semelhantes aos anteriores, caracterizam-se pelo realismo e pelo pragmatismo. Passam por verdades de experiência e tratam principalmente da prova. Ex.: *Idem est non esse et non probare*.

d) Evidências lógicas (axiomas)

Sua força provém da evidência no sentido comum, mas encontram notáveis aplicações. Ex.: *Sublata causa, cessat effectus*.

e) Notas de valor

Enunciam julgamentos de valor sobre fatos e atos, mais geralmente sobre situações e comportamentos de diversa consideração. Ex.: *En fait de meubles, possession vaut titre*¹²⁷.

¹²⁷ CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*, cit., p. 369 e segs.

7 Direito romano

O direito romano não constitui um sistema. Consta de uma enorme coleção de textos de riqueza incomensurável, não raramente heterogêneos ou contraditórios, que se estende por mais de seis séculos. O jurista contemporâneo fala de sistema, mas em latim clássico esta palavra não é usada, a não ser nas acepções técnicas referentes à métrica e à música. Em uma tradução de Cícero de texto grego, em que se emprega o substantivo *sistema*, lê-se o verbo latino *constare*. O fato se deve à tendência, típica do latim clássico, de evitar abstrações. Aqui, tem pleno cabimento lembrar o alvitre de Antonio Manuel Hespanha, que censura a tendência de alguns historiadores para impor ao passado os paradigmas do presente. A deformação do passado pela utilização de categorias vigentes na época do escritor merece condenação¹²⁸.

Os juristas romanos evitavam o uso do termo abstrato *sistema*, como totalidade coerente, para designar o material objeto de seu estudo¹²⁹.

Ao falar de direito romano, é de rigor abandonar o cômodo artifício de considerá-lo um bloco monolítico; cumpre não perder de vista as diversas fases de seu desenvolvimento.

O gênio eminentemente prático dos romanos fez do direito, ao contrário de outras legislações primitivas, um domínio distinto da religião e da moral. Há um direito religioso: é o *fas*; e há um direito profano independente do *fas*, que é o *ius* (*iura*). Feito pelos homens, o *ius* não é obra de uma vontade superior, infalível e imutável. Produto das necessidades sociais, ele se modela ao sabor das transformações sofridas pelo ambiente sobre o qual incide¹³⁰.

É natural que o direito privado reflita as características do espírito romano. Como ser pragmático por excelência, o romano não vê na regra jurídica a expressão de um alto valor moral, mas ele a acata porque, avisadamente, percebe sua vantagem imediata. A utilidade é para ele a fonte e a justificação do direito. Horácio, que não era jurista, mas um poeta fortemente imbuído de noções jurídicas, diz claramente: *utilitas iusti prope mater et aequi*: a utilidade é, por assim dizer, a mãe da justiça e da equidade¹³¹.

As fontes do direito variam, segundo as diversas fases da evolução histórica.

No antigo direito romano, a fonte por excelência é o costume: como todo direito arcaico, é essencialmente consuetudinário: *mos maiorum, consuetudo*. Na República, a lei entra em concorrência com o costume como fonte do direito. Citam-se algumas leis importantes: a famosa lei das XII tábuas, de 451-449 a. C.; a *lex Cinnia* (204 a. C.) sobre as doações; a *lex Furia* (cerca de 200 a. C.) sobre testamentos; a *lex Atilia* (186 a. C.) em matéria de tutela; a *lex Aquilia* (por volta do século III a. C.), que sancionava como delito privado o *damnum*

¹²⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime. In: HESPANHA, A. M. (org.). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 25.

¹²⁹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*, vol. 1, trad. Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fortes, 2008, p. 15-22.

¹³⁰ MAY, Gaston. *Éléments de droit romain*, 7^ª ed., Paris: Librairie de la Société du Recueil Général, 1901, p. 13.

¹³¹ Horácio. *Sátiras*, I, 3, 98.

iniuria datum; a *lex Julia de adulteriis*. Outras fontes são os *senátus-consultos* e os *éditos dos magistrados*¹³².

No direito clássico (que se estende do século II a. C. ao fim do século III d. C.) subsistem as fontes do período anterior, mas surgem duas novas fontes: as constituições imperiais e as respostas dos juriconsultos¹³³.

O direito romano do Baixo Império desenvolve-se dos séculos IV a VI da nossa era. Nesta fase, registram-se os primeiros esforços de codificação, que culminam com a compilação ordenada pelo imperador Justiniano. O conjunto das coletâneas, ao qual mais tarde se deu o nome de *Corpus Iuris Civilis*, compreende quatro partes: o Código (*Codex Justiniani*), o Digesto (*Digestas* ou *Pandectas*), as Instituições (*Institutiones Justiniani*) e as Novelas (*novellae* ou leis novas)¹³⁴.

Cabe lembrar que as fontes do direito romano estão relacionadas em dois textos. Papiniano: *Ius autem civile est, quod ex legibus plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt, adiuvandi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatur*. Assim, o direito civil é o que deriva das leis, dos plebiscitos, dos *senátus-consultos*, dos decretos dos príncipes, da autoridade dos juriconsultos. O direito pretoriano é o que os pretores introduziram para interpretar, integrar ou corrigir o direito civil, em razão da utilidade pública: o qual também se designa por honorário, em honra dos pretores¹³⁵. Gaio: *Constant autem iura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*. Assim, o direito consiste das leis, dos plebiscitos, dos *senátus-consultos*, das constituições dos príncipes, dos *éditos* daqueles que têm o direito de promulgá-los, das respostas dos juriconsultos¹³⁶.

Interessam-nos aqui, particularmente, as respostas dos juriconsultos, assim definidas nas Instituições de Gaio: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere*. As respostas dos juriconsultos são os pareceres e as opiniões daqueles que têm permissão de constituir o direito¹³⁷. Como explica Ebert Chamoun, a atividade dos juriconsultos consistia em *respondere*, isto é, responder às consultas jurídicas, *agere* ou dirigir os processos, e *cavere* ou redigir os atos jurídicos¹³⁸.

Os romanos faziam alto conceito daqueles que se consagram ao direito, a seu ensino e a sua aplicação. O direito é para eles a arte do bom e do justo¹³⁹ e aqueles que a ele se consagram exercem uma espécie de sacerdócio¹⁴⁰. Segundo Stammler, o mais belo e mais grandioso em sua obra está no seu talento para

¹³² GIRARD, Paul Frédéric. *Manu el élémentaire de droit romain*, 5ª ed., Paris: Arthur Rousseau, 1911, p. 34.

¹³³ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Edit. Fortaleza, 1950, p. 89.

¹³⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, 3ª ed., trad. A. M. Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 92.

¹³⁵ D. 1, 1, *de iustitia et iure*, 7, pr. e § 1.

¹³⁶ *Institutiones*, 1, 2.

¹³⁷ *Institutiones*, 1, 7.

¹³⁸ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 35.

¹³⁹ D. 1, 1, *de iustitia et iure*, pr. (Celso, cit. por Ulpiano).

¹⁴⁰ D. 1, 1, *de iustitia et iure*, § 1.

encontrar sempre nos casos controvertidos a solução que na situação litigiosa dita o direito justo¹⁴¹. A duração milenar do direito romano se deve, ao ver de Rafael Bielsa, ao alto valor de suas sentenças ou máximas, pois não sobrevive às transformações sociais, políticas e econômicas um princípio jurídico que não encontre apoio consistente no justo e no moral, ostentando vitalidade em face das modificações que os acontecimentos e os tempos impõem a todas as coisas¹⁴².

Sem dúvida, os juristas romanos não elaboraram teorias abstratas sobre a justiça. O justo em geral não constituía objeto do seu labor, ao contrário do que sucedera com os filósofos gregos, que teorizavam o justo. Os romanos eram práticos: interessava-lhes a solução do caso concreto. Por isso, pode-se falar em ordenamento jurídico em Roma, mas não em sistema de direito romano. Sistema do direito romano (Saviagny) é criação do século XIX¹⁴³.

Descabe, no direito romano, falar em exegese das leis, porém, mais propriamente, em inteligência e interpretação dos costumes. Pompônio, em passagem bem conhecida, esclarece: *Ita in civitate nostra, aut iure, id est, lege constituitur: aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*. É assim que, em nossa cidade, o direito se constitui de leis, porém, o direito civil em sentido próprio consiste, na ausência de toda lei escrita, naquilo que somente resulta do trabalho de interpretação dos jurisconsultos¹⁴⁴. Não se admite, portanto, que as sentenças sejam deduzidas das leis, isto é, que as decisões derivem do direito concebido como um sistema legislativo. As leis e o direito configuram esferas distintas, embora as primeiras possam interferir. No Digesto, os dois primeiros títulos do livro I são dedicados aos princípios do *ius*, e, depois deles, vem um terceiro, separado, relativo às leis e ao costume (*de legibus, senatusque consultis et longa consuetudine*). É neste título que se encontra a definição de *lex*, segundo Papiniano: *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultam: delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponso*. A lei é um preceito geral, deliberação de homens sábios: repressão dos delitos, cometidos intencionalmente ou por ignorância, compromisso comum da república¹⁴⁵. O trabalho dos jurisconsultos tem por efeito a produção de definições e de regras jurídicas gerais, conferindo ao direito forma escrita¹⁴⁶.

O direito romano é, assim, axiomático: não deduz a solução das controvérsias de regras estabelecidas de antemão. Como se lê em Paulo: *non ex regula ius sumatur*¹⁴⁷. Não procede de cima para baixo, a partir de normas fixadas pelo legislador sábio e onisciente. Não é um direito legalista. Utiliza um número reduzido de leis e nele nada se encontra que possa assemelhar-se aos códigos modernos. O raciocínio dedutivo é moderadamente empregado, o que ocorre apenas quando, a título auxiliar, atende às determinações precisas do direito legislado. O método utilizado pelos juristas romanos é o casuístico, proferindo

¹⁴¹ STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho*, trad. W. Roces, México: Edit. Nacional, 1974, p. 29.

¹⁴² BIELSA, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*, 3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 266.

¹⁴³ FERRAZ, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito*, São Paulo: Atlas, 1988, p. 35 e 166.

¹⁴⁴ D. 1, 3, de origine iuris et omnium magistrum et su cessione prudentium, 12.

¹⁴⁵ D. 1, 3, de legibus senatus que consultis et longa consuetudine, 1.

¹⁴⁶ VILLEY, Michel. *Senatusque Le droit et les droits de E'homme*, Paris: PUF, 1990, p. 65.

¹⁴⁷ D. 50, 17, de diversis regulis iuris antiqui, 1.

em cada caso a sentença não de acordo com os ditames da lei, mas segundo o que impõem a natureza das coisas e as opiniões dos juriconsultos. Já houve quem dissesse que o direito romano apresenta uma estrutura casuística¹⁴⁸. Por esse motivo, Francisco Amaral ensina que o direito romano foi um direito dos juristas, na medida em que, sendo quase inexistentes os textos legais, eles decidiam os casos que lhes eram apresentados e para os quais eram chamados a dar respostas (*responsa*) ou decisões (*sententiae*). O processo de decisão jurídica tomava-se, então, a partir do caso, não de uma lei ou regra preexistente (...). O pensamento jurídico romano era, assim, um pensamento problemático, pois constituía o direito, a norma jurídica, a partir de um problema e com uma determinada técnica (*techné*) formada de princípios e proposições¹⁴⁹.

No desenvolvimento de sua atividade, que, como vimos, consistia em responder às consultas jurídicas (*respondere*), dirigir os processos (*agere*) e redigir os atos jurídicos (*cavere*), ou seja, ao proferirem as respostas às consultas (*responsa*) ou decisões (*sententiae*), os juriconsultos romanos deveriam, à míngua de textos legais preexistentes, inspirar-se em princípios, valores ou critérios, como a *bona fides*, a *aequitas*, a *utilitas*.

Convém notar que, sendo o direito romano um direito jurisprudencial, não se obriga, contudo, a observar os precedentes, isto é, as decisões anteriores dos juízes. É, mais propriamente, um *Juristenrecht* do que um *judge made law*. Distancia-se, então, do direito anglo-norte-americano, no qual os precedentes judiciais são considerados fontes formais do direito. Neste sistema jurídico, a regra do *stare decisis* significa que um caso anterior deve servir de norma para o posterior que lhe seja equiparado¹⁵⁰. Já o direito romano não pode ser considerado um direito de precedentes, embora, no exercício do *ius respondendi*, os juriconsultos romanos levassem em conta a força jurídica das *responsa* anteriores, que não poderiam deixar de exercer certa influência sobre as sentenças futuras a serem pronunciadas¹⁵¹.

8 Principia, praecepta, regulae iuris

Ante o exposto acima (item 7, supra), cabe indagar se o direito romano conheceu princípios jurídicos e, em caso afirmativo, se a concepção romana coincide com a atual. Para tentar dar uma resposta, seria de rigor distinguir as expressões princípios jurídicos e princípios gerais de direito? é sustentável a tese de que os *praecepta iuris* de Ulpiano¹⁵² e das Instituições de Justiniano¹⁵³ constituem princípios gerais do direito? Neste caso, seriam princípios exteriores, anteriores ao direito positivo, porquanto relacionados com a lei

¹⁴⁸ VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris: PUF, 2003, p. 429.

¹⁴⁹ AMARAL, Francisco. *Princípios fundamentais do direito contratual brasileiro*. Marcas romanas (separata de *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*), Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 424.

¹⁵⁰ BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*, trad. Enéas Marzano, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 409.

¹⁵¹ HAMZA, Gábor. *La formación del Derecho Privado Europeo y la tradición del Derecho Romano*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 39, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2011, p. 124-125.

¹⁵² D. 1, 1, *de iustitia et iure*, 10, § 1.

¹⁵³ I. 1, 1, *de iustitia et iure*, § 3.

natural, entendendo-se que este *ius naturale* não consiste em um direito superior (por exemplo, de origem divina), mas representa unicamente o conjunto das normas de conteúdo moral que governam a vida dos homens em sociedade. Pode-se igualmente afirmar que as diversas *regulae iuris* contidas no último título do último livro do Digesto¹⁵⁴ exprimem princípios jurídicos, no sentido de soluções jurídicas geralmente aceitas.

8.1 Principium

O vocábulo *principium* quase não é empregado pelos juristas romanos. Quando o é, contém a ideia de: primazia, o que vem em primeiro lugar, os primeiros elementos. Por exemplo: as primeiras palavras de um interdito possessório. Lê-se nas Instituições de Gaio: *Interdicto, cuius principium est QUORUM BONORUM...*¹⁵⁵; ou, ainda: *Interdictum cuius principium est UNDE TU ILLUD VI DEJECISTI*¹⁵⁶. O primado pode aludir a uma precedência cronológica, mas também conceitual, como se lê em Cícero (*De Legibus*): *ita principem legem*, referindo-se à lei natural que os deuses deram aos homens, pois que esta não é uma invenção humana nem uma decisão arbitrária dos povos, mas um princípio eterno que governa o mundo inteiro e indica o que convém permitir ou proibir¹⁵⁷.

Da ideia de primado ou anterioridade deriva a que empresta a *principium* o significado de causa eficiente de um fenômeno, ou seja, uma causa primeira suscetível de produzir efeitos. Neste sentido, também pode ser encontrado o emprego de *causa* e *fons*.

Cícero usa frequentemente *principium* com o significado de origem, começo. Assim é que vê na família o *principium* da cidade e o seminário da sociedade: *Id autem est principium urbis et quae seminarium reipublicae*¹⁵⁸. Na origem, os princípios naturais (*naturae principia*) da comunidade e da sociedade humana residem na razão e na linguagem¹⁵⁹. O homem é qualificado de *principium reliquarum rerum*, isto é, a razão de ser de todas as outras coisas: *Nunc quoniam hominem, quod principium reliquarum rerum esse voluit...*¹⁶⁰.

Aplicada ao domínio do direito, essa acepção leva Cícero a sustentar que, para formar o verdadeiro conhecimento do direito, é preciso começar por estudar os seus princípios. A ignorância, e não o conhecimento do direito, é que causa os processos: *potius ignoratio iuris litigiosa est quam scientia*¹⁶¹. É necessário examinar os princípios do direito: *nunc iuris principia videamus*¹⁶². Onde encontrar esses princípios que fundamentam o direito? No estudo da lei, que pode ser definida como a razão suprema gravada na natureza do homem, ditando-lhe o que deve fazer e proibindo-lhe o que deve ser evitado: *ut idem definiunt, lex est*

¹⁵⁴ D. 50, 17, de *diversis regulis iuris antiqui*.

¹⁵⁵ GAIO. *Instituições*, III, 34.

¹⁵⁶ Id., IV, 154.

¹⁵⁷ CÍCERO. *De Legibus*, III, 4 e 8.

¹⁵⁸ CÍCERO. *De Officiis*, I, 17, 54.

¹⁵⁹ Id., I, 16, 50.

¹⁶⁰ CÍCERO. *De Legibus*, I, 9, 27.

¹⁶¹ Id., I, 6, 18.

¹⁶² Id., ib.

*ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria*¹⁶³. É a lei que permite distinguir as coisas justas das injustas, expressando-se conforme a natureza antiga e primordial do mundo, a partir da qual se regem as leis dos homens, que punem os maus e tomam a defesa e a proteção dos homens de bem: *Ergo est lex iustorum iniustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos adficiunt, defendunt ac tuentur bonos*¹⁶⁴.

Os princípios jurídicos, suas raízes, devem ser descobertos na natureza: *stirpem iuris a natura*¹⁶⁵. Ela ensina aos homens que nascemos para a justiça e que o direito se funda não no acordo entre os homens mas na própria natureza: *nos ad iustitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius*¹⁶⁶. O direito deriva do princípio de sociabilidade: a natureza nos criou para participarmos uns com os outros e para formos o direito em comum entre todos nós: *sequitur igitur ad participandum alium cum alio communicandumque inter omnes ius natura esse factos*¹⁶⁷. Pois a quem a razão foi dada pela natureza, a estes também foi dada a justa razão; portanto, a lei, que é a justa razão quando ordena ou proíbe: *quibus enim ratio a natura data est, isdem etiam recta ratio data est; ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando*¹⁶⁸.

Os textos de Cícero acima transcritos demonstram que, em seu ensinamento, *principium* tem por função fundamentar uma ciência ou uma instituição, mas não designa aquilo que estrutura um conjunto organizado (sistema). Por outro lado, Cícero entende que é no íntimo da filosofia que se deve buscar o conhecimento do direito e não no édito do pretor ou na lei das doze tábuas (ou seja, no direito tal como existe): *non ergo a praeoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?*¹⁶⁹

8.2 Praeceptum (a).

Em sentido não especificamente jurídico, *praeceptum* designa de modo geral aquilo que ocupa o primeiro lugar, o que vem primeiro, de acordo com a etimologia (*prae*, antes, na frente, com sentido de preferência, anterioridade + *capere*, tomar). Deste primeiro sentido decorre um segundo: são preceitos os fundamentos de uma doutrina, de um pensamento. Cícero, por exemplo, salienta que o convívio com os filósofos dá a oportunidade de se instruir com os seus preceitos e sua doutrina: *abundare oportet praeceptis institutisque philosophiae*¹⁷⁰. É ainda Cícero quem afirma que os preceitos dos retores devem ser observados na conversação: *contentionis praecepta rhetorum sunt*¹⁷¹.

¹⁶³ Id., ib.

¹⁶⁴ Id., II, 5, 13.

¹⁶⁵ Id., I, 6, 20.

¹⁶⁶ Id., I, 10, 28.

¹⁶⁷ Id., I, 12, 33.

¹⁶⁸ Id., ib.

¹⁶⁹ Id., I, 5, 17.

¹⁷⁰ CÍCERO. *De Officiis*, I, 1, 1.

¹⁷¹ Id., I, 37, 132.

Esses ensinamentos podem ser considerados como um modelo de ação: *quod positum est in praeceptis, quibus in omnes partes usus vitae conformari possit* (regras às quais devemos a cada instante nos conformar), como diz Cícero¹⁷².

Na linguagem jurídica, o termo conserva esses significados, como se vê nas Instituições de Justiniano, que explicam, depois de fixar a noção de direito público (*quod ad statum rei publicae spectat*) e de direito privado (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*), que este último é tirado dos preceitos do direito natural, do direito das gentes e do direito próprio de cada cidade: *dicendum est igitur de iure privato, quod tripertitum est: collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*¹⁷³.

Em outra passagem, as Instituições assimilam *praeceptum* à lei: no que concerne ao casamento, precisam que justas núpcias são aquelas contraídas entre cidadãos romanos que se unem na conformidade dos preceitos, das regras estabelecidas pelas leis: *iustas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt*¹⁷⁴.

Muitas vezes, o vocábulo *praeceptum* assume o significado de comando, ordem ou injunção. Neste caso, a força imperativa de *praeceptum* não sofre contestação. É o caso de inúmeras constituições coligadas no Código de Justiniano, nas quais o termo contém a ordem ou comando imperativo dirigido pelo imperador a um subordinado, a decisão ou deliberação tomada pelo soberano e que ele ordena seja aplicada. A título de exemplos, entre muitos outros podem ser lembrados: *ex praecepto nostro competenter observet*¹⁷⁵; *ut praecepta nostra contemnat*¹⁷⁶; *praeceptus est imminere*¹⁷⁷.

Outro emprego do termo, na expressão *praecepta iuris*, suscita debates. Um dos primeiros fragmentos do Digesto¹⁷⁸, reproduzido nas Instituições de Justiniano¹⁷⁹, indica que os preceitos do direito (*praecepta iuris*) são os seguintes: viver honestamente (*honeste vivere*), não lesar outrem (*alterum non laedere*) e atribuir a cada um o que lhe é devido (*suum cuique tribuere*). Os dois primeiros preceitos aplicam-se a todos os compartimentos da vida e do comércio jurídico, enquanto o terceiro parece aludir à prática judiciária.

Como traduzir a expressão *iuris praecepta*? Pode dizer-se que se trata de preceitos jurídicos, vale dizer, de natureza jurídica, integrados no direito, impondo-se ao juiz ou ao intérprete de maneira imperativa? Ou, pelo contrário, deve-se traduzir por preceitos do direito, ou seja, ensinamentos situados fora do direito, mas que inspiram sua compreensão?

Uma provável resposta poderia considerar os três preceitos como de caráter extrajurídico, de origem filosófica ou moral. Como esclarece Matos Peixoto, é a moral e não o direito que recomenda o ato honesto; deve-se,

¹⁷² Id., I, 3, 7.

¹⁷³ Id., 1, de *iustitia et iure*, § 4.

¹⁷⁴ Id., I, 10, pr.

¹⁷⁵ C. I, 28, 2.

¹⁷⁶ C. I, 40, 6.

¹⁷⁷ C. I, 40, 10.

¹⁷⁸ D. 1, 1, de *iustitia et iure*, 10, § 1 (Ulpiano).

¹⁷⁹ I, 1, de *iustitia et iure*, § 3.

porém, não esquecer que os romanos não faziam distinção nítida entre essas duas disciplinas¹⁸⁰. Cabe aduzir, ainda que, segundo o próprio Digesto, *non omne quod licet honestum est*: nem tudo que é lícito é honesto¹⁸¹. Cícero vê em *non alterum nocere* um dos fundamentos da justiça, mas não do direito: *referrī enim decet ad ea, quae posui principio, fundamenta iustitiae: primum, ut ne cui noceatur; deinde, ut communi utilitati serviatur*. Ou seja: devemos guiar-nos pelos princípios fundamentais da justiça, que eu enumerei no começo: primeiro, não causar dano a ninguém; depois, servir ao interesse da comunidade¹⁸².

Como quer que seja, não é possível afirmar, quanto a esses preceitos, sua juridicização. São modelos de conduta, mas não fazem parte do direito positivo. Por exemplo, o *honeste vivere* só pode ser acolhido na prática jurídica por meio de noções que, estas sim, têm valor jurídico: *bona fides, benignitas, humanitas*. Vale observar que os juristas romanos não fundamentam a responsabilidade por inexecução do contrato em qualquer dos citados *praecepta iuris* (por exemplo: *alterum non laedere* ou *suum cuique tribuere*). Eles baseiam essa responsabilidade em noções jurídicas, como a boa-fé: não ultrapassam os limites do direito para legitimar uma noção jurídica por meio de um preceito extrajurídico.

As traduções jurídicas desses preceitos não lhes garantem plena expansão no campo do direito. O *neminem laedere*, por exemplo, não fomenta uma norma jurídica geral que obrigue o causador de um dano a ressarcir-lo. O *suum cuique tribuere*, igualmente, não se presta a justificar uma técnica geral de rescisão do contrato por lesão. São, em face do direito, como que elefantes sem tromba.

8.3 Regula e regula iuris

No direito romano, há distinção entre *regula* e *regula iuris*.

Empregado isoladamente, o termo *regula* significa, em primeiro lugar, uma solução jurisprudencial. As *responsa prudentium* são fontes do direito, relacionadas nas Instituições de Justiniano¹⁸³, mas são doutrinas não são normas absolutamente imperativas. Por tal motivo, as Instituições falam de *sententiae et opiniones*¹⁸⁴.

Em segundo lugar, *regula* não designa um princípio dotado de alto grau de generalidade, mas o conteúdo de uma lei ou de uma disposição cujo cumprimento é ordenado, por exemplo, em uma constituição de Teodósio: *si legis istius regulas*¹⁸⁵, em outra constituição: *providentissimae legis igualas excusare debent*¹⁸⁶.

Ao lado da *regula* – disposição jurídica, o direito romano conhece as regras denominadas *regulae iuris* – regras de direito ou do direito. Os juristas clássicos adotam essa nomenclatura para designar o que aos olhos de hoje

¹⁸⁰ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*, cit., p. 177.

¹⁸¹ D. 50, 17, de *diversis regulis iuris antiqui*, 144 (Paulo).

¹⁸² CÍCERO. *De Officiis*, I, 10, 31.

¹⁸³ I. 2, de *iure naturali, gentium et civili*, § 3.

¹⁸⁴ Id., § 8.

¹⁸⁵ C. 2, 7, de *advocatis diversorum iudiciorum*, 6.

¹⁸⁶ C. 1, 2, de *sacrosanctis ecclesiis*, 10.

poderiam constituir verdadeiros princípios aplicáveis ao conjunto do direito ou um ramo deste, produzindo consequências práticas. Por exemplo, o princípio *ex nudo pacto actio non nascitur* é uma expressão do formalismo contratual romano. Outro exemplo pode ser lembrado, a respeito de legados: *huic proxima est illa iuris regula, falsa demonstratione legatum non pereni*¹⁸⁷. Ainda outra, sobre testamento: *subtili iuris regulae*¹⁸⁸. Nas Instituições de Gaio também se lê a expressão *iuris civilis regulam*¹⁸⁹.

Numerosos juristas clássicos escreveram obras consagradas às regras, bastando lembrar, de Ulpiano, os *Fragmenta libri regularum singularis*, conhecidos como Regras de Ulpiano, além das obras citadas no livro 50 do Digesto: Scaevola¹⁹⁰, Modestino¹⁹¹, bem como o mesmo Ulpiano¹⁹². O último título do último livro do Digesto é intitulado de *diversis regulis iuris antiqui*.

Ao contrário do que sucede com *principium* e *praeceptum*, o termo *regula* é objeto de definição por um jurista romano. Paulo, logo no fragmento que abre o título 17 do livro 50 do Digesto, escreve: *regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat*. A regra é a explicação, descrição ou comentário exposto brevemente de uma coisa. Paulo continua: por meio da regra, trata-se de formular uma breve exposição das questões: *per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*, o que demonstra a vinculação entre a regra e o caso. Acrescenta Paulo que não se tira o direito da regra, mas a regra deve ser formulada a partir do direito tal qual é: *non ut ex regula ius sumatur sed ex iure, quod est, regula fiat*¹⁹³. Segundo Paulo, não convém aplicar cegamente uma regra geral ao caso particular. A atividade do jurista deve consistir em apreciar com minúcia o caso que lhe é submetido e, a partir desta solução – *ius* –, tirar a regra. Nesta fórmula, *ius* designa menos o direito do que a solução dada ao caso¹⁹⁴.

9 Conclusão

Segundo o entendimento de Ch. Perelman, as regras formuladas no Digesto, livro 50, título 17, de *diversis regulis iuris antiqui*, não enunciam princípios jurídicos. Algumas delas representam simples máximas.

Citando W. J. Ganshof van der Meersch, afirma o jurista belga que as máximas jurídicas, também denominadas adágios ou brocardos, são os provérbios do direito. A seu ver, essas fórmulas concisas, breves sínteses resultantes da experiência e da tradição, têm crédito por serem antigas e apresentarem forma lapidar. Do ponto de vista da forma, são fórmulas brilhantes, concisas e convincentes. Quanto ao fundo, exprimem verdades

¹⁸⁷ I. 2, 20, de *legatis*, 30.

¹⁸⁸ D. 28, 2, de *liberis et posthumis hereditibus instituendis*, 13 (Juliano).

¹⁸⁹ GAIO. *Instituições*, II, 114.

¹⁹⁰ D. 50, 4, de *numeribus et honoribus*, 5.

¹⁹¹ D. 50, 7, de *legationibus*, 15 e 16.

¹⁹² D. 50, 16, de *verborum significatione*, 213.

¹⁹³ D. 50, 17, de *diversis regulis iuris antiqui*, 1.

¹⁹⁴ DE ROUSSIN, David. *Le droit romain a-t-il connu des principes? Sur les significations (possibles) de principia, praecepta et regulae iuris*. In CAUDAUL, Sylvie (sous la dir.). *Les principes en droit*, Paris: Economica, 2008, p. 127 e segs.

de ordem geral, que não levam em conta as exceções e ignoram a evolução do direito. Grande número de máximas são incompletas, geralmente dúbias, algumas incorretas, em certos casos abertamente contrárias à lei. Dão azo a uma doutrina anônima e imemorial, mas são estranhas ao direito positivo.

Diferem, portanto, por sua própria natureza, dos princípios jurídicos, mas expressam pontos de vista consagrados pela tradição jurídica. Não devem ser, em consequência, descartados pela doutrina atual, na tentativa de conciliar a fidelidade ao sistema com caráter razoável e aceitável da decisão. Sua importância está em fornecer argumentos que permitem evitar soluções injustas ou desarrazoadas, já que, nesta hipótese, afastam-se de considerações que aquelas máximas sintetizam e que se integram em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*¹⁹⁵.

É fora de dúvida que o direito romano jamais se ocupou da distinção entre regra, norma, standard ou tópico e que manifestava propensão a desconhecer as fronteiras que a moderna teoria do direito estabelece entre fato e valor, entre o que é (falso ou verdadeiro) e o que deve ser. Entretanto, releva acentuar que não é estranha ao espírito do direito romano (infenso ao positivismo jurídico, tal como hoje o entendemos e como se lê no fragmento de Michel Villey, citado como epígrafe deste estudo) a concepção de princípios jurídicos em sentido normativo. Seria inútil a tentativa de nele encontrar princípios em sentido ontológico (descrição de um objeto ou de uma forma do conhecimento própria da filosofia) ou em sentido lógico (axiomas ou sistema de normas ou regras construído pela razão, extraído da ciência do direito). Mas não seria injurídico afirmar a existência de princípios com caráter de norma jurídica, prescrevendo um dever-ser (ponto de vista normativo, emanado apenas do Direito).

Em muitas das *regulae iuris* relacionadas no título 17 do livro 50 do Digesto encontram-se enunciados aos quais pode ser atribuído caráter principiológico, porque resultam de raciocínio abstrato, não extraído *ex nihilo*, mas que, pelo contrário, encontram apoio em soluções casuísticas próximas uma das outras. São eles fruto de acumulação e de sedimentação de soluções repetidas, das quais é extraído, por decantação, o essencial, daí seu caráter sintético e lapidar. Trata-se de proposições de natureza verdadeiramente jurídica, como, por exemplo, a regra *res iudicata pro veritate accipitur*¹⁹⁶. O que, em certos casos, poderia parecer um truísmo, uma verdade evidente, é, na realidade, uma construção intelectual consciente e útil, como na regra *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*¹⁹⁷ ou, em outra formulação, *quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest*¹⁹⁸; o que não é válido no começo, não o será com o correr do tempo. O mesmo se pode dizer da regra *in toto et pars continetur*¹⁹⁹: o todo abrange a parte.

As *regulae iuris* obedecem a um tipo de raciocínio racional e são elaboradas com determinada finalidade: esclarecer e fixar o sentido e a

¹⁹⁵ PERELMAN, Ch. *Logique juridique - nouvelle rhétorique*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 1979, p. 86-87.

¹⁹⁶ D. 50, 17, 207 - Ulpiano.

¹⁹⁷ D. 50, 17, 29 - Paulo.

¹⁹⁸ D. 50, 17, 210 - Ulpiano.

¹⁹⁹ D. 50, 17, 113 - Gaio.

aplicação das normas jurídicas. É fora de dúvida que numerosas *regulae iuris* estabelecem, na realidade, programas de ação, como a fórmula pretoriana *pacta sunt servanda*, a *regula libertas inestimabilis res est*²⁰⁰, da qual se aproxima a regra que declara *libertas omnibus rebus favorabilior est*²⁰¹: a liberdade é uma coisa inestimável; a liberdade é a mais valiosa entre todas as coisas. Quando o Digesto dispõe que *iura sanguinis nullo iure civile dirimi possunt*²⁰² – o direito civil não pode derogar o direito de sangue, faz uma promessa que incumbe ao juiz executar, embora não diga como fazê-lo. A regra segundo a qual, no dizer de Modestino, deve-se sempre considerar nos casamentos não somente o que é permitido mas também o que é honesto: *semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum est*²⁰³ sem dúvida endereça ao juiz uma indicação geral, talvez com o intuito de concretizar um dos preceitos do direito: *honeste vivere*. Outros fragmentos do Digesto ilustram essa ideia, como, por exemplo, *nemo de domo sua extrahi debet*: ninguém deve ser tirado de sua casa²⁰⁴, formulado como regra geral, resultado da redução do fragmento *sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua extrahi debet*²⁰⁵ – embora em certos casos alguém possa ser citado em casa para comparecer em juízo, todavia ninguém deve ser tirado de sua casa.

Numerosas *regulae iuris* têm caráter programático, como, por exemplo, *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* – a ninguém é dado melhorar sua condição com a prática de um delito²⁰⁶; *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* – ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que ele próprio tem²⁰⁷, regra que serve para reger os casos de aquisição *a non domino*; *nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt* – ninguém parece fraudar os que sabem e consentem²⁰⁸. Dessas regras, pode o juiz retirar consequências práticas nas diversas situações submetidas a sua apreciação.

Quando Paulo afirma que *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*²⁰⁹, recomenda ao juiz que, ao decidir o conflito, verifique se aquele cujo ato produziu consequências danosas agiu de maneira juridicamente justificável. Sem dúvida, ver na regra jurídica um programa que incumbe ao intérprete pôr em prática equivale a considerá-la um modelo, apto a conduzi-lo na busca da melhor solução para o caso submetido ao seu julgamento.

Algumas *regulae iuris* atuam como indicativos na interpretação dos atos jurídicos, guido a mão do juiz em sua tarefa judicante: *in re danbia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius* – em matéria duvidosa, não só é mais justo como também mais seguro adotar o que é mais benigo²¹⁰.

²⁰⁰ D. 50, 17, 106 – Paulo.

²⁰¹ D. 50, 17, 122 – Gaio.

²⁰² D. 50, 17, 8 – Pompônio.

²⁰³ D. 50, 17, 197 – Modestino.

²⁰⁴ D. 50, 17, 103 – Paulo.

²⁰⁵ D. 2, 4, 21 – Paulo.

²⁰⁶ D. 50, 17, 134, § 1 – Ulpiano.

²⁰⁷ D. 50, 17, 54 – Ulpiano.

²⁰⁸ D. 50, 17, 145 – Ulpiano.

²⁰⁹ D. 50, 17, 151 – Paulo.

²¹⁰ D. 50, 17, 192, § 2 – Marcelo.

Ulpiano ensina que, sempre, as cláusulas obscuras se interpretam *a minima*: *sempre in obscuris quod minimum est sequimur*²¹¹, no que é seguido por Modestino: *expressa nocent, non expressa non nocent* – as coisas expressas prejudicam, as não expressas, não²¹². Segundo Paulo, em causa igual, o possuidor deve ter preferência: *in pari causa possessor potior haberi debet*²¹³.

É nessa linha de raciocínio que Cícero emprega a palavra *regula*, para designar um modelo de ação propósito da moral e da utilidade, pois, ambas devem submeter-se à mesma regra: *atqui in talibus rebus aliud utile interdum, aliud honestum videri solet. Falso: nam eadem utilitatis quae honestitatis est regula* (em tal caso, parece que a moral esteja de um lado, o interesse em outro. Errado: a regra é a mesma para os dois)²¹⁴. Ou seja: a moral e o interesse (utilidade) devem submeter-se à mesma *regula*, ao mesmo modelo de comportamento, de sorte que não se deve considerar separadamente o bem e a vantagem, salvo para abrir caminho para a fraude e a desonestidade.

Tais *regulae iuris* têm existência secular: no decurso do tempo, elas se fixam, passam de uma geração de autores a outra, adquirem antiguidade e força persuasiva, são aceitas por todos, pacificamente. Em certos casos, elas são qualificadas como regras constantes, caracterizadas por sua generalidade e certeza, como sucede a propósito das ações penais, com a regra constante das Institutas de Gaio²¹⁵ assim como das Institutes de Justiniano²¹⁶ tida por *certissima*: o superlativo revela o valor obrigatório e normativo da regra: *est enim certissima regulae*. O princípio *ex nudo pacto*, que remonta à época clássica, é referido por inúmeras constituições imperiais, citando-se, como exemplos, a dos imperadores Diocleciano e Maximiano²¹⁷ e a dos imperadores Severo e Antonino²¹⁸. O princípio que veda a retroeficácia da lei acha-se claramente enunciado por Teodósio e Valentiniano: *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum est* – é certo que as leis e as constituições dão forma aos negócios futuros e não retrocedem aos fatos passados, a menos que disponham expressamente sobre o tempo pretérito e negócios ainda pendentes²¹⁹. Gaio ensina que, além das leis *stricto sensu*, é necessário que o contrato observe, de maneira mais geral, as regras do direito civil, ou seja, as *iuris civilis regulae*: *contra iuris regulae pacta conventa non habentur* – não são válidos os pactos convencionados contra as regras de direito civil²²⁰. Teodósio e Valentiniano dispõem que age contra a lei aquele que, atendo-se demais aos seus termos, procura destruir seu espírito: *non dubium est in legem comittere eum qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem* –

²¹¹ D. 50, 17, 9 – Ulpiano.

²¹² D. 50, 17, 195 – Modestino.

²¹³ D. 17, 128 – Paulo.

²¹⁴ CÍCERO. *De Officiis*, III, 18, 74.

²¹⁵ GAIO. *Institutas*, IV, 112.

²¹⁶ JUSTINIANO. *Institutas*, IV, 12, § 1.

²¹⁷ C. 4, 65, 27.

²¹⁸ C. 5, 14, 1.

²¹⁹ C. 1, 14, 7.

²²⁰ D. 2, 14, 28 – Gaio.

sem dúvida transgride a lei quem, apoiando-se nas palavras da lei, esforça-se contra o espírito da lei²²¹. De conformidade com os antigos princípios jurídicos, os imperadores ordenam igualmente que sejam tidos por inválidos os pactos celebrados contrariamente aos bons costumes: *secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huismodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli*²²².

Ao relacionarem as *regulae iuris* contidas no Digesto (livro 50, título 17), tinham os juristas romanos o propósito de formular princípios atos a se inscreverem em um sistema jurídico completo e ordenado? Seguramente, não. Cícero tentou redigir um tratado de direito civil metodicamente organizado, projeto que, a crer em Quintiliano e Aulo Gélcio, chegou a executar em parte. Diz ele: ... *ius civile, quod nunc diffusum et dissipatum esset, in certa genera coacturum et ad artem facilem redacturum* – reunir os elementos do direito civil, atualmente esparsos e disseminados, classificá-los em categorias determinadas e formar um sistema fácil e claro²²³. Não logrou ele, porém, tornar realidade essa ideia, nem ele nem qualquer dos juristas romanos.

Não obstante, a relação dos *praecepta* e das *regulae iuris* pode dar ensejo à formação de um conjunto construído e ordenado, que teria por finalidade instaurar o reinado dos valores éticos dos bons pais de família (*boni viri*) e da equidade (*aequitas*), vale dizer, o equilíbrio nas relações jurídicas, como expressou Celso, no começo do século II de nossa era, em sua famosa síntese: *ius est ars boni et aequi*, na qual se pode lobrigar em *ars* o significado de um todo formado de partes logicamente coordenadas. Em certos contextos, *ars* indica um corpo de doutrina, um sistema (como no texto de Cícero acima citado, no qual *ars* – em acusativo, *artem* – é traduzido por sistema). Na fórmula de Celso, *ars* significa realização prática e, em consequência, o direito é a realização prática do bem comum (*bonum*) e da distribuição da justiça (*aequum*)²²⁴. Explica-se: para os romanos, não era a ação que protegia o direito, mas o inverso: a *actio* dava vida ao direito. Tendo em vista o aspecto processual, era natural que o direito romano visse no direito uma realização prática – *ars*.

É certo que as *regulae iuris* não tinham o mesmo alcance nem exerciam idênticas funções. Nem todas elas foram formuladas como proposições normativas. Na verdade, não podem ser reunidas num grupo homogêneo. Elas se classificam em três categorias: 1ª – proposições explicativas, que têm por finalidade eliminar as divergências doutrinárias e judiciais como que fixando uma interpretação autêntica; 2ª – diretivas endereçadas ao juiz para orientá-lo na tarefa de decidir os casos submetidos à sua apreciação (portanto, mais cogentes do que os três *praecepta iuris* de Ulpiano e das Institutas, que têm caráter pré-normativo); 3ª – verdadeiras normas positivas (imperativas ou supletivas). As últimas, por serem abstratas por sua generalidade, podem, de certa forma, ser assimiladas a princípios jurídicos, tais como os entendemos na atualidade, embora a noção de princípio, neste sentido, seja estranha ao direito romano.

²²¹ C. 1, 14, 5.

²²² C. 2, 30, 3.

²²³ CÍCERO. *De Oratore*, II, 33, 142.

²²⁴ MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *Curso de Direito romano*, cit., p. 176.