

O valor da equidade revelada pelos Romanos¹

Luiz Fabião Guasque*

Sumário

1. Introdução. 2. A “arte da medida” em Atenas e Roma. A Lei como primeira manifestação de igualdade na Democracia: a *recta ratio* da antiguidade clássica. 3. A *auctoritas* do Pretor e a legitimidade do justo pela equidade. 4. O juízo de valor equitativo. 5. A diferença entre o sistema inglês e o americano de precedentes e o sistema criativo do justo pelos romanos. 6. A diferença entre a *interpretatio prudentium* e a *interpretatio legis*. 7. A filosofia, o direito natural e a ciência. 8. A natureza como *gen* e o costume como cultura. 9. As fontes de constituição do jurídico, do justo, do Direito: o *ius praetorium*. 10. O método criativo do justo pela equidade dos romanos. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O jurista romano é um intérprete eterno do humano e da tradição fecunda, inderrogável e silenciosa que é a substância da história. O Direito Romano deve ser entendido como *sentimento jurídico, muito mais do que a imposição legislativa, pois é expressão que descortina a cultura e a alma de um povo.*²

É linguagem de expressão da nossa cultura, revelando os significados do que herdamos, pensamos e sentimos, de acordo com a mentalidade dos nossos antepassados. Nesse sentido, o maior mérito do método de trabalho dos juristas romanos se funda no sentimento de buscar a realidade do humano, desvendando melhor a sua natureza. Um direito que se adequa a vida das pessoas, centrado no homem e se dirige a enfrentar o novo, como causa primeira dos conflitos e desafios que atormentam a humanidade para garantir a todos a liberdade de poder ser igual, ter o mesmo valor na sociedade. Revelam que o que entendiam como Direito não começa nem acaba na letra da lei, mas nos conflitos da civilização entre as redes intersubjetivas de valores que emergem do tecido social, criando ordens imaginadas, consciências jurídicas gerais em relação a costumes, valores sociais e mitos partilhados.

Demonstram que a *iusprudentia* é um saber agir, uma ciência destinada a conformar o jurídico aos anseios sociais, pois quanto mais intenso for o conhecimento do *Ius Romanum*, mais nítida e mais firme será a conscientização do Direito do nosso

¹ Relatório final da disciplina Direito Público Romano no Doutorado 2022-2023 da Universidade de Lisboa, Portugal.

* Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor emérito da FEMPERJ. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

² CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. Prólogo, p. 30, 4ª edição, Coimbra, 1984.

tempo. Como ciência, é capaz de dizer o que é justo e o que é injusto, pelo método que difunde poder e informações e reparte decisões entre várias pessoas e instituições, de modo que a convergência majoritária de sentimentos comuns indique o justo e verdadeiro: o ponto comum da razão.

A liberdade do homem reside fundamentalmente num poder de opção perante duas ou mais atitudes dignas, para atingir um fim onde o poder optar, pressupõe necessariamente a ausência de determinismo, considerando a liberdade como o uso desse poder-optar entre os vários meios direcionados para atingir uma determinada finalidade. Consideram a realidade de que *todos os povos, por mais rudimentar que se manifeste a sua cultura ou por mais primitivos que se nos apresentem os seus costumes (hábitos, praxes ou tradições), sempre tiveram e têm algumas normas reguladoras da convivência entre pessoas, harmonizando a interioridade e a vida social, a relação entre bem próprio e bem comum, personalidade e comunidade.*

Como mito de “arte da medida” não é uma ciência do Ser, mas a ciência que se preocupa com valores, ou mais rigorosamente, com a medição dos valores. Determinam e protegem o que pertence a cada um, pois as normas jurídicas são ditadas pela Justiça, que é a virtude de atribuir a cada um o que é seu: *“Iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi”* (Ulpianus, D.1,1,10 pr.). Consideram que não pode haver paz, baseada em injustiças, pois haverá quando muito, uma ordem imposta pela força. Mas se a força pode vencer, só a razão a justiça convence. *A historicidade do Homem tem de ser acompanhada da necessária evolução e da sucessiva reformulação das normas jurídicas, pois a convivência pacífica determina eficazmente o que é de cada um, sem permitir abusos de direito, nem prejuízos a ninguém. Cada coisa, já apropriada, pertence ao seu dono, está no seu lugar.*³

O vocábulo “preceitos” do latim *prae-cepta* (*prae + capere*), literalmente significa o que tem de ser tomado ou considerado em primeiro lugar, antes de tudo, posto que, numa definição real, *“preceitos” são os princípios fundamentais.*

A norma jurídica encerra *preceitos* e apresenta *disposições*. Os preceitos são como que a parte invisível (por isso, “encerra-os”), mas fundamental (à semelhança dos alicerces de um edifício); são a “alma” da norma, o seu princípio informador, o que dá tipicidade, ou melhor, individualidade à norma. As disposições, a parte visível da norma (como que o edifício, o corpo, por isso “apresenta-as”), é a regulamentação concreta.

Os preceitos são: *não abusar dos seus direitos; não prejudicar ninguém; atribuir a cada um o que é seu.*

Note-se, porém, e com especial cuidado, o seguinte: 1º- estes três *praecepta iuris* não são sinônimos; cada um tem sua individualidade, não podendo converter-se noutro sem deixar resíduo; 2º- há entre eles uma certa interdependência; estão indicados por uma ordem de valores e de hierarquia. Essa ordem da enumeração *não é arbitrária, mas discricionária e fundamentada.*

³ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 10, 4ª edição, Coimbra, 1984.

Primeiro preceito: não abusar dos seus direitos. Nisto, consiste o “viver honestamente” no aspecto jurídico (*honeste vivere*). Esse preceito pressupõe, é evidente, como premissa básica do viver social, a relação entre Moral e Direito, mas não é um preceito moral. É um preceito jurídico, pois o texto diz “*iuris praecepta*” e não “*moralis praecepta*” ou “*moralis et iuris praecepta*”. Por isso, Sebastião Cruz entende que não se deve traduzir por “viver honestamente”, mas sim por “*não abusar dos seus direitos*”, tendo, porém, como fundamentação-base a Moral. É o primeiro preceito: é que, para os romanos, o abuso do direito era a primeira coisa que a norma jurídica devia essencialmente proscrever. E essa interpretação do ilustre romanista do conteúdo jurídico do preceito “*honesto vivere*” harmoniza-se perfeitamente e apoia-se nos princípios filosóficos-jurídicos básicos. Em concreto, na primeira razão de ser (diríamos até, na primeira parte da razão de ser) da norma jurídica como norma social: *proibir o abuso de liberdade, e especialmente, como norma jurídica: “proibir o abuso do direito”, que outra coisa não é senão o abuso de liberdade no campo jurídico.* Verdade é que, na experiência histórica escolar, a formulação deste primeiro preceito, por vezes, permitiu que se lhe desse mais conteúdo moral do que jurídico.

Segundo preceito: não prejudicar ninguém (“alterum non laedere”). Este, assim como o terceiro em rigor, constitui a base do viver social. São limites imperativos impostos ao homem, como sujeito do ordenamento jurídico: “*alterum non laedere*”, a estabelecer que o *uso de um direito próprio tem que coexistir com os direitos dos outros;*

Terceiro: “suum cuique tribuere”, a determinar o respeito absoluto pelos direitos de outrem.

O terceiro preceito é uma consequência natural do segundo; o segundo e o terceiro baseiam-se no primeiro. Nisto consiste a tal hierarquia e a sua interdependência, a que aludíamos há pouco.⁴

A validação da legitimidade da norma coloca esses três preceitos como essenciais à sua força jurídica, *como fundamento, não alicerce, que se qualquer disposição (mesmo até só uma parte da regulamentação concreta) atraíçoar um desses preceitos, toda a norma jurídica “cairá” (por falta de alicerce), “morrerá” (porque não tem alma).* Quer dizer, essa norma chamada “jurídica” não é... (se desde o início viola um desses preceitos) ou se foi jurídica, deixa de o ser... (se mais tarde vem contradizer algum dos tais preceitos). Pode, no entanto, ser uma norma social, mas de outra espécie; não, porém, norma jurídica.

Estes famosos tria praecepta iuris são uma síntese admirável de todo o ordenamento jurídico. Não se trata de uma enunciação teórica, improvisada por qualquer pensador, isoladamente; *são fruto de uma experiência secular, vista e revista por vários jurisconsultos com uma intuição especial para as coisas do Direito.* Ulpianus, a quem pertence este fragmento, depois compilou, limitando-se talvez a recolher a última formulação ou a reelaborar a melhor formulação, pois era um jurista dotado de excepcionais conhecimentos jurídicos e filosóficos.

⁴ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 13, 4ª edição, Coimbra, 1984.

Nem sempre a estes preceitos foi atribuído o mesmo conteúdo; variou conforme os princípios metajurídicos, de ordem filosófica, que estavam na base da ordem social e concretamente da ordem jurídica de determinada época e de um povo. A própria história do Direito Romano o demonstra. Mas no eterno variar de conteúdo, permanecendo externamente inalteráveis, vê-se melhor como estes praecepta são universais e orientadores de toda a vida social jurídica, independentemente da concepção que se tenha ou se defenda da existência humana em sociedade.

Essa legitimidade impunha uma linguagem jurídica não técnica, uma linguagem comum; podia ser entendida por todos, nomeadamente pelos não juristas. Mas depois fixou-se, enquanto a linguagem comum evoluiu. Ao ter-se fixado, converteu-se em linguagem jurídica técnica. Mas *a linguagem jurídica foi tirada do uso comum, i.e., da realidade da vida*, como o antigo direito (segundo a concepção ciceroniana) é a *natura ductum*. As relações jurídicas, antes de serem jurídicas, são relações sociais, tendo uma denominação própria, que foi assumida pelo Direito no preciso momento em que essas relações entraram na órbita do mundo jurídico. Portanto, repita-se, os termos jurídicos eram intelegíveis para todos. Daí o não haver grande necessidade de dar definições, principalmente dos institutos fundamentais. Estava tudo na própria palavra.⁵

Segundo uns, vem de *iussum* (ordem) e *iussum* do verbo *iubere* (ordenar, preceituar), desta forma, *ius significaria o que está preceituado ou ordenado*.

Por conseguinte, *ius seria o estabelecido pelos juízes (julgadores) do tribunal ou por outros competentes iudices (juízes) que refletem nas suas decisões o pensar da comunidade ("populus"), já que esta tem uma certa intuição para declarar o instum e sobretudo para reprovar o iniustum (o anormal), o que sai da normalidade, e, em última análise, o que vai contra a norma devida, embora não expressamente constituída. Se esta etimologia for exata, então, ius, desde o início ou desde muito cedo esteve sempre mais ou menos ligado a uma atividade judicial, culminando, na sua forma mais eficiente, numa atividade judiciária. Segundo Sebastião Cruz, este é mais um argumento a favor de Álvaro d'Ors que, desde há muito, vem ensinando: "ius est quod iudex dicti"; "direito é o que aprovam os juízes".⁶*

Baseando-se neste provável significado primitivo da palavra *ius*, bastantes juristas e filósofos reputam-na derivada de *loues, lovis* (Zeus), que é a forma antiquíssima de *Iupiter*.

Anteriormente ao século V a.C., entretanto, a palavra latina *ius* perdeu bastante essa tal ideia religiosa para significar "ordenamento laico (civil)", "*ius civile*", embora a palavra "*civile*" venha a ter, logo a seguir, um outro significado, "o que é próprio dos cives"; e, portanto, "*ius civile*" é o "*direito (laico) próprio dos cidadãos romanos*".⁷

⁵ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 17, 4ª edição, Coimbra, 1984.

⁶ D'ORS, Álvaro. Principios para una Teoría Realista del Derecho. p. 308. Em *Anuário de Filosofia del Derecho* 1,1953.

⁷ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 19, 4ª edição, Coimbra, 1984.

Por ser impossível compreender e explicar satisfatoriamente as diversas formas de manifestação do Direito numa única fórmula, *ius (direito) é tudo aquilo que tem especiais atinências com o iustum (o justo, o exato, o devido)*.⁸

No seu sentido objetivo, *ius (direito) significa o iustum, o devido; a própria coisa justa; a realidade justa*. Era aquilo que os romanos geralmente designavam por *natura rerum (natureza das coisas)*. Esse conceito foi para eles o primeiro e o primário ou fundamental de Direito, de tal modo "*quae rerum natura prohibentur nulla lege confirmata sunt*"⁹ (aquilo que é proibido pela natureza das coisas, não pode ser confirmado por nenhuma lei), expressando que o Direito, ou seja, o saber jurídico é também uma técnica do bom e do equitativo.

Nesse sentido, convergem com os gregos que, numa linguagem vulgar ou corrente, consideravam que o justo (o Direito) é o que é visto como igual, com o mesmo valor. O *Derectum*¹⁰ corresponde ao grego, embora com certas diferenças, mas traduzindo aquela parte do símbolo que consiste no fiel da balança estar precisamente no meio (*rectum*), às vezes, também se denominavam "*ius aequum*" ("*iura aequa*") e "*ius iniquum*" ("*iura iniqua*"). Na evolução do seu conceito, *ius novum (a constituição imperial, que hoje corresponde a Lei) não só identificou com o ius (com o próprio Direito), mas até com a Iustitia (com a Justiça)*. Desde então, e ainda hoje, estamos a sofrer algumas consequências dessa confusão. Então, para indicar a ideia (exata) de Direito, Justiça, usa-se a expressão "*recta ratio*".

Provavelmente, foram os juízes que se recusavam a aplicar as constituições imperiais, quando injustas, mesmo que essa atitude lhes acarretasse consequências gravíssimas, como perda do cargo, desterro e até pena de morte, que introduziram como termo erudito (e para isso foram à linguagem popular) *derectum (directum) para significar "Direito", a contrapor a ius ("novum") que correspondia às constituições imperiais*.¹¹

Com a filosofia estóica, *derectum (directum)* recebeu um certo conteúdo moral e o cristianismo, sobretudo depois do século IV, informou de novos valores morais o conceito de *derectum (directum)*, como o conjunto de normas jurídicas que regulam determinadas relações de um povo (entre si, isto é, entre os seus membros, e entre si e outro ou outros povos estrangeiros), a que se chama a grosso modo, "*Direito desse*

⁸ Cfr. Celso, D, 1, 1, 1.

⁹ Cfr. Celso, Digesta. 50, 17, 188, 1.

¹⁰ "A palavra "direito" se emprega em vários sentidos: um quando se chama direito ao que é sempre justo e bom, como é o direito natural; outro sentido, o que em cada cidade é útil para todos ou para muitos, como é o direito civil; e não com menos razão se chama direito, em nossa cidade, o direito honorário. Se diz também que o pretor aplica o direito inclusive quando decide injustamente referindo-se, evidentemente, não ao que o pretor fez, senão ao que o pretor deveria fazer. Se chama direito, em outro sentido, ao lugar em que "o pretor" aplica o direito, dando-lhe a denominação do que se faz no lugar onde se faz. Podemos determinar tal lugar desta maneira: o lugar onde o pretor, conforme a majestade do seu império e o costume dos antepassados, determina declarar o direito se chama com razão "direito". (Paul. 14 Sab.). Cfr. D. 1, 1, 11. *El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19*. p. 46/47. Version castellana por A. d'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi.

¹¹ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 32, 4ª edição, Coimbra, 1984.

povo”.¹² Esse direito esteve vigente em Roma e fora de Roma, durante o Império Romano e depois da sua queda, em circunstâncias semelhantes às da vida de Roma e em circunstâncias completamente diferentes, *graças a suas construções geniais, pois leva dentro de si a essência de princípios jurídicos universais*, o fazendo ocupar o longo período de cerca de 13 séculos, 7 séculos a.C. e 6 séculos d.C.

Esse Direito Romano, “*lato sensu*”, é a tradição romanística, abrangendo o período maior de 15 séculos (séculos VI-XXI), mas sobretudo o período que vai desde o fenômeno da “recepção do Direito Romano” até os nossos dias.

Pode-se dizer que a vida ou a história propriamente dita do Direito Romano termina no século VI, mas a sua sobrevivência projeta-se até os nossos dias,¹³ o tornando apto a resolver as situações criadas pelas novas exigências da vida e pelo alargamento das relações da sociedade em rede na era da informação, pois esse Direito nunca mais para na sua evolução e adaptação às realidades sociais.

Na verdade, o *lus Romanum* apresenta uma evolução completa: nasce, cresce, atinge o apogeu, decai; retoma uma fase de certo esplendor, para depois, se codificar. Forma um ciclo evolutivo perfeito. Um fenômeno assim não se verifica com nenhum outro Direito. É único. *E essa codificação (o Corpus Iuris Civilis), como sabemos, vai depois (sécs. VI-XXI) servir de base ou orientação às legislações de todo o mundo.*

É importante ressaltar que, como método de exatidão e precisão, o *lus Romanum* da época clássica é o nosso modelo, posto que a grandeza do Direito Romano como método de criação do justo e verdadeiro, do ponto comum da razão, encontra-se nesta época. *Esse período do ápice criativo é denominado período clássico central, de 30 a.C. a 130 d.C., pois é o período de esplendor e de maior perfeição do Direito Romano,¹⁴ surgindo como figura central e representativa, não só desta etapa, mas de toda a época clássica, Iulianus e não Gaius, como antes era considerado.*

O Direito Romano clássico é, pois, de artifícios, mas não de especulativos. *Sabiam, não apenas interpretar e aplicar as normas aos casos concretos, mas sobretudo criar a norma adequada para um caso especial e não previsto nas normas já existentes. Daí a consequência de que a ciência jurídica (iurisprudentia) da época clássica foi permanentemente fecunda e criadora.¹⁵*

¹² “*Todos os povos que se governam por leis e costumes usam em parte seu direito peculiar, em parte o comum de todos os homens. Pois o direito que cada povo estabeleceu para si é próprio da cidade e se chama direito ‘civil’, como direito próprio que é da mesma ‘cidade’.* Em vez de o que a razão natural estabelece entre todos os homens, é observado por todos os povos e se denomina direito das “gentes” como direito usado por todas as pessoas, ‘os povos:’” (Gai. 1 inst.= Inst. 1, 2, 1). Cfr. D. 1, 1, 9. *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 46. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

¹³ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. 4ª edição, Coimbra, 1984, p. 38.

¹⁴ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. 4ª edição, Coimbra, 1984, p. 47.

¹⁵ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. 4ª edição, Coimbra, 1984, p. 48-58.

2. A “arte da medida” em Atenas e Roma. A Lei como primeira manifestação de igualdade na Democracia: a *recta ratio* da antiguidade clássica

Com a descoberta da lei,¹⁶ os gregos inventam a democracia como a “arte da medida”,¹⁷ separando o mundo arbitrário dos sacerdotes, que por vontade divina revelavam o que era justo e verdadeiro no exercício de uma liberdade sem limites, para o discricionário: a liberdade dentro de parâmetros do que é o direito de todos, como manifestação plúrima de sentimentos expressos na Assembleia.

Mas são os Romanos que inventam o Direito, como manifestação de juízo de valor equitativo, que trata os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na proporção da sua desigualdade ou na igualdade.

Embora em ambos os sistemas, tanto em Roma como em Atenas, o método de busca do justo e verdadeiro, do ponto comum da razão, fosse a difusão de poder, informações e a divisão das decisões entre várias pessoas e instituições, de forma que a convergência majoritária de sentimentos comuns indicasse o ponto comum da razão, o que é justo e verdadeiro, em Roma. Essa difusão-repartição era feita de forma mais técnica e centrada na figura do Pretor. Sempre que se fala de pretor, sem mais nada, entende-se o pretor urbano. Este é que é, na verdade, a figura genial dentro do *Ius Romanum*, o protótipo do homem preocupado e totalmente dominado pelo espírito de justiça, sempre com a ânsia e com o escrúpulo de atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). História, logicamente, é o elemento de ponderação colocado entre o *ius* e a *lex*. O pretor era o intérprete da *lex*, *mas sobretudo o defensor do ius*.

O seu método de divisão de poder e informações, de forma a revelar o ponto comum da razão, respeitava os seguintes princípios:

1. *Temporalidade* – os magistrados, normalmente, ocupavam o cargo por um ano;
2. *Pluralidade* – o poder estava repartido por várias magistraturas, a saber, consulado, questura, censura, pretura e edilidade curul;
3. *Colegialidade* – dentro de cada magistratura, v.g. no consulado, havia *mais de um magistrado*; cada um dos colegas estava encarregado de um determinado setor, dentro do qual tinha poder absoluto, *imperium*; mas o outro colega ou um magistrado de ordem superior podia exercer o direito de veto (*ius intercessionis*).

No aspecto jurídico, que é essencialmente o que nos interessa, a magistratura mais importante (excetuado sob certo aspecto as dos cônsules) é a dos pretores, seguindo-se-lhe a dos edis curúis e a dos questores.

Como se verifica, *o pretor era um magistrado que tinha os três poderes: potestas, imperium e iurisdictio*.

¹⁶ HANSEN, Mogens Herman. *The Athenian Democracy in the age of Demosthenes, Structure, Principles, and Ideology*. Translated by J.A. Crook. First published in 1991 by Blackwell Publishers Oxford, UK and Cambridge, Mass., USA, passim.

¹⁷ JAEGER, Werner. *Paidéia, A Formação do Homem Grego*. Tradução de Arthur M. Parreira, Martins Fontes. São Paulo, 4ª edição, 2001, passim.

Constituída anteriormente ao período clássico referido de 30 a.C. até 130 d.C., a magistratura de pretores foi criada pela *leges Liciniae Sextiae*, em 367 a.C., deixando o “*praetor*” de ter caráter genérico para significar apenas o magistrado especificamente encarregado de administrar a justiça de uma forma normal ou corrente, nas causas civis.

A fase *in iure* era importantíssima e decisiva para a vida do processo. Aí se verificava um *ius-dicere*, uma afirmação solene da existência ou não existência de direito e, para isso, o pretor tinha *iuris-dictio*. *Esse ius-dicere concretizava-se num iudicare iubere dirigido ao juiz, isto é, numa ordem dada pelo pretor ao juiz para proferir sentença neste ou naquele sentido, conforme se provasse ou não determinado fato. Na 2ª fase do processo, não há um ius-dicere, mas um simples iu-dicare, em aplicar o direito, isto é, julgar e decidir conforme uma ordem jurídica já anteriormente fixada.*

A partir de 242 a.C., a administração da justiça é distribuída por dois: o pretor urbano (*praetor urbanus*) encarregado de organizar, dentro das normas do *ius civile*, os processos civis em que só fossem partes cidadãos romanos; e o pretor peregrino (*praetor peregrinus*), incumbido de organizar, mas dentro das normas do *ius gentium* os processos, em que pelo menos uma das partes era um peregrino, quer dizer, um *non-civis*.¹⁸

Na democracia grega o governo era do povo, da massa, e esse poder era exercido sempre na mesma hierarquia, de forma horizontal, pois é o povo, representado de forma equitativa pelas tribos, a instância inicial e final de todos os conflitos.

A divisão de tarefas era por matéria, onde os demais órgãos colegiados se complementavam, posto que a única instância de superposição para recursos era a Assembleia.

Com a lei, forma-se uma corrente nova e apertada que mantém unidas as forças e os impulsos divergentes, os centralizando numa nova ordem social jamais imaginada anteriormente. A lei passa a ser a expressão do Estado, convertendo-se em rei, como disseram os Gregos posteriormente.

Ocorre, que esta expressão de sentimentos, tanto nas assembleias do povo, que reuniam em torno de 6 mil cidadãos, como nos demais órgãos fracionados com centenas de integrantes, *era uma manifestação de sentimentos convergentes da maioria, provocada pela dissonância cognitiva dos oradores, mas sem juízo de valor de equidade do que é justo e verdadeiro, posto que expressão de adesão ou não, a uma pergunta feita para a assembleia.*

Essa expressão de sentimentos, sem juízo de valor equitativo e sem manifestação circunscrita a parâmetros que estabeleçam os vetores que demarcam o espaço discricionário do aplicador da lei, se apresenta como manifestação política, pois a assembleia e os órgãos fracionados expressavam apenas o que sentiam em relação a questão posta em análise de valoração. É certo que já existia a dissonância cognitiva iniciada pelos sofistas, estabelecendo a dialética do porquê? Onde? Como? Mas na

¹⁸ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 64-70, 4ª edição, Coimbra, 1984.

hora da valoração, apenas por cédula ou por gesto manual, era feita a manifestação sobre o que sentiam como justo.¹⁹

O ponto comum da razão era apenas expressão de sentimentos, com contraditório, mas sem juízo de valor equitativo.

Os romanos foram os primeiros a criar um conjunto de condições políticas, sociais e culturais, que possibilitaram, com o uso da equidade, ou seja, da justiça do caso concreto, a criação de regras e a construção de soluções por jurisperitos, partindo do conflito na massa, para a *auktoritas* do pretor, que pela dialética do contraditório entre os brigões, os separava, criando o Direito como forma de harmonizar e equilibrar a sociedade que, no seu conjunto, foi designado de *ius/derectum*, a sua “arte da medida” do que é justo e verdadeiro.

Portanto, podemos afirmar que os gregos inventaram a lei, a *recta ratio*, como a “arte da medida” como manifestação política e os romanos o Direito, como a “arte da medida” *nos juízos de valor individuais e sociais na realização do justo e verdadeiro: o ponto comum da razão.*

3. A *auktoritas* do Pretor e a legitimidade do justo pela equidade

Mas a legitimidade do justo, não se confunde com a força do Direito (vis) como no atual conceito de coerção. *A juridicidade da regra justa é o que legitima o uso da força na sua aplicação, pois expressão fiel da ordem imaginada expressa pela rede intersubjetiva de sentimentos majoritários comuns e convergentes no grupo.*

O Direito é um “porquê” contínuo que acaba quando se chega à solução justa do caso. Os jurisperitos sabem que para se chegar à solução justa, a pergunta, mais que a resposta, nos aproxima do sentido do caso a resolver.²⁰

Perguntar é a forma de conhecer dos jurisperitos e o modo de agir para chegar à justiça. Por isso, a viagem do Direito para chegar à Justiça nunca termina, pois não se consolida nas letras das leis e nos textos dos Códigos.

Ulpiano ensina-nos, logo no início do século III, que a palavra *ius* vem da palavra justiça e não faz sentido sem ela. Em Roma, o uso da palavra *ius* foi se impondo como uma versão laica do *fas*, ou seja, o que está de acordo com a vontade dos deuses, que é a harmonia e o equilíbrio entre os homens.

¹⁹ HANSEN, Mogens Herman. *The Athenian Democracy in the age of Demosthenes, Structure, Principles, and Ideology*. Translated by J.A. Crook., first published in 1991 by Blackwell Publishers Oxford, UK and Cambridge, Mass., USA, passim.

²⁰ Nesse sentido, convergem ao pensamento de Descartes, que insiste que é a “dúvida sistemática”, o primeiro princípio do saber. À sua luz, todo o conhecimento deveria ser exposto e testado contra o crivo férreo da lógica. Ele se permitiu apenas uma premissa inegável, captada na célebre frase *Cogitio ergo sum*, penso, logo existo. No sistema da dúvida cartesiana, que ainda floresce na ciência moderna, todas as hipóteses possíveis são eliminadas para que apenas um conjunto de axiomas em que o pensamento racional possa se basear logicamente e experiências possam ser rigorosamente projetadas. WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. p. 27. Tradução Ivo Korytovski, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

O conceito de Direito romano aqui adotado é este de Celso e Ulpiano: um conjunto de regras que, pela mão dos jurisperitos, está constantemente a ser adaptado pela necessidade de dar soluções justas a casos, ou seja, uma justiça de equidade! *O Direito nasce das regras do costume ratificadas pelo povo, pois o estudo jurídico do Direito romano impõe que não se dê relevo nem à política, nem à religião, nem ao poder, a não ser como formas complementares de entendimento, mas se centre primeiro a atenção nas condições criadas para que em Roma tenha surgido um direito que não resulta do poder político, religioso, econômico ou outro, mas da autoridade social de quem o cria, pois expressão do sentimento resultante das redes intersubjetivas de valores que formam as ordens imaginadas na sociedade romana, os mitos partilhados de um povo.*

A lei (*lex*) é a expressão do poder (*potestas*) e os magistrados, como os cônsules e os pretores, são detentores do *imperium* (poder supremo) para efetivar leis e outras determinações. *A lex publica* é proposta pelos pretores e aprovada pelos destinatários (*populus*) reunidos em assembleias e, quando não é aprovada por eles, designa-se *lex data*. Portanto, *criam o direito pela equidade do caso concreto.*

Os *edicta dos pretores*, uma espécie de programa de ação para o exercício do cargo apresentado aos eleitores, *com o tempo tornaram-se uma fonte normativa* (Cícero, *Il in Verrem* I. 42 designa-os como *lex annua*), *pois resultantes da convergência dos sentimentos comuns em relação aos valores sociais da comunidade.*

Esse método afasta a política dando mais valor aos costumes, pois a justiça é feita de baixo para cima, com o povo ratificando a autoridade da fórmula ou do edicto, pois estas alterações respeitam os modos próprios de o Direito romano se reformular e adaptar, pela via jurisprudencial e mais adequada, aos valores temporais e circunstanciais do fato e da situação social no momento de resolução do conflito.

Afasta-se a cultura política, mais dirigida à conquista e manutenção do poder, criando autonomia entre ela e a consciência popular, ou melhor, *às redes intersubjetivas de valores convergentes.*²¹

Em Roma, as inovações impostas pela realidade social e pelas adaptações à ideia de justiça partilhada por todos, pois expressão dos sentimentos comuns expressos nessas redes intersubjetivas de valores eram a expressão fiel dos jurisperitos, flexibilizando as estruturas processuais de forma a adequar o justo, o verdadeiro, o ponto comum da razão, ao sentimento majoritário e convergente do povo.

Portanto, *ao introduzirem a equidade como base do jurídico, exprimindo a “alma da sociedade” romana, criavam a legitimidade do justo pela íntima conexão entre os valores*

²¹ Mesmo que por um esforço sobre-humano, eu consiga livrar meus desejos pessoais das garras da ordem imaginada, sou só uma pessoa. Para mudar a ordem imaginada, preciso convencer milhões de estranhos a cooperarem comigo, pois a ordem imaginada não é uma ordem subjetiva que só existe na minha imaginação – é antes, *uma ordem intersubjetiva*, que existe na imaginação partilhada de milhares e milhões de pessoas. Escreveu HORKHEIMER, Max. *O eclipse da razão*. Trad. port. de João Thiago Proença. Lisboa: Antígona, 2015, p. 205: “Se por iluminismo e progresso intelectual significarmos a libertação do homem das crenças supersticiosas em forças malignas, em demônios e fadas, no destino cego – em suma, a emancipação do medo – então a denúncia do que hoje se chama razão é o maior serviço que a razão pode prestar”.

sociais e o Direito, flexibilizando a aplicação da lei no caso concreto, às circunstâncias do fato posto em valoração.

Por isso, não apenas as fontes de criação, mas também as fontes de conhecimento do Direito romano estão sobretudo na jurisprudência e nas condições de trabalho, no método dos jurisperitos, em prevalência em relação a atividade dos órgãos políticos, nas leis.

Constatamos o costume pelo seu elemento objetivo, qual seja: a reiteração, a constância, a uniformidade, a convergência e generalidade da prática de determinados atos. O elemento subjetivo é constatado a partir dessa realidade objetiva, a *opinio iuris*, ou seja, o convencimento geral da necessidade e conveniência de observar essas decisões.

Nem todo uso, mesmo constante, uniforme e reiterado é costume, não se podendo afirmar que uma prática se torna obrigatória só pela repetição. Os fatos, por si mesmo são fatos, e ainda quando acumulados exprimem o que é e não o que devem ser. Não tem força normativa, porque *a norma pressupõe uma valoração, isto é, a operação da inteligência que julga os fatos e a adesão da vontade aos que são reputados bons para a conveniência social.*

É errado afirmar que a regra costumeira só se transforma em norma jurídica quando o Estado a reconhece, ou quando o poder jurisdicional a aplica. A existência e a obrigatoriedade da norma consuetudinária são anteriores ao reconhecimento dela por parte do Estado.

O pretor romano nada mais faz do que proclamá-la e, por vezes, formulá-la explicitamente e confessar que participa da *opinio necessitatis*.

A sentença não é, pois, ato constitutivo, mas declaratório da regra consuetudinária. Pode acontecer e acontece frequentemente, que o juiz, assim como o pretor, ao dar forma explícita à norma costumeira, flutuante na consciência jurídica geral a enriqueça, adorne e burile com elementos que estão na sua mentalidade jurídica. Quando faz isso, ele também cria Direito positivo. Esta obra pretoriana contribuiu, sem sombra de dúvida, para opulentar e perfazer o Direito, dando-lhe organicidade e vida. O que realmente depende da vontade do Estado, de *imperium*, para ser aplicado e, mais precisamente nos nossos dias, necessitar do apoio da lei é o uso, não o costume. Porque embora seja também uma prática reiterada, constante e, por isso mesmo, presumidamente boa de determinados atos, não tem por si a *opinio iuris*; é mero hábito e não regra jurídica a que os homens entendem dever obediência.

Portanto, *a diferença básica entre os mores e a lei é que o primeiro não é escrito e o segundo é.* Era esse costume contra *legem* entre os romanos, uma das causas de revogação da lei.

A lei retira a sua força do mesmo princípio de que o costume retira a sua: a opinião generalizada de que o dito por ela é direito e necessário (conscientia necessitatis et iuris); tanto assim que, sem essa convicção, a lei se torna letra morta. Mas formalmente, o

caráter imperativo da lei provém da autoridade de quem a impõe: o Estado soberano (*imperium*). Por isso, ela continua em vigor ainda que tenha caído em desuso.

Portanto, *para os romanos, apenas a Lei não era sinônimo de Direito escrito, pois havia direito não escrito fora da lei.*²² E por outro lado, a norma costumeira, que pairava na consciência jurídica geral do povo criando redes intersubjetivas convergentes em relação aos seus valores,²³ conquanto ao nascer não fosse escrita, podia depois ser reduzida a escrito pela manifestação popular.²⁴ Foram frequentes no passado as compilações de normas consuetudinárias, pois *o Direito romano no seu ius scriptum compreendia: a Lex, a lei em sentido estrito, que era estabelecida pelo povo por proposta de um magistrado senatorial (por exemplo um Consul); o plesbicitum, criado pela plebe por iniciativa de um magistrado plebeu (tal como um tribuno) e que, a partir da Lei Hortênsia, de 467, teve força de lei em sentido amplo (4, I, L, 2: Lex est quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. Plesbicitum est quod plebs, plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno constituebat).*

Os editos, como publicações que os magistrados romanos faziam ao assumir, continham as regras que eles próprios seguiriam no exercício dos respectivos cargos. *Através deles os pretores diziam como procederiam na distribuição da justiça e no temperamento, correção e suplementação do ius civile.*

O Edito que deveria vigorar por todo o tempo, em que o magistrado exercesse o cargo era chamado *perpetuum*; o que ele expedia durante o exercício se denominava *repentinum* (os *edicta repentina* foram proibidos por uma lei Cornélia de 687 u.c.). O Edito que passava de um a outro magistrado se qualificava como *translatitium* (7, I, 1, 2). *As Resposta prudentium: eram o hábito entre os romanos que os entendidos respondessem a consultas. Os pareceres jurídicos não eram, porém, fonte do Direito. Foi*

²² O direito civil é o que não se separa do todo, do natural e o das gentes, nem se conforma totalmente a ele. Assim, pois, quando aderimos ou subtraímos algo do direito comum, fazemos direito próprio ou, melhor, civil. *Cfr. D. 1, 1, 6. (Inst. 1, 2, 3).* Esse direito nosso é em parte escrito e em parte não escrito como entre os gregos: *“umas leis existem escritas e outras não escritas”* (Ulp. 1 inst.). *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 46. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuentesecca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

²³ Um fenômeno objetivo existe independentemente da consciência humana e das crenças humanas. A radioatividade, por exemplo, não é um mito. Emissões radioativas ocorriam antes de serem descobertas e são perigosas ainda que as pessoas não acreditem nelas. Subjetivo é algo que existe dependendo da consciência e das crenças de um único indivíduo. Intersubjetivo é algo que existe na rede de comunicação ligando a consciência subjetiva de muitos indivíduos. Se a maioria dos indivíduos na rede morrer ou mudar suas crenças, o fenômeno intersubjetivo se transformará ou desaparecerá. *Eram nessas redes que se alimentava a criação do direito pelos pretores. As leis que emergem do tecido social. É nelas que o pretor enxergava a equidade individual e social e a transformava em lei.*

²⁴ As comunidades antigas não constituíam uma sociedade cognitiva como a de hoje. O jurista, entendido como aquele que usa a sua criatividade para adaptar os *mores* vigentes à resolução de problemas concretos utilizando instrumentos e técnicas específicas, não estava implicado numa reflexão epistemológica sobre o exercício do poder político. O Direito Político não tinha ainda conquistado o seu próprio espaço ao “Estado” que tudo definia. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Vol. 1, p. 1. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

somente no Império que alguns príncipes passaram a dar força de lei às respostas dos juriconsultos mortos.²⁵

Os romanos sentiram que em “matéria jurídica” o labor nunca está terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos. As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos. Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza do Direito romano e a flexibilidade do Direito inglês. Esse era o milagroso remédio que eles utilizaram como um método de proteção e, ao mesmo tempo, como ferramenta forjadora de direitos. Esse método era um “sistema de formulação do Direito”, pois o pretor se punha diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito²⁶ flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele mesmo participa como membro da sociedade, ele retira a inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes. Nenhum obstáculo se interpunha entre o Direito e o pretor, que se encontrava em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, podia sentir as necessidades sociais e fielmente seguir sua evolução. Como método era ao mesmo tempo instrumento de proteção e ferramenta forjadora de direitos.

Nos nossos dias, na jurisdição legal, o juiz submete o caso concreto a lei e o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre, que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram.

Naquela época remota, derogou-se o princípio: *aequitas legislatori, jus iudici magis conventi*, isto é, a equidade é própria do legislador e o Direito é do juiz. O pretor vai buscar, então, a norma jurídica nas mesmas fontes materiais em que se alimentaria o legislador para formular a lei.²⁷

Essa atividade criadora considerava tanto a equidade individual (epiqueia) dos gregos, que levava em consideração as circunstâncias do caso concreto, quanto a equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é considerado justo, a fim de formular a norma, em seguida aplicada ao caso concreto.²⁸

²⁵ APPLETON, Charles; COLINET, Paul; VISCHER, Fernand de; MICHON, Lucien; SENN, Felix. *Recueil d'études su les sources du Droit en l'honneur de François Géný*. Vol. 1º, p. 5 a 67, Paris: Editora Recueil Sirey S.A., 1934.

²⁶ Porque uma coisa é o Direito e outra coisa é a lei. Direito é um adjetivo, que virou substantivo, se aplica a conduta humana. Quer dizer o reto. Esta ideia permanece na tradição cristã e tanto que a palavra pagã corresponde – *ius* –, que tem também um originário sentido adjetivado, se refere, mais que a “retidão”, a conveniência social e se diz daqueles atos particulares que a sociedade, através de seus juizes, considera ajustadas as conveniências da vida coletiva. D'ORS, Alvaro. *Uma Introduccion al estudio del derecho*. p. 11, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1963.

²⁷ Cfr. D. 2, 14, 1, 0 Ulp. 4ª ed. “A equidade deste decreto é natural. Pois o que é tão adequado para a fé humana quanto manter as coisas que eles concordam em manter?”.

²⁸ TORNAGHI, Hélio. O Mandado de Injunção. p. 42, *Revista de Processo* nº 56, ano 14, outubro-dezembro, 1989. Editora Revista dos Tribunais.

4. O juízo de valor equitativo

Essa grande contribuição da República Romana para a história da humanidade, com a descoberta do valor da equidade e o seu método de valoração, dando igual aos iguais e desigual aos desiguais, na proporção da sua desigualdade, era expressão dos valores sociais e morais contidos na comunidade.²⁹

Aristóteles foi o primeiro grego a constatar que a *recta ratio*, a lei, era como uma régua de madeira que se aplicava perfeitamente para medir superfícies planas, mas quando havia a necessidade de dimensionar superfícies sinuosas, deixava espaços em branco entre a norma e a realidade posta em julgamento. *A imaginada razão suprema representada pela lei, a ratio summa, necessitava de uma flexibilidade que pudesse medir essas circunstâncias individuais e criar a regra nas hipóteses, em que a lei era insuficiente, como frequentemente ocorria com o ius civilis, a lei em Roma.*

A *regulae* da “arte da medida” necessitava de mais flexibilidade para revelar o justo e verdadeiro: o ponto comum da razão. A lei deveria não ser uma régua rígida sem flexibilidade,³⁰ mas uma régua como a da ilha de Lesbos, que por ser flexível, podia medir as superfícies sinuosas, não deixando espaços sem definição.³¹ *É na Ética a Nicômaco, que Aristóteles revela o valor e a distinção entre a equidade individual (epiqueia), que considera o contraste entre as circunstâncias individuais, o comando legal e a equidade social, quando pela ausência de lei, não há regra para a situação posta em análise.*³²

A primeira é a hipótese do cego que entra com o seu cão guia em um local público, onde é proibida a entrada de animais. A norma de higiene, se aplicada sem a consideração das suas necessidades especiais, impede o seu livre exercício de ir e vir, direito fundamental que só vai ser reconhecido se considerada a sua individualidade reveladora do seu valor igualitário como cidadão.

A equidade social é buscada nas redes intersubjetivas que se formam no tecido social, ligando um número significativo de pessoas que expressam valores contemporâneos da sociedade, quando a situação em conflito não encontra previsão legal. É o caso, por exemplo, das relações homoafetivas, que negam os direitos sociais a casais homossexuais, não lhes reconhecendo o mesmo valor que casais heterossexuais, no que respeita a direitos hereditários e sociais, como pensão etc.

²⁹ Cfr. D. 1, 1, 1, 7. “O direito civil é o que não se separa totalmente do natural ou das gentes nem se conforma totalmente a ele. Desta forma, quando anexamos ou subtraímos algo do direito comum, fazemos direito próprio, isto é, direito civil (1= Inst. 1, 2, 3) e este direito nosso é em parte escrito e em parte não escrito como entre os gregos (em Grego): “umas leis são escritas e outras não escritas.” (Ulp. 1 inst.). *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 46. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuentesecca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

³⁰ “Pois o direito deve adaptar-se a aquelas coisas que acontecem frequentemente e facilmente e não as que muito raramente acontecem”. Cfr. D. 1, 3, 5. *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 56. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuentesecca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

³¹ “O que se estabeleceu contra a razão do direito não podemos seguir a regra do direito”. (Iul. 27 dig.). Cfr. D. 1, 3, 15. *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 56. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuentesecca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

³² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 121, São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

Em ambos os casos, a desconsideração desta desigualdade afasta a efetividade de direitos fundamentais.

*Os romanos descobrem que a lei, nessas circunstâncias, não é a recta ratio, mas o princípio referencial, que aliada à doutrina e a jurisprudência, possibilita ao aplicador da lei revelar a lei natural dos humanos, o costume em relação a esse valor, no momento da realização da justiça.*³³

Dentro deste espaço legalmente autorizado pela insuficiência da norma e o contraste com a ordem imaginada,³⁴ a consciência jurídica geral que emerge das redes intersubjetivas de sentimentos convergentes, *motivadamente*, vai construir uma ordem que expresse a harmonia e o equilíbrio entre a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência, posto que recorriam a jurisconsultos para melhor alcançar o justo e verdadeiro.³⁵

Portanto, *para os romanos, a lei não é a expressão absoluta da razão, mas o referencial que dentro do discricionário, constitui uma ordem justa e verdadeira como expressão da consciência jurídica geral da maioria da comunidade.*³⁶

O Direito, para eles, no que respeita a lei, era a referência para o metodológico no caminho do justo, constituído através da sua *praeceptio iuris: honesto vivere* (não abusar do seu direito); *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém); *cui cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

Revelam que uma pergunta, mesmo com uma resposta incompleta, é mais valiosa do que uma resposta trivial, posto que impulsiona o pensamento na busca da razão, revelando o sistema da dúvida sistemática. Também, se utilizavam do

³³ A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço. O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto. O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito. É o que deve acontecer, entre nós, no Mandado de Injunção. TORNAGHI, Hélio. O Mandado de Injunção. *Revista de Processo* nº 56, p. 43, ano 14, outubro-dezembro, 1989, Editora Revista dos Tribunais.

³⁴ *Código suíço de 10 de dezembro de 1907 (como em 23 de janeiro de 2023): ao se referir a aplicação da lei estabelece no seu art. 1º - 1. A lei se aplica de acordo com a sua redação ou interpretação a todas as questões jurídicas para as quais ela contém uma disposição. 2. Na falta de disposição, o tribunal decidirá de acordo com o direito consuetudinário e, na falta de direito consuetudinário, de acordo com a regra que faria enquanto legislador. 3. Ao fazê-lo, o tribunal seguirá a doutrina e a jurisprudência estabelecidas. E a discricção judicial no seu art. 4º. Quando a lei confere discricionariiedade ao tribunal, ou faz referência a uma avaliação das circunstâncias, ou a uma boa causa, o tribunal deve proferir a sua decisão de acordo com os princípios da justiça e da equidade.*

³⁵ *O parecer do jurisconsulto não se beneficia de qualquer poder coativo, que só o tem o magistrado. Desta forma, o sentido das responsa prudentium é o de exprimir o conteúdo de uma regra individual (por dirigida ao caso concreto), que a decisão dos magistrados tornará obrigatória. O seu valor como fonte de conhecimento do Direito estará, assim, ligado ao modo de produção de Direito em que a resposta se inspire: lei, costume, edito, senatusconsulto...* E foi através do seu labor sobre estes diversos fatos de produção normativa que a jurisprudência deu um caráter substancialmente unitário à ordem jurídica romana elaborando conceitos, figuras, regras e princípios comuns a tais fatos. *Por isso, a interpretatio prudentium não é só método, mas também substância jurídica, ela é essencial para a conservação do edifício social romano.* HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 227, Editora AAFDL, 1989.

³⁶ *"Compreender as leis não consiste em reter suas palavras, mas em compreender seu fim e seus efeitos." (Cels. 26 dig.). Cfr. D. 1, 3, 17. "As leis, para respeitar sua vontade, devem ser benignamente interpretadas." (Cels. 29 dig.). El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 56. Version castellana por A. d'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.*

reducionismo científico de Descartes, descoberto no século XVII, ao estabelecerem os limites da discussão do justo pela "*litis contestatio*",³⁷ estabelecida pelo colegiado dos pretores, que definia o objeto do processo.

Embora submetido sempre a organismos colegiados, que possibilitavam a dissonância cognitiva entre um número menor de integrantes, estabeleciam uma dialética mais fundamentada e transparente na busca do ponto comum da razão.

Desta forma, sempre de forma colegiada, difundiam poder e informação, repartindo as decisões entre várias pessoas e instituições e alcançando o ponto comum da razão pelo sentimento majoritário convergente, o justo e verdadeiro como consequência de um referencial metodológico que expressava os valores da lei, da doutrina, da jurisprudência e dos costumes da contemporaneidade romana.

Em Atenas, embora Platão acredite que, por uma razão matemática, era mais fácil alcançar este desiderato educando os homens de forma que pudessem ser justos e equilibrados na direção da Polis, adotavam o método convergente do ponto comum da razão pela expressão majoritária de sentimentos, manifestação política, não jurídica, do que é o Direito.

O ponto comum da razão em Roma era descoberto como expressão de sentimentos e como manifestação do discricionário, constituído entre os espaços deixados pelo *ius civilis*.³⁸

Os filósofos gregos e os considerados contemporâneos acreditavam que a razão era uma manifestação individual de cada pessoa, que pela educação seria capaz de gerar um juízo adequado de valor em relação ao todo, a massa.

Para os romanos, o método convergente do ponto comum da razão era iniciado pela dissonância cognitiva do contraditório e da ampla defesa entre as partes, de forma que, pela manifestação colegiada dos pretores, em média em número de seis, expressava a fórmula como o ponto comum da razão fundamentado nos espaços deixados pela lei para elaborar a fórmula de efetividade e exercício do direito em conflito.³⁹

³⁷ A *litis contestatio* da época clássica era aquele momento do processo, em que definitivamente se fixava na fórmula o objeto da controvérsia. Nesse momento, a posição jurídica dos litigantes ficava perpetuada; o juiz tinha de julgar de harmonia com ela. O efeito principal e característico da *litis contestatio* clássica era o da consumação da ação. Quer dizer, uma ação que, por uma determinada *causa iuridica*, tivesse sido objeto de uma *litis contestatio*, já não podia voltar a propor-se, outra vez, com base na mesma causa – o que se exprimia pelos adágios "*non bis in idem*" ou "*bis de eadem re ne sit action*". CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. 4ª edição, Coimbra, 1984, nota 296, p. 246, com referência a A. d'Ors, *Elementos*, p. 73.

³⁸ A expressão *ius Romanum* comprometida com o processo de uniformização legislativa conduzido e liderado por Roma, pela posição hegemônica de força que então tinha, não pode designar a harmonização voluntária de principia iuris existentes no "*fundo consuetudinário comum*". A união da *urbs* Roma ao *orbis Romanus* operou-se através de um conjunto de normas, positivadas a partir de Diocleciano, que sistematizaram a disciplina "jurídica" no espaço denominado por Roma, sob a designação "*ius Romanum*". No entanto, a persistência dos costumes jurídicos locais após a constituição Antoniniana revela a ineficácia do *ius Romanum* positivo (C. 1, 17, 1, 10) como forma integrativa suficiente para tratar a relação jurídica entre o homem e lugar. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Vol. III, p. 947. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

³⁹ Cabia ao pretor substituir o cônsul nos seus impedimentos no governo civil da cidade. Não por delegação do cônsul, isto é, por *acto* deste, mas por competência própria nos termos "Constitucionais". Era ele que convocava os comícios para a eleição dos magistrados menores e apresentava propostas de lei para aprovação

Elaborada a fórmula de efetividade do jurídico, o processo é remetido ao *iudex* para a aplicação do direito nela contido, efetivando o que foi decidido pelo Pretor, que agora era considerado lei através dos seus *edictos*.

Era a insuficiência do ius civile que fazia o Pretor romano recorrer a jurisconsultos, aos seus editos de jurisprudência e aos costumes para, através da praeceptio iuris, determinar a fórmula do justo e verdadeiro.

5. A diferença entre o sistema inglês e o americano de precedentes e o sistema criativo do justo pelos romanos

O Pretor romano, ao criar direito com base nesses vetores, não estabelece um método semelhante ao do direito inglês e americano, pois este se baseia no precedente, que é um só, ou seja, uma solução dada a um caso antecedente que só vale na medida em que é bom, justo, e que, por isso, faz justiça.

O método inglês se aproxima mais da convenção ou do sistema legal, posto que busca na convenção do justo a base do seu Direito, construído em qualquer época, ao passo que o sistema equitativo de construção do Direito pelos romanos abre o espaço cognitivo para todos: natureza e convenção, pois considera os *mores maiorum* as manifestações dos jurisprudentes e a lei como formadora do jurídico, do Justo, do Direito, devidamente fundamentado nas premissas de não abusar do seu direito, não prejudicando ninguém e dando a cada um o que é seu.

6. A diferença entre a *interpretatio prudentium* e a *interpretatio legis*

Portanto, na jurisdição legal, nos nossos dias, quando existe lei, o aplicador deve utilizar o método interpretativo, através dos elementos: histórico, gramatical, lógico ou teleológico e sociológico, determinando a *mens legis* e estabelecendo se o preceito deve ser interpretado de forma restritiva ou ampliativa, para depois, determinar os casos em que a lei vai ser aplicada.

A interpretatio prudentium⁴⁰ dos romanos se apresenta como uma atividade criadora da eficácia da prudência, do direito por equidade, para ser aplicada ao caso concreto, através do método criativo do justo, que toma como referência a lei, a jurisprudência constituída pelos edictos do Pretor, o costume (mores) e a doutrina dos

aos comícios. Por vezes o Senado encarregava o pretor de comandar o exército fora da cidade. A pretura era uma magistratura monocrática, ordinária, permanente e, inicialmente, unitária. Em 242 a.C. juntou-se ao pretor urbano (que resolvia os conflitos entre cidadãos romanos) o pretor peregrino (que intervinha nos conflitos entre cidadãos e peregrinos). Com o aumento do território e das funções (nomeadamente as jurisdicionais através das *quaestiones*), os pretores passaram a ser seis. Sila fixou o número de pretores em oito. O pretor urbano e o pretor peregrino não constituíam um colégio como nas outras magistraturas. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Introdução ao estudo do Direito Romano*. As questões fundamentais. p. 151, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.

⁴⁰ A *interpretatio prudentium*, como atividade que medeia entre a norma e o caso, está intimamente ligada aos fatores materiais de produção e conservação do Direito. HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 226, Editora AAFDL, 1989.

*jurisconsultos.*⁴¹ O metodológico se apresenta como a verdadeira distinção entre o arbitrário e o discricionário, pois se a lei grega era uma manifestação de sentimentos da assembleia dos 6 mil representantes da sociedade reunidos na ágora, agora se apresentava como um método fundamentado, exercido dentro de parâmetros deixados pela lei, por contraste com o justo em relação as circunstâncias individuais ou sociais não previstas.

Nesse sentido, “a liberdade de que gozava o prudente no processo de achamento das soluções jurídicas, correspondendo basicamente a um método tópico, não era favorável ao desabrochar despótico da lei no quadro da ordem jurídica romana. A lei estabelecia apenas uma solução guia a ponderar de acordo com o critério axiológico rector do *bonum et aequum*”.⁴²

7. A filosofia, o direito natural e a ciência

Para entendermos como os romanos chegaram a esta dinâmica, precisamos recuar no tempo, pois a história e a filosofia não são suficientes para entendermos as contradições dos filósofos na antiguidade clássica em relação ao método romano de desvendar e constituir a regra e a solução para o conflito de forma justa e verdadeira.

A busca da igualdade de valor entre os homens começa 30 mil anos antes da era cristã, pois a coesão forçada pela concentração de grupos em locais protegidos deu o impulso definitivo ao moderno *Homo sapiens*.⁴³ Com a partilha de refeições cozidas, adveio uma forma universal de conexão social, pois junto com os locais de acampamento ao pé do fogo, veio a divisão do trabalho, que surgiu automaticamente, pois já existia uma predisposição dentro dos grupos à auto-organização por hierarquias dominantes, com diferenças entre machos e fêmeas e entre jovens e velhos.⁴⁴ A seleção natural não é um projeto divino, foi a força que abriu esse caminho na busca pelo justo e verdadeiro, o ponto comum da razão, que começa a ser documentado na antiguidade clássica, na *Polis*. *Esse anseio pela liberdade de poder ser igual no grupo, ter o mesmo valor, persiste exatamente como no início da socialidade, quando os caçadores coletores, ao dividirem a caça, iniciam o processo de construir a consciência inata*⁴⁵ *de igualdade com valoração e com individualidade: a equidade. Tratar os iguais de forma igual e os desiguais de*

⁴¹ Daí resulta o caráter secundário da *interpretatio prudentium* por operar sobre algo preexistente, mas também resulta uma ampla liberdade crítica por o prudente se situar fora dos órgãos de criação e aplicação do Direito. A função da jurisprudência era então a de coordenar os vários modos de produção de *ius*, adequando-os às exigências de justiça material presentes nos casos concretos a ele apresentados. HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 219, Editora AAFDL, 1989.

⁴² HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 253, Editora AAFDL, 1989.

⁴³ WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. p. 60, tradução Ivo Korytovski, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

⁴⁴ WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. p. 64-65, tradução Ivo Korytovski, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

⁴⁵ A consciência, tendo evoluído por milhões de anos de luta de vida e morte e sobretudo devido a esta luta, não foi projetada para o autoexame, ela foi projetada para a sobrevivência e a reprodução. O pensamento consciente é movido pela emoção, estando totalmente comprometido com o propósito de sobrevivência e reprodução. WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. p. 17, tradução Ivo Korytovski, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

forma desigual na proporção de sua desigualdade.⁴⁶ Como esse conflito era decidido pela força, podemos deduzir que aqueles que passivamente aceitaram uma divisão injusta, não sobreviveram a idade da pedra. *Dessa conclusão lógica, consideramos que os mitos compartilhados entre gregos e romanos de Democracia e República, como métodos de busca dessa igualdade de valor, expressam esse gen dos humanos na construção de metodologias de constituição de igualdades entre grupos sociais.*

Essa busca incessante revela que a característica do conceito mítico de Democracia dos antigos, é a irrestrita difusão de poder, informações e a repartição de decisões entre várias pessoas e instituições, de forma a alcançar o ponto comum da razão, aquilo que é verdadeiro e justo, como resultado do sentimento convergente da maioria, efetivando a igualdade de valor para todos.

Nessa dinâmica, *o método romano considerava a lei, a doutrina, a jurisprudência e o mores maiorum como referências e elementos de motivação da valoração da dissonância cognitiva no colegiado dos pretores.*

Portanto, se o direito natural emerge da sociedade civil, era nela e na lei que os romanos buscavam os parâmetros para expressar seu juízo de valor equitativo, proporcional. *Estabeleciam uma relação entre o sentimento do povo expresso nas redes intersubjetivas que ligavam várias pessoas em torno de valores comuns. Para eles, o costume também era lei, pois expressão da consciência da maioria do povo de que aquela regra era boa para a coletividade e devia ser preservada e seguida.*⁴⁷

Buscavam a virtude como expressão desses valores, pois a biologia evolutiva nos mostra que hoje existem indícios substanciais de que o comportamento social humano surgiu geneticamente por evolução multinível. Se esta interpretação for correta, e um número crescente de biólogos evolutivos acredita que seja, podemos esperar um *conflito constante entre componentes do comportamento favorecidos pela seleção individual e aqueles favorecidos pela seleção de grupo*. A seleção no nível individual tende a criar competitividade e comportamento *egoísta* entre membros do grupo em torno de *status*, acasalamento e acesso a recursos. Já a seleção entre grupos tende a criar um comportamento desprendido, expresso na maior generosidade e *altruísmo*, os quais por sua vez promovem uma maior coesão e aumentam a força do grupo como um todo.⁴⁸ É nessa expressão de sentimentos que distinguem o egoísmo como pecado e o altruísmo como virtude.

⁴⁶ Na parábola do bom samaritano, Jesus ensina que o próximo a amar pode ser um estrangeiro, com outra religião e com outros costumes. O ensinamento de prescindir de todos os vínculos familiares, étnicos, religiosos e políticos, quando estivesse em causa o amor ao próximo, foi e permanece sendo um escândalo. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Jus Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Vol. III, p. 923. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

⁴⁷ A vida jurídica decorria debaixo de uma rígida separação das funções dos órgãos dos *civitas* romana: através desse critério de produção de regras jurídicas se garantia a cidade contra o arbítrio e o despotismo do criador jurídico. *O papel do legislador estava limitado pela atividade dos intérpretes – os prudentes – e dos aplicadores do Direito – o pretor e o juiz não eram onnipotentes.* HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 219, Editora AAFDL, 1989.

⁴⁸ WILSON, Edward O. *O Sentido da existência humana*. Tradução de Érico Assis, p. 328, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Ao limitarem a influência do arbítrio religioso, separam-no da ética, que *na visão empirista* é a conduta favorecida de modo suficientemente sistemático através de uma sociedade para ser expressa como um código de princípios. *É impelida por predisposições hereditárias no desenvolvimento mental – os “sentimentos morais” dos filósofos iluministas –, causando ampla convergência entre culturas, enquanto atinge a forma precisa em cada cultura de acordo com circunstâncias históricas.* Os códigos, que os observadores externos os julguem bons ou ruins, desempenham um importante papel na determinação de que culturas florescem ou declinam.

A importância da visão empirista é sua ênfase no conhecimento objetivo. Como o sucesso de um código ético depende de quão sabiamente ele interpreta os sentimentos morais, seus forjadores deveriam saber como funciona o cérebro e como se desenvolve a mente. O sucesso da ética também depende da previsão exata da consequência de ações específicas em relação a outras, sobretudo em casos de ambiguidade moral. Isso também exige muito conhecimento coerente entre as ciências naturais e sociais.⁴⁹

Não tem sido outra a relação entre a lei e as redes intersubjetivas de sentimentos comuns convergentes em questões sociais como: aborto, relacionamentos homoafetivos, famílias e filiações multiafetivas e um amplíssimo etc., decorrente das relações da sociedade em rede na era da informação.

Essa metodologia romana também utilizava os métodos dedutivo e indutivo da ciência moderna, posto que deduzir é descer do geral ao particular, da regra para o caso e do abstrato para o concreto. Exemplo: todo aquele que professa a religião judaica abstém-se da carne de porco. É uma proposição geral. Dela posso deduzir que determinado praticante do judaísmo não come carne de porco. Na indução dá-se o inverso. Da observação de casos particulares, chega-se à regra geral, fato comum nas ciências naturais. Hoje, verifico que após um fenômeno ocorreu outro; amanhã a mesma coisa, e assim, sucessivamente. Vejo que isso acontece sempre e em toda a parte, não apenas eventual ou casualmente, não por coincidência, mas porque entre os dois fenômenos existe uma relação de causa e efeito. Induzo daí, dos casos particulares observados, uma regra geral: toda vez que ocorrer o fato A produzir-se-á, o fato B.⁵⁰

8. A natureza como *gen* e o costume como cultura

A lei mostra-se como uma regra cuja origem e força obrigatória deriva do acordo ou convenção dos membros do grupo. *A lei ou convenção tem a tendência ou a função de esconder a natureza; tendência alcançada na medida em que a natureza é, de início, vivida ou “dada” exclusivamente como “costume”.* Nesse sentido, a busca filosófica das coisas primeiras é orientada pela compreensão do “ser”, que para nós se relaciona

⁴⁹ WILSON, Edward O. *A Unidade do Conhecimento*. Consiliência. p. 229, tradução de Ivo Korytowski, Rio de Janeiro, Campus, 1999.

⁵⁰ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. p. 159, São Paulo: Saraiva, 1977.

aos *gens* dos humanos somados a cultura, onde o “ato de ser” é mais de acordo com a distinção que separa o “ser em verdade” e o “ser em virtude da lei ou convenção”, o primeiro baseado no costume: *a ordem imaginada da maioria dos integrantes do grupo de que aquela regra ou valor é boa para a coletividade e deve ser respeitada.*⁵¹

Mas temos que considerar que *o aparecimento da filosofia afetou radicalmente a atitude do homem diante das coisas políticas em geral e das leis em particular, pois atingiu profundamente a compreensão dessas coisas.* Originalmente, a autoridade por excelência ou a raiz de toda autoridade era o ancestral. A descoberta da natureza desarraigou essa pretensão do ancestral; *a filosofia abandona o que é ancestral e almeja o bem, o que é intrinsecamente bom, o que é bom por natureza.* Contudo, a filosofia abandona o ancestral em nome de algo mais antigo. A natureza, os *gens* dos humanos, é anterior a toda tradição e, nesse sentido, mais venerável que toda a tradição.

A natureza supre não apenas o material de todas as artes, mas também seus modelos; “as coisas mais grandiosas e mais belas” são as obras da natureza, não da arte. *Portanto, ao desarraigar a autoridade do ancestral, a filosofia reconhece que a natureza é a autoridade e essa diferença fundamental entre natureza e convenção é condição necessária para o aparecimento da ideia de direito natural.* Portanto, *a partir dessa constatação, podemos concluir que o direito natural, ou seja, a biologia evolutiva dos humanos, é a fonte para explicar as convenções filosóficas.*

Nesse sentido, para estabelecermos uma distinção clara entre o natural e o convencional, devemos retornar ao período na vida do indivíduo e da espécie que antecede a convenção.

Do ponto de vista dos antigos, entretanto, a questão das origens é de importância decisiva porque a resposta correta a esse respeito esclarece o *status* e a dignidade da sociedade civil e do Direito. *As origens, ou a gênese da sociedade civil, ou do certo e do errado, são investigadas para saber se a sociedade civil e o certo, ou o errado estão baseados na natureza, ou apenas na convenção.*⁵² Nesse sentido, o *gen* igualitário do homem e a dualidade do pensamento abstrato, com o homem

⁵¹ A gênese do primitivo direito em Roma vem desde há longo tempo a ser objeto de estudo por parte dos romanistas, centrando-se boa parte da atenção dedicada ao problema nos conceitos de *ius* e *fas*. A partir de textos oriundos de épocas já tardias, que identificavam o primeiro com a lei humana e o segundo com a lei divina, foi ideia dominante durante muito tempo a separação inicial entre o campo do Direito e o da Religião, *parecendo, mais consentâneo com a realidade, não os colocar em campos diversos, já que o ius parecia apresentar na sua origem características nitidamente religiosas.* NOGUEIRA, José Duarte. *Ius e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 176, Editora AAFDL, 1989.

⁵² Tanto para um como para outro, várias origens têm sido propostas. Para o primeiro (*fas*), duas hipóteses são apresentadas. Segundo uma, de acordo com a própria tradição romana, a palavra seria fundada no radical *dha* ou *dhe* foneticamente transformado, significando na sua origem *lei* ou *estatuto divino*, com correspondência em palavras gregas fundadas na mesma raiz. De acordo com outra, tida genericamente como mais provável, a raiz seria *bha* ou *bhe*, significando “aparecer” ou “falar” (*fari*), também com correspondência no grego. Significaria assim, “*manifestação da vontade divina*”. Quanto ao *ius*, igualmente têm sido apresentadas alternativas. Uma primeira relaciona-se com *Iovis* (Jupiter), cujo símbolo entrava no ritual do juramento primitivo. A prova estaria na palavra *iovestod*, significando *iustus*, gravada numa antiga pedra do Foro Romano. Esta hipótese que tendia a ser posta de lado, parece conseguir, nos últimos tempos, de novo, adeptos, como alguns autores fazem notar. NOGUEIRA, José Duarte. *Ius e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 179, Editora AAFDL, 1989.

dividido entre o mundo material e o dos fenômenos, fazem com que o núcleo de cada religião ou partido de sucesso sejam a criação ou a ideologia igualitária que prometem o bem-estar de todos e que ao explicar o mundo e colocar seus crenças como o povo escolhido – aceitam o sistema de crenças – e passam a se sentir em seu centro. Há muitas vezes um mistério, um conjunto de instruções e fórmulas secretas disponíveis apenas a hierofantes que alcançam um estado superior de iluminação ou representam mais fortemente a ideologia do grupo. A cabala judaica medieval, o sistema de três graus do franco – maçonaria e os entalhes nos bastões de espíritos dos aborígenes australianos são exemplos de tais arcanos. O poder irradia do centro, reunindo convertidos e ligando seguidores ao grupo. São designados locais onde os deuses podem ser importunados, ritos observados e milagres testemunhados.

Disso tudo, o que se segue é que *as leis são de fato a obra, não da cidade toda, mas daquele segmento dela que por acaso está no comando. Desnecessário dizer que a democracia – que pretende ser o governo de todos – é na verdade o governo de uma parte, pois, na melhor das hipóteses, trata-se do governo da maioria dos adultos que habitam o território da cidade. Mas a maioria corresponde aos pobres, e estes são um segmento, ainda que numeroso, cujo interesse é distinto de outros segmentos. O segmento governante está exclusivamente preocupado, é claro, com seus próprios interesses, embora finja, por razões óbvias, que as leis, que estabelecem com vistas aos seus próprios interesses, são boas para a cidade como um todo.*

Nesse sentido, a consciência inata por igualdade, como manifestação genética e natural, é contra a inclinação do homem ser feito escravo ou ser tratado como “coisa”, no sentido jurídico. Da mesma forma que a “naturalização” como um fato em virtude do qual um estrangeiro “natural” é artificialmente transformado num cidadão “natural”. Dessa forma, todos os cidadãos são, na verdade, cidadãos “feitos” ou “natos”. *É a convenção que isola arbitrariamente um segmento da espécie humana e destaca-o do resto.*

Portanto, o que se apresenta como o bem comum é, na verdade, o interesse de uma parte que pretende ser o todo ou de uma parte que só forma uma unidade em virtude dessa afirmação, desse pretexto e dessa convenção, o que nos leva a concluir que se a cidade é convencional, o bem comum também é e, com isso, está provado que o Direito ou a justiça são convencionais. *Por isso, estas convenções só podem ser legítimas se submetidas ao método construtivo do justo por equidade, como fizeram os romanos na República, que vai indicar, pela convergência de sentimentos majoritários, onde reside o equilíbrio e a harmonia da cidade.*

O juízo de valor equitativo sobre o certo e o errado, baseado na regra natural de *“amar o próximo como a você mesmo, não fazendo com ele o que não gostaria que fizessem com você”*,⁵³ torna inteligíveis aquelas experiências simples, atinentes ao

⁵³ A caridade cristã (*agape*) não serve como conteúdo jurídico de uma norma geral de comportamento humano, mas como forma radical de interpelar consciências. O amor ao próximo não é um imperativo categórico formulável como lei universal juridicamente sancionada, nem regra de moral humana, *mas como condição constituinte do homem como pessoa na experiência concreta de relação.* Sem qualquer possibilidade

certo ou errado, que são a base das doutrinas do direito natural. Nessas experiências, *a justiça é compreendida como o hábito de abster-se de prejudicar os outros, ou como o hábito de ajudá-los, ou, ainda, como o hábito de subordinar o interesse de uma parte (do indivíduo ou de um segmento) ao interesse do todo.*⁵⁴

Portanto, *se a cidade não é uma totalidade genuína, então aquilo que é chamado de “o bem do todo” ou o justo, em contraposição ao injusto ou egoísta, é, a bem dizer, apenas uma reviravolta do egoísmo coletivo e não há nenhuma razão para considerar o egoísmo coletivo mais respeitável do que o egoísmo individual.*

Strauss considera que, por natureza, cada um busca o seu próprio bem e apenas o seu próprio bem, ou seja, entende que nos humanos o sentimento de *egoísmo*⁵⁵ foi o que prevaleceu sobre a organização social primitiva. Entretanto, essa assertiva é contestada pela biologia evolutiva, que considera que no cérebro a aplicação de tal “punição altruísta” excita a ínsula bilateral, um centro do cérebro também ativado pela dor, pela raiva e pela indignação. Seu benefício para a sociedade é mais ordem e menos desvios de recursos do patrimônio público. Não resulta de uma deliberação racional por parte do altruísta. Ele pode de início incluir em suas reflexões o impacto derradeiro sobre sua família. O altruísmo se baseia num instinto biológico pelo bem comum da tribo, posto em marcha pela seleção de grupo, em que pequenos grupos de altruístas na época pré-histórica prevaleceram sobre grupos de indivíduos em desordem egoísta.

Mas na posição de Strauss, o que a justiça exige de nós é contra a natureza, pois *a bem natural, que não depende dos caprichos e delírios do homem, esse bem substancial, apresenta-se, pois, como o oposto daquele bem obscuro de “direito” e “justiça”, mas como expressão de “igualdade de valor”. Mesmo os que afirmam que o Direito é natural, têm de admitir que a justiça consiste numa espécie de reciprocidade: os homens estão obrigados a fazer aos outros aquilo que gostariam que lhes fosse feito. Os homens são obrigados a fazer o bem aos outros porque desejam ser beneficiados pelos outros: para ser bem tratado, deve-se bem tratar, o que revela que a igualdade de valor em todos os aspectos é o objeto do que entendemos por Direito.*⁵⁶

de equívoco com as solidariedades sociológicas, utilitaristas e hedonistas ou com as várias formas históricas de filantropia, de misericórdia, de amizade e de Direito, apesar das semelhanças estruturais, só a *concordia/agape* pode substancializar relações geradoras de comunidade na sociedade humana disciplinada por um Direito aceite por todos. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Vol. III, p. 927. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

⁵⁴ Das referências de Sêrvio e Santo Isidoro, na visão clássica, retirou a historiografia durante bastante tempo a ideia de que desde os períodos mais recuados da história de Roma teriam existido dois sistemas de normas, um de origem divina, outro de criação humana, correspondendo o primeiro o *fas* e o segundo ao *ius*, equivalente mais tarde, respectivamente, ao *ius divinum* e ao *ius humanum*. NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 182, Editora AAFDL, 1989.

⁵⁵ STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. p. 57, Tradução de Bruno Costa Simões, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

⁵⁶ *Fas* seria a vontade divina interpretada pelo chefe do grupo individualizado (*família* ou *gens*); o seu campo de aplicação seria o das *relações internas entre os membros do grupo sujeitos ao poder absoluto do chefe (pater)*. *Ius* é a *vontade divina operante nas relações entre os diversos grupos*, relações essas colocadas sob a tutela de *Iupiter-Iovis*, divindade comum a todos eles. NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 182, Editora AAFDL, 1989.

A concepção de Strauss, por tomar como premissa que o sentimento de egoísmo é o que prevalece na humanidade, pressupõe que pelo convencionalismo todos os homens entendem fundamentalmente por justiça uma mesma coisa: *ser justo significa não prejudicar os outros, ajudar os outros, preocupar-se com o bem comum*. Partindo desse pensamento, entende que o convencionalismo rejeita o direito natural,⁵⁷ ao contrário do nosso entendimento, de que o convencionalismo, embora revelado imperfeito, insuficiente, é expressão desta busca pela igualdade de valor entre os homens.⁵⁸

As suas razões de rejeição se apresentam como: 1) a justiça situa-se numa tensão inescapável com o desejo natural de cada um, que está direcionado exclusivamente ao seu bem particular; 2) na medida em que a justiça tem um fundamento na natureza – na medida em que é vantajosa para o indivíduo – as suas prescrições estão limitadas aos membros da cidade, isto é, a uma unidade convencional; de modo que o que é chamado de “direito natural” consiste em determinadas regras rudimentares de comodidade social válidas apenas para os membros de um grupo particular e que carecem, além disso, de validade universal, mesmo quando se trata de relações interiores aos grupos; 3) o que se entende universalmente por “direito” ou “justiça” deixa completamente indeterminado o sentido preciso de “ajudar”, “prejudicar” e “bem comum”; é apenas por meio de um detalhamento que esses termos adquirem uma significação plena e todo detalhamento é convencional.⁵⁹

Ao tentar estabelecer a existência do direito natural, Platão reduz a tese convencionalista à premissa de que o bem é idêntico ao agradável. De maneira recíproca, vemos que o hedonismo clássico levou à depreciação intransigente de toda a esfera política. Não surpreenderia que a equação primitiva que identificava o bem ao ancestral tenha sido substituída, em primeiro lugar, pelo que estabelece a identidade entre o bem e o agradável, ou seja, pelos sentidos, pelos sentimentos humanos. Quando se rejeita a equação primitiva, com base na distinção entre natureza e convenção, as coisas proibidas pelo costume ancestral ou pela lei divina mostram-se ainda mais naturais e, portanto, intrinsecamente boas.

As coisas proibidas pelo costume ancestral são proibidas porque são desejadas; e o fato de serem proibidas por convenção mostra que não são desejadas com base na convenção, mas sim desejadas por natureza. Assim, o que induz o homem a desviar-se da via estreita do costume ancestral ou da lei divina parece ser o desejo de prazer e a aversão à dor. E o bem natural parece ser o prazer. A orientação pelo prazer torna-se o primeiro substituto da orientação pelo ancestral.

⁵⁷ STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. p. 51, tradução de Bruno Costa Simões, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

⁵⁸ *O fas é assim, de certo modo, já produto humano, embora estritamente relacionado com a vontade divina. O ius será a evolução lógica do conceito de fas, isto é, a expressão do uso que os homens fizeram da liberdade deixada pelos deuses, a mover-se no âmbito daquilo que não é proibido, ou seja, na esfera do fas, e materializa-se “em qualquer coisa de determinado, de estabelecido e de fixado positivamente: um poder, um preceito, uma faculdade, uma sentença etc”*. NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 198, Editora AAFDL, 1989.

⁵⁹ STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. p. 130-131, tradução de Bruno Costa Simões, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

Para Strauss, o nobre é bom tão somente porque as pessoas o chamam de bom ou dizem que é bom; assim, o nobre é bom por convenção. Ele reflete de maneira distorcida o bem real em virtude do qual os homens estabeleceram a convenção fundamental, o pacto social, as Constituições dos Estados. A virtude pertence a classe das coisas úteis. De fato, ela é desejável, mas não por ela mesma. Só se torna desejável com base no cálculo, e contém um elemento coercitivo e, portanto, de dor. Ela, entretanto, produz prazer. Todavia, há uma diferença crucial entre a justiça e as outras virtudes. A prudência, a temperança e a coragem suscitam prazer devido às suas consequências naturais, ao passo que a justiça só produz o prazer que dela se espera – uma sensação de segurança – com base na convenção.⁶⁰

Mas segundo Aristóteles, “fazer o bem faz bem” o que nos leva a conclusão de que a virtude dá prazer, pois possibilita a harmonia e o equilíbrio, trazendo a sensação de realização e bem-estar. Esta ação é a finalidade a que a natureza é espontaneamente levada e não coagida. Ao passo, os homens são arrastados espontaneamente com o maior ímpeto, à virtude podem ser coagidos com dificuldade, pois estes valores são desenvolvidos pela educação, que amolda o caráter e potencializa a expressão do sentimento altruísta que prevaleceu nos humanos, expressão da virtude, em contraste com o egoísmo, manifestação de pecado.

O direito de natureza ou o justo é um symbolon do benefício que decorre de os homens não prejudicarem uns aos outros e não serem prejudicados. Isso não significa que haja o direito natural num sentido estrito, isto é, um direito independente e anterior a todas as convenções ou pactos: o symbolon se identifica com um tipo de pacto,⁶¹ pois é expressão do altruísmo que prevaleceu na organização social dos humanos.

Para nós, o direito natural é igualitário. A dúvida sobre o caráter natural da escravidão, bem como da divisão da espécie humana em diferentes grupos políticos e étnicos, encontra sua expressão mais simples na tese de que *todos os homens são livres e iguais por natureza, ou seja, têm o mesmo valor no grupo. A liberdade natural e a igualdade natural são inseparáveis uma da outra. Se todos os homens são livres por*

⁶⁰ “Nos casos em que não aplicamos as leis escritas, deve-se observar o que foi introduzido pelo uso e costume; e se isso estiver faltando em algum assunto, então o que quer que seja é o mais próximo e o mais congruente; e se isso também não aparecer, devo observar a lei que se aplica à cidade de Roma. Não é sem razão que *as leis inventadas pelo costume são observadas como lei* e esta é a lei que é declarada como sendo constituída pelo uso. Como *as mesmas leis por nenhuma outra causa nos obrigam mais do que por terem sido aceitas pela vontade do povo, obrigarão com razão também a todo o povo, obrigarão com razão também a todos que o povo aprovou sem nenhum escrito*; bem, o que importa que o povo declare sua vontade sofrendo ou com a mesma realidade e os fatos? Portanto, *também tem sido admitido com grande sucesso que as leis são revogadas, não apenas por voto do legislador, mas também com o consentimento tácito de todos por desuso.*” (Iul. 84 dig). “O costume deve ser observado como direito e como lei no que não está previsto como lei escrita”. (Ulp. 1 de off. proc.). Cfr. D. 1, 3, 32, e D. 1, 3, 33, (respectivamente). *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 57. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. García y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

⁶¹ STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. p. 133, nota 44, tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

*natureza, ninguém é por natureza superior aos outros e, portanto, por natureza todos os homens são iguais entre si, e merecem desfrutar essa liberdade de poder ser igual.*⁶²

Se todos os homens são livres e iguais por natureza, é contra a natureza tratar quem quer que seja como se não fosse livre e nem igual. *A preservação ou restauração da liberdade e igualdade naturais é uma prescrição do direito natural.*

Esse *gen* igualitário é sentido numa passagem do Críton de Platão, onde Sócrates deriva de um contrato tácito o seu dever de obediência à cidade de Atenas e às leis desta. Para compreender essa passagem, é preciso compará-la com o seu paralelo na República, segundo o qual o dever de obediência do filósofo para com a cidade não deriva de nenhum contrato. A razão para tanto é óbvia. A cidade apresentada na República é a melhor cidade, a cidade conforme à natureza.

Mas a cidade de Atenas, na qual vigia a democracia, era, conforme o ponto de vista de Platão, uma das cidades mais imperfeitas. O contrato só pode justificar a fidelidade a uma comunidade inferior, de prevalência de homens em desordem egoísta, pois o homem honesto, o altruísta, cumpre as promessas feitas a qualquer um, independentemente do mérito daquele a quem fez a promessa.

9. As fontes de constituição do jurídico, do justo, do Direito: o *ius praetorium*

O conceito de *ius praetorium* nos é dado através de um fragmento de Papinianus: (lib. 2 *Definitionum*), D. 1, 1, 7, 1: "*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. (Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum)*".⁶³

Como se deduz do fragmento de Papinianus, o pretor é o intérprete da *lex*, mas sobretudo o defensor do *ius* e da *Justiça*. Interpretando o *ius civile* (sobretudo os passos obscuros), integrando as suas lacunas e corrigindo as suas aplicações injustas.⁶⁴ É, pois, um direito próprio dos magistrados, criado pelos magistrados.

O *ius civile* (D. 1, 1, 7 pr.) deriva do *populus*, dos comícios, do senado, do prínceps e dos jurisprudentes.

O *edicto* dos magistrados é um programa das atividades a realizar durante o tempo da sua magistratura, afixado publicamente no seu início de mandato.

⁶² Hoje podemos distinguir o direito da magia e da religião. Os conceitos que deles temos são por sua vez produtos de lento aperfeiçoamento através de milhares de anos. A posição de Roma, em sua maior proximidade de épocas recuadas, permitiu-lhe ainda guardar vestígios dessa fase inicial pressuposta, que a pouco e pouco foram desaparecendo, não conseguindo chegar até nós. Por estas razões não pensamos que a chamada época dos demônios caracterize necessariamente uma etapa anterior a dos deuses, quando se signifique que o movimento evolutivo do homem se teria dado linearmente, através de representações mentais cada vez mais elaboradas, a atingir em determinados momentos uma projeção de tal modo notável, que delimitava uma nova etapa, entrando a anterior em regressão. NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 205, Editora AAFDL, 1989.

⁶³ "O direito pretório é o que os pretores introduziram com a finalidade de ajudar (interpretar), ou suprir (integrar), ou de corrigir o *ius civile* por motivo (razão) de utilidade pública (o qual também é chamado honorário denominando-se assim em honra dos pretores) (gl.)."

⁶⁴ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 297-298, 4ª edição, Coimbra, 1984.

O *ius praetorium*, em rigor, é uma *pars* do *ius honorarium*; mas uma parte tão grande que eclipsa ou, pelo menos, simboliza todo o *ius honorarium*. Por isso, em regra, fala-se indistintamente de *ius honorarium* ou *praetorium*. É que o *ius praetorium* consubstancializa todo o *ius honorarium*; é o que tem relevância, é como se representa todo o *ius honorarium*.⁶⁵ Também nessa criação é importante a atividade do pretor peregrino, que na doutrina atual é apontado como o principal criador de *ius*, pois aplica também o *ius gentium*, ou seja, o direito dos que não são considerados cidadãos romanos. O *ius civile* só pode ser alterado por uma das suas várias fontes já conhecidas (D.1, 1, 7 pr.), ou uma *lex (rogata, data ou dicta)*, ou por um *senatusconsultum*, ou por um constitutivo *principis*, ou pela *iurisprudencia*.⁶⁶

O *ius praetorium* ou *honorarium* forma um sistema diferente de *ius civile*, mas não derroga o *ius civile*. Completa-o, sobretudo adaptando a estática do *ius civile* à dinâmica das condições sociais e econômicas e, concretamente, o pretor obtém esse resultado admirável de permanente e fecunda adaptação, mediante expedientes seus, baseados ora no seu *imperium* ora um pouco mais tarde, também, na sua *iurisdictio*, ou seja, reflete as ordens imaginadas, as consciências jurídicas gerais do povo romano que emergem das redes intersubjetivas de sentimentos comuns convergentes da cultura contemporânea da sociedade civil romana.⁶⁷

O verdadeiro e primitivo *Ius Romanum* é o *ius civile*, mas o *ius praetorium* ou *honorarium* também é *Ius Romanum*. São como dois grandes sistemas dentro do mesmo Direito, que se completando e criando as soluções do justo, do Direito, revelam a completa coincidência com a cultura contemporânea do povo romano, que expressam o *Ius Romanum*.

Para isso, usava de expedientes baseados no seu *imperium*, para bem interpretar, integrar e corrigir o *ius civile*, como: as *stipulationes praetoriae*; as *restitutiones in integrum*; as *missiones in possessionem* e os *interdicta*.⁶⁸

A *stipulatio praetoria* é uma *stipulatio* como outra qualquer, que tem de específico o fato de ser imposta pelo pretor a fim de proteger uma situação social não prevista pelo *ius civile* e que merecia proteção.

É importante destacar que antes da *lex Aebutia de formulis* a. 130 a.C. (?), o pretor não pode, diretamente, conceder proteção jurídica a uma situação da parte, que não é amparada pelo *ius civile*.

⁶⁵ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 299, 4ª edição. Coimbra, 1984.

⁶⁶ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 299, notas 361 e 362, 4ª edição. Coimbra, 1984.

⁶⁷ No mundo primitivo, provavelmente a noção de uma ordem exterior é identificada apenas pela percepção e, ao mesmo tempo, incompreensão que dela o homem sentia. Percepcionava-a essencialmente de um modo empírico, através da repetição dos fenômenos, mas constatava igualmente que por vezes ela se turbava em acontecimentos no meio dos quais o homem se sentia sem qualquer proteção. A noção essencial que podemos imaginar na época é a da existência de uma ordenação, colocada em fase dele, homem, numa relação de alteridade. Como tal, não havia ainda lugar à distinção de níveis jurídicos, religiosos ou mágicos. Por isso lhe chamámos período de indistinção inicial. NOGUEIRA, José Duarte, *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 205, Editora AAFDL, 1989.

⁶⁸ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 302, 4ª edição, Coimbra, 1984.

Nessas hipóteses, o pretor, sempre dominado pelo sentimento de *suum cuique tribuere*, ao ver uma injustiça, recorre ao seu *imperium*, ou seja, ao seu poder de soberania a que ninguém pode se opor, pois se se opuser, o pretor tem meios para fazer respeitar as suas ordens, utilizando desde *missiones in possessionem* até à *addictio* de uma *manus iniectio*, ou seja, levando o demandado de novo à presença do magistrado para que, comprovada a sentença, o autorizasse a empregar a força.

A partir da lex Aebutia de formulis, o pretor pode diretamente, ou seja, por si só, conceder uma actio a favor do pretendente da parte contrária, o que se denominava uma actio in factum concepta. Nesta época, a *stipulatio* já era um negócio do *ius civile* e a *actio*, dela proveniente, é uma *actio civilis* denominada genericamente como *actio ex stipulatu*. *Por este modo indireto, o pretor cria direito nesta fase do ius praetorium, expressando o sentimento de justiça, com base nos valores revelados pelo costume da sociedade romana.*

Por esse método, o efeito de um negócio jurídico era inutilizado através de um outro negócio jurídico, contrário àquele que originou um resultado injusto. Numa fase logo a seguir, o pretor já nem sequer tem o incômodo de mandar desfazer a *stipulatio* ou ordenar a celebração de um negócio jurídico, pois considera essa *stipulatio* inexistente, sem eficácia jurídica, sem efeitos, como se não tivesse sido celebrada. As coisas voltam, restituem-se integralmente ao estado em que estavam, antes mesmo de ter sido concluída a imposta *stipulatio*. A finalidade da *restitutio in integrum* é subtrair à proteção do *ius civile* uma situação social ali protegida, mas que de fato levava a um resultado injusto.⁶⁹ *Note-se que ele não revoga dispositivos do ius civile, apenas afasta a sua aplicação ao caso concreto. Portanto, no aspecto jurídico desfaz um negócio jurídico válido mais injusto, colocando as coisas na situação como devem estar, ou seja, na situação anterior à celebração do negócio jurídico injusto, embora válido com base no ius civile.*

Portanto, a *restitutio in integrum* ou *integri restitutio* é um expediente do pretor, baseado no sentimento de equidade que trata os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na proporção da sua desigualdade, que com base no seu *imperium*, considera inexistente um negócio jurídico que seria válido com base no *ius civile*, fundamentando sua decisão nas circunstâncias de fato que revelam o desvalor de um cidadão em relação a outro para, com base nesta circunstância, tomar essa decisão. *Através desta atividade, expressa a relevância da vontade nas ações humanas, corrigindo o desvio de finalidade no negócio jurídico com o dolo da fraude imposta ao injustiçado.*

Com base no seu imperium concedia um interdictum, uma ordem sumária, como uma medida cautelar satisfativa do nosso tempo, para resolver de momento uma situação que tem pelo menos a aparência de um fundamento jurídico justo, de Direito (fumus iuris), condicionando esta ordem a uma apreciação posterior.

Esse interdito podia ser concedido a pedido de um interessado ou, *em caso de interesse público, a pedido de qualquer cidadão, revelando a democracia participativa do nosso tempo, posto que esses interdicta denominavam-se populares.* Esses eram redigidos

⁶⁹ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 313-328, 4ª edição, Coimbra, 1984.

em termos imperativos: *exibeas* (apresenta, mostra, exhibe); *restituas* (devolve, restitui); *vim fieri veto* (proíbo que se faça violência, que se perturbe alguém).

Até a lex Aebutia de formulis que tem como característica ser aplicada já num processo escrito, o sistema de agere per formulas, a princípio existia a par do sistema das legis actiones, que é o sistema próprio da época clássica, caracterizador do direito romano desta época.

A fórmula é uma ordem escrita, dada pelo pretor ao juiz, para condenar ou absolver, conforme se demonstrasse ou não determinado fato, ou seja, a amplitude do Direito a ser aplicado, para revelar o que é justo, verdadeiro. Essa fórmula indicava a nomeação do juiz, geralmente escolhido pelas partes, que era um particular e não um magistrado.

Portanto, a posição do pretor, depois da lex Aebutia de formulis era afastar ou colocar a ação sob o ius civile, sempre que a justiça do caso concreto e a equidade assim o exigissem. Desta forma, o pretor passou a criar direito integrando e corrigindo diretamente o ius civile pela via processual.⁷⁰

Essa busca de igualdade, que assegura a liberdade de poder ser igual, ter o mesmo valor no grupo, é sentida na expressão Aulus Agerius, que denominava o autor e tem como significado uma pessoa rica, isto é, com dinheiro e Numerius Negidius, demandado, significa homem pobre, sem dinheiro e outros bens, o que revela a preocupação de proteger os que tem contra os que não tem, conferindo igual valor a todos os romanos.⁷¹

Através de uma denegatio actionis, o pretor nega a concessão de uma actio civilis, pois verifica que a concessão, embora prevista no ius civile, seria injusta no caso concreto, efetivando a equidade individual (epiqueia) ou a equidade social da cidade de Roma em relação aos valores expressos na sociedade, por seus cidadãos, mas não previstos na lei. Através de uma exceptio, também podia frustrar uma actio civilis concedida por ele mesmo, pois através dela, não se desconhecia o direito do autor ou a objetividade do fato ilícito contestado, mas acrescentavam-se circunstâncias ou fatos relevantes que eram causa da exoneração da obrigação ou responsabilidade.

Portanto, depois da lex Aebutia de formulis, o pretor cria ius como expressão da medida do justo, como a “arte da medida”, o Direito, diretamente, através de ações próprias, pois como sabemos, actio e ius identificam-se.

Através de edictos (edicta) o povo sabia, antecipadamente e com segurança, todas as hipóteses previstas pelo ius civile ou pelo pretor, nas quais ele conferia ou não proteção jurídica.

Conforme houvesse ou não proteção jurídica, diria, respectivamente, e em relação ao ius civile: actionem dado ou actionem denegabo e em relação ao ius praetorium: iudicium dado ou iudicium denegabo. Assim, o ius praetorium não podia ser considerado arbitrário ou incerto, mas discricionário, pois, expresso dentro desses parâmetros, o

⁷⁰ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 333, 4ª edição, Coimbra, 1984.

⁷¹ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 335 e nota 409, 4ª edição, Coimbra, 1984.

que inspirava plena confiança, pois devidamente motivado. *Em teoria, o pretor não estava vinculado às disposições contidas no seu edictum, pois o respectivo conteúdo para ele era matéria arbitrária, mas na prática, respeitava sempre as disposições feitas, porque era ele o mais interessado nisso, para não comprometer a legitimidade e a segurança do ius praetorium.*

Entretanto, no ano 67 a.C., a *lex Cornelia de edictis praetorum* impôs ao pretor a vinculação ao seu próprio edicto.

Esse método romano marca a transição dos métodos puramente casuísticos e grosseiros, para uma orientação, com base científica, pois expressão do sentimento de justiça que busca a igualdade de valor entre todos no grupo.

Esta orientação foi devido à influência grega que, desde os últimos anos do século III a.C., principiava a ser conhecida em Roma. Os juristas romanos aprenderam dos retóricos e filósofos gregos o método dialético e adaptaram-no ao Direito. Agora, não contentes com a mera aplicação simplista de normas e de formulários existentes a situações concretas previstas, inventam novos formulários que correspondiam a novas necessidades não previstas, começando como *jurisprudentes* a investigar as relações lógico-jurídicas entre as instituições e os vários institutos, criando uma série de conceitos que eles definiam e classificavam. Essa assombrosa elaboração científica do Direito, do justo, levou muito tempo, mas não se sabe bem como se processou.

As *definitiones* e as *regulae*⁷² são sintomas característicos de progresso na Ciência do Direito, pois a *regula* é fundada e legitimada sobre o *iustum* (direito objetivo) ou sobre decisões precedentes, mas não é criada apenas pela via meramente especulativa: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (D. 50, 17, 1), que significa: *Não existe direito porque há regra, mas porque existe direito objetivo, surge a regra.*

É importante registrar que esse método de criação do Direito a partir dos valores contidos no tecido social e expresso nas fórmulas de efetividade do justo pelo pretor, devido ao famoso *Edicto de Caracala* (212 d.C.) que colocou todos os habitantes do Império como *cives romanis*, no que respeita a negócios a serem julgados pelo *Ius Romanum*, provoca um baixo nível da ciência jurídica, reveladora do justo, do Direito, do ponto comum da razão que já começava a ser concentrado na figura do Imperador.⁷³

10. O método criativo do justo pela equidade dos romanos

Promovida a resolução do litígio pelo autor, aquele que age e também chamado demandante, e uma vez estabelecido o contraditório com a chamada do demandado, aquele que nega o alegado, inicia-se a fase *in iure* do processo com a apresentação,

⁷² As *regulae* valem automaticamente quando o princípio jurídico (racional) se identifica com as razões de decidir do caso concreto; quando Paulo, no D. 50, 17, 1. enuncia o processo de formulação da *regula*, ele nada indica quanto ao seu valor normativo. Este é atribuído não a regra em si, mas à coincidência entre o critério de decidir que a regra exprime com esse mesmo critério presente no caso concreto. HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 241, Editora AAFDL, 1989.

⁷³ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 338-399, 4ª edição, Coimbra, 1984.

pelo demandante, da respectiva pretensão, descrevendo os fatos considerados e deduzindo o pedido de tutela jurisdicional (*postulatio actionis*), o que traduz o método de reducionismo científico para a análise da situação concreta.

Como o compromisso era com a justiça e não a simples aplicação da lei, posto que os romanos não praticavam a *interpretatio legis*, mas a *interpretatio prudentium* demandante e demandado poderiam apelar à ampla discricionariedade do pretor, *postulando ações e exceções não previstas no edicto, fundamentando seus pedidos na interpretatio prudentium, a atividade criadora da norma justa a partir do fato social, dos mores maiorum e dentro dos parâmetros do ius civilis, dos edictos e das consultas aos jurisprudentes*. Portanto, *criavam o justo dentro do espaço deixado pela lei, quando injusta no caso concreto ou ausente de previsão, buscando legitimidade na fundamentação a partir desses parâmetros*.⁷⁴

Por *decretum*, expressam a decisão relativa ao pedido deduzido, declarando o que é tido por *ius* (justo) no caso, mediante a redação de uma fórmula com a qual é concedida a ação, nomeado um juiz/árbitro e indicado o que deve apurar na fase *apud iudicem* para que possa proferir uma sentença de condenação ou absolvição. A dissonância cognitiva que possibilita a “dúvida sistemática”, essencial na descoberta do ponto comum da razão. Por este método criativo do justo (*ius*) que é institucionalizado como o modo legítimo de *agere* através da *lex Aebutia de formulis* (c. 130 a.C.). Com base nela, o processo formulário se sobrepõe para a utilização de métodos atuais de ciência como o reducionismo científico, que estabelecia o objeto do processo, e a avaliação com base na dedução, como vimos parte do geral para o individual, e a indução, que procede ao seu inverso, partindo da relação entre um fato e outro e a consonância entre o fenômeno individual, normalmente ligado a natureza e suas consequências.

A lex Aebutia afastou o uso da legis actio per condicionem em juízo, substituindo-a pela conditio formularia que a prática pretória já havia estabelecido, nada criando em relação às restantes legis actiones, que forçaram o pretor a criar novas fórmulas para a conformação do caso.

Essa chamada *cognitiones extra ordinem* é usada para identificar os diferentes modos de conformar a resolução pública de litígios que caracterizavam as duas ordenações sequenciais de atos conducentes ao *agere per legem* e o *agere per formulas*, existentes em Roma antes do principado, quando a dinâmica de construção do justo era

⁷⁴ “Também o que se tem confirmado por um antigo costume e se vem observando durante muitíssimos anos, como um modo, de acordo tácito dos cidadãos, se aplica como direito escrito.” (Hermog. 1 iur. Epit.) “A tal ponto que este direito tem grande autoridade porque foi precisamente aprovado de tal forma que não foi necessário colocá-lo por escrito.” (Paulo. 7 Sáb.) “Se alguém perguntar sobre a interpretação de uma lei, deve primeiro descobrir qual lei a cidade usou antes em casos semelhantes, pois o costume é o melhor intérprete das leis.” “O imperador Sétimo Severo, atualmente reinante, dispôs em reescrito que as dúvidas decorrentes das leis, o costume ou a autoridade dos precedentes devem prevalecer como lei.” “Assim, todo direito foi criado por consentimento ou constituído por necessidade ou confirmado por costume.” Cfr. D. 1, 4, 35; D. 1, 4, 36; D. 1, 4, 37; D. 1, 4, 38; D. 1, 4, 40. (respectivamente). *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 57-58. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

construída de maneira plúrima, por magistraturas colegiadas, da base da sociedade e do conflito, para o centro decisório.

O principado inicia a concentração da produção do justo a partir do príncipe, que passa a utilizar a lei como meio de dominação.

A dissonância cognitiva na construção do justo, ius, Direito, era realizada entre o costume contemporâneo, revelado pelo Pretor, que adequava o Direito à realidade posta em avaliação e os órgãos colegiados que representavam o costume ancestral, estabelecendo uma dialética entre o novo e o antigo.⁷⁵

A instância mais representativa dessa ancestralidade era o *collegia sacerdotalia*, uma importante instituição com forte poder de influência sobre as decisões políticas. Dentre as mais importantes, podemos destacar o dos pontífices; o dos áugures; e os *duovia sacris faciundis* e depois os *collegia minora de flâmines e fetiales* e, através delas, se estabelecia o contraste entre o costume ancestral e o atual, desenvolvido entre o fas e o ius através da exclusividade na interpretação dos *mores maiorum* em contraste com as manifestações da jurisdição e através de *responsas* e *sententiae* (*sentire*) que expressavam o conteúdo do julgado pelo contido no ius e não pela forma como era constituído. Não expressavam apenas uma resposta racional e lógica, mas uma opinião fundada na auctoritas religiosa daquele que a profere legitimada por aquele que a pede, que não confundia a *ratio iuris* da auctoritas com a *rationes decidendi*.

Portanto, se no auge da República o contraste entre o costume atual e o ancestral era feito pelos *Comitia Centuriata*, no seu fim, com o Principado, a convergência e o contraste entre os costumes eram realizados pelo Colegiado de Sacerdotes. Note-se que se antes a representatividade do tecido social era feita perante os *Comitia*, no início da concentração do principado, o contraste é apenas pela manifestação do Colégio de Sacerdotes através da sua auctoritas, pois desprovido de potestas, ou seja, sem poder de vinculação.

A concentração do Principado afasta a atividade dos *Comitia*, como assembleias que reúnem e representam todo o *populus* de Roma, constituído de patrícios e plebeus e expressão da organização do exército romano.

Já os *concilia* reuniam em assembleia apenas a plebe romana.⁷⁶

O *ius civile* protege a pretensão do reclamante ao responder à pergunta:⁷⁷ Há *actio*? As *legis actiones* correspondiam ao *ius civile* e conceder uma *actio* é o reconhecimento do direito de reclamar delimitado pela *lites contestatio*, definida pelo Pretor como o Direito a ser aplicado no conflito.

⁷⁵ Nesse sentido, a conclusão do Professor José Duarte Nogueira: "A religião e o Direito são assim campos diferentes, mas de certo modo relacionados". E em relação a diferença entre *Ius e Fas*, conclui que: "Qualquer das visões, nos parece, assim, parcial". NOGUEIRA, José Duarte. *Ius e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 211, Editora AAFDL, 1989.

⁷⁶ PINTO, Eduardo Vera-Cruz; ROCHA, Francisco Rodrigues; SANTOS, Jorge Silva; FREITAS, Pedro Caridade de. *Direito Romano*, Prontuário Jurídico. p. 97-108, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.

⁷⁷ O importante a destacar no "método democrático", desenvolvido pelos romanos para criação do justo através do Pretor na República, é a independência entre a religião, a política e a atividade criativa do Direito, do justo, do *ius*, pelo Pretor.

Uma vez delimitado o âmbito ou objeto do processo, o *iudex* produz a prova, declarando o que foi provado ou não. Esse *iudex* é indicado pelas partes, decidindo em nome do Pretor, que é quem tem o *imperium* e a *potestas*.

A lei, segundo Gaius I, 3, est quod populus iubet atque constituiti: é o que o povo ordena e determina.

Os jurisperitos conseguem fazer do *Ius Romanum* um corpo de doutrina, um sistema jurídico formado por um conjunto de princípios, de divisões e de classificações, tudo baseado em terminologia rigorosa, em definições exatas e numa técnica jurídica perfeita.

O *Ius* passa a constituir uma forma nova de cultura, muito mais importante que a Oratória, revelando o valor da equidade na construção da solução justa para os desafios da sociedade romana em constante evolução,⁷⁸ pois “como intérprete do Direito o prudente como fonte do justo, Direito a ser aplicado pelo Pretor, deve expressar aquela opinião consensual através da qual se exprime o *Ius civile*. O consenso, não sendo o fundamento axiológico do *Ius civile* – não é um valor em si, mas uma técnica de formulação de um juízo válido, é o critério que permite encontrar, no emaranhado de opiniões, o Direito certo”,⁷⁹ que ganha vida em face da atividade do pretor.

Referências bibliográficas

APPLETON, Charles; COLINET, Paul; VISCHER, Fernand de; MICHON, Lucien; SENN, Felix. *Recueil d'études su les sources du Droit en l'honneur de François Géný*. Editora Recueil Sirey, S.A., 1934.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Martin Claret, 5ª edição. Tradução Torrieri Guimarães, 2001.

CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes, 4ª edição, Coimbra, 1984.

D'ORS, Álvaro. Principios para una Teoria Realista del Derecho. Em *Anuário de Filosofia del Derecho 1*. Madrid, 1953.

_____. *El Digesto de Justiniano*. Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 46-47. Version castellana por A. D'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

_____. *Uma Introduccion al estudio del derecho*. Ediciones Rialp, S.A. Madrid: 1963.

HANSEN, Mogens Herman. *The Athenian Democracy in the age of Demosthenes, Structure, Principles, and Ideology*. Translated by J.A. Crook. First published in 1991 by Blackwell Publishers Oxford, UK and Cambridge, Mass., USA.

HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. Lisboa: Editora AAFDL, 1989.

⁷⁸ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 353, 4ª edição, Coimbra, 1984.

⁷⁹ HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 266, Editora AAFDL, 1989.

HORKHEIMER, Max. *O eclipse da razão*. Tradução portuguesa de João Thiago Proença. Lisboa: Antígona, 2015.

JAEGER, Werner. *Paidéia, A Formação do Homem Grego*. Tradução de Arthur M. Parreira, Martins Fontes. São Paulo: 4ª Edição, 2001.

NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas, Estudos de Direito Romano*. Editora AAFDL, 1989.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Volumes I, II e III, Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

_____. *Introdução ao estudo do Direito Romano*. As questões fundamentais. p.151, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.

_____; ROCHA, Francisco Rodrigues; SANTOS, Jorge Silva; DE FREITAS, Pedro Caridade. *Direito Romano*, Prontuário Jurídico. AAFDL Editora. Lisboa: 2022.

STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

TORNAGHI, Hélio. O Mandado de Injunção. *Revista de Processo* nº 56, ano 14, outubro-dezembro, 1989, Editora Revista dos Tribunais.

_____. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. Tradução Ivo Korytovski. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

_____. *O Sentido da existência humana*. Tradução de Érico Assis. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. *A Unidade do Conhecimento*. Consiliência. Tradução de Ivo Korytovski. Rio de Janeiro: Campus, 1999.