

ESTUDOS

**DOUTORAMENTO
& MESTRADO**

FABRÍCIO RENÊ CARDOSO DE PÁDUA
**O CASUÍSMO JURÍDICO-METODOLÓGICO ROMANO
E A AUTONOMIZAÇÃO DO DIREITO**

7

SÉRIE M



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

página deixada propositadamente em branco



I
•
J

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

publicacoes@ij.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-27-3

© DEZEMBRO 2018

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS
Doutoramento
& Mestrado

FABRÍCIO RENÊ CARDOSO DE PÁDUA
O CASUÍSMO JURÍDICO-METODOLÓGICO ROMANO
E A AUTONOMIZAÇÃO DO DIREITO

INSTITUTO ▲IVRIDICO

O CASUÍSMO JURÍDICO-METODOLÓGICO ROMANO E A AUTONOMIZAÇÃO DO DIREITO

Fabrizio René Cardoso de Pádua

RESUMO: Este artigo estuda os fatores que levaram o Direito a surgir em Roma como ciência epistemologicamente autônoma. Analisa a maneira particular como o Direito Romano, ao se apartar da moral, da religião, da política e da filosofia, foi assumido como uma ciência independente e com o objeto próprio. Constatamos que o surgimento do Direito não se confunde com a sua positivação em textos. Verificamos que o *ius* é desvelado em Roma de maneira casuística. Concluímos que o Direito surge no Lácio através das práticas judicativas como um modo de se alcançar, de modo equânime, a solução mais justa para as partes em litígio.

PALAVRAS-CHAVE: *autonomia do Direito; metodologia jurídica; Direito Romano.*

THE AUTONOMY OF LAW AND THE ROMAN JURIDICAL-METHODOLOGICAL CASUISTRY

ABSTRACT: This paper studies the factors that led the Law to arise in Rome as an epistemologically autonomous science. It examines the particular way in which Roman Law, in departing from morality, religion, politics and philosophy, came to be considered an independent science that has its own object of study. It notes that the emergence of the Law is not confused with its positivation in texts. Checks that the *ius* is unveiled in Rome in a casuistic way through praxis. It concludes that law arises in Lazio through judicial practices as a way of achieving, in an equitable way, the fairer solution for the plaintiffs.

KEYWORDS: *autonomy of Law; legal methodology; Roman Law.*

Introdução

O Direito surge em Roma! Esta assertiva que nos é incutida na memória desde os dias primevos da faculdade, ou já antes nas aulas de história do curso ginasial, e que é repetida, por vezes de forma autômata, tanto pelos neófitos quanto pelos mais versados juristas, mas nem sempre ressaltado, é claro, na literatura especializada, vem acompanhada da pergunta e da não menos necessária resposta: porquê em Roma? Afinal, quais fatores levaram o Direito a nascer em Roma como ciência epistemologicamente autônoma e não em qualquer outro lugar?

É enlevado por tal questão, mas sem a pretensão de esgotar tão intricado tema e, tampouco, de arrogar-se a querer dizer algo que já não se tenha dito – meus poucos conhecimentos não me franqueiam tal intrepidez! – que me lançarei, nas modestas linhas que se seguem, a analisar, vale repetir, perfunctoriamente, alguns dos elementos que contribuíram para a gênese do Direito em Roma os quais, ao que tudo indica, permitiram sua sobrevivência à própria civilização romana com tal vigor que, mesmo depois de passados mais de dois mil e quinhentos anos do seu nascimento, sua atualidade ainda se mantenha quase incólume.

1. Da Filosofia à Ciência do Direito em Roma

A normatividade, corporificada em um problema que se intenta solucionar por uma particular ação prática, precede a gênese do Direito enquanto ramo científico autônomo que ocorre, posteriormente, como resultado das contingências do devir histórico que cada vez mais o impelem e exigem que a juridicidade se aparte

da Filosofia – ou de uma já estabelecida Filosofia Jurídica – como um específico meio de solução dos problemas¹.

Foi na Grécia, é irrefragável, que pela vez primeva, uma peculiar e paroxisticamente complexa filosofia jurídico-política, eclodiu em sua autonomia como um distinto ramo da filosofia geral, não obstante, foi em Roma que Direito emancipando-se da filosofia desabrochou enquanto original elaboração científica².

Não se pode olvidar, todavia, que no estirão emancipatório do Direito, o povo do Lácio nunca deixou de se abeberar da fonte grega³, seja de maneira difusa, a partir da Batalha de Corinto em 146 a.C. e a subsequente tomada de parte do território helênico, mas já antes, e de forma particular, quando por ordem dos *deuênvros*, formado em Roma com a incumbência de elaborar o instrumento normativo que ficou conhecido como Lei das XII Tábuas – *Lex Duodecim Tabularum* –, uma expedição de juristas romanos aportou no território grego com a missão de estudar as Leis de Sólon⁴.

Não parece ser de todo correto, que os romanos teriam sido absolutamente avessos a metafísica ou às construções teóricas, embora, ao que tudo indica, não fosse uma prática arraigada e

¹ Leciona Paulo Ferreira da Cunha que: “O Direito deriva da Filosofia, da grande árvore – se adotamos a metáfora tradicional. Mas com certeza decorrerá, mais especial ou particularmente, de um dos ramos dela (...) a Filosofia Jurídica, ou melhor, uma filosofia da função dita “soberana” indo-européia, a jurídico-política.” Cfr. Paulo Ferreira da CUNHA, *Filosofia do Direito – Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013, 238.

² Paulo Ferreira da CUNHA, *Filosofia do Direito*, 239.

³ Pierre Grimal chega a afirmar que o pensamento grego é responsável, inclusive, pela própria evolução das práticas romanas, diz ele: “São as doutrinas dos pensadores gregos que fornecem as soluções para os problemas suscitados pelas transformações materiais; estas, só por si, teriam sido incapazes de sugerir as novas vias seguidas pelos juristas”. Cfr. Pierre GRIMAL, *La Civilisation Romaine*, cit. na trad. portuguesa: *A Civilização Romana*, trad. Isabel St. Aubyn, Lisboa: Edições 70, 2009, 107.

⁴ Pierre GRIMAL, *La Civilisation Romaine*, 99.

cotidiana, a reflexão filosófica pode ser observada, ainda que de maneira tímida, em alguns textos⁵ dos (talvez) poucos que nos foram legados e que expressam um modo próprio de se pensar, *verbi gratia*, a Justiça e o Direito⁶.

Ademais, de acordo com a lição de Santos Justo, “seria muito estranho que, participando nos cenáculos onde os homens cultos (filósofos, magistrados, retóricos, etc.) discutiam as ideias filosóficas vindas da Grécia, os jurisperitos romanos não as utilizassem no campo da ciência do direito e do direito positivo”⁷.

A corroborar com tal assertiva, Truyol y Serra diz que “Os *juristas romanos* da época clássica (século I-III), principalmente Gaio, Papiniano, Ulpiano e Paulo, são a ilustração vivente da filosofia grega sobre o espírito romano”⁸ e, em complemento afirma Villey que “todos os grandes jurisperitos romanos, a partir do fim da República, trabalham numa obra científica”⁹ e que é “de grande

⁵ Ao tratar da influência da filosofia grega no Direito Romano, Santos Justo nos brinda com os seguintes exemplos: “a definição de *ius* que se atribui a Ulpiano (...) encontra-se em Cícero como virtude (*virtus*); a ideia de que o direito natural é próprio da natureza animal que encontramos em Ulpiano (...) remonta à escola pitagórica, a Sócrates, Platão, Aristóteles e aos estoicos; a concepção de *ius gentium* comum a todos os povos em contraposição ao *ius civile* que lemos em Gaio já se encontra em Aristóteles; a referência que a *iusprudentia* romana faz frequentemente a *bonus vir* e de que falava Catão referindo-se ao bom agricultor, constitui uma lição grega, agora em sentido mais lato; o recurso à *aequitas* e ao *aequum* remonta à escola pitagórica; a retórica e a arte de formular definições provém da filosofia grega; o relevo jurídico atribuído à vontade nos negócios jurídicos *inter vivos* e *mortis causa* é uma herança do pensamento grego; etc.”. Cfr. António dos Santos JUSTO, “O Pensamento Jusnaturalista no Direito Romano”, *Boletim da Faculdade de Direito* 87 (2011) 21-86, p. 45-46.

⁶ Cfr. Paulo Ferreira da CUNHA, *Filosofia do Direito*, 240.

⁷ Cfr. António dos Santos JUSTO, “O Pensamento Jusnaturalista no Direito Romano”, 44.

⁸ Cfr. António TRUYOL Y SERRA, “Compêndio de História da Filosofia do Direito”, Separata da *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa* 9-10 (1954) 41.

⁹ Cfr. Michel VILLEY, *Le Droit Romain*, cit. na trad. portuguesa: *O Direito Romano*, trad. Maria Helena Nogueira, Lisboa: Editora Arcádia, 1973:60-61.

interesse conhecer a filosofia dos juristas romanos, porque só isso nos permite recuperar o teor autêntico de suas soluções, e também os motivos profundos da fortuna que o direito romano fez no mundo moderno”¹⁰.

Contudo, conforme ressalta Santos Justo, é prevalente entre os romanistas a tese segundo a qual não se vislumbra em Roma o desenvolvimento de uma filosofia original, mas, de toda sorte, pelo que já se disse, é forçoso reconhecer que a filosofia grega, mormente a estóica, exerceu grande influência sobre os romanos¹¹.

Sem prejuízo, o que havia de realmente peculiar no povo de Roma era uma visceral vocação para a experiência prática, para a solução dos problemas comezinhos da vida cotidiana e era essa inclinação natural que os tornavam diferentes dos Gregos, conforme impresso, inclusive, nos respectivos símbolos do Direito, pois enquanto a Deusa Grega *Diké* nos é apresentada de olhos abertos o que indica uma inclinação para as abstrações, para o saber puro, a Deusa romana *Iustitia* tem os olhos tapados, de modo que o conhecimento das coisas lhes chega pelos ouvidos, que representa um saber de ordem prática, neste sentido ensina Sebastião Cruz que: “Os Romanos, com a «Iustitia» de *olhos vendados*, mostram-nos que a sua concepção (...) a respeito do Direito era mais de um saber-agir, de uma *prudéntia*; um equilíbrio entre a abstracção e o concreto. Por isso, os juristas romanos clássicos não elaboraram teorias *gerais*, mas construções jurídicas *apropriadas* (...)”¹².

¹⁰ Cfr. Michel VILLEY, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, cit. na trad. brasileira: *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, 1ª ed., trad. Cláudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2005, 66.

¹¹ Cfr. Antônio dos Santos JUSTO, “O Pensamento Jusnaturalista no Direito Romano”, 38.

¹² Cfr. Sebastião CRUZ, *Ius. Directum (Directum)*, reimpr., Coimbra, 1974, 29. Para maiores detalhes sobre as noções de *ius* como *prudéntia* e como *sapientia*, vide *infra*, 14-15.

Como um reflexo deste espírito pragmático por excelência¹³ é que o Direito se irrompe, não como um saber especulativo e intangível¹⁴, mas por intermédio de um conhecimento acentuadamente empírico e mundano, corporificado e evolvido através da *praxis* que, incitada pelas contingências do devir histórico¹⁵, vai se desvelando em continuum reelaborar.

Nesta esteira, o fator genético do Direito não está na sua positivação em textos normativos¹⁶, mas, nomeadamente, na sua prática viva no desenrolar da existência, animada pelo *ius naturale*¹⁷, inicialmente representado por uma ideia de Justiça cuja concretude somente era alcançada através da intermediação dos *iurisprudentes* e, posteriormente, com a influência cristã, vem a ser considerado como um Direito criado por Deus, de quem o Imperador romano era o representante na terra¹⁸.

¹³ Cfr. Miguel REALE, “Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito)”, *Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo* 49 (1954) 190-220, p. 190.

¹⁴ Observa Sebastião Cruz que “o *iurisprudens*, ao utilizar a filosofia, o faz como jurista e não como filósofo. – E assim, quando a *iurisprudentia* utiliza conceitos e categorias que foi buscar à filosofia, emprega-os com conteúdo e finalidade jurídicos. É que a valoração filosófica é distinta da valoração jurídica, e os *iurisprudentes* não o esquecem de acentuar bem”. Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, vol. 1, 4.^a ed., Coimbra, 1984, 287.

¹⁵ Cfr. Miguel REALE, “Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico”, 194.

¹⁶ Em sentido contrário, Pierre Grimal sustenta que: “Na prática, o direito romano emana, para nós, da Lei das Doze Tábuas (...)”. Pierre GRIMAL, *La Civilisation Romaine*, 99.

¹⁷ O Direito Romano encontra na natureza o seu critério último de legitimidade, tanto é que para eles aquilo que é vedado pela natureza não poderia ser permitido por lei alguma, senão vejamos: “Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt”. Cfr. D.50,17,188,1.

¹⁸ Cfr. António dos Santos JUSTO, “O Pensamento Jusnaturalista no Direito Romano”, 83-84.

Assim, sem querer olvidar das controvérsias que pairam sobre a noção de *ius naturale*¹⁹, parece-nos que é como decorrência de sua primitiva representação, como fenômeno de revelação espontânea da juridicidade a partir de uma noção de Justiça, que é a um só tempo, segundo o panteísmo estóico²⁰, produto da razão, da natureza e de Deus, e para cuja realização concreta exige o desempenho de uma atividade singularmente prática – e que só muito depois foi reduzida e plasmada em leis escritas²¹ –, que o Direito desponta em Roma, não como um conjunto de normas positivadas em textos, nem somente como uma ciência e, tampouco, apenas como uma técnica, mas como “uma ciência e uma técnica do justo e do injusto”²².

Aliás, a positivação, parece estar visceralmente ligada, não ao nascimento do Direito em Roma, mas ao seu estiolamento, na medida em que é mobilizada como artifício de segurança e controle, mormente para refrear o recurso aos costumes, que através de leis

¹⁹ Alerta Santos Justo que não há unanimidade sobre o conceito de *ius naturale*, havendo de um lado, quem defenda ser uma peça essencial no Direito Romano, e de outro, quem sustente tratar-se de um reles e inútil ornamento e, mesmo “nos nossos tempos, observam-se atitudes diferentes que separam os romanistas: há quem veja no *ius naturale* o desempenho de um papel muito modesto na doutrina clássica que, todavia se tornou importante na compilação de Justiniano; quem considere que, até na época justinianeia, teve um lugar muito modesto, mesmo desprovido de valor jurídico; e quem reduza o *ius naturale* a um direito inferior”. António dos Santos JUSTO, “O Pensamento Jusnaturalista no Direito Romano”, 40.

²⁰ Santos Justo ao discorrer sobre o pensamento de Cícero, a quem se debita a elaboração de uma das melhores teorias do direito natural do mundo pagão, afirma que para ele a “lei é um produto da razão (*ratio*) que a elaborou em conformidade com a natureza. Deus identifica-se com a natureza e com a razão: são uma só coisa”. António dos Santos JUSTO, “O Pensamento Jusnaturalista no Direito Romano”, 40-41.

²¹ Assevera Villey que a “fonte primeira do direito, de acordo com a descrição feita pelos autores romanos, e a pesar do que nos informam nossos manuais modernos, não é a lei, mas a natureza”. Cfr. Michel VILLEY, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, 72.

²² Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 281.

erigidas com base nas Constituições Imperiais²³ e que exprimem, sobretudo no Dominato²⁴, não a vontade do povo, mas a do Imperador²⁵, acabam por redundar no engessamento do espírito criativo dos juristas clássicos²⁶, o que prenuncia a própria defunção do Direito, que irá ocorrer, tempos depois, com a queda do Império²⁷.

O modo prudente com que juristas romanos revelam o Direito, a partir do *ius naturale* e tomando os casos concretos que lhes são apresentados como *prius* metodológico, paulatinamente, adquire feição epistemológica própria, de sorte que é possível se vislumbrar um *ius* (direito) apartado da *fas* (religião), da política, da filosofia e da moral²⁸ – já que nem tudo o que o Direito faculta a moral ratifica²⁹ – e, por conseguinte, se firmando como uma verdadeira e autônoma arte de julgar.

²³ Limitando o uso dos costumes aos lindes da lei, encontramos no *Codex Iustinianus*, o seguinte fragmento: “Imperator Constantinus . Consuetudinis usque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem”. Cfr. Cod. Just. 8,52,2.

²⁴ Cfr. Ignácio Maria POVEDA VELASCO, “Direito, Jurisprudência e Justiça no Pensamento Clássico (Greco-Romano)”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 101 (jan/dez 2006) 21-32, disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67697>> acesso: 15/12/2016.

²⁵ Cfr. Luís Cabral de MONCADA, *Elementos de História do Direito Romano – Parte Geral - Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1924, 219.

²⁶ Conforme ensinamentos que me foram passados oralmente por António A. Vieira Cura, frise-se que ao tempo de Constantino, século IV, já não havia autênticos juristas como os da época clássica.

²⁷ Sobre o tema anota Paulo Ferreira da Cunha que: “Também no que respeita ao Direito, uma linha quase paralela corre com a vida de Roma: Roma e o destino do seu Direito são indissociáveis. Com a queda do Império cai o Direito, esse Direito que era também *forma mentis* de uma civilização.” Paulo Ferreira da CUNHA, *Filosofia do Direito*, 244.

²⁸ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 44, 172, 289-290. Cfr. IDEM, *Ius. Directum (Directum)*, 57-58.

²⁹ “Non omne quod licet honestum est”, Cfr. D.50,17,144.

2. *Iustitia, Ius, Lex e Regulae*

Não é perceptível entre os juristas romanos a preocupação em firmar um conceito apodíctico de Direito, e este desinteresse parece se justificar pelo fato de que, para eles, o Direito era algo tão intuitivo, e instintivo, que não era preciso traduzi-lo em palavras³⁰.

Contudo, vislumbra-se que o Direito Romano, mesmo sem apresentar conceitos expressos, preocupa-se em distinguir entre o que vem a ser *Iustitia*, *Ius* e *Lex e Regulae*, por conta disto e pela relevância que tais acepções assumem no presente trabalho, entendemos ser providencial perquiri-las com maior minudência.

2.1 *Sentido Ôntico de Ius*

Impõe-se àquele que vai se debruçar sobre o estudo do Direito Romano que saiba de onde ele provém, qual é a sua raiz ôntica e, ao que tudo indica, mormente levando-se em consideração o que consta em D.1,1,1pr: “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 aequi”³¹, ele adviria da Justiça, contudo, conforme se tentará demonstrar, a resposta não é tão simples quanto possa parecer.

³⁰ Afirma Cabral de Moncada que: “A verdade é, mais uma vez, que o espírito da sua jurisprudência, sempre mais analítico e prático do que sintético e teórico, achou dispensável definir cientificamente uma coisa tão simples como era o direito, uma coisa que todos afinal sabiam muito bem o que era(...)”, Luís Cabral de MONCADA, *Elementos de História do Direito Romano*, 17.

³¹ “Quem vai dedicar-se ao (estudo do) Direito, o que primeiramente está obrigado a saber é donde provém o Direito; ele é assim chamado porque provém da (deusa) Justiça”. Tradução livre de António A. Vieira Cura, de acordo com o ensinamento recebido oralmente de Sebastião Cruz. A respeito da referência desse passo do Dígesto à origem genética ou ôntica de *ius* (e não à sua origem etimológica), vide Sebastião CRUZ, *Ius. Directum (Directum)*, 39-41.

De ordinário, dá-se ao fragmento acima transcrito uma interpretação rasa, segundo a qual a *Iustitia* precedente o *Ius*, é a sua raiz etimológica³², entretanto, de acordo com a profunda análise feita por Sebastião Cruz, não parece ser esta a melhor maneira de assimilar o que disse Ulpianus³³.

Segundo o festejado romanista português, a deusa romana *Iustitia* é quem gera o *Ius*, é ela sua “origem semântica, ôntica ou genética”³⁴ e tal conclusão pode ser extraída não só do símbolo romano do Direito³⁵, mas do próprio fragmento em questão³⁶, senão vejamos:

A expressão *nomen* há de ser traduzida, não com o sentido de “palavra” ou “termo” – para tal desiderato era mais comum a utilização da palavra *verbum* –, mas sim para expressar o que há de particular no ser, a sua personalidade ou realidade, enfim, o seu sentido ôntico³⁷.

Igualmente, importa ressaltar, que a palavra *descendat*, não é também empregada para indicar a origem etimológica – para tanto é mais comum o termo *venire* –, mas para designar algo que “provém por geração de”, que “origina-se de”³⁸.

³² “Desde Mommsen, autor da edição crítica dos *Digesta* todos os romanistas vêem nesse passo de Ulpianus a origem etimológica de *ius*” Cfr. Sebastião CRUZ, “Textos de Ulpianus que devem ser repensado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1983, (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: número especial).

³³ Cfr. Sebastião CRUZ, *Ius. Derectum (Directum)*, 38.

³⁴ Sebastião CRUZ, *Ius. Derectum (Directum)*, 39.

³⁵ Primeiro *Iufter (Iovis)* – que equivale ao Zeus grego –, depois *Dione* – à semelhança da *Themis* na Grécia – e, por fim, a *Iustitia* – correspondente à *Diké* grega –, que não só era o símbolo vivo da justiça, mas também, a responsável pela sua administração, cabendo à ela dizer quando haveria ou não o Direito (*Ius*), Sebastião CRUZ, *Ius. Derectum (Directum)*, 28.

³⁶ Cfr. Sebastião CRUZ, “Textos de Ulpianus que devem ser repensado”, 636.

³⁷ Cfr. Sebastião CRUZ, *Ius. Derectum (Directum)*, 40.

³⁸ Sebastião CRUZ, *Ius. Derectum (Directum)*, 41. Em sentido semelhante Falcone

Por fim, no mesmo diapasão, a expressão *appellatum*, igualmente não possui um viés etimológico, mas significa *ex uno natum*³⁹ e está a indicar que é o *Ius* que é dado pela *Iustitia*⁴⁰.

Tomada a acepção profunda das palavras que compõe o fragmento, podemos concluir com Sebastião Cruz, que dele não é possível se extrair a ideia segundo a qual na *Iustitia* residiria a origem etimológica de *Ius*, Não! A *Iustitia* é, senão, a origem ôntica do *Ius*, a qual "(...) está relacionada com a tradução verbal erudita de parte do símbolo completo do Direito em Roma, o mais divulgado, e por todos conhecido, quer antes quer depois de Ulpianus – a deusa *Iustitia*, a simbolizar ou a encarnar, mas sobretudo a administrar a justiça, mediante o emprego da balança, de dois pratos e com o fiel bem ao meio, que ela segura com as duas mãos, de pé, e de olhos vendados"⁴¹ e, por conseguinte, "haveria direito (*ius*), quando a deusa *Iustitia* o dissesse; e dizia-o (isto é, afirmava-o com solenidade; promulgava-o; em certo sentido, gerava-o), quando o fiel (*examen*) da balança estivesse a prumo, recto (*rectum*); totalmente recto (de + *rectum*)"⁴².

afirma que: "si direbbe, allora, Che Ulpiano, prima ancora che attraverso la ontologizzante citazione celsina ('n a m ... ius e s t ars boni et aequi'), già tramite la scelta del verbo 'descendere' abbia voluto riempire di sostanza il dato lessicale, al fine di instaurare tra i due elementi collegati, la iustitia e il ius ('et est a iustitia appellatum'), un rapporto che non è di mera provenienza terminologica, bensì anche di trasmissione di valori". Cfr. Giuseppe FALCONE, "La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpianea dei giuristi (D.1.1.1.1)", *Annali del Seminario Giuridico*, Università Degli Studio di Palermo, 49 (2004) 4.

³⁹ Cfr. Sebastião CRUZ, *Ius. Derectum (Directum)*, 41.

⁴⁰ De acordo Falcone: "E' quest'ultimo, infatti, ad esser plasticamente messo in risalto, con insistenza, nell'intero tratto che immediatamente precede: è il ius oggetto del 'dare operam'; è il nomen del ius che 'discende'; è il ius che è 'appellatum'" Cfr. Giuseppe FALCONE, "La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'", 5.

⁴¹Cfr. Sebastião CRUZ, "Textos de Ulpianus que devem ser repensado", 638.

⁴² Sebastião CRUZ, "Textos de Ulpianus que devem ser repensado".

Ademais, reparem que enquanto a *Diké* não possuía venda nos olhos, a simbolizar que ela vê perfeitamente as partes que estão em julgamento e, dentre elas, privilegia a que possui um status superior na *polis*; a *Iustitia*, embora não seja privada de visão – vê o *Ius* e só o *Ius* –, tem os olhos tapados em clara demonstração de que ela não faz distinção entre àqueles que estão sob o seu jugo, tratando todos de forma equitativa, pois que impelida pelo indeclinável propósito de atribuir a cada parte aquilo que lhe compete (D.1,1,1pr)⁴³.

2.2 *Iustitia e o Direito em Sentido Objetivo*

O termo *Iustitia* era utilizado pelos romanos para exprimir um comportamento reto, probo, movido pela indelével aspiração de atribuir⁴⁴ a cada um exatamente o que lhe competia. Neste sentido, a *Iustitia* difere de *Aequitas*, já que esta última diz respeito a um particular sentido de *Iustitia*, consubstanciado na exigência de tratamento equânime das partes à luz da singularidade de cada caso concreto, de modo que, isonomicamente, as situações iguais sejam tratadas de forma igual e as desiguais de forma desigual⁴⁵, na exata medida em que desigualam.

No ponto, para uma escorreita compreensão de um específico sentido assumido pelo Direito em Roma, pedimos vênia para fazer uma brevíssima digressão acerca do conceito aristotélico de Justiça, explorado, sobretudo, em sua *Ética a Nicómaco*⁴⁶.

Em traços grossos, pode-se afirmar que Aristóteles tinha uma

⁴³ Cfr. IGNÁCIO MARIA POVEDA VELASCO, “Direito, Jurisprudência e Justiça no Pensamento Clássico (Greco-Romano)”, 30. Uma exata distinção entre o símbolo Grego e o Romano é feita in SEBASTIÃO CRUZ, *Ius. Directum (Directum)*, 29.

⁴⁴ D. 1,1,1, pr. (*vide, supra, p. 9*).

⁴⁵ Cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Elementos de História do Direito Romano*, 21-22.

⁴⁶ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, cit. na trad. brasileira: *Ética a Nicômaco*, trad. Pietro Nasseti, São Paulo: Martin Claret, 2003.

visão teleológica de mundo, segundo a qual os bens da vida representavam o fim último das ações. Dentre os bens perseguidos pela humanidade, segundo afirma o filósofo grego, a felicidade (*eudaimonía*), entendida como um instrumento para se desenvolver aptidões, e não como um “estar feliz”, era, de per si, independentemente de qualquer outra causa⁴⁷, o bem mais relevante que uma *polis* poderia querer atingir⁴⁸.

A felicidade, segundo o filósofo de Estagira, seria alcançada através da prática da virtude (*areté*)⁴⁹, consubstanciada na justa medida (*mesótes*) entre o excesso e a carência, e que pode ser, tanto dianoética ou intelectual, que diz respeito à virtude adquirida ao longo de um tempo por intermédio de ensinamentos, quanto ética (*ethos*) ou moral, que é a virtude que não surge no sujeito de forma

⁴⁷ Diz Aristóteles que a felicidade é: “procurada sempre por si mesma e nunca com vistas em outra coisa, ao passo que à honra, ao prazer, à razão e a todas as virtudes nós de fato escolhemos por si mesmos (pois, ainda que nada resultasse daí, continuaríamos a escolher cada um deles); mas também os escolhemos no interesse da felicidade, pensando que a posse deles nos tornará felizes. A felicidade, todavia, ninguém a escolhe tendo em vista algum destes, nem, em geral, qualquer coisa que não seja ela própria(...)”. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 7.

⁴⁸ Neste diapasão afirma Aristóteles que “(...) à luz deste fato de que todo conhecimento e todo trabalho visa a algum bem, quais afirmamos ser os objetivos da ciência política e qual é o mais alto de todos os bens que se podem alcançar pela ação. Verbalmente, quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo como os homens de cultura superior dizem ser esse fim a felicidade e identificam o bem viver e o bem agir como o ser feliz”. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 4.

⁴⁹ Diz o filósofo que: “Também se ajusta à nossa concepção a dos que identificam a felicidade com a virtude em geral ou com alguma virtude particular, pois que à virtude pertence a atividade virtuosa. Mas há, talvez, uma diferença não pequena em colocarmos o sumo bem na posse ou no uso, no estado de ânimo ou no ato. Porque pode existir o estado de ânimo sem produzir nenhum bom resultado, como no homem que dorme ou que permanece inativo; mas a atividade virtuosa, não: essa deve necessariamente agir, e agir bem. E, assim como nos Jogos Olímpicos não são os mais belos e os mais fortes que conquistam a coroa, mas os que competem (pois é dentre estes que hão de surgir os vencedores), também as coisas nobres e boas da vida só são alcançadas pelos que agem retamente”. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 8.

natural, mas que é conquistada através de uma prática reiterada⁵⁰.

Dentre as virtudes éticas encontramos a justiça⁵¹ que, para o mestre do Liceu, pode ser encarada tanto em uma perspectiva geral, representada por uma ação que esteja em conformidade com os preceitos morais, quanto sob um prisma particular, que se traduz por uma tão equânime repartição de bens na *polis* que a cada um seja atribuído exatamente o que lhe pertence⁵².

No ponto, soa-me correto falar com Villey⁵³ que é nesta acepção particular de justiça, enunciada por Aristóteles como uma exigência de paridade, que adquire corpo na prática virtuosa de atribuir a cada um o que é seu, que o Direito Romano, enquanto arte do bom e do equitativo⁵⁴, lançará suas bases e se soerguerá como mecanismo apto a promover a justa e a prudente distribuição dos bens da vida, ou, conforme o célebre axioma que nos foi dado a conhecer por Ulpianus em D.1,1,10pr., a Justiça de que o Direito é expressão, se constituirá pela “constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”⁵⁵.

Assinala Ignacio Poveda Velasco que: “Essa acepção do termo “direito”, entendido como “seu” (*suum*), “o que é devido” (...) é o

⁵⁰ Vide: Carlos Bianca BITTAR / Guilherme Assis de ALMEIDA, *Curso de Filosofia do Direito*, 4.^a ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005, 93-94.

⁵¹ “A justiça, assim definida como virtude (*dikaioσύνη*), torna-se o foco das atenções de um ramo do conhecimento humano que se dedica ao estudo do próprio comportamento humano; à ciência prática, intitulada ética, cumpre investigar e definir o que é o injusto, o que é ser temerário e o que é ser corajoso, o que é ser jactante...”. Carlos Bianca BITTAR / Guilherme Assis de ALMEIDA, *Curso de Filosofia do Direito*, 91.

⁵² Carlos Bianca BITTAR / Guilherme Assis de ALMEIDA, *Curso de Filosofia do Direito*, 101.

⁵³ Cfr. Michel VILLEY, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, 71.

⁵⁴ D. 1,1,1, pr. (*vide, supra*, p. 9).

⁵⁵ D. 1,1,10pr. : «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi»; na mesma linha: I.1,1pr.: “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens».

sentido (...) com o qual nasceu entre os juristas romanos. É o Direito em sentido “objetivo” (...) por que evoca “objeto”, ou seja, por que diz respeito à própria coisa (*res*), àquilo que é devido ou corresponde”⁵⁶.

Trata-se, ao que tudo indica, de uma acepção exordial do *Ius* que exprime a primazia da *natura rerum*, isto é, a natureza das coisas cujas determinações não poderiam ser contrariadas por qualquer Lei, ou melhor, segundo nos dá a conhecer Celsus, em D.50,17,188,1: “Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt”⁵⁷.

Enfim, o Direito em sentido objetivo, a implicar aquilo que é devido, se confunde com a própria ideia de *iustum*, e porque não de *Iustitia*, a traduzir aqui, conforme dito acima, um comportamento justo, ou melhor, uma realidade que é justa por estar inarredavelmente jungida ao propósito de atribuir a cada sujeito exatamente o que lhe compete, tarefa esta que, não raras vezes – em consonância com o que diz, *verbi gratia*, Paulus em D.5,2,17,1: “(...)hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri (...)” – é realizada pelo juiz⁵⁸.

2.3 O Direito como Prudentia e Ars

Pelo que se disse no tópico antecedente, tudo leva a crer que o *ius* é senão um modo de ser da *Iustitia*, entretanto, ainda que se tenha em conta os modestos fins colimados por este trabalho, não nos parece que tal assertiva reflita de maneira desanuviada o que ele realmente significava para os romanos. Por esta razão, ainda na companhia privilegiada de Aristóteles, é preciso avançar um pouco mais nesta tentativa de esmiuçar o seu conceito.

⁵⁶ Cfr. Ignácio Maria POVEDA VELASCO, “Direito, Jurisprudência e Justiça no Pensamento Clássico (Greco-Romano)”, 25.

⁵⁷ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 22.

⁵⁸ Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 22-23.

Aristóteles sustenta que cinco são as formas pelas quais a alma humana pode captar a verdade. Dentre estas, interessa-nos destacar três: a sabedoria teórica, a sabedoria prática e a arte⁵⁹.

A sabedoria teórica – do gregos: *sophia* (Σοφία) e no latim: *sapientia*⁶⁰ – representa uma forma híbrida de conhecimento que combina o saber científico com a razão intuitiva e tem por escopo alcançar as coisas mais sublimes e em seus estados mais puros logo, *sapiens* é aquele homem que busca verdades metafísicas⁶¹.

O homem dotado de sabedoria prática – do grego *phrónesis* (φρόνησις) e no latim *prudencia* –, por sua vez, é o homem da *praxis*, é aquele que faz juízos de valor sobre as coisas e sabe dizer o que é bom, tanto para a sua vida, quanto para se ter uma vida boa em geral⁶².

Por fim, a arte enquanto sabedoria – no grego *techné* (τέχνη) e no latim *ars* – traduz-se pela capacidade inventiva humana, a técnica pura que revela muito mais um modo de produzir do que agir⁶³.

Tomados tais conceitos, e tendo em mente que em Roma o *ius*, longe de ser um saber especulativo, estava centrado em uma prática cujo escopo era apontar a justa distribuição de bens na sociedade, podemos concluir com Sebastião Cruz, que o Direito por preocupar-se “não com o Ser, mas com o Valor das coisas” era, senão, uma *praxis*⁶⁴.

Por ser uma *praxis* é que o Direito é assumido como uma *iuris-prudencia*⁶⁵ e não como uma *iuris-sapientia*, pois a sua intenciona-

⁵⁹ Vide: ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 92-106

⁶⁰ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 282.

⁶¹ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 98.

⁶² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 96.

⁶³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 97.

⁶⁴ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 283.

⁶⁵ Dárcio Rodrigues afirma que o termo *prudencia* é formado pela junção dos termos “*pro*” e “*videre*” e designa um conhecimento que é prévio um “conhecer de antemão”, donde o *prudens* é aquele que age “com conhecimento de causa”; o

lidade não está dirigida para a teorização em um mundo de abstrações, mas para o mundo real, para construção de uma ciência prática⁶⁶ aplicável na concretude do mundo físico. Sem prejuízo, o Direito Romano, também se afirma como uma técnica que se consubstancia na “*ars boni et aequi*” (D.1,1,1pr)⁶⁷.

Em suma, podemos dizer que o *ius* é ao mesmo tempo uma sabedoria prática (*prudentia*), que nos permite discernir entre o que é justo ou injusto, e uma técnica (*ars*) que nos mostra o caminho certo a ser seguido para possamos encontrar o justo e evitar o injusto⁶⁸.

2.4 O Direito, Lex e Regulae

Conforme discorreremos nos tópicos anteriores, é da *Iustitia* que advém *ius* em seu sentido ôntico e será a partir da repetida interpretação deste que serão criadas as *Leges*, logo, o Direito em Roma não se confunde com o texto legal, ao revés, são as *Leges* que, de regra, derivam do *ius*, na medida em que não são mais do que representações escritas das práticas consolidadas⁶⁹.

que leva a palavra *prudentia* a significar muito mais *sabedoria* do que conhecimento científico”. Cfr. Dácio Roberto Martins RODRIGUES, “Abstração e Sistematização na Iurisprudencia Romana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 97 (jan. 2002) 23-33, disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67532>>, acesso: 15/12/2016, 24.

⁶⁶ Alerta Cuenca Boy que não se vislumbra em Roma “la moderna separación entre ciencia y práctica del derecho, pero no porque ambas facetas quedaran intencionalmente reunidas (...) em la figura y la labor de los juristas (...) sino más bien porque la «ciencia», la reflexión teórica sobre el derecho (...) fue siempre mayoritariamente un destilado secundario del trabajo práctico de los juristas y siempre estuvo volcada a su servicio. Al jurista no le importa si su actividad y los métodos que utiliza son o no científicos: su norte está más bien em la justicia (...)”. Cfr. Francisco CUENA BOY, *Sistemas Jurídicos y Derecho Romano. La Idea de Sistema Jurídico y Su Proyección En La Experiencia Jurídica Romana*, Santander: Universidad de Cantabria, 1998, 63-64.

⁶⁷ *Vide, supra*, p. 9.

⁶⁸ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 284.

⁶⁹ D’Ors, citado por Castanheira Neves, adverte que: “a *lex* começou por ser

Ademais, vale ressaltar, que ao contrário da norma impressa no texto legal⁷⁰, o *ius* está em constante movimento de renovação, adquirindo novo frescor a cada vez que é conclamado para apontar aquilo que – seja *ex vi legis* ou não – é devido na exata medida em que é devido. Todavia, há sinais de que, em um dado momento, consensos foram formados acerca do modo como deveriam ser interpretados determinados casos e é desta rudimentar estabilização da *iurisprudencia*, que parece ter surgido a ideia de consolidar de modo objetivo em um texto as razões que reiteradamente serviam de fundamento para uma *sententia* ou *responsa*⁷¹.

Outrossim, verifica-se, mormente nas *Iustiniani Institutiones*, o cuidado de diferenciar o *ius scriptum* (Direito escrito) do *ius non scriptum* (Direito não escrito). Nesta toada, como se acha referido em I.1,2,3, “Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos: τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοῖ, οἱ δὲ ἄγραφοι [id est: legum aliae scriptae aliae non scriptae]. Scriptum ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium”. Isto é, o Direito escrito traduz-se como aquele cuja existência está necessariamente jungida à sua redução à forma escrita, podendo assumir a forma de leis, plebiscitos, *senatusconsultos*, constituições imperiais, editos dos pretores

não parte integrante do *ius* ou fonte do mesmo, mas algo distinto, uma decisão adotada e publicada pelos grupos preponderantes do povo solicitados pela iniciativa de um governante (...) *Ius* e *lex* mantinham-se como ordens distintas, e tão-só a progressiva intromissão da *Lex* no terreno do *ius*, dando orientações ao administrador da justiça e condicionando as resoluções casuísticas da mesma jurisprudência, faz com que a *Lex*, a *Lex publica*, chegasse a ser considerada como produtora de *ius*, como fonte do direito”. Cfr. Álvaro D’ORS, *Lex y Ius en La Experiencia Romana de Las Relaciones entre Auctoritas y Potestas*, *apud*. António Castanheira NEVES, “Método Jurídico”, in *Digesta*, vol. 2, reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 283-336, 291-292.

⁷⁰ Cfr. Michel VILLEY, *Le Droit Romain*, 70.

⁷¹ Cfr. Dârcio Roberto Martins RODRIGUES, “Abstração e Sistematização na *Iurisprudencia Romana*”, 28.

ou *responsa prudentium*, já o Direito não escrito, é entendido como o que, embora também possa estar escrito, não exige qualquer requisito de forma para sua existência⁷².

Assim, resta patenteado que os romanos consideravam as leis escritas, não como *ius*, mas como o reles relato discursivo do Direito, mera representação lingüística de um fenômeno que lhe é precedente.

Por fim, as *regulae*, conforme se extrai do teor de D.50,17,1: “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”, existiam antes mesmo do Direito se estabelecer em sua autonomia, e com ele não necessariamente se confundem, já que podem albergar determinações que não necessariamente são jurídicas mas que possuem caráter religioso ou moral.

3. O Jurista romano

De acordo com o que já assentamos, o Direito em Roma é tomado, não como uma ciência especulativa que reflete a realidade sem reconstituí-la, mas enquanto ciência prática, ou mesmo como arte, a *ars iudicandi*, ou a *ars boni et aequi*⁷³ arte do bom e do equitativo, conforme conceito atribuído a Celso⁷⁴.

Assim, o mister do jurista do Lácio se afigura na laboriosa tarefa de revelar, não só a *ratio legis*, mas a própria *ratio iuris*, incumbindo-lhe julgar o que é justo ou injusto e não apenas o que é legal ou ilegal, no que podemos concluir com Villey que “a tarefa do jurista não era conhecer e aplicar textos, mas sim conhecer e promover

⁷² Cfr. Luís Cabral de MONCADA, *Elementos de História do Direito Romano*, 39.

⁷³ D.1,1,1 pr.

⁷⁴ Cfr. Ignácio Maria POVEDA VELASCO, “Direito, Jurisprudência e Justiça no Pensamento Clássico (Greco-Romano)”, 24.

a justiça!”⁷⁵. Afinal: “*Turis prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”⁷⁶.

Nesta linha, o Direito Romano, que não era um saber ordinário, mas de laboriosa apreensão⁷⁷, é caracterizado como um “direito de juristas”⁷⁸, um *Juristenrecht* para falar com Künkel⁷⁹ – “não um direito de legislação, como o direito europeu continental após o legalismo da codificação, não um direito jurisdicional, como o direito da *common law* anglo-saxónica”⁸⁰ – já que criado por homens da vida jurídica prática, nomeadamente os *iuris prudentes* ou os *iuris consulti*, cargos estes que eram ocupados de início por pontífices, depois por nobres e, por fim, até por cavaleiros, os quais não necessariamente deveriam estar vinculados a uma entidade pública⁸¹, uma vez que o *ius* em Roma estava muito mais ligado à *auctoritas* dos juristas do que à *potestas* estatal⁸².

Sobre o tema, leciona Sebastião Cruz que o *ius* é “uma força que necessita de uma *auctoritas*, não tanto para subsistir como para ser eficiente. E essa autoridade (esse prestígio esse «impor-se», esse «não desobedecer-se») tem de verificar-se, não só quando o *ius* é criado por uma entidade pública, mas também quando é de criação dos próprios juristas”⁸³.

⁷⁵ Cfr. Michel VILLEY, *Le Droit Romain*, 70.

⁷⁶ D.1,1,10,2.

⁷⁷ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 282.

⁷⁸ Cfr. Francisco Amaral NETO, “As Fontes Romanas no Novo Código Civil Brasileiro”, in *Revista Diritto @ Storia* 7 (2008) disponível em <<http://dirittoestoria.it/7/Tradizione-Romana/Amaral-Fontes-romanas-codigo-civil-brasileiro.htm>>, acesso em 15/12/2016, 13.

⁷⁹ Cfr. Wagner KÜNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, apud, Dárcio Roberto Martins RODRIGUES, “Abstração e Sistematização na Iurisprudentia Romana”, 23.

⁸⁰ Cfr. António Castanheira NEVES, “Método Jurídico”, 291.

⁸¹ Cfr. Max KASER, *Direito Privado Romano*, 2.^a ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

⁸² Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodologia Jurídica*, Madrid: Civitas Monografias, 1988, 125.

⁸³ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 55-56.

Assim, o que permitia a própria efetividade do desvelar casuístico desta força (*vis*)⁸⁴ imanente ao Direito era o fato dele verter de um fonte naturalmente aceita e respeitada pela comunidade⁸⁵, de sorte que, para ser jurista em Roma, não bastava estar ligado a um órgão estatal ou ter um profundo conhecimento das coisas da vida e das ciências, era preciso gozar de uma autoridade social, que originariamente estava relacionada à estirpe, depois, com Augusto, a um *status* de reconhecida ascendência sobre a sociedade, para então, com Adriano, entrando em decesso, se tornar uma autoridade procedente do reconhecimento estatal e, por fim, já entre os séculos IV e VI, sepultado o *ius*, este particular poder se concentra nas *leges*, cuja a autoridade se confunde com a potestade do Imperador que as dita de maneira soberana e, por conta disto, passam a ser representadas como a encarnação do próprio Direito⁸⁶.

Três eram, basicamente, as funções dos juristas em Roma: *Cavere*, *Agere* e *Respondere*.

Cavere era um aconselhamento sobre como os negócios jurídicos deveriam se realizar⁸⁷, ou seja, implicava no exercício de uma atividade destacadamente consultiva, que, com assento na *prudentia*⁸⁸, tinha por escopo, tanto prevenir a ocorrência de litígios futuros, quanto aperfeiçoar o modo como o Pretor resolvia as controvérsias, pois não sendo ele, necessariamente, um jurista, mas um

⁸⁴ Para Raimondo Santoro a prova mais convincente de que o *ius* era uma *vis* decorre do seu antônimo “iniuria, poiché anche iniuria equivale a forza, come prova l'accostamento a vis, ma irrituale, in quanto, come si vedrà, sostanzialmente oltre che formalmente ingiusta”. Cfr. Raimondo SANTORO, “Potere ed Azione nell'antico Diritto Romano”, *Annali del seminario Giurico della Università di Palermo*, 30 (1967) 103-665, p. 204-206.

⁸⁵ “Si può dire che, in tutte le sue forme, l'auctoritas è manifestazione di vis”. Raimondo SANTORO, “Potere ed Azione nell'antico Diritto Romano”, 326.

⁸⁶ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 56.

⁸⁷ Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 291.

⁸⁸ Cfr. Paulo Ferreira da CUNHA, *Filosofia do Direito*, 572.

político, não raras vezes, havia de se valer do aconselhamento dos cultores do Direito⁸⁹.

Por implicar tanto em um meio de otimização do modo como o direito deveria se realizar em concreto, quanto uma atividade com fins profiláticos, ao exercer o *cavere* ao jurista incumbia não só se atentar para as intenções das partes, como também deveria antever o *ius* aplicável para o caso de um eventual litígio⁹⁰.

Agere era a atividade de acompanhamento das partes no curso da demanda, através da qual o jurista as orientava acerca dos meandros que envolvem a liturgia processual⁹¹ e que consistia, no mais das vezes, na indicação pelo jurista às partes das fórmulas e palavras solenes que deveriam ser utilizadas, o que, não obstante pareça um procedimento simples, implicava em um juízo cognitivo através do qual se buscava compreender o problema concreto partindo de noções, por vezes, muito abstratas como a de *obligatio*⁹².

Respondere é a exposição da opinião especializada ou do juízo feito pelos cultores do Direito que eram emitidos, tanto a pedido dos magistrados, quanto dos particulares, a respeito de uma *quaestio iuris* controvertida trazida para julgamento, e se manifesta através das sentenças ou dos pareceres⁹³.

⁸⁹Cfr. Max KASER, *Direito Privado Romano*, 33.

⁹⁰ Cfr. Franz WIEACKER, *Fundamentos de la Formación del Sistema en la Jurisprudencia Romana*, trad. José Luis Linares, Granada: Comares, 1998, (Derecho Romano y Ciencia Jurídica Europea 4), 11-38, p. 26.

⁹¹ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 291.

⁹² Cfr. Franz WIEACKER, *Fundamentos de La Formación del Sistema en la Jurisprudencia Romana*, 25-26.

⁹³ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 292.

4. A Metódica Casuística e a *Iurisprudentia Romana*

Iurisprudentia que foi a primeira, e durante muito tempo a única⁹⁴, fonte do Direito Romano, consubstanciava a atividade criadora dos *iuris prudentes* que lhe davam existência por intermédio da interpretação – e a *interpretatio*, primitivamente, mesmo que se confunde com a *iurisprudentia*⁹⁵ – para, de forma ponderada, apresentar soluções para os problemas concretos que lhes são trazidos para julgar⁹⁶.

O desvelar casuístico⁹⁷ do Direito, a partir da assunção do caso concreto como *prius* metodológico para sua realização, é uma constante em todos os períodos da história romana e constitui uma importante superação das práticas rudimentares, sobretudo de cariz religioso, que impingiam aos litigantes soluções que, não raras vezes, transcendiam os lindes da racionalidade e do bom-senso⁹⁸.

Para Santos Justo é incontestável que a grandeza da *iurisprudentia* romana se deve ao uso do método casuístico, que por fitar cada caso concreto em sua singularidade, por um lado repele soluções genericamente preconcebidas e cristalizadas em normas ou princípios que

⁹⁴ Consoante afirma Pomponius em D.1,2,2,12 : “Novissime sicut ad pauciores iuris constituendi vias transisse ipsis rebus dictantibus videbatur per partes, evenit, ut necesse esset rei publicae per unum consuli (nam senatus non perinde omnes provincias probe gerere poterant): igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset”.

⁹⁵ Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 292.

⁹⁶ Ignácio Maria POVEDA VELASCO, “Direito, Jurisprudência e Justiça no Pensamento Clássico (Greco-Romano)”, 22.

⁹⁷ Atesta Dácio Rodrigues que o “jurista romano nunca pensava no Direito como um sistema de institutos abstratos, não pensava no todo ordenado: pensava sempre no caso prático, na congénie de situações particulares, cada uma delas merecendo ama solução individual (...)”. Cfr. Dácio Roberto Martins RODRIGUES, “Abstração e Sistematização na *Iurisprudentia Romana*”, 25.

⁹⁸ Cfr. Max KASER, *En Torno al Metodo de los Juristas Romanos*, trad. J. Miquel, Valladolid: Publicaciones de Los Seminários de La Facultad de Derecho, 1964, 15-16.

são aplicados lógico-dedutivamente ao caso concreto⁹⁹, por outro exige que a resposta para os problemas seja alcançada pela “ponderação das soluções que o ordenamento jurídico oferece e, quando não existem, por meio da criação da solução adequada, ou seja, justa, porque pensada exactamente para o problema lacunoso”¹⁰⁰.

A importância do método casuístico em Roma é tão grande que Villey chega ao ponto de lhe atribuir a responsabilidade pela própria sobrevivência do Direito Romano, que transcende civilização romana, e é retomado, depois, na Idade Média, o que não teria ocorrido, segundo o autor, se o Direito não fosse “senão uma prática, uma arte empírica de resolver processos”¹⁰¹.

Ao que tudo indica, mesmo com a positivação do Direito, que ocorre primitivamente no período arcaico, através da Lei das XII Tábuas e que culmina com a elaboração do *Corpus Iuris Civilis*, já na época justinianeia; os juristas romanos nunca deixaram de prezar a sua capacidade intuitiva de solucionar os casos concretos, sem que para tanto fosse preciso urdir um discurso lógico-argumentativo¹⁰². Aliás, de acordo com Kaser, amiúde os juristas sequer se referiam aos fundamentos que lhes haviam conduzido ao veredicto, já que se fiavam na sua própria *auctoritas*¹⁰³ ou na *auctoritas* das decisões já proferidas por seus predecessores¹⁰⁴.

⁹⁹ A *Iurisprudéntia* é muito mais uma ciência de justiça do que de pura lógica e é com base em critérios de justiça que os juristas expendem seus argumentos. Assim, podemos afirmar com Sebastião Cruz que os “juristas romanos são verdadeiros artífices em deduzir consequências das premissas. Não tiram todas as consequências que em pura lógica silogística podiam deduzir-se, mas só aquelas em que eles julgam oportunas, *justas*”. Cfr. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, 288.

¹⁰⁰ Cfr. António dos Santos JUSTO, “O Pensamento Jusnaturalista no Direito Romano”, 39.

¹⁰¹ Cfr. Michel VILLEY, *Le Droit Romain*, 59.

¹⁰² Cfr. Max KASER, *En Torno al Metodo de los Juristas Romanos*, 17.

¹⁰³ *Vide*, Max KASER, *En Torno al Metodo de los Juristas Romanos*, 16-17.

¹⁰⁴ Cfr. Max KASER, *En Torno al Metodo de los Juristas Romanos*, 18.

Enquanto nos tempos que se seguem ainda se insistia, embora não sem resistências, em uma metódica que parte da norma abstrata para a resolução, lógico-dedutiva dos problemas concretos, os juristas do Lácio, com seu método empírico-casuístico¹⁰⁵, afirmavam que a justa solução dos problemas somente poderia ser encontrada em cada caso, pois para eles: “(...) Respondi in causa ius esse positum (...)”¹⁰⁶.

Assim, ao pôr-se a resolver uma questão jurídica, o jurista romano, apenas excepcionalmente mobilizava a aplicação lógico-dedutiva, já que, de acordo com o que diz Wieacker “en cualquier derecho no articulado lingüísticamente la decisión debía encontrarse a través de un proceso de inducción (...) a partir de resoluciones precedentes a la vista o a partir de una *regula veterum* para un nuevo supuesto de hecho con idéntica *ratio decidendi*. Dado que ningún caso es idéntico a otro, ello entraña un juicio de analogía(...)”¹⁰⁷.

Em suma, o pensamento jurídico Romano, radicalmente problemático que era, partia do caso concreto e, valendo-se de um processo dialético, sem descurar da coerência do sistema jurídico¹⁰⁸, confrontava os argumentos postos em causa, fazendo com que deles emergisse a solução jurídica mais adequada à hipótese em julgamento¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Francisco Amaral NETO, “As Fontes Romanas no Novo Código Civil Brasileiro”, 13.

¹⁰⁶ D.9,2,52,2.

¹⁰⁷ Franz WIEACKER, *Fundamentos de la Formación del Sistema en la Jurisprudencia Romana*, 27.

¹⁰⁸ Alerta Burdese que “(...) no falta en la interpretación del jurista romano la tendencia a tener presente la coherencia de la regulación específica del caso con el sistema(...)”. Cfr. Alberto BURDESE, “Derecho Romano e Interpretación del Derecho”, trad. José María Coma Fort / José-Domingo Rodríguez Martín, in *Derecho Romano Y Ciencia Jurídica Europea*, vol. 4, Granada: Comares, 1998, 68.

¹⁰⁹ Cfr. Francisco Amaral NETO, “As Fontes Romanas no Novo Código Civil Brasileiro”, 13-14.

Conclusão

Já no ocaso desta singela e despreziosa exposição impende retomar a pergunta que ensejou sua urdidura e que, não obstante tenha sido lançada em seu exórdio e de então permanecido latente nas linhas que o seguiram, não foi e tampouco será olvidada, vez que ainda é candente a necessidade de uma, ainda que concisa e objetiva, resposta. Por que o Direito surgiu em Roma?

Sem desprezar as múltiplas circunstâncias que levaram o Direito a se isolar, da moral, da religião, da política e mesmo da filosofia, e assumir-se como um saber independente com objeto e método próprio, o fator decisivo para sua emancipação e, sobretudo, consolidação como uma ciência epistemologicamente autônoma parece-nos deitar raízes, salvo melhor juízo, em um premente desejo, imanente ao modo de ser do *provo* romano, de alcançar soluções justas a partir de um tratamento isonômico das partes.

Esta necessidade de que os sujeitos sejam tratados de forma paritária, entalhada, inclusive, na figura simbólica da Deusa *Iustitia* – cuja faixa que lhe veda os olhos não lhes permite ver outra coisa senão o *ius* de cada um – é que impele o Direito a traspassar as barreiras que o confinavam a um mundo puramente especulativo – da filosofia política, ou mesmo da já consolidada filosofia jurídica – para se firmar no universo prático como um meio viável e legítimo para se atribuir a cada um o que lhe compete e, por conseguinte, de realizar uma justiça pautada pela equidade.

Não é por outro motivo que o desvelar do *ius* em Roma se dá de forma casuística, pois os romanos pareciam estar cientes da impossibilidade de se abarcar as contingências da vida em fórmulas preconcebidas e estampadas em textos legais, e talvez até soubessem que a igualdade formal (na lei) não necessariamente corres-

ponde à igualdade substancial (de fato), de toda sorte, ainda que nada disto corresponda à realidade, importa dizer que mesmo com a positivação do Direito os juristas romanos – indivíduos legitimados a dizer o Direito por seus pares em razão da *auctoritas* que sobre eles exercia e não por imposição da *potestas* estatal – nunca desprezaram o papel do caso concreto na sua revelação, e sempre dele partiram para dar uma particular e isonômica solução para as controvérsias, nunca deixando de encarar o Direito como uma *ars boni et aequi*.

Referências

- ARISTÓTELES, *Éthica Nicomáche*, cit. na trad. brasileira: *Ética a Nicômaco*, trad. Pietro Nasseti, São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BITTAR, Carlos Bianca / ALMEIDA, Guilherme Assis de, *Curso de Filosofia do Direito*, 4.^a ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- BURDESE, Alberto, “Derecho Romano e Interpretación del Derecho”, trad. José María Coma Fort / José-Domingo Rodríguez Martín, in *Derecho Romano Y Ciencia Jurídica Europea*, vol. 4, Granada: Comares, 1998, 39-69.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto, “Codificação e Interpretação Para Além das Visões Reducionistas do Direito: Uma Reflexão Sobre a Concreção do Direito a Partir do Devir Histórico da Experiência Jurídica Romana”, *Revista Jurídica Direito & Realidade* 1/1 (2011) 225-260.
- CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, 1984.
- CRUZ, Sebastião, *Ius. Directum (Directum)*, reimpr., Coimbra, 1974.
- CRUZ, Sebastião, “Textos de Ulpianus que devem ser repensado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1983, (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: número especial) 631-639.

- CUENA BOY, Francisco, *Sistemas Jurídicos y Derecho Romano. La Idea de Sistema Jurídico y Su Proyección En La Experiencia Jurídica Romana*, Santander: Universidad de Cantabria, 1998.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, *Filosofia do Direito – Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013.
- D’ORS, Alvaro, “El Servicio del Derecho Romano a La Libertad”, in *Revista Chilena de Historia Del Derecho* 5 (1965) 9-21.
- FALCONE, Giuseppe, “La ‘vera philosophia’ dei ‘sacerdotes iuris’. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1)”, *Annali del Seminario Giuridico*, Università Degli Studio di Palermo, 49 (2004) 1-109.
- GRIMAL, Pierre, *La Civilisation Romaine*, cit. na trad. portuguesa: *A Civilização Romana*, trad. Isabel St. Aubyn, Lisboa: Edições 70, 2009.
- JUSTO, António dos Santos, *Direito Privado Romano – Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, vol. 1, 5.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, (Studia Iuridica 50).
- JUSTO, António dos Santos, “O Pensamento Jusnaturalista no Direito Romano”, *Boletim da Faculdade de Direito* 87 (2011) 21-86.
- KASER, Max, *En Torno al Metodo de los Juristas Romanos*, trad. J. Miquel, Valladolid: Publicaciones de Los Seminários de La Facultad de Derecho, 1964.
- KASER, Max, *Direito Privado Romano*, 2.^a ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- MONCADA, Luís Cabral de, *Elementos de História do Direito Romano – Parte Geral - Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1924.
- NETO, Francisco Amaral, “As Fontes Romanas no Novo Código Civil Brasileiro”, in *Revista Diritto @ Storia* 7 (2008) disponível em <<http://dirittoestoria.it/7/Tradizione-Romana/Amaral-Fontes-romanas-codigo-civil-brasileiro.htm>>, acesso em 15/12/2016.
- NEVES, António Castanheira, “Método Jurídico”, in *Digesta*, vol. 2, reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 283-336.
- POVEDA VELASCO, Ignácio Maria, “Direito, Jurisprudência e Justiça no Pensamento Clássico (Greco-Romano)”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 101 (jan/dez 2006) 21-

- 32, disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67697>> acesso: 15/12/2016.
- REALE, Miguel, “Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito)”, *Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo* 49 (1954) 190-220.
- RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins, “Abstração e Sistematização na Jurisprudencia Romana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 97 (jan. 2002) 23-33, disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67532>>, acesso: 15/12/2016.
- SANTORO, Raimondo, “Potere ed Azione nell’antico Diritto Romano”, *Annali del seminario Giurico della Università di Palermo*, 30 (1967) 103-665.
- TRUYOL Y SERRA, António, “Compêndio de História da Filosofia do Direito”, Separata da *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa* 9-10 (1954).
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Metodologia Jurídica*, Madrid: Civitas Monografias, 1988.
- VILLEY, Michel, *Le Droit Romain*, cit. na trad. portuguesa: *O Direito Romano*, trad. Maria Helena Nogueira, Lisboa: Editora Arcádia, 1973.
- VILLEY, Michel, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, cit. na trad. brasileira: *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, trad. Cláudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WIEACKER, Franz, *Fundamentos de La Formación del Sistema en la Jurisprudencia Romana*, trad. José Luis Linares, Granada: Comares, 1998, (Derecho Romano y Ciencia Jurídica Europea 4), 11-38.