

## **APONTAMENTOS PARA UMA IDÉIA DE JUSTIÇA EM ROMA\***

### **NOTES FOR AN IDEA OF JUSTICE IN ROME**

**Daniel Cabaleiro Saldanha**

#### **RESUMO**

O presente ensaio aborda os fundamentos da idéia de justiça em Roma, perfazendo o percurso entre a transição da moral helênica à fundação do justo em Roma. Busca-se demonstrar que o fenômeno jurídico diferencia-se das demais ordens normativas, assumindo posição de destaque no cenário ético ocidental. Neste propósito, analisa-se a evolução do Direito romano, perpassando desde sua primeira manifestação escrita – a Lei das Doze Tábuas – até o Corpus Iuris Civilis. Apresentam-se as categorias essenciais do Direito em cotejo com o desenvolvimento histórico e político da Roma antiga, para concluir que o ius é uma ponderação entre o dever e a faculdade de exigir, determinado pela razão e efetivamente posto pela vontade.

**PALAVRAS-CHAVES:** DIREITO ROMANO – IDÉIA DE JUSTIÇA – FILOSOFIA DO DIREITO

#### **ABSTRACT**

The present essay deals with the basis of the Roman idea of justice, going through the transition of helenic moral to the foundation of Law in Rome. This essay aims to demonstrate that the juridical phenomena differ from the other normative orders, assuming a prominent position in the ethical scenario. On this purpose, we analyze the evolution of Roman Law, pervading since its first written expression – The Law of the Twelve Tables – until the Corpus Iuris Civilis. The essay presents the essential categories of Law in comparison with Rome's historical and political development and concludes that ius is a wariness of duty and the right to require, determined by reason and effectively placed by will.

**KEYWORDS:** ROMAN LAW – IDEA OF JUSTICE – PHILOSOPHY OF LAW

É com pesar que se verifica na literatura jurídica brasileira contemporânea o descaso para com o estudo do Direito Romano. Com efeito, conjura-se o estudo dos institutos jurídicos romanos sob o pretexto de se tratar de matéria ultrapassada, obsoleta, eivada de excessos bucólicos e claudicante quanto à proteção dos hipossuficientes. Outras

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

vezes, a ela se reportam em tom longínquo e superficial, como aquele que cumpre enfadonha tarefa. Ora, a mandriice das mentes relega a segundo plano a investigação das raízes da cultura jurídica ocidental e comete, pois, a maior das atrocidades: priva a ciência de desenvolvimento. Não satisfeitos, os verdugos do Direito Romano, com a sedução do discurso da modernidade, corrompem a juventude, inculcando a aversão ao passado. Trata-se, *mutatis mutandis*, da lógica obtusa do imediatismo. Parece, aos olhos de muitos, que o estudo do Direito Romano é pura necrologia.

Após o declínio do Império Romano e a conseqüente fragmentação européia, o Direito Romano retraiu-se, permanecendo latente nas diversas ordens normativas locais. Todavia, o modo de pensar, a *ratio* romana, já se tinha cristalizado. Efetivamente, a morte do corpo social e econômico que o havia forjado implicou no recuo do Direito Romano. Sem embargo, ressurgiria em fins do século XI, a chamada segunda vida do Direito Romano<sup>[1]</sup>, expressão pioneiramente utilizado por Paul Vinogradoff<sup>[2]</sup>. Ora, Vinogradoff anuncia sua exposição proclamando que irá tratar da história de um fantasma, depois da decomposição do corpo no qual o Direito Romano havia primeiro visto a luz<sup>[3]</sup>. Essa segunda vida do Direito Romano pode ser temporalmente localizada a partir do final do século XI, com o retorno ao *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, prosseguindo até o momento em o que Direito Justiniano desaparece do cenário do direito vigente na Europa.

Em alguns países, o desaparecimento do Direito Romano deveu-se à ascensão do Direito Anglo-Saxão<sup>[4]</sup>. Contudo, na Europa continental, foi a promulgação de uma codificação que, embora possuísse notada influência romanística já era direito nacional legislado, capiteou a supressão do Direito Romano .

Saliente-se que, conforme nos relata Guillermo F. Margadant<sup>[5]</sup>, há casos híbridos como a Escócia, onde o Direito Romano nunca foi totalmente alijado pela influência autóctone saxônica e, tampouco, foram codificados os ramos fundamentais do universo jurídico.<sup>[6]</sup>

Caso idiossincrático foi a formação do arcabouço jurídico do Reino de *Castilla*. Ali foram editadas as *Leyes de las Siete Partidas (Forum Judicum)*, de Alfonso IX - o Sábio, primeiro publicadas em 1263 sem obrigatoriedade, foram posteriormente tornadas fontes supletivas, através do *Ordenamiento de Alcalá*, em 1348. Contudo, a permanência do Direito Romano em *Castilla* estender-se-ia até 1499, com a proibição legislativa do uso forense da literatura jusromanística, através das *Leyes de Toro* e com a *Nueva Recopilación*. Assim, o movimento que definitivamente rompe com o direito romano na Espanha culmina com a edição do Código Civil Espanhol de 1889.<sup>[7]</sup>

A África do Sul, ao lado de pequenas localidades como a Escócia, Québec, Sri Lanka, Botswana, Lesoto e Suazilândia permanecem com um chamado sistema misto de Direito, onde ainda sobrevive alguma parcela explícita do Direito Romano.

Se o direito justiniano desaparece como direito positivo, permanece, porém, incrustado na formação jurídica, como uma marca indelével que tornou o Direito único, em relação às demais ordens normativas.

Pode-se dizer que o principal legado do Direito Romano ao Direito Moderno consiste na *ratio*, isto é, na razão prudencial, o modo de pensar, a sabedoria do Direito.

Nesta seara, ainda que se objete o casuísmo do Direito Romano, impõe observarmos, outrossim, que existia aí o nascedouro do pensamento propriamente jurídico, que opera com institutos e categorias. Ph. J. Thomas, em defesa do ensino do Direito Romano[8], esclarece que o modo de pensar de outrora é caracterizado por operar na confluência de vários fatores como a religião, a economia e a política. E justamente esse pensamento holístico e próprio dos juristas romanos é o diferencial a ser abordado no estudo do Direito. Nesse sentido, esclarece o autor:

"Mostrando que a lei e a ciência do Direito existem dentro de um contexto cultural e que este contexto cultural é subjetivamente determinado, resultando em que as soluções legais sejam também subjetivamente determinadas, o Direito Romano pode prover um importante contrapeso para a predominância da sustentação da educação jurídica no positivismo."[9]

O Direito Romano não pode ser considerado um sistema jurídico, dotado de coerência interna, completude e hierarquia definida. Sem embargo, já se desenvolvia em Roma a capacidade de se despregar das idiossincrasias da concretude dos fatos, em favor do pensamento abstrato. Nesse sentido, já se encontra, na seguinte sentença de Ulpiano, um dos cânones da interpretação, qual seja: o desapego à letra da lei e a busca da *mens legis*: "*Verbum: 'ex legibus', sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis*"[10]. Ora, *ex legibus* não se resume ao *verbis*, isto é, o comando que emana da norma é dotado de uma juridicidade mais ampla, que não pode ser coarctada por uma série de significantes. Nesse diapasão, o Direito Romano já se apercebia que o Direito é uma realidade axiológica, que valora circunstâncias fáticas e daí extrai a normatividade.

Ulpiano já afasta o tratamento do Direito como realidade fática, ontológica, desvinculando a *legis* da *verba*. Veja-se que, em grego, o vocábulo que designa razão e palavra é o mesmo: *nomos*. A sapiência que existe nesta sentença de Ulpiano consiste, propriamente, em explicitar que, em língua latina, a *legis* é uma expressão, um produto da razão e não se resume à sua expressão material. Se, em grego, *nomos* pode significar essa díade razão/palavra, o mesmo não se dá em latim. Ulpiano consagrou a separação da ideação racional que envolve o fenômeno jurídico, da materialidade de sua expressão verbal.

Contudo, é a definição de regra jurídica de Paulo aquela que melhor expressa a dissociação entre o Direito e regra. Se o Direito nasce em Roma, como fenômeno normativo que se aparta da moral[11], a idéia de Direito não poderia identificar-se à idéia de regra. Regras já existiam, quer de conteúdo religioso, quer de conteúdo moral. Contudo, o Direito avança em direção a um conceito de justiça. Eis as palavras de Paulo:

*"Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum."*[12]

Embora seja a lei a principal fonte de expressão, isto é, a forma[13] do Direito, concebe Javoleno que não cabe ao Direito definir, fixar. O Direito, mais uma vez, surge como uma ordem axiológica e deontológica, ou seja, valora as condutas e sobre sua

valoração impõe condutas. Não se trata, pois, de uma ordem de pensamento descritiva, ontológica. Nas palavras deste jurista:

*"Ominis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit."*[\[14\]](#)

Ao Direito não cabe definir. Não apenas em função da volatilidade das circunstâncias sociais, mas também em função de sua própria natureza. A norma jurídica apenas define a hipótese-de-fato, sua função precípua é atrelar a essa descrição uma consequência jurídica. Somente com Kant essa realidade axiológica do Direito tornar-se-ia clara. O que hoje se nos parece uma obviedade, ao tempo de sua afirmação no panteão das ordens de conduta ética representou um passo decisivo.

Cícero, em seu tratado das leis, é pioneiro em definir a lei como produto da razão (embora ainda trate da razão divina)[\[15\]](#). Trata-se do jusnaturalismo de matriz cosmológica, presente na Grécia, que agora se transmuta para outro fundamento de validade: Deus. Não obstante, já se reconhece que o Direito é uma realidade valorativa; cria, portanto, proposições deontológicas, através de juízos que, quanto à relação, são considerados hipotéticos (ainda que não estejam diretamente expressos na forma hipotética) e expressam um dever-ser. Já em Roma percebe-se que o Direito não pode manifestar-se através de juízos assertórios ou necessários, porque prescreve condutas. Nas palavras de Cícero:

*"ut perspicuum esse possit, in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam iusti et iuris legendi."*[\[16\]](#)

O grande edifício jurídico ocidental que começara a ser erguido em Roma foi, desde seu despertar, marcado pelo emprego da linguagem, como veículo de externalização do comando. A essa forma de expressão linguística do corpo normativo podemos, em sentido amplo, atribuir o nome de Código[\[17\]](#). As primeiras instituições reconhecidas em Roma foram as Leis das Doze Tábuas Decenvirais, isto é, direito escrito. A noção de justiça, tida como noção ampla que remonta a atitudes valorativas sobre condutas, pode ser primeiro localizada nos poemas homéricos nas representações de *Themis* e *Themistes*. Quando o imperador/rei decidia uma disputa, o resultado do julgamento era tido como produto direto de inspiração divina, esse agente divino que inspirava o veredicto era justamente *Themis*, cuja moderna representação é a deusa da Justiça. Seu plural - *Themistes* - representa os veredictos em si, os julgamentos. Note-se, pois, que do rei eram oferecidas sentenças e não normas. Ainda nos poemas homéricos, surge a noção de *Diké*, cujo conteúdo de significado flutua entre julgamento, costume e uso.

Como narra Sumner Maine, o próximo passo no desenvolvimento do Direito foi a substituição do monarca heróico, como descreve Homero, pela ascensão das aristocracias. Explique-se: a imagem do monarca sagrado, de coragem, força e sabedoria superlativas, foi gradualmente definindo com as sucessões hereditárias. Nas palavras de Sumner Maine:

"Se a linguagem tão precisa pudesse ser usada nesta revolução, poderíamos dizer que o ofício do rei foi usurpado por aquele do conselho dos líderes, ao qual Homero repetidamente alude e retrata. Em todos os eventos de uma época em que reinava o

monarca, nós chegamos em toda a Europa a era das oligarquias; e até onde a nomenclatura das funções do monarca não desaparece, a autoridade do rei é reduzida a uma mera sombra."[\[18\]](#)

Ao passo que as aristocracias orientais buscaram sua fundamentação no apelo religioso, isto é, em organizações assembleares ou eclesiásticas, no ocidente as aristocracias assumiram formas político-civis. Naquilo que tange ao universo jurídico, essas aristocracias eram, a um só tempo, os depositários e administradores da lei. Embora a imagem da inspiração divina ainda permanecesse em certa medida, o apelo desloca-se para o monopólio do conhecimento da lei. Essa aristocracia preserva o conhecimento da lei de modo a perpetuar e preservar os costumes de determinada tribo ou raça. Neste momento ainda se cuida da lei não-escrita, precursora da *lex* que surgiria em Roma.

Em várias partes da Europa, à experiência deste Direito costumeiro e tribal seguiu-se a formação dos chamados códigos, como as já citadas Doze Tábuas Decenvirais ou o Código de Sólon e as leis de Draco, estes últimos ambos helênicos. A redução a escrito das normas, até então depositadas na sabedoria da aristocracia, representou o grande salto qualitativo dos povos ocidental-continetais, pois se ganhou em proteção contra a fraude e a depravação espontânea das instituições. Sumner Maine atribui à criação tardia do Código de Manu suas prescrições cruéis e absurdas e, de outra parte, à precoce edição das Doze Tábuas em Roma seu maior desenvolvimento em relação ao povo hindu. Tito Lívio, em sua História de Roma[\[19\]](#), assim descreve a edição das Leis das Doze Tábuas Decenvirais:

"Quando esta justiça, incorruptível como aquela dos deuses, rendeu-se igualmente aos grandes e aos pequenos, os decênviros não negligenciaram a redação das leis. Para satisfazer a uma demanda que toda a nação tinha em suspense, eles apresentaram enfim as dez tábuas e convocaram a assembléia do povo. Para o júbilo, para a glória, para a prosperidade da república, para a felicidade dos cidadãos e de seus filhos, eles se puseram a ler essas leis que propunham. Quanto a eles, tanto quanto são capazes de cabeças humanas, eles estabeleceram dentre os direitos de todos, grandes e pequenos, um equilíbrio exato. Mas podia-se esperar desde logo o concurso de todos os espíritos e reunir suas observações. Eles precisaram, em particular, em toda sua sabedoria, sopesar cada coisa, discutí-las em seguida e declarar acerca de cada ponto aquilo que eles tinham adicionado ou suprimido. Assim, o povo romano tinha leis das quais podia se jactar não apenas de as haver aprovado, mas também de as haver proposto eles mesmos. Depois que cada um dos capítulos apresentados sofreu as correções indicadas pela opinião geral, e julgadas necessárias, os comícios por centúrias adotaram as leis das dez tábuas. Em nossos dias, neste amontoado enorme de leis entalhadas umas sobre as outras, elas são também o princípio de nosso direito público e privado. Note-se que ainda existiam mais duas tábuas, cuja reunião às outras completava de toda sorte o corpo de todos os direitos dos romanos."[\[20\]](#)

A edição da Lei das XII Tábuas Decenvirais representa, portanto, um momento de evolução do Direito, que avança rumo à universalidade explícita, tanto em sua forma - escrita, quanto em seu conteúdo com a proscrição clara do privilégio[\[21\]](#). É, pois, a elevação dos mores ao plano da racionalidade. Trata-se de um passo diquelógicamente orientado para a segurança jurídica.

Em Roma surge, pois, a *lex*, isto é, regra que provém da vontade e, como lembra Joaquim Carlos Salgado, realiza "a unidade inscindível da *voluntas* com a *ratio*, superando o dualismo entre direito natural e positivo"[22]. Como vontade, a lei é uma ordem de conduta[23]; como razão, a lei tem um bem jurídico a preservar, o *ius*. Assim conclui Joaquim Carlos Salgado:

"É nesse sentido que se concebe o direito como um fenômeno total em Roma. A *voluntas*, que não é particular, mas expressa como universal, só pode ser tal se fundada numa razão de ser, ou seja, o bem jurídico a preservar: o *ius*. A preocupação fundamental da jurística é encontrar primeiro o direito, o bem jurídico a ser atribuído, para depois elaborar a regra de decisão do caso ou de prevenção de conflitos (*lex*)"[24]

Neste passo, posto emanar da razão, a *lex* daí extrai sua universalidade. E, assim, define Cícero:

*Nam ut illi aequitatis, sic nos delectus uim in lege ponimus, et proprium tamen utrumque legis est.*[25]

Some-se a isso a superlativa valorização da figura do jurista, perpetrada em Roma. A Grécia transmitiu aos romanos o rigor do pensamento, do raciocínio analítico, que opera através do entendimento. Sobretudo através da influência do estoicismo, notadamente com Sêneca e Plotino, o *logos* científico chegou até a península itálica. Todavia, foi ali pioneiramente aplicado a um novo objeto de estudo: o Direito. Nesse desiderato, o povo romano inaugurou a valorização do jurista como figura fundamental na sociedade. O assim considerado primeiro jurista em Roma foi *Cnaeus Flavius*[26], cujo trabalho consistiu na publicação, ao redor do ano 300 a. C, das fórmulas a serem pronunciadas em juízo para a ativação do direito, isto é, as *actio legis*. Estas fórmulas, até então de domínio exclusivo da classe sacerdotal, agora estavam ao alcance dos demais pensadores seculares. Cícero assim narra esta passagem:

"Se esta opinião não é geralmente adotada, nós podemos oferecer várias razões. Em primeiro lugar, aqueles que nos séculos precedentes possuíram esta ciência, fizeram dela um mistério, para aumentar seu prestígio; em seguida, o que é bem conhecido é que Cn. Flavius expôs as diversas ações, mas não se encontra ninguém que saiba dar a todos esses elementos uma ordem metódica. Com efeito, para reduzir com arte essas observações esparsas, não é suficiente conhecermos a matéria de que se trata, é necessário ter o talento de reunir essas observações em um corpo de doutrina."[27]

O episódio é descrito nestas palavras por Tito Lívio:

"No mesmo ano, o escriba Cn. Flavius, filho de Cneus, nascido de um pai libertino, com pouca fortuna, mas homem de grande educação e facunda, foi elevado à condição de edil curul. Eu encontro em alguns anais que, como ele exercia funções de discípulo dos édiles, vendo que a tribo era chamada em primeiro lugar para exercer seu sufrágio, nomeando-o edil, não queria receber sua nomeação, em razão de sua profissão de escriba. Contudo, veio a subir na tribuna e afirmou que não se arrependeria jamais. Macer Licinius sustenta que ele a havia abandonado desde o princípio; ele se baseia na afirmação de que Flavius havia sido tribuno anteriormente, ele que ele havia exercido dois tipos de triumviratos, o triumvirato da noite, e um outro para o estabelecimento de uma colônia. De resto (e é este um ponto sobre o qual nos colocamos em acordo), ele

disputou sempre a altura dos nobres, que subestimavam sua baixa linhagem. Ele entregou ao público as fórmulas da jurisprudência que estavam reservadas nas mãos dos pontífices, como o fundo do santuário; e, para colocar os cidadãos em condições de conhecerem por si mesmos os dias em que a religião permitia faltar aos julgamentos, ele fez colocar ao redor do Fórum as tábuas do calendário romano." [28]

A fundação hipotética de Roma deu-se no século VIII a. C, no contexto de um emaranhado de povos; os latinos, etruscos e sabinos, com notada influência grega das cidades marítimas do sul da península. Atribui-se a Rômulo [29], o fundador de Roma segundo os testemunhos de Tito Lívio [30] e Dionísio de Halicarnasso [31], a divisão do povo entre patrícios e plebeus, a distribuição das tribos em trinta cúrias, a criação da assembléia destas cúrias, o senado e a realza [32]. A figura do rei inaugurada com Rômulo é de lapidar importância para a configuração da idéia de Direito. Embora num momento inicial o Rei ainda não detivesse verdadeiras faculdades legislativas, pois as normas de conduta consistiam nos *mores* gentílios, e fosse tido como uma espécie de oráculo divino, sua concepção como instituição é fundamental para a compreensão do Direito como fenômeno de poder. Nesse sentido podemos mencionar a *Lex Regia* (cuja expressão material que nos chega - a *Lex Imperii Vespasiani* - é de um período posterior) como elemento simbólico originário da transferência e legitimidade do poder. [33]

Sobre essa base, Roma desenvolveu uma ordenação de condutas própria e especial, que legou ao Ocidente: o Direito.

A denominação técnica do Direito, como essa ordem exterior e positiva que impõe obediência, foi a palavra *ius* [34]. A palavra *ius* possui etimologia obscura, conforme nos informa Bonfante. Certamente não deriva de *iustum* ou *issum*, palavras que derivam de *ius* (raiz *iugo*). Linguístas modernos tendem a relacionar o termo *ius* ao verbo *iurare* ou à palavra sânscrita *iaus*. Esta palavra encontra-se uma vez nos Veda e possui o sentido de saúde, felicidade, com um caráter religioso. Essa origem sânscrita anuncia o caráter positivo do termo Direito e sua preocupação com a benignidade e indulgência social; veja-se a definição de Celsus, anunciada por Ulpiano:

*"Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et æqui."* [35]

Embora de conteúdo indefinido, o conceito de *ius* conforma algo de inovador. Trata-se de um conceito novo, com o seguinte conteúdo, nas palavras de Álvaro D'Ors:

*"En todas esas relaciones creo que ius tiene un sentido único, un sentido intermedio entre la norma y la facultad, que es precisamente, el de posición justa. [...] Ahora bien: ius est no quiere decir, evidentemente, ni 'hay facultad', ni 'hay norma', sino más bien: 'es justo'. [...] Toda la dialéctica de la vida jurídica estriba en el discernimiento de la posición justa. Todas las personas y todas las cosas tienen su posición; cuando su posición es justa, tienen ius, y la iustitia, como vimos, pone fin a la contienda de posiciones, declarando cual es la justa, dando el ius a cada uno."* [36]

Como nos relata Joaquim Carlos Salgado [37], a formação da consciência jurídica no mundo contemporâneo pressupõe a experiência desta consciência, isto é,

pressupõe o processo pelo qual essa consciência faz experiência do conhecimento, primeiro tomado como objeto e, posteriormente, como conhecimento de si mesma. A consciência jurídica, neste passo, posiciona-se no amplo espectro da razão prática, pressupõe a dialética da razão teórica e volta-se a si mesma, fazendo uma experiência da própria consciência. Essa experiência da própria consciência, no nível fenomenológico, manifesta-se, historicamente, em três momentos, conforme nos ensina Salgado:

"É possível, pois, figurar historicamente esse processo em três momentos fundamentais no curso da cultura ocidental, como já se observou: o homem (animal racional) na cultura grega, a pessoa de direito na cultura romana, cindida na concepção de pessoa moral na cultura cristã, e o sujeito de direito a partir da cultura moderna, operando a síntese dialética no cidadão ou indivíduo livre detentor de direitos fundamentais declarados ou positivados como vontade universal e valores universais na Revolução Francesa."[\[38\]](#)

É justamente nesse momento de manifestação da consciência jurídica, que corresponde à formação da pessoa de direito, que surge o Direito como realidade intelectual e prática diferenciada.

É preciso compreender a crise por que passava o Ocidente. A decadência da cidade grega e a ascensão do Império Romano iriam, desde logo, delimitar o ponto zero da formação jurídica ocidental. Trata-se de um momento de crise ética, em que a concepção de totalidade moral foi cindida. A percepção do vínculo que une aquele que age e quem sofre as consequências de cada conduta altera-se. Onde antes existia uma totalidade orgânica, entre homem e cidade, cede lugar à díade cidade/cidadão. O bem agir, no contexto helênico, importava em um esforço em busca da felicidade (*eudaimonia*), uma felicidade que não pode ser compreendida no âmbito individual, mas tão-somente em relação com a felicidade da cidade (*homonóia*). Trata-se de uma realidade de imbricada coincidência entre o homem e a natureza. Já em Roma, essa totalidade sofre uma cisão, o homem agora pertence à cidade, estabelece-se, pois, um vínculo de pertinência e não de ipseidade. Para ele, surge o *ius civile*. A conduta não poderá ser aferida segundo os padrões do bom e do mau, mas do justo. A justiça assume uma conotação própria, particular, pois a moral não poderia suprir as necessidades normativas de uma cidade, que agora assume uma posição distinta do homem. Essa cisão que se opera, um movimento histórica, cultural e logicamente necessário, é a responsável pela explicitação do conceito de bilateralidade.

Esse Direito conformado em Roma haveria de possuir alguns caracteres que o fizessem, a um só tempo, diferente e superior[\[39\]](#) aos demais ordenamentos de condutas. Assim, pode-se dizer, em linhas gerais, que esse conceito[\[40\]](#) romano-universal de Direito é caracterizado por suas categorias essenciais, quais sejam: bilateralidade "tributiva", exigibilidade e irresistibilidade.

Essa bilateralidade "tributiva"[\[41\]](#) caracteriza o fenômeno jurídico porquanto o extrema da experiência moral. O agir moral pertence ao sujeito ativo e nele se esgota. O período helênico ainda não tem consciência de um outro-diferente-de-si. O justo moral realiza-se numa relação na qual ipseidade e alteridade estão mutuamente imbricadas; trata-se do contexto da bela totalidade da *pólis* grega, conforme o figura Hegel. O agir jurídico pressupõe o reconhecimento, isto é, a percepção de um outro-igual, de uma outra consciência que impõe limites. O Direito necessita dessa cisão de ipseidade e



alteridade para conformar um nexos que, agora, não mais pertence ao sujeito ativo e, tampouco, ao sujeito passivo, mas se configura um nexos transubjetivo. Assim, tem-se uma bilateralidade que importa numa relação de polaridade entre sujeitos que se vinculam objetivamente mediante a chancela do Estado, para exercerem suas pretensões ou competências. A *tributividade* decorre da posição objetiva ocupada pela relação jurídica, na qual o Direito (Estado) confere a cada qual suas pretensões. A relação jurídica que encerra essa bilateralidade *tributiva* já é anunciada por Ulpiano: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"<sup>[42]</sup>. A justiça surge então como um valor formal, que estabelece a regra de tributação destes valores, quer através da conexão com a vontade, como o faz Ulpiano (*constans et perpetua voluntas*), quer em conexão com a razão, como faz Cícero e, posteriormente, Tomás de Aquino e Kant. Assim, conclui Salgado:

"O Direito é, então, processo de revelação, 'tribuição' e garantia de valores no plano do bem comum, segundo a idéia de justiça; é solução dos conflitos de interesses no plano da coexistência ou da ordem, mas com pretensão de solução justa dos conflitos. É, ainda, técnica ou metódica que precede a normatização do fato por meio dos institutos jurídicos, portanto da ciência, e da valoração do justo, portanto da Filosofia do Direito. Esse aspecto formal, contudo, mostra-se na articulação dialética com o bem jurídico ou valor jurídico revelado na consciência jurídica que normatiza o fato."<sup>[43]</sup>

Dessa *tributividade* decorre a exigibilidade da conduta devida. Uma vez que o nexos jurídico não jaz em nenhum dos pólos da relação, pertencendo simultaneamente a ambos, quando um falha, ao outro é facultado exigir. Esse sentido objetivo e transubjetivo da bilateralidade *tributiva* cria, portanto, uma garantia contra o descumprimento. Surge, aqui, um conceito propriamente jurídico, o conceito de dívida. Essa garantia é fruto da segurança e da certeza inerentes à relação jurídica.

De outra parte, o agir moral não é exigível. Não o é apenas por estar incerto em uma realidade desprovida de mecanismos para ativá-lo, mas por sua própria natureza. A ação moralmente louvável esgota-se em si mesma, assim também ocorre com a ação moralmente reprovável. Não há, dentro da concepção moral grega, uma repercussão na esfera individual alheia. Explique-se: as repercussões do ato reprovável são as mesmas para o homem e para a cidade. Não se exige o cumprimento de dever diverso, mas apenas se exclui do organismo político. Aquele que, espontaneamente, cumpre seu dever, o faz com foco em seu próprio agir e não diante do exercício de uma faculdade que se abre a outrem. A exigibilidade mostra sua interface com a bilateralidade na medida em que se, ao credor é facultado exigir, ao devedor, se se transmuda-se na condição de credor do mesmo objeto, também se abriria a mesma faculdade.

Por derradeiro, resta mencionar a irresistibilidade diante do comando jurídico. Trata-se de um atributo da norma jurídica que a torna incontestável, social e racionalmente. Nas palavras de Salgado:

"A irresistibilidade integra a estrutura categorial da Consciência Jurídica e decorre da universalidade representativa da *auctoritas* e da validade universal abstrata da norma jurídica [...] implica, portanto, não só a força coativa, mas a fundamentação ulterior de qualquer decisão ou a ação da autoridade como de toda a sociedade, portanto com mérito de sua força e de sua vontade."<sup>[44]</sup>

A irresistibilidade é, assim, uma decorrência lógica da origem política do Direito. O Direito constitui o vetor de explicitação da razão, ao passo que o ato de vontade é seu instrumento de realização, isto é, a política. Nesse passo, a irresistibilidade material que decorre do comando jurídico reporta-se, como salientado por Salgado, à "universalidade representativa da *auctoritas* e da validade universal da norma jurídica".

É de conhecimento amplo o brocardo de Cícero *cum potestas in populo auctoritas in Senatus sit*[45]. É preciso compreender o contexto dessa colocação. Esse brocardo está inserido no diálogo entre Marcus e Quintus, no qual Cícero expõe a importância do Senado, onde se decidem as matérias de interesse do Estado (*Nam ita se res habet, ut si senatus dominus sit publici consilii*). O que fornece sustentação ao Senado é a consideração de que todos os decretos que dele emanam têm força obrigatória (*Eius decreta rata sunt*), que é suportado por todos (*quodque is creuerit defendant omnes*) e que as ordens inferiores aceitem que a república seja governada por conselhos superiores. Neste passo, pode-se considerar que o poder remanesce com o povo e que a autoridade pertence ao Senado. O sentido da separação entre estes dois institutos, assim, reporta-se ao fundamento da autoridade. Os decretos senatoriais vinculam não em função da força, mas em consideração à *dignitas* que imanta aquela instituição. Os *decreta* do Senado são, assim, dotados de vinculatividade em atenção à dignidade (qualidade) daquela instituição. A função da autoridade senatorial é zelar pela continuidade de Roma e sua repercussão social é a irresistibilidade do comando da lei, para que a cidade mantenha-se na moderação e na concórdia (*teneri ille moderatus et concors ciuitatis status*)[46]. A autoridade é, assim, o fundamento de validade formal do Direito.

Surge, então, o justo qualificado pelo adjetivo jurídico. O dever imposto pela norma torna-se qualificado pela irresistibilidade. O Direito forjado no Lácio encerra na norma, agora jurídica, a essência do justo sem se descurar do aspecto da existência: a força que o garante. Não por acaso, Justiniano assim abre o prefácio das Institutas:

*"Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator."*[47]

É precisamente nesse influxo entre a exigibilidade e a irresistibilidade que surge a força, uma força eticamente destinada a fazer cumprir o justo jurídico.

O gênio romano conformou um instituto que encerra em sua ontologia essas características essenciais do conceito de Direito. Trata-se da *actio*. Na definição de Celso: *"Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persenquendi"*[48]. A *actio* configura-se, destarte, como um instrumento de defesa da pretensão resistida, o direito a perseguir o devido em juízo. A ação, ou ao menos a exceção, surge como consectário da coerção jurídica e é inerente a qualquer direito subjetivo. A ação é a manifestação da justiça formal no momento da aplicação, ao direito foi impresso o caráter de coercibilidade vinculante, cumprindo-se o comando independentemente da oposição do devedor e com caráter de exclusividade, porque prevalece sobre qualquer outra norma.

Está-se diante de construção conceitual do Direito, capaz de agasalhar os caracteres do jurídico, servindo de termo médio para a efetivação da força encarcerada na norma abstrata e universal.

A *actio* avultou-se de tal maneira no contexto jurídico romano que o possuir ou não um direito expressava-se dizendo possuir ou não a faculdade de exercitar a *actio*. Essa postura é oriunda da formação do Direito nas mãos do pretor, que ao introduzir inovações não o fazia mediante normas, mas concedendo em seu *edicto* a *actio* adequada. O período em que floresceu o Direito Romano é, justamente, o chamado período do Direito Honorário, quando as relações jurídicas desenvolviam-se através da concessão pretoriana (*officium praetoris*) e de suas decisões (*officium iudicis*). Assim, muitos direitos de origem pretoriana não possuem sequer denominação própria, sendo expressos por sua ação[49], por exemplo, a *actio Publicana* ou a *actio Serviana*.

A já anunciada relação entre o Direito, a liberdade e a força é sintetizada, como lembra com maestria Salgado, na ação do *interdictum de homine libero exhibendi*[50]. Surge um justo qualificado, suprasumido da realidade, delimitado por uma forma e garantido pela força. É, pois, que a idéia de justiça alcançou um novo patamar[51]: um justo jurídico.

Essa positividade conferida ao conceito de justiça através de seu relacionamento com a força e o poder havia sido questionada no mundo grego, através dos pensadores que constituem, embora heterogeneamente, o conjunto dos jusnaturalistas cosmológicos. Dentre uma infinidade de textos, podemos destacar α) os fragmentos morais de Demócrito, nos quais o querer é o motor do agir moral gerando responsabilidade: "O inimigo não é aquele que comete a injustiça, mas aquele que a quer"[52] e ainda "As leis não impediriam a cada um de viver segundo seu pendor, se as pessoas não se fizessem mal mutuamente. Pois a inveja é o começo da discórdia"[53]; β) Antifonte: "Aqueles Leis que resultam de um acordo mútuo não são naturais, mas aquelas da natureza, que são naturais, não resultam de um acordo. Logo, aquele que transgredir a lei, se o faz às escondidas daqueles que estabeleceram o acordo escapa da vergonha e do castigo. Mas não, se ele não o faz às escondidas. Quanto às normas naturais da natureza se, indo além do possível, as violamos, mesmo se o fazemos às escondidas de todos os homens, o mal não é menor, e se todos os sabem, não é maior. Pois o prejuízo não vem da opinião, mas da verdade. O que explica esse problema é que as prescrições do justo segundo a lei estão, a maior parte do tempo, em conflito com a natureza."[54]; γ) Sófocles, com Antígone, chamada por Maritain[55] de eterna heroína da lei natural:

"Não foi, com certeza, Zeus que as [leis que a condenaram à morte] proclamou,/ nem a justiça com o trono entre os deuses dos mortos/ as estabeleceu para os homens./Nem eu supunha que tuas ordens/ tivessem o poder se superar/ as leis não-escritas, perenes dos deuses, visto que és mortal./ Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas/ são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram./ Por isso, não pretendo, por temor à sentença às decisões/ de algum homem, expor-me à sentença/ divina. Sei que vou morrer." [56]

Todavia, o embate entre o justo natural/racional e o justo positivo permaneceria. Exemplo claro encontramos no diálogo entre Sócrates e Trasímaco na República de Platão. Trasímaco oferece seu conceito de justiça: "a justiça não é outra coisa que o interesse do mais forte"[57] que é desqualificado por Sócrates, que, todavia, não

consegue, nesse momento, expor seu conceito de justiça, configurando um diálogo aporético.

Norberto Bobbio ensina que "o ordenamento jurídico não nasce de um deserto"[58]. Se é certo que a ordem jurídica não desponta do vazio, não menos apropriada é a lição de Joaquim Carlos Salgado[59], para quem o Direito pode ser considerado um *maximum* ético. Explique-se: a conduta dos homens é pautada por diversas ordens normativas como a moral, a religião, os convencionalismo sociais, o Direito. Neste panorama das ciências do *ethos* exsurge o Direito como ponto de cumeada, como resultado do processo de desenvolvimento da Ética. Ainda que se nos pareça paradoxal[60], é em Roma que esse processo atinge sua plenitude. O gênio romano foi capaz de desvencilhar o Direito da Moral, conformando uma ordem normativa própria e dialeticamente superior. Neste passo, apartam-se Moral e Direito e, sobre este último, assentou o Ocidente, sobre uma idéia de justiça que nascera em Roma.

Essa idéia de Direito que se funda em Roma preocupa-se, portanto: α) com a amplitude do aspecto racional (*virorum prudentum consultum*)[61], sua natureza intelectual; β) com a generalidade abstrata da lei (*lex est commune praeceptum*[62] - *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*[63]), isto é, sua universalidade; γ) com a perspectiva do consenso (*communis reipublicae sponsio*), ou seja, da legitimidade e, por derradeiro, δ) com a perspectiva existencial - a coerção, cuja maior expressão é a irresistibilidade (*coercitio*).

Não obstante, o direito (*ius*) não se confunde com as regras (*regulas*). O Direito é tratado como uma universalidade, que ainda é uma universalidade abstrata. O Direito somente concluirá sua faina, consagrando-se na perspectiva da universalidade concreta quando da real efetivação dos direitos consagrados nas cartas políticas pós-revolucionárias. Mas é certo que já em Roma o Direito afasta-se da simples particularidade que é a regra. O Direito é muito mais amplo, inclui as *leges*, os plebiscitos, os *senatus consulta*, as decisões do imperador (*constitutiones principium*), os editos dos magistrados e, sobretudo, os *responsa prudentium*[64]. Nesse sentido, assim nos coloca Juliano:

"*In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*"[65]

Podemos, assim, concluir que o *ius* que nasce em Roma sempre é uma ponderação, o equilíbrio entre o dever e a faculdade de exigir. O *ius* é assim aquilo que é determinado pela razão, o que é efetivamente posto pela vontade e o que é exigido pelo titular do direito. É o conteúdo de racionalidade que se busca ao regular o fato. Os grandes jurisconsultos romanos já anunciavam esta relação do Direito com a razão: Celso[66], Juliano[67], Marcelo[68], Paulo[69] e Modestino[70]. Essa relação também seria anunciada pelos imperadores Constantino e Licínio em uma de suas constituições[71].

## Referências Bibliográficas

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; GUARINO, Antonio. *Breviarum iuris romani*. Milano: Giuffrè, 1951.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. Luis Bacci e Andrés Larrosa. Madrid: Editorial Réus, 1929.

CASSIUS DIO. *Roman History*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1914, p. 5 *usque* 31.

CICERON. *Oeuvres Completes de Cicerón*. Trad. M. Nisard. Paris: Dubochet, 1840.

CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus* In: APPHUN, Charles. *Cicéron, De la République, Des Lois*. Paris: Garnier, 1932.

CUSHING, Luther S. *An introduction to the study of Roman Law*. Boston: Little Brown and Company, 1854.

D' ORS, Álvaro. Aspectos objetivos y subjetivos de "ius". In: *Studi in Memoria di Emiliano Albertario*. Vol. II. Milano: Giuffrè Editore, 1953.

DIELS, Herman; KRANZ, Walter. *Die Fragmente der Vorsokratiker In: Les Presocratiques*. Trad. Jean Paul-Dumont. Paris: Gallimard, 1988.

DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rh?maik? Archaiologia In: DYONISIUS OF HALICARNASSUS. Roman Antiquities*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1950;

DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Edward Spelman. Vol. I a IV. Londres: Booksellers of London and Westminster, 1758.

FLOBERT, A. *Tite-Live. Histoire romaine*. Livres I à V. Traduction nouvelle. Garnier-Flammarion: Paris, 1995.

GALLO, Fillipo. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1993.

GARCIA DEL CORRAL, Idelfonso. *Cuerpo del derecho civil romano*. Valladolid: Lex Nova, 2004.

GARCIA GALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Español*. 5. ed. Madrid: Artes Graficas, 1950.

JUSTINIANO, Imperador. *Corpus Iuris Civilis*. Comp. Paulus Krueger e Theodor Mommsen. Berolini: Weidmannos, 1954.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortes. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2004.

MARGADANT, Guillermo F. *La segunda vida del Derecho Romano*. Ciudad de Mexico: Ed. Porrúa, 1986.

MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1966.

MINGUIJON ADRIAN, Salvador. *Historia del Derecho Español*. 3. ed. Barcelona: Labor, 1943.

ORTOLAN, M. *Historie de la législation Romaine*. 3ed. Paris: Videcoq Fils Ainé et Plon Frère, 1851.

REALE, Miguel. Bilateralidade Atributiva. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 332 *usque* 342.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SÓFOCLES, *Antígone*. In: ALMEIDA, Guilherme. *A Antígone de Sófocles*. 2ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

SUMNER MAINE, Henry J. *Ancient Law*. New York: Cosimo Classics, 2005.

THOMAS, Ph. J. Alternative Paradigm for Roman Law. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. 3e Série, Tome XLV, p. 647-657,1998.

TITO LÍVIO. *Oeuvres de Tite-Live (Histoire romaine)*. Trad. M. Nisard. Tome I. Paris: s/e, 1864.

VINOGRADOFF, Paul. *Il Diritto Romano nell'Europa Medioevale*. Trad. S. Riccobono. Milano: Giuffrè, 1950.

---

[1] Essa segunda vida do Direito Romano foi influenciada pelo Direito Canônico e, em certa medida, pelas ordens normativas particulares germânicas dos povos bárbaros que se assentaram no antigo Império Romano Ocidental, a partir da queda de Roma, no ano 476 d. C.

[2] Cf. VINOGRADOFF, Paul. *Il Diritto Romano nell'Europa Medioevale*. Trad. S. Riccobono. Milano: Giuffrè, 1950.

[3] "*La storia che vengo ad esporre è, considerata sotto uno speciale punto di vista, una storia, direi quase, di un fantasma. Si tratta di una seconda vita del Diritto Romano*

*dopo la scomparsa del corpo nel quale esso per prima volta vide la luce" Id. Ibid., p. 16.*

[4] Contudo, na Inglaterra do século XIX já se reconhecia a importância do estudo do Direito Romano. Luther S. Cushing, em curso ministrado em Cambridge em 1848-9, aponta as seguintes razões para o estudo do Direito Romano (no contexto do Direito Inglês): a) trata-se da base do pensamento jurídico, tomado em sua generalidade. Segundo o autor, os romanos possuíam uma forma admirável e arguta de desenvolver seu raciocínio; b) Muitas das instituições do Direito Inglês derivam do Direito Romano; c) os princípios do Direito Romano foram incorporados ao Direito Inglês tanto quanto aos demais sistemas jurídicos do mundo civilizado; d) o Direito de vários estados componentes dos Estados Unidos da América do Norte, notadamente Louisiana, Flórida e Texas, possuem inegável matriz romanística; e) o Direito Romano é a base jurídica do Direito dos países com os quais a Inglaterra mantinha relações amigáveis. Cf. CUSHING, Luther S. *An introduction to the study of Roman Law*. Boston: Little Brown and Company, 1854. p. 120 *et seq.*

[5] MARGADANT, Guillermo F. *La segunda vida del Derecho Romano*. Ciudad de Mexico: Ed. Porrúa, 1986. p. 26.

[6] O período das codificações foi profundamente marcado por essa segunda vida do Direito Romano, antes que pelo Direito Romano Clássico ou mesmo Justiniano. Nesse sentido, na Alemanha, por exemplo, era mais comum a menção à pandectística que ao *usus modernus pandectarum*.

[7] Sobre a história do Direito Espanhol, Cf. GARCIA GALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Español*. 5. ed. Madrid: Artes Graficas, 1950 e MINGUIJON ADRIAN, Salvador. *Historia del Derecho Español*. 3. ed. Barcelona: Labor, 1943.

[8] THOMAS, Ph. J. Alternative Paradigm for Roman Law. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. 3e Série, Tome XLV, p. 647-657, 1998.

[9] "By showing that law and legal science exist within a cultural context and that this cultural context is subjectively determined, with the result that the legal solutions are also subjectively determined, Roman law can provide an important counterweight to the predominance of breadwinner orientated positivism in legal education". *Id., Ibidem.*, p. 657.

[10] Dig. 50, 16, 6, 1. "A frase: 'em virtude das leis' há de ser entendida assim: tanto segundo o espírito, como segundo as palavras da lei". A edição utilizada para a consulta ao *Corpus Iuris Civilis* é: JUSTINIANO, Imperador. *Corpus Iuris Civilis*. Comp. Paulus Krueger e Theodor Mommsen. Berolimi: Weidmannos, 1954. Consultamos também a tradução para o espanhol GARCIA DEL CORRAL, Idelfonso. *Cuerpo del derecho civil romano*. Valladolid: Lex Nova, 2004. Todas as traduções propostas neste trabalho são traduções livres, elaboradas em cotejo com veneradas traduções européias e norte-americanas, consultadas pelo autor.

[11] Nesta senda, novamente Paulo já demonstra que o lícito, desde a perspectiva jurídica, dissocia-se daquilo que é honesto: "*Non omne, quod licet, honestum est*" - "Nem tudo o que é lícito, honesto é". (Dig. 50, 17, 144).

[12] "Regra é a que expõe brevemente a coisa, tal qual é. O direito não se toma da regra, senão que é a regra que se faz do direto. Assim, pois, por meio de uma regra se faz breve narrativa das coisas, e, como disse Sabino, é como um compêndio da causa, que tão logo esteja viciada em algo, perde sua eficácia". Dig. 50, 17, 1.

[13] Com a palavra forma queremos significar a exigência de recognoscibilidade das normas de conduta. Uma norma exterioriza-se, projeta-se para além da mente do "legislador" através de um veículo. Este veículo é, justamente, a forma. Nesse passo, a lei é, não apenas a forma privilegiada de expressão da norma no Direito Romano, mas também é aquela que caracteriza o direito ocidental caudatário de Roma. Aliás, a imagem do caudatário, do latim eclesiástico *caudatariu* é muito apropriada para se definir o direito ocidental, porquanto Roma é a alta e solene dignitária, em cujo encaicho trilharam-se os caminhos do Direito moderno e sob cujos auspícios desenvolveu-se o pensamento jurídico.

[14] "Em direito civil toda definição é perigosa, porque é difícil que não possa ser alterada". Dig. 50, 17, 202.

[15] São as seguintes palavras de Cícero, na voz de Marcos: "Eu vejo então que, seguindo os conselhos dos mais sábios, a lei não é uma invenção do espírito humano, nem um decreto das pessoas, mas alguma coisa de eterno que governa o mundo inteiro, mostrando aquilo que é sábio prescrever ou interditar. Essa lei, dizem eles, do princípio ao fim, é o espírito de Deus que promulga as obrigações e as proibições igualmente racionais. Porque essa é sua origem, a lei que os deuses deram ao gênero humano é justamente celebrada, pois ela se confunde com a razão ou o com espírito dos sábios, aqueles que sabem o que se deve ordenar e aquilo que se deve proibir aos homens." (*Hanc igitur uideo sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingeniis excogitatum, nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quidam, quod uniuersum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia. Ita principem legem illam et ultimam, mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut uetantis dei ex qua illa lex, quam du humano generi dederunt, recte est laudata. Est enim ratio mensque sapientis, ad iubendum et ad deterrendum idonea*). CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus* 2, 4. Utilizamos como base de consulta a tradução francesa de APPHUN, Charles. *Cicéron, De la Republique, Des Lois*. Paris: Garnier, 1932.

[16] "É então claro que o termo 'lei' implica a capacidade de distinguir aquilo que é justo e conforme ao direito". CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus. Op cit.* 2, 5.

[17] SUMNER MAINE, Henry J. *Ancient Law*. New York: Cosimo Classics, 2005, p. 1 *et seq.*

[18] "*If language so precise can be used of the revolution, we might say that the office of the king was usurped by that council of chiefs which Homer repeatedly alludes to and depicts. At all events from an epoch of kingly rule we come everywhere in Europe to an era of oligarchies; and even where the name of the monarchical functions does not absolutely disappears, the authority of the king is reduced to a mere shadow.*" SUMNER MAINE, Henry J. *Ancient Law, cit.*, p. 6.

[19] A obra de Tito Lívio é intitulada *Ab urbe condita* ou "Desde a fundação da cidade". Acredita-se ter sido composta durante o reinado de Otávio Augusto. Era composta



originalmente por 142 livros, dos quais apenas são conhecidos os livros 1 a 10 e 21 a 45 (nestes últimos com grandes lacunas). A obra foi concebida como uma narrativa analítica dividida em seções marcadas pelos marcos mais importantes da história de Roma. Um epitome de todos os livros foi compilado no Baixo Império Romano e restou conhecida como *Periochae*. Aqui consultamos a tradução francesa: *Oeuvres de Tite-Live (Histoire romaine)*. Trad. M. Nisard. Tome I. Paris: 1864. s/e. p. 110-169, bem como a edição moderna por FLOBERT, A. *Tite-Live. Histoire romaine*. Livres I à V. Traduction nouvelle. Garnier-Flammarion: Paris, 1995.

[20] "*Cum promptum hoc ius uelut ex oraculo incorruptum pariter ab iis summi infimique ferrent, tum legibus condendis opera dabatur; ingentique hominum exspectatione propositis decem tabulis, populum ad contionem aduocauerunt et, quod bonum faustum felixque rei publicae ipsis liberisque eorum esset, ire et legere leges propositas iussere: se, quantum decem hominum ingeniis prouideri potuerit, omnibus, summis infimisque, iura aequasse: plus pollere multorum ingenia consiliaque. Versarent in animis secum unamquamque rem, agitare deinde sermonibus, atque in medium quid in quaque re plus minusue esset conferrent. Eas leges habiturum populum Romanum quas consensus omnium non iussisse latas magis quam tulisse uideri posset. Cum ad rumores hominum de unoquoque legum capite editos satis correctae uiderentur, centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt, qui nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias aceruatarum legum cumulo, fons omnis publici priuati que est iuris. Volgatur deinde rumor duas deesse tabulas quibus adiectis absolui posse uelut corpus omnis Romani iuris.*" TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*, op. cit. III, 34.

[21] Lei primeira da nona tábuca. Cf. edição de referência ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; GUARINO, Antonio. *Breviarum iuris romani*. Milano: Giuffrè, 1951.

[22] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 103.

[23] Cf. Dig. I, 3, 7.

[24] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.* p. 103.

[25] "Para eles, a lei é a equidade, para nós é a escolha; tanto uma quanta a outra característica pertencem à lei" CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op. cit.* I, 6.

[26] Não por acaso, em 1906, Hermann Kantorowicz publica sua obra *Der Kampf un die Rechtswissenschaft* (A luta pela Ciência do Direito), sob o pseudônimo de *Cnaeus Flavius*. Sua obra viria a ser considerada a pioneira da Escola do Direito Livre. Sobre a Escola do Direito Livre, cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortes. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2004.

[27] "*Quod quidem certis de causis a plerisque aliter existimatur: primum, quia ueteres illi, qui huic scientiae praefuerunt, obtinendae atque augendae potentiae suae causa peruulgari artem suam noluerunt; deinde, postea quam est editum, expositis a Cn-Flauio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent; nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius, qui illa tenet, quorum artem instituere uult, habet illam scientiam, ut ex eis rebus, quarum ars*

*nondum sit, artem efficere possit*". CICERUS, Marcus Tullius. *De Oratore*. I, 41, 186. Utilizamos como referência a tradução francesa das obras completas de Cícero, Cf. CICERON. *Oeuvres Completes de Cicerón*. Trad. M. Nisard. Paris: Dubochet, 1840.

[28] "Eodem anno Cn- Flavius Cn- Filius scriba, patre libertino humili fortuna ortus, ceterum callidus uir et facundus, aedilis curulis fuit. Inuenio in quibusdam annalibus, cum appareret aedilibus fierique se pro tribu aedilem uideret neque accipi nomen quia scriptum faceret, tabulam posuisse et iurasse se scriptum non facturum; quem aliquanto ante desisse scriptum facere arguit Macer Licinius tribunatu ante gesto triumuiratibusque, nocturno altero, altero coloniae deducendae. Ceterum, id quod haud discrepat, contumacia aduersus contemnentes humilitatem suam nobiles certauit; ciuile ius, repositum in penetralibus pontificum, euolgauit fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi posset sciretur(...)"TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. op. cit., IX, 46. Ainda, confira-se a narrativa de Pompônio (Dig. I, 2, 2, 7).

[29] Segundo nos narra a lenda, Numitor, descendente de Enéas, e rei da cidade de Abalanga, é destronado por Amulio e atira ao rio Tíber os filhos gêmeos de Rea Silvia (filha do rei destronado): Rómulo e Remo. Esses se salvam e são amamentados por uma loba (Capitolina) no monte Palatino e, quando se tornam mais velhos, conseguem sua vingança contra Amulio. Rómulo assassina seu irmão e funda Roma, dando asilo a fugitivos e bandidos e raptando as mulheres de seus vizinhos sabinos. V. CASSIUS DIO. *Roman History*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1914, p. 5 *usque* 31. Conferir em especial os fragmentos de Xiphilinus, Zonaras e Tzetzes.

[30] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*, op. cit., I, 7-15.

[31] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rh?maik? Archaiologia*. I, 72-90. Utilizamos as traduções do grego para o inglês: DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1950; DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Edward Spelman. Vol. I a IV. Londres: Booksellers of London and Westminster, 1758.

[32] Cf. ORTOLAN, M. *Historie de la législaçion Romaine*. 3ed. Paris: Videcoq Fils Ainé et Plon Frère, 1851, p. 23.

[33] Sobre a *Lex Regia*, Cf. Dig. 1, 4, 1 e Inst. Gaio I, 5 e GALLO, Filippo. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 60.

[34] Cf. BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. Luis Bacci e Andrés Larrosa. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 6.

[35] "Convém que aquele que se ponha a estudar o Direito, conheça primeiro de onde provem a palavra *ius*. Chama-se assim justiça; porque segundo define elegantemente Celso, direito é a arte do bom e do équo." Dig. I, 1, 1.

[36] D' ORS, Álvaro. Aspectos objetivos y subjetivos de "ius". In: *Studi in Memoria di Emiliano Albertario*. Vol. II. Milano: Giuffrè Editore, 1953, p. 271 *usque* 299, p. 295/296.

[37] SALGADO, Joaquim Carlos, *op., cit.*, p. 22 *et seq.*

[38] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça...*, *op., cit.*, p. 23.

[39] Assim, o ordenamento jurídico suprassume os demais ordenamentos sociais, isto é, supera-os e os modifica; contudo, paradoxalmente, conserva-os em sua estrutura.

[40] Focamo-nos aqui no Direito romano-universal (*ius gentium*) que teve lugar entre 218/20 a.C e 235 d. C (entre as crises que se seguiram à guerra de Aníbal e à morte de Alexandre Severo). Esse período do Direito Romano seguiu-se ao período quiritário - primeira fase do Direito romano, caracterizada por uma ordem jurídica adaptada a uma sociedade de vida simples e rústica - e se caracterizou pelo desenvolvimento científico da principiologia romana, cuja maior manifestação foi o *ius honorarium*, obra do pretor. Posteriormente ao período do *ius gentium*, teremos a codificação justianéia (séculos I-III d.C), monumento do espírito lógico e prático dos jurisconsultos romanos. Cf. BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*, *op., cit.*, p. 10 *usque* 13.

[41] No tocante à nomenclatura acompanhamos aqui a lição de Salgado, quem prefere o termo "tributividade" à expressão "atributividade", porquanto se aproxime de sua origem latina: *tribuere*. Esclarecedora exposição da temática pode ser encontrada em REALE, Miguel. Bilateralidade Atributiva. In. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 332 *usque* 342.

[42] Dig. I, 1, 10. "Justiça é a vontade constante e perpétua - infatigável e persistente - de dar a cada um o seu direito". A fórmula também é repetida nas Institutas, Cf. Inst. I,1.

[43] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo... Op. Cit. p. 26*

[44] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.* p. 84

[45] ("O poder pertence ao povo, mas a autoridade ao Senado"). CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus. Op. cit.* III,12.

[46] *Id. Ibid.*

[47] "À sua Majestade Imperial convém que não só esteja honrada com as armas, mas também fortalecida pelas leis, para que um e outro tempo, assim a guerra como a paz, possam ser bem governados, e o príncipe romano subsista vencedor não somente nos combates com os inimigos, mas também rechaçando por legítimos trâmites as iniquidades dos caluniadores, e chegue a ser tão religiosíssimo observador do Direito, como triunfador dos inimigos vencidos."

[48] Ação nada é além do que o direito de perseguir aquilo que lhe é devido em juízo. Dig. XLIV, 7, 51. O conceito é repetido ainda nas Institutas "*Superest, ut de actionibus loquamur, actio autem nihil aliud est, quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*" ("Resta que falemos das ações. Mas a ação não é outra coisa que o direito de perseguir em juízo aquilo que a alguém se deve") Inst. IV, §6. Ulpiano, no parágrafo 16 do Livro L do Digesto, dedicado ao significado das palavras, assim define: "*Actionis verbum et speciale est et generale nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque 'actiones' personales solemus dicere 'petitiones' autem verbo in rem*

*actiones significari videntur. 'persecutionis' verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem.*" ("A palavra ação é especial e geral; porque se chama ação toda petição, já seja contra pessoa, já contra uma coisa; mas de ordinário soemos chamar ações às pessoais, e se considera que a palavra petição significa as ações reais; eu creio que com a palavra persecução se compreendem as persecuções extraordinárias, como as dos fideicomissos, e outras que haja, as quais não tem execução de direito ordinário.") Dig. L, 16, 178, 2.

[49] V. BONFANTE, Pedro. *Intituciones ...* p. 111. Portanto, parece-nos que o conceito de obrigação natural parece um tanto quanto estrambótico e destituído dessa juridicidade romana. Sua compreensão é mediatizada sempre pela alegação de não possuir *actio* correspondente e, quando muito, pelo surgimento da *solutio retentio* na ocasião do pagamento espontâneo. Não se nos afigura como pertencente ao campo privilegiado e protegido do Direito, mas um sim um fôssil entre a moral e o jurídico.

[50] Trata-se da ação que fornece o substrato de nosso moderno *habeas corpus*; um *interdicto* que consistia em uma ordem do Magistrado, ditada ante o recurso da parte prejudicada, cuja aplicação soía ocorrer quando o interesse prejudicado tinha caráter quase público. O *paterfamilias* podia fazer valer esse seu direito diante de um terceiro que retivesse o *filiusfamilias* contra sua vontade. Inicialmente, tratava-se de uma *vindicatio*, e, posteriormente, o pretor introduziu a este efeito o *interdictus de liberis exhibendis*. Cf. BONFANTE. *Op. cit.* p. 135/164. Agora, o Romano superava a concepção de liberdade de Epiteto, jungindo consciência e corpo, reclamando sua liberdade de ir, vir e permanecer.

[51] Novamente aqui anunciamos que essa positividade da idéia de justiça não foi pacífica. Essa dissidência entre a justiça positiva e a justiça natural manifestou-se no seio da doutrina católica e deu origem ao jusnaturalismo de matriz teológica. A separação da ordem das coisas humanas e da ordem divina foi cristalizada por Jesus de Nazaré. Os discípulos dos fariseus, com malícia, perguntaram-lhe: "É lícito pagar tributo a César, ou não?" Ele os respondeu: "Por que me experimentais, hipócritas? Mostrai-me a moeda do tributo. Eles lhe apresentaram um denário. E ele lhes perguntou: De quem é esta efígie e inscrição? Responderam-lhe: De César. Então ele lhes disse: Daí a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus" (Mt, 22: 15-22). De outra parte, Paulo afirma a existência de uma lei natural, fruto da natureza divina da criatura humana: "Quando os gentios, que não têm lei, fazem naturalmente as coisas que são da lei, não tendo eles lei, para si mesmos são lei. Eles mostram a obra da lei escrita em seus corações, testificando juntamente a sua consciência e os seus pensamentos, quer acusando-os, quer defendendo-os" (Rm, 2: 14-16).

[52] Máximas de Demócrites, 55: 68 B 89 DK. Utilizamos aqui a edição de DIELS, Herman; KRANZ, Walter. *Die Fragmente der Vorsokratiker In: Les Presocratiques*. Trad. Jean Paul-Dumont. Paris: Gallimard, 1988.

[53] Estobeu, Florilégio, III, XXXVII, 53: 68 B 245 DK.

[54] Papiro de Oxyrhincos, XI, 1364: B44 DK, Fragmento A, 1-3.

[55] Cf. MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1966. p. 87

[56] Cf. SÓFOCLES, *Antígone*. In: ALMEIDA, Guilherme. *A Antígone de Sófocles*. 2ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

[57] 338c - essa notação refere-se à paginação da edição in folio de H. Stephanus, impressa em Paris, em 1578.

[58] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995, p. 41.

[59] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.* p. 8 *et seq.*

[60] A noção de resultado não se pode conectar à linearidade do pensamento cartesiano. A razão não se manifesta na história na sucessão cronologicamente organizada dos fatos. Tampouco se trata de uma rapsódia de eventos. A Razão preside seu desenrolar concatenando momentos/figuras, os quais, ainda que temporalmente deslocados, sucedem-se logicamente. Neste passo, não é descabido ou desmesurado posicionarmos o Direito Romano no ápice do processo de desenvolvimento das ciências do *ethos*. Ressalva seja feita aos movimentos constitucionalistas pós-revolucionários, não obstante sejam movimentos que se projetam sobre um Direito já cristalizado e filho dileto de Roma.

[61] "decreto de homens prudentes" Dig. 1, 3, 1.

[62] "A lei é um preceito comum" *Idem*.

[63] "Não se constituem as leis para cada pessoa em particular, mas para todas em geral" Dig. 1, 3, 8.

[64] Dig. I, 1, 7, 1.

[65] "Naquilo que está constituído contra a razão do Direito, não podemos seguir a regra do Direito" Dig. 1, 3, 15.

[66] Dig. 1, 3, 39.

[67] Dig. 1, 3, 15.

[68] Dig. 50, 17, 183.

[69] Dig. 1, 3, 14.

[70] Dig. 1, 3, 25.

[71] Cod. 3, 1.