

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO**

A RACIONALIDADE JURÍDICA ROMANA REPUBLICANA E O DIREITO TRANSNACIONAL

JOÃO HENRIQUE PICKCIUS CELANT

Itajaí-SC, novembro de 2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

A RACIONALIDADE JURÍDICA ROMANA REPUBLICANA E O DIREITO TRANSNACIONAL

JOÃO HENRIQUE PICKCIUS CELANT

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Rafael Padilha dos Santos

Itajaí-SC, novembro de 2019

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, por todas as oportunidades e experiências proporcionadas durante todo esse período de PPCJ.

Ao Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos, pela orientação desse trabalho através das fundamentais indicações gerais, as atentas e precisas observações dos detalhes que o compõem e pelo auxílio na compreensão da verdadeira e profunda racionalidade humanista romana.

Aos Profs. Drs. Tarcísio Meneghetti e Josemar Soares, pelas preciosas observações na banca de qualificação e na disponibilidade de auxílio e esclarecimento durante toda a jornada do doutorado, além da já longa parceria de vida.

À Prof.^a Marialuisa Navarra, pelas importantes indicações e observações na tutela durante o período sanduíche na *Università Degli Studi di Perugia*, na Itália. Também ao Prof. Dr. Ferdinando Treggiari, pelas indicações, e aos Profs. Drs. Maurizio Oliviero e Maria Chiara Locchi pela recepção e auxílio em todo o período italiano.

A todo corpo docente do PPCJ, pelas aulas, indicações bibliográficas e conversas fundamentais na construção da infinita estrada do conhecimento. Também aos colaboradores e colegas, por todas as ideias trocadas e por toda o auxílio nessa jornada acadêmica.

À Maria Tereza Andreola, pelo auxílio na compreensão da complexa mente humana e no conhecimento de si, fundamentais para a superação das dificuldades que surgem nessa caminhada.

À Carol Olivotto, pelo carinho, compreensão e parceria, sempre disposta a proferir palavras de motivação, auxílio e inspiração.

A toda minha família, pelo suporte e apoio nas minhas decisões.

A todos os meus amigos, pela amizade aristotélica, sempre dispostos a contribuir para o meu melhor, em especial ao Matheus, pelas profundas conversas

sobre todos os âmbitos da nossa existência.

Ao grupo Paideia, pela oportunidade de desenvolvimento pessoal e de pesquisa, pedra fundamental no caminho que me trouxe até aqui.

DEDICATÓRIA

A todos os humanistas que se dedicam ao aperfeiçoamento do ser humano e da sociedade de forma integral e responsável.

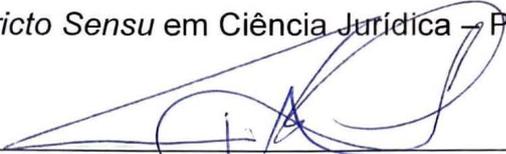
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, novembro de 2019.

João Henrique Pickcius Celant
Doutorando(a)

Esta Defesa de Tese foi julgada APTA para a obtenção do título de Doutor em
Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa
de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Rafael Padilha dos Santos
Orientador

Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

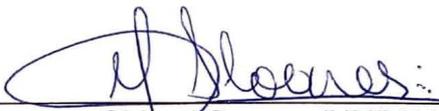
Apresentada perante a Comissão Examinadora composta pelos Professores



Doutor Rafael Padilha dos Santos (UNIVALI) – Presidente



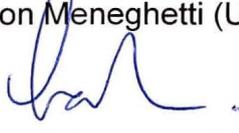
Doutor Carlo Calvieri (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutor Josemar Sidinei Soares (UNIVALI) – Membro



Doutor Tarcísio Vilton Meneghetti (UNIVALI) - Membro



Doutora Carla Piffer (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 06 de dezembro de 2019.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
CAS	<i>Court of Arbitration for Sport</i>
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FIFA	<i>Fédération Internationale de Football Association</i>
FMI	Fundo Monetário Internacional
GAFTA	<i>The Grain and Feed Trade Association</i>
GFA	<i>The Gibraltar Football Association</i>
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
LME	<i>The London Metal Exchange</i>
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RSA	<i>The Refined Sugar Association</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
UCP	Regras e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários
UEFA	<i>Union des Associations Européennes De Football</i>
Usaid	Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional

ROL DE CATEGORIAS

Consciência Social: “[...] senso del giusto della collettività.”¹. Conjunto de sentimentos e crenças comuns aos membros de uma mesma sociedade².

Consuetudo: Lei tácita coincidente com o comportamento de todo o povo, ou de uma comunidade mais restrita, mas, diferentemente do *mos*, não se refere a material sagrado e religioso e é o resultado de um consenso atual expresso pelo povo, não da recepção de comportamentos originalmente colocados pelos *maiores*³.

Direito Internacional: “Complexo normativo que regulamenta as relações legais entre as nações, objetivando a manutenção da convivência pacífica, dividido em dois campos: Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado.”⁴.

Direito Nacional: Normas jurídicas aplicáveis dentro do território no qual o Estado exerce sua soberania.

Direito Romano: “[...] conjunto de regras jurídicas observadas pela população da antiga Roma, entre o século VIII a.C. e VI d.C.”⁵.

Direito Romano Privado: “[...] derecho que atañe o se refiere a la utilidad de los particulares, regulando las relaciones con sus patrimonios, su familia, los demás hombres, a través de los negocios jurídicos o convenios en que tales intereses se concretan.”⁶.

Direito Transnacional: Conjunto das normas e relações jurídicas que constitui a complexidade das relações transnacionais. Fenômeno jurídico que afeta ou tem o poder de afetar comportamentos além das fronteiras nacionais, como o consumo de produtos produzidos por todo o globo, contratos de negócio, atividades de lazer,

¹ “[...] senso do justo da coletividade.”. PATTI, Francesco Paolo. Danno da morte, coscienza sociale e risarcimento per i congiunti: verso una riforma del BGB? **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, ano 35, n. 1, p. 39-62, jan/mar. 2017. p. 40. Tradução nossa.

² DURKHEIM, Emile. **Da Divisão Social do Trabalho**. Martins Fontes: São Paulo, 1995.

³ SCIORTINO, Salvatore. Il *Mos* e la *Consuetudo* nel *De Moribus* Di M. T. Varrone: (In Margine a *Macr. Sat.* 3.8.8-12 e *Serv. Ad Aen.* 7.601). **Ivris Antiqui Historia**, Pisa, v. 8, p. 191-208, 2016. p. 195, 199-200.

⁴ SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

⁵ SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. p. 82.

⁶ “[...] direito a que se refere à utilidade dos particulares, regulando as relações com seus bens, sua família e outros homens, através de negócios legais ou acordos nos quais esses interesses são especificados.”. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano**. 3. ed. Madrid: Reus, 1982. p. 339. Tradução nossa.

comunicação (internet, celulares e outros dispositivos eletrônicos), tecnologia, tratamento médico e de pesquisa, entretenimento (propriedade intelectual internacional), e, em muitos casos, saúde, emprego, educação e questões criminais, além das questões de migração⁷.

Globalização: “[...] processo de integração global, definindo-se como a expansão, em escala internacional, da informação, das transações econômicas e de determinados valores políticos e morais.”⁸.

Ius Civile: “Derecho civil. Frente al concepto de *ius gentium*, es el derecho que cada pueblo establece para sí como suyo propio, el derecho propio de la ciudad, y en Roma, por lo tanto, el derecho del pueblo romano, aplicable a sus ciudadanos con carácter exclusivo. Frente al concepto de *ius honorarium*, es el derecho que nace de fuentes distintas que éste, esto es, el nacido de las leyes, plebiscitos, senado consultos, constituciones imperiales y actividad de los juristas.”⁹.

Ius Gentium: Regras aplicáveis às disputas entre estrangeiros e entre estrangeiros e romanos¹⁰. “Derecho de gentes. [...] es el derecho que la razón natural establece entre todos los hombres, o lo que es igual, el derecho que usan todas las naciones. Con un sentido más preciso, llega a ser estimado como el derecho o conjunto de normas aplicables a todos los habitantes libres del Estado romano, tanto ciudadanos como extranjeros o peregrinos, constituido por instituciones comunes a todos los pueblos, [...]”¹¹.

Ius Honorarium: “Derecho honorario; derecho integrado por el conjunto de normas

⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. **UC Irvine Law Review**, v. 1, n. 1, p. 97-129, mar. 2011. p. 104.

⁸ SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. **Dicionário de Conceitos Históricos**. São Paulo: Contexto, 2009. p. 169.

⁹ “Direito civil. Frente ao conceito de *ius gentium*, é o direito que cada povo estabelece para si mesmo como seu, o direito próprio da cidade, e em Roma, portanto, o direito do povo romano, aplicável exclusivamente a seus cidadãos. Frente ao conceito de *ius honorarium*, é o direito que nasce de fontes distintas desse, isto é, o que nasce de leis, plebiscitos, *senatus consulta*, constituições imperiais e atividade de juristas.”. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano**. p. 331. Tradução nossa.

¹⁰ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. London; New York: Routledge, 2007. p. 49-50.

¹¹ “Direito das gentes. [...] é o direito que a razão natural estabelece entre todos os homens, ou o que é o mesmo, o direito que todas as nações usam. Com um sentido mais preciso, chega a ser estimado como o direito ou o conjunto de regras aplicáveis a todos os habitantes livres do Estado Romano, cidadãos e estrangeiros ou peregrinos, constituídos por instituições comuns a todos os povos [...]”. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano**. p. 334. Tradução nossa.

provenientes de los edictos de los magistrados con facultades jurisdiccionales, que inicialmente formaron un cuerpo jurídico independiente del *ius civile*, al que corregía, impugnaba y suplía, y que progresivamente se fueron integrando en este.”¹².

Jurisconsulto: “[...] persona técnica en la práctica y en la doctrina jurídica, que por su conocimiento del derecho asesora [...] que ante él acuden sobre las fórmulas y acciones procesales, y en general, [...] sobre la forma y los efectos de los negocios y alcance de las normas jurídicas, al propio tiempo que con su labor interpretativa contribuye al perfeccionamiento del derecho [...] vigente y preparara las innovaciones necesarias.”¹³.

Lei (lex): Modo de formação do direito por obra de órgãos destinados expressamente a esse escopo¹⁴, ou seja, é produto direto e imediato da vontade estatal¹⁵.

Mores Maiorum: “Costumbres o usos tenidos como reglas de conducta por los antepasados; constituyen una de las fuentes del derecho.”¹⁶.

Naturalis Ratio: Reflexo na realidade ordenada pelo Direito (a realidade social, mas também dos próprios institutos jurídicos) da mesma ordem que existe na natureza. É a base natural racional de sustentação dos institutos jurídicos. É a capacidade de avaliar a natureza das coisas, baseada na observação empírica da sociedade e da natureza. Assim, é uma racionalidade que permite ver o fenômeno jurídico independente de normas específicas.

Princípios do Direito: “1. Diz-se dos fundamentos normativos da Ciência Jurídica.

¹² “Direito honorário; direito integrado pelo conjunto de normas provenientes dos editos dos magistrados com poderes jurisdiccionais, que inicialmente formaram um corpo jurídico independente do *ius civile*, o qual corrigia, impugnava e supria, e que foram progressivamente integradas a este.”. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano**. p. 334. Tradução nossa.

¹³ “[...] pessoa técnica na prática e na doutrina jurídica, que por seu conhecimento do direito assessora [...] quem ante ele consulta sobre as fórmulas e ações processuais e, em geral, [...] sobre a forma e os efeitos de negócios e o alcance das normas jurídicas, ao mesmo tempo em que, com seu trabalho interpretativo, contribui para o aprimoramento do direito [...] vigente e prepara as inovações necessárias.”. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano**. p. 327. Tradução nossa.

¹⁴ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Firenze: G. Barbèra, 1896. p. 20.

¹⁵ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. Bologna: Licio Cappelli, 1957. Storia di Roma v. 20. p. 133.

¹⁶ “Costumes ou práticas tomados como regras de conduta pelos antepassados; constituem uma das fontes do direito.” GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano**. p. 471. Tradução nossa.

2. Preceitos adotados em determinada cultura como fundantes da Convivência Social. Neste sentido o mesmo que Regras Jurídicas.”¹⁷.

Pretor: A pretura consiste em uma magistratura criada em 367 a. C.¹⁸ O pretor é chamado originalmente como *praetor urbanus*, e a ele cabe a jurisdição civil dos cidadãos romanos, porém, a propagação de Roma resultou no contato cada vez mais frequente com povos estrangeiros, unidos na vida política por meio do vínculo federal e principalmente devido a práticas comerciais. Esse novo espírito mercantil tornou insuficiente o *ius civile*, baseado nos antigos costumes e aplicado somente nas relações entre os cidadãos romanos. Para resolver essa situação, no ano de 242 a. C., foi criado um novo pretor, *praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit*, ou simplesmente *praetor peregrinus*, responsável por julgar as controvérsias com os estrangeiros¹⁹.

Processo Jurídico Transnacional: Teoria e prática de como atores públicos e privados (Estados, organizações internacionais, empresas multinacionais, ONGs e indivíduos privados) interajam em uma variedade de âmbitos público e privado, nacional e internacional, para fazer, interpretar, obrigar e internalizar normas de Direito Transnacional²⁰.

Racionalidade: “Conjunto de princípios lógicos, com verificação na realidade, nas coisas, assumidos como categóricos de sucessivos conhecimentos.”²¹.

República romana: “Forma de gobierno instaurada en Roma tras la desaparición de la monarquía originaria en el año 509 antes de Jesucristo y que subsiste hasta la instauración del principado por Augusto, año de 27 antes de Jesucristo, [...] en la que son pilares fundamentales las magistraturas, el senado y el pueblo, agrupado en asambleas o comicios.”²². A era republicana é subdividida em duas fases: a

¹⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000. p. 79.

¹⁸ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 120.

¹⁹ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v. 1. p. 279-280.

²⁰ KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. **Nebraska Law Review**, Lincoln, v. 75, n. 181, p. 181-207, 1996. p. 183-184.

²¹ MENEGHETTI, Antonio. **Dicionário de Ontopsicologia**. 2. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2012. p. 230.

²² “Forma de governo estabelecida em Roma após o desaparecimento da monarquia original no ano 509 antes de Jesus Cristo e que subsiste até o estabelecimento do principado por Augusto, ano 27 antes de Jesus Cristo, [...] na qual os pilares fundamentais são as magistraturas, o senado e o povo, agrupado em assembleias ou comícios.”. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de**

República primitiva, de 509 a.C. a 287 a.C., e a República tardia, de 287 a.C. a 27 a.C.²³

República romana tardia: Inicia quando os três núcleos principais do Direito Romano: o *ius civile*, o *ius gentium* e o *ius honorarium*, estão suficientemente formados e harmonizados na sociedade romana²⁴. Em relação a expansão de Roma, esse período corresponde ao início das grandes conquistas²⁵. Esse momento histórico representa a passagem de uma Roma primitiva de agricultores e soldados para uma Roma imperial dominadora da bacia do Mediterrâneo e criadora de uma nova civilização unitária que também inclui as forças ainda vivas do mundo grego e oriental²⁶.

Transnacionalidade: Reflexo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado pelo sistema capitalista que articula o ordenamento jurídico mundial à margem da soberania dos Estados²⁷.

Tradição Romanística: Recuperação e atualização do Direito Romano após a codificação de Justiniano no decorrer da história²⁸.

Transjudicialismo: “[...] comunicação transjudicial [que] ultrapassa fronteiras nacionais e nela não há coordenação intergovernamental, nos moldes do Direito Internacional Público. Os protagonistas do transjudicialismo não fazem direito puramente nacional, na medida em que complementam e até modificam normativas nacionais com fulcro em referências jurisprudenciais estrangeiras ou internacionais.”²⁹.

Derecho Romano. p. 594. Tradução nossa.

²³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome.** p. 1.

²⁴ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale.** Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967. p. 2-4.

²⁵ VILLEY, Michel. **Direito Romano.** Porto: Rés, 1991. p. 53.

²⁶ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano.** 4. ed. Roma: Mario Bulzoni, 1968. p. 14-15.

²⁷ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2011. p. 15-53. p. 16.

²⁸ “O *Digesto* foi criado para desafiar o tempo: com ele, o direito romano se destaca completamente do mundo que o havia produzido, para iniciar uma nova e longa vida, em que a reproposta do passado se apresentaria como instrumento para o nascimento de novas formas e significados jurídicos.”. GUANDALINI JR., Walter. *Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano.* **Sequencia**, Florianópolis, n. 70, p. 163-187, jun. 2015. p. 183.

²⁹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *O Transjudicialismo e as Cortes Brasileiras: sinalizações dogmáticas*

Valor: “[...] objetos de escolha moral. [...] como diz Cícero, “o que está em conformidade com a natureza ou é digno de escolha (*selectionedignam*): (*De finibus*, III, 6, 20). Por “estar em conformidade com a natureza”, entendiam o que deve ser escolhido em todos os casos, ou seja, a virtude; como “digno de escolha”, entendiam os bens a que se deve dar preferência, como talento, arte, progresso, entre as coisas do espírito; saúde, força, beleza, entre as do corpo; riqueza, fama, nobreza, entre as coisas externas [...]”³⁰.

SUMÁRIO

RESUMO	p. 18
ABSTRACT	p. 19
RIASSUNTO	p. 20
INTRODUÇÃO	p. 21
1 GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE E CRISE DA JURISDIÇÃO ESTATAL	p. 24
1.1 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO	p. 24
1.2 A TRANSNACIONALIDADE	p. 29
1.3 O DIREITO TRANSNACIONAL	p. 36
1.4 O PROCESSO JURÍDICO TRANSNACIONAL	p. 45
1.5 A INSUFICIÊNCIA DOS DIREITOS NACIONAL E INTERNACIONAL	p. 52
1.6 O DESAFIO DO DIREITO TRANSNACIONAL HOJE PERANTE A MENTALIDADE E O ENSINO JURÍDICO TRADICIONAL	p. 63
2 A IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA DA REPÚBLICA ROMANA E DO DIREITO ROMANO PARA A CONTEMPORANEIDADE	p. 67
2.1 A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA HISTÓRIA	p. 67
2.2 A IMPORTÂNCIA DA REPÚBLICA ROMANA	p. 73
2.3 A IMPORTÂNCIA E CARACTERÍSTICAS GERAIS DO DIREITO ROMANO PRIVADO DA REPÚBLICA TARDIA	p. 85
2.4 O ESPÍRITO DO DIREITO ROMANO COMO SOLUCIONAR DE PROBLEMAS JURÍDICOS NA HISTÓRIA	p. 103
2.4.1 O Direito Romano na Baixa Idade Média	p. 104
2.4.2 A Crise da Modernidade, a Escola Histórica Alemã e a Pandectística	p. 108
2.4.3 O <i>Ius Commune</i> em Estados Contemporâneos	p. 111
3 O DIREITO ROMANO PRIVADO DA REPÚBLICA TARDIA	p. 114
3.1 <i>IUS CIVILE</i> , COSTUMES E <i>LEX</i>	p. 114
3.2 O PROCESSO JURISDICIONAL E O PRETOR	p. 124

3.2.1 O Processo Jurisdicional.....	p. 124
3.2.2 O Pretor.....	p. 132
3.3 OS JURISCONSULTOS.....	p. 144
3.4 A FORMAÇÃO DO PRETOR E DO JURISTA.....	p. 150

4 OS VALORES PERENES DA MORAL ROMANA E SUAS APLICAÇÕES JURÍDICA..... p. 156

4.1 O SISTEMA ÉTICO ROMANO.....	p. 156
4.2 <i>LIBERTAS</i>	p. 160
4.3 TRADIÇÃO E EVOLUÇÃO.....	p. 163
4.4 <i>PIETAS</i>	p. 168
4.5 <i>CONCORDIA</i>	p. 170
4.6 <i>VIRTUS</i>	p. 172
4.7 <i>HUMANITAS</i>	p. 177
4.8 <i>DIGNITAS</i>	p. 182
4.9 <i>AEQUITAS</i>	p. 186
4.10 <i>FIDES E BONA FIDES</i>	p. 189
4.11 <i>UTILITAS</i>	p. 193

5 A RACIONALIDADE JURÍDICA ROMANA DA REPÚBLICA TARDIA..... p. 198

5.1 O MÉTODO INTERPRETATIVO.....	p. 198
5.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS REPUBLICANOS.....	p. 208
5.2.1 <i>Res clamat ad dominum</i>	p. 208
5.2.2 <i>Ubi maior minor cessat</i>	p. 210
5.3 A APLICAÇÃO DO DIREITO POR MEIO DA UTILIDADE E DA EQUIDADE: EXCEÇÕES E ADAPTAÇÕES.....	p. 212
5.4 PLURALISMO JURÍDICO: O IUS GENTIUM E A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE ROMA E OUTROS POVOS.....	p. 222

6 A RACIONALIDADE JURÍDICA ROMANA REPUBLICANA E O DIREITO TRANSNACIONAL..... p. 233

6.1 CONEXÕES ENTRE O DIREITO ROMANO REPUBLICANO PRIVADO E O DIREITO TRANSNACIONAL.....	p. 233
6.2 OS VALORES ÉTICO-JURÍDICOS ROMANOS E O DIREITO TRANSNACIONAL.....	

p. 240

6.3 A RACIONALIDADE JURÍDICA ROMANA E O DIREITO TRANSNACIONAL...p. 250

6.4 *IUS GENTIUM* E DIREITO TRANSNACIONAL..... p. 255

6.5 CASOS TRANSNACIONAIS E DIREITO ROMANO..... p. 261

6.5.1 ABN AMRO Bank vs. Guerrero S.A..... p. 262

6.5.2 CAS 2002/O/410 The Gibraltar Football Association (GFA)/Union des Associations Européennes de Football (UEFA)..... p. 264

6.5.3 World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7...p. 267

CONCLUSÕES..... **p. 272**

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS..... **p. 279**

RESUMO

A presente Tese está inserida na Linha de Pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade, dentro da área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Vive-se em um mundo globalizado, transnacional, plural, onde tudo se interconecta e cada vez é mais difícil lidar e resolver os conflitos jurídicos, pois não há um poder soberano que cria um ordenamento jurídico que se aplica por coerção a todos. Assim, o Direito nacional não comporta questões transnacionais e o Direito internacional depende de acordos entre Estados que não são suficientes e nem possuem a capacidade adequada para regular todas as questões transnacionais. Nesse cenário, defende-se a racionalidade jurídica romana republicana como critério de análise e resolução de conflitos transnacionais, tendo em vista que ela não baseia-se em normas externas, mas na justiça do caso concreto, na *naturalis ratio*; é uma racionalidade perene, utilizada diversas vezes para resolver conflitos jurídicos na história, permitindo conciliar diferentes ordenamentos jurídicos provenientes de diferentes povos. Assim, o objetivo da pesquisa é identificar qual a aplicabilidade da racionalidade jurídica romana republicana para o Direito Transnacional. Para alcançar esse objetivo, a pesquisa pautou-se pelo método indutivo. A hipótese de que a racionalidade jurídica romana republicana é um instrumento que permite a identificação da solução adequada para os conflitos transnacionais aos proporcionar uma análise do caso concreto baseada em uma lógica jurídica universal e perene e de conciliação de diferentes normas jurídicas restou confirmada. Concluiu-se, assim, que a racionalidade jurídica romana republicana deve ser retomada como forma de ver o Direito, de se estudar e analisar as questões jurídicas para além das leis. O trabalho não sugere uma repetição de um sistema jurídico do passado, mas uma retomada na forma de se pensar e analisar o fenômeno jurídico por meio de uma racionalidade jurídica desvinculada de normas estatais.

Palavras-chave: Racionalidade Jurídica. República Romana. Direito Romano Privado. Direito Transnacional. Sistema Ético Romano.

ABSTRACT

ABSTRACT

This Thesis is inserted in the Research Line State, Transnationality and Sustainability, within the area of concentration Constitutionalism, Transnationality and Production of Law. We live in a globalized, transnational, plural world, where everything is interconnected and it is increasingly difficult to deal with and resolve legal conflicts because there is no sovereign power that creates a legal system that applies by coercion to all. Thus, national law does not include transnational issues and international law depends on inter-state agreements that are not sufficient and do not have the appropriate capacity to regulate all transnational issues. In this scenario, the Republican Roman legal rationale is defended as a criterion for analysis and resolution of transnational conflicts, considering that it is not based on external norms, but on the justice of the concrete case, the *naturalis ratio*; it is a perennial rationale, used several times to resolve legal conflicts in history, allowing to reconcile different legal orders from different peoples. Thus, the research aims to identify the applicability of the Roman Republican legal rationale to Transnational Law. To achieve this goal, the research was guided by the inductive method. The hypothesis that the Roman Republican legal rationale is an instrument that allows the identification of the appropriate solution to transnational conflicts by providing a concrete case analysis based on a universal and perennial legal logic and the conciliation of different legal norms has been confirmed. It was concluded, therefore, that the Roman Republican legal rationale must be taken up as a way of seeing the law, of studying and analyzing legal issues beyond the laws. The work does not suggest a repetition of a legal system of the past, but a resumption in the way of thinking and analyzing the legal phenomenon through a legal rationale detached from state norms.

Keywords: Legal Rationale. Roman Republic. Private Roman Law. Transnational Law. Roman Ethical System.

RIASSUNTO

La presente Tesi è inserita nella linea di ricerca Stato, Transnazionalità e Sostenibilità, nell'ambito di concentrazione Costituzionalismo, Transnazionalità e Produzione del Diritto. Viviamo in un mondo globalizzato, transnazionale e plurale, in cui tutto è interconnesso ed è sempre più difficile affrontare e risolvere i conflitti legali, perché non esiste un potere sovrano che crei un sistema legale che si applica con la coercizione a tutti. Pertanto, il diritto nazionale non include le questioni transnazionali e il diritto internazionale dipende da accordi interstatali che non sono sufficienti e non hanno la capacità adeguata di regolare tutte le questioni transnazionali. In questo scenario, la razionalità giuridica romana repubblicana viene difesa come criterio di analisi e risoluzione dei conflitti transnazionali, considerando che non si basa su norme esterne, ma sulla giustizia del caso concreto, sul *naturalis ratio*; è una razionalità perenne, usata più volte per risolvere conflitti legali nella storia, che consente di conciliare diversi ordini giuridici di popoli diversi. Pertanto, lo scopo della ricerca è identificare l'applicabilità della razionalità giuridica repubblicana romana al Diritto Transnazionale. Per raggiungere questo obiettivo, la ricerca è stata guidata dal metodo induttivo. È stata confermata l'ipotesi che la razionalità giuridica repubblicana romana sia uno strumento che consente di identificare la soluzione adeguata ai conflitti transnazionali fornendo un'analisi dei casi concreti basata su una logica giuridica universale e perenne e la conciliazione di diverse norme giuridiche. Si è concluso, quindi, che la razionalità giuridica romana repubblicana deve essere presa come un modo di vedere la legge, di studiare e analizzare le questioni legali al di là delle leggi. Il lavoro non suggerisce una ripetizione di un sistema giuridico del passato, ma una ripresa del modo di pensare e analizzare il fenomeno legale attraverso una razionalità giuridica distaccata dalle norme statali.

Parole chiave: Razionalità Giuridica. Repubblica Romana. Diritto Romano Privato. Diritto Transnazionale. Sistema Etico Romano.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali com período sanduíche realizado na *Università degli Studi di Perugia* na Itália no período de agosto de 2018 até fevereiro de 2019. Este tema é desenvolvido na linha de pesquisa *Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade*, dentro da área de concentração *Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito*.

O seu objetivo científico geral é determinar o âmbito e a forma de aplicação da racionalidade jurídica romana republicana e dos valores que compõem o sistema ético romano ao Direito Transnacional. Os objetivos específicos são: a) Identificar a importância da história da República romana e do Direito Romano para a contemporaneidade; b) Analisar a globalização, a transnacionalidade e a crise da jurisdição estatal, bem como entender o processo jurídico transnacional; c) Explicar o Direito Romano privado da República tardia, definindo os princípios de Direito Romano; d) Demonstrar a aplicação da racionalidade jurídica romana da República tardia para a resolução de conflitos transnacionais contemporâneos.

Para a pesquisa, foi levantado o seguinte problema: Qual a aplicabilidade da racionalidade jurídica romana republicana para o Direito Transnacional?

Para esse problema, foi levantada a seguinte hipótese: a racionalidade jurídica romana republicana seria um instrumento que permitiria a identificação da solução adequada para os conflitos transnacionais ao proporcionar uma análise do caso concreto baseada em uma lógica jurídica universal e perene e de conciliação de diferentes normas jurídicas.

Os resultados do trabalho de exame da hipótese estão expostos na presente Tese, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com a apresentação do fenômeno da globalização e da transnacionalidade, com ênfase para o Direito Transnacional e o processo jurídico transnacional, abordando-se a atual insuficiência dos Direitos nacional e internacional e o desafio que o Direito Transnacional enfrenta hoje

perante a ultrapassada mentalidade e ensino jurídico tradicional.

O Capítulo 2 inicia com a importância do estudo da história em geral para em seguida, com maior ênfase, destacar a relevância da República romana e do Direito Romano privado do período tardio dessa fase. O capítulo termina tratando como o espírito do Direito Romano atuou como solucionador de problemas jurídicos em vários momentos da história da humanidade.

O Capítulo 3 dedica-se a explicar o funcionamento do Direito Romano privado da República tardia, dissertando acerca do conceito de *ius civile*, diferenciado e explanando os costumes e a *lex*, passando pelo processo jurisdicional e a atuação do pretor, terminando com os juriconsultos e com a formação dos operadores jurídicos romanos.

No Capítulo 4, expõe-se os valores perenes da moral romana e suas aplicações jurídicas, iniciando com uma explicação acerca do sistema ético romano e depois abordando as ideias de *libertas*, dos valores das tradições, da *pietas*, da *concordia*, da *virtus*, da *humanitas*, da *dignitas*, da *aequitas*, da *fides* e da *bona fides*, e da *utilitas*.

No Capítulo 5 é aprofundada a racionalidade jurídica romana com ênfase para o método interpretativo; a aplicação do Direito pautada pela *utilitas* e pela *aequitas*, resultando em diversas adaptações e exceções das normas jurídicas vigentes; e para o pluralismo jurídico que existia no império romano, principalmente no sistema conhecido como *ius gentium*.

No Capítulo 6 realiza-se a conexão entre o Direito Romano e o Direito Transnacional, abordando-se a aplicabilidade dos valores ético-jurídicos, da racionalidade romana e do *ius gentium*, terminando por demonstrar, por meio de casos práticos, a utilidade dessas aplicações.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as Conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade da investigação e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao Tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das

reflexões sobre a racionalidade jurídica romana e o Direito Transnacional.

O método utilizado na fase de investigação³¹ foi o indutivo³², na fase de tratamento dos dados foi o cartesiano³³ e o relatório dos resultados expresso na presente tese é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente³⁴, da categoria³⁵, do conceito operacional³⁶ e da pesquisa bibliográfica³⁷. Nesta tese, os conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial e no texto ou em rodapé quando mencionadas pela primeira vez.

³¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito; Millennium, 2008. p. 83.

³² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 86.

³³ Sobre as quatro regras do método cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

³⁴ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 54.

³⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 25.

³⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 37.

³⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 209.

CAPÍTULO 1

GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE E CRISE DA JURISDIÇÃO ESTATAL

1.1 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO³⁸

Na década de 60, o filósofo canadense Marshall McLuhan prevê que o mundo está encaminhando-se para um cenário que hoje se chama Globalização e que na época ele chama de Aldeia Global.

McLuhan afirma que a evolução da tecnologia e a consequente interdependência eletrônica que ela gera na sociedade, transforma o mundo em um computador, em um cérebro eletrônico. A era da eletricidade permite tal proximidade entre as pessoas de todas as partes do globo que voltou a dar uma base tribal na vida das pessoas, mas dessa vez em uma escala global³⁹.

O filósofo, analisando tal contexto, afirma que seria necessário tomar consciência de tal fato, caso contrário, entrar-se-ia em uma fase de terror pânico, característica de um pequeno mundo ressonante de tambores tribais, de total interdependência e de forçada coexistência⁴⁰.

Na concepção de António Mendonça, a Globalização teria passado por um desenvolvimento histórico de seis fases. A primeira fase corresponde à *Globalização primitiva*, consistindo no período que vai do final do séc. XV até a década de 70. A segunda fase é chamada de *Globalização clássica*, indo até o início da 1ª Guerra Mundial, correspondendo ao surgimento da Economia Global e criação

³⁸ Já publicado pelo autor em: CELANT, João Henrique Pickcius; ANDRADE, Jorge Alberto. Teorias Jurídicas e Contexto Histórico: repensando o Direito na era da globalização. *In*: 4º Seminário Internacional Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da globalização, 2017, Itajaí. **Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2017. v. 4. p. 158-179. Destaca-se que a parte em questão foi escrita exclusivamente pelo autor da tese.

³⁹ MCLUHAN, Marshall. **A Galáxia de Gutenberg**: a formação do homem tipográfico. São Paulo: Nacional; USP, 1972. p. 50.

⁴⁰ MCLUHAN, Marshall. **A Galáxia de Gutenberg**: a formação do homem tipográfico. p. 50.

do sistema monetário internacional padrão-ouro⁴¹.

A terceira fase corresponde ao período entre as duas grandes guerras mundiais e é chamada de *Globalização interrompida*. Essa fase é marcada pela regressão do funcionamento dos sistemas e das instituições econômicas internacionais e tem como fato marcante a crise de 1929⁴².

A quarta fase inicia com a vigência do sistema de Bretton-Woods em 1945 e termina com a suspensão da convertibilidade do dólar em 1971, é chamada de *Globalização rival*. Nessa fase se estabelece a dupla lógica de intervenção econômica global com a cisão da economia mundial em dois sistemas econômicos rivais: o sistema de economia de mercado e o sistema de direção central⁴³.

A quinta fase é chamada de *Globalização liberal*, indo até 1989 com a queda do muro de Berlim. Essa fase é um prolongamento da anterior, ocorrendo um aprofundamento da disputa entre os dois sistemas que termina com a vitória do sistema de economia de mercado⁴⁴.

A sexta e última fase, a que corresponde aos dias atuais, é chamada de *Globalização uniforme*, caracterizada pelo retorno da economia mundial a uma lógica única de integração global. O sistema de economia de mercado torna-se hegemônico, as dinâmicas de integração econômica global sobrepõem-se às lógicas nacionais, o dólar se torna a moeda de referência da integração econômica global e ao mesmo tempo da afirmação da hegemonia americana⁴⁵.

Ulrich Beck define Globalização como “[...] los *procesos* en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante

⁴¹ MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP: uma perspectiva de Cabo Verde**. 2005. Disponível em: <[http://www.iseg.utl.pt/aula/cad319/6%20-%20Textos%20de%20apoio/Texto%20de%20apoio%20ao%20ponto%201%20do%20programa/Globa lizacao%20economica.pdf](http://www.iseg.utl.pt/aula/cad319/6%20-%20Textos%20de%20apoio/Texto%20de%20apoio%20ao%20ponto%201%20do%20programa/Globa%20lizacao%20economica.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 7.

⁴² MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP: uma perspectiva de Cabo Verde**. p. 7.

⁴³ MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP: uma perspectiva de Cabo Verde**. p. 7-8.

⁴⁴ MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP: uma perspectiva de Cabo Verde**. p. 8.

⁴⁵ MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP: uma perspectiva de Cabo Verde**. p. 8.

actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios.”⁴⁶.

A antiga concepção de Estado absolutamente soberano, de fronteiras bem delimitadas, nos quais a comunicação e transporte entre nações é lenta, a cultura é bem diversificada, hoje não corresponde mais a realidade.

O desenvolvimento tecnológico fez com que tanto a comunicação como o transporte evoluíssem de forma a tornar tudo muito rápido. Com o telefone, rádio, televisão e internet, a comunicação se torna instantânea e um acontecimento em qualquer parte do mundo é conhecida por todos em instantes após o ocorrido, ou até mesmo simultaneamente em transmissões ao vivo.

A internet e os meios de comunicação em tempo real ocasionam a recomposição de rotinas, solidariedades grupais, práticas culturais e expectativas das gerações mais jovens, além de afetar os sistemas de valores, crenças e representações com os quais os indivíduos se orientam e aprendem a pensarem em si e nos outros⁴⁷.

Octavio Ianni destaca que os meios de comunicação são muito eficazes em moldar o imaginário social de todo o mundo. A mídia, cada vez mais acoplada em redes multimídias universais, é a responsável por constituir a realidade e a ilusão da aldeia global⁴⁸.

Com o desenvolvimento dos meios de transporte é possível transportar-se de avião de um ponto para qualquer outro no mundo em menos de 24 horas. Essa nova realidade se reflete em uma maior proximidade das pessoas, o mundo se torna menor, as culturas se mesclam, o globo se torna uma Aldeia Global.

⁴⁶ “[...] os *processos* em virtude dos quais os Estados nacionais soberanos se misturam e se sobrepõem mediante atores transnacionais e suas respectivas probabilidades de poder, orientações, identidades e várias treliças.”. BECK, Ulrich. **¿Qué es la Globalización?:** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 34. Tradução nossa.

⁴⁷ SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. *In*: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A Sociedade em Rede:** Do Conhecimento à Acção Política. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005. p. 419.

⁴⁸ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização.** 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 75-76.

Também a Política e o Direito sofrem grandes mudanças no mundo globalizado. Uma nação só consegue sobreviver se estiver inserida na Economia Global. Buscando-se regular as relações entre Estado, diversos organismos e normas são criados.

Entre os organismos ou organizações internacionais, também conhecidas como instituições multilaterais, destaca-se a Organização das Nações Unidas – ONU, a Organização Mundial do Comércio – OMC; a Organização Internacional do Trabalho – OIT; a Organização Mundial da Saúde – OMS, etc.

No âmbito jurídico, criaram-se diversos tratados internacionais e até mesmo tribunais que possuem jurisdição em diversos países, como o Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Castells se refere à Globalização como Sociedade em Rede, definida pelo autor como

[...] estrutura social baseada em redes operada por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informações a partir de conhecimento acumulado nos nós dessa rede⁴⁹.

Explica o autor que as novas tecnologias de informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais⁵⁰.

Outro âmbito que se torna global são os riscos produzidos pelo desenvolvimento tecnológico, caracterizando o que Beck chama de Sociedade de Risco. A modernização dá origem a situações de risco que colocam em perigo a natureza, a saúde, a alimentação, etc⁵¹.

A produção industrial dá origem à um universalismo dos perigos. As

⁴⁹ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. *In*: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A Sociedade em Rede**: Do Conhecimento à Acção Política. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005. p. 20.

⁵⁰ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1. p. 57.

⁵¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002. p. 42.

consequências de certos atos não conhecem fronteiras, podendo afetar qualquer pessoa mesmo estando à uma grande distância, em um outro país, afeta a todos independentemente de sua classe social, idade, etc., ninguém está protegido⁵².

Beck destaca como o maior exemplo o da era atômica, acidentes de usinas nucleares causam devastações imensas que persistem em uma sua contaminação por anos, além de que se pode espalhar pelo ar e pela água e ser levada para longas distâncias de onde foi causado. Vive-se o risco ainda de uma guerra nuclear, que poderia devastar partes, ou até mesmo o todo, do planeta.

A economia também é sempre um risco, pois está interligada de tal forma que a crise econômica que acontece em um país reflete em todos os demais, como recentemente aconteceu na impactante crise americana de 2008.

Anthony Giddens afirma que na nova economia eletrônica global, os administradores de bancos, empresas, fundos, etc., assim como milhões de investidores, podem transferir vastas quantidades de capitais de um lado para outro no mundo ao clique de um *mouse*, e, ao fazer isso, podem até mesmo desestabilizar economias que pareciam inabaláveis⁵³.

Zenildo Bodnar e Paulo Cruz destacam que se vive em uma crise histórica:

A potência destrutiva das armas nucleares, as agressões cada vez mais catastróficas contra o ambiente, o aumento das desigualdades sociais, a explosão dos conflitos étnicos fazem com que o equilíbrio planetário seja cada vez mais precário e, portanto, que se torne mais difícil a conservação da paz em sua definição mais ampla. E agora, temos mais a crise financeira iniciada em 2008, que teima em não ir embora⁵⁴.

A Globalização também constitui um cenário de relativizações de culturas e instituições que tiveram grande influência na história da humanidade. A religião, o Estado e tantas outras instituições que foram de grande confiança dos indivíduos

⁵² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad. p. 42-43.

⁵³ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrol**: o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 20.

⁵⁴ CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 22.

acabaram sendo responsáveis por grandes conflitos, como por exemplo, as duas Grandes Guerras⁵⁵.

A quebra de confiança nas ideologias e nas instituições predominantes conduziram à uma necessidade de relativização dos valores e da própria cultura. Percebeu-se que a absolutização de uma ideologia pode levar a situações extremas como foi o antissemitismo⁵⁶.

Como destaca Habermas, hoje todos os Estados, culturas e sociedades têm se aproximado tanto por causa do mercado mundial, da comunicação, do tráfico mundial e da tecnologia, que ninguém pode pretender não topar ou chocar com ninguém pelo caminho⁵⁷.

É desse fenômeno da globalização que reflete-se o cenário da transnacionalidade.

1.2 A TRANSNACIONALIDADE

Essa nova configuração mundial causada pela globalização, que, como destaca Rafael Padilha dos Santos, causa um estreitamento das relações sociais associado a um fluxo e redes de interações e interconexões que transcende as fronteiras dos Estados, incrementa a densidade das interações globais e aumenta a interpenetração das práticas econômicas e sociais, fazendo com que culturas e sociedades distantes encontrem-se em âmbito local, gerando grande diversidade⁵⁸.

Nesse contexto surge o fenômeno da transnacionalidade que, como explica Joana Stelzer, surge principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e

⁵⁵ SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério Ético e Sustentabilidade na Sociedade Pós-Moderna: impacto nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 401-418, set./dez. 2012. p. 403.

⁵⁶ SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério Ético e Sustentabilidade na Sociedade Pós-Moderna: impacto nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. p. 403.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Madrid: Trotta, 2008. p. 109.

⁵⁸ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. 568 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, 2015. p. 378. p. 361.

emergência de um ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal⁵⁹.

Stelzer diferencia o termo transnacionalização dos outros termos semelhantes: internacionalização, multinacionalização, globalização e mundialização. Internacionalização traz em si o relacionamento predominante entre Estados, ficando ausente uma percepção de alcance global. Na internacionalização, as relações político-jurídicas desenvolvem-se de forma bilateral ou multilateral, mas sem que tal circunstância esteja envolvida com a multiplicação de enlaces decorrentes de transformações tecnológicas, de comunicação ou de transporte em escala planetária. A internacionalização está ancorada em uma relação de soberanias, entre cooperação entre Estados em que vigora o respeito mútuo e a ideia de soberanias em semelhante plano⁶⁰.

A multinacionalização é a expansão para outros países, mas não ainda em escala global. Para as empresas, o modelo multinacional significa a capacidade de desenvolver inovações e transferi-las para o mundo, além da viabilização de operações em outros países por meio de filiais e subsidiárias. Já a globalização e a mundialização são sinônimos e referem-se a um processo eminentemente econômico-comercial que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano dos Estados e pela emergência de novos poderes transnacionais à luz da intensificação do comércio e da economia fortemente apoiados no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transporte⁶¹.

A transnacionalização, por fim, é um reflexo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado pelo sistema capitalista que articula o ordenamento jurídico mundial à margem da soberania dos Estados. A transnacionalidade vincula-se com a globalização no sentido do transpasse estatal, mas enquanto a globalização refere-se mais à ideia da diminuição das distâncias, a transnacionalidade refere-se ao Estado permeável⁶².

Já Ulrich Beck define transnacional como: “[...] formas de vida e de

⁵⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 16.

⁶⁰ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 17.

⁶¹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 18-19.

⁶² STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 21.

atuação cuja lógica interna pode ser explicada pela riqueza das descobertas que conduziriam os homens a erigir e sustentar mundos de convivência e relações de intercâmbio “sem distâncias”. É um conceito fundado na concepção da modificação do espaço no sentido de supressão das distâncias⁶³.

Padilha dos Santos, por sua vez, explica o termo transnacionalismo (fenômeno que dá origem à transnacionalidade), que é usado tanto como referência à globalização, no sentido das trocas econômicas e estruturas políticas, quanto às migrações, relacionado às redes sociais transfronteiriças ou a comunidades étnicas que realizam migração. De qualquer forma, o termo adverte a importância da emergência e consequência dos fluxos transnacionais, inclusive redefinindo o entendimento acerca do espaço, pois comunidades e práticas sociais transnacionais alteraram a concepção de fronteiras, regulações políticas e construções de identidades nacionais⁶⁴.

Stelzer destaca que o principal fator de impulso da transnacionalidade consiste no comércio mundial, pois o aumento das intensidades das relações comerciais acarretou infinitas necessidades e respostas que tornaram o espaço mundial mais integrado no que tange às questões de comunicação e transporte. O avanço tecnológico em diversas áreas do saber foi catalisado pela demanda do sistema comercial mundial que precisava diminuir custos do intenso fluxo de bens⁶⁵.

Já como principais características da transnacionalidade, Stelzer destaca três pontos:

- a) desterritorialização – o espaço transnacional não é nem o espaço estatal nem o que liga dois ou mais espaços estatais, mas ambos, se situa na borda permeável do Estado; uma mercadoria é criada e montada em várias partes do mundo; a lógica da produção empresarial não está atada à lógica do sistema político-jurídico de um Estado; também a internet trouxe forte incremento à

⁶³ BECK, Ulrich. **O que é a globalização?:** equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 67.

⁶⁴ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional:** uma proposta de economia humanista. p. 364.

⁶⁵ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 22-23.

desterritorialização dos serviços ao permitir a transmissão de dados com rapidez e baixo custo;

- b) a ultravalorização do capitalismo – os agentes do comércio mundial se esforçam para encontrar caminhos que não esbarrem nas fronteiras tradicionais das legislações dos Estados; as trocas mundiais aceleradas e os anseios pelo consumo motivam o surgimento de fórmulas criativas e regras hábeis para disciplinar o imenso trânsito de bens e serviços além das fronteiras; e
- c) o enfraquecimento do Estado soberano – o Estado é incapaz de controlar a mobilidade dos meios de produção e das operações financeiras e o poder político sofre uma desvalorização perante o poder econômico⁶⁶.

Na perspectiva tradicional, o papel dos atores não estatais não é de grande relevância, é indireta e por meio dos Estados. Na perspectiva de atores e suas relações, a transnacionalidade representa a mudança da perspectiva tradicional de que as relações internacionais estão centradas no Estado-nação e nas relações interestatais para uma nova visão que inclui atores não estatais e as relações se tornam transnacionais⁶⁷.

Algumas interações globais são iniciadas e sustentadas inteiramente, ou quase inteiramente, pelos governos dos Estados, outras, entretanto, envolvem atores não-governamentais, indivíduos ou organizações. Assim, uma interação transnacional pode envolver governos, mas não necessariamente apenas governos, como em tantas questões de comunicação, transporte, finança, viagens, etc., em que os atores não-governamentais também desempenham um papel significativo⁶⁸.

Beck destaca quatro características principais dos atores transnacionais, são elas:

⁶⁶ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 28-32.

⁶⁷ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. p. 361-362.

⁶⁸ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. Transnational Relations and World Politics: An Introduction. **International Organization**, Madison, v. 25, n. 3, p. 329-349, 1971. p. 332.

- a) atuação em diversos lugares, sobrepassando fronteiras, inclusive transnacionalmente, anulando o princípio territorial do Estado;
- b) sua atuação produz resultados inclusivos de grande diversidade (ao contrário do resultado mais exclusivo dos atores nacionais), tanto as companhias transnacionais como os ativistas do *Greenpeace*, por exemplo, atuam simultaneamente em vários países com seus integrantes sendo de várias nações;
- c) sua ação é frequentemente mais eficaz do que as instâncias nacionais, como, por exemplo, a Anistia Internacional que denuncia desrespeitos aos direitos fundamentais que os Estados ocultam por razões diplomáticas; e
- d) criam para si uma soberania inclusiva ao criar oposições entre os Estados territoriais exclusivos⁶⁹.

As relações transnacionais têm grande impacto nas políticas interestatais ao aumentar a sensibilidade das sociedades em relação umas às outras e, assim, alterar as relações entre os Estados. Um exemplo da seara econômica, é que decisões empresariais e bancárias transcendem a jurisdição nacional de forma que pequenas mudanças nas políticas de um Estado podem ter grandes efeitos no sistema global⁷⁰.

Ou ainda, como destaca Padilha dos Santos, a transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo age como propulsor de uma alteração de estruturas de dominação política, enfraquecendo barreiras geográficas, diminuindo o controle jurídico e político, modificando relações trabalhistas, criando novas formas de poder e influência, alterando as noções de tempo e espaço, etc.⁷¹

⁶⁹ BECK, Ulrich. **O que é a globalização?**: equívocos do globalismo, respostas à globalização. p. 182-183.

⁷⁰ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational Relations and World Politics: An Introduction*. p. 336-337.

⁷¹ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. p. 381-382.

Outro exemplo, na seara da comunicação em massa, é o fenômeno dos vários grupos em diferentes sociedades, como estudantes radicais, oficiais militares ou minorias raciais, que podem observar o comportamento um do outro e copiá-lo quando parecer apropriado. Assim, os estudantes radicais podem subitamente desenvolver demandas e táticas políticas similares sem contato direto entre si. Suas "conspirações" internacionais são transmitidas em público e com a ajuda da mídia. Seus efeitos nas políticas interestatais se refletem tanto na sensibilidade da política interna de um Estado à de outro como em possíveis esforços para deter a comunicação indesejada⁷².

De forma mais específica, Nye Jr. e Keohane estabelecem cinco efeitos principais da transnacionalidade nas políticas interestatais:

- a) mudanças de atitude;
- b) pluralismo internacional;
- c) aumento das restrições nos Estados através da dependência e interdependência;
- d) aumento na habilidade de certos governos de influenciar outros; e
- e) a emergência de atores autônomos com políticas externas privadas que podem deliberadamente se opor ou colidir com as políticas estatais⁷³.

Em relação à mudanças de atitude, interações face a face entre cidadãos de diferentes Estados e a comunicação transnacional a distância podem alterar as opiniões e percepções da realidade das classes dentro de uma sociedade. Novas atitudes também podem ser fomentadas por organizações transnacionais, à medida que criam novos mitos, símbolos e normas para fornecer legitimidade a suas atividades ou ao tentar replicar crenças, estilos de vida ou práticas sociais ocidentais

⁷² NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational Relations and World Politics: An Introduction*. p. 337.

⁷³ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational Relations and World Politics: An Introduction*. p. 337.

em outras partes do mundo⁷⁴.

O pluralismo internacional se traduz na ligação que se estabelece entre os interesses de grupos nacionais em estruturas transnacionais, normalmente se utilizando de organizações transnacionais para propósitos de coordenação. A dependência e a interdependência é vista principalmente nas questões de transporte e de finanças. Um exemplo financeiro é que a integração em um sistema monetário mundial é impossível se um Estado segue uma política monetária autônoma; a dependência de empresas estrangeiras em termos de tecnologia, capital e habilidade gerencial pode impedir que países menos desenvolvidos sigam políticas econômicas altamente nacionalistas e socialistas⁷⁵.

Lidar com dependência e interdependência gera problemas especiais para grandes Estados. Estados pequenos ou fracos podem muito bem ser capazes de tomar suas decisões apenas considerando os custos e benefícios de várias políticas alternativas para si mesmos, levando em conta, é claro, as prováveis reações de outros Estados. Estados mais poderosos, no entanto, devem também considerar os efeitos de suas próprias políticas no sistema de relações transnacionais⁷⁶.

Em relação à influência, as desiguais relações transnacionais podem colocar adicionais meios de alavancagem nas mãos dos Estados mais poderosos, localizados no centro das redes transnacionais, em detrimento daqueles que já são fracos. Os governos muitas vezes tentam manipular as interações transnacionais para obter resultados políticos ou ainda direcionar o fluxo das transações econômicas para seus próprios fins político-econômicos. Por meio do uso de políticas de tarifas e cotas, os governos poderosos podem tentar afetar o fluxo do comércio internacional, como por exemplo, podem desestimular a indústria nos países menos desenvolvidos ao impor tarifas mais altas sobre as importações de

⁷⁴ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational Relations and World Politics: An Introduction*. p. 337-338.

⁷⁵ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational Relations and World Politics: An Introduction*. p. 339.

⁷⁶ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational Relations and World Politics: An Introduction*. p. 340.

produtos processados e semiprocessados do que sobre matérias-primas⁷⁷.

Como autores autônomos transnacionais podem ser citados movimentos sociais/revolucionários, sindicatos, corporações transnacionais, instituições religiosas, organizações não governamentais, crime organizado, etc. Em alguns casos, essas instituições possuem recursos enormes, muitas empresas possuindo vendas anuais maiores do que os produtos internos brutos de muitos países. As organizações transnacionais autônomas são potencialmente, e muitas vezes realmente, oponentes da política governamental numa ampla variedade de áreas⁷⁸.

Nesse cenário complexo, também o Direito passa a se portar de maneira diversa.

1.3 O DIREITO TRANSNACIONAL

Os ordenamentos jurídicos nacionais estão interligados em um mundo transnacional. Marcelo Neves disserta que se verifica uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica). Disso resulta uma diferenciação no interior desse sistema jurídico mundial que não se limita à diferenciação segmentária entre ordens jurídicas estatais com âmbitos territoriais de validade delimitados⁷⁹.

Além disso não se trata apenas de uma diferenciação de níveis entre ordem jurídica estatal, supranacional e internacional, mas também de uma diferenciação funcional de ordens jurídicas transnacionais desvinculadas, por sua transterritorialidade, do direito estatal⁸⁰.

Uma pluralidade de ordens jurídicas coexistindo no mundo é algo já presente há muito tempo na história da humanidade. Desde que os homens

⁷⁷ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational Relations and World Politics: An Introduction*. p. 340.

⁷⁸ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational Relations and World Politics: An Introduction*. p. 341; STELZER, Joana. *O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica*. p. 35.

⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 116.

⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 116.

constituem grupos sociais espalhados pelo globo, cada um com suas normas jurídicas, esse fato pode ser constatado. Mesmo interconexões podem ser verificadas, como na Idade Média, em que há simultaneamente diversas autoridades produzindo normas, como o monarca, a Igreja Católica, os senhores feudais, os governantes das cidades, o imperador romano, etc. Porém, com o advento do Estado moderno, o entendimento oficial predominante era que as normas eram produzidas somente pelo Estado e cada ordenamento jurídico diferencia-se dos outros pelo território em que se aplicava (apesar da contínua existência, mas um tanto marginal, de outras normas informais). Não havia conexão entre as ordens jurídicas, com poucas exceções de relações diplomáticas, pois cada uma aplicava-se somente ao seu território. Já na atual globalização o aspecto territorial não é suficiente para manter separadas as ordens jurídicas; e a transformação do mundo em uma aldeia global e alta complexidade da atual sociedade, fazem com que as interconexões entre as ordens jurídicas formais e informais tornem-se ainda mais intensas do que na época medieval ou em outros períodos históricos.

Essa multiplicidade de ordens não implica isolamento recíproco. As interpenetrações entre elas não são algo novo, a conexão entre o direito internacional clássico e o direito estatal, nos termos do Tratado de Westfália de 1648, seria por meio da incorporação das normas internacionais no direito interno mediante ratificação, assim como a reprodução da ordem jurídica internacional depende da presença de representantes estatais legitimados por essa própria ordem⁸¹.

O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal. As formas em que ocorrem relacionamentos formais e informais entre atores governamentais e não governamentais multiplicam-se no âmbito do Direito⁸².

O conjunto das normas e relações jurídicas que constitui a complexidade das relações transnacionais denomina-se, de forma geral, de Direito Transnacional,

⁸¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 116.

⁸² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 117.

que é o do fenômeno jurídico que afeta ou tem o poder de afetar comportamentos além das fronteiras nacionais, como o consumo de produtos produzidos por todo o globo, contratos de negócio, atividades de lazer, comunicação (internet, celulares e outros dispositivos eletrônicos), tecnologia, tratamento médico e de pesquisa, entretenimento (propriedade intelectual internacional), e, em muitos casos, saúde, emprego, educação e questões criminais, além das questões de migração⁸³.

Mas qual a diferença entre Direito Transnacional e Direito Internacional? O Direito Internacional é definido por Washington dos Santos como “Complexo normativo que regulamenta as relações legais entre as nações, objetivando a manutenção da convivência pacífica, dividido em dois campos: Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado.”⁸⁴.

O Direito Internacional Privado é ramo do direito interno que estabelece normas para lidar com as leis estrangeiras e os atos legais praticados no exterior e que determina, dentre as leis conflitantes de dois ou mais países, qual a aplicável a certa relação jurídica de direito privado, como regulamentação do matrimônio entre pessoas de diferentes países, questões comerciais e financeiras entre dois ou mais países, etc.⁸⁵

Já o Direito Internacional Público é o complexo de normas e acordos que regulamentam os princípios doutrinários aceitos pelos Estados, as relações de amizade e prováveis conflitos surgidos entre eles, ou seja, os seus direitos e deveres, como a questão dos territórios, nacionalidade, regulamentação dos mares e do espaço aéreo, etc.⁸⁶

O Direito Internacional permanece vinculado a ideia de que o Estado é a fonte de todo o Direito. Uma legislação que provenha de fora do Estado só é válida naquele Estado com o seu consentimento. Assim, as forma mais óbvias de Direito Internacional são aquelas que provém de tratados ou acordos entres Estados⁸⁷.

⁸³ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 104.

⁸⁴ SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. p. 80.

⁸⁵ SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. p. 80.

⁸⁶ SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. p. 80.

⁸⁷ GLENN, H. Patrick. Transnational Common Laws. **Fordham International Law**, Nova York, v. 29, n. 3, p. 457-471, 2005. p. 457.

Como destaca Stelzer, “Enquanto a soberania é marca indelével do Direito internacional, a fragilidade soberana (no âmbito público) ou seu desconhecimento (no âmbito privado) viabiliza um cenário denominado transnacional.”⁸⁸.

O termo Direito Transnacional foi usado pela primeira vez pelo autor americano Philip C. Jessup em sua obra de mesmo nome escrita em 1956. Nela, Jessup destaca que é função do Direito Transnacional ajustar os casos e distribuir a jurisdição de maneira mais proveitosa para as necessidades e conveniência de todos os membros da comunidade internacional. O entendimento fundamental não deve partir da soberania ou do poder, mas da premissa de que a jurisdição é basicamente uma matéria processual que poderia ser amigavelmente distribuída entre as nações do mundo⁸⁹.

Assim, o Direito Transnacional incluiria tanto o aspecto cível como o criminal, inclui o Direito Internacional público e privado e o Direito nacional, também tanto público como privado. Como destaca Jessup, não haveria razão inerente para que um tribunal judicial, seja ele nacional ou internacional, não devesse ser autorizado a escolher dentre todos estes corpos legais a regra considerada mais de acordo com a razão e a justiça para a solução de qualquer controvérsia particular. Essa escolha não precisa ser determinada por um critério específico de territorialidade, personalidade, nacionalidade, domicílio, jurisdição, soberania, etc.⁹⁰

Poder-se-ia objetar tal afirmação pelo argumento que a finalidade da lei é a segurança e as pessoas, empresas, Estados e organizações internacionais precisam conhecer as normas que devem orientar dia a dia sua conduta, e essa segurança não pode existir se as decisões se dão ao capricho do juiz que pode escolher qualquer norma⁹¹.

Por isso, a lei aplicável deveria ser especificada pela autoridade que tem o poder de controlar as decisões daqueles que estão no julgamento. Essa autoridade pode ser achada na legislatura de Connecticut, no Congresso dos

⁸⁸ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 22.

⁸⁹ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Lisboa: Fundo de Cultura, 1965. p. 62.

⁹⁰ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. p. 87.

⁹¹ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. p. 87-88.

Estados Unidos, ou pela escolha unânime de vários estados expressa através de tratados ou resoluções da ONU. Pode ser encontrada também nos tribunais onde a legislatura não prescreve a regra a ser seguida⁹².

Além disso, essa possibilidade aplicar-se-ia somente a situações transnacionais. Para questões locais ou regionais existem as leis específicas para isso. Além disso, existem muitas normas criadas para regular especificamente questões transnacionais⁹³.

Para Jessup, a necessidade de se estudar o Direito Transnacional é derivada do fato de que o Direito Internacional tradicional é inábil em lidar com a natureza complexa e interdependente das relações internacionais modernas, que já não têm como sujeitos apenas Estados, mas também indivíduos, empresas, organizações internacionais ou outros grupos⁹⁴.

Já na atualidade, Harold Koh afirma que o Direito Transnacional representa um híbrido de direito doméstico e internacional, englobando uma variedade de áreas jurídicas que não são totalmente nem domésticas nem internacionais, nem públicas nem privadas, por exemplo: Direito Comparado, Direito dos Imigrantes e dos Refugiados, Transações Comerciais Internacionais, Direito Comercial Internacional, Direito das Relações Exteriores, Direito de Segurança Nacional, Direito do Ciberespaço, Direito e Desenvolvimento, Direito Ambiental, Direito dos Crimes Transnacionais, etc.⁹⁵

Padilha dos Santos também cita diversas áreas que são associadas ao Direito Transnacional:

[...] leis internacionais dos direitos humanos, leis penais internacionais, leis de segurança nacional, direito do comércio internacional, direito financeiro internacional, direito ambiental internacional, regulação da internet, práticas de arbitragem comercial internacional, *lex mercatoria*, direito da União

⁹² JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. p. 88.

⁹³ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. p. 88.

⁹⁴ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. p. 378.

⁹⁵ KOH, Harold Hongju. Why Transnational Law Matters. **Faculty Scholarship Series**, New Haven, v. 24, n. 4, p. 745-753, 2006. p. 745-746.

Europeia, direito da Organização Mundial do Comércio, autorregulação privada por empresas transnacionais. Em cada uma dessas áreas, padrões globais são reconhecidos, integrados e internalizados por sistemas legais nacionais⁹⁶.

O que é fundamental compreender quando se fala em Direito Transnacional nos dias atuais, é que, diferente da abordagem de Jessup que era ainda elementar, não deixando de considerar ainda o Estado como fonte exclusiva do Direito, não se está falando apenas de normas que se aplicam em casos que transcendem as fronteiras nacionais, mas inclusive de normas legais que são transnacionais em sua origem, podendo serem aplicadas inclusive em casos totalmente nacionais, sendo transnacionais por terem sido derivadas de fontes extranacionais. O Direito Transnacional é composto por normas não necessariamente formais, positivas, endossadas previamente por um Estado⁹⁷.

A mudança para o termo Direito Transnacional em vez de Direito Internacional demonstra uma mudança conceitual em como se olha para aquilo que se estuda em Direito (e também em Ciência Política e Economia). Ideias, pessoas, serviços e bens atravessam fronteiras de forma que o Direito Internacional não é mais objeto apenas de regulação entre Estados⁹⁸.

Carrie Menkel-Meadow em artigo intitulado *Why and How to Study Transnational Law* (Por Que e Como estudar o Direito Transnacional?) cita diversos casos reais que demonstram a complexidade dos conflitos transnacionais:

A child is injured in California by a product manufactured in Germany. A British citizen conspires to blow up a plane destined for New York. [...] An American commits a murder and flees to a European country which prohibits extradition to any nation with the death penalty. [...] Three major corporations from different countries agree on a joint venture to construct a major public works project in a developing nation (with financing supported by private investment and a grant from the World Bank) and then have several disputes about the payment schedules and quality of goods in the contract. The United States incarcerates and “mistreats” (tortures) detainees captured during the post-

⁹⁶ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. p. 380.

⁹⁷ GLENN, H. Patrick. *Transnational Common Laws*. p. 458.

⁹⁸ MENKEL-MEADOW, Carrie. *Why and How to Study “Transnational” Law*. p. 117.

September 11th period in various offshore locations and claims neither American law nor international law (the Geneva Conventions) applies to either procedural rights or substantive claims about their treatment.⁹⁹.

Os exemplos continuam. Algumas situações afetam somente partes privadas enquanto outras há envolvimento de atores estatais ou afetam a implementação de políticas de governo ou leis de vários países. Alguns casos envolvem interesses econômicos, outros envolvem direitos humanos. Outros casos envolvem múltiplas jurisdições, incluindo local, estadual, nacional, regional e internacional. Alguns casos envolvem diferenças culturais com implicações jurídicas. De qualquer forma, todos envolvem situações que transcendem fronteiras jurídicas ou soberanas. Esse é o típico mundo moderno de atividades humanas, facilitadas, reguladas, às vezes frustradas, e frequentemente afetadas por leis que atravessam fronteiras de forma a efetuar seus propósitos¹⁰⁰.

Bens, serviços, ideias e pessoas atravessam fronteiras aos milhões todos os dias no comércio e nos meios de comunicação. Como e quando devem ocorrer essas transferências é o objeto de muitas produções normativas e consideração política em diferentes níveis de regulação. Como essas transferências de fato ocorrem pode ou não se conformar às regras ou regulações nacionais, regionais ou internacionais¹⁰¹.

Além da lei formal emitida pelos Estados, há uma variedade de formas mais informais de atividade legal, incluindo tribunais privados, como a Câmara de Comércio Internacional – CCI em Paris que administra procedimentos de arbitragem comercial internacional privada; o Centro Internacional para Solução de Disputas de

⁹⁹ “Uma criança é ferida por um produto fabricado na Alemanha. Um cidadão britânico conspira explodir um avião destinado para Nova York. [...] Um americano comete homicídio e foge para um país europeu que proíbe extradição para qualquer país com pena de morte. [...] Três grandes corporações de diferentes países acordam um empreendimento conjunto para construir um grande projeto de obras públicas em um país em desenvolvimento (com financiamento apoiado por investimento privado e uma doação do Banco Mundial) e, em seguida, têm várias disputas sobre os prazos de pagamento e a qualidade dos bens no contrato. Os Estados Unidos encarceram e “maltratam” (torturam) detidos capturados durante o período pós-11 de setembro em vários locais *offshore* e reivindicam que nem a lei americana nem o direito internacional (as Convenções de Genebra) se aplicam a direitos processuais ou reivindicações substantivas sobre seu tratamento”. MENKEL-MEADOW, Carrie. *Why and How to Study “Transnational” Law*. p. 98. Tradução nossa.

¹⁰⁰ MENKEL-MEADOW, Carrie. *Why and How to Study “Transnational” Law*. p. 99-100.

¹⁰¹ MENKEL-MEADOW, Carrie. *Why and How to Study “Transnational” Law*. p. 100.

Investimento, um híbrido corpo de arbitragem que decide disputas entre investidores privados e Estados-nações; e as milhares de redes informais que se desenvolveram tanto entre corpos intergovernamentais quanto não governamentais para lidar com questões legais específicas e problemas sociais, incluindo terrorismo global, segurança nacional, mudança ambiental e climática, política monetária e bancária, direitos das mulheres e crianças, saúde, internet, propriedade intelectual, trabalho, políticas de migração, e tantos outros problemas transnacionais¹⁰².

A arbitragem comercial internacional permanece como um modelo do que é o Direito Transnacional. A comunidade de advogados, empresários e árbitros da arbitragem comercial internacional criou uma *lex mercatoria* moderna de Direito substantivo (e procedimentos através de regras processuais arbitrais) que transcendem a lei de qualquer nação¹⁰³.

Disputas comerciais envolvendo corporações e indivíduos multinacionais são resolvidas mais frequentemente fora das instituições formais estatais. O sucesso das operações de arbitragem comercial internacional demonstram a existência de um regime jurídico que transcende as concepção tradicional de soberania do poder legal¹⁰⁴.

Em âmbito transnacional, o Direito é tanto horizontal como vertical em autoridade, diferente do sistema estritamente hierárquico das cortes em nível nacional. Não existem autoridades superiores em Direito Transnacional com a autoridade de uma corte constitucional nacional. O Tribunal Internacional de Justiça, por exemplo, possui uma jurisdição mais consensual do que compulsória¹⁰⁵.

Assim, o Direito Transnacional talvez não seja nem mesmo direito formal, no sentido de ser emitido por um Estado ou corpo governamental formal. O direito transnacional possui práticas costumeiras, normas e padrões de comportamento regulatório que são maiores e, talvez, mais complexos que do direito formal. Alianças para propósitos de segurança e militar, incluindo tanto alianças públicas formais

¹⁰² MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 103.

¹⁰³ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 117-118.

¹⁰⁴ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 118.

¹⁰⁵ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 107-108.

quanto empreendimentos privados de grandes empresas multinacionais de segurança também ofuscam as linhas do Estado como principal ator. Além disso, há corporações multinacionais privadas que tentam evitar qualquer tipo de regulação, seja em âmbito nacional, internacional ou supranacional. O Direito Transnacional pode ainda ser emanado privativamente em escritórios de advocacia, em audiências privadas de arbitragem, em contratos privados e em reuniões de organismos internacionais¹⁰⁶.

Dessa maneira, o pluralismo jurídico é elementos basilar do Direito Transnacional. Existe pluralismo jurídico doutrinal (substantivo) nos diferentes resultados que diferentes sistemas legais usam para resolver problemas legais, por exemplo, no que constitui um contrato executável, que perdas são compensáveis em várias formas de delito, quem é herdeiro, etc. Existe pluralismo metodológico nas diferentes formas que o próprio Direito é gerado (código ou *common law*, legislativo ou decisional) e interpretado. E, finalmente, existe pluralismo procedimental ou processual nos diferentes processos e instituições que são criadas dentro e entre sistemas para fazer, interpretar e aplicar a lei¹⁰⁷.

O pluralismo no Direito Transnacional, no sentido de existirem diferentes soluções para o mesmo problema legal, diferentes métodos de análise, diferentes processos jurídicos (como arbitragem vs. mediação e soluções consensuadas vs. impostas), ensinam que a lei é escolhida e não dada. Diferentes culturas jurídicas e sociedades podem escolher diferentes soluções jurídicas e mecanismos de regulação da conduta humana¹⁰⁸.

Também um advogado internacionalista moderno pode escolher a forma do processo, se a questão deve ser levada para uma corte para tratamento legal, diplomático ou de negociação privada ou mediação, ou para ação política formal ou informal. A resolução de disputas transnacionais se depara hoje com uma crescente gama de opções de processo, variando do formal e público ao privado e informal, e

¹⁰⁶ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 103-104, 106.

¹⁰⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 107.

¹⁰⁸ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 107.

envolvendo uma ampla possibilidade de partes, incluindo representantes dos Estados, organizações, grupos ou indivíduos¹⁰⁹.

Cruz e Oliviero destacam duas tendências plurais jurídicas bem precisas: por um lado, a adaptação interpretativa à leitura dos direitos fundamentais dada pelo Tribunal de Justiça de Luxemburgo e seguida, sem mais resistências, pelos tribunais nacionais (sobretudo na Europa). Por outro lado, a ocorrência, cada vez mais frequente, de casos nos quais os juízes optam livremente em utilizar normas concebidas em outros países para interpretar o Direito em vigor no seu próprio ordenamento jurídico interno. Isso é o que a doutrina chama de diálogo horizontal, ou seja, aplicação de norma não nacional sem a necessidade de processos de integração supranacional entre Estados¹¹⁰. Também é um exemplo de diálogo horizontal a produção e a aplicação de normas jurídicas inerentes à matéria comercial, de informática e esportiva, como regras de conduta e que envolve o setor privado na ausência ou em substituição às regras do Estado¹¹¹.

Todo esse pluralismo jurídico traz consigo a problemática de como conciliar toda essa produção jurídica e como encontrar nesse contexto a resposta adequada para um caso transnacional, e é por esse motivo que o Direito Romano apresenta sua relevância por meio de sua eficiente racionalidade jurídica.

De qualquer forma, no atual contexto, o processo jurídico deixa de ser nacional ou internacional e passa a ser transnacional.

1.4 O PROCESSO JURÍDICO TRANSNACIONAL

Harold Koh constatou, em artigo em 1991, um processo de transnacionalização da litigiosidade de direito público que rompia com a visão

¹⁰⁹ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 116.

¹¹⁰ Esse é o fenômeno que ficou conhecido como transjudicialismo, que como destaca Lupi consiste em uma comunicação transjudicial que “[...] ultrapassa fronteiras nacionais e nela não há coordenação intergovernamental, nos moldes do Direito Internacional Público. Os protagonistas do transjudicialismo não fazem direito puramente nacional, na medida em que complementam e até modificam normativas nacionais com fulcro em referências jurisprudenciais estrangeiras ou internacionais.”. LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Transjudicialismo e as Cortes Brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. p. 295.

¹¹¹ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, p. 18-28, 2012. p. 20.

estranque sobre os litígios de direito público, de que se dariam exclusivamente em âmbito doméstico ou exclusivamente em âmbito internacional¹¹².

Para Koh, o litígio de direito público transnacional é caracterizado por:

- a) estrutura transnacional das partes – Estados e entidades não estatais participam igualmente;
- b) estrutura transnacional da demanda – violações de direito doméstico e internacional, público e privado, são todas alegadas em uma única ação;
- c) foco prospectivo – assentado tanto para obter declaração judicial de normas transnacionais quanto para resolver disputas passadas;
- d) transportabilidade dessas normas para outros foros domésticos e internacionais para uso em interpretação judicial ou barganha política; e
- e) um processo subsequente de diálogo institucional entre foros domésticos e internacionais, jurídicos e políticos, para alcançar um acordo final¹¹³.

Indo além, Koh descreve o processo jurídico transnacional como a teoria e prática de como atores públicos e privados (Estados, organizações internacionais, empresas multinacionais, ONGs e indivíduos privados) interajam em uma variedade de âmbitos público e privado, nacional e internacional, para fazer, interpretar, obrigar e internalizar normas de Direito Transnacional¹¹⁴.

O processo jurídico transnacional possui quatro características principais. Não é tradicional: rompe com as divisões público e privado e nacional e internacional. Não é estatal: os atores desse processo não são somente Estados. É dinâmico, transformando-se e modificando-se de público para privado, de doméstico para internacional e retornado novamente. É normativo: desse processo de

¹¹² CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Harold Koh e a Ideia de um Processo Normativo Transnacional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 261-272, jan./jun. 2007. p. 262.

¹¹³ KOH, Harold Hongju. Transnational Public Law Litigation. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 100, p. 2347-2402, 1991. p. 2371.

¹¹⁴ KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. p. 183-184.

interação, novas normas surgem, que são interpretadas, internalizadas e tornadas obrigatórias, iniciando o processo novamente. Foca não apenas em como a interação internacional entre atores transnacionais forma o Direito Transnacional, mas também como o Direito Transnacional forma e guia as futuras interações, ou seja, como o Direito Transnacional influencia o motivo das nações obedecerem¹¹⁵.

Buscando identificar porque as nações obedecem as normas de Direito Transnacional, Koh conclui que o principal motivo é a interação, ou seja, a obediência é o resultado de repetida interação do Estado com outros atores governamentais e não governamentais no sistema internacional. A violação do Direito Internacional por um Estado cria atritos e contradições que dificultam sua contínua participação dentro do processo jurídico transnacional¹¹⁶.

Conforme atores transnacionais interagem, eles criam padrões de comportamento e geram formas de conduta externas que são internalizados. Estados internalizam o Direito Transnacional por meio de sua incorporação às estruturas jurídicas e políticas nacionais, o que é feito por meio de ações do Executivo, legislação e decisões judiciais que levam em conta e incorporam normas internacionais¹¹⁷.

Além disso, a tomada de decisões domésticas se torna enredada com normas jurídicas internacionais conforme os arranjos institucionais para a produção e manutenção de um comprometimento internacional se tornam arraizados nos processos jurídicos e políticos nacionais. É por meio da repetição desse processo de interação e internalização que as nações decidem promover o Direito Internacional como parte de seu interesse próprio nacional¹¹⁸.

Para sobreviver em um mundo interdependente, até mesmo os Estados mais isolados devem eventualmente interagir com outras nações. Nenhum Estado pode se isolar sempre de cumprir com normas internacionais se deseja para participar em um processo político ou econômico internacional. Depois que um

¹¹⁵ KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. p. 184.

¹¹⁶ KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. p. 203.

¹¹⁷ KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. p. 204.

¹¹⁸ KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. p. 204.

Estado começa a interagir, um processo complexo ocorre, através do qual normas jurídicas internacionais se infiltram e se tornam embutidas nos processos jurídicos e políticos nacionais¹¹⁹.

Esse reconhecimento das práticas internacionais é fundamental quando se busca um Direito Transnacional que de fato funcione. Também nesse sentido o Direito Romano apresenta ferramentas que foram desenvolvidas na prática na busca de conciliação entre interesses e práticas de diferentes povos que podiam mutuamente se beneficiar.

De qualquer forma, dentro desse processo jurídico transnacional, existem inúmeras formas usadas para resolver conflitos e a insegurança e complicações que existem pelo fato de não haver um único Estado soberano com seu ordenamento jurídico passível de ser aplicado nesses casos, geram diversas tentativas e propostas e hipóteses para uma maior regulamentação e eficácia no tratamento dos conflitos transnacionais.

Keohane, Moravcsik e Slaughter, em artigo escrito em 2000, constataram que cortes e tribunais internacionais estavam se proliferando e se fortalecendo e, dependendo do critério utilizado, sua quantidade varia de dezessete e quarenta. Nem todos esses tribunais são criados da mesma forma, sendo que os autores identificaram dois tipos ideais de resolução de disputas internacionais: interestadual e transnacional. As diferenças legais formais entre elas possuem implicações significantes para as políticas de resolução de disputas e, assim, para os efeitos de legalização nas políticas globais¹²⁰.

A resolução de disputas interestadual é consiste com a visão de que o Direito Público Internacional consiste em um grupo de regras e práticas regulando relações interestaduais. A resolução jurídica de disputas, nesse caso, ocorre entre Estados concebidos como atores unitários. Estados são sujeitos de Direito Internacional, o que significa que eles controlam o acesso para tribunais ou cortes

¹¹⁹ KOH, Harold Hongju. *Transnational Legal Process*. p. 205.

¹²⁰ KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*. **International Organization**, Cambridge, v. 54, n. 3, p. 457-488, 2000. p. 457.

de resolução de disputas. Eles tipicamente designam o juiz para tais tribunais. Estados também implementam, ou falham em implementar, as decisões desses tribunais. Assim, na resolução de disputas interestaduais, Estados agem como guardiões tanto para o processo jurídico internacional quanto para o retorno daquele processo para o nível doméstico¹²¹.

Em contrapartida, na resolução de disputas transnacionais, o acesso a cortes e tribunais e o subsequente cumprimento de suas decisões são legalmente isolados da vontade de governos nacionais individuais. Esses tribunais são, assim, mais abertos para indivíduos e grupos da sociedade civil. Em um tipo puro ideal, os Estados perderiam suas capacidades de guardiões, porém, na prática, essa função é apenas atenuada. Essa perda de controle do Estado cria uma gama de possibilidades para as cortes de definir sua agenda¹²².

A legalização dessas cortes e tribunais passa por um processo de delegação de autoridade para elas, sendo que três dimensões dessa delegação são cruciais na análise de suas atuações: independência, acesso e incorporação. Independência refere-se à extensão pela qual os arranjos legais formais garantem que a sentença possa ser considerada imparcial em relação a interesses concretos dos Estados. Acesso refere-se à facilidade com que partes que não são Estados podem influenciar nos trabalhos do tribunal. Incorporação denota a extensão em que as decisões dos tribunais podem ser implementadas sem que os governos tenham que tomar medidas para que isso ocorra¹²³.

Keohane, Moravcsik e Slaughter afirmam que tribunais com baixa independência, acesso e incorporação são os tipos ideais de resolução de disputas interestatais, enquanto tribunais com alta independência, acesso e incorporação são os tipos ideais de resolução de conflitos transnacionais¹²⁴.

¹²¹ KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*. p. 457.

¹²² KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*. p. 458.

¹²³ KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*. p. 458.

¹²⁴ KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*. p. 458.

Enquanto os sistemas legais se deslocam de resolução de disputas interestatais em direção aos processos jurídicos mais independentes da resolução de disputas transnacionais, espera-se observar uma maior autonomia judicial, definida como disposição e habilidade para decidir disputas contra governos nacionais. Quanto menos oportunidades os governos nacionais tiverem de influenciar a seleção dos juízes, a informação disponível, o suporte ou financiamento dos tribunais, e os termos jurídicos precisos nos quais as cortes podem decidir, menor será a probabilidade de influenciarem as decisões de um tribunal internacional¹²⁵.

No quesito acesso, quanto mais os tribunais se aproximam do sistema de resolução de disputas transnacionais, maior é a possibilidade que indivíduos, grupos e cortes possam apelar ou encaminhar casos para os tribunais internacionais. Conforme os atores envolvidos se tornam mais diversos, a probabilidade de que casos serão encaminhados aumenta, assim como a probabilidade de que tais casos irão desafiar governos nacionais. Porém, por mais que haja acesso formal, Estados ainda podem manipular o acesso ao processo judicial concernente tanto à resolução de disputas interestatais quanto transnacionais ao estabelecer rigorosas regras procedimentais, levando pressão política para barrar os litigantes, ou simplesmente criando exceções ao que foi acordado no acordo jurisdicional¹²⁶.

No quesito incorporação, a medida em que julgamentos são legalmente exigíveis pode diferir. A maioria dos sistemas jurídicos internacionais cria uma obrigação legal para governos cumprirem, porém deixam a execução para barganha interestatal. Apenas alguns sistemas legais empoderam indivíduos e grupos para buscar o cumprimento em cortes domésticas. Porém, no tipo ideal de resolução de disputas transnacionais, comprometimentos internacionais estão incorporados nos sistemas jurídicos nacionais, o que significa que governos não necessitam tomar ações positivas para garantir o cumprimento de decisões internacionais, pois ocorre diretamente por meio das cortes nacionais e agentes executivos que são suscetíveis

¹²⁵ KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational. p. 470.

¹²⁶ KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational. p. 472.

a decisões judiciais. Assim, as políticas de sistemas de resolução de disputas incorporados varia significativamente das políticas de sistemas que não estão incorporados em políticas domésticas¹²⁷.

Mas os conflitos transnacionais não se resumem a conflitos que envolvem governos nacionais, muitos possuem apenas partes privadas que brigam por alguma questão comercial/contratual, por exemplo. Para esse tipo de conflito privado, a solução de controvérsias é, em grande parte, realizada em espaços transnacionais privados, em que não há participação de Estados¹²⁸.

A arbitragem comercial retrata um campo jurídico transnacionalizado por excelência, pois não se identifica com o território nacional nem com as regras de ordem pública a serem obedecidas. Nas transações comerciais, interessa a tecnicidade das soluções das lides privadas, a *expertise* dos julgadores, a precisão na abordagem da causa, a celeridade processual, a desvinculação com preocupações de caráter social, enfim, o alcance de resposta ágil, sem as amarras do Poder Público¹²⁹.

Como destaca Cazzaro, tendo em vista que os conflitos transnacionais não estão sob a jurisdição de um Estado ou de um sistema jurídico específico, a arbitragem proporciona uma liberdade às partes, pois todo o processo ocorre sem a necessidade de existir uma autoridade superior que possa atuar compulsoriamente entre ou sobre eles como nas formalidades e formatações hierárquicas de qualquer sistema jurídico ou de tratamento de conflitos firmado nas tradicionais estruturas estatais, como o *civil law*, o *common law*, o sistema indiano, muçulmano, chinês, etc.¹³⁰

Apesar de ser um tratamento eminentemente privado, existem regulamentações por órgãos transnacionais. Em 1985, no intuito de favorecer os

¹²⁷ KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational. p. 475-476.

¹²⁸ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 43.

¹²⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 43.

¹³⁰ CAZZARO, Kleber. **Arbitragem Transnacional: limites e possibilidades**. 440 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015. p. 354.

procedimentos arbitrais, foi criada pela Comissão das Nações Unidas para a Legislação Comercial Internacional um conjunto de regras de arbitragem que servem de referência para os comerciantes, embora não se trate de espaço arbitral para solução de litígios¹³¹.

Entre os principais foros de arbitragem mundial, destacam-se a Corte Internacional de Arbitragem, alocada na CCI, a Associação Americana de Arbitragem (*American Arbitration Association – AAA*) e a já citada Corte de Arbitragem de Londres. Há ainda cortes arbitrais para segmentos econômicos específicos, como a Associação de Açúcar Refinado (*The Refined Sugar Association – RSA*), a Associação de Comércio de Grãos e Alimentos (*The Grain and Feed Trade Association – GAFTA*), a Permuta de Metal de Londres (*The London Metal Exchange - LME*), a Associação Café Verde (*The Green Coffee Association*) e a Associação de Arbitragem Marítima de Londres (*London Maritime Arbitration Association*)¹³².

Nesse complexo cenário, os tradicionais Direitos nacional e internacional, ambos vinculados a ideia de soberania dos Estados, não são suficientes para lidar com a complexidade da sociedade global e transnacionalizada, por isso a importância da racionalidade jurídica romana em âmbito privado, que foi desenvolvida desvinculada de soberania estatal.

1.5 A INSUFICIÊNCIA DOS DIREITOS NACIONAL E INTERNACIONAL

Cruz e Oliviero destacam que o contexto jurídico global demonstra uma progressiva perda de centralidade dos sistemas jurídicos estatais na regulação das relações, seja do direito público ou do privado¹³³.

O atual fenômeno da transnacionalidade e o conseqüente advento da lógica transnacional do Direito faz com que o clássico Direito estatal entre em crise tendo em vista a grande quantidade de acontecimentos que envolvem

¹³¹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 43.

¹³² STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 44.

¹³³ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. p. 19.

simultaneamente diversos países e nacionalidades e, assim, não podem ser resolvidos facilmente aplicando-se somente o Direito estatal de determinado Estado.

Como destaca Soares, muitos fatos que ocorrem dentro do território de um determinado Estado acabam por gerar consequências que afetam o resto do mundo. Um exemplo é a questão ambiental, pois o resultado da degradação ambiental facilmente atravessa fronteiras e influencia a saúde de pessoas das mais diversas regiões e países¹³⁴. Também em âmbito econômico, a influência do que ocorre em um país afeta todos os outros que possuem algum vínculo econômico com ele.

Mesmo quando o impacto não é direto, em épocas globais há acontecimentos que influenciam outros países da mesma maneira. Como destaca Soares, um acontecimento no interior de um país pode causar efeitos e modificar legislações e políticas no resto do mundo, como aconteceu na boate Kiss no interior do estado brasileiro do Rio Grande do Sul em que um incêndio causou a morte de 230 pessoas que acabou por ocasionar mudanças na legislação acerca da segurança desse tipo de local no resto do Brasil e também em outros países do mundo¹³⁵, pois a notícia do fato ecoou pelo planeta.

A produção jurídica, em tempo de globalização, parece transformar o paradigma do Direito como aparato tipicamente estatal, propondo um esquema relacional inédito, baseado na centralidade do indivíduo como entidade libertada das relações comunitárias, no qual o órgão judicial perde progressivamente seu caráter de territorialidade¹³⁶.

Como destacam Soares e Meneghetti, tanto o Direito Nacional é insuficiente para lidar com questões que geram efeitos a nível global como o Direito

¹³⁴ SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, Pós-Modernidade e Transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Global: transnacionalidade e globalização jurídica**. Itajaí: Univali, 2013. p. 91-106. p. 97.

¹³⁵ SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, Pós-Modernidade e Transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas. p. 97.

¹³⁶ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. p. 19.

Internacional é fraco e não tem poder de coerção suficiente para fazer com que os países signatários de seus tratados cumpram com suas obrigações¹³⁷.

Hegel já destacava em 1820 a ineficiência do Direito Internacional. Em sua obra *Filosofia do Direito*, Hegel destaca que o Direito Internacional resulta das relações entre Estados independentes, ou seja, depende de vontades soberanas diferentes. O poder do Estado é autônomo em relação aos outros Estados. Essas relações funcionam como contratos, porém, não há um poder superior aos Estados para forçar o cumprimento deles, fazendo com que a efetividade desses contratos baseie-se unicamente na vontade das partes¹³⁸.

Assim, há uma sucessão de firmamentos de tratados internacionais e sucessivas abolições desses tratados conforme mudam essas vontades soberanas¹³⁹. A acurácia dessa análise na atualidade é demonstrada pelos reiterados fracassos da ONU na solução de conflitos, que acaba resultando na intervenção de grandes potências e demonstra a debilidade no cumprimento do Direito Internacional¹⁴⁰. Soares e Meneghetti dão o exemplo dos Estados Unidos da América que já invadiu países e causou guerras mesmo contra a decisão de um órgão internacional como a ONU¹⁴¹. Como destaca Rockmore, na atualidade, o Estado forte pode fazer aquilo que quer, enquanto o Estado fraco só pode fazer é aquilo que é obrigado a fazer¹⁴².

Outro problema do Direito Internacional é a tentativa de homogeneizar, por meio de suas normas, as diferentes culturas mundiais. Um exemplo trazido por Soares é da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, ratificada e aceita

¹³⁷ SOARES, Josemar; MENEGHETTI, Tarcísio. Uma análise da transnacionalidade a partir da Paz Perpétua de Immanuel Kant e da crítica ao Direito Internacional de G. W. F. Hegel. *In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE*, XXII, 2013, São Paulo. **Anais do XXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE: Filosofia do Direito II**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 60-75. p. 69.

¹³⁸ HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 301-303.

¹³⁹ HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. p. 303.

¹⁴⁰ MAUREIRA PACHECO, Max. La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, n. 28, p. 269-288, 2006.

¹⁴¹ SOARES, Josemar; MENEGHETTI, Tarcísio. Uma análise da transnacionalidade a partir da Paz Perpétua de Immanuel Kant e da crítica ao Direito Internacional de G. W. F. Hegel. p. 72.

¹⁴² ROCKMORE, Tom. Kant, Hegel e a Paz. **Opinião Filosófica**, Porto Alegre, n. 1, v. 2, p. 50-44, jan./jun. 2011. p. 54.

pela maioria dos países, em que em seus primeiros artigos afirma a igualdade entre todas as pessoas, bem como a ausência de distinção em direitos e dignidade no que concerne a sexo, religião, cor, língua, e outras especificidades. Porém, na cultura árabe/islâmica a mulher ainda é vista em um patamar de inferioridade se comparada com o homem¹⁴³, o que torna a expressão “universal” dessa declaração uma falácia¹⁴⁴. O Direito é um produto cultural humano e o Direito Internacional não tem como funcionar enquanto tentar tratar todas as culturas humanas como iguais.

Outra problemática derivada da incapacidade de se perceber as diferenças culturais refere-se às tentativas de resolver conflitos internacionais ou transnacionais por meio de métodos genéricos que não levam em consideração as particularidades locais. Um exemplo é a proliferação de mediadores que tentam resolver conflitos externos exportando métodos sem a adequada adaptação ao contexto local. Douglas Yarn analisa as tentativas dos membros da comunidade norte-americana de resolução de conflitos que, após a o fim da Guerra Fria, passaram a querer resolver os conflitos transnacionais. Yarn destaca que as intervenções muitas vezes não foram adequadas. No caso da África, destacou-se que mediadores externos algumas vezes impediram o processo de paz, pois a sua pura proliferação pode dificultar e não ajudar. A proliferação de mediadores pode prejudicar a coerência, a consistência e a responsabilidade, elementos cruciais para uma mediação bem-sucedida¹⁴⁵.

O problema central identificado por Yarn é a “exportação” das formas de resolver conflitos, ou seja, a aplicação da experiência doméstica em outras sociedades e culturas. O autor defende que muitos modelos de resolução de conflitos podem ser aplicados em outros locais, porém, devem ser adaptados ao específico contexto cultural de aplicação¹⁴⁶.

¹⁴³ SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, Pós-Modernidade e Transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas. p. 99.

¹⁴⁴ Sobre os direitos humanos como uma construção ocidental, não global, consultar: GALTUNG, Johan. **Direitos Humanos: uma nova perspectiva**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

¹⁴⁵ YARN, Douglas H. Transnational Conflict Resolution Practice: A Brief Introduction to the Context, Issues, and Search for Best Practice in Exporting Conflict Resolution. **Conflict Resolution Quarterly**, v. 19, n. 3, primavera 2002. p. 304.

¹⁴⁶ YARN, Douglas H. Transnational Conflict Resolution Practice: A Brief Introduction to the Context, Issues, and Search for Best Practice in Exporting Conflict Resolution. p. 303.

Além disso, boa parte dessas tentativas de universalização de direitos e de métodos de resolução de conflitos internacionais e transnacionais é uma roupagem utilizada para encobrir outros fins. Como destacam Mattei e Nader, as potências dominantes têm-se apropriado de recursos e ideias pertencentes a outros povos, disfarçando tal prática sob justificativas como levar civilização, desenvolvimento, modernização, democracia e Estado de Direito¹⁴⁷. A política, detentora e criadora do Direito, é normalmente controlada por quem detém o poder, pequenos grupos político-econômicos que influenciam a criação do Direito e sua imposição internacional para favorecer os próprios interesses.

Esse é um fenômeno que tem ocorrido historicamente. Em todo o continente americano, a falta de propriedade individual justificara a apropriação de terras indígenas. A concepção ocidental do Estado de Direito foi imposta, por meio de diversas estratégias, à China e ao Japão em fins do século XIX e primórdios do séc. XX, a fim de abrir o mercado asiático à pilhagem estrangeira. Hoje, o Estado de Direito conta com o apoio dos chamados planos de ajustes estruturais, instrumentos pelos quais as instituições financeiras internacionais (Banco Mundial e FMI) condicionam seus empréstimos¹⁴⁸.

Sob a liderança dos Estados Unidos, o mundo ocidental, convencido de sua posição superior, conseguiu difundir a ideologia do Estado de Direito como um conjunto de ideias de validade universal, tanto em assuntos internos quanto externos¹⁴⁹.

O modo como o Estado de Direito vem sendo usado para justificar a pilhagem requer uma série de instrumentos, inclusive a noção de hegemonia, ou seja, o poder alcançado por uma combinação de força e consentimento. O poder não pode ser mantido de maneira indefinida apenas por meio da força. Mais

¹⁴⁷ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 2.

¹⁴⁸ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 26-27.

¹⁴⁹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 27.

comumente, é imposto a grupos de indivíduos que, de maneira mais ou menos “voluntária”, aceitam a vontade do mais forte¹⁵⁰.

Nas relações internacionais, o papel do consumismo na difusão e na aceitação final dos valores norte-americanos em países como aqueles do ex-bloco socialista exemplifica claramente de que modo se obtém esse consentimento, que é a chave da hegemonia¹⁵¹.

Enquanto a força em geral pertence à esfera de ação de instituições repressivas como o exército ou a polícia, o consentimento costuma ser produzido por instituições como escolas e igrejas, e também pela mídia, conforme ilustra o multibilionário empenho dos Estados Unidos no combate às drogas. Essas instituições permitem a assimilação da ideologia hegemônica por todas as classes sociais¹⁵².

A ideologia hegemônica acaba se transformando, e assim se legitimando, naquilo que se define como “opinião pública”, que, como destaca Herman Heller, “[...] nunca consistem em opiniões teóricas unicamente, mas em opiniões de vontade e em juízos que servem como armas para a luta política ou para conseguir prosélitos políticos.”¹⁵³.

Que algo seja definido como opinião pública não significa que seja reconhecido intimamente como verdadeiro por todos e nem mesmo pelos que exercem influência política decisiva. A sua validade consiste unicamente em que cada qual, com o seu agir socialmente eficaz, os reconhece externamente. Cada um, mediante sua conduta pública, ao menos pela ausência de crítica, aparece como se estivesse de acordo com ela. A opinião pública toma sobre si o papel que pertencia à disciplina eclesiástica na Idade Média de velar pela moral social¹⁵⁴.

Porém, o que consolida a opinião pública não é o seu valor de verdade, e sim de efetividade. Ou seja, a lenda referente a um homem substitui o próprio

¹⁵⁰ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 29.

¹⁵¹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 29.

¹⁵² MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 29.

¹⁵³ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 212.

¹⁵⁴ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. p. 213.

homem, o mito de uma realidade produz frequentemente o mesmo efeito de legitimação da própria realidade. Aos olhos da opinião pública, o êxito legitima, sobretudo se alcança permanência, qualquer ato, por pior que seja a intenção de onde surgiu e por condenáveis que sejam os meios de que se valeu para triunfar¹⁵⁵.

O conteúdo da opinião pública só pode consistir em princípios e doutrinas muito gerais e facilmente compreensíveis, algo como *slogans*. Ideias que exigem certo grau de conhecimento ou especial capacidade intelectual ou que exijam difíceis demonstrações não podem ser acolhidas por ela. A opinião pública julga, em geral, as questões políticas segundo motivos sentimentais e anticríticos, já que é fácil se entusiasmar por *slogans* de colorido idealismo¹⁵⁶.

A pressão sobre a exteriorização de opiniões realiza-se sempre mediante a ameaça, a compra ou o convencimento, ou seja, por uma superioridade social, econômica ou intelectual de um sobre os demais. As fronteiras entre a coação e a aceitação, entre a pressão externa e a coação interna, são sumamente imprecisas¹⁵⁷.

Os condutores que regulam ativamente a opinião pública são sempre uma minoria, as suas opiniões são propagadas por um grande número de intermediários para serem depois aceitas pela massa dos que só intervêm passivamente na vida política. O seu conteúdo é criado por aquela minoria política ou economicamente mais forte que, graças aos seus meios de poder, está em condições de canalizar ou extinguir as diversas opiniões existentes¹⁵⁸.

A imprensa consiste no mais influente porta-voz da opinião pública. Quando não se trata de órgãos declarados de partidos, o negócio midiático é uma empresa de grande capital pertencente, na sua maior parte, a pessoas que geralmente têm os seus negócios fora do jornal e que se valem dele para favorecer interesses bancários ou industriais ou para vendê-lo ao banco que aparece como

¹⁵⁵ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. p. 214.

¹⁵⁶ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. p. 214.

¹⁵⁷ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. p. 216.

¹⁵⁸ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. p. 216-217.

melhor licitante. Em todo caso, fazendo depender sua opinião do dinheiro que entra e da publicidade¹⁵⁹.

É essa manipulação que permite a inserção da ideologia hegemônica nas pessoas, legitimando os atos de exportação do Estado de Direito com fins de pilhagem de forma que contenha o apoio da opinião pública.

A partir dessa instrumentalização de informações, Mattei e Nader apresentam três modelos de imposição do Direito. Uma das formas de justificar a dominação e a pilhagem é a generalização e a criação de estereótipos para fins de controle, permitindo a minimização da complexidade dos diferentes contextos sociais. O outro é descrito como simples, primitivo, básico, estático, carente de princípios ou regras fundamentais e necessitando das coisas mais simples e óbvias, resultando em uma incapacidade básica de autodeterminação¹⁶⁰.

Um exemplo disso é o Oriente Médio islâmico, formado por mais de 25 países, com uma variedade muito complexa de leis, culturas, povos e instituições, mas constantemente definido como o “mundo árabe” ou “mundo muçulmano”, como se fossem iguais e não houvesse variações entre eles¹⁶¹.

Simplificações do mesmo tipo também são feitas para a exportação do Estado de Direito. Uma forma é pela imposição legal pela força militar. Napoleão impôs seu código civil à Bélgica sob ocupação francesa no começo do séc. XIX. O general McArthur impôs ao Japão pós-Segunda Guerra Mundial uma série de reformas jurídicas com base no modelo norte-americano como condição do armistício que se seguiu ao bombardeio de Hiroshima. Hoje, eleições em estilo ocidental e várias outras leis que regem a vida cotidiana são impostas a países sob ocupação dos Estados Unidos, como o Afeganistão ou o Iraque¹⁶².

Um segundo modelo de imposição do Direito é feito via barganha, no sentido que sua aceitação é parte de uma sutil extorsão. Os países-alvo são convencidos a adotar estruturas jurídicas que seguem padrões ocidentais para não

¹⁵⁹ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. p. 217.

¹⁶⁰ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 31.

¹⁶¹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 31-32.

¹⁶² MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 32.

serem expulsos dos mercados internacionais. É uma prática atualmente usada pelo Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional – FMI, Organização Mundial do Comércio – OMC e outras agências ocidentais de desenvolvimento como a Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional – Usaid, o Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento, etc., nos países em desenvolvimento e no ex-mundo socialista¹⁶³.

A questão econômica merece um destaque especial, pois, como destaca Luigi Ferrajoli, a crise econômica que ocorre em todos os países do ocidente capitalista gerada pela desregulamentação financeira é o principal fator moderno da crise da democracia. O que tem ocorrido é uma submissão da política à economia¹⁶⁴.

De um lado, o papel de governo da política nas formas de representação democrática e o papel normativo do Direito estatal são esvaziados pela perda da soberania dos Estados, pela crise de representatividade dos partidos, pelos conflitos de interesses e pela sobreposição, aos poderes públicos, dos poderes econômicos e financeiros de caráter transnacional¹⁶⁵.

Não há mais o governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política. Não são mais os Estados com as suas políticas que controlam os mercados e o mundo dos negócios, mas são os mercados financeiros que controlam e governam os Estados. Não são mais os governos e os parlamentos democraticamente eleitos que regulam a vida econômica e social em função de interesses públicos gerais, mas são as potências invisíveis e politicamente irresponsáveis do capital financeiro que impõem aos Estados políticas antidemocráticas e antissociais em benefício de interesses privados e especulativos. Uma das razões dessa inversão é a assimetria entre o caráter ainda

¹⁶³ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 32-33.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 148.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 148.

substancialmente local dos poderes estatais e o caráter global dos poderes econômicos e financeiros¹⁶⁶.

De outro lado, está se desenvolvendo um processo desconstituente dos ordenamentos que se manifesta no progressivo desmantelamento do Estado social, na redução dos serviços sociais e das garantias da educação e da saúde, no crescimento da pobreza, da precariedade do trabalho e do desemprego, na diminuição dos salários, das pensões, e na restrição dos direitos dos trabalhadores¹⁶⁷.

Um terceiro modelo de inserção do Estado de Direito, concebido como fundado em um consenso absoluto, é o da disseminação por prestígio, um processo deliberado de admiração institucional que leva à recepção do Direito. Esse modelo reduz a dimensão de poder imediato e cultiva um estereótipo de superioridade ocidental. Do seu ponto de vista, uma vez que a modernização requer grande complexidade de técnicas jurídicas e acordos institucionais, o sistema jurídico receptor, mais simples e primitivo, não tem como enfrentar com êxito as novas necessidades que lhe são apresentadas. Falta-lhe a cultura do Estado de Direito, algo que só pode ser importado do Ocidente¹⁶⁸.

Todo país que em seu desenvolvimento jurídico importou o Direito ocidental, reconheceu sua inferioridade jurídica, admirando e tentando importar voluntariamente instituições ocidentais. Exemplos modernos são a Turquia da época de Ataturk, a Etiópia da época de Hailé Selassié e o Japão durante a restauração Meiji. O contexto institucional do país receptor é assim rebaixado à condição de pré-moderno, inflexível e incapaz de evolução autônoma¹⁶⁹.

Além disso, se a transposição falhar, como ocorreu nas tentativas de impor a regulamentação à maneira ocidental ao mercado de ações russo ou das várias iniciativas associadas ao direito e ao desenvolvimento, a culpa será sempre

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 149.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 148.

¹⁶⁸ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 33.

¹⁶⁹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 33.

da sociedade receptora. Culpam-se as deficiências e faltas locais que impediram a implantação e o desenvolvimento bem-sucedido do Estado de Direito¹⁷⁰.

Quando o Banco Mundial produz um relatório sobre o avanço de questões na esfera jurídica, o documento quase sempre demonstra insensibilidade diante das complexidades locais e sugere transposições radicais e universais de concepções e instituições ocidentais. O fracasso inevitável dessas estratégias simplórias, atribuído ao país receptor, reforça a arrogância e as atitudes autogratificantes do Ocidente ao mesmo tempo que estigmatiza o país em questão¹⁷¹.

Todo esse contexto resulta na incapacidade dos sistemas jurídicos tradicionais (nacional e internacional) de lidar com a complexidade contemporânea. Cruz e Oliviero resumem a questão: tanto o Direito Nacional quanto o Direito Internacional, mesmo considerando-se a criação de novas estruturas e organizações interestatais, não geraram mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais. Também o Direito Comunitário, que regula uma das manifestações da nova ordem mundial, caracterizada por novas relações e novas manifestações de atores e instituições, não apresenta bases teóricas suficientes para a caracterização de um ou mais espaços públicos transnacionais¹⁷².

É por toda essa problemática que o Direito Transnacional não pode estar na mão de uma, ou algumas, vontade soberana, e sim ser identificado na prática, de acordo com os costumes e conciliando as diferentes práticas jurídicas globais, conforme prática comum na época romana.

Apesar da clara necessidade de se pensar o Direito de forma diferente para lidar com todo esse cenário transnacional, o Direito Transnacional ainda encontra muitas barreiras em sua evolução, principalmente porque a formação dos juristas continua sendo baseada nas lógicas tradicionais de nacional e internacional.

¹⁷⁰ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 33-34.

¹⁷¹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. p. 34.

¹⁷² CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. p. 22.

1.6 O DESAFIO DO DIREITO TRANSNACIONAL HOJE PERANTE A MENTALIDADE E O ENSINO JURÍDICO TRADICIONAL

Um dos grandes desafios do Direito Transnacional é como criar o diálogo necessário entre juristas de diferentes países, com diferentes formações, pois como alerta Meneghetti, “Os advogados não sabem falar entre eles, porque cada um tem o fundamento sobre Constituições diferentes, e cada código e jurisprudência se diferenciam.”¹⁷³.

Os sistemas jurídicos são diversos, os três mais representativos são o *common law*, o *civil law* e o direito islâmico, mas há ainda o direito judaico, o chinês, o japonês, entre outros. Esses sistemas jurídicos possuem maneiras distintas de se estruturar e aplicar o Direito, de forma que inevitavelmente se chocam. A contradição principal reside em sistemas jurídicos como o islâmico, cuja fonte principal é o Corão, ou seja, o Estado está organizado conforme leis religiosas, e os sistemas jurídicos ocidentais, que partem da ideia de um Estado laico¹⁷⁴.

Assim reflete Soares que:

Havendo uma compreensão de que o Direito hoje precisa se adaptar a Globalização, não pode mais ser exclusivo de uma Nação, precisa ser pensado de forma global, de forma transnacional, parte-se para a problemática de como harmonizar sistemas jurídicos tão diferentes em cada país, como elaborar normas que possam conciliar culturas tão distintas como as do ocidente e do oriente¹⁷⁵.

Como destaca Delmas-Marty, o pensamento jurídico tradicional, vinculado ao binário Nacional/Internacional, não se ajusta à pluralidade das normas, sobretudo quando se trata de normas imprecisas, como são a maioria dos princípios inscritos na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, ou ainda as normas fracamente hierarquizadas, como são os princípios da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ou, pior ainda, a normas não hierarquizadas e contudo simultaneamente

¹⁷³ MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2009. p. 33.

¹⁷⁴ SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, Pós-Modernidade e Transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas. p. 99-100.

¹⁷⁵ SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, Pós-Modernidade e Transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas. p. 102.

aplicáveis sem que seja dada primazia, em caso de conflito, a um sistema sobre o outro, como ocorre com a dualidade das normas europeias oriundas de um lado dos tratados das Comunidades, depois da União Europeia, e, de outro, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem adotada pelo Conselho da Europa¹⁷⁶.

Assim, é fundamental hoje que os ensinamentos jurídicos passem a ensinar concomitantemente a análise jurídica transnacional, afinal poucas transações ou disputas permanecem totalmente em âmbito doméstico nos seus efeitos e regulamentações. Os objetivos do Direito em um sistema internacional ou transnacional podem ser mais amplos, profundos e ambiciosos e o cumprimento desse sistema é diferenciado do Direito doméstico. Camadas de análises dos vários processos da produção e aplicação normativa ampliam o escopo do que estudantes e profissionais de Direito estudam e precisam saber¹⁷⁷.

Há uma grande variedade de leis (códigos, estatutos, diretivas, decisões administrativas, resoluções, prêmios, acórdãos, etc.) materiais jurídicos, documentos e regras procedimentais para aprender em análise internacional, mas também há mais ferramentas interpretativas, formas e métricas de análise para aprender, incluindo culturais, sociológicas, históricas e linguísticas, assim como jurídicas. Assim, a análise jurídica internacional ensina a importância do pluralismo e da multidisciplinaridade em análise jurídica e múltiplas estratégias interpretativas¹⁷⁸.

Alunos de Direito devem aprender sobre a contingência (histórica, política e social) da lei. O Direito é “plástico” e flexível o suficiente para ser adaptado às necessidades de sociedades particulares, pois objetivos, decretos e mecanismos de execução mudam e variam com as necessidades humanas que são socialmente construídas por diferentes unidades sociais ao longo do tempo¹⁷⁹.

No Direito Transnacional, as relações entre diferentes níveis de autoridade difere do Direito doméstico. Em âmbito internacional, o Direito é tanto horizontal como vertical em autoridade, diferente do sistema estritamente hierárquico

¹⁷⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. X.

¹⁷⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 106.

¹⁷⁸ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 106-107.

¹⁷⁹ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 107.

das cortes em nível nacional. Não existem autoridades superiores em direito internacional com a autoridade de uma corte constitucional nacional. O Tribunal Internacional de Justiça possui mais jurisdição consensual do que compulsória, mas existem instituições internacionais com estruturas apelativas¹⁸⁰.

A análise jurídica internacional ensina humildade jurídica, demonstra como os outros pensaram de maneira diferente sobre problemas jurídicos e que tipos de direitos e remédios podem ser promulgados para alcançar determinados objetivos. O Direito Transnacional também ensina sobre interdependência humana. Em um nível normativo, a análise internacional demonstra que pode-se agir conjuntamente para fazer um mundo melhor e mais justo para a maior número de pessoas possível¹⁸¹.

O estudo moderno de Direito Transnacional é também um estudo de poder e jurisdição. Com fontes plurais de leis e muitas localizações e tipos de instituições para aplicar essas leis, os juristas devem aprender os rigores da escolha da lei (qual lei aplica-se a uma disputa ou transação) e as estratégias de escolha de fórum (qual tribunal é mais provável de ter o poder para executar em ativos em uma jurisdição ou dar uma ordem que pode ser executada). E com múltiplas partes em uma disputa ou transação fazendo escolhas similares, haverá a questão da coisa julgada, do *bis in idem*, os efeitos de múltiplas decisões ou julgamentos do mesmo caso em diferentes locais, e outras questões de litígio internacional e resolução de litígios¹⁸².

Os alunos de Direito, para estarem preparados para atuar nesse contexto transnacional, devem aprender uma combinação de teoria e conteúdo substantivo orientado a problemas que estimula questões sobre como e o que pensar, com aprendizado experiencial que situa e contextualiza questões intelectuais difíceis em sua concretude real para a resolução de problemas legais do mundo real sobre o que fazer e o que precisa ser aprendido para resolver problemas legais¹⁸³.

¹⁸⁰ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 107-108.

¹⁸¹ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 108-109.

¹⁸² MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 116.

¹⁸³ MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study “Transnational” Law. p. 118.

Além de todas essas questões, e interconectando todas elas, reside a importância de se entender o Direito não como um conjunto de normas positivas postas por um poder soberano (Estado), mas como uma racionalidade, e é nessa racionalidade que o estudo do Direito Romano republicano pode ensinar muito para a análise jurídica transnacional.

CAPÍTULO 2

A IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA DA REPÚBLICA ROMANA E DO DIREITO ROMANO PARA A CONTEMPORANEIDADE

2.1 A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA HISTÓRIA

Tratando-se o presente trabalho de um período antigo da humanidade, mais especificamente da República romana tardia de 287 a.C. a 27 d.C., importante iniciar esclarecendo a relevância para a atualidade de se estudar a História.

Michael J. Eula elucida que a História não é simplesmente uma interpretação de fatos do passado. Os seres humanos começam a pensar historicamente quando ultrapassam uma compreensão do tempo restrita a fenômenos como o ciclo de vida individual ou os ciclos sazonais. Como método de pensamento, a História começa quando as pessoas começam a reconhecer eventos discerníveis e mudanças sociais nas quais as próprias pessoas estão conscientemente envolvidas e em que essas pessoas - ou outras - se propõem a influenciar esses eventos ou transformações sociais¹⁸⁴.

Peter N. Stearns afirma que a História auxilia entender as pessoas e a sociedade. A História oferece um depósito de informações sobre como as pessoas e as sociedades se comportam. Uma dependência exclusiva de dados atuais dificultaria desnecessariamente a tentativa de compreensão. Somente com base na história é possível avaliar a guerra se a nação está em paz; entender o gênio, a influência da inovação tecnológica, ou o papel das crenças na formação da vida familiar¹⁸⁵.

A História serve, por mais imperfeita que seja, como laboratório, e os

¹⁸⁴ EULA, Michael J. The Notion of History and Its Importance for a Community. Disponível em: <http://co.genesee.ny.us/docs/History/The_Notion_of_History_and_its_Importance_for_a_Community.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019. p. 1.

¹⁸⁵ STEARNS, Peter N. Why Study History? **American Historical Association**, 1998. Disponível em: <[https://www.historians.org/about-aha-and-membership/aha-history-and-archives/historical-archives/why-study-history-\(1998\)](https://www.historians.org/about-aha-and-membership/aha-history-and-archives/historical-archives/why-study-history-(1998))>. Acesso em: 27 fev. 2019.

dados do passado servem como evidência mais vital na busca inevitável de descobrir por que a complexa espécie humana se comporta como nos ambientes sociais. Isso, fundamentalmente, é por que não se pode ficar longe da História: ela oferece base evidencial extensa para a contemplação e análise de como as sociedades funcionam, e os indivíduos precisam ter algum senso de como as sociedades funcionam simplesmente para administrar suas próprias vidas¹⁸⁶.

A História permite entender a mudança e como a sociedade em que se vive tornou-se o que é. O passado influencia o presente e também o futuro. Em qualquer momento em que se tenta saber por que algo aconteceu, como uma mudança de partido político dominante em um parlamento, um aumento da taxa de suicídio de adolescentes, uma determinada guerra, etc., deve-se olhar para fatores que se formaram anteriormente¹⁸⁷.

Às vezes a história recente é suficiente para explicar um fato, mas muitas vezes é necessário olhar mais para trás para identificar as causas da mudança. Com o estudo da História pode-se entender como as coisas mudam, através da história pode-se começar a compreender os fatores que causam mudanças e entender que elementos de uma instituição ou de uma sociedade persistem apesar da mudança¹⁸⁸.

Conforme destaca Mattoso, a História permite entender o mundo em que se vive. É a História que permite compreender a relatividade das coisas, das ideias, das crenças e das doutrinas, e:

[...] a detectar por que razão, sob aparências diferentes, se voltam a repetir situações análogas, se reproduz a busca de soluções parecidas ou se verificam evoluções paralelas. O historiador está sempre a descobrir no passado longínquo e recente o mesmo e o outro, a identidade e a variância, a repetição e a inovação [...]¹⁸⁹.

Analisar como eram as coisas no passado, de onde surgiram as ideias do

¹⁸⁶ STEARNS, Peter N. Why Study History?

¹⁸⁷ STEARNS, Peter N. Why Study History?

¹⁸⁸ STEARNS, Peter N. Why Study History?

¹⁸⁹ MATTOSO, José. **A Função Social da História no Mundo de Hoje**. Lisboa: A.P.H., 1999. p. 16-17.

homem contemporâneo, permite compreender melhor os fenômenos atuais, relativizando muitas ideias absolutas ao se perceber os verdadeiros motivos da criação de tantas coisas. Estudar os problemas do passado, muitos que hoje se repetem, e as consequências que tiveram determinadas ações, analisando-se o que deu certo e o que não deu, permite pensar com mais clareza qual tipo de abordagem deve ser tomada em uma situação de crise.

O historiador grego Tucídides já destacava a importância da História na análise de eventos que se repetem ao relatar a guerra do Peloponeso em sua obra-prima:

Pode acontecer que a ausência do fabuloso em minha narrativa pareça menos agradável ao ouvido, mas quem quer que deseje ter uma ideia clara tanto dos eventos ocorridos quanto daqueles que **algum dia voltarão a ocorrer em circunstâncias idênticas ou semelhantes em consequência de seu conteúdo humano**, julgará a minha história útil e isto me bastará. Na verdade, ela foi feita para ser um patrimônio sempre útil, e não uma composição a ser ouvida apenas no momento da competição por algum prêmio¹⁹⁰.

Como elabora Standler, o estudo da História demonstra que pessoas, tanto individualmente quanto grupos ou nações, repetidamente encontram os mesmos tipos de problemas. Entendendo o como e o porquê de uma resposta a um particular problema do passado, entendendo também os resultados dessa resposta, talvez possa-se desenvolver uma melhor resposta quando o problema ocorrer novamente. Nesse contexto, a História é útil para prever os resultados de uma resposta dada a um problema¹⁹¹.

Isso não significa que, como destaca Goh, a História tenha a resposta ou solução para os problemas atuais. Até certo ponto, todos os eventos históricos são únicos porque a história nunca exatamente "se repete". Mesmo o estudo de paralelos históricos próximos não fornecerão soluções específicas para os problemas atuais. Mas tentar lidar com os problemas contemporâneos sem buscar

¹⁹⁰ TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001. p. 14-15.

¹⁹¹ STANDLER, Ronald. B. What Is History and Why Is History Important? Fev. 2013. Disponível em: <<http://www.rbs0.com/wh.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019. p. 2.

conhecer o seu contexto histórico relevante é altamente indesejável e, talvez, perigoso¹⁹².

Defende Alves que

[...] o conhecimento do passado é um substituto da experiência; é um alargamento da experiência vivida; é uma introdução ao possível, ao provável e ao humano. Este sentido deve ajudar a saber ouvir os outros, a agradecer a partilha da experiência, a compreender que há outros valores, a evitar um sentido unívoco da vida, a garantir uma maior disponibilidade que evite o permanente atrito entre gerações¹⁹³.

O conhecimento do passado alarga a experiência vivida ao ensinar as experiências já passadas pelos outros no passado e quais foram as consequências delas, demonstrando possibilidades e caminhos na vida do homem atual, revelando ideias antes ignoradas, compreendendo que há no mundo e na sua história muito mais do que se sabe e se acredita.

Como destaca Stearns, a experiência em avaliar exemplos passados de mudança é vital para entender a mudança na sociedade atual, é uma habilidade essencial em um mundo que está em constante mudança. A análise da mudança significa desenvolver alguma capacidade para determinar a magnitude e o significado da mudança, pois algumas mudanças são mais fundamentais do que outras. Comparar as mudanças específicas de exemplos relevantes do passado auxilia os indivíduos a desenvolver essa capacidade. A capacidade de identificar as continuidades que sempre acompanham as mudanças mais dramáticas também vem do estudo da História, assim como a habilidade de determinar as prováveis causas da mudança¹⁹⁴.

Dessa maneira, a História permite encontrar pontos de referência no passado que diminuem a angústia e a incerteza do presente. O quadro de referências que a História fornece, muitas vezes minimiza a importância dos

¹⁹² GOH, Chor Boon. The Relevance of History To Our Lives Today. **Teaching and Learning**, Singapore, v. 10, n. 1, p. 75-82, 1989. p. 78.

¹⁹³ ALVES, Luís Alberto Marques. A Função Social da História. **E-f@bulações**, Porto, v. 5, p. 18-22, dez. 2009. p. 21.

¹⁹⁴ STEARNS, Peter N. Why Study History?

problemas e daquilo que parece essencial, evidencia as permanências naquilo que muda, garante parâmetros e um maior fundamento racional nas decisões. A paz de espírito pode ser uma das utilidades do estudo da História por conceder conhecimento das experiências passadas que podem servir de expectativas para o futuro. Qualquer ação é concebida dentro de um certo contexto e de um certo jeito, assim, o conhecimento de elementos históricos auxilia no que é possível ser feito¹⁹⁵.

Como destaca Peter Lee, não se escapa do passado, pois ele é construído a partir de conceitos que as pessoas empregam para lidar com o dia a dia do mundo físico e social. Qualquer conceito atual possui um significado nos dicionários, porém não é possível compreender inteiramente um instituto somente com a sua definição, é necessário saber a história, o desenvolvimento de tal termo para entender o que o seu significado implica. A própria noção de ciência importa a concepção de como determinadas formas ou atividades têm dado conta cientificamente do passado. A noção dos estados-nações é inevitavelmente relacionada com a compreensão histórica dos mesmos. O passado dá concreticidade aos conceitos. Em muitas áreas do conhecimento, o passado é a referência para o conhecimento de regras e a capacidade de selecionar acontecimentos. Alternativamente, o passado pode funcionar como árbitro na determinação se a aplicação de uma regra pode ser satisfatória ou não¹⁹⁶.

Também é o passado que revela a verdadeira natureza de uma instituição, que dificilmente poderá ser considerada como algo espontâneo. Ou falar no renascer de uma instituição somente será inteligível com uma invocação do passado. O termo “Guerra Fria” é o nome de uma série de eventos particulares e também de certa espécie de comportamento por parte de pessoas, governos e Estados. É um termo que parecia ter ficado no passado, mas frequentemente é retomado, principalmente pela mídia, em que se anuncia o seu retorno. Esse tipo de análise e compreensão de suas consequências só pode ser realizado a partir do

¹⁹⁵ ALVES, Luís Alberto Marques. A Função Social da História. p. 21, 36.

¹⁹⁶ LEE, Peter. Por que aprender História? **Educar em Revista**, Curitiba, n. 42, p. 19-42, out./dez. 2011. p. 20.

estudo da história do instituto¹⁹⁷.

Conhecer a história é também conhecer sociedades, nações, partidos políticos, instituições, que ainda existem e têm tradições e normas com base na sua história. Isso significa conhecer o sistema de valores e crenças e as condições materiais em que são baseados. Conhecendo como as sociedades forma ordenadas que é possível agir. E isto é reconhecer a importância das contingências, ou seja, acidentes, coincidências ou outros imprevisíveis acontecimentos, em todas os empreendimentos humanos, relacionamentos e instituições¹⁹⁸.

A História fornece identidade. Dados históricos incluem evidências sobre como famílias, grupos, instituições e Estados foram formados e como evoluíram enquanto mantendo coesão. As histórias que contam a história nacional, enfatizando características distintivas da experiência nacional, têm como objetivo levar a compreensão dos valores nacionais e o compromisso com a lealdade nacional¹⁹⁹. Defende Winston Churchill: “A nation that forgets its past has no future.”²⁰⁰.

Dessa forma, a História também desenvolve cidadania, provendo dados sobre o surgimento de instituições, problemas e valores nacionais. Oferece evidências também sobre como as nações têm interagido com outras sociedades, fornecendo perspectivas internacionais e comparativas essenciais para uma cidadania responsável. Além disso, o estudo da História ajuda a entender como as mudanças recentes, atuais e futuras que afetam a vida dos cidadãos estão surgindo ou podem surgir e quais as causas envolvidas. Mais importante, estudar História estimula hábitos mentais que são vitais para o comportamento público responsável, seja como líder nacional ou comunitário, um eleitor informado, um peticionário ou um simples observador²⁰¹.

O estudo da história também pode expandir a concepção do indivíduo de que o homem é capaz, mostrando o que ele fez, pensou e foi, e como mudou.

¹⁹⁷ LEE, Peter. Por que aprender História? p. 20-21.

¹⁹⁸ LEE, Peter. Por que aprender História? p. 38.

¹⁹⁹ STEARNS, Peter N. Why Study History?

²⁰⁰ “Uma nação que esquece seu passado não tem futuro.”. *apud* ENRIGHT, Dominique (Ed.). **The Wicked Wit of Winston Churchill**. London: Michael O’Mara, 2001. p. 146. Tradução nossa.

²⁰¹ STEARNS, Peter N. Why Study History?

Demonstra uma imensa gama de exemplificações concretas de ideais individuais, manifestações de modos de vida que é possível levar. Pessoas podem assumir objetivos diferentes, papéis diferentes e diferentes estilos de vida. A história fornece pistas das possibilidades que não são encontradas exemplificadas no mundo atual, sobre as quais nenhuma atenção é dada, ou das consequências que ainda não foram compreendidas²⁰².

Nessa mesma linha, Stearns destaca que a História fornece base para contemplações morais. Estudar as histórias de indivíduos e situações no passado permite a um sujeito testar seu próprio senso moral, aperfeiçoar algumas das complexidades reais que os indivíduos enfrentam em contextos difíceis. As pessoas que resistiram à adversidade não apenas em algum trabalho de ficção, mas em circunstâncias históricas reais, podem fornecer inspiração. Não se trata apenas de “heróis”, grandes homens ou mulheres da história que trabalharam com sucesso através de dilemas morais, mas também de pessoas mais comuns que fornecem lições de coragem, diligência ou protesto construtivo²⁰³.

Compreendido o amplo espectro da importância do estudo da História, passa-se na próxima seção analisar esse impacto especificamente na história da República Romana, destacando a importância desse período na história da civilização e para o escopo desse trabalho.

2.2 A IMPORTÂNCIA DA REPÚBLICA ROMANA

A história romana é tradicionalmente dividida em três períodos principais que correspondem aos três sistemas sucessivos de organização política de Roma: a Monarquia, desde a fundação de Roma no oitavo século a.C. até 509 a.C.; a República, de 509 a.C. a 27 a.C.; e o Império, de 27 a.C. a 565 d.C. A era republicana é subdividida em duas fases: a República primitiva, de 509 a.C. a 287 a.C., e a República tardia, de 287 a.C. a 27 a.C. A era imperial também é subdividida em duas partes: o Império primitivo ou Principado, de 27 a.C. a 284 d.C., e o Império

²⁰² LEE, Peter. Por que aprender História? p. 39-40.

²⁰³ STEARNS, Peter N. Why Study History?

tardio ou Dominato, de 284 a 565 d.C.²⁰⁴.

O foco do presente trabalho é a República tardia, que, como destaca Bautista, por mais que frequentemente pareça para a atualidade mais relevante a época do esplendor da época imperial, é na República que estão as fundações da grandeza do Império Romano²⁰⁵.

A escolha do período da República tardia é porque é o que a melhor corresponde aos objetivos do trabalho, mas a separação por épocas não é precisa, já que os institutos vão se modificando gradativamente, alguns permanecendo como eram, outros sendo substituídos, não havendo mudanças radicais em momentos precisos. A correspondência do Direito Romano com uma determinada época da história de Roma é aproximativa e não exata. Frequentemente a referência a determinado instituto de Direito Romano não se limita à República tardia²⁰⁶.

O termo inicial do período chamado de República tardia não é tão fácil de precisar com uma data específica, porém corresponde ao momento em que os três núcleos principais do Direito Romano estão suficientemente formados e harmonizados na sociedade romana²⁰⁷. Entende-se por esses três núcleos, de maneira genérica: o *ius civile*, os costumes e as *leges* que se aplicam às relações entre os cidadãos romanos; o *ius gentium*, o direito que se aplica nas relações entre os cidadãos romanos e os estrangeiros (*peregrinos*); e o *ius honorarium*, o direito desenvolvido na prática pela atividade jurisdicional do pretor.

Em relação a expansão de Roma, esse período corresponde ao início das grandes conquistas. Em algumas dezenas de anos, os romanos apossaram-se de Cartago, dos territórios contíguos da Grécia, da Ásia Menor, da Espanha, da Gália e, finalmente, de todas as terras às margens do Mediterrâneo²⁰⁸.

²⁰⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 1.

²⁰⁵ DÍAZ BAUTISTA, Antonio. La Republica Romana. **Anales de Derecho**, Murcia, v. 4, p. 177-186, 1983. p. 177.

²⁰⁶ Porém, como destaca Bretone, depois da República, a partir do Principado, a jurisprudência não é mais livre, mas controlada pelo poder central e depois absorvida na organização burocrática. BREONE, Mario. **Diritto e Pensiero Giuridico Romano**. Firenze: Sansoni, 1976. p. 18.

²⁰⁷ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 2-4.

²⁰⁸ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 53-54.

Como destaca Pietro de Francisci, esse momento histórico representa a passagem de uma Roma primitiva de agricultores e soldados para uma Roma imperial dominadora da bacia do Mediterrâneo e criadora de uma nova civilização unitária que também inclui as forças ainda vivas do mundo grego e oriental²⁰⁹.

O efeito da colonização romana nas populações itálicas é maciço e incisivo. É claro que a subjugação e o destino dos habitantes originais se desenvolvem de maneira diferente de acordo com a situação histórica, havendo casos de massacres ou mesmo de genocídio, e presume-se que a expropriação ou a realocação forçada ocorrem regularmente. Porém, são grandes os efeitos positivos e desenvolvimentais da colonização romana. A fundação das novas comunidades romanas em meio aos povos itálicos marca o início de importantes mudanças no desenvolvimento sócio-político, econômico e cultural das comunidades itálicas²¹⁰.

Primeiro, o desenvolvimento do urbanismo é estimulado pela conquista romana. A forma sociopolítica de Roma se espalha pelas colônias de toda a península e além. Em segundo lugar, o desenvolvimento relacionado de um novo modelo socioeconômico baseado em camponeses independentes é similarmente instigado pelo modelo colonial romano. Terceiro, a nova tecnologia e a cultura, elas próprias refletindo importantes desenvolvimentos sociopolíticos, são disseminadas pelas colônias, tais como cunhagem, construções defensivas e novos tipos de cerâmica, como artigos de lustro negro. Em quarto lugar, novas ideias e modelos religiosos se espalham de Roma para as colônias e de lá influenciam as áreas itálicas²¹¹.

A transformação de Roma em um império acontece simultaneamente com os movimentos sociais que levam a um crescente envolvimento popular na política. Esse processo culmina em 287 a.C. quando as decisões do conselho da plebe²¹²

²⁰⁹ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 14-15.

²¹⁰ STEK, Tesse D. The impact of Roman expansion and colonization on ancient Italy in the Republican period: from diffusionism to networks of opportunity. *In*: FARNEY, G. D.; BRADLEY G. (Ed.). **The peoples of ancient Italy**. Leiden: De Gruyter, 2017. p. 269-294. p. 278.

²¹¹ STEK, Tesse D. The impact of Roman expansion and colonization on ancient Italy in the Republican period: from diffusionism to networks of opportunity. p. 278-279.

²¹² “[...] assembleias próprias da plebe, sem participação de patrícios, elegiam os tribunos da plebe e votavam os plebiscitos, [...]”. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 83.

ganham força de lei graças à aprovação da *Lex Hortensia*. Vinte anos após sua aprovação é que Roma se envolve nas guerras com os rivais mediterrâneos do mais alto escalão, todos derrotados em menos de cinquenta anos, começando por Cartago em 202 a. C., em seguida o reino selêucida em 188 a.C. e finalmente a Macedônia em 167 a.C. Pouco mais de um século após a aprovação da *Lex Hortensia*, Roma torna-se a potência hegemônica do Mediterrâneo²¹³.

A expansão de Roma também teve repercussões de longo alcance no desenvolvimento cultural da sociedade romana. Roma emerge do atraso cultural como resultado da influência grega no terceiro século a.C. Essa influência aumenta à medida que o envolvimento político de Roma se estende para além da Itália até o leste grego e se torna permanente. A civilização grega invade significativamente todos os aspectos da cultura romana, incluindo religião, educação, arte e ciência²¹⁴.

Particularmente influentes são as duas grandes escolas da filosofia helenística²¹⁵, o epicurismo²¹⁶ e o estoicismo²¹⁷. Como essas escolas estão

²¹³ SCOPACASA, Rafael. Poder popular e expansão da República romana, 200-150 a.C. **Topoi**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 37, p. 80-101, jan./abr. 2018. p. 81.

²¹⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 43.

²¹⁵ “Entende-se, com esta expressão, a filosofia da época alexandrina — período seguinte à morte de Alexandre Magno (323 a.C.) —, que compreende as três grandes linhas mestras: Estoicismo, Epicurismo e Ceticismo [...]. p. 497.

²¹⁶ “Escola filosófica fundada por Epicuro de Samos no ano 306 a.C. em Atenas. Suas características, que têm em comum com as demais correntes filosóficas do período alexandrino a preocupação de subordinar a investigação filosófica à exigência de garantir a tranquilidade do espírito ao homem, são as seguintes: 1 *sensacionismo*, princípio segundo o qual a sensação é o critério da verdade e do bem (este último identificado, portanto, com o prazer); 2 *atomismo*, com que Epicuro explicava a formação e a transformação das coisas por meio da união e da separação dos átomos, e o nascimento das sensações como ação dos estratos de átomos provenientes das coisas sobre os átomos da alma; 3 *semiateísmo*, pelo qual Epicuro acreditava na existência dos deuses, que, no entanto, não desempenham papel nenhum na formação e no governo do mundo.”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 337.

²¹⁷ “[...] fundada, por volta de 300 a.C, por Zenão de Cício. [...] Com as escolas da mesma época, epicurismo e ceticismo, o E. compartilhou a afirmação do primado da questão moral sobre as teorias e o conceito de filosofia como vida contemplativa acima das ocupações, das preocupações e das emoções da vida comum. [...] Os fundamentos do ensinamento estoico podem ser resumidos da seguinte forma: 1 divisão da filosofia em três partes: lógica, física e ética [...] 2- concepção da lógica como dialética, ou seja, como ciência de raciocínios hipotéticos cuja premissa expressa um estado de fato, imediatamente percebido [...] 3 teoria dos signos, que constituiria o modelo da lógica terminista medieval e o antecedente da semiótica moderna [...] 4 conceito de uma Razão divina que rege o mundo e todas as coisas no mundo, segundo uma ordem necessária e perfeita [...] 5 doutrina segundo a qual, assim como o animal é guiado infalivelmente pelo instinto, o homem é guiado infalivelmente pela razão, e a razão lhe fornece normas infalíveis de ação que constituem o direito natural [...] 6 condenação total de todas as emoções e exaltação da apatia como ideal do sábio [...] 7 cosmopolitismo [...], ou seja, doutrina de que o homem não é cidadão de um país, mas do mundo; [...]”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 375.

primariamente preocupadas em oferecer regras de vida, elas concordam bem com as tendências práticas do caráter romano e atraem muitos adeptos, especialmente entre as classes superiores educadas de Roma. O estoicismo, em particular, apela para o senso de dever dos romanos e forma uma força importante e positiva na sociedade. Seu apelo também emanava do fato de que refletia melhor as ideias cosmopolitas daquele tempo²¹⁸. Com a fundação do Principado por Augusto, termina o período helenístico e também a República tardia²¹⁹.

Maquiavel escreve uma de suas maiores obras, *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, analisando os grandes feitos e personagens da República romana. Destaca o florentino que não aceita as afirmativas daqueles que acham que a República romana foi tumultuada e desordenada, inferior aos outros governos da mesma espécie a não ser pela boa sorte que teve e pelas virtudes militares que lhe compensaram os defeitos. Não negando que a sorte e a disciplina tenham contribuído para o poder de Roma, afirma que uma excelente disciplina é consequência necessária de leis apropriadas e que em toda parte onde estas reinam, a sorte, por sua vez, não tarda a brilhar²²⁰.

Cícero, em sua obra *De re publica*, cita as afirmações de Catão, que considera a *civitas* romana superior às demais *civitas*, pois nelas há costumeiramente alguns poucos para constituir a República, fazendo leis e instituições, como Minos em Creta, Licurgo na Lacedemônia, Teseu, Draco, Sólon, Clístenes, entre outros, em Atenas. Porém, a República romana não se constitui pelo gênio de um, mas de muitos, nem acontece no período da vida de um homem, mas em séculos e gerações. Isso porque não pode haver engenho de alguém tão grande que nada escape e nem todos os engenhos reunidos em um só podem prever tanto a ponto de em um único momento abarcar tudo, sem a experiência das coisas e dos acontecimentos²²¹.

²¹⁸ MOUSOURAKIS, George. *A Legal History of Rome*. p. 43.

²¹⁹ SCHULZ, Fritz. *Storia della giurisprudenza romana*. Tradução de: Guglielmo Nocera. Firenze: Sansoni, 1968. p. 77.

²²⁰ MAQUIAVEL. *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. 3. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 31.

²²¹ CÍCERO. Sobre a República. In: BERNARDO, Isadora Prévide. *O De Re Publica, de Cícero*: natureza, política e história. 215 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia,

A República inicia em 509 a.C. com a queda da monarquia, mas o período da República tardia, o auge do desenvolvimento da República, só inicia em torno de 287 a.C., e continua se desenvolvendo após essa data, ou seja, é um processo lento, mas sólido, que garante mudanças sociais ponderadas que resistem ao tempo, e não revoluções improvisadas que desaparecem na história.

Como elucida Corassin:

O modelo político da República romana sempre impressionou os próprios autores antigos: uma República imperial bem-sucedida, com seus legionários, capaz de conquistar e construir um império gigantesco. Os romanos na República eram cidadãos governados por assembleias populares, por magistrados eleitos anualmente e por um conselho vitalício, o Senado. Quando vier o Império terão um príncipe, que se sobrepõe a essas instituições republicanas e que ainda sobreviveram em grande parte. O povo constituía a totalidade dos cidadãos romanos e a fórmula da República *senatus populusque romanus*, SPQR, “o senado e o povo romano” traduzia a síntese do Estado²²².

O termo *res publica* significa coisa pública, designando uma noção tanto política quanto jurídica. República envolve uma organização institucional determinada por regras de Direito, pela solidariedade e união dos cidadãos em uma comunidade; é a expressão política do povo em seu conjunto²²³.

Para os romanos, a República configura-se como uma comunidade de interesses em que todos os cidadãos são coparticipantes em direitos e obrigações. Eles não concebem a sociedade política como sujeita a um poder localizado acima dos cidadãos, mas sim os cidadãos são o poder. Bautista faz um paralelo moderno da República Romana com uma sociedade anônima na qual cada cidadão é um acionista e, conseqüentemente, pode indicar seus administradores e decidir em assembleia sobre os assuntos mais importantes. Porém, como acontece nas sociedades anônimas modernas, alguns desses sócios têm mais ações do que

Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 121-122.

²²² CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. **Projeto História**, São Paulo, n. 33, p. 271-287, dez. 2006. p. 276.

²²³ CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 276.

outros e, portanto, desfrutam de mais influência ao tomar decisões²²⁴.

Como esclarece Corassin, participar da vida cívica na República significa tomar parte nas atividades da guerra e dos deveres militares, contribuir para a fiscalidade, receber eventuais distribuições públicas, ter parte nas decisões tomadas em comum nas assembleias, ou seja, implica em uma série de ações que conferem sentido ao conceito de cidadão. Ser cidadão é muito mais que um simples *status* jurídico, é uma espécie de ofício e de modo de vida²²⁵.

Para obter a adesão e o consenso dos cidadãos, é preciso atender ao interesse de cada um, mediante uma moral coletiva transmitida desde a infância, ensinando o espírito cívico de sacrifício e resignação. Os encargos não podem ser repartidos, caso contrário a adesão se quebra e se rompem os laços cívicos. Portanto, a distribuição do ônus deve ser equilibrada: nem todos os encargos para uns nem todo os benefícios para os outros. Os romanos sabem que possuem um sistema sólido e estruturado ao procurar distribuir vantagens e inconvenientes de modo proporcional²²⁶.

Mas, como soldado e contribuinte, o cidadão romano não é um sujeito passivo que simplesmente obedece, como parte do povo romano ele é dotado de autonomia e iniciativa. As ordens dadas pelos governantes devem expressar a vontade popular, e é nas assembleias que o cidadão se exprime pelo voto acerca dos assuntos de interesse comum²²⁷.

São poucas as obras romanas que buscam traçar o retrato ideal, a moral, os conhecimentos ou o tipo de cultura considerados adequados a quem deve governar a República. Em latim não há nem menos uma palavra para designar o homem político, é simplesmente o *civis*, o cidadão, e o político ideal é o *vir bonus* ou *optimus civis*, o bom ou melhor cidadão²²⁸.

Os que detêm o poder formam um grupo pouco numeroso: no máximo

²²⁴ DÍAZ BAUTISTA, Antonio. La Republica Romana. p. 177-178.

²²⁵ CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 277.

²²⁶ CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 278.

²²⁷ CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 279.

²²⁸ CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 281.

umas cinquenta pessoas por ano ocupando os cargos de magistrados, primeiramente trezentas e depois seiscentas pessoas ocupando os cargos vitalícios do Senado²²⁹ e algumas centenas de cavaleiros²³⁰. Os simples cidadãos, por outro lado, formam uma grande massa. Ainda assim havia uma grande coesão social. A vida na República tardia forma um todo orgânico com uma lógica interna. Há uma relação entre a segurança e grandeza da coletividade e a de cada um dos seus componentes²³¹.

Não faz parte da mentalidade cidadã romana a ideia de relacionar a cidade com um homem ou uma causa transcendente, como um deus ou uma igreja. Sacrificar-se pela cidade é o mesmo que sacrificar-se por si mesmo, pelo interesse próprio ou para assegurar a vida de seus filhos e a segurança de suas terras. Todos os aspectos da vida cívica formam um todo. As obrigações do cidadão não são impostas de fora e sim fazem parte de um contrato implícito que liga entre si os cidadãos livres. Fundamentada nos costumes, a República é submetida a uma disciplina coletiva, livremente aceita, o que reforça a coesão social, dificilmente

²²⁹ “O senado, segundo a tradição, foi instituído por Rômulo, o qual, tendo acolhido na cidade uma multidão de povos vizinhos, escolhe **cem membros anciões** (*senes*) entre as famílias mais ilustres da tribo dos *Ramnenses*, para que o ajudassem na administração do estado. Bem rapidamente, porém, com a entrada de membros que pertenciam às tribos dos *Titienses* e *Luceres*, o número de componentes do senado é triplicado, chegando, então, a **trezentos**.

O senado exprime o próprio parecer (*senatusconsultum*) cada vez que o rei o tivesse convocado para qualquer importante e grave questão de política interna e externa, ratificava ou rejeitava eventuais propostas apresentadas pela assembleia popular.

Em época republicana o senado torna-se o órgão político supremo do estado. O número de seus membros passou daquele originário de trezentos para seiscentos [...] e em direção ao fim da república, com César, para novecentos. Augusto, porém, retornou o número para seiscentos.

Em direção ao fim do séc. II a.C., foram admitidos no senados os representantes de novos grupos familiares em ascensão, também de origem plebeia, desde que tivessem exercido uma magistratura [...] Os senadores patrícios eram chamados “*patres*”, os novos inscritos “*conscripti*”, assim, todo o corpo senatorial foi chamado “***patres conscripti***”. CHILLEMI, Domenico; CHIARELLO, Maria. **Lingua Communis: L'organizzazione politica a Roma**. Torino: SEI, 2011. p. 3. Tradução nossa. Grifos dos autores.

²³⁰ “Durante o segundo século a.C., Roma tornou-se um importante centro comercial e todos os tipos de negócios privados foram estabelecidos para fornecer serviços e produtos manufaturados. A proliferação da atividade econômica é evidenciada pelo desenvolvimento e uso generalizado da moeda, e o estabelecimento de instituições financeiras em Roma e outras cidades italianas. A vida econômica cada vez mais sofisticada de Roma exigia que homens empreendedores dirigissem seu comércio, realizassem a construção de obras públicas, administrassem contratos de guerra e cobrassem impostos. Isto implicou o surgimento de uma importante nova classe de comerciantes e empreendedores, que eram conhecidos como a classe equestre (*ordo equester*).”. MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 41.

²³¹ CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 282.

obtida somente por repressão²³².

O sentido de igualdade social e civil, a intensa tutela da liberdade e o respeito à autonomia individual são grandes características da República romana. Não há distinção entre as classes sociais, nem em matéria de direito penal. O acusado livre não pode ser submetido a tortura. Condenado, tem o direito de apelar a uma assembleia composta por seus pares. O *pater-familias* dispõe livremente de seus bens entre os vivos e em caso da morte recebe a mais ampla liberdade na declaração (*nuncupatio*) de seus últimos desejos. A associação também é totalmente livre, sem limites, sem obrigação de solicitar o reconhecimento do Estado²³³.

Há também, na República romana, oportunidades para a multidão se reunir em grandes cerimônias de tipo religioso ou cívico. A função inicial é reforçar a coesão social nos momentos celebrativos de sua glória ou alegria. Em igualdade, pelo menos aparente, reúnem-se massas e elites, os cidadãos e seus líderes. Reunidos com menor formalidade que nas assembleias populares, os cidadãos aproveitam as presenças dos líderes políticos e militares para expressar, com grande liberdade de palavra e comportamento, as suas opiniões sobre os assuntos da República. Essas ocasiões, frequentes e repetidas, desempenham importante papel nos mecanismos de decisão, pois demonstram a tendência da opinião pública que a classe dirigente precisa levar em consideração²³⁴.

A presença dos cidadãos nesses eventos cívicos é mais frequente que nas democracias modernas. Todo o corpo social é representado de forma orgânica, com os cidadãos inseridos em seus grupos, onde a opinião e o voto de cada indivíduo conta. Não existem partidos políticos, mas os grupos se reúnem em torno de lideranças, de homens políticos influentes, levando em conta solidariedades regionais, alianças, vizinhanças, relações desenvolvidas no fórum²³⁵, interesses comerciais ou financeiros, afinidades ideológicas e políticas, etc. Quase todo

²³² CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 282-283, 286.

²³³ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934. v. 1. p. 113-114.

²³⁴ CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 284.

²³⁵ "Fórum, praça pública ou lugar público; centro em Roma da vida pública, política e judicial: lugar onde se reuniam as *comitia tributa* e onde inicialmente os juízes ditavam suas sentenças.". GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano**. Tradução nossa.

cidadão está inserido nessas relações, com o político e o social se entrelaçando. Não há o isolamento do cidadão vivendo em sua terra, cercado pela sua ignorância²³⁶.

Na civilização romana, diferente de outras civilizações antigas, as mulheres também são consideradas cidadãs, não somente no sentido jurídico, mas também em relação ao seu papel na vida social. Além disso, não são apenas as mulheres das elites que são consideradas cidadãs, mas até mesmo uma humilde escrava e prostituta que possivelmente nem possui descendência romana torna-se cidadã quando seu proprietário a liberta²³⁷.

A República romana tardia também representa o período em que as mulheres conquistam certa emancipação do poder masculino. No âmbito da sexualidade, a mulher romana republicana se permite o prazer sexual livre, sem opção pela maternidade. O exercício da sexualidade se desvincula da função biológica de reprodução e o aborto não só não é considerado crime, como é altamente praticado, apesar da necessidade de consentimento do marido. O divórcio também é possível, sendo que homens e mulheres não hesitam em se divorciar e casar novamente²³⁸.

O sistema da República romana tardia é patriarcal, ou seja, o poder, a propriedade, a política e a economia estão nas mãos dos homens, porém, isso não significa que as mulheres mantêm um papel de passividade. Elas se utilizam de diversas estratégias, incluindo o próprio poder de sedução, para romperem com a opressão masculinas, conseguindo, inclusive, a supressão de leis que as prejudicam²³⁹.

As atitudes de rebelião ou protesto femininas representam uma revolução na condição e na vida das mulheres, sendo que muitas enriquecem, algumas são

²³⁶ CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 285.

²³⁷ GALEN, Cornelis Willem van. **Women and Citizenship:** in the Late Roman Republic and the Early Empire. 232 f. Tese (Doutorado em História) – Radboud Universiteit Nijmegen, Nijmegen, 2016. p. 48.

²³⁸ CIRIBELLI, Marilda Corrêa. Emancipação e Liberação Sexual das Mulheres na República Romana (II e I Séculos a.C.). **PHOÏNIX**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 259-278, 2002. p. 260-261, 265-266, 270-271.

²³⁹ CIRIBELLI, Marilda Corrêa. Emancipação e Liberação Sexual das Mulheres na República Romana (II e I Séculos a.C.). p. 263-264.

mais ricas que os próprios maridos, e penetram nos domínios da vida romana. Não obedecem mais passivamente aos homens. Podem tomar decisões importantes sem consultar o marido. Não se dedicam mais exclusivamente ao lar, competindo com os homens em diversos campos. Algumas inclusive se dedicam a prostituição²⁴⁰.

No campo da educação, as filhas de famílias passam a receber conhecimentos básicos de leitura e cálculo. Algumas escolas são abertas para elas e aprendem a dança e a música. Algumas mulheres continuam sua educação depois de casadas, recebendo ensinamentos de filósofos, escrevem, tocam lira, conhecem a geometria, conhecem a retórica e o Direito²⁴¹.

As mulheres, assim como os homens, acumulam amantes. Elas participam frequentemente de recepções e assistem aos banquetes. Enriquecem em função de seus dotes e das leis romanas. Ignoram seus maridos e dirigem seus próprios negócios. Podem também recorrer à justiça²⁴².

A República também se destaca na sua habilidade em equilibrar e controlar os poderes públicos. A governança do dia-a-dia ocorre através dos magistrados, sendo que os principais são os cônsules, pretores, tribunos, edis e censores. Cada cargo possui mais de um ocupante e cada tipo de magistrado possui autoridade sobre uma área diferente da vida, incluindo poderes executivos, legislativos e judiciais. Os magistrados romanos são submetidos a controles significativos que garantem que a tirania não se instale: seus mandatos são curtos; são eleitos pelo povo (na maioria dos casos); precisam obter a aprovação do povo para certas ações, como a legislativa; podem ser julgados e punidos por abuso de seu cargo após o término de seu mandato; e estão constantemente sujeitos ao escrutínio público porque devem agir publicamente na maioria dos casos²⁴³.

Os magistrados romanos até podem agir de forma independente, mas

²⁴⁰ CIRIBELLI, Marilda Corrêa. Emancipação e Liberação Sexual das Mulheres na República Romana (II e I Séculos a.C.). p. 264-265, 268.

²⁴¹ CIRIBELLI, Marilda Corrêa. Emancipação e Liberação Sexual das Mulheres na República Romana (II e I Séculos a.C.). p. 270.

²⁴² CIRIBELLI, Marilda Corrêa. Emancipação e Liberação Sexual das Mulheres na República Romana (II e I Séculos a.C.). p. 271.

²⁴³ POSNER, Eric A. The Constitution of the Roman Republic: A Political Economy Perspective. **Public Law & Legal Theory Working Papers**, Chicago, n. 327, p. 1-35, nov. 2010. p. 7

alguma cooperação é necessária para que não prejudiquem as ações uns dos outros. Além disso, os magistrados podem vetar ações de outros magistrados de igual ou menor categoria, desde que o magistrado do veto esteja presente. As magistraturas estão abertas tanto para plebeus como para patrícios (nobres) na República tardia²⁴⁴.

Para se chegar a um cargo de magistrado não há requerimento de nenhum tipo de aprendizagem específica. Essas importantes posições de governo são preenchidas com homens destacados da sociedade romana com desejo de uma carreira política. Para serem selecionados, devem ser senadores ou cavaleiros. Cada posição possui sua própria idade de eleição. Os mandatos são geralmente pelo período de um ano e os indivíduos que queiram subir nas posições políticas primeiro devem terminar o período do seu último encargo e depois dar um tempo para poder ser eleito novamente²⁴⁵.

Os questores são os magistrados mais jovens e têm certos deveres financeiros. Esta função é limitada a candidatos com pelo menos vinte e cinco anos de idade e dez são eleitos anualmente. Os edis supervisionam a cidade, o que acontece, e os jogos; devem ser ex-questores com pelo menos trinta e seis anos de idade e quatro são eleitos anualmente. Os pretores realizam importantes funções judiciais, políticas e militares; devem ser ex-questores com pelo menos trinta e nove anos de idade e seis são eleitos anualmente. Os cônsules são os principais magistrados, com poderes políticos, judiciais e militares completos; devem ser ex-pretores com pelo menos 42 anos de idade e dois são eleitos anualmente. Os censores, entre outras coisas, realizam o censo dos cidadãos romanos, fiscalizando a moral pública e cobrando tributos; devem ser ex-cônsules e dois são eleitos a cada cinco anos por um período de dezoito meses²⁴⁶.

Em momentos extraordinários e excepcionalmente sérios, existe ainda a figura do magistrado *dictator*. Com o ditador a colegialidade e a aprovação de suas ações desaparecem, mas o ditador não dura no cargo além do mandato do cônsul

²⁴⁴ POSNER, Eric A. *The Constitution of the Roman Republic: A Political Economy Perspective*. p. 7.

²⁴⁵ KARAKOCALI, Ahmet. *Magistrate: The Most Important Political Body of Roman Republic*. **Ankara Bar Review**, Ankara, p. 66-82, jul./dez. 2013. p. 68-69.

²⁴⁶ FAGAN, Garrett G. **The History of Ancient Rome**. Chantilly: The Great Courses, 1999. p. 53-54.

que o nomeou e no máximo seis meses²⁴⁷.

Os tribunos²⁴⁸ representam a plebe e exercem papel fundamental para manter o equilíbrio de poderes na República. Por meio do *ius auxilii* os tribunos podem prover assistência contra o poder dos outros magistrados, incluindo outros tribunos. Outro poder é o *ius intercessionis*, o veto, pelo qual os tribunos podem impedir ações formais de outras instituições governamentais, incluindo leis, decretos do Senado, decisões de magistrados, eleições, reuniões oficiais e até mesmo um discurso por um oficial²⁴⁹.

No âmbito jurídico, a República romana estabelece a base dos institutos dos sistemas jurídicos que vieram depois, que permanecem até hoje, principalmente dos países de *civil law*, mas também do *common law*.

O Direito desse período, pelos textos que nos chegam, possuía uma considerável segurança jurídica, mesmo com poucas leis escritas, o que hoje não se consegue com uma infinidade de legislações. É nessa época que se consolida o Império Romano, um dos mais célebres da história, que modifica a sociedade, gerando inúmeras inovações, em todas as áreas, gerando uma influência fundamental até os dias de hoje.

2.3 A IMPORTÂNCIA E CARACTERÍSTICAS GERAIS DO DIREITO ROMANO DA REPÚBLICA TARDIA

A história legal romana pode ser dividida em períodos por referência aos modos de fazer leis e ao caráter e orientação das instituições legais que prevaleceram em diferentes épocas. A este respeito, distinguem-se as seguintes fases:

- a) o período arcaico, desde a formação da cidade-Estado de Roma até meados do século III a.C.;

²⁴⁷ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1934. v. 1. p. 93.

²⁴⁸ Há uma divergência se os tribunos podem ou não ser classificados oficialmente como magistrados.

²⁴⁹ LOGGHE, Loonis. **The tribuni plebis and the end of the Roman Republic**. 357 f. Tese (Doutorado em História) - Faculteit Letteren & Wijsbegeerte, Universiteit Gent, Gent, 2016. p. 5.

- b) o período pré-clássico, de meados do século III a.C. ao início do primeiro século d.C.;
- c) o período clássico, do início do primeiro século d.C. até meados do terceiro século d.C.; e
- d) o período pós-clássico, desde meados do terceiro século d.C. até o sexto século d.C.²⁵⁰

O período arcaico abrange a Monarquia e a República primitiva; o período pré-clássico coincide em grande parte com a República tardia; o período clássico abrange a maior parte da primeira parte da era imperial, conhecida como Principado; e o período pós-clássico abrange os anos finais do Principado e o Dominato²⁵¹.

O foco do presente trabalho, sendo a República tardia, corresponde ao Direito pré-clássico. Porém, não deixando de incluir elementos histórico-evolutivos anteriores, ou, principalmente, o desenvolvimento de institutos realizados por juristas posteriormente, afinal, o que eles fizeram foi analisar e, em alguns casos, desenvolver institutos jurídicos da República tardia.

Como destaca Mousourakis, essas as divisões facilitam o estudo do Direito Romano, porém, é preciso lembrar que o Direito Romano evoluiu gradualmente e, portanto, nenhuma linha distinta separa os diferentes estágios de seu desenvolvimento. As fontes do Direito estão, em vários graus de força, de período a período, todas presentes e em vigor ao mesmo tempo, e de diversas maneiras qualificaram a influência do outro²⁵².

Inicialmente, o Direito de uma pequena comunidade rural, depois o de uma poderosa cidade-Estado, o Direito Romano tornou-se, no decorrer do tempo, o Direito de um império multinacional que abrangia todo o mundo mediterrâneo. O Direito Romano avançou através de diferentes estágios de desenvolvimento e passou por importantes transformações, tanto em substância quanto em forma, à medida que se ajustava às mudanças da sociedade, especialmente às mudanças

²⁵⁰ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 2.

²⁵¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 2.

²⁵² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 2.

derivadas da expansão de Roma no mundo antigo. Durante esse longo processo, a interação entre o costume, a lei estatuída e a lei casuística implicou a formação de um sistema altamente sofisticado que evoluiu a partir de camadas de diferentes elementos²⁵³.

Mas o grande volume do Direito Romano, especialmente o direito privado, é o produto da jurisprudência, não da legislação. Esta lei não promulgada não é uma massa confusa de costumes em constante mudança, mas uma tradição duradoura desenvolvida e transmitida por especialistas, inicialmente os membros do colégio sacerdotal dos pontífices e, mais tarde, os juristas seculares. Nas fases finais desse processo, quando o processo legislativo era cada vez mais centralizado, essa lei não promulgada, juntamente com a lei estatutária, foi compilada e depois codificada. A codificação da lei completou o desenvolvimento do Direito Romano e formou os meios pelos quais o Direito Romano foi posteriormente disseminado para o mundo moderno²⁵⁴.

Destaca-se também que o foco do trabalho é o Direito Romano privado, pois, como destaca Lombardi, é ele o ramo do Direito que alcança a maior abrangência e originalidade e o que teve o desenvolvimento mais contínuo e consistente e a influência mais forte sobre as civilizações e culturas jurídicas posteriores. Com direito privado²⁵⁵ entende-se em Roma a unidade dinâmica formada pela lei material e pela lei processual que não se prestam a serem compreendidas e estudadas independentemente uma das outra²⁵⁶. E o período desse direito é o da República tardia, pois como destaca Watson, é nesse período que se desenvolve o sistema de direito privado mais inovativo e bem sucedido do

²⁵³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 1.

²⁵⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 1.

²⁵⁵ Apesar do presente trabalho não adentrar em matéria penal, destaca-se que para os romanos, além do direito penal público, também há um direito penal privado. Como explica Bonfante: “Existe um direito penal público e um direito penal privado, e a distinção é baseada, em uma época mais antiga, nas diferentes esferas às quais o crime e a necessidade de repressão se relacionam: a ofensa ao Estado é um crime público, é um crime privado a ofensa aos indivíduos [...]. Somente no decorrer do tempo, o Estado, para proteger a ordem e a paz, amplia gradualmente sua esfera de ação e altera o conceito e a finalidade do direito penal. Mas mesmo no Direito de Justiniano, alguns crimes têm um caráter privado, que nós estamos acostumados a considerar essencialmente de natureza pública.”. BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 156. Tradução nossa.

²⁵⁶ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 1.

mundo²⁵⁷.

Além disso, o Direito privado desse período é o que mais se assemelha ao contexto do Direito Transnacional, pois não havia, em sua maior parte, normas jurídicas escritas e criadas por um poder soberano e também houve a necessidade de conciliar normas jurídicas de diferentes povos. Por esse mesmo motivo, é também na prática desse Direito que fica mais evidente a racionalidade jurídica romana.

Mas por que o Direito dos romanos? Como destaca Meneghetti:

A partir de uma análise sobre mais de dez mil anos de cultura terrestre, para encontrar o nascimento das primeiras formas do direito [...] resulta que a cultura mais sólida que ainda hoje substancia a nossa racionalidade jurídica em geral, em relação ao Estado e à sociedade, é a cultura *romana*. As outras são muito interessantes, mas aquela que torna essencial as formas atávicas onipresentes nos comportamentos humanos é Roma. Os primeiros princípios da Roma republicana – porque com a Roma imperial muitas coisas mudaram – são ainda hoje extraordinários²⁵⁸.

Cada povo em cada tempo há a sua particular vocação, imprime uma pegada ao caminho cansativo e inesgotável da civilização. Os romanos, dotados de um instintivo senso de ordem e disciplina, que não desdenha a assimilação de elementos estrangeiros, possuem uma particular vocação para o Direito e para sua relativa ciência, a fim de transmitir durante séculos, seja no Ocidente como no Oriente, aquele imponente sistema jurídico que se perpetua até os dias atuais e que constitui um elemento importante de unificação dos variados povos da Europa. Apesar de sua divisão, os Estados, frequentemente em contraste, sentem de ter em comum aquele Direito Romano, qualificado como *ius commune* ou *ius generale omnium o per totum orbem diffusum*²⁵⁹. O Direito Romano forma ainda substância vida do patrimônio espiritual moderno²⁶⁰. Como destaca Biondi, enquanto os gregos são o povo das leis e filósofos, os romanos são o povo da jurisprudência, que

²⁵⁷ WATSON, Alan. Il diritto privato. In: SCHIAVONE, Aldo (Dir.). **Storia di Roma: L'Impero Mediterraneo**. Torino: Giulio Einaudi, 1990. v. 2. pt. 1. p. 479.

²⁵⁸ MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. p. 43.

²⁵⁹ Direito comum ou direito geral ou estendido para todo o mundo.

²⁶⁰ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. IX.

acompanha a jornada da vida de maneira vigilante²⁶¹.

O Direito e o Estado representam para os romanos o que a religião representa para o povo hebreu e a arte para a Grécia: objeto de orgulho nacional perante os povos estrangeiros, porque constituem a sua superioridade, o atrativo de sua ambição e de sua força. Assim como o povo de Deus coloca na mais alta hierarquia seus profetas, e a Grécia fazia o mesmo com os seus filósofos, artistas e poetas; Roma rendia grandes homenagens para quem aumentava o esplendor do Direito com suas ações. Os juristas não gozavam em nenhum outro povo de maior estima, popularidade e influência do que em Roma²⁶².

Como destaca Jhering:

A atração que exercia o direito sobre os romanos, não provinha da satisfação que poderia dar à inteligência e ao senso jurídico. O direito, para eles, mais que simples fonte de gozos e de satisfações intelectuais, foi objeto de reconhecimento moral. Poder-se-ia dizer, perfeitamente, que nenhum povo possuía leis tão sábias, instituições tão bem experimentadas e fizera tantos progressos como eles no conhecimento do direito. Além disso, presavam altamente a glória, de que em parte alguma o direito tivesse sido objeto de mais profunda estima, e o mais rigoroso respeito, nem encontrasse, como em Roma, uma certeza mais absoluta de sua inviolável realização. Esse respeito pelo direito, a submissão espontânea do romano às disposições legais, o amor do povo à justiça, a sua aversão às violências do direito e o sentimento de segurança que inspirava, em Roma, a confiança de seu triunfo, em uma palavra, o sentimento sadio, enérgico e viril da legalidade, — eis o que exaltava o orgulho do romano²⁶³.

A opinião pública exalta as provas desse sentimento e estigmatiza as graves transgressões contra ele. Violações do Direito trouxeram a queda da realza²⁶⁴ e do decenvirato²⁶⁵; a instauração da República é marcada pela vitória da

²⁶¹ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 235.

²⁶² JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1. p. 230.

²⁶³ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 231.

²⁶⁴ A queda da monarquia romana está conectada com o estupro de uma nobre romana chamada Lucrécia pelo filho do último rei de Roma, conforme relatado por Tito Lívio. LIVIUS, Titus. **The History of Rome**. London: J. M. Dent & Sons, 1905. v. 1.

²⁶⁵ Dez magistrados que foram nomeados para a criação da Lei das XII Tábuas e o governo de Roma

legalidade sobre o amor paterno, com a execução dos filhos de Bruto por ordem do próprio pai²⁶⁶. Assim, cada momento da antiga história de Roma está enobrecida pela vitória de uma ideia de Direito²⁶⁷.

O Direito Romano é uma das contribuições mais notáveis e duradouras para a civilização: muitas das normas familiares que regulam a vida social e econômica no mundo ocidental originaram-se na Roma antiga, e as instituições jurídicas romanas compreendem uma parte vital do pano de fundo de vários sistemas jurídicos contemporâneos. Um estudo da história jurídica romana também fornece informações valiosas sobre as origens e o progresso da lei como um fenômeno social e cultural²⁶⁸.

Em nenhum outro campo do empreendimento humano os romanos possuem uma fama mais duradoura do que na criação de um sistema legal sofisticado que se adapta constantemente a uma sociedade em constante mudança e em desenvolvimento. O mundo ocidental derivou do Direito Romano a maioria das normas e instituições básicas relativas à organização e regulação da vida socioeconômica, essenciais para garantir o ideal a que se refere como império da lei²⁶⁹.

Mas a importância do Direito Romano para o mundo atual não consiste meramente em haver sido a fonte ou a origem do Direito, esse consiste em um valor meramente passageiro. A sua autoridade reside na profunda revelação interna, na transformação completa que fez sofrer todo o pensamento jurídico e ter chegado a

no quinto século a.C. BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1934. p. 107-108. Conforme relatado por Tito Lívio, os magistrados se recusaram a sair do poder no término do seu mandato e convocar novas eleições, em uma tentativa de permanecerem permanentemente no poder; além de abusarem dos cargos e começarem a cometer injustiças. Na iminência de uma guerra civil, os decênviros renunciaram. Dois cometeram suicídio na prisão e os demais foram exilados. Tito Lívio. LIVIUS, Titus. **The History of Rome**. v. 1.

²⁶⁶ Bruto foi um dos fundadores da República, um dos responsáveis pela queda da monarquia e um dos dois primeiros cônsuls. Bruto condenou à morte seus próprios filhos por conspirarem com a família dos monarcas depostos para retomar o poder. LIVIUS, Titus. **The History of Rome**. v. 1.

²⁶⁷ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 231.

²⁶⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. I.

²⁶⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. IX.

ser, como o cristianismo, um elemento da civilização moderna²⁷⁰.

Conforme Pietro de Francisci, um dos elementos fundamentais de toda civilização, digno desse nome, é o jurídico. Mas em nenhum povo esse elemento assumiu tamanha relevância como na civilização romana: tanto pela originalidade e pela tipicidade de suas manifestações, quanto por sua vasta e profunda penetração nos mais variados campos do pensamento individual e da vida civil, tanto pela habilidade com que os juristas romanos, refletindo sobre suas experiências, foram capazes de organizá-los racionalmente e construir um sistema que é um modelo para todos os sistemas legais²⁷¹.

Descreve Meneghetti que:

[...] Roma è, tra le tante cose, l'intelligenza di ciò che è l'uomo nella storia. Soprattutto Roma – che difendeva la pace e la civiltà sempre con la spada in mano – è la civiltà che ha costruito la struttura del diritto, l'arma della ragione, che sottolinea la dignità dell'intelligenza degli uomini per risolvere le divergenze attraverso la razionalità: il diritto²⁷².

Por mais que os romanos sejam conhecidos pelo seu poderio bélico, pela força de seus exércitos e pela estratégia militar, jamais resumiram suas ações em guerras. Apesar de nunca hesitarem em usar mão da força na construção do seu império, após conquistada a paz com qualquer povo que seja, o que estabelece a ordem dentro e fora de Roma é a racionalidade do Direito. Os romanos não achavam que a resposta da ordem estava meramente na força bruta, mas sim na inteligência jurídica, que é, antes de mais nada, uma inteligência de lógica humanista.

Os antigos romanos têm os pés centrados na realidade, são baseados em coisas mundanas, concretas e responsáveis²⁷³. Eles possuem uma racionalidade

²⁷⁰ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 12.

²⁷¹ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 7.

²⁷² “[...] Roma é, entre tantas coisas, a inteligência do que é o homem na história. Acima de tudo, Roma - que sempre defendeu a paz e a civilização com uma espada nas mãos - é a civilização que construiu a estrutura do Direito, a arma da razão, que sublinha a dignidade da inteligência humana para resolver as diferenças através da racionalidade: o direito.”. MENEGHETTI, Antonio. **Cinologia**. Lugano: Ontopsicologia, 2017. v. 2. p. 122. Tradução nossa.

²⁷³ “[...] o contexto da situação histórica. Esse é o princípio existencial, histórico, do momento, isto é, do “aqui, agora, assim”. Isso significa que o direito racional, funcional à sociedade é aquele fundado

que permite ler e agir sobre o real em ganho da pessoa e da comunidade.

As sementes da jurisprudência que Roma deu ao mundo, os critérios elementares do Direito Romano, são simples e evidentes, e sistematizaram uma específica racionalidade entre sujeito e objeto²⁷⁴. O Direito em si, ou seja, o equilíbrio da racionalidade das coisas e dos fatos, é Roma a formalizá-lo em modo racional²⁷⁵.

Esta posição singular devido ao elemento jurídico da civilização romana, não pode ser entendida em sua essência nem avaliada em toda a sua extensão, se não por aqueles que têm em mente a hierarquia particular de valores em que se funda essa civilização: uma hierarquia em que a preeminência é reservado aos valores políticos, no sentido de que, sejam quais forem as manifestações a considerar, não excluindo a ética e a religião, o motivo dominante é o das relações entre os homens²⁷⁶.

O esforço constante é direcionado aos seus regulamentos, o propósito preeminente é o da sua organização em vista de uma elevação comum. Preceitos religiosos, normas éticas, princípios jurídicos nada mais são do que o desenvolvimento deste original e fundamental tema político²⁷⁷.

Continua de Francisci que aquilo que realmente aparece como patrimônio dos romanos é o senso aprimorado das necessidades históricas; é a precisa avaliação das oposições de forças e sua polaridade; é a poderosa energia integradora que transforma fatores contrastantes em elementos de uma ordem construtiva; é a capacidade singular de mesclar em harmonia atividades subjetivas e momentos objetivos, liberdade e necessidade, o particular e o geral; é a vocação

sobre a resposta às exigências concretas da história daquele povo e daquele território. Portanto, o direito, [...] na sua aplicação se configura e se fenomeniza segundo a exigência histórica, fluente, mutável da existência daquela população naquele lugar: de acordo com a situação contingente, é necessário posicionar uma resposta, que é o direito." MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. p. 63-64. grifo do autor.

²⁷⁴ MENEGHETTI, Antonio. **A Psicologia do Líder**. 5. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2013. p. 273.

²⁷⁵ MENEGHETTI, Antonio. **Do Humanismo Histórico ao Humanismo Perene**. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2014. p. 17.

²⁷⁶ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 7.

²⁷⁷ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 7.

excepcional para traçar, simplificando, a partir do pensamento e principalmente da experiência, os princípios de organização que se afirmam, mesmo nos vários tumultos dos acontecimentos históricos, como universais²⁷⁸.

Propor uma retomada do Direito Romano não significa um retorno a um Direito vigente há dois milênios atrás, mas ao método jurídico romano. Certamente a técnica jurídica progride, não se pode prender-se à dogmática romana, mas é necessário prosseguir no caminho marcado pelos romanos, ampliá-lo, adaptá-lo aos tempos modernos, mas não abandoná-lo²⁷⁹. Como afirma Villey: “[...] nada impede de produzir soluções inéditas em circunstâncias novas, apoiando-se sobre os princípios, utilizando o método e muitas vezes a linguagem própria dos juristas romanos.”²⁸⁰.

O estudo da jurisprudência romana, portanto, tem uma função educacional do pensamento jurídico; seguindo de perto o raciocínio dos juristas romanos e seus contrastes, ele refina a qualidade essencial do jurista, que é o senso jurídico, que importa uma particular sensibilidade para o problema jurídico, a fim de adaptar a disciplina apropriada. O verdadeiro jurista não é aquele que conhece leis e doutrinas, isso é necessário e pressuposto, mas não é tudo, da mesma forma que para um pintor não é tudo ter cores e pincéis em suas mãos; o que importa para o jurista é o senso jurídico²⁸¹.

O rigor lógico, pelo qual o Direito Romano é conhecido, não importa em consequencialidade mecânica, mas dedução oportuna, e em todo caso é sempre a equidade, a boa-fé, as medidas jurídicas jurisprudenciais, como o acolhimento de exceções, que excluem um rigor excessivo²⁸². Mais importante que o rigor da aplicação das normas jurídicas é a adequação da aplicação conforme os princípios que guiam o raciocínio jurídico romano e que refletem o espírito, os valores, o senso de justiça dos romanos.

A sabedoria dos romanos sempre foi capaz de conciliar a tradição e o

²⁷⁸ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 7.

²⁷⁹ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 24.

²⁸⁰ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 171.

²⁸¹ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 24.

²⁸² BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 28.

progresso, e nisso reside um dos caráter mais significativos de sua experiência política e jurídica. A tradição não é um mito que pode ser manobrada à vontade, mas uma realidade viva, suscetível de desenvolvimento ao infinito. O precedente para os romanos por si só já é uma autoridade, e ser capaz de invocá-lo é a base mais firme para qualquer decisão; nesse aspecto, a jurisprudência romana apresenta alguma analogia com a inglesa. É muito difícil que da experiência passada seja tudo para destruir ou conservar: os romanos mantêm e desenvolvem o que ainda pode ser útil, enquanto não hesitam em deixar cair o que não tem mais utilidade²⁸³.

A história do Direito Romano, principalmente privado, resulta de uma estratificação contínua e imponente de sistemas e princípios: os mais recentes se sobrepõem aos anteriores sem obliterá-los, deixando-os subsistir tanto quanto ainda podem ser úteis. E é assim que o sistema romano, livre de qualquer enrijecimento, tem um alto grau de elasticidade que segue o curso da civilização em todos os momentos²⁸⁴.

Revogações expressas são raramente encontradas, e é desconhecido na história romana anterior ao *dominato* que um ordenamento substitua inteiramente outro. É sempre a tradição que continua: o direito que não responde às necessidades da vida cai como um galho seco, enquanto os novos brotos, que são enxertados na tradição, têm desenvolvimento florescente. Somente no *dominato*, quando a constituição imperial torna-se a única fonte do Direito, assim como se concretiza a ideia de codificação das normas, que o sistema de revogação explícita vem utilizado amplamente, fazendo cair leis e ordenamentos inteiros²⁸⁵.

Embora os romanos não permaneçam imunes diante das correntes de pensamento de seu tempo, não pretendem impor programas sobre a vida: é antes a vida que impõe seus programas sobre eles. A ideologia penetra na órbita jurídica naquilo que pode interessar o Direito e dentro dos limites em que se torna consciência social²⁸⁶.

²⁸³ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 30.

²⁸⁴ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 31.

²⁸⁵ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 31.

²⁸⁶ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 32.

As proclamações solenes em sede filosófica de igualdade humana, que reivindicou a abolição da escravidão e o nivelamento dos homens, enunciadas por Sêneca e Marco Aurélio, não influenciaram a legislação, mesmo quando Sêneca se torna prefeito do pretório de Nero, e bem pouco quando Marco Aurélio ascende ao trono. A mitigação da condição de escravos é progressiva na medida em que na consciência social penetra a ideia de que o escravo é um homem livre. É sempre o sentido da realidade e não a ideologia que guia o legislador e os intérpretes²⁸⁷.

Natureza e Direito Natural, em torno do qual dissertam filósofos, antigos e modernos, não se apresentam como entidades transcendentais e abstratas, mas como realidade; não é senão a própria natureza das coisas, que podem ser percebidas e avaliadas por um jurista e para fins estritamente jurídicos²⁸⁸.

A lei e a jurisprudência não pretendem tornar os homens melhores nem dirigir a vida em uma determinada direção; o objetivo que se propõe é sempre implementar a justiça, não ideal ou abstrata, mas como ela é sentida na consciência social do seu tempo, da qual legisladores e juristas se consideram intérpretes²⁸⁹.

No pensamento romano, a ciência do Direito não é a busca de uma verdade absoluta ou a especulação sobre a lei, mas a arte ou técnica que visa alcançar o que parece ser justo e apropriado na vida social²⁹⁰.

Além disso, os romanos consideram o sistema legal como um dispositivo essencialmente prático, destinado a satisfazer as necessidades da vida real. Sempre, a prática do Direito precede a teoria. A justiça romana funciona sem possuir por guia obra legislativa bem desenvolvida, e, no entanto, numa maneira segura. Pelo mesmo motivo, os romanos não hesitam em acolher instituições estrangeiras se as considerarem oportunas²⁹¹.

A ciência do Direito não permanece inerte nem espera pela intervenção legislativa. O sistema legal fornece órgãos e meios suficientes, os juristas têm uma

²⁸⁷ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 32.

²⁸⁸ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 32.

²⁸⁹ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 32.

²⁹⁰ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 226-227.

²⁹¹ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 35; VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 39.

sensibilidade particular na interpretação da consciência social e têm uma técnica tão aperfeiçoada que qualquer desigualdade no sistema legal é logo removida. Onde a interpretação dos magistrados não pode chegar, intervém o trabalho dos órgãos legislativos, sempre guiados pelos juristas²⁹².

Assim, o sistema legal romano é dúctil e elástico, sempre pronto e aberto a qualquer desenvolvimento. Apesar de ter um profundo senso do Estado, os romanos nunca pensaram em controlar a República por meio de uma carta constitucional, da forma que é habituada a mentalidade jurídica atual²⁹³.

O povo romano, que tem inato o sentido do Direito, tem uma certa relutância, especialmente em âmbito de direito privado, em relação à lei escrita, e não produz nenhuma codificação (antes do Dominato) no sentido moderno da palavra, pois entende que endurecer o Direito em uma codificação dificultaria o seu desenvolvimento contínuo. Nem mesmo a Lei das XII Tábuas pode ser considerada uma codificação²⁹⁴, pois não codificam todos os costumes em vigor, nem mesmo sancionam os institutos fundamentais do povo romano, exceto para propiciar derrogações particulares²⁹⁵.

A Lei das XII Tábuas não compreende mais do que uma centena de muitos breves trechos de assunto muito específico (“Se alguém partiu um osso a um cidadão livre, pagar-lhe-á 300 asses”; “Se é culpado de violências ligeiras, pagar-lhe-á 25 asses”). Não encontra-se nela os grandes princípios do Direito Romano. Não há nada de comparável entre essa lei e os códigos modernos²⁹⁶.

Como destaca Lombardi, das leis romanas (poucas centenas no total) apenas duas ou três dezenas fazem referência ao direito privado, e quase sempre de maneira subsidiária e complementar em respeito a um corpo jurídico que é pressuposto. Nenhum ato legislativo se propõe de exaurir de modo orgânico o direito privado. E, assim, é raro que juristas motivem uma decisão como se faz hoje:

²⁹² BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 186.

²⁹³ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 35.

²⁹⁴ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 35.

²⁹⁵ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1934. p. 112.

²⁹⁶ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 38.

citando um artigo de lei²⁹⁷.

A discussão que se implanta no limiar do século XIX sobre a oportunidade de uma codificação foi resolvida pelos romanos em um sentido negativo, na verdade essa questão nem sequer existe para eles. A primeira tentativa de codificação foi feita por Justiniano²⁹⁸ com o *Corpus iuris civilis*, que na realidade nada mais é do que uma imensa compilação extraída da produção jurisprudencial e legislativa da época anterior²⁹⁹.

Embora pareça paradoxal à mentalidade atual demasiada categórica e formalista, os romanos em nenhuma época histórica apresentam qualquer formulação sobre o ordenamento da *res publica*. O poder constituinte não está na vontade de uma pessoa ou de uma assembleia, mas é ínsito na dinâmica da vida coletiva. Este é talvez o segredo da fortuna política de Roma, cuja ordem, não enredada por qualquer fórmula de ideologia, poder adaptar-se a qualquer transformação, de modo a superar tremendas crises. O gênio latino se manifesta não em qualquer formulação de papel, mas na extrema capacidade de adaptar a tradição³⁰⁰.

Os juristas romanos nem mesmo definem seus institutos jurídicos. Consideram definições perigosas, pois ancorando uma instituição numa formulação rígida impede as transformações e adaptações que são reivindicadas pela necessidade da vida³⁰¹.

Como destaca Biondi: “Tuberone e Sabino, Aristone e Giuliano, Pedio e Celso passano alla storia non per avere scritto trattati ma perché hanno presentato, sia pure racchiuse in semplice frasi, dottrine che hanno impresso nuovo impulso al

²⁹⁷ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 26.

²⁹⁸ O Imperador Justiniano domina a história do mundo Mediterrâneo no século sexto. Seu reino foi destacadamente longo, de 527 a 565 d.C., e de suas inúmeras façanhas destaca-se sua reforma jurídica. EVANS, James Allan. **The Emperor Justinian and the Byzantine Empire**. Westport; London: Greenwood, 2005. p. XIII–XIV.

²⁹⁹ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 35.

³⁰⁰ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 78.

³⁰¹ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 237.

diritto.”³⁰².

Os juristas romanos não desenvolvem teorias jurídicas, não escrevem tratados, mas através de pequenas sentenças emitidas para casos concretos, através de curtos brocardos, transformam o Direito Romano por meio de interpretações e adaptações das antigas tradições de acordo com as necessidades sociais.

A ciência do direito, para os romanos, procede e opera por meio de axiomas, não fixados *a priori*, mas deduzidos da consciência social, e em vista de tal adesão, eles se tornam princípios jurídicos³⁰³.

Como afirma Villarreal, os juristas romanos desconfiam de soluções absolutas, estão sempre dispostos a formular novas regras considerando a variedade de nuances que a vida apresenta em novos contextos culturais. Tudo isso dentro de uma maneira de conceber a lei em que o jurista é um participante e não mero espectador na produção do Direito³⁰⁴.

Jhering, ao analisar o espírito do direito romano, elenca a vontade subjetiva como elemento fundamental desse direito: “O *princípio da vontade subjetiva*, que se apoia na ideia de que o indivíduo leva em si, em seu sentimento jurídico e em sua energia, a razão de seu direito, limitando-se à sua própria força na realização desse direito.”³⁰⁵.

Como explica o jurista alemão, a necessidade de uma decisão sobre os conflitos jurídicos não aconteceu sempre do mesmo modo no desenvolver da história. Em alguns povos, a divindade se encarrega desse trabalho, pronunciando-se por meio de oráculos, ordálias, sortilégios, etc.; outros povos invocam o auxílio de alguma autoridade; mas em qualquer caso, as partes da contenda se submetem a

³⁰² “Tuberone e Sabino, Aristone e Giuliano, Pedio e Celso entram na história não por terem escrito tratados, mas por terem apresentado, ainda que em frases simples, doutrinas que deram novo impulso ao Direito.”. BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 230. Tradução nossa.

³⁰³ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 233.

³⁰⁴ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de ‘obligación’ sustancialmente humana. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 621-635, maio/ago. 2017. p. 630.

³⁰⁵ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 85.

um poder superior. Na velha Roma, desde a mais remota antiguidade, seguiu-se outro caminho que, mesmo nos desenvolvimentos posteriores, não se apagou completamente: a ideia da decisão contratual das contendas jurídicas³⁰⁶.

Nos primórdio de Roma, aquele cujo direito se nega, ou propõe recorrer ao arbitramento de um terceiro imparcial ou deixa a decisão à consciência do adversário, isto é, o submete a juramento acerca da não existência do seu direito. Se o adversário aceita uma ou outra proposta, o litígio ficava resolvido. A decisão que resulta da arbitragem ou do juramento tem por fundamento o consentimento recíproco e é, por consequência, obrigatório para ambas as partes, dando origem a um direito incontestável e, portanto, à autorização de exercer a justiça privada. Caso o adversário negue as propostas se auto condena, pois prova assim não ter confiança na justiça de sua causa e se supõe que colocando o seu contendor na impossibilidade de obter uma decisão, a negativa é como uma confissão indireta de sua sem razão e, assim, a justiça privada também pode ser exercida contra ele nesse caso³⁰⁷.

Nesse período, o direito é buscado com a própria força, mas mesmo em momentos posteriores, quando a força física se torna ineficaz em consequência da contestabilidade do direito e surge a organização das primeiras funções judiciais, não se elimina totalmente a ideia da força pessoal, que se mantém como protetora legítima do Direito, pois essa força não é a violência física, brutal, mas o sentimento de sua legitimidade a eleva à categoria de força moral. Essa concepção é o princípio do próprio direito privado em seu brilho e vigor originários³⁰⁸.

Essa ideia de justificação da força pessoal, criando e protegendo por si o seu campo de ação, é o extremo *minimum* em que se pode principiar a formação do Direito. Muitos povos, não conseguindo conciliar essa ideia com o desenvolvimento sempre crescente da função jurídica do Estado, abandonam o sentimento da independência jurídica individual ante o Estado, que assume a função de criador do

³⁰⁶ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 126.

³⁰⁷ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 127.

³⁰⁸ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 131-132.

direito subjetivo. Mas para os romanos, essa ideia tem raízes muito profundas para desaparecer completamente de sua concepção jurídica. O instinto jurídico dos romanos soube modelá-la com tal precisão que foi possível conciliá-la com o progresso do Estado³⁰⁹.

É por isso que Lombardi afirma que o direito privado romano republicano tem uma forma interindividual, não supraindividual, de modo que os indivíduos coordenam-se entre si, não se subordinando a uma autoridade³¹⁰.

Continua Jhering elucidando sobre esse importante fato no Direito Romano, destacando que Direito não é convicção, opinião, saber, etc., não é uma força puramente intelectual ou moral, mas é vontade. Só a vontade pode dar ao Direito o que constitui a sua essência: a realização, porque só a vontade possui um poder realizador e criador. Por mais eminentes que sejam as qualidades intelectuais de um povo, se lhe faltar força moral, energia, perseverança, o seu Direito não poderá nunca progredir. Suas leis não serão outra coisa que as boas intenções de um homem, inspirações momentâneas que a realidade desmente e que, momentos depois, se desvanecem³¹¹.

As regras do Direito e as instituições jurídicas somente têm estabilidade quando repousam na força da vontade, e esta estabilidade, por sua vez, é condição de seu aperfeiçoamento técnico. E afirma Jhering que nenhum Direito é mais apropriado que o romano antigo para demonstrar a importância do elemento da vontade e da ação recíproca das forças moral e intelectual³¹².

Essa força de vontade representa a liberdade dos cidadãos romanos de agirem de acordo com a própria vontade, sendo que essa ideia de liberdade é muito forte na sociedade romana, porém, não é uma liberdade sem limites. Liberdade para os romanos não significa a capacidade de fazer o que quiser ou viver somente de

³⁰⁹ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 132.

³¹⁰ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 12-13.

³¹¹ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 232.

³¹² JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 233.

acordo com a própria vontade³¹³. *Libertas* é uma ideia verdadeiramente romana: clara, limitada, prática, de certa forma uma questão de fato³¹⁴.

Essa liberdade é considerada pelos romanos seu maior privilégio e, por isso, agarram-se a ela tenazmente por um longo período. Eles consideram seus esforços pela liberdade como uma peculiaridade nacional; todas as outras nações poderiam, na sua opinião, suportar um estado de servidão, mas não a nação romana; seu Estado parece-lhes um "paraíso da liberdade" e, em suas lutas contra os monarcas do Oriente, consideram-se os campeões da liberdade³¹⁵.

Assim, o direito romano nasce no espaço entre os indivíduos, não desce do alto sobre eles. Os órgãos supraindividuais, portanto, não têm competência, senão excepcional e integradora, para regulá-lo³¹⁶.

O juízo não impõe uma norma abstrata que está acima de todos os cidadãos, mas estabelece uma regra concreta só aplicável aos litigantes. O processo é secundário no que diz respeito às relações interindividuais, as pressupõe, limita-se a restabelecê-las e restaurá-las, ou mesmo prolongá-las, mas precisamente por isso, quanto mais rigorosa for a estrutura interindividual do Direito, mais o meio central, se não único, de pôr autoritariamente o Direito é o processo³¹⁷.

São as características do caso concreto que indicam aos intérpretes a direção que deve ser tomada na escolha das razões da decisão e, assim, na solução do conflito. Por isso, a experiência jurídica romana se é formada e evoluída, até o limiar da era imperial, prevalentemente através das soluções dos casos concretos³¹⁸.

Assim, na sua maior parte, o direito privado romano é um direito jurisprudencial, porque é a jurisprudência que elabora seu conteúdo, mede cada situação nova a partir de dados tradicionais e reconhece seu valor inserindo-a na

³¹³ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. Oxford: Clarendon, 1936. p. 1. p. 140.

³¹⁴ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 141.

³¹⁵ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 141-142.

³¹⁶ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 12-13.

³¹⁷ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 13.

³¹⁸ SOLIDORO, Laura. Prolegomeni alla lettura della casistica romana. In: SOLIDORO, Laura; COGNAMIGLIO, Margherita; PASQUINO, Paola (Org.). **Il Diritto Romano caso per caso**. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 1-14. p. 3.

trama sólida de uma experiência coletiva. Se a lei é um mecanismo de controle social, na sociedade romana republicana são os juristas a manter suas alavancas e a regular suas engrenagens³¹⁹.

Direito positivo e política do Direito, interpretação e criação, teoria e prática, são distinções supérfluas para um jurista romano, uma vez que essas entidades, cuidadosamente separadas na atualidade, estão concentradas na pessoa do jurista³²⁰.

O Direito Romano republicano não se apresenta como um projeto acabado, como um ordenamento lógico de regras fixas, mas é nascido da experiência e submetido ao controle da experiência. Mais do que uma ciência ou uma ordem normativa, o Direito Romano é uma investigação, uma via³²¹.

A necessidade de construir o Direito quase do nada e, portanto, a partir da lógica intrínseca dos casos práticos, fazendo referência às poucas diretrizes oferecidas pelos costumes e pela lei escrita, e em não poucas áreas também pela moral (intrínseca nas ideias de *fides*, *aequitas*, etc.), moldou de maneira única os estudos de caso de juristas romanos, sua capacidade de analisar o caso e suas técnicas altamente refinadas de analogia e distinção³²².

A partir da época moderna, a dogmática jurídica perde essa flexibilidade. Os tratados teóricos jurídicos modernos apresentam o Direito na forma de sistemas dedutivos de normas, sistemas acabados, fechados em si mesmos, não deixando mais que um lugar limitado à iniciativa do jurista. Na Roma antiga, o Direito não tem caráter sistemático, permanecendo sempre uma arte, uma perseguição constante do justo apropriado às circunstâncias concretas³²³.

A escolha do Direito Romano da República tardia não significa que ele seja perfeito, pelo contrário, possui inúmeros defeitos caso se analise pontos específicos desse Direito, até por ser um Direito de um outro período histórico, em

³¹⁹ BRETONI, Mario. **Diritto e Pensiero Giuridico Romano**. p. 15-16.

³²⁰ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 218.

³²¹ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 74.

³²² SOLIDORO, Laura. *Prolegomeni alla lettura della casistica romana*. p. 3.

³²³ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 83-84.

que o contexto é diverso. Porém, o objetivo do trabalho não é simplesmente propor a retomada de algum instituto jurídico, mas colher a racionalidade jurídica romana, a forma de análise do fenômeno jurídico e a consequente solução dos conflitos. O método utilizado pelos juristas romanos representa uma racionalidade atemporal utilizada diversas vezes na história com o intuito de resolver problemas jurídicos.

2.4 O ESPÍRITO DO DIREITO ROMANO COMO SOLUCIONADOR DE PROBLEMAS JURÍDICOS NA HISTÓRIA

A retomada do espírito do Direito Romano acontece diversas vezes no decorrer da história com o objetivo de resolver questões jurídicas complexas e oferecer uma melhor análise do fenômeno jurídico por meio da racionalidade jurídica romana. O objetivo desse trabalho não é repropor da mesma maneira o que foi feito em um outro período histórico, mas elucidar, nessa seção, como a racionalidade jurídica romana é realmente efetiva em diferentes contextos, demonstrando seu caráter perene e atemporal.

Como destaca Bretone:

La codificazione giustiniana, che cerca di risolvere le difficoltà della sua epoca ricapitolando il passato, ne costituisce il termine estremo. È un termine, insieme, convenzionale e simbolico. Come ogni fatto storico, anche la codificazione giustiniana si situa fra un passato e un futuro; chiude una "storia del diritto romano", ma è anche alla base del pensiero giuridico bizantino, e alimenta la cultura giuridica medievale e moderna in Europa³²⁴.

A codificação de Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis*, representa o fim da história do Direito Romano³²⁵, o fim do chamado período pós-clássico do Direito Romano, mas isso não significa que ele tenha morrido e seu espírito desvanecido. A

³²⁴ "A codificação justiniana, que busca resolver as dificuldades de sua época recapitulando o passado, constitui seu termo extremo. É um termo, ao mesmo tempo, convencional e simbólico. Como qualquer fato histórico, a codificação justiniana também se situa entre um passado e um futuro; fecha uma "história do direito romano", mas também é a base do pensamento jurídico bizantino, e alimenta a cultura legal medieval e moderna na Europa.". BREONE, Mario. **Storia del Diritto Romano**. Roma; Bari: Laterza, 1987. p. VI. Tradução nossa.

³²⁵ "O direito romano [...] deve ser totalmente restituído ao mundo antigo. Como fenômeno antigo, ele é mantido distinto da tradição romanística que se é formada sobre seus códigos, na Europa medieval e moderna.". BREONE, Mario. **Storia del Diritto Romano**. p. 29. Tradução nossa.

racionalidade jurídica romana continua, após esse período, a influenciar os desenvolvimentos jurídicos posteriores até os dias atuais. Esse fenômeno jurídico posterior do Direito Romano é chamado de tradição romanística.

Explica Luciene Dal Ri que:

[...] a crise do Império Romano não significou a crise do seu direito, visto que o direito romano tardo-antigo manteve-se presente, mesmo após a queda do império do ocidente, e constituiu o fundamento de instituições, procedimentos, normas e costumes contratuais que foram transmitidos ao período medieval³²⁶.

Esse fato demonstra ainda mais a genialidade do Direito Romano que mesmo com o fim da civilização que o criou, continua presente na história. De todas as incontáveis contribuições da civilização romana para a humanidade, o sistema jurídico destaca-se como um dos principais, pois não se resume a um fato histórico, mas sua influência permanece viva e atuante.

2.4.1 O Direito Romano na Baixa Idade Média

Michel Villey explica que, no séc. XII, ocorre um ressurgimento do Direito Romano devido a necessidades práticas, pois o sistema jurídico oriundo da justiça cristã é insuficiente, tinha o defeito de ser vago e exigente demais³²⁷. Continua Villey:

Caridade, piedade pelos pobres, pureza de coração, fidelidade, tudo isso é vago e é pedir muito ao homem comum. Cabe indagar se o maravilhoso ideal do direito cristão medieval não desembocou, na prática, na anarquia, nas violências, na desordem e na injustiça. Prescrever aos prestamistas emprestar de graça e sem lucro porque a caridade assim exige quando os ricos carecem de caridade é privar os pobres de crédito; promulgar o consensualismo, porque o Evangelho recomenda ser verdadeiro, é destruir as bases do comércio; tornar o casamento consensual é multiplicar as bigamias; recomendar o desprezo das propriedades e o desarmamento é favorecer o banditismo e as guerras privadas. Talvez o próprio

³²⁶ DAL RI, Luciene. A Tradição Romanística em Período Medieval: entre práxis e esquecimento. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 269-294, dez. 2016. p. 271.

³²⁷ VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 119.

direito monástico tenha fracassado de modo geral por excesso de ambição moral; por isso os monges criaram costumes (*consuetudines*) para si, contrariando a própria regra³²⁸.

O direito cristão talvez bastasse para as comunidades rurais, senhoriais ou patriarcais, para grandes famílias ou grupos feudais restritos; mas, no norte da Itália, deu-se o ressurgimento das cidades e do comércio, ou seja, há trocas, contratos, fortunas individuais. Por isso, é necessário o estabelecimento dos limites das posses, das consequências dos contratos, da fixação do que pertence a cada um. Também os grandes Estados precisam definir as competências dos seus funcionários. Para essas questões, só se dispunha do Direito Romano para prover alguma assistência³²⁹.

O próprio direito canônico necessita do Direito Romano, pois a Igreja sente a necessidade de se organizar e seus próprios tribunais precisam satisfazer as necessidades práticas dos burgueses e do comércio que renasce. Mais tarde, os reis a imitarão, contratando especialistas em leis para servi-los³³⁰.

Antonio Manuel Hespanha, por outro lado, diverge de Villey ao entender que não foram econômicas as razões que levaram à recepção do Direito Romano pelos reinos europeus³³¹.

Hespanha explica que com a restauração do Império do Ocidente surge a ideia de que o antigo Império Romano revivescera, sendo os seus atributos políticos (nomeadamente a universalidade do seu poder político) transferidos aos novos imperadores. O Império aparece como uma criação providencial destinada a ser o suporte político da Igreja, correspondendo a universalidade do Império à catolicidade (ou seja, caráter ecumênico ou universal) da Igreja³³².

Assim, o Direito Romano é retomado como o Direito do Império, de vocação universal; logo, como direito comum. Porém, no território do Império, ou

³²⁸ VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 119-120.

³²⁹ VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 120.

³³⁰ VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 120.

³³¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 144-145.

³³² HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio**. p. 141.

seja, nos jovens reinos medievais, nas cidades, nas senhorias e noutras corporações, existem e continuam em pleno desenvolvimento Direitos próprios. A vigência do direito comum deve, assim, compatibilizar-se com a vigência de todas essas ordens jurídicas reais, municipais, corporativas e mesmo familiares³³³.

Esta compatibilização ocorre da seguinte forma: no seu domínio particular de vocação, os direitos próprios têm a primazia sobre o direito comum, ficando este a valer não somente como direito subsidiário, mas também como direito modelo, baseado nos valores mais permanentes e gerais da razão humana, dotado por isso de uma força expansiva que o torna aplicável a todas as situações não previstas pelos direitos particulares e, ao mesmo tempo, o torna em um critério tanto para julgar a razoabilidade das soluções jurídicas contidas nesses direitos particulares como para reduzir as variadas e dispersas soluções dos direitos locais³³⁴.

Isso demonstra a característica unificadora do Direito Romano, a sua capacidade de harmonizar diferentes sistemas jurídicos, algo de grande relevância para o Direito Transnacional; e é esse um dos principais motivos que Hespanha destaca para a adoção do Direito Romano nesse período: a unidade política e religiosa do Império restaurado que exigia a unidade jurídica que só podia ser obtida por meio do Direito do Império por excelência, o Direito Romano³³⁵.

Porém, a partir do séc. XII, primeiramente na Itália e depois um pouco por toda parte, o Direito Romano passa a estar integrado no sistema de fontes do Direito da maior parte dos reinos europeus, mesmo naqueles que não reconheciam a supremacia do imperador, embora, nesses casos, somente quando se verifica não estar a matéria regulada pelo Direito local³³⁶.

Nessa situação, a unidade imperial não justifica a adoção do Direito Romano, o que leva ao segundo motivo exposto por Hespanha: a superior perfeição

³³³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 141-143.

³³⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 143.

³³⁵ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 145.

³³⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 143-144. "Mas mesmo nos domínios regulados pelo direito local, a uniformização estava em marcha, provocada por uma influência crescente dos princípios romanistas sobre o próprio legislador." HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 147.

que era atribuída a esse Direito. As fontes do Direito Romano eram mais completas e sofisticadas do que as dos Direitos germânicos alto-medievais ou dos Direitos locais³³⁷. Acerca disso, detalha Hespanha:

Com a sua fina e riquíssima casuística, cobria a generalidade das situações. Tinha, além disso, sido objeto de uma elaboração doutrinal. As suas soluções apareciam "explicadas" e "justificadas" pelos juristas. Estes tinham, por outro lado, elaborado uma série de argumentos gerais, como a razão do direito (*ratio iuris*), a equidade (*aequitas*), a utilidade (*utilitas*), que constituíam como que linhas de orientação do saber jurídico, permitindo dar coerência às várias soluções casuísticas e encontrar outras novas. Por tudo isto, o direito romano, respondia - diretamente ou mediante interpretação extensiva - à generalidade das questões; mas, além disso, respondia-lhes de forma razoável e convincente. Devido a esta perfeição ou racionalidade, o direito romano podia valer não apenas em virtude da submissão política (*ratione imperii*, em razão do império), mas também pela aceitação (voluntária) da sua razoabilidade (*imperio rationis*, por imperativo da razão)³³⁸.

Esse motivo demonstra como a racionalidade jurídica romana funciona de tal maneira a oferecer soluções jurídicas para os mais diversos contextos, permitindo, dentro de sua lógica, a perene evolução conforme novas necessidades, sem perder a coerência do seu sistema e de suas soluções, soluções essas que apresentam uma razoabilidade tão refinada a ponto desse sistema jurídica ser aceite voluntariamente e não ser imposto por vontade política.

Independente do motivo ser econômico, com Villey, ou derivado da unidade imperial e da sofisticação de sua razoabilidade, com Hespanha, ou mesmo uma síntese de todos esses motivos, a questão principal é que foi utilizado para resolver as necessidades práticas e conciliar os diferentes sistemas jurídicos que coexistiam nesse período.

Além disso, como destaca Dal Ri, em paralelo à dinâmica do regime das fontes do Direito, ocorre, nesse período, a influência do Direito Romano de maneira também "informal", ou seja, fazendo-se presente de forma interna aos institutos jurídicos, transmitindo elementos de noções romanas às instituições jurídicas locais

³³⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 146.

³³⁸ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 146.

e posteriormente estando presente nas ordenações, consolidações e códigos. Juntamente com esse fenômeno, pode-se observar também a tradição romanística como modelo na composição de novos sistemas jurídicos do ponto de vista sistêmico. Assim, tem-se o Direito Romano participando da experiência jurídica medieval em diferentes, muito embora indissociáveis, modos de construir o Direito³³⁹.

2.4.2 A Crise da Modernidade, a Escola Histórica Alemã e a Pandectística

Já no séc. XVI, a evolução social e o progresso do movimento de centralização do poder político acaba por modificar o equilíbrio do sistema de fontes do Direito. Isso acontece, primeiramente, nos ramos em que o Direito Romano não podia trazer grande contributo devido a maior evolução do estilo de vida, como o direito público em geral, o direito criminal e o direito comercial. Se, no primeiro, ainda foi possível encontrar algum paralelo entre a organização do poder do Baixo Império romano (séculos IV-V) e a dos Estados italianos, o mesmo não acontece no direito criminal e nem no direito comercial que deve corresponder a novas exigências sociais (os conflitos são resolvidos nos tribunais de mercadores em que se julga omitindo-se das solenidades do Direito Romano de Justiniano)³⁴⁰.

Mas, como destaca Hespanha, o abandono dos princípios da doutrina romano-civilística nestes domínios particulares é o reflexo de uma submissão mais vasta do direito comum de base romano-canônica aos novos direitos nacionais, cuja codificação começara no séc. XV e que traduzia, no campo jurídico, o fenômeno da centralização do poder real³⁴¹.

No séc. XIX esse fenômeno é acentuado com o movimento legalista e a tendência codificadora. Os novos códigos por um lado procediam a um novo desenho das instituições, correspondentes à ordem social burguesa liberal, e por outro instituíam uma tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade mais adequada a uma aplicação do Direito mais quotidiana e mais

³³⁹ DAL RI, Luciene. A Tradição Romanística em Período Medieval: entre práxis e esquecimento. p. 290.

³⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 245-246.

³⁴¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 246.

controlável pelo novo centro de poder: o Estado³⁴².

Estadualismo (identificação da ordem social com a ordem estadual), certeza e previsibilidade do Direito (legislação abstrata) e fixidez e permanência de um núcleo fundamental de princípios jurídicos (codificação) correspondem a efetivação e estabilização dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos³⁴³.

Com a democracia, estabelece-se que a única legitimidade política é a legitimidade proveniente da vontade popular, manifestada pelos seus representantes eleitos, perante a qual devem se curvar todas as outras formas de legitimidade, desde a legitimidade do direito divino à oriunda da tradição. No plano das fontes do Direito, o princípio democrático colocava a lei parlamentar (expressão da “vontade geral”) à dignidade de fonte primeira, se não única, do Direito³⁴⁴.

O legalismo derivado desse contexto parte do pressuposto político da existência de um Estado-Nação que os cidadãos reconheçam como portador dos valores jurídicos da comunidade. O problema é que certas nações europeias, como a Alemanha e a Itália que ocupavam lugares centrais no pensamento jurídico europeu, só conheceram um Estado nacional na segunda metade do séc. XIX. Nestes casos de privação de identidade política, a consciência nacional reagiu contra a ideia de que o Estado e o seu direito legislado pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação³⁴⁵.

Esse tipo de sociedade valoriza mais as formas tradicionais e espontâneas da organização política, nomeadamente aquelas mais presentes na tradição nacional. Além disso, o Estado, como surgira dos movimentos políticos contratualistas, era uma abstração, produto de um contrato idealizado entre sujeitos puramente racionais e cujo conteúdo decorria de regras de uma razão a-histórica, ou seja, o Estado e o Código são formas universais, indiferentes a quaisquer particularidades culturais ou nacionais³⁴⁶.

³⁴² HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milênio. p. 341.

³⁴³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milênio. p. 341.

³⁴⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milênio. p. 345-346.

³⁴⁵ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milênio. p. 383.

³⁴⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milênio. p. 383-384.

Na Alemanha, esse contexto deu origem à Escola Histórica Alemã, que domina o panorama do saber jurídico alemão durante a primeira metade do séc. XIX e que, no seu desenvolvimento pandectista, o influencia até aos inícios do séc. XX. O programa dessa escola era justamente buscar as fontes não estaduais e não legislativas do Direito. Ela compreendia a sociedade como um todo orgânico sujeito a uma evolução histórica em que no presente se leem os traços do passado e em que este condiciona naturalmente o que vem depois. Nessa evolução, peculiar a cada povo, manifesta-se uma lógica própria, o espírito do povo (*Volksgeist*), que está na origem e dá unidade e sentido a todas as manifestações histórico-culturais de uma nação³⁴⁷.

Um dos ramos da Escola Histórica Alemã ficou conhecido como pandectística, que possui esse nome exatamente por voltar a valorizar o Direito Romano³⁴⁸, sobretudo na medida em que é nele que se funda a tradição da construção sistemática e dogmática que marcara a cultura jurídica alemã dos dois últimos séculos³⁴⁹.

A sistematicidade do Direito decorreria dele ser uma emanção do *Volksgeist*, assim, as instituições jurídicas teriam uma “alma”, que são os sentidos ou princípios orientadores que lhes dão unidade. Esses princípios são induzidos a partir da observação das normas jurídicas concretas, permitindo que a exposição do Direito nacional fosse feita de forma orgânica e sistemática, organizada por princípios gerais. Desses princípios seriam extraídos depois outros princípios, bem como soluções para os casos concretos³⁵⁰.

Os princípios seriam obtidos pelo tratamento formal de material histórico, principalmente de Direito Romano, e legislativo do Direito nacional. Esses princípios explicariam e gerariam consequências normativas. Essas soluções seriam não apenas formalmente lógicas, mas ainda materialmente justas, porque os princípios

³⁴⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 384-385.

³⁴⁸ *Pandectas* é o nome grego equivalente a *digesto* e, por isso, é outro nome usado para designar a compilação de textos e extratos dos juriconsultos ordenada pelo imperador Justiniano com esse nome e que faz parte do *Corpus Iuris Civilis*. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano.** p. 160, 196, 513.

³⁴⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 391.

³⁵⁰ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio.** p. 391-392.

de que elas decorriam existiram de fato, embora a um nível não explícito, na realidade cultural de que o Direito se alimentava³⁵¹.

Justamente por serem princípios realmente existentes, o jurista, ao formulá-los, não os cria arbitrariamente, apenas os identifica e descreve. O saber jurídico, assim, garantia sua cientificidade por meio desse formalismo, ou seja, desta recusa, na construção jurídica, de ultrapassar as preocupações de rigor conceitual³⁵².

O legado da pandectística de que o rigorismo formal do processo de decisão garante, por si só, a justeza material dos resultados marcou decisivamente a cultura política e jurídica da atualidade. A pandectística teve grande repercussão na Europa e fora dela. Na Europa, está na origem do Código civil alemão de 1900, a ponto de se escrever que ele era as *Pandectas* de Windscheid (expoente dessa escola) transformada em parágrafos. Através deste e da doutrina alemã anterior e posterior, a pandectística influenciou muito a doutrina e as condificações posteriores. Mesmo no Oriente ela influencia decisivamente os projetos de renovação do Direito chinês e japonês nas primeiras décadas do séc. XX³⁵³.

2.4.3 O *Ius Commune* em Estados Contemporâneos

Mas a utilização da tradição romanística não é somente histórica, havendo situações também atuais, para além da sua influência nos institutos, códigos e sistemas jurídicos contemporâneos. Apesar de um Direito Romano nos moldes originais dificilmente ser encontrado, há vários países que permanecem baseados, pelo menos em algumas áreas, no direito comum medieval de base romanística (obviamente com atualizações).

Como destaca Dolezalek:

[...] esistono tutt'oggi paesi nei quali lo *Ius Commune* è ancora applicabile in molti settori del diritto. Si riferiscono ad Andorra, a San Marino, alle isole nel canale tra Francia ed Inghilterra, alla Scozia, allo Sri Lanka; ma soprattutto si riferiscono a sei stati

³⁵¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milênio. p. 394-395.

³⁵² HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milênio. p. 395.

³⁵³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milênio. p. 398.

dell’Africa meridionale, cioè Botswana, Lesotho, Namibia, la Repubblica di Sud Africa compresi gli *homelands*, Swaziland e Zimbabwe³⁵⁴.

A República de San Marino, enclave no território italiano, por exemplo, apesar de algumas matérias específicas serem regidas por leis e estatutos³⁵⁵, em geral o que rege essa nação é o *ius commune*³⁵⁶. Por isso, até hoje nenhum código civil foi promulgado nesse país³⁵⁷, que também não possui nenhuma constituição formal escrita³⁵⁸.

Um caso particularmente interessante é o de Andorra. Nesse país, o *ius commune*, em teoria, deveria ser aplicado como era em 1716, não sendo autorizado, como acontece em outros Estados, que os juristas deem novas interpretações aos velhos textos, para atualizar o Direito às novas exigências. Para a teoria andorrana, o *ius commune* seria petrificado. Porém, os tribunais não aplicam literalmente essa teoria e em alguns casos modernizam o Direito fazendo referência à *aequitas*³⁵⁹. É novamente um exemplo de como a racionalidade jurídica romana, nesse caso por meio da *aequitas*, auxiliou juristas a resolverem um problema jurídico moderno.

Esses foram alguns exemplos de como a racionalidade, o espírito do Direito Romano permite, em vários momentos históricos, soluções e propostas acerca de complexas situações jurídicas. Isso é possível pois quando se fala em Direito Romano não se fala em institutos jurídicos históricos e imutáveis, mas sim, muito mais do que isso, uma forma de análise do fenômeno jurídico.

³⁵⁴ “[...] existem ainda hoje países nos quais o *Ius Commune* é ainda aplicável em muitos setores do direito. Referem-se à Andorra, à San Marino, às ilhas no canal entre a França e a Inglaterra, à Escócia, ao Sri Lanka; mas sobretudo se referem a seis estados da África meridional, isto é, Botswana, Lesoto, Namíbia, a República da África do Sul incluído os *homelands*, Suazilândia e Zimbabué.”. DOLEZALEK, Gero R. *Argomenti dallo Ius Commune nel diritto moderno sudafricano. Scienza e Politica*, Trento, p. 3-15, v. 5, n. 8, 1993. p. 3. Tradução nossa.

³⁵⁵ Existem leis, por exemplo, acerca os direitos de hipoteca, família, câmbio, *leasing* e sociedade. Nesses casos, as leis são a fonte primeira, acima do direito comum. REINKENHOF, Michaela. *Die Anwendung gemeinen Rechts in der Republik San Marino. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, München, p. 321-, 1997.

³⁵⁶ VICARI, Andrea. San Marino. *The Columbia Journal of European Law Online*, New York, 2012.

³⁵⁷ O que não se aplica na área criminal, em que existe tanto um Código de Processo Penal quanto um Código Penal. REINKENHOF, Michaela. *Die Anwendung gemeinen Rechts in der Republik San Marino*.

³⁵⁸ FRANCONI, Maria Gabriella. *The legal and social situation concerning homophobia and discrimination on the grounds of sexual orientation in the Republic of San Marino*. City of San Marino: University of the Republic of San Marino, 2010.

³⁵⁹ DOLEZALEK, Gero R. *Argomenti dallo Ius Commune nel diritto moderno sudafricano*. p. 4.

Os institutos jurídicos específicos do Direito Romano pertencem a um outro período histórico que não servem para a história posterior³⁶⁰, mas o motivo de ter sido retomado em diversos momentos e de se discutir sua aplicação hoje é exatamente essa sua forma de ver o fenômeno jurídico a partir de situações concretas e delas retirar, conforme as necessidades históricas do momento, os princípios jurídicos necessários. E faz isso dialogando com outros sistemas jurídicos existentes, harmonizando suas diferenças, funcionando como método de interpretação e como fonte subsidiária.

Mesmo quando se usa o direito comum europeu, que não se baseia somente no Direito Romano, não deixa de ser um sistema jurídico que se guia pela racionalidade jurídica romana, ancorado na tradição, nos costumes, encontrando soluções e princípios jurídicos a partir do caso concreto e conciliando diferentes sistemas jurídicos.

³⁶⁰ “Tradicionalmente mais juristas que historiadores, os romanistas relegaram por muito tempo à sombra os *princípios* do direito romano; até recentemente, apenas as *soluções* pareciam interessá-los (por exemplo: qual a extensão das obrigações do vendedor? as condições de existência do *furtum*? etc.) e não tinham escrúpulos em transpô-las, em adaptá-las às formas do pensamento contemporâneo, mesmo com o risco de alterar seu sentido. Assim, nossos manuais continuam a apresentar as leis (*leges*) como a fonte fundamental do direito romano da época clássica, o que certamente corresponde à nossa teoria atual das fontes do direito, mas de forma alguma às concepções dos contemporâneos de Cícero ou mesmo de Augusto ou de Trajano.”. VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 66.

CAPÍTULO 3

O DIREITO ROMANO PRIVADO DA REPÚBLICA TARDIA

3.1 IUS CIVILE, COSTUMES E LEX

O nome técnico do Direito sob o aspecto externo e positivo, ou seja, como regra que se impõe ao operador e quer obediência, é chamada pelos romanos de *ius*, uma palavra de obscura etimologia³⁶¹. O *ius civile* é o Direito do povo romano, uma vez que *civitas* é o nome que recebe o povo como sociedade ordenada entre os romanos. *Iustus* é o nome que recebe a relação ou o ato conforme ao Direito³⁶², já *iniuria* refere-se a qualquer comportamento que o viole³⁶³.

Originalmente, o termo *ius* (plural: *iura*) denota aquilo que é devido nas relações humanas: o poder legítimo de um membro da comunidade de agir de uma certa maneira em relação a seus concidadãos. Referia-se a um curso de conduta que a comunidade toma por certo e, nesse sentido, endossa. Assim, uma pessoa que se apropria de um objeto, entra em uma terra, expulsa ou aprisiona outro indivíduo, pode, ao fazê-lo, estar exercendo *ius*. A comunidade tem uma consciência geral das circunstâncias em que tais atos são interpretados como *iura* e estas são estabelecidas pelo costume³⁶⁴.

Nesse estágio mais antigo, o exercício do *ius* não tem conexão com a organização do Estado e, portanto, é definido como qualquer instância de aprovada autotutela³⁶⁵. Após a consolidação do Estado romano primitivo e o estabelecimento

³⁶¹ De acordo com Casavola: “É provável que *ius* significasse um caldo misto de diversos vegetais, base da alimentação em comunidades passadas da caça para a coleta ou o cultivo de ervas e cereais. Um atestado eloquente é ainda hoje o francês *jus* que indica o suco de fruta ou molho de carne.”. CASAVOLA, Francesco Paolo. *Mores Maiorum: storie e filosofie dei diritti*. **Iustitia**, Roma, p. 1-8, 2019. p. 1. Tradução nossa.

³⁶² BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 6.

³⁶³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 19.

³⁶⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 19.

³⁶⁵ Esse estágio não possui nenhuma relação com o estado de natureza hobbesiano, pois já existia a sociedade romana organizada, e a autotutela não significa vontade do mais forte, pois ela deve estar respaldada pelos costumes sociais e, assim, pela comunidade. Porém, não havia um sistema jurisdicional estatal.

de um sistema formal de justiça, são indicadas as regras ou normas capazes de serem aplicadas com o consentimento dos responsáveis pela salvaguarda e manutenção das normas que governam a vida da comunidade. Assim, os detentores do *imperium*³⁶⁶ têm as funções essenciais de pronunciar o *ius* e ajudar os indivíduos a obterem seus direitos através de canais formais³⁶⁷.

A primeira forma de procedimento legal é o ato pelo qual uma pessoa que possui ou reivindica um *ius* contra outro, solicita a um magistrado jurisdicional que confirme seu *ius* e permita seu exercício, suprimindo efetivamente a resistência de um oponente. O Direito Romano desenvolve-se principalmente como um direito privado que é concebido como um sistema de direitos ou reivindicações reforçados por causas de ações e remédios processuais específicos. Quando o pensamento jurídico romano evolui para perceber os vários poderes protegidos como um sistema, o termo *ius* se assemelha ao significado moderno da palavra Direito em sentido amplo: todo o sistema de normas pelo qual os direitos e poderes concomitantes dos membros da comunidade são definidos, protegidos e aplicados³⁶⁸.

Assim, no princípio da história de Roma, todo o Direito é consuetudinário, e a origem dos institutos jurídicos reside nos costumes. Porém, a importância dos costumes como fonte jurídica regride na história do Direito Romano: no início era a única fonte, diminui com a progressiva eficiência do poder legislativo até praticamente desaparecer, como fonte autônoma, com Justiniano, o qual se proclama único legislador, momento em que os costumes possuem eficácia somente quando e nos casos em que o legislador expressamente prevê o uso deles³⁶⁹.

De qualquer forma, especificamente na Roma republicana, existem duas formas fundamentais de se estabelecer o Direito: o costume e a lei. A distinção geral entre as duas fontes é feita pela forma externa pela qual se manifestam os seus

³⁶⁶ “O *imperium*, na experiência republicana dos primeiros séculos, era um poder (ao mesmo tempo civil e militar), virtualmente pelo menos, sempre coercitivo, que contemplava o direito de “tomar os auspícios”, de pedir, isto é, a sagrada investidura de Júpiter Capitolino, de consultar os augures, de comandar o exército, de ordenar o arrolamento e a cobrança dos tributos.”. MAROTTA, Valerio. **Esercizio e Trasmissione del Potere Imperiale (secoli I-IV d.C.)**: studi di diritto pubblico romano. Torino: Giappichelli, 2016. p. 1. Tradução nossa.

³⁶⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 19-20.

³⁶⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 20.

³⁶⁹ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 116-117.

preceitos: escrita é a lei, não escrita é o costume³⁷⁰.

Porém, como destaca Biondi, essa distinção não capta a essência da diversidade, que é colocada não nos diferentes meios pelos quais são transmitidas essas fontes, mas no diferente modo de formação delas: no caso da lei, a norma é criada diretamente pelos corpos legislativos do Estado, enquanto o costume resulta da repetição espontânea e constante de uma determinada prática jurídica. Geralmente a lei é posta por escrito e o costume é transmitido oralmente, mas uma lei não deixa de ser tal apenas porque não foi posta por escrito, como foi o caso em tempos arcaicos quando a escrita não era difundida, nem o costume deixa de ser tal porque está escrito³⁷¹.

De acordo com Bonfante, o costume poderia ser definido como a observância espontânea da norma que corresponde à convicção jurídica do povo, possuindo dois requisitos: a convicção de que a norma deve ser observada como direito e a observância constante dela³⁷². Biondi acrescenta que o costume deve ser reconhecido pelo Estado³⁷³, porém esse reconhecimento não necessita ser expresso, basta ser implícito.

A prática costumeira deve ser observada por um longo período de tempo, o tempo é fator essencial do costume, e é necessário que o costume seja seguido da mesma maneira e com a mesma força obrigatória com que se obedece a lei. É necessário que o costume seja observado pela generalidade daqueles que têm relação direta com aquele costume em particular, o que não exclui os costumes locais, limitados a uma área específica do território do Estado, e costumes especiais relativos a uma relação única e específica. O uso deve ser constante, ou seja, não interrompido por costumes contrários³⁷⁴.

Existem dois tipos de costumes na República romana. Os primeiros e mais antigos resultam de antigas tradições conhecidas como *mores maiorum* (tradições dos ancestrais). Conforme destaca Casavola:

³⁷⁰ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 19.

³⁷¹ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 116.

³⁷² BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 20.

³⁷³ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 116.

³⁷⁴ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 117.

Essi erano ascoltati per le experiências acumuladas na coltivação da terra, na regimação das águas, no alívamento do bestial, na fabricação dos arneses de trabalho e das armas, no observação dos fenômenos naturais. In épocas de culturas orais, a longevidade dos antenados era um capital de conhecimentos que garantia continuidade e melhoria na vida das comunidades familiares. Além da longevidade, os comportamentos e os ensinamentos das gerações desaparecidas eram continuados como se fossem normas [...]. CASAVOLA, Francesco Paolo. *Mores Maiorum: storie e filosofie dei diritti*. p. 2. Tradução nossa.

Os ancestrais vivem e conhecem a lógica da vida, o movimento das estações, a ordem imanente à natureza, os animais, o perigo dos insetos, a tecnologia dos ventos etc., e reproduzem o que é conforme à lógica da vida na construção dos valores sociais em referência à existência humana, criando assim parâmetros para toda a sociedade seguir a fim de viver bem e dentro da medida humana. Pela sua sabedoria, esses ancestrais fornecem as passagens para uma vida social sadia, e o fazem mediante princípios ético-político-jurídicos, que são os *mores maiorum*. Posteriormente se forma uma consciência social coletiva que os propaga e lhes dá continuidade.

Os *mores maiorum* não derivam de nenhum legislador e ninguém individualmente os criou ou impôs coativamente, é a consciência social coletiva que os aceita após terem sido criados pelos antepassados conforme as necessidades da vida comum, são observados como uma necessidade, independentemente de qualquer imposição externa. São formados fora da atividade do Estado, que, no entanto, quando surge e se afirma, os impõem e os fazem valer. É um fenômeno de recepção, pelo qual os *mores maiorum*, como são compreendidos e desenvolvidos pela jurisprudência, tornam-se *ius*, mais precisamente *ius civile*, ou seja, o direito dos *civis* como tais. O *ius* tem origem e desenvolvimento extra-estatal, mas torna-se

³⁷⁵ “Eles eram ouvidos pelas experiências acumuladas no cultivo da terra, na regulação da água, na criação de gado, na fabricação de ferramentas e armas, na observação de fenômenos naturais. Em épocas de culturas orais, a longevidade dos ancestrais foi um capital de conhecimento que garantiu a continuidade e a melhoria na vida das comunidades familiares. Além da longevidade, os comportamentos e ensinamentos das gerações desaparecidas eram continuados como se fossem normas [...]”. CASAVOLA, Francesco Paolo. *Mores Maiorum: storie e filosofie dei diritti*. p. 2. Tradução nossa.

Direito do Estado³⁷⁶.

Mores maiorum, de onde procede o ordenamento jurídico, denotam tanto normas éticas como costumes e tradições jurídicas, pois para os romanos não há separação entre Ética, Política e Direito. O sistema jurídico, como um todo e em sua essência, apresenta-se como um sistema ético com uma sanção externa. As normas legais, antes de serem tais, são normas éticas³⁷⁷. Os *mores maiorum* não são somente regras de organização, mas são estruturas de civilidade³⁷⁸.

Destaca-se que esses costumes, apesar de antiga origem, não são imutáveis, mas sofrem modificações conforme muda a sociedade romana. A aplicação jurídica desses costumes com as devidas adaptações e modificações é realizada tanto pelo pretor como pelos juristas, primeiros pontífices e depois laicos, conforme explana-se adiante.

No último século da República, define-se em termos jurídicos também outro tipo de costume que não o *mos maiorum*, que é chamado de *consuetudo*, que seria uma lei tácita coincidente com o comportamento de todo o povo, ou de uma comunidade mais restrita, mas, diferentemente do *mos*, não se refere a material sagrado e religioso e é o resultado de um consenso atual expresso pelo povo, não da recepção de comportamentos originalmente colocados pelos *maiores*, os ancestrais das famílias romanas mais antigas e nobres³⁷⁹.

Depois da criação do Estado romano, surge também a lei³⁸⁰, que é o modo de formação do direito por obra de órgãos destinados expressamente a esse escopo³⁸¹, ou seja, é produto direto e imediato da vontade estatal³⁸².

Durante a República, três assembleias politicamente eficazes operam em

³⁷⁶ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 133.

³⁷⁷ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 190-191.

³⁷⁸ CASAVOLA, Francesco Paolo. *Mores Maiorum: storie e filosofie dei diritti*. p. 2.

³⁷⁹ SCIORTINO, Salvatore. *Il Mos e la Consuetudo nel De Moribus* Di M. T. Varrone: (In Margine a *Macr. Sat.* 3.8.8-12 e *Serv. Ad Aen.* 7.601). p. 195, 199-200.

³⁸⁰ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 113, 116.

³⁸¹ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 20.

³⁸² BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 133.

Roma: a *comitia centuriata*³⁸³, a *comitia tributa*³⁸⁴ e o *concilium plebis*. Originalmente, somente as leis (*leges*) promulgadas pela *comitia centuriata* e a *comitia tributa* são obrigatórias para todos os cidadãos, enquanto as resoluções da *concilium plebis* (*plebiscita*) são apenas obrigatórias para os plebeus. No entanto, em 287 a.C., os desenvolvimentos sócio-políticos associados à luta das ordens provocaram a declaração de que a *plebiscita* é obrigatória para todos os cidadãos em virtude da *lex Hortensia de plebiscitis*. Após a promulgação desta lei, o *concilium plebis* ganha importância e gradualmente se torna a assembleia legislativa por excelência, enquanto a *comitia centuriata* permanece como a assembleia eletiva sênior. Como a grande maioria dos estatutos promulgados após 287 a.C. são aprovados pelo *concilium plebis* na proposta de um tribuno da plebe, as *plebiscita* são comumente chamadas de *leges*³⁸⁵.

Os cidadãos aprovam propostas apresentadas por um magistrado com poderes para convocar e presidir uma assembleia popular. A proposta do magistrado é chamada de *rogatio legis* e as leis resultantes são identificadas como *leges rogatae*. O costume e, posteriormente, a lei ditam que o texto completo da medida proposta deve ser publicado vinte e quatro dias antes de sua apresentação formal à assembleia. Durante este intervalo, o magistrado pode realizar reuniões informais de cidadãos onde são proferidos discursos a favor e contra a medida. Durante todo esse período, o magistrado proponente permanece encarregado da medida e não altera o texto, a menos que seja persuadido a fazê-lo³⁸⁶.

Depois que a proposta foi apresentada à assembleia, ela não pode mais

³⁸³ “A população de Roma (patrícios e plebeus) encontrava-se dividida em 5 classes, de acordo com os rendimentos. [...] Cada classe detinha um número de centúrias, de que resultava outra assembleia: os *comitia centuriata* (‘assembleias por centúrias’), nos quais a votação se operava por centúrias, um voto por cada uma. LEÃO, Delfim; BRANDÃO, José Luís. As Origens da Urbe e o Período da Monarquia. In: OLIVEIRA, José Luís Brandão Francisco de Oliveira (Coord.). **História de Roma Antiga**: das origens à morte de César. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. v. 1. p. 27-50. p. 49. “Suas principais prerrogativas foram a escolha dos cônsules e dos pretores e o voto das leis; mas os candidatos às magistraturas eram propostos (*creatio*) pelos seus predecessores, não deixando aos *comitia* senão a possibilidade de confirmarem ou recusarem a proposta; aconteceu o mesmo em matéria legislativa.”. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. p. 82.

³⁸⁴ “[...] divisão das tribos segundo os territórios: quatro eram urbanas e outras camponesas (seriam 17 em 495 a.C. e 31 d.C.). As assembleias das tribos (*comitia tributa*) eram convocadas para eleger magistrados menores e aprovar algumas leis.”. MONTAGNER, Aírto Ceolin. A Formação de Roma e os Primórdios da Literatura Latina. **Principia**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 9-17, 2012. p. 10.

³⁸⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 57.

³⁸⁶ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 57.

ser modificada. A assembleia pode aceitar ou rejeitar o projeto como um todo e na forma exata como foi entregue pelo magistrado. Um projeto de lei aprovado torna-se uma *lex* após um anúncio formal da decisão da assembleia pelo magistrado presidente. Após as suas aprovações, as leis são inscritas em tábuas de madeira, cobre ou pedra, e retidas no tesouro do Estado sob a supervisão dos questores. Segundo a tradição, uma lei aprovada pelo povo não poderia entrar em vigor até ser aprovada pelo Senado. Esta regra foi revertida pela *lex Publilia Philonis* de 339 a.C. A partir desse momento, as leis geralmente têm efeito imediato após o anúncio formal da decisão da assembleia endossando a proposta do magistrado³⁸⁷.

A lei é composta de três partes: (i) o preâmbulo (*praescriptio legis*), que incorpora o nome do magistrado que a propôs, o lugar e a data de sua promulgação, e o nome da centúria ou tribo que lançou o primeiro voto no processo; (ii) o texto da lei (*rogatio*), que geralmente é dividido em seções; e (iii) a ratificação da lei (*sanctio*). A *sanctio* especifica as penalidades impostas se a lei for violada e estabelece as regras que regem a relação entre o novo estatuto e a legislação anterior e futura.

Uma distinção foi feita entre leis perfeitas (*leges perfectae*), leis imperfeitas (*leges imperfectae*) ou leis sem qualquer sanção e leis menos que perfeitas (*leges minus quam perfectae*). Atos realizados em violação de uma lei perfeita são considerados nulos e sem efeito. A violação de uma lei imperfeita, por outro lado, não afeta a validade do ato relevante. Da mesma forma, quando uma lei menos que perfeita é violada, o ato em si permanece válido, mas o transgressor está sujeito a punição. Leis contendo disposições não relacionadas ou supérfluas são designadas *leges saturae* ou *per saturam* e são proibidas³⁸⁸.

A *lex* é a fonte secundária e menor. Os órgãos responsáveis por produzi-la restam estranhos a uma ordem essencialmente interindividual que é o direito romano. Antes, nos tempos arcaicos, mais do que interindividual, é, em larga medida, interfamiliar, conjunto de relações entre chefes de famílias³⁸⁹. Mesmo

³⁸⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 57.

³⁸⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 58.

³⁸⁹ “[...] se o direito público foi criado e desenvolvido em torno da civitas, o direito privado, isto é, aquele direito que sobreviveu à queda de Roma, tem sua base no ordenamento da família e da *gens* e nas relações intergentílicas e interfamiliares. [...] Acreditamos que a *gens* não é senão o núcleo

depois que o poder se desvincula dos chefes de família, na estrutura do direito privado permanece vivo um reflexo de uma antiga composição pluralística, federativa da cidade, de uma soberania pertencente aos chefes das famílias³⁹⁰.

Como explica Biondi:

Questa diversa formazione spiega anche il diverso contenuto. La *lex* riguarda rapporti che toccano tutta la collettività, alla cui disciplina è interessato tutto il *populus* come collettività giuridicamente organizzata. Il *ius* invece riguarda interessi e rapporti tra singoli, per la cui disciplina un tempo si riteneva bastassero gli antichi *mores*, fino al punto che lo Stato poteva disinteressarsene³⁹¹.

Assim, no que diz respeito ao direito público, a *lex* é sua fonte padrão e principal: a instituição de novas magistraturas, a variação das competências das já existentes, a admissão aos cargos magistrais, ao senado, ao sacerdócio, tudo aquilo que se refere à cidadania, às assembleias, ao direito de voto, aos processos legislativos e eleitorais, à organização de administrações locais, à justiça criminal, ao *ager publicus*³⁹² e, em geral, aos bens estatais, às medidas fiscais e à polícia, etc. – tudo ocorre através de uma série de leis e plebiscitos³⁹³.

Existem leis também de direito privado, porém são poucas e de conteúdo bastante específico. A grande maioria das leis aprovadas nesse período diz respeito a questões de direito constitucional e penal, ou preocupações políticas imediatas, como a distribuição de terras, a concessão de honras extraordinárias e a liberação de dívidas. Como um todo, a legislação é empregada para lidar com problemas

político precedente à *civitas*, uma aglomeração de famílias que, segundo as circunstâncias ou a fortuna de uma dada *gens*, pode constituir, com os próprios súditos e servir a uma grande linhagem ou aldeia, uma Comuna”. BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1934. p. 60-61, 64. Tradução nossa.

³⁹⁰ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 12-13.

³⁹¹ “Essa formação diversa também explica o conteúdo diverso. A *lex* diz respeito a relações que tocam toda a coletividade, cuja disciplina é interessada a todo o *populus* como uma coletividade juridicamente organizada. O *ius*, por outro lado, diz respeito a interesses e relações entre indivíduos, cuja disciplina se considerava que os antigos *mores* eram suficientes, a tal ponto que o Estado podia se desinteressar acerca disso”. BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 133. Tradução nossa.

³⁹² “[...] um tipo de terra pública específica da República Romana: era uma terra pertencente ao Estado, que poderia ser disponibilizada de várias maneiras aos cidadãos romanos.”. ROSELAAR, Saskia T. **Public Land in the Roman Republic: a social and economic history of the *ager publicus***. 383 f. Tese (Doutorado) – Leiden University, Leiden, 2008. p. 7. Tradução nossa.

³⁹³ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 234-236.

específicos em vez de estabelecer regras e princípios que regem a política social ou os arranjos constitucionais de maneira abrangente e permanente. Serve o propósito de adaptar a estrutura do governo e do Direito às mudanças nas condições sócio-políticas e econômicas; a legislação nunca é usada para alterar radicalmente essa estrutura. As leis são promulgadas, por exemplo, para criar novas magistraturas ou para definir a natureza dos crimes públicos e os procedimentos para lidar com eles. No campo do direito privado, as leis são usadas como um meio de suplementar ou limitar os *iura* privados, ou instigar mudanças no processo civil quando a interpretação jurídica ou a ação magisterial são consideradas incapazes de produzir o efeito desejado³⁹⁴.

Algumas importantes *leges* de direito privado são a *lex Aebutia*, explicada adiante; a *lex Aquilia*, um plebiscito provavelmente aprovado em 286 a.C., que prescreve as regras gerais de responsabilidade por danos ilícitos à propriedade e obriga o infrator a pagar uma multa ao proprietário; a *lex Atinia*, provavelmente promulgada no século II a.C., que exclui objetos roubados do *usucapio*; a *lex Laetoria*, aprovada no início do século II a.C., que objetiva proteger as pessoas com menos de vinte e cinco anos de idade de fraude; a *lex Cincia de donis e muneribus*, de 204 a.C., que proíbe presentes em excesso de certa (desconhecida) quantia, com exceção daqueles em favor de parentes próximos e certas pessoas privilegiadas; a *lex Voconia*, de 169 a.C., que impõe limitações à capacidade testamentária das mulheres; e a *lex Falcidia*, de 40 a.C., que especifica a quantidade de legados que podem ser transmitidos³⁹⁵.

Importante destacar o papel do Senado no âmbito legislativo. Sob a constituição republicana, o Senado não tem poder direto de legislar. Sua principal função é apenas de atuar como um conselho consultivo para os magistrados, que são os executivos do Estado. No entanto, na prática, o Senado exerce controle substancial sobre as funções legislativas das assembleias em virtude de sua influência sobre os magistrados. Ordinariamente, o Senado discute exaustivamente os projetos de propostas legislativas antes de sua apresentação ao povo e, se

³⁹⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 58.

³⁹⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 58-59.

necessário, alteram esses projetos de acordo com as opiniões da maioria do Senado. Esse rascunho finalmente aprovado é então incorporado a uma resolução (*senatus consultum*) que aconselha o magistrado em questão a submetê-lo à assembleia, cuja ação subsequente praticamente não passa de uma ratificação formal dos termos do *senatus consultum*³⁹⁶.

Embora os magistrados têm a liberdade de ignorar o conselho do senado, eles normalmente se submetem a essa autoridade. Eles possuem uma profunda lealdade e respeito por esse corpo do qual fazem parte. Os poucos magistrados que são menos tendenciosos a efetuar os desejos do Senado devem ponderar a curta vida de sua própria autoridade e a dependência de suas carreiras futuras com a boa vontade de seus colegas. Outro fator a considerar é que eles podem ser criminalmente responsabilizados por abuso de poder após o ano ter expirado e enfrentar um júri composto pelos mesmos homens que eles haviam afrontado³⁹⁷.

No último século da República, quando o Estado romano encontra-se envolvido em uma crise política e administrativa e a influência das assembleias declina, às vezes acontece de uma proposta legislativa sancionada pelo Senado não ser apresentada ao povo, mas entrar imediatamente em vigor. Além disso, o Senado às vezes assume o poder de declarar as *leges* nulas com base em alguma suposta irregularidade ou violação de um princípio constitucional estabelecido³⁹⁸.

À medida que o governo se transforma na administração burocrática de um império mundial durante o primeiro século d.C., o modo de criar lei pelo voto do povo é gradualmente descontinuado. A função legislativa passa para o Senado, cujos decretos adquirem a força total das leis. Assim, na prática, os estatutos e os decretos senatoriais receberam paridade como fontes do Direito. Isso torna o *senatus consultum* um veículo importante da legislação, embora pareça improvável que alguma ação constitucional específica tenha sido implementada para equiparar os *senatus consulta* com as *leges*³⁹⁹. De qualquer forma, esse período já é o da crise da República com a subsequente passagem para o Principado, fora do escopo

³⁹⁶ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 59.

³⁹⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 59.

³⁹⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 59.

³⁹⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 59.

desse trabalho.

Na época republicana, de maneira geral, a *lex* é considerada a fonte principal de direito público, enquanto os costumes são a principal fonte de direito privado, isso na concepção dos romanos, que inclui no âmbito privado as normas de direito processual. O importante para esse trabalho é essa forma como o Direito Privado se produz, a partir das tradições, dos valores dos *mores maiorum*, e, por meio da racionalidade jurídica do pretor e dos juristas, transforma-se e adapta-se conforme as necessidades individuais e sociais.

3.2 O PROCESSO JURISDICIONAL E O PRETOR

No Direito Romano, direito e ação são conceitos estreitamente conectados, mais do que no pensamento moderno. O Direito é concebido e declarado sob o aspecto processual mais do que substantivo: o Direito Romano é, em geral, um sistema de ações e de meios processuais, e não de direitos subjetivos. Em vez de afirmar que alguém tem ou não um direito, diz-se que tem ou não ação. Também o edito dos magistrados nada mais é que uma promessa de ações individuais e meios judiciais⁴⁰⁰.

Nessa linha, também a jurisprudência romana exerce uma função diferenciada da modernidade. Como destaca Bonfante, a jurisprudência romana transcende a mera interpretação, no sentido moderno da palavra, e organização do Direito. Estando as bases do Direito nos costumes praticados desde épocas remotas, a jurisprudência possui uma grande liberdade de formulação, e muito depende da autoridade dos homens que assumem a função de depositários e intérpretes das normas, uma função que não deixa de ser uma obra de criação⁴⁰¹.

3.2.1 O Processo Jurisdicional

Na evolução do procedimento romano, distingue-se três sistemas: a *legis actiones*, as *formulae*, dois sistemas que preservam a característica romana da

⁴⁰⁰ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 580.

⁴⁰¹ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 275.

divisão do juízo em duas etapas, e a *extraordinaria cognitio*⁴⁰². O sistema primitivo é o da *legis actiones*. Este sistema tem o seu nome a partir das formas solenes, sacramentais e simbólicas que as partes tinham de seguir na primeira fase, chamadas *actiones*, e depois regularmente *legis actiones* a serem estabelecidas por lei ou com base nas palavras da lei⁴⁰³.

Com as mudanças nas condições socioeconômicas da República tardia, o sistema da *legis actio* gradualmente cai em desuso. Isso deriva principalmente de seu formalismo exagerado e da proeminência de um sistema novo e mais flexível: o procedimento formular (*per formulam*). O procedimento formular é provavelmente introduzido pela primeira vez pelo pretor peregrino como uma maneira de lidar com disputas envolvendo estrangeiros. Está aplicação é posteriormente alargada aos casos em que ambas as partes do litígio são cidadãos romanos e as *legis actiones* não estão disponíveis⁴⁰⁴.

A instituição completa do novo sistema se dá com a *lex Aebutia*, de acordo com a qual, o magistrado, tendo ouvido as partes, elabora por escrito uma instrução que determina os pontos de direito os quais o juiz deve respeitar na emissão da sentença. Tal instrução dada pelo magistrado ao juiz chama-se *formula*, e dela retira-se o nome do novo procedimento: *per formulas* ou formular⁴⁰⁵. Apesar dessa lei, essa mudança já vinha acontecendo antes e foi gradual. Sempre que possível, uma nova *formula* é integrada ao sistema de ações reconhecidas pelo *ius*

⁴⁰² “Durante a era imperial e precisamente sob a influência da nova autoridade do príncipe, foi realizado um procedimento totalmente baseado no Estado, que subtrai a divisão regular entre magistrado e juiz e, portanto, precisamente chamado de *cognitio extra ordinem*. O magistrado ou seu delegado, mas sempre um funcionário público, julga o processo do começo ao fim. Enquanto este procedimento existe ao lado do procedimento regular dos juizes privados, constitui propriamente uma invasão da administração do Estado no campo da justiça. O processo é um ato administrativo (*cognitio*), a sentença um *decretum* [...] As causas pelas quais o novo procedimento foi introduzido foram originalmente novas relações e pode-se dizer que ele começou a partir da instituição dos fideicomissos sob Augusto [...]”. BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 503. Tradução nossa.

⁴⁰³ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 159. Como explica de Francisci: “No período mais antigo, o julgamento privado perante o magistrado (*in iure*) se dá por meio de fórmulas solenes e gestos simbólicos, que tomam o nome de *actiones*, mais tarde de *legis actiones* por terem sido introduzidas pela lei ou porque reproduzem fórmulas contidas na lei.”. FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 156. Tradução nossa.

⁴⁰⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 65.

⁴⁰⁵ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 281.

*civile*⁴⁰⁶. Em contraste ao procedimento *legis actio*, onde o requerente seleciona a *legis actio* por sua conta e risco, no procedimento formular é o próprio magistrado que, a pedido do interessado, emite a fórmula⁴⁰⁷.

Há duas características fundamentais do processo romano: por um lado, a parte restrita que representa a autoridade pública, que se limita a regular o conflito, impedindo a luta brutal, impondo às partes a escolha de um juiz e a submissão à sua decisão: por outro lado, a contínua natureza voluntária e privada de todo o processo e a necessidade contínua de iniciativa individual, desde a abertura do procedimento até a execução⁴⁰⁸.

Assim, o processo é basicamente privado, é o litigante que dirige o processo, cita em juízo o seu adversário, conduz a ação contra ele e persegue judicialmente a execução da sentença. O Estado controla e regularidade da ação por meio do pretor, que, entre outras funções, recebe no tribunal os cidadãos, escuta suas pretensões, autoriza-os ou não a prosseguirem com a ação e impõe-lhes ordinariamente cessar com toda violência antes de ter feito verificar a exatidão de suas afirmações por um árbitro, que em Roma é chamado de juiz⁴⁰⁹. O juiz é escolhido pelas partes ou, em caso de inexistência de acordo, escolhido pelo pretor⁴¹⁰.

O juízo é, por isso, dividido em duas etapas: a primeira, chamada *in iure*, perante o magistrado que diz a lei (*ius dicit*), e a segunda, chamada de *in iudicio* ou *apud iudicem*, perante o juiz, que resolve o litígio⁴¹¹.

Antes do início do procedimento, o autor anuncia a sua intenção de intentar uma ação contra o réu (*editio actionis*). O anúncio é emitido

⁴⁰⁶ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 53.

⁴⁰⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 65-66.

⁴⁰⁸ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 155.

⁴⁰⁹ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 40, 56.

⁴¹⁰ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 485.

⁴¹¹ Como elucidada de Francischi: “Essa divisão do processo em duas etapas, característica do processo privado no período primitivo e em grande parte também no período clássico, certamente remonta a tempos muito antigos. E, embora não seja possível fixar precisamente sua origem, é fácil entender sua essência. O Estado está preocupado apenas em impedir ou limitar o exercício da vingança privada; em vez disso, ele não assume a tarefa de fazer justiça, que confia a um árbitro, depois de eliminar o perigo da luta individual.” FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 156. Tradução nossa.

extrajudicialmente e informalmente para notificar o réu sobre a queixa e o tipo de ação pretendida. Portanto, apresenta-lhe uma oportunidade para resolver o caso fora do tribunal. Na etapa seguinte, o autor formalmente convoca o réu perante o tribunal (*in ius vocatio*)⁴¹².

É a parte interessada que deve conduzir, mesmo pela força, *in ius*, isto é, perante o magistrado, a outra parte, e ela é obrigada a seguir o ator da ação, a menos que ele queira fornecer um fiador, o *vindex*, que se compromete a garantir a comparação do réu em um dia fixo⁴¹³. Em tempos posteriores, o réu pode dispensar o uso de um *vindex* e simplesmente emitir uma promessa formal (*vadimonium*) de que apareceria no tribunal⁴¹⁴.

Quando as partes comparecem perante o pretor, o queixoso faz uma declaração a respeito da natureza de sua reivindicação e da evidência que ele propõe apresentar (*editio actionis*). Ele também solicita que o pretor conceda uma ação apropriada (*postulatio actionis*). O pretor se recusa a fornecer uma ação (*denegatio actionis*) se ele concluir, a partir da avaliação dos fatos, que a alegação do autor não sustenta uma causa de ação adequada ou que as partes não eram contratualmente capazes. No entanto, ele indica a disposição de conceder uma ação (*dare actionem*) quando pensa que a proteção legal deve ser fornecida⁴¹⁵.

Na frente do magistrado (*in iure*) pode não haver contestação, porque ou o réu confessa⁴¹⁶ ou não está presente ou porque ambas as partes fazem as pazes. Em todas essas hipóteses a função da autoridade pública está esgotada: o ator obtém o reconhecimento de suas razões (nas quais a coação que ele pode exercer sobre o réu não é mais uma *vis iniusta*), ou, pela renúncia do réu, ele alcança o objeto da disputa: em resumo, a disputa termina na primeira fase. Mas se, em vez

⁴¹² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 70.

⁴¹³ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 155.

⁴¹⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 70.

⁴¹⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 70-71.

⁴¹⁶ “Esta regra, estabelecida pela Lei das Doze Tabelas, aplicava-se quando a reivindicação do demandante envolvia o pagamento pelo demandado de uma quantia monetária fixa (*aes confessum*). No entanto, se o pedido do demandante não especificasse a dívida, uma execução imediata era impossível e o processo continuaria com base em uma *actio confessoria*. Esta ação aplicava-se quando o réu já havia admitido a responsabilidade e foi projetada para determinar a quantidade de dinheiro que ele deveria pagar ao demandante.”. MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 71. Tradução nossa.

disso, o réu resistir, se a disputa continuar, o magistrado não decide a disputa e emite a sentença: as partes devem escolher um juiz cuja decisão se comprometem a se submeter.⁴¹⁷

Nesse momento, o pretor também emite a *formula*. Normalmente, ela é localizada no edito. Se nenhuma fórmula apropriada para a ação do queixoso é localizada no edito, o pretor pode adaptar uma fórmula projetada para cobrir casos de natureza similar (*actio utilis, actio fictitia*), ou compor uma fórmula para uma nova ação (*actio in factum*). A fórmula é então apresentada ao demandante (*iudicium dare*), que notifica seu conteúdo ao réu na presença do pretor. A fase inicial do processo é completada com o anúncio da fórmula e sua aceitação pelo réu (*iudicium accipere*) na presença de testemunhas. Esta etapa do processo que finaliza todos os elementos da disputa é denominada *litis contestatio*⁴¹⁸.

A *litis contestatio* estabelece os limites do juízo futuro e extingue a antiga relação jurídica, de modo que, mesmo que o processo não continuar, não é mais possível trazer a ação de volta: é consumada na *litis contestatio*, de onde vem o princípio *bis de eadem re agi non potest*⁴¹⁹, ou seja, não são possíveis dois processos acerca da mesma controvérsia.

O juiz, ou grupo de juízes, é um cidadão particular e é perante ele que as partes devem aparecer, expor os fatos, as alegações, as razões. Antes do início do julgamento, o juiz faz um juramento solene de que exercerá suas funções de maneira legal e imparcial. O processo perante o *iudex* começa com uma breve exposição da disputa na presença das mesmas testemunhas que testemunharam na *litis contestatio*. Em seguida, os litigantes, diretamente ou através de seus advogados (*oratores*), explicam suas razões e propõem os respectivos meios de prova (testemunhas, escritos, declarações das partes, etc.)⁴²⁰.

Na avaliação das provas, primeiramente, no período da *legis actiones*, o

⁴¹⁷ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 156.

⁴¹⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 71; FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 161.

⁴¹⁹ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 161.

⁴²⁰ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 161; MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 71-72.

juiz romano goza da mais ampla liberdade: é, na verdade, uma pessoa privada a quem nenhuma lei pode impor regras ou restrições formais⁴²¹. Porém, no processo formular, o pretor fornece, por meio da *formula*, orientações para o juiz acerca de que pontos do Direito ele deve observar para emanar sua sentença⁴²². Ou então, como destaca Mousourakis, o pretor poderia emancipar-se totalmente do *ius civile* e instruir o juiz para decidir o caso com base apenas na situação factual⁴²³.

As alegações das partes e a apresentação das provas durante o julgamento limitam-se às questões enumeradas na fórmula. Os argumentos são primariamente relacionados aos fatos: o autor procura provar os fatos que sustentam sua reivindicação; o réu, ou nega a base factual da reivindicação de seu oponente, ou aceita-o, mas afirma que há boas razões para reconhecer uma exceção. Os argumentos também podem se concentrar na interpretação da norma jurídica ou da fórmula relacionada à ação do autor. Uma parte pode argumentar, por exemplo, que a norma que rege a questão deve ser interpretada de forma mais ampla do que aquela usualmente adotada, ou que o propósito da norma é diferente daquele assumido por seu adversário⁴²⁴.

Evidências orais e documentais podem ser apresentadas, embora o juiz tenha uma grande discricção na determinação da maneira de apresentação e permissibilidade das evidências. Na ausência de provas diretas, o tribunal ocasionalmente baseia-se em presunções quando a existência de certos fatos pode ser inferida logicamente de outros fatos estabelecidos. No entanto, essas suposições podem ser refutadas por outras evidências. Embora não haja uma regra estabelecida referente ao ônus da prova (*onus probandi*), geralmente reconhece-se que as respectivas partes devem provar suas alegações⁴²⁵.

Exauridas as provas e ocorrendo as alterações finais das partes, o juiz

⁴²¹ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 161.

⁴²² Por exemplo: “Seja X o juiz. Se parecer que o demandado deve pagar ao demandante 5.000 denários e se não houve acordo entre o autor e o réu que absolveu o último da dívida, que o juiz condene o réu; se isso não parecer, deixe o juiz absolver o réu.”. MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 70.

⁴²³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 53.

⁴²⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 72.

⁴²⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 72.

(que pode ser assistido por um *consilium* ou pode pedir opinião a um ou mais juristas), pronuncia a *sententia*⁴²⁶. A sentença deve ser pronunciada pelo juiz na presença das partes, mas não é necessário que seja pronunciada de forma solene ou motivada. Se houver mais juízes, é decidido pela maioria; o empate é interpretado em favor do réu e, portanto, leva à absolvição⁴²⁷.

Caso o juiz tenha dúvida acerca da decisão, não é obrigado a emanar uma sentença condenando ou absolvendo. Ele pode declarar que a situação não lhe resulta clara (*sibi non liquere*), que ele não formou uma convicção sobre o assunto. Quando isso acontece, ou ele é substituído ou a decisão é adiada até mais provas serem obtidas. No caso de a decisão caber a mais de um juiz, se um ou mais se abstém de decidir, a decisão pode ser tomada pelos demais, desde que eles constituam maioria. Caso contrário, os que se abstiveram são substituídos⁴²⁸. Isso garante que não sejam tomadas decisões com alto grau de incerteza, permitindo uma maior reflexão acerca do caso concreto até que um julgador possa, com maior grau de certeza, decidir acerca da matéria.

Nesse período, os litigantes devem comparecer, ainda que assistido por oradores ou juristas, pessoalmente: a representação não é possível. A este princípio se excepciona apenas alguns casos especiais, em que se poderia nomear solenemente um *cognitor* que assume o lugar do representado e afronta o processo em seu próprio nome⁴²⁹.

A decisão do juiz gera uma obrigação para a parte vencida de executá-la (*iudicatum facere oportere*). Além disso, certas decisões implicam que a parte condenada sofra uma diminuição de sua estima ou reputação aos olhos da sociedade romana (*infamia*), acompanhada pela perda de certos direitos civis (tais como o direito de deter certos cargos e o direito de trazer uma ação criminal ou civil para o tribunal). Isso ocorre quando a pessoa condenada comete um ato que se considera envolvendo torpeza pessoal, como roubo (*furtum*) ou fraude intencional

⁴²⁶ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 161.

⁴²⁷ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 488.

⁴²⁸ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1934. p. 488; MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 72.

⁴²⁹ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 162.

(*dolus malus*). A decisão do juiz é final e, durante a República, não cabe nenhum tipo de apelação⁴³⁰.

Se o pedido do autor é aceito, o réu deve cumprir a sentença condenatória. Ele pode cumprir voluntariamente ou, se resistente, ser obrigado a fazê-lo por meio de uma nova ação, conhecida como *actio iudicati*. O queixoso pode instituir a *actio iudicati* contra o réu condenado em um prazo de trinta dias após a sua condenação pelo juiz ou o seu reconhecimento da dívida perante o pretor⁴³¹.

A *actio iudicati* é instituída da mesma forma que qualquer outra ação: é levantada perante o pretor e uma nova fórmula é composta com o objetivo de investigar o mérito do caso. Se o juiz discernir que o julgamento condenatório anterior tinha sido justificado, o arguido é condenado a pagar o dobro do montante especificado no julgamento original⁴³².

Se o réu for condenado em um julgamento por uma *actio iudicati*, ou ele admitiu sua dívida antes do término do julgamento, a execução da decisão do juiz segue obrigatoriamente. A execução pode ser dirigida contra o réu condenado pessoalmente ou contra sua propriedade. No primeiro caso, o pretor emite uma ordem (*decretum*) que autoriza o demandante a capturar e prender o réu. Em circunstâncias normais, o réu condenado trabalha até quitar sua dívida sob a supervisão do autor⁴³³.

A execução dirigida à pessoa do réu é gradualmente substituída pela execução dirigida à sua propriedade. Após o lapso de um determinado período (quinze ou trinta dias, dependendo do caso), caso a dívida ainda não tenha sido quitada, o réu condenado é marcado com *infamia*. Depois, normalmente, a propriedade do réu é vendida em leilão público (*venditio bonorum*) e o autor obtém o pagamento do produto dessa venda⁴³⁴.

Quando existe mais de um autor e os lucros não são suficientes para

⁴³⁰ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 73.

⁴³¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 73.

⁴³² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 73.

⁴³³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 73.

⁴³⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 73-74.

cobrir todas as reivindicações, uma divisão proporcional de tais proventos é efetuada entre eles. Um ano após a *venditio bonorum*, os credores podem iniciar uma nova venda de qualquer propriedade que o devedor tenha adquirido nesse ínterim, caso as suas reivindicações não foram totalmente cobertas pelo produto da venda anterior⁴³⁵.

3.2.2 O Pretor

A figura do pretor, o magistrado jurisdicional romano, é ponto-chave na compreensão da racionalidade jurídica romana. Como destaca Meneghetti, a magistratura, dos romanos à atualidade, é a garantia de racionalidade social, é a estrutura que assegura unidade a uma ordem social para o bem público⁴³⁶.

A pretura consiste em uma magistratura criada em 367 a. C.⁴³⁷ O pretor é chamado originalmente como *praetor urbanus*, e a ele cabe a jurisdição civil dos cidadãos romanos, porém, a propagação de Roma resultou no contato cada vez mais frequente com povos estrangeiros, unidos na vida política por meio do vínculo federal e principalmente devido a práticas comerciais. Esse novo espírito mercantil tornou insuficiente o *ius civile*, baseado nos antigos costumes e aplicado somente nas relações entre os cidadãos romanos. Para resolver essa situação, no ano de 242 a. C., foi criado um novo pretor, *praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit*, ou simplesmente *praetor peregrinus*, responsável por julgar as controvérsias com os estrangeiros⁴³⁸.

Além dos pretores, há também com função judicial os magistrados responsáveis pela administração das províncias e os edis, que têm apenas a função

⁴³⁵ “Finalmente, a *lex Iulia* introduzida na época de Augusto reconheceu que uma pessoa que se tornasse insolvente por culpa sua poderia pedir permissão ao pretor ou ao governador da província para entregar toda a sua propriedade aos credores (*cessio bonorum*). Essa tática evitava as consequências (especialmente a *infamia*) que uma execução de um *venditio bonorum* implicava. Se o pedido do devedor fosse aceito, ele teria direito a um *beneficium competentiae*. Esse remédio especial concedia ao devedor a oportunidade de pagar aos seus credores apenas na medida em que seus meios permitissem. A propriedade (ou parte dela) entregue era vendida em um leilão público e os lucros eram divididos entre os credores.”. MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 74. Tradução nossa.

⁴³⁶ MENEGHETTI, Antonio. Il Ruolo dei Giudici e l’Inconscio Individuale. **Nuova Ontopsicologia**, Roma, ano 30, n. 1, p. 38-45, jul./dez. 2012. p. 38.

⁴³⁷ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 120.

⁴³⁸ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 279-280.

de polícia da cidade⁴³⁹.

O pretor não é um magistrado ou juiz no sentido atual desta palavra, uma vez que ele não assume inteiramente a função de julgar, mas apenas ordena o processo; por outro lado, é algo mais e diferente, na medida em que ele é um administrador supremo, um magistrado no sentido romano da palavra, com a mesma plenitude de poderes que o cônsul, isto é, equipado com *imperium*. Diante disso, embora procedendo com cautela e evitando se colocar em conflito com as correntes da opinião pública e em contraste muito aberto com o Direito vigente - contrastes e conflitos que o teriam exposto eventualmente ao veto de outro magistrado - ele poderia permitir-se disciplinar em formas novas às relações privadas ao ordenar o processo ou também em impor às partes sua própria vontade por meio de seu *imperium*⁴⁴⁰.

Por ser provido de *imperium*, o magistrado, no exercício de sua faculdade de administrar a justiça, consegue introduzir novos princípios sob o perfil judicial. Por isso, torna-se o órgão mais eficiente para implementar reformas⁴⁴¹.

Como explica de Francisci:

Ma il magistrado giurisdicente romano, munito di *imperium*, non è vincolato in questa attività dalle norme del *ius civile* più antico o da quelle che emana la *civitas*. Egli può accordare l'azione o altri mezzi di difesa a chi chieda la tutela di un rapporto o di un interesse non riconosciuto dal *ius civile*, può variare mediante procedimenti diversi quella che sarebbe la posizione delle parti secondo il *ius civile*, e così via⁴⁴².

Um das maneiras pela qual o pretor realiza essas inovações jurídicas é por meio da emanção de importantes normas jurídicas que externa por meio de um edito em que estabelece os princípios jurídicos segundo os quais devem ser

⁴³⁹ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 122-123.

⁴⁴⁰ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 281.

⁴⁴¹ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 120.

⁴⁴² "Mas o magistrado jurisdicente romano, munido de *imperium*, não está preso nesta atividade pelas normas do *ius civile* mais antigo ou por aquelas que a *civitas* emana. Ele pode conceder a ação ou outros meios de defesa a qualquer um que peça a proteção de uma relação ou interesse não reconhecido pelo *ius civile*, pode variar por diferentes procedimentos qual seria a posição das partes de acordo com o *ius civile*, e assim por diante.". BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 240. Tradução nossa.

conduzidos os conflitos privados. A resolução do conflito, porém, permanece de competência de um árbitro privado escolhido pelas partes⁴⁴³.

O Direito que deriva dos editos dos magistrados judiciais se chama *ius honorarium*, que compreende o Direito tanto dos pretores quanto dos edis, mas o dos edis representa uma parte muito pequena em relação ao dos pretores⁴⁴⁴. Compreende também os editos dos governadores provinciais, esses de aplicação local.

Os editos são ordenanças do magistrado, não leis; ordenanças que têm um escopo amplo, dadas as lacunas na lei escrita e a necessidade de regular novas relações, mas que em qualquer caso só vinculam enquanto o *imperium* do magistrado perdurar. Quando o magistrado deixa o cargo, depois do ano do seu mandato⁴⁴⁵, seus preceitos deixam de ter efeito⁴⁴⁶.

O edito do pretor contém *formulae* modelos para cada remédio prometido e para aqueles que já existem para reforçar o *ius civile* tradicional. No entanto, novos remédios podem ser concedidos pelo pretor a qualquer momento após a publicação do edito⁴⁴⁷. As fórmulas são moldadas pela natureza e circunstâncias da disputa, e cada uma tem sua própria redação. As formas de ação relacionadas com essas fórmulas foram denominadas *actiones honorariae*, ou seja, ações derivadas do *ius honorarium*⁴⁴⁸.

A fórmula é composta de várias cláusulas ou subdivisões, mas nem todas têm que existir em todas as fórmulas. As cláusulas que normalmente aparecem em uma fórmula são a *demonstratio*, a *intentio*, a *condemnatio* e a *adiudicatio*. Além disso, a nomeação do juiz (*nominatio iudicis*) é sempre inserido no início de cada

⁴⁴³ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 238-239.

⁴⁴⁴ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 124.

⁴⁴⁵ “O recurso ao edito da parte dos pretores não devia ter, originalmente, uma frequência fixa e periódica, mas ser implementado de acordo com as oportunidades, quando as circunstâncias e problemas que surgem na prática exigiam isso. Foi provavelmente entre o II e I século a.C. que a cadência se estabilizou: no início do ano do cargo, o pretor - titular, como outros magistrados, do *ius edicendi*, ou seja, a faculdade de emanar disposições - publicava no fórum o programa anual de sua jurisdição [...]”. LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; SOLIDORO, Laura. **Diritto Privato Romano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2017. p. 4-5. Tradução nossa.

⁴⁴⁶ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 283-284.

⁴⁴⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 53.

⁴⁴⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 66.

fórmula. A *demonstratio* geralmente aparece no início da fórmula (diretamente após a nomeação do juiz) e constitui uma declaração concisa dos fatos ou circunstâncias em que a reivindicação se baseia. Essa parte da fórmula sempre começa com a palavra *quod*: na medida em que (por exemplo, "na medida em que o queixoso depositou uma mesa de prata aos cuidados do acusado...")⁴⁴⁹.

Em seguida aparece a *intentio*, que forma a parte mais importante da fórmula, uma vez que estabelece a reivindicação precisa ou demanda do autor. Começa com a frase "*si paret*" ou "*quidquid paret*": "se parecer", "aquilo que parecer". Dependendo se o objeto da reivindicação for ou não claramente identificado, uma intenção pode ser determinada (*certa*) ou indeterminada (*incerta*). Um exemplo de uma *intentio certa* é: "Se parece que o réu deve pagar ao demandante a soma de 1.000 sestércios...". Por outro lado, uma *intentio incerta* é formulada desta maneira: 'aquilo que parecer que o demandado deva pagar ao queixoso...'. Nos processos relativos à execução de um direito pessoal (*actiones in personam*), a *intentio* contém os nomes do demandante e do demandado. Em ações relativas à execução de um direito real (*actiones in rem*), apenas aparece o nome do demandante (por exemplo, "se parecer que o escravo pertence a Aulus Agerius de acordo com o direito civil ...")⁴⁵⁰.

A terceira parte da fórmula é a *condemnatio*, que delega ao juiz o poder de condenar ou absolver réu. É significativo que a condenação sempre seja direcionada a uma quantia em dinheiro (*condemnatio pecuniaria*), que pode ser determinada (*certa*) ou indeterminada (*incerta*). Neste último caso, o juiz é autorizado a usar sua discricionariedade ao especificar a quantia em dinheiro devida. A *condemnatio* é substituída pela *adiudicatio* em ações relativas à divisão de bens comuns (*actio communi dividundo*), ou a divisão da propriedade entre coerdeiros (*actio familiae erciscundae*), ou a determinação dos limites da terra (*actio finium regundorum*)⁴⁵¹.

A fórmula sempre inclui uma *intentio* e uma *condemnatio* (ou *adiudicatio*).

⁴⁴⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 67.

⁴⁵⁰ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 67.

⁴⁵¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 67-68.

Excepcionalmente, ações relacionadas com assuntos preliminares das quais depende um processo subsequente (*actiones praeiudiciales*) incluem apenas uma *intentio* e não uma *condemnatio*⁴⁵².

A grande maioria das *actiones honorariae* são criações do pretor, embora várias ações importantes tenham sido criadas por magistrados menores, como os edis. As *actiones honorariae* são distinguidas das *actiones civiles*, ou seja, as ações originárias do *ius civile*. Várias ações civis são estabelecidas pela legislação, enquanto outras se cristalizam a partir da atividade criativa dos juristas. Quando uma fórmula pertence a uma *actio civilis*, é designada *formula in ius concepta*, em contraposição a uma *formula em factum concepta* que se relaciona a uma *actio honoraria*⁴⁵³.

O sucessor no cargo de pretor, na época da República, não é ligado ao edito do seu antecessor, podendo rejeitá-lo, mudá-lo ou aceitá-lo. Mas se o edito corresponde às necessidades, à consciência do povo, não há motivo para abandoná-lo e só se muda ou se acrescenta o que é necessário segundo as novas exigências⁴⁵⁴. Assim, Mousourakis destaca que os novos remédios e *formulae* relevantes são geralmente incorporados no edito publicado pelo sucessor no ano seguinte. Dessa forma, as *formulae* usadas em tipos específicos de casos tornaram-se relativamente fixas e a coleção de *formulae* estabelecidas é constantemente aumentada por novas fórmulas⁴⁵⁵.

De qualquer forma, o pretor não segue diretrizes predeterminadas, a não ser a geral de prover as necessidades da vida, continuando o trabalho do *ius civile* quando ele parece insuficiente ou mesmo não conforme à nova consciência social. Se a lei pretoriana se apresenta com um caráter patrimonial em oposição à personalidade do *ius civile*, isso se deve ao desenvolvimento das relações sociais, às quais a atividade do pretor é adaptada⁴⁵⁶.

Assim se pronuncia o jurista romano Papiniano: “Ius praetorium est, quod

⁴⁵² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 68.

⁴⁵³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 66.

⁴⁵⁴ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 284.

⁴⁵⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 53.

⁴⁵⁶ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 124.

praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum.”⁴⁵⁷.

A norma pretória possui o mais alto grau de reflexão, pois emana de um órgão consciente e competente (o pretor frequentemente é um jurista, mas mesmo que não seja, é sempre assistido de um grupo de juristas) que possui um alto grau de elasticidade e mobilidade, por isso não é afetado, como frequentemente acontece com os costumes, por um fatal e inerte tradicionalismo⁴⁵⁸.

Já o pretor peregrino emana o seu edito regulando as controvérsias entre cidadãos romanos e estrangeiros e, por isso, incorporando diversos princípios e institutos estrangeiros, dando forma ao chamado *ius gentium*⁴⁵⁹. Há ainda o edito dos edis, voltado para a venda dos escravos e do gado, já que o mercado é sua jurisdição⁴⁶⁰. Com o estabelecimento das províncias, também acrescenta-se os editos dos governadores provinciais⁴⁶¹ e dos questores provinciais, que nas províncias possuem a jurisdição dos edis⁴⁶².

Sendo o pretor um magistrado jurisdicional e, assim, formalmente regular e ordenar o processo, o edito pode assemelhar-se a um código de processo civil, mas na ordenação do processo, o pretor renova o direito, outorgando ações,

⁴⁵⁷ “Direito pretório é aquele que por utilidade pública introduziram os pretores, a fim de ajudar, suprir ou corrigir o civil; chama-se também honorário, cujo nome se deu em honra aos pretores.”. PAPIANUS. *Definitionum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I. p. 32. Tradução nossa.

⁴⁵⁸ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 284.

⁴⁵⁹ “Como em sua massa os novos princípios reconhecidos pelo pretor são inferidos dos diferentes povos com os quais Roma entra em contato, primeiro na Itália, depois em toda a bacia do Mediterrâneo, ou baseados nas relações com esses povos, podemos dizer que o *ius honorarium* é uma das formas pelas quais o *ius gentium* entrou no sistema do direito romano.”. BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 287. Tradução nossa.

⁴⁶⁰ “Junto aos editos dos pretores (urbano e peregrino) encontramos, na cidade, os dos edis curuis, os quais eram competentes para as controvérsias crescentes nos mercados, dos quais eles tinham a vigilância (daqui seus editos sobre a compra e venda de escravos e animais), e, dadas as funções de polícia estradal, para os casos crescentes de animais perigosos.”. FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 246. Tradução nossa.

⁴⁶¹ “Na província, onde a jurisdição pertencia ao governador, este emana seu próprio edito (*edictum provinciale*), que, segundo o que podemos deduzir dos textos de Cícero, foi em parte uma adaptação à província dos princípios estabelecidos pelo edito do pretor urbano, em parte, em vez disso, continha regras e regras específicas que atendiam às necessidades da província.”. FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 246. Tradução nossa.

⁴⁶² BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 284-285.

exceções, meios jurídicos, além da esfera do direito civil; e é por causa dessa atividade do pretor que os institutos romanos são tão frequentemente designados pelos meios processuais; a este respeito, isto é, do lado substancial, o edito pode, em vez disso, assemelhar-se a um código civil. Mas, de qualquer maneira que seja considerado, é útil ter em mente que o edito é destinado a preencher as lacunas ou corrigir os defeitos do *ius civile*⁴⁶³.

Como esclarece Watson, nem o pretor pode subverter o *ius civile*; nem seu edito jamais teve qualquer valor de lei. No entanto, como titular do poder jurisdicional, ele pode, por um lado, modificar ou negar ações já previstas pelo Direito, e por outro, criar ações novas⁴⁶⁴. Importante também o destaque de Mousourakis de que o *ius civile* e o *ius honorarium* não operam como dois sistemas separados administrados por diferentes cortes, mas são dois lados do mesmo sistema jurídico⁴⁶⁵.

Além do edito, o pretor emana também o *decretum*: ordenança para disciplinar o caso concreto individual. O *decretum*, ou seja, a provisão emitida caso a caso, representa a forma mais antiga. É natural que os magistrados, mesmo que auxiliados ou aconselhados pelos juristas, achassem mais prudente começar com a solução do caso individual concreto em vez da determinação de formas abstratas ou critérios gerais. Após a experiência colhida da série de precedentes poderia então o magistrado transformar a decisão particular em fórmula, ou seja, em um esquema abstrato no qual as medidas concretas individuais teriam sido modeladas, precedendo a indicação do critério geral ao qual elas seriam inspiradas⁴⁶⁶.

Mas como o pretor escolhe quais direitos proteger? A principal base para essa escolha parece ser os novos valores sociais e éticos gerados pelas condições dos tempos. Esses valores se materializam em diretrizes apropriadas que enfatizam a importância da justiça e honestidade nas práticas empresariais, preferência à substância sobre a forma em transações e recusa de fazer cumprir as obrigações decorrentes de promessas feitas por meios fraudulentos. Um fator importante é o

⁴⁶³ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 286.

⁴⁶⁴ WATSON, Alan. *Il diritto privato*. p. 480-481.

⁴⁶⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 51.

⁴⁶⁶ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 242.

crescente papel da boa-fé contratual (*bona fides*) como um conceito jurídico relacionado à aplicação por meios legais do que antes era visto como obrigações meramente sociais ou morais. Os juristas clássicos usam o termo *aequitas* (equidade) quando se referem à base ou à característica de qualificação das medidas pretorianas concedidas caso a caso e prometidas no edito⁴⁶⁷.

Há duas maneiras de entender a conexão da equidade com o direito romano: primeiro, *aequitas* pode ser entendida como a substância e a justificativa intrínseca das normas legais existentes; segundo, pode ser concebida como um ideal objetivo que o Direito pretende efetuar e que determina a criação de novas normas legais e a modificação daquelas que não estão de acordo com o senso de justiça da sociedade ou não conseguem atingir o equilíbrio necessário nas relações humanas. Este segundo entendimento da *aequitas* serviu de base para as inovações produzidas pelos magistrados jurisdicionais e juristas⁴⁶⁸.

Respeitando externamente o *ius civile*, o pretor utiliza-se de uma invenção característica para iludir princípios e relações injustos, porque eles não respondem a novas necessidades sociais: a exceção, com a qual o juiz é obrigado a não condenar o réu, apesar da legalidade das reivindicações, se algumas circunstâncias factuais expressas na fórmula ocorrerem a seu favor. Além disso, também expande o campo das relações jurídicas, mesmo quando os requisitos exigidos pela lei não coincidem inteiramente ou parcialmente, mediante a criação de fórmulas *úteis* ou *fictícias*⁴⁶⁹.

Como explica Mousourakis, as principais formas de ação empregadas pelo pretor para lidar com casos não cobertos pela lei existente são as *actiones in factum*, as *actiones utiles* e as *actiones fictitiae*. Uma *actio in factum* (ação baseada nos fatos de um caso particular) é uma nova ação concedida a um lesado em um caso em que nem o *ius civile* nem o edito pretoriano são úteis e a situação do caso justifica o fornecimento de um remédio por motivos equitativos. Quando tal ação é permitida, os próprios fatos do caso são incorporados em uma nova fórmula (*formula*

⁴⁶⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 53.

⁴⁶⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 53.

⁴⁶⁹ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 282.

in factum concepta)⁴⁷⁰.

Uma *actio utilis* (ação adaptada ou análoga) é concebida pelo pretor para tratar de um caso não coberto pelo Direito existente, mas que é análogo a outro caso com um recurso legal disponível. Por exemplo, sob a *lex Aquilia* (início do século III a.C.), estava disponível uma ação em um caso em que uma pessoa causa dano a outra ao atacar diretamente o corpo e a propriedade deste último, mas o estatuto não abrange casos em que a lesão é causada indiretamente, como quando um animal é assustado e cai em um precipício por causa de gritos. No entanto, em tal caso, o pretor concede uma ação (*actio utilis quasi ex lege Aquilia*) à parte lesada ao adaptar a *actio legis Aquiliae*⁴⁷¹.

Relacionada com a *actio utilis* está a *actio fictitia* (ação baseada em uma ficção), que permite ao pretor estender a operação de uma ação existente usando uma ficção, de modo que um caso particular não coberto por essa ação seja colocado dentro de seu escopo. A fórmula fictícia instrui o *iudex* a assumir que certos fatos estão presentes ou ausentes no caso apresentado, dependendo das circunstâncias do caso particular. Por exemplo, se as partes de uma disputa não são cidadãos de Roma, elas poderiam acessar certas ações da *ius civile* (por exemplo, a ação por roubo: *actio furti*) através do acréscimo à fórmula tradicional da frase "como se fossem cidadãos romanos". Outro exemplo de uma *actio fictitia* é a *actio Publiciana*⁴⁷², em que se finge que o percurso do tempo para usucapir já tenha ocorrido.

Além disso, o sistema formular apresenta uma importante divisão de ações que tem correlação com a descrição do juiz: a divisão entre *actiones stricti iuris* e *actiones bonae fidei*. Em ações *stricti iuris*, a fórmula relevante tem que ser estritamente interpretada e o juiz só pode considerar os assuntos que ela contém. Essa categoria incorpora ações baseadas em contratos unilaterais, como a *stipulatio*, na qual o promitente está vinculado ao objeto preciso prometido. Por outro lado, as ações *bonae fidei* apresentam ao juiz uma maior margem de

⁴⁷⁰ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 66.

⁴⁷¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 66.

⁴⁷² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 66.

discricionariedade, por meio da qual ele pode levar em consideração todos os fatos relativos ao caso, quer eles sejam ou não declarados na fórmula. Esse poder é concedido pelo pretor ao anexar a cláusula *fide bona* (de boa-fé) à fórmula⁴⁷³.

Em ações *bona fidei*, o juiz poder examinar as verdadeiras intenções das partes. Ele pode considerar quaisquer defesas equitativas, mesmo que estas não sejam expressamente defendidas, já que a fórmula nesses casos instrui o juiz a determinar o que o réu deve fazer ou dar *ex bona fide* e condenar adequadamente. Ações *bonae fidei* englobam questões que surgem de contratos como *emptio venditio* (venda), *locatio conductio* (contratação), *mandatum* (mandato) e *societas* (sociedade). Na República tardia, os contratos em que as obrigações das partes são determinadas de acordo com as exigências da boa-fé surgem para desempenhar um papel essencial na vida econômica⁴⁷⁴.

Além das *formulas*, uma série de recursos jurídicos extraordinários é desenvolvida a partir das atividades do pretor. Eles foram classificados em quatro categorias: *stipulationes praetoriae*, *missiones in possessionem*, *restitutiones in integrum* e *interdicta*⁴⁷⁵.

O pretor pode impor uma *stipulatio* (uma promessa solene verbal) a um ou a ambos os litigantes, a fim de assegurar certo comportamento das partes, obrigando-as a assumir o dever de realizar ou abster-se de uma ação específica. Além disso, tal estipulação compulsória pode ser imposta a uma pessoa a pedido (*postulatio*) de outra para verificar a proteção desta contra certas eventualidades. Assim, as estipulações pretorianas são categorizadas em: *stipulationes iudiciales*, destinadas a assegurar a cooperação das partes durante um julgamento; *stipulationes cautionales*, que implicam a promessa de uma ação a uma pessoa se certas circunstâncias ocorrerem; e *stipulationes communes*, relacionadas com ambos os propósitos. Se a promessa incorporada na estipulação não for cumprida, uma ação ordinária é posta contra a parte contrariadora. Além disso, o não cumprimento da ordem do pretor, ou a ausência da parte designada para assumir as

⁴⁷³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 67.

⁴⁷⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 67.

⁴⁷⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 74.

obrigações impostas pela estipulação, pode provocar uma *missio in possessionem* em favor do seu adversário⁴⁷⁶.

Missio in possessiones é uma medida coercitiva aplicada pelo pretor em virtude de seu *imperium*. De acordo com essa medida, uma pessoa obtém posse da propriedade de outra pessoa em termos de todo o patrimônio (*missio in bona*) ou algum objeto específico (*missio in rem*). Os decretos pretorianos relativos a *missiones* são emitidos para garantir a propriedade do devedor para a satisfação de seus credores ou para induzir o devedor a assumir uma obrigação especial por *stipulatio* para fins de segurança se ele se recusasse a fazê-lo voluntariamente. A situação legal da parte favorecida pelo decreto de *missio* varia de posse real a simples custódia da propriedade em questão (ou parte dela)⁴⁷⁷.

Já o *restitutio in integrum* é um recurso legal invocado quando uma pessoa que havia sofrido perdas injustas decorrentes da aplicação estrita da lei solicita ao pretor que ordene uma restauração da posição jurídica anterior. Isso equivale à anulação de um ato jurídico considerado lícito sob o *ius civile*, mas que é injusto manter as consequências de tal ato legal. Este recurso é concedido por um decreto pretoriano após o pretor avaliar as circunstâncias que motivaram o pedido do requerente (*causa cognita*). O caso mais conhecido que envolve esse recurso diz respeito aos atos legais de menores que haviam entrado em transações em condições prejudiciais aos seus próprios interesses⁴⁷⁸.

Por fim, um *interdictum* é uma ordem sumária emitida pelo pretor que proíbe uma pessoa de agir ou perseverar com um ato, ou exige que ele realize um certo ato. É emitido sob certas circunstâncias em resposta a um pedido por uma pessoa que alega que seu direito ou direitos foram infringidos, e é geralmente baseado em uma fórmula incorporada no edito pretoriano. Uma grande mistura de direitos pode ser protegida dessa maneira, como o direito de um indivíduo ou o do público de desfrutar de sua propriedade sem interferência, ou qualquer direito ou

⁴⁷⁶ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 75.

⁴⁷⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 75.

⁴⁷⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 75.

interesse de natureza privada ou pública que fosse digno de proteção⁴⁷⁹.

Evidentemente, uma razão essencial para a existência do interdito é que ele fornece um meio rápido e conveniente para resolver permanentemente ou temporariamente uma disputa legal. No entanto, deve-se notar que um *interdictum* só é efetivo quando a pessoa contra quem foi emitido concorda em cumprir a ordem em questão. Se ele não cumprir, o reclamante pode recorrer ao procedimento judicial normal para verificar ou defender seu direito⁴⁸⁰.

Existem três categorias principais de interditos: as *interdicta exhibitoria*, as *interdicta restitutoria* e as *interdicta prohibitoria*. Um *interdictum exhibitorium* ordena que uma pessoa exiba uma pessoa (por exemplo, uma criança ou um escravo) ou um objeto (por exemplo, um testamento) que possuía, mas não impõe o dever de entregar a pessoa ou objeto ao reclamante. As *interdicta restitutoria* estavam preocupadas com a restauração (*restitutus*) de objetos à sua condição anterior, ou a restauração da posse a uma pessoa que havia sido privada dela⁴⁸¹.

Já um *interdictum prohibitorium* opera para proibir uma pessoa de um ato específico, tal como de impedir o exercício do direito de propriedade do reclamado. Por exemplo, se o valor de uma casa seria substancialmente diminuído por algum ato da pessoa em posse daquela casa, uma pessoa reivindicando um direito de propriedade sobre a casa pode solicitar a emissão de um *interdictum prohibitorium* proibindo tal ato⁴⁸².

O direito pretório não se incorpora com o *ius civile*, não muda o seu conteúdo, mas constitui com ele um dualismo. De um lado, o *ius civile* com as normas escritas e os costumes, de outro, o *ius honorarium*, o direito que emana do pretor. Um e outro constituem, de certo modo, um complexo orgânico independente⁴⁸³.

⁴⁷⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 76.

⁴⁸⁰ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 76.

⁴⁸¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 76.

⁴⁸² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 76.

⁴⁸³ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 285. Durante o Império essa situação muda, as iniciativas pretorianas são cada vez mais raras e o imperador Adriano ordena que o jurista Salvius Iulianus componha uma forma final dos editos pretorianos e edilícios. Como resultado, o

Mas o pretor não tem nas suas atribuições somente a jurisdição, em função de seu *imperium*, pode dar ordens aos cidadãos. Por exemplo, o pretor ordena ao proprietário de uma casa, ameaçando ruína, prometer uma indenização ao seu vizinho caso o desmoronamento lhe causar qualquer dano. Com isso, o vizinho obtém uma indenização que o Direito não lhe previa diretamente. O pretor também proíbe que se ataque a posse, mesmo o possuidor não estando protegido pelo antigo *ius civile*, pois a utilidade, a boa ordem social, mandam que nenhuma violência se faça aos possuidores⁴⁸⁴.

O pretor também ordena que uma situação fundamentada sobre a violência, o dolo, a fraude, a fraqueza de um menor ou a ausência de um soldado, seja reparada, anulada, inteiramente apagada. Ele próprio trata do caso e, se for o caso, vela pessoalmente pela reparação⁴⁸⁵.

Os pretores não são os únicos responsáveis pela criação do *ius honorarium*. Como todos os outros magistrados, eles são principalmente soldados e administradores cujas funções frequentemente superam em importância suas atividades legais. Geralmente, eles não são especialistas em Direito e são essencialmente desinteressados no desenvolvimento intelectual e científico dele. Quem demonstra as técnicas para produzir as inovações legais necessárias são principalmente os juristas (*iuris consulti* ou *iurisprudentes*) que dão conselhos sobre os quais os magistrados usualmente contam para formular seus editos⁴⁸⁶.

3.3 OS JURISCONSULTOS

Além dessa importante atividade do pretor, é necessário um corpo de homens sábios para conservar o conhecimento das formas processuais, a fim de que o litigante se informe junto a eles quando quer intentar, nas formas requeridas, a

conteúdo dos editos cristaliza-se como lei estabelecida e cessa a posição do pretor como fonte do Direito. Desse momento em diante, o *ius honorarium* só pode se desenvolver através da interpretação jurídica das máximas e instituições elaboradas nesse *edictum perpetuum* final, ou por iniciativas do imperador. As formas republicanas de procedimento são gradualmente substituídas por novos métodos de administrar a justiça em concordância com as condições políticas existentes. Isso leva à definição da distinção entre *ius civile* e *ius honorarium*, e os dois corpos do Direito se unem inextricavelmente. MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 56-57.

⁴⁸⁴ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 65.

⁴⁸⁵ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 65-66.

⁴⁸⁶ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 51.

sua ação; mas também para que o pretor, homem político sem grande competência técnica, geralmente nomeado pelo curto período de um ano, possa também aconselhar-se. Enquanto no período mais antigo essa função é realizada pelo colégio de pontífices, na República tardia essa função é realizada pelos juristas seculares conhecidos como jurisconsultos⁴⁸⁷.

No sistema institucional primitivo, regras e prescrições gradualmente passam a existir através da intervenção, ainda que tímida, do Estado primitivo em disputas, mas, sobretudo, graças à atividade do colégio religioso pontifício. Durante muito tempo o monopólio do Direito é mantido por esse colégio: sendo guardiões do calendário, só eles sabem precisamente o cerimonial das leis e as fórmulas para os negócios. Como no campo religioso aqueles que querem realizar certo rito são induzidos, por medo de violar normas sagradas, a consultar os pontífices, também no campo legal privado essa consulta ocorre com o objetivo de evitar as consequências de erros fáceis de ocorrer em um sistema rígido e formalista como o primitivo. Muitas vezes essa mesma necessidade também é sentida pelo magistrado jurisdicente bem como pelo *iudex privatus* em casos difíceis e complexos⁴⁸⁸.

Por outro lado, é natural que o colégio dos pontífices, uma das rochas do patriciado, tentasse defender seu monopólio mesmo quando a plebe já havia alcançado o equilíbrio entre classes. Mas isso, segundo a tradição, recebe um primeiro golpe quando Cneu Flávio, escriba de Ápio Cláudio, divulgou em 304 a.C. uma coleção de *actiones*, isto é, muito provavelmente, de modelos de ações e também de formas de negócios. Alguns anos depois, em 300 a.C., a *lex Ogulnia* admite os plebeus ao pontificado, e, em 254 a.C., o primeiro pontífice máximo⁴⁸⁹ plebeu, Tiberius Coruncanio, teria introduzido a publicidade das respostas dadas pelos pontífices. Essa revelação progressiva da ciência pontifícia favorece a ascensão de uma jurisprudência secular, que rapidamente substitui a antiga doutrina sacerdotal e que, com a atividade criadora do pretor, constitui a primeira e fértil fonte

⁴⁸⁷ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 57.

⁴⁸⁸ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 171.

⁴⁸⁹ Presidente do colégio de pontífices, responsável por supervisionar o culto e as cerimônias públicas. BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1934. p. 91-92.

do Direito Romano clássico⁴⁹⁰.

Esses juristas seculares são amplamente responsáveis pelo desenvolvimento da ciência jurídica romana. Eles respondem construtivamente a novos desenvolvimentos intelectuais, particularmente o influxo da ciência e filosofia gregas, que ocorre mais ou menos na mesma época em que esses juristas aparecem. Os juristas também avaliam as mudanças nas condições socioeconômicas e políticas. As análises derivadas inspiram as características mais marcantes do Direito Romano: seu pragmatismo e flexibilidade, bem como sua clareza e superioridade intelectual em relação a qualquer conjunto de regras previamente conhecido. É importante notar que as contribuições dos juristas não estão distribuídas uniformemente em todo o campo do Direito; o direito privado e o processo civil dominam claramente, enquanto muitas áreas do direito público nunca foram objeto da mesma análise intensiva e desenvolvimento construtivo⁴⁹¹.

Os juristas usam uma técnica interpretativa para alcançar resultados que parecem ser justos e oportunos, mas ainda aderente à realidade concreta; não tentam apresentar uma abordagem filosófica do Direito, nem mesmo quando a filosofia grega entra em Roma: a lei sempre se apresenta como uma entidade eminentemente prática, um instrumento que, regulando a conduta humana, permite a harmonia e o desenvolvimento da convivência social. O Direito parece ser uma necessidade inevitável, da qual nenhuma justificativa é necessária. Isso talvez responda ao temperamento latino, que não é propenso a abstrações⁴⁹².

Esses juristas não são como os hodiernos, no sentido técnico-formal de intérprete da norma jurídica, não se consultam os juristas romanos unicamente para redigir um testamento ou um contrato, mas se recorre a eles para consultas relativas às mais diversas esferas da vida privada. As duas principais funções dos jurisconsultos são sugerir cautelas (*cautiones*) nos negócios jurídicos, que se chama *cavere*, e dar respostas sobre casos práticos, que se chama *respondere*. Por outro

⁴⁹⁰ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 172.

⁴⁹¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 60.

⁴⁹² BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 171.

lado, não é tarefa do jurisconsulto *agere*⁴⁹³, pelo menos no sentido de defender em juízo⁴⁹⁴.

O *cavere* importa minuciosa e escrupulosa elaboração de documentos legais, de forma a implementar as precauções necessárias, a fim de garantir à parte a plena realização do objetivo pretendido e evitar qualquer prejuízo⁴⁹⁵. Esta assistência foi particularmente necessária no direito primitivo, onde, devido ao formalismo jurídico dominante, a não observância de todas as formas reconhecidas portava consigo a ineficácia ou a nulidade do negócio. Mas mesmo na fase em que o formalismo foi atenuado, havia sempre o perigo de ser enganado pelo outro contratado quando não fosse conhecido com precisão o alcance e a consequência de uma ou de outra cláusula⁴⁹⁶.

O *respondere* consiste em dar pareceres (*responsa*) em questões jurídicas a quem solicitasse⁴⁹⁷. Isso é um importante fator de segurança jurídica das decisões, pois o magistrado ou juiz não decidem sempre sozinhos, mas em questões de certa complexidade, buscam o auxílio dos jurisconsultos. Até mesmo na redação de seu edito, o pretor frequentemente consulta juristas para aconselhamento, especialmente na questão de que novos remédios devem ser disponibilizados. De forma semelhante, juízes e advogados frequentemente se apoiam no conselho de juristas quando lidando com dificuldades legais e questões procedimentais. Como a solução de disputas constitui-se em um processo técnico, o papel dos juristas nos litígios torna-se de grande importância⁴⁹⁸.

Como destaca Schulz, é a praxe, em todos os ramos da vida romana, que aquele que tenha de tomar uma decisão séria recorra a conselhos de pessoas competentes e imparciais. Dificilmente um juiz pode fazer seu trabalho sem o

⁴⁹³ Biondo Biondi elenca *agere* como uma das funções dos jurisconsultos, mas no sentido de “[...] esquema necessário para a ação judicial [...] As formas das antigas *legis actiones* foram elaboradas por juristas, primeiros pontífices depois leigos, e essa atividade continua no processo formular.”. BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 219.

⁴⁹⁴ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 274.

⁴⁹⁵ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 218.

⁴⁹⁶ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 248.

⁴⁹⁷ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 219.

⁴⁹⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 62.

conselho do jurista, a menos, é claro, que ele próprio seja jurista⁴⁹⁹. Os juízes normalmente assumem os juristas em seu conselho; os magistrados fazem o mesmo, pelo menos ocasionalmente. É inclusive provável que os verdadeiros autores dos editos pretorianos, edilícios e provinciais sejam os jurisconsultos⁵⁰⁰.

A opinião de juristas possui grande autoridade, mas nenhuma força obrigatória. Inicialmente essas opiniões são dadas oralmente, mas depois se tornam escritas. A partir do segundo século depois de Cristo (já no Principado), os principais juristas produzem coleções de *responsa* que haviam sido aconselhadas e aplicadas na prática⁵⁰¹. Essas coleções são criadas para facilitar a administração da justiça que, afinal, não era organizada pelo Estado⁵⁰². Isso permite também um auxílio na determinação do que constitui a equidade nas circunstâncias em análise, já que o pretor ou juiz é auxiliado pelos precedentes que são coletados, discutidos e analisados na literatura jurídica. Ignorar esses precedentes é uma impossibilidade psicológica até mesmo para os pensadores mais radicais⁵⁰³.

Apesar de que poucas *responsa* criadas pelos juristas republicanos sobreviveram, supõe-se que em muitos casos eles simplesmente propõem a aplicação de uma norma já existente. Se o jurista conclui que a situação não pode ser resolvida com base em uma norma já existente, ele elabora uma nova norma jurídica que pode ser ratificada pelo veredito de um magistrado jurisdicional. Assim, os juristas essencialmente adaptam o Direito Romano às novas condições⁵⁰⁴.

Além de exercer influência indireta pelas suas *responsa*, muitos juristas desempenham um papel direto na formação de princípios aplicados pelos magistrados, pois muitos fazem parte do *consilium*, o conselho consultivo que

⁴⁹⁹ “Como qualquer outra pessoa qualificada, juristas poderiam atuar como *iudices* no processo civil, e sabemos que o fizeram. Mas, em geral, suas atividades nesse sentido não eram importantes [...]”. SCHULZ, Fritz. **Storia della giurisprudenza romana**. p. 104.

⁵⁰⁰ SCHULZ, Fritz. **Storia della giurisprudenza romana**. p. 102-103.

⁵⁰¹ “Suas *responsa* foram agrupadas em livros e, com o tempo, uma enorme massa de literatura jurídica surgiu para fornecer a base para o desenvolvimento do direito romano nos séculos seguintes.”. MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 51. Tradução nossa.

⁵⁰² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 62.

⁵⁰³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 122.

⁵⁰⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 62-63.

cercava o magistrado⁵⁰⁵. Assim, pretor e juristas trabalham juntos. O magistrado, uma vez consultado os juristas, se ele está inclinado a conceder uma ação, predispõe uma fórmula⁵⁰⁶.

Por esses motivos, fica claro o comentário do próprio jurista romano Pompônio que: “[...] constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.”⁵⁰⁷.

Assim, como destaca Villey, o pretor, para poder criar novas fórmulas jurídicas, conta com o acordo da opinião comum da elite jurídica, juntamente com o respaldo de um ou mais jurisconsultos, não o fazendo com base apenas em sua convicção⁵⁰⁸.

Além disso, após o jurista Sesto Elio⁵⁰⁹ (séc. III-II a. C.), os jurisconsultos começam a pesquisar o elemento comum a casos similares resolvidos pela jurisprudência de forma uniforme, e esse elemento comum tirado da massa de precedentes é fixado em uma regra, redigida de forma clara e concisa como os princípios de lei, e o conjunto dessas regras constitui um complexo de pontos de orientação para o jurista⁵¹⁰. Como destaca Vacca: “L'utilità della regola sta nel fatto che permette una rappresentazione sintetica dei criteri razionali di soluzioni sino a quel momento individuati.”⁵¹¹.

Princípios e decisões são indicados com precisão; a apresentação da questão destaca os elementos estritamente necessários para a decisão. As obras dos juristas romanos são desenvolvidas a partir de casos práticos, não inventados,

⁵⁰⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 63.

⁵⁰⁶ WATSON, Alan. *Il diritto privato*. p. 481.

⁵⁰⁷ “[...] o direito não se sustenta se não houver algum jurisperito por meio do qual o direito possa quotidianamente ser conduzido para melhor.”. POMPONIUS. *Libro singulari enchiridii*. In: JUSTINIANO. **Digesto, Liber Primus**: introdução ao direito romano. 3. ed. Tradução de: Hélcio Maciel França Madeira. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: Centro Universitário FIEO, 2002. p. 24-43. p. 29.

⁵⁰⁸ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 66-67.

⁵⁰⁹ “Sesto Elio Peto Cato, cônsul em 198 a. C. [...] compôs uma obra em três livros intitulada *Tripertita*, mais tarde chamada *ius Aelianum*. Os juristas posteriores continuam o trabalho dos precedentes.”. BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 212. Tradução nossa.

⁵¹⁰ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 252.

⁵¹¹ “A utilidade da regra reside no fato de que permite uma representação sintética dos critérios racionais das soluções identificadas até aquele momento.”. VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale**: ricerche. Padova: Cedam, 2006. p. 265. Tradução nossa.

mas reais, muitas vezes contendo até o nome das partes. Os juristas romanos não são amantes de longas dissertações, eles destacam os elementos relevantes para a decisão, relatam argumentos em uma direção ou outra, para finalmente chegar à decisão, que às vezes é indicada com breves palavras conclusivas, que deixam intuir a argumentação⁵¹².

O método dos juristas romanos é a análise do caso concreto, comparando casos parecidos, confrontando uma ou outra solução com a proposta de um jurisconsulto precedente. Questiona, discute, pratica menos a dedução que a discussão dialética. As próprias máximas que são o produto dos trabalhos dos jurisconsultos não tem a pretensão de serem investidas de autoridade absoluta, mas são elas mesmas sujeitas à controvérsia dialética⁵¹³.

Por fim, deve-se distinguir os jurisconsultos dos advogados ou oradores que, apesar de possuírem certo conhecimento jurídico, certamente não era o suficiente para ser comparável ao de um jurista. O exemplo grego introduz a retórica nas cortes romanas e, por isso, a partir do segundo século antes de Cristo, surge uma classe de especialistas em oratória forense. Eles poderiam ter algum conhecimento de direito público e privado, mas não suficiente para qualificá-los para consultas. Ocasionalmente, um advogado pode se tornar um jurisconsulto, mas isso é em parte o resultado de estudos posteriores⁵¹⁴.

3.4 A FORMAÇÃO DO PRETOR E DO JURISTA

Schulz esclarece que a segurança do Direito pode ser entendida de duas formas. Em um sentido, significa a certeza de que o certo prevalecerá em sua luta com o errado; no outro, significa certeza sobre o que é a lei, seu caráter reconhecível e a previsibilidade das consequências jurídicas acarretadas por um conjunto particular de fatos. Um sistema legal sob o qual as decisões são tomadas a livre arbítrio do juiz, mas assegurando que o juiz seja uma personalidade eminente, justa e inteiramente independente, então se tem a segurança jurídica no primeiro sentido. É certo que o direito prevalecerá, mas não há segurança jurídica no

⁵¹² BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 233.

⁵¹³ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 73-74.

⁵¹⁴ SCHULZ, Fritz. **Storia della giurisprudenza romana**. p. 84-85.

segundo sentido. Se, por outro lado, o sistema legal é incorporado em estatutos detalhados, mas o juiz é ignorante, corrupto, dependente, há certeza quanto à lei, mas não há certeza de que ela prevalecerá⁵¹⁵.

A segurança jurídica no primeiro sentido depende principalmente da adequação da proteção legal concedida pelo Estado. Nesse sentido, deve-se haver cuidado para garantir que as pessoas certas são escolhidas para administrar a justiça. O Estado romano republicano fez o que pôde para cumprir essa condição, nomeando apenas pessoas de eminência social como administradores da lei. Os magistrados jurisdicionais, particularmente os pretores e os governadores, foram de fato escolhidos apenas dentre a classe senatorial e aqueles pertencentes à ordem equestre. Em geral, a escolha parece ter caído em pessoas adequadas, em homens que eram independentes o suficiente para rejeitar todos os tipos de tentativas de influenciar suas decisões⁵¹⁶.

Além desses indivíduos que ocupam os cargos públicos de magistrados jurisdicionais, há também os juristas, ou jurisconsultos, que como já destacado, são fundamentais para a aplicação e a evolução do Direito, já que os magistrados, que não são necessariamente juristas, socorrem-se a eles para a resolução de casos jurídicos.

Com poucas exceções, os principais juristas pertencem à aristocracia senatorial e estão ativamente envolvidos na vida social e política. A retórica e algumas noções de lógica e gramática são elementos rotineiros da educação de um cavalheiro romano. No entanto, o conhecimento especializado e o trabalho profissional nessas áreas não são assuntos para cavalheiros, mas para professores, frequentemente gregos, escravos ou libertos. As principais tarefas da aristocracia romana são localizadas em Política e Direito. A prática de um jurista não implica o uso de conclusões lógicas sem falhas, os sofisticados métodos de interpretação inventados pelos gramáticos ou os estratégias dos oradores; significa exercitar o julgamento maduro e a sabedoria prática para enfrentar os problemas decorrentes de casos individuais, enquanto considera a posição adotada pelos juristas anteriores

⁵¹⁵ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 239.

⁵¹⁶ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 239-240.

em casos passados semelhantes⁵¹⁷.

Na formação desses juristas é fundamental o conhecimento da cultura grega. A cultura romana do período em análise é, sobretudo, a cultura grega; ou, pelo menos, a filosofia dos romanos é a filosofia da Grécia. Muitas obras gregas foram traduzidas para o latim, sobretudo as noções de uso comum, passaram para Roma por meio da gramática e da retórica. Apesar disso, a influência da filosofia grega sobre os juristas não resulta em uma aposição literal, as necessidades práticas impedem que o jurista se feche nos quadros estritos de uma determinada doutrina filosófica, os juristas mais se inspiram livremente nas filosofias do que as aplicam acadêmica e conscientemente⁵¹⁸.

Como destaca Bonfante, os jurisconsultos parecem educados para a filosofia grega e especialmente para duas fontes que, do lado especulativo e do lado ético, já estavam presentes desde então como as mais altas diretrizes de conhecimento e conduta: a escola aristotélica e a estoica; nenhum jurista romano republicano parece estar professando o epicurismo e doutrinas platônicas e neoplatônicas, que exercem sua influência em outras áreas da vida romana, mas não parecem familiares à jurisprudência republicana⁵¹⁹.

A jurisprudência, a partir do último século da República, baseia-se amplamente no ensino da retórica, sobre a técnica da argumentação, e na filosofia estoica. A influência retórica e filosófica é inegável, tanto que o período que começa a partir da segunda guerra púnica⁵²⁰ é chamado de helenístico⁵²¹ e os juristas se

⁵¹⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 61.

⁵¹⁸ VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 66-67.

⁵¹⁹ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 400.

⁵²⁰ Guerras púnicas são guerras entre Roma e Cartago. "A palavra *púnico* é derivada da expressão latina *punicus*, que significa "os habitantes de Cartago". Os conflitos ficaram conhecidos, posteriormente, como "Guerras Púnicas" ocorreram em três momentos diferentes entre os séculos III e II a.C. [...]". GARRAFFONI, Renata Senna. Guerras Púnicas. In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História das Guerras**. São Paulo: Contexto, 2008. p. 47-75. p. 57.

⁵²¹ "A partir do final da segunda guerra púnica, a ciência jurídica romana entrou em uma nova fase que se deveria chamar de período helenístico da jurisprudência romana. Em nenhum período conhecido por nós a ciência legal romana estava inteiramente livre da influência grega, mas somente nos dois últimos séculos da República essa influência se relacionou ao movimento intelectual específico que chamamos de Helenismo. Não houve revolução improvisada; a mudança ocorreu com verdadeira prudência e consciência romana. Mas eram passados os tempos em que um podia, como o bom Sesto Elio, encolher os ombros com irônico desprezo pelo novo saber. Os dois últimos séculos da República são o período em que a ciência jurídica romana e, sem dúvida, toda a civilização

qualificaram como estoicos. A lógica que os gregos exerceram no campo especulativo foi exercida pelos juristas romanos com intenção prática no campo do Direito⁵²².

O humanismo estoico⁵²³ influenciou profundamente o conteúdo do Direito Romano ao enfatizar a dignidade superior de cada ser humano (que inclusive mais tarde inspiraria os moralistas do cristianismo e, sobretudo, desempenharia um grande papel na filosofia moral e até jurídica moderna), provocando um abrandamento das condições do escravo e do peregrino⁵²⁴.

A concepção de justiça dos romanos tem grande influência aristotélica⁵²⁵: a justiça é virtude que tem por objeto próprio atribuir a cada um a parte que lhe corresponde e a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto⁵²⁶; o Direito deriva da justiça⁵²⁷, e, mais precisamente, o Direito é aquilo que é justo⁵²⁸.

romana, viu-se diante da necessidade de definir suas relações com o helenismo.”. SCHULZ, Fritz. **Storia della giurisprudenza romana**. p. 75. Tradução nossa.

⁵²² BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 221, 230.

⁵²³ “O estoicismo é, a bem dizer, mais uma doutrina *moral* que de política e de direito. Os fundadores do estoicismo não tinham em vista a partilha dos interesses numa *pólis*, isso em que consiste a finalidade do direito, porque, conforme seu modo de ver, o sábio se desinteressava da polis e de suas convenções. A “*lei natural*” estoica, que é a razão universal que reina sobre o mundo e sobre a história, ou a parte dessa razão que está disseminada na consciência de cada homem, só tem alcance moral. Ela é imprecisa; mais do que atos determinados, ela ordena uma atitude mental de aceitação do destino. De resto, é muito exigente, pensada originalmente mais para o sábio recolhido espiritualmente do mundo que para o comum dos homens. É verdade que na época romana os mestres do “estoicismo médio”, dos quais Cícero tomará a doutrina de seu *De officiis*, praticaram a casuística e elaboraram listas de *deveres* mais concretos e mais acessíveis: dever de respeitar em cada homem, mesmo que escravo, a razão, a humanidade; de sinceridade; de respeito à palavra empenhada; de respeito aos deuses; de piedade nas relações familiares. Todavia, tudo isso se refere muito mais às disposições interiores que às atividades externas.”. VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 67-68.

⁵²⁴ VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 68.

⁵²⁵ “[...] se compararmos, em suas grandes linhas, o direito romano com outros grandes sistemas jurídicos, ele parece surgir na história como aplicação da doutrina aristotélica. É por isso que a própria sorte do direito romano viu-se em jogo quando novas filosofias suplantaram a de Aristóteles - neoplatonismo ou novas visões de mundo judaico-cristãs a que iria aderir santo Agostinho. Quanto à renascença do direito romano na Europa moderna, a partir do século XIII, ela estará ligada à renascença de Aristóteles.”. VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 73-74.

⁵²⁶ “A Justiça é uma vontade firme e perpétua de dar a cada um o que lhe pertence. §. 1. Os princípios do direito são estes, viver honestamente, não lesar a outrem, e dar a cada um o que é seu. §. 2. A Jurisprudência é conhecimento das coisas divinas e humanas, e ciência do que é justo ou injusto.”. ULPIANUS. *Regularum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I. p. 33. Tradução nossa.

⁵²⁷ “Ele que tenha estudado o direito, convém que primeiro conheça de onde traz sua origem este nome: tem sua denominação da *justiça*, porque segundo o define elegantemente Celso, é a arte do

Como descreve Schulz:

L'ondata ellenistica arrivò a Roma in un momento felice. Da una parte, la scienza giuridica romana era sufficientemente sviluppata per non essere sommersa da influenze greche; dall'altra, era ancora giovane, lunghi dall'essere pietrificata, capace e pronta ad essere stimolata e modellata dal pensiero greco. La scienza giuridica romana conteneva in sé grandi potenzialità [...], ma per liberarle e metterle in atto [...] era necessaria la solvente energia delle forme greche. Il risultato immensamente importante di tutto ciò fu niente meno che lo svilupparsi di quella scienza giuridica romana in scienza professionale di tipo ellenistico, nel quadro della scienza ellenistica. Questa nuova scienza fu non una *commixtio* di elementi greci e romani, ma un'unità organica. La disciplina formativa della Grecia permise all'energia naturale e nazionale della scienza romana di rivelare sé stessa [...] La fondazione del Principato ad opera di Augusto segna la fine dell'ellenismo ed egualmente di questo periodo [...]⁵²⁹.

Para o Direito Romano ter se tornado o sistema que se tornou, foi fundamental a influência do helenismo. Em um momento de grande mudança social, que foi o desenvolvimento da República, do Império Romano, no período tardio, a influência do helenismo permitiu a adaptação e modificação necessária do Direito. Porém, não foi uma simples imitação dos gregos, Roma já tinha desenvolvido suficientemente sua personalidade para não deixar sua racionalidade romana se tornar grega. Mas também não foi uma mera mistura de elementos de ambas as civilizações, foi uma unidade orgânica que deu origem a algo novo: a racionalidade jurídica romana da República tardia, sem precedentes históricos.

Como destaca Solidoro, os juristas romanos são ao mesmo tempo

bom e equitativo.”. ULPIANUS. *Institutionum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I. p. 31. Tradução nossa.

⁵²⁸ VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 71.

⁵²⁹ “A onda helenística chegou a Roma em um momento feliz. Por um lado, a ciência jurídica romana estava suficientemente desenvolvida para não ser submersa pelas influências gregas; por outro lado, ela ainda era jovem, longe de ser petrificada, capaz e pronta para ser estimulada e moldada pelo pensamento grego. A ciência jurídica romana continha em si grande potencial [...], mas para libertá-la e colocá-la em [...] ação, a energia solvente das formas gregas era necessária. O resultado imensamente importante de tudo isso foi nada menos que o desenvolvimento daquela ciência jurídica romana na ciência profissional do tipo helenístico, no âmbito da ciência helenística. Esta nova ciência não era uma *commixtio* de elementos gregos e romanos, mas uma unidade orgânica. A disciplina formativa da Grécia permitiu que a energia natural e nacional da ciência romana se revelasse [...]”. SCHULZ, Fritz. **Storia della giurisprudenza romana**. p. 76-77. Tradução nossa.

filósofos, pragmáticos, retores. A composta formação cultural dos jurisconsultos desenvolve um papel determinante na alta qualidade do seu método. São os jurisprudentes romanos, especialistas em raciocínio dialético, porque imbuídos de lógica filosófica e de retórica, a ensinar que o caso concreto possui em si um grande potencial hermenêutico, do momento em que esse pode ser prospectado em múltiplas formas e resolvido de variadas maneiras em razão tanto da pluralidade de possibilidades de configurações do caso concreto quanto da seleção de elementos que são considerados determinantes para distinguir, e qualificar sob o plano jurídico, o caso em exame⁵³⁰.

Além disso, a educação jurídica em Roma tem uma orientação amplamente prática; não há treinamento jurídico teórico ou acadêmico ou instituições de ensino onde o Direito é formalmente ensinado. Ao completar sua educação básica, um jovem se junta à casa de um jurista como aprendiz. Ele acompanha seu mestre em seus negócios diários e o observa dando assessoria jurídica, elaborando documentos legais e auxiliando clientes em processos judiciais. Frequentemente, os estudantes são convidados a discutir questões de direito difíceis e a formular argumentos a favor ou contra soluções propostas por juristas anteriores⁵³¹.

Essa formação de novos juristas a partir de um aprendizado diário com seus mestres permite um importante desenvolvimento da racionalidade jurídica a partir da relação entre teoria e prática que em Roma dificilmente se desassocia. Assim, também o ensino jurídico romano possui aquela característica fundamental da civilização e do Direito Romano de conciliação entre tradição e desenvolvimento, de estar ancorado na tradição, que vai sendo passada por seus mestres, mas ao mesmo tempo vai se adaptando e evoluindo conforme as necessidades histórico-sociais.

⁵³⁰ SOLIDORO, Laura. Prolegomeni alla lettura della casistica romana. p. 3-4.

⁵³¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 63.

CAPÍTULO 4

OS VALORES⁵³² PERENES DA MORAL ROMANA E SUAS APLICAÇÕES JURÍDICAS

4.1 O SISTEMA ÉTICO ROMANO

Quando se fala da grandeza da racionalidade jurídica romana, não se pode desassociar dela os valores morais que guiam essa sociedade, afinal, a principal fonte do direito privado republicano são os costumes, mas costumes entendidos como *mores maiorum*, tradições ancestrais que carregam em si valores de uma moral perene que enquanto são vetores dessa civilização proporcionam um desenvolvimento constante e quando entram em crise ocasionam também a crise e o fim da República.

O mais célebre historiador romano, Tito Lívio, que vive no final da República e nos primeiros anos do Principado, em sua monumental obra sobre a história de Roma, escreve em seu prefácio que:

The subjects to which I would ask each of my readers to devote his earnest attention are these - the life and morals of the community; the men and the qualities by which through domestic policy and foreign war dominion was won and extended. Then as the standard of morality gradually lowers, let him follow the decay of the national character, observing how at

⁵³² Em alguns momentos desse trabalho são apresentadas citações que falam em “princípios de direito romano”. Para os romanos, o termo princípio (*principium*) no Direito significa apenas a parte introdutória de um fragmento de jurista no *Digesto*. A ideia de princípios de direito romano na concepção moderna de fundamentos normativos foi desenvolvida posteriormente. Para os romanos não há diferença entre Direito e Moral, a principal fonte do direito privado romano republicano são os costumes, são as tradições, baseadas em valores e interpretadas e aplicadas por meio dos valores do povo romano; assim, princípios jurídicos são os valores que sustentam o Direito Romano. Por valor, entende-se a concepção de Abbagnano quando esclarece esse significado para os antigos: “[...] objetos de escolha moral. [...] como diz Cícero, “o que está em conformidade com a natureza ou é digno de escolha (*selectionedignam*): (De finibus, III, 6, 20). Por “estar em conformidade com a natureza”, entendiam o que deve ser escolhido em todos os casos, ou seja, a virtude; como “digno de escolha”, entendiam os bens a que se deve dar preferência, como talento, arte, progresso, entre as coisas do espírito; saúde, força, beleza, entre as do corpo; riqueza, fama, nobreza, entre as coisas externas [...]”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 989.

first it slowly sinks, then slips downward more and more rapidly, and finally begins to plunge into headlong ruin, until he reaches these days, in which we can bear neither our diseases nor their remedies.⁵³³

Mesmo na época já era constatável o papel que os valores morais tiveram tanto para o sucesso da República romana quanto para sua decadência. O próprio objetivo de Tito Lívio ao escrever a história de Roma consiste exatamente em demonstrar como determinadas qualidades do povo romano permitiram que se tornasse uma sociedade tão bem sucedida e como a República entrou em crise e terminou conforme essas qualidades foram se perdendo.

Também Maquiavel, ao comentar a obra de Lívio, afirma: “[...] quando a massa do povo é sadia, as desordens e os tumultos não chegam a ser daninhos: mas quando está corrompida, mesmo as leis melhor ordenadas são impotentes [...]”⁵³⁴. A eficiência da racionalidade jurídica romana está diretamente vinculada a qualidade moral da civilização, se a *civitas* está corrompida, o Direito nada pode fazer.

Como explica Balmaceda, uma das principais características do sistema ético romano é que os valores morais estão profundamente conectados com a comunidade e expressamente orientados para ela⁵³⁵. É o que afirma Dante Alighieri ao descrever que todo aquele que busca o bem da República, busca o Direito como fim:

[...] el derecho es una proporción real y personal de un hombre a otro hombre, que, si es guardada por éstos, preserva a la sociedad y, si no lo es, la corrompe. Porque la definición de los *Digestos* no dice cuál es la esencia del derecho, sino que lo describe por la manera de ser aplicado. Por tanto, si ésta

⁵³³ “Os assuntos para os quais gostaria de pedir a cada um dos meus leitores que dedicassem sua atenção sincera são estes - a vida e a moral da comunidade; os homens e as qualidades pelas quais através da política interna e do domínio da guerra estrangeira foram conquistadas e ampliadas. Então, à medida que o padrão de moralidade diminui gradualmente, deixe ele seguir a decadência do caráter nacional, observando como a princípio afunda lentamente, depois escorrega cada vez mais rapidamente e, finalmente, começa a mergulhar na ruína precipitada, até chegar aos dias de hoje, em que não podemos suportar nossas doenças nem seus remédios.”. LIVIUS, Titus. **The History of Rome**. v. 1. Tradução nossa.

⁵³⁴ MAQUIAVEL. **Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. p. 74.

⁵³⁵ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. **Gerión**, Madrid, v. 25, n. 1, p. 285-304, 2007. p. 288.

nuestra definición comprende con acierto qué es el derecho y por qué es tal, y siendo el fin de la sociedad el bien común de todos sus miembros, necesariamente el fin de cualquier derecho es el bien común; y es imposible, a su vez, que exista ningún derecho que no se proponga el bien común. Por lo cual Tulio, en el libro 1 de la *Retórica*, dijo: «las leyes siempre han de ser interpretadas en beneficio de la república». Pues, si las leyes no se orientan directamente al bien común de los que están sometidos a ellas, serán leyes sólo de nombre, pero no de hecho, ya que es necesario que las leyes unan a los hombres entre sí para la utilidad común. Por eso Séneca dice bien de la ley cuando en su libro *De las cuatro virtudes* afirma: «la ley es el vínculo de la sociedad humana». Queda claro, por consiguiente, que el que busca el bien común, busca el fin propio del derecho. Por tanto, si los romanos se propusieron el bien de la república, será verdad decir que se propusieron el fin del derecho⁵³⁶.

Esse bem comum da República que conecta todos os seus cidadãos em direção à utilidade social é baseado sobre esse sistema ético humanista, que transmite seu valor às regras do Direito por meio da observância da justa medida, da proporção das relações. É a observância dessa moral perene que gera o desenvolvimento e a prosperidade da *civitas* romana, enquanto sua não observância a corrompe.

São esses valores morais que legitimam o exercício do poder, e, por isso, não é um poder que obriga por meios externos, mas sim cria um impulso interno, um sentimento que faz com que obedecer esse poder represente um dever assumido voluntariamente. Além disso, é a própria comunidade que reconhece voluntariamente a validade desses valores. Assim, sempre está implícita a relação

⁵³⁶ “[...] o direito é uma proporção real e pessoal de um homem para outro homem, que, se é observada por eles, preserva a sociedade e, se não é, corrompe-a. Porque a definição dos *Digestos* não diz qual é a essência do Direito, mas sim o descreve pela maneira de ser aplicado. Portanto, se essa nossa definição entende corretamente o que é o direito e por que é tal, e sendo o fim da sociedade o bem comum de todos os seus membros, necessariamente o fim de qualquer direito é o bem comum; e é impossível, por sua vez, que exista algum direito que não se proponha ao bem comum. Portanto, Túlio, no livro 1 da *Retórica*, disse: “as leis sempre devem ser interpretadas em benefício da república”. Pois, se as leis não forem orientadas diretamente para o bem comum daqueles que estão sujeitos a elas, serão leis apenas de nome, mas não de fato, uma vez que é necessário que as leis unam os homens entre si para a utilidade comum. Por isso Séneca diz bem da lei quando em seu livro *De las cuatro virtudes*, afirma: «a lei é o vínculo da sociedade humana». Fica claro, portanto, que quem busca o bem comum, busca o fim próprio do Direito. Portanto, se os romanos se propuseram ao bem da república, será verdade dizer que se propuseram ao fim do Direito.”. ALIGHIERI, Dante. **Monarquía**. Madrid: Tecnos, 1992. p. 36-37. Tradução nossa.

do indivíduo com a comunidade, direitos e deveres estão inextricavelmente ligados⁵³⁷.

Fator determinante para o sucesso de Roma é que esses valores morais não correspondem a tradições imutáveis, são valores elementares que na prática vão mudando conforme muda o contexto em que a sociedade romana viva. Os costumes da pequena Roma monárquica de agricultores não são os mesmos do grande império republicano. Além disso, o que faz o Direito romano republicano ser tão destacado, é a capacidade do pretor e dos juristas de adaptarem os *mores maiorum* conforme as necessidades jurídicas do momento. Como destaca Meneghetti, “[...] a racionalidade humana deve ser adaptativa, mais do que a política.”⁵³⁸.

Além disso, esses valores não são exclusivos dos romanos, mas correspondem a uma moral perene, ou seja, são valores do ser humano independente de que povo ele pertença, pois não são valores derivados da *civitas* romana e sim da *humanitas*, identificados pelos sábios ancestrais e desenvolvidos posteriormente na teoria e na prática. Por isso que esses valores guiam não somente o *ius civile* dos romanos, mas também o *ius gentium*, ou seja, as relações jurídicas dos romanos com os estrangeiros, que são pautadas por aquilo que há de comum entre os povos e não por meio daquilo que se entende hoje como normas internacionais.

Acerca da força moral do povo romano no Direito, Jhering realiza a seguinte reflexão:

Depois de termos assim demonstrado a necessidade desta tendência dominante do espírito romano para o direito, convém investigarmos quais eram os meios de que dispunha para preencher a sua missão jurídica. Examinemos a que circunstância, a que qualidades do povo romano se deve atribuir a perfectibilidade com que vemos cumprir essa missão. Geralmente, responde-se a tal pergunta citando as disposições intelectuais dos romanos, o seu espírito penetrante e analítico,

⁵³⁷ CHUAQUI JAHATT, Benedicto. El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. Estudio de Viktor Pöschel. **Ars Medica**, Santiago, v. 20, n. 1, 2000. p. 3.

⁵³⁸ MENEGHETTI, Antonio. **Do Humanismo Histórico ao Humanismo Perene**. p. 140.

o seu tato prático, etc. A influência destas qualidades é evidente; mas, frequentemente, se esquece o que é infinitamente essencial, ao nosso pensar, para o direito antigo: a força moral, a energia da vontade do povo romano⁵³⁹.

O fato do Direito Romano ter sido tão revolucionário e exercer tanta influência até hoje não pode ser dissociado do povo que o criou, da qualidade moral e da energia da vontade dessa civilização; sem a força que as virtudes romanas proporcionaram, esse sistema, essa racionalidade jurídica, não teria sido possível.

Algumas dessas virtudes, desses valores morais, são: *libertas*, respeito à tradição, *pietas*, *concordia*, *virtus*, *humanitas*, *dignitas*, *aequitas*, *fides* e *utilitas*. Não há uma lista taxativa desses valores, mas destaca-se alguns de grande relevância para a sociedade e para o Direito Romano e que em seu conjunto permitem compreender a força moral perene que guiou essa civilização e, principalmente, sua racionalidade jurídica.

À guisa de introdução, com o objetivo de sintetizar a essência do conjunto dos *mores maiorum* no Direito, pode-se citar novamente a afirmação de Ulpiano: “*luris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*”⁵⁴⁰. Viver honestamente envolve a formação humanista pela qual passavam os políticos e, principalmente, os juristas, mas também o viver de acordo com os *mores*, com os valores dessa moral perene; não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu são regra basilares derivadas de um instinto de socialidade, pressupostos necessários para a vida em sociedade de forma funcional e ordenada, portanto, função elementar do Direito é coibir a lesão a outrem e a apropriação indevida e garantir a posse adequada, assim como permitir que cada um receba aquilo que merece, ou seja, dar a cada um o que é seu é também uma meritocracia natural. Os romanos partem de instintos naturais para deles criarem o Direito; a racionalidade jurídica parte da compreensão da ordem da vida.

4.2 LIBERTAS

⁵³⁹ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 232.

⁵⁴⁰ “Os princípios do direito são estes, viver honestamente, não lesar a outrem, e dar a cada um o que é seu.”. ULPIANUS. *Regularum*. p. 33. Tradução nossa do espanhol.

A concepção do Direito para os romanos é vinculada a ideia de liberdade. O Direito deve garantir o livre desenvolvimento da personalidade. A liberdade de operar na ordem jurídica consiste na liberdade de escolha dos meios concedidos para a pessoa como membro de uma organização de indivíduos. Havendo todos igual faculdade, a liberdade deve manter-se nos confins da esfera de atuação do indivíduo⁵⁴¹.

Este senso de liberdade significa a liberdade positiva da responsabilidade individual para acumular meios e poder para evoluir suas potencialidades e seus propósitos, controlando as próprias escolhas e ações; e também a liberdade negativa de não fazer algo que prejudique a outrem, não invadir a esfera de ação alheia (*neminem laedere*). Esse é o sentido humanista da liberdade, depois são mutáveis os modos de sua aplicação nos mais diversas esferas jurídicas, conforme exemplos a seguir. Os exemplos são modos variáveis, porém sedimentados no valor universal da liberdade. A atual sociedade brasileira, por exemplo, também se assenta no valor da liberdade, e o faz em modo diferente dos romanos, o que demonstra que a aplicação é relativa, cambiável conforme o contexto, mas o seu valor é universal.

Assim, o Direito é somente o campo em que se atua a liberdade pessoal, não podendo conceber-se o Direito sem ao mesmo tempo admitir o dever de deixar livre aos outros o campo do seu operar⁵⁴².

O ideal romano da liberdade leva ao extremo individualismo em termos de Direito Privado. A relação entre marido e mulher, por exemplo, é, em geral, extremamente individualista. Casamento e divórcio acontecem sem a intervenção do Estado, não é nem mesmo necessário que ambas as partes concordem com o divórcio, basta uma declaração unilateral. Se o divórcio é obtido sem razão, algumas desvantagens legais podem acontecer, mas o casamento é dissolvido com todas as consequências legais⁵⁴³.

⁵⁴¹ DE CRESCENZIO, Nicola. **Sistema del Diritto Civile Romano**. 2. ed. Napoli: Nicola Jovene, 1869. v. 1. p. 20.

⁵⁴² DE CRESCENZIO, Nicola. **Sistema del Diritto Civile Romano**. p. 20.

⁵⁴³ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 147.

Como destaca Villey, o Estado reconhece ao cidadão romano a sua zona própria de autonomia como homem independente e livre que é⁵⁴⁴. Porém, a liberdade em que consiste o Direito Privado não significa que cada um pode fazer aquilo que quer. É reconhecido que o abuso da lei não pode ser permitido, o que é demonstrado pelo uso das exceções e outros institutos jurídicos aplicados pelo pretor na prática. Inclusive a opinião pública limita a liberdade, como por exemplo, restringindo a liberdade permitida ao testador aos limites impostos pelo bom senso⁵⁴⁵.

Liberdade de opinião e de credo são garantidas, não sem restrições, mas dentro de amplos limites. O direito ao lar é respeitado. Há considerável liberdade de movimento, tanto em sentido físico quanto econômico. Acima de tudo, o Estado romano abstém-se, em princípio, de interferir nos direitos privados dos indivíduos. Até mesmo a desapropriação, no sentido de alienação compulsória de direitos privados pelo Estado em função de interesse público, é quase desconhecida no Direito Romano. Apenas ocasionalmente e excepcionalmente pode ocorrer desapropriação, e somente nas províncias⁵⁴⁶.

Assim, mesmo após o Estado romano começar a ter parte no processo jurisdicional, ele permanece prevalentemente privado, baseado na vontade, na liberdade das partes. É o litigante lesado que, perseguindo a restituição de seu direito, dirige o processo. É o litigante que cita em juízo o seu adversário, conduz a ação contra ele, persegue judicialmente a execução da sentença⁵⁴⁷. Como reflete Villey, “Talvez fosse melhor confiar assim na iniciativa privada do que esperar demasiado dos cuidados dum funcionário.”⁵⁴⁸.

A participação do Estado no processo, por meio do pretor, é mínima: o juiz é um privado que é escolhido pelas partes, ou pelo menos com o seu consenso. O próprio objeto da lide não pode ser fixado se não com a concordância das partes no momento da *litis contestatio*, e é o autor que deve portar o adversário em juízo. O

⁵⁴⁴ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 50.

⁵⁴⁵ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 145.

⁵⁴⁵ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 158-159.

⁵⁴⁶ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 160-161.

⁵⁴⁷ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 39, 56.

⁵⁴⁸ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 56.

magistrado assiste, dirige, é dotado também de amplos poderes, mas que são muito mais usados para resolver o conflito do que para aplicar uma norma. As possibilidades de impugnação da sentença são mínimas⁵⁴⁹.

O Direito Romano privado é intrinsecamente ligado a ideia de liberdade, tanto no direito material quanto processual, ambos maioritariamente baseados em acordos e na vontades dos indivíduos. Para os romanos, não faz sentido abrir mão da liberdade em nome de normas impostas pelo Estado. Essa concepção de liberdade romana funciona como uma pedra fundamental no Direito Romano.

4.3 TRADIÇÃO E EVOLUÇÃO

A tradição é uma grande força da vida romana. Os romanos obedecem os costumes de seus antepassados, referem-se a eles frequentemente e se sentem seguros e protegidos quando aderem a eles, e desviar desses costumes é objetável⁵⁵⁰. É o que os romanos chamam de *mores maiorum*.

Jhering define como característica fundamental dos romanos seu espírito conservador, ficando a cargo da atividade jurídica conciliar as necessidades do presente com as tradições do passado⁵⁵¹. Ou seja, conservar o que serve e adequar as novidades às necessidades do momento. Isso é ser conservador e faz parte da *humanitas* romana: conservar conquistas sem perder a sensibilidade com a criatividade diante das necessidades contemporâneas. Este é o valor das tradições romanas.

Por mais que o Oriente também fosse conservador, suas ideias e instituições não progrediram durante dez séculos. Os romanos, por sua vez, fazendo justiça à sua época, nunca temem derogar antigas instituições em desuso para introduzir novas. No seio do Direito Romano se operam revoluções, porém, não são obras de agitação desenfreada, procedida por abalos e que logo termina. As novas ideias e tendências são tímidas, pouco a pouco conquistam seu lugar, no início sofrem resistência, mas eventualmente demonstram seu poder e se consolidam. A

⁵⁴⁹ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 13-14.

⁵⁵⁰ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 83.

⁵⁵¹ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 234.

tendência conservadora do povo romano funda-se em uma força ativa e não na inércia⁵⁵².

Como destaca Jhering, a prova mais convincente da ação dessa força se acha nos contrastes grandiosos que o povo romano sofre no decorrer de sua história. Por exemplo, o contraste entre patrícios e plebeus, uma luta contínua durante séculos, mas longe de enfraquecer o povo romano, o fortalece. A oposição entre o elemento conservador, representado pelos patrícios, e o elemento progressivo, representado pelos plebeus, longe de prejudicar o desenvolvimento do Direito, deu-lhe, ao contrário, a unidade, a uniformidade e a continuidade do progresso⁵⁵³.

Conforme Schulz, os romanos nunca tentam interromper o fluxo do desenvolvimento legal por meio de mudanças radicais. Abusos na lei são abolidos no final, mas hesitantemente e vagarosamente, apenas com dificuldade e receosamente os romanos abandonam um sistema legal que, independentemente de as razões para isso serem boas ou ruins, estabeleceu-se dessa forma. Eles não são facilmente impressionáveis por institutos legais estrangeiros e apenas ocasionalmente adotam leis estrangeiras. Dificilmente abolem uma lei válida, normalmente a deixam desvanecer por desuso⁵⁵⁴.

Os romanos não precisam ficar abolindo as leis, como é feito hoje continuamente, porque é na prática interpretativa que vive o Direito, a interpretação é a vida do Direito, mas isso não significa ficar estanque, é o oposto, estar em contínuo movimento dinâmico mesmo permanecendo com as mesmas leis.

A ciência jurídica romana, precisamente porque é entendida como *prudentia*, não tolera revoltas ou revoluções, mas ao mesmo tempo nunca considera a ordem jurídica como imóvel. A tradição, por si só, é uma força, uma âncora segura para o Direito e, portanto, invocá-la já é um argumento; isso não significa imobilidade. A tradição é considerada um freio ou força de inércia necessária contra

⁵⁵² JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 234-235.

⁵⁵³ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 235.

⁵⁵⁴ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 84-85.

a improvisação; é o ponto de partida, que nunca impede desenvolvimentos. Não se hesita também em demoli-la, procedendo, porém, não de qualquer ideologia, mas da necessidade prática, gradualmente, na medida em que é ditada pela necessidade social⁵⁵⁵.

Para os romanos, o Direito não pode surgir completamente da inspiração de um legislador, mas demanda a constante cooperação da comunidade⁵⁵⁶. Assim, o tecido de todo o sistema legal no período da história de Roma que vai da sua fundação, passando pelo República e além, é composto principalmente de normas costumeiras⁵⁵⁷.

Uma expressão romana é *consuetudo est altera natura*, que significa “o costume é outra natureza”, ou seja, o hábito é uma segunda natureza. Esta segunda natureza deveria estar em consonância à primeira natureza, a que nasce com o homem, e o papel do Direito é justamente o de ser a segunda natureza que não despreza a primeira natureza, mas que permite o livre desenvolvimento da personalidade.

Como destaca De Crescenzo, o direito consuetudinário é a imediata expressão do sentimento jurídico de um povo e se manifesta nos costumes sem que algum poder tenha dado diretamente sua sanção. O costume existe nos atos das pessoas não consideradas individualmente, mas idealmente, isto é, no todo de um povo, de uma nação, e como desenvolvimento sucessivo de gerações⁵⁵⁸.

Para que o costume possa servir de norma, deve:

- a) ser contínuo em relação ao tempo;
- b) que o princípio desse costume seja razoável e não contrário aos bons costumes; e
- c) seja expressamente ou tacitamente reconhecido pelo poder legislativo,

⁵⁵⁵ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 234.

⁵⁵⁶ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 86.

⁵⁵⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 19.

⁵⁵⁸ DE CRESCENZO, Nicola. **Sistema del Diritto Civile Romano**. p. 23.

o que não significa que esse poder deva declarar essa norma e torná-la conhecida de todos (nesse caso seria uma *lex*), mas no sentido de que seja dado aos juízes expressamente ou tacitamente a faculdade de decidir uma questão privada com base no costume⁵⁵⁹.

Dessa maneira, o direito consuetudinário possui o mesmo valor do direito escrito, podendo servir para clarificar pontos obscuros da lei, corrigi-la ou até mesmo abrogá-la (com a ressalva de que essa última possibilidade sempre gerou bastante controvérsia entre os juristas da época e estudiosos posteriores)⁵⁶⁰. Isso não significa que o costume esteja acima da lei e possa sempre modificá-la, apenas que serve como fonte de mesmo valor, devendo ser aplicado no caso concreto em consonância com a lei e, principalmente, os princípio de Direito Romano.

Para entender sua importância, os costumes não são apenas a primeira fonte de Direito Romano, mas, especialmente em âmbito privado, a mais prevalente por um longo período. A maior parte do *ius civile* consiste em costumes. Somente com a monarquia absoluta do Dominato, mas mais propriamente somente com Justiniano, é que se afirma, pelo menos em teoria, a prevalência das fontes autoritárias em relação aos costumes. Mas mesmo Justiniano atribui aos costumes uma dignidade igual a das fontes autoritárias⁵⁶¹.

A consideração dos romanos pelos costumes é tão grande que até mesmo ao conquistar terras estrangeiras permite-se que as nações conquistadas mantenham suas leis como costumes reconhecidos de fato, e é nessa qualidade que essas leis estrangeiras se relacionam com as leis romanas⁵⁶².

Não sendo, porém, uma tradição estática, a jurisprudência exerce função de adaptação do Direito Romano às novas necessidades sociais, e faz isso referindo-se a preceitos antigos, principalmente àqueles consuetudinários, sempre

⁵⁵⁹ DE CRESCENZIO, Nicola. **Sistema del Diritto Civile Romano**. p. 23.

⁵⁶⁰ DE CRESCENZIO, Nicola. **Sistema del Diritto Civile Romano**. p. 23.

⁵⁶¹ SCHERILLO, Gaetano; GNOLLI, Franco. **Diritto Romano: lezioni istituzionali**. Milano: LED, 2003. p. 53.

⁵⁶² ALONSO, José Luis. Customary law and legal pluralism in the Roman Empire: The status of peregrine law in Egypt: Customary law and legal pluralism in the Roman Empire. **The Journal of Juristic Papyrology**, Warschau, v. 43, p. 351-404, 2013. p. 362.

com respeito e reverência, mantendo a continuidade, a partir deles, da produção espontânea, e insuprimível, do direito na estrutura social⁵⁶³.

A justiça se apresenta aos juristas romanos como síntese da vida social, em relação aquilo que pode interessar ao Direito. Determina conciliação e superação de inevitáveis interesses contrastantes. É compreendida, como o homem, de matéria e espírito, de moral e oportunidades, de passado e de futuro, de tradição e de renascimento. Importa continuidade, que dá segurança às relações humanas, entendida, porém, não como imobilidade, mas como possibilidade de desenvolvimento contínuo: à justiça são contrários tanto a imobilidade quanto a reviravolta improvisada⁵⁶⁴.

Como destaca Lombardi, esse espírito conservador aliado ao fato de que o Direito Romano Privado Republicano não se baseia em leis escritas, faz com que a tradição seja o principal fator da certeza do Direito⁵⁶⁵.

Importante fazer aqui um contraponto com a atualidade, pois a contemporaneidade, na busca da segurança jurídica, possui um número incontável de normas⁵⁶⁶, e mesmo assim a insegurança jurídica é grande, tanto pela incapacidade dos indivíduos conhecerem tantas normas como pelas inevitáveis contradições que tamanho número de normas acaba por gerar. Já os romanos, com poucas normas, baseando suas relações privadas em costumes, alcançaram uma segurança jurídica invejável para a atualidade. Isso se dava muito mais pela consciência jurídico-política do dever do que pela norma em si.

Mesmo que a segurança jurídica não seja trazida pela lei em si e o magistrado tenha toda essa liberdade, o respeito dos romanos pela tradição e pela constância cria de fato a segurança jurídica, a elasticidade da lei faz parte dessa

⁵⁶³ BOVE, Lucio. **La Consuetudine in Diritto Romano**: dalla Repubblica all'età dei Severi. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1971. p. 23.

⁵⁶⁴ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 189.

⁵⁶⁵ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 27.

⁵⁶⁶ Para se ter uma ideia, no Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal em outubro de 1988 até 30 de setembro de 2017, foram editadas quase 5,7 milhões de normas, cada norma com em média 3 mil palavras. Desse total, somente 4,13% não sofreram nenhuma alteração. AMARAL, Gilberto Luiz do; *et al.* **Quantidade de normas editadas no Brasil**: 29 anos da Constituição Federal de 1988. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2017.

segurança⁵⁶⁷.

A segurança jurídica dos romanos é uma segurança de duas faces, não apenas preocupada, como a concepção de segurança jurídica moderna, com a previsibilidade das decisões, mas também com a qualidade delas, no sentido de haver uma preocupação com a segurança de que a decisão seja a mais correta, a mais consoante possível com a justiça.

4.4 PIETAS

A *pietas* é, entre outras coisas, a adaptação às relações hierárquicas naturais como *deus-civis* e *pater-filius*, mas incluindo também relações entre classes, como foi de grande importância nas transformações sociais da primeira fase da República romana a relação *patricii-plebei*. A *pietas* consiste em conformar-se às relações normais, tradicionais, derivadas da definição e posição dos termos que existem - reciprocamente - entre pessoas do mesmo sangue, da mesma *civitas*, entre vizinhos, entre aliados, entre contratantes, e - não reciprocamente - entre o indivíduo e o que é superior a ele, a pátria, os deuses⁵⁶⁸.

Há uma exaltação dos romanos em relação a *pietas* perante a pátria, maior do que aquela perante a família, pois uma ação que viola a *pietas* em relação a pais e parentes perturba o equilíbrio da família, mas um ato contrário à *pietas* em relação à pátria pode derrubar a *res publica* e envolver também os deuses em sua ruína⁵⁶⁹.

Pietas não deve ser confundida com *caritas*, termo ao qual se outorgam os significados de amor, carinho e afeto. *Pietas* implica um "amor devido", isto é, integra um vínculo ao qual se é obrigado, que se tem o dever de prestar, que é resultado de uma demanda vinda da ordem divina e que coincide com uma atitude marcada pela retidão, enquanto *caritas* carrega dentro de si o sentido de amor ou afeto nascido espontaneamente e que se desenrola de forma natural, circunscrito à

⁵⁶⁷ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 247.

⁵⁶⁸ SANTI, Claudia. I *Viris Sacris Faciundis Tra Concordia Ordinum e Pax Deorum*. In: ROCCHI, Maria; XELLA, Paolo; ZAMORA, José-Ángel (Org.). **Gli Operatori Culturali: storia delle religione**. *Essedue*, 2006. v. 3. p. 171-184. p. 178.

⁵⁶⁹ SANTI, Claudia. I *Viris Sacris Faciundis Tra Concordia Ordinum e Pax Deorum*. p. 178.

esfera do sentimental, assim, o fundamento desse sentimento reside somente na esfera moral, nos comportamentos relativos à consciência humana. *Caritas* é um sentimento íntimo que não supõe violação de norma jurídica ou religiosa, ainda que seja um comportamento reprovável⁵⁷⁰.

Retitude é um termo que reflete o valor de *pietas*. Reto é quem é moralmente justo, íntegro. *Pietas* representa a conduta do homem que cumpre integralmente todos os seus deveres para com a divindade e seu próximo humano, completamente e com todo o respeito. Este sentimento de *pietas* traduz-se, no campo jurídico, no dever do *paterfamilias* de agir segundo tal noção, obrigando-se sob o *officium pietatis* a ter um tratamento moderado com seus filhos, e também no tratamento da indignidade que supõe uma violação dos valores do ofício mencionado. Assim, os testamentos infíciosos são contrários à assim chamada *officium pietatis* com base na presumida loucura do testador (*color insaniae*), já que esse ofício é definido como um dever moral de respeito, dedicação e afeto a ser cultivado em relação aos parentes, pátria e deuses⁵⁷¹.

Na relação pai e filho, a *pietas* não é só dever dos pais com os filhos, mas também o inverso. Assim se pronuncia Ulpiano no *Digesto*: “A milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse, pietatis existimat ratio.”⁵⁷².

Em resumo, *pietas* indica uma atitude mental e o conseqüente comportamento que leva a satisfazer os deveres para com a comunidade e com outros homens, posto que o sentimento interior do indivíduo pouco importa, o que é relevante é o respeito à tradição, às normas rituais, imposta ao longo do tempo pela autoridade religiosa, cuja transgressão torna o sujeito ímpio, sendo culpado perante os deuses não só ele mesmo, mas também toda a comunidade, por seu comportamento incorreto⁵⁷³.

⁵⁷⁰ CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana Isabel. Dilucidando Conceptos: *pietas* y *caritas*. **Ridrom**, Ciudad Real, n. 9, p. 224-248, out. 2012. p. 243-244.

⁵⁷¹ CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana Isabel. Dilucidando Conceptos: *pietas* y *caritas*. p. 243-245.

⁵⁷² “Uma razão de piedade estima que também pelo filho militar, que tenha recursos, devem ser alimentados seus pais.”. ULPIANUS. *De Officio Consulis*. In: JUSTINIANO. **Cuerpo del Derecho Civil Romano**: Digesto. Barcelona: Jaime Molinas, 1892. Tomo II. p. 217. Tradução nossa do espanhol.

⁵⁷³ CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana Isabel. Dilucidando Conceptos: *pietas* y *caritas*. p. 246.

Pietas põe em evidência uma conduta respeitosa, um senso de dever, uma atitude de veneração que não é apenas esperada, mas que também se exige, de acordo com os *mores* mais antigos, do bom romano⁵⁷⁴. Ou como afirma Miró: “[...] *pietas* es el sentimiento que hace reconocer y llevar a cabo todos los deberes que el hombre romano tiene hacia todo aquello que ama y respeta.”⁵⁷⁵.

Mas *pietas* não se refere somente ao espectro moral/religioso e nem possui um significado imutável. *Pietas* possui importantes conotações políticas e, conseqüentemente, muda seu significado conforme muda a configuração política de Roma. Nesse questão, é importante a relação de *pietas* com a virtude romana da *concordia*.

4.5 CONCORDIA

A *concordia* representa a ideia de que deve haver um entendimento mútuo entre os interesses dos cidadãos e da união para que a República possa se desenvolver e se fortalecer. Como consequência, toda vez que um indivíduo ou um grupo age em discordância com os interesses da coletividade, Roma sofre algum tipo de revés⁵⁷⁶. Salústio no livro *Bellum Iugurthinum* diz: “Concordia parvae res crescunt, discórdia maximae dilabuntur.”⁵⁷⁷. Este é o espírito deste valor entre os romanos. É a *concordia* o fundamento da possibilidade política de edificar coesão social.

Concordia exprime, em primeiro lugar, uma vontade ativa de concordar, e não um respeito estático dos acordos. Nesse conceito, portanto, é possível vislumbrar um conteúdo dinâmico que pode e deve se adaptar às circunstâncias, mais especificamente, àquelas que hoje seriam definidas como relações de força. É

⁵⁷⁴ CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana Isabel. Dilucidando Conceptos: *pietas* y *caritas*. p. 248.

⁵⁷⁵ “[...] *pietas* é o sentimento que faz reconhecer e realizar todos os deveres que o homem romano tem em relação a tudo o que ama e respeita.”. MIRÓ, Mònica. Emociones, Sentimientos, Experiencias y Procesos Religiosos. In: ARDÈVOL PIERA, Elisenda; MUNILLA CABRILLANA, Glòria (Coord.). **Antropología de la Religión**: una aproximación interdisciplinar a las religiones antiguas e contemporáneas. Barcelona: UOC, 2004. capítulo V. p. 341. Tradução nossa.

⁵⁷⁶ MARQUES, Juliana Bastos. **Tradição e renovações da identidade romana em Tito Lívio e Tácito**. 258 f. Tese (Doutorado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 61.

⁵⁷⁷ “Na concórdia mesmo as pequenas coisas crescem, na discórdia até as maiores desabam.”. SALLUSTIO. **La Guerra Giugurtina**. Milano: Garzanti, 1994. p. 16. Tradução nossa.

o caso dos plebeus que, em origem, estão em posição de desvantagem e exclusão e depois buscam a modificação dessa situação para realizar a *concordia*. Assim, a *concordia* romana não tende ao anulamento das diferenças, mas ao superamento delas⁵⁷⁸.

Um exemplo trazido por Santi refere-se a um momento de discórdia civil entre os patrícios e os plebeus em que os primeiros, para evitar que o conflito entre as classes leve a dissolução do *corpus* cívico, realizam um ato de *concordia* e potenciam o instituto do tribunato da plebe, aumentando o número de tribunos de cinco para dez⁵⁷⁹.

Posteriormente, os plebeus reivindicam seu direito em campo sacerdotal e conseguem uma reforma no colégio de sacerdotes, antes composto por dois patrícios, que passa a ser composto por cinco patrícios e cinco plebeus. Os plebeus passam assim de uma situação de subordinação a um estado de equiparação, de um dever unilateral de respeito para com os patrícios a uma obrigação recíproca de *pietas*⁵⁸⁰.

A nova composição decimal do sacerdócio resolve, de fato, no nível religioso, o nó constitucional da equiparação entre as duas classes, através de uma reformulação do conteúdo da *pietas*, que redefine as relações hierárquicas. A provisão tem um caráter verdadeiramente revolucionário: a partir desse momento, os pedidos de equiparação da classe plebeia não serão mais interpretados como uma ameaça à *pax deorum*⁵⁸¹, mas até mesmo os plebeus serão chamados, em igual medida aos patrícios, para guardar a *pax* e reformulá-la se necessário⁵⁸².

A *concordia* não esgota, mas aumenta seu escopo ideológico durante o Principado e o Dominato: Augusto erege templo em honra de um grupo de

⁵⁷⁸ SANTI, Claudia. I *Viris Sacris Faciundis Tra Concordia Ordinum e Pax Deorum*. p. 179.

⁵⁷⁹ SANTI, Claudia. I *Viris Sacris Faciundis Tra Concordia Ordinum e Pax Deorum*. p. 180.

⁵⁸⁰ SANTI, Claudia. I *Viris Sacris Faciundis Tra Concordia Ordinum e Pax Deorum*. p. 180-181.

⁵⁸¹ “[...] locução que, com seu genitivo subjetivo, significava, antes de tudo, a “paz dada pelos deuses” [...] dessa paz seriam depois decorridos o perdão e a reconciliação que os homens se concediam.”. LICANDRO, Orazio. La *pax deorum* e l'imperatore Augusto (che “iniziò a porre ordine nell'ecumene”). In: PIRO, Isabella (Org.). **Scritti per Alessandro Corbino**. Tricase: Libellula, 2016. v. 4. p. 223-300. p. 228. Tradução nossa.

⁵⁸² SANTI, Claudia. I *Viris Sacris Faciundis Tra Concordia Ordinum e Pax Deorum*. p. 181.

abstrações personificadas composto por *Salus Publica*, *Pax* e *Concordia*; a mesma tríade aparece em uma moeda cunhada por Calígula; também Trajano cunha uma moeda em que aparece a representação da *Concordia* em pé que aperta a mão de *Pax* e com o braço esquerdo segura uma dupla cornucópia, simbolizando a prosperidade que se realiza na união e na superação da contraposição⁵⁸³.

É a ideia da *concordia* que ajuda a explicar a razão pela qual uma grande parte da legislação de direito privado é confiada, na República, aos plebiscitos e não às leis das *comitia*. A oportunidade política sugere isso. Sendo uma questão de amplo interesse, parece preferível fazer expressar-se sobre ela aquela parte da população que é numericamente absolutamente prevalente e, por isso, também é a mais diretamente interessada nas questões em discussão e cujo consentimento é, portanto, essencial para manter alto o nível da *concordia civium* constantemente perseguido⁵⁸⁴.

4.6 VIRTUS

A *virtus* romana está associada com dois significados interconectados: valentia e *areté*. O primeiro é o significado mais primitivo. Em uma sociedade altamente militarizada como a romana, a habilidade física e a coragem, especialmente demonstrada na guerra, permanecem como os elementos centrais da masculinidade durante todo o período republicano e até que o Império estivesse devidamente instaurado. É o valor de seus soldados que rende a Roma a reputação de uma nação feroz e invencível⁵⁸⁵.

O Direito está conectado com a religião e também com a guerra. São duas fenomenologias humanas: o apelo ao transcendente e também a necessidade de autodefesa ou de crescimento. O Direito deve necessariamente estar vinculado à guerra e à religião, ainda hoje é assim. Porém, quando se perde a racionalidade jurídica, a religião se torna opressão e manipulação ideológica e a guerra violência sem fundamento. Este é o problema das religiões e guerras atuais na sua correlação

⁵⁸³ SANTI, Claudia. I *Viris Sacris Faciundis Tra Concordia Ordinum e Pax Deorum*. p. 179.

⁵⁸⁴ CORBINO, Alessandro. Diritto e Ordine Giuridico Nella Visione Romana. In: FATTORI, Sara Corrêa; LOFRANO, Rute Corrêa; SERRETTI, Jorge Luis Nassif Magalhães. **Estudos em Homenagem a Luiz Fabiano Corrêa**. São Paulo: Max Limonad, 2014. p. 17-26. p. 22.

⁵⁸⁵ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 287.

ao Direito, o que também é um problema na história dos romanos e que eles tentaram, com mais ou menos sucesso dependendo do momento, conciliar.

A coragem não é simplesmente uma qualidade dos indivíduos, mas uma qualidade necessária para sustentar o lar ou a comunidade. Honra e glória pertencem ao indivíduo que se destaca em uma batalha ou combate como um reconhecimento concedido por sua casa ou comunidade pelo papel desempenhado na manutenção da ordem pública. Ser corajoso é ser alguém em quem a confiança pode ser colocada. Por isso ser a *valentia* um ingrediente importante em todos aqueles que têm a missão de defender ou conquistar algo, como soldados, governantes, etc. Assim, *virtus* é uma qualidade social⁵⁸⁶.

Porém, a *virtus* nesse espectro não deve ser entendida desassociada de um sentido ético mais amplo. *Valentia* não é algo dado com a masculinidade, mas é uma qualidade da alma, e como tal, é desenvolvida e exercitada por aqueles que escolhem fazê-lo. Masculinidade, militarismo e moralidade aparecem como inseparáveis no pensamento romano, e, portanto, um termo que qualifica qualquer um deles deve estar relacionado aos outros⁵⁸⁷.

O sentido de *valentia* romano é no sentido primário de fortaleza/coragem, que significa, na perspectiva humanista, a capacidade de distinguir o amigo do inimigo, protegendo um e combatendo o outro; a capacidade de defender o núcleo da existência coletiva; a capacidade individual de preservar a própria alma contra ameaças externas ou perversões internas.

A *virtus* é definida pelo poeta romano Caio Lucílio (180 – 102 a.C.) da seguinte maneira:

virtus, Albine, est pretium persolvere verum
quis in versamur, quis vivimus rebus potesse,
virtus est homini scire id quod quaeque habeat res,
virtus scire homini rectum, utile quid sit, honestum,
quae bona, quae mala item, quid inutile, turpe, inhonestum,
virtus, quaerendae finem rei scire modumque,
virtus divitiis pretium persolvere posse,

⁵⁸⁶ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 287-288.

⁵⁸⁷ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 288-289.

virtus, id dare quod re ipsa debetur honori,
 hostem esse atque inimicum hominum morumque malorum,
 contra, defensorem hominum morumque bonorum,
 hos magni facere, his bene velle, his vivere amicum,
 commoda praeterea patriai prima putare,
 deinde parentum, tertia iam postremaque nostra⁵⁸⁸.

Essa definição de Lucílio permite identificar o tamanho da abrangência do termo *virtus*, como uma globalidade de um sistema ético, a identificação daquele que vive corretamente, *virtus* como um viver com excelência, identificando-se, assim, com o segundo significado de *areté*.

Virtus no primeiro significado possui como correspondente na língua grega a palavra *andreia*, que significa coragem; porém, usou-se *virtus* também para traduzir o termo grego *areté*. Balmaceda encontra como explicação o fato de que os romanos não viam grande diferença entre *areté* e *andreia*. Em uma sociedade altamente militarizada como é a romana, a excelência de uma homem se manifesta em sua valentia na guerra. Um possível nexos entre *areté* e *andreia* seria que na guerra se demonstra coragem e valor (*andreia*) e, assim, demonstra-se possuir a excelência própria do homem (*areté*), também de acordo com o código de conduta ética da nobreza. As guerras expansionistas deram boas oportunidades aos romanos de mostrar a virilidade, a valentia e a excelência própria do homem⁵⁸⁹.

Destaca-se que estas guerras tinham também propósitos elevados, espalharam mais civilização a terras longínquas. Ainda é possível encontrar a prova, por meio da arquitetura histórica, dessa expansão civilizatória romana por toda a Europa com seus teatros, termas, aquedutos e demais construções, por meio das

⁵⁸⁸ “*virtus*, Albino, é poder atribuir o preço certo para as coisas, entre as quais nos encontramos e entre as quais vivemos, *virtus* é saber o que cada coisa vale para o homem, *virtus* é saber o que para o homem é justo, útil, honesto, e então quais são as coisas boas, quais são ruins, o que é inútil, feio, desonesto, *virtus* é saber como colocar um termo, um limite para ganhar, *virtus* é poder atribuir riqueza ao seu verdadeiro valor, *virtus* é dar honras a quem realmente se deve, ser um inimigo e um adversário dos homens e dos maus costumes, defensor em vez dos bons homens e costumes, a estes estimar, a estes querer bem, a estes viver amigo, também colocar o bem do país em primeiro lugar, depois o dos pais, em terceiro e último o nosso.” LUCILII, C. **Carminum Reliquiae**. Lipsiae: in aedibus B.G. Teubneri, 1904. v. 1. p. 91-92. Tradução nossa.

⁵⁸⁹ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 287, 291-292.

quais implementavam mais bem-estar. Também era uma questão de se fortalecer para se proteger. Também há relatos de violência desmedida, mas isso já reflete a parte decadente apontada por historiadores como Tito Lívio e Maquiavel. O propósito central não era a morte nem a destruição. Quando a morte e a destruição se tornam preponderantes, Roma sofre forte reveses.

Os gregos originalmente entendiam *areté* como excelência, algo que dava a uma criatura viva a capacidade de executar sua própria função perfeitamente. Nos poemas homéricos, *areté* é usada para a excelência de qualquer tipo: um corredor mostrava a *areté* de seus pés, e também cavalos podiam superar outros cavalos em *areté*. Durante o século V a.C., os sofistas e Sócrates trazem para o centro da discussão alguns conceitos morais centrais e começam a entender *areté* com uma carga mais ética, significando não apenas excelência, mas principalmente excelência moral⁵⁹⁰.

Quando a língua grega se expande mais através de Roma – sécs. III a II a.C. - o termo *areté* já tinha um significado mais amplo; portanto, a palavra grega também influencia o uso de *virtus* para indicar excelência e, em particular, excelência moral⁵⁹¹.

Exemplificando, o rei de Epiro Pirro fala sobre seu inimigo, o general romano Fabrício, que este general não se deixou corromper nem vencer em batalha: *Difficilius ab honestate quam sol a cursu suo averti potest*⁵⁹². A virtude cria esta sólida centralidade nos acertos, sem trair a própria missão ou projeto de vida.

Virtus é um termo originalmente relacionado com a *nobilitas*⁵⁹³. A *nobilitas* republicana expressa seu ideal no conceito de *virtus*. Esperava-se que o aristocrata romano mostrasse bravura e sabedoria (*virtus et ingenium*) que eram vistos como as qualidades mais importantes e necessárias para um general ou um magistrado. Eles

⁵⁹⁰ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 292.

⁵⁹¹ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 292.

⁵⁹² “É mais dificilmente distanciado da honestidade que o sol do seu curso.”. EUTROPIO. **Breviario di storia romana**. Modena: Avia Pervia, 1997. p. 24. Tradução nossa.

⁵⁹³ “O velho patriciado dos primeiros tempos da República evoluiu para a *nobilitas* patricio-plebeia, que conservou sempre o aspecto aristocrático, interessada em ressaltar a tradição das famílias nobres. O jovem nobre aprende o respeito pela tradição romana, mas também as tradições da sua própria família [...]”. CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. p. 274.

também são entendidos como os únicos dois caminhos para alcançar a verdadeira glória. Glória e honra são os prêmios de *virtus* pelo serviço público do Estado⁵⁹⁴.

Mas esse ideal aristocrático começa gradualmente a mudar a ênfase. No início do século II a.C., a nobreza é seriamente atacada pelo abandono de seus padrões morais públicos e privados. O acento se colocava cada vez mais no fato de que a verdadeira honra e glória não vem com nascimento ou sangue, mas através de boas ações, e a *virtus* começa a aparecer como independente ou desconectada da *nobilitas* de sangue. A glória dos antepassados era agora um suporte fraco para a afirmação da posse de *virtus*. O que realmente importa são as conquistas e a moral pessoal do indivíduo⁵⁹⁵.

Assim se pronuncia Cícero:

I will stir you up, O young men, especially you who are of noble birth, to the imitation of your ancestors and I will exhort you who have the opportunity of arriving at high rank by the exercise of genius and virtue to adopt that line of conduct by which many new men⁵⁹⁶ have become crowned with honour and glory⁵⁹⁷.

Neste discurso, Cícero diferencia dois tipos de *nobilitas*: aquelas obtidas por sangue e aquelas obtidas por meio da *virtus*. Ser virtuoso depende de si mesmo, está relacionado à liberdade pessoal e às próprias decisões, não é algo dado pelos deuses ou herdado. É por isso que se torna a principal característica do *homo novus*, o homem que faz a si mesmo, que não deve sua nobreza nem aos deuses

⁵⁹⁴ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 299.

⁵⁹⁵ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 299.

⁵⁹⁶ “O termo *novus homo* (também *homo novus*) era estritamente aplicado a um cônsul de família equestre [...], mas em geral foi também usado mais amplamente para incluir homens de antecedente senatorial que foram os primeiros a obter o consulado em suas famílias. Cícero usa o termo para aqueles equestres que foram os primeiros a ocupar cargos políticos e, assim, entrar no senado [...] assim como para equestres que obtiveram o consulado [...] O sentido geral é de ‘forasteiros’ (equestres) entrando no sistema político.”. DILLON, Matthew; GARLAND, Lynda. **Ancient Rome: From the Early Republic to the Assassination of Julius Caesar**. London; New York: Routledge, 2005. p. 455. Tradução nossa.

⁵⁹⁷ “Vou incitá-los, ó jovens homens, especialmente vocês que são de nascimento nobre, à imitação de seus antepassados, e eu vou exortar vocês que têm a oportunidade de chegar ao alto escalão pelo exercício do gênio e da virtude à adotar essa linha de conduta pela qual muitos homens novos se tornaram coroados de honra e glória.”. CICERO, M. Tullius. **The Orations of Marcus Tullius Cicero**. London: George Bell & Sons, 1891. p. 136. Tradução nossa.

nem aos seus pais⁵⁹⁸.

A diferença entre nobreza de sangue e nobreza de alma vem até mesmo antes de Cícero e dos romanos, podendo ser encontradas nos gregos e em outras civilizações, é um sabedoria proverbial, um *topos* da literatura antiga e da *humanitas* romana.

Virtus relaciona-se à República romana de maneira indissolúvel. Seus heróis nacionais têm de se destacar por sua *virtus* e a tradição deve ser preservada e estimulada. Esta é a tarefa que buscam os historiadores romanos (como Lívio e Salústio). Na aproximação do colapso final do sistema republicano e do estabelecimento da ordem imperial, é possível perceber como os romanos estavam mais conscientes da necessidade de justificar e definir o que eles pensavam ser a essência da romanidade e sua qualidade principal: a *virtus*⁵⁹⁹.

Por fim, a *virtus* romana, em seu lado cooperativo, está relacionada à função social do homem, servindo principalmente à comunidade ou ao Estado. Ao mesmo tempo, a *virtus* romana é também competitiva no desafio de superar em excelência não apenas os outros, mas também a própria natureza. Esses dois aspectos, juntos, contribuem para a compreensão do que o homem romano faz e é⁶⁰⁰. Assim, *virtus* é a premissa para alguém ser jurista, sem *virtus* é impossível jurisprudência.

4.7 HUMANITAS

A palavra *humanitas* é uma criação romana; não há palavra grega que lhe corresponda⁶⁰¹. Essa palavra, na época, busca expressar a dignidade e a grandeza

⁵⁹⁸ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 299-300.

⁵⁹⁹ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 302.

⁶⁰⁰ BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. p. 303.

⁶⁰¹ “[...] muito embora a palavra **humanitas** seja genuinamente latina, não sendo a tradução de um vocábulo grego, a atitude mental indicada por ela não é uma invenção romana, e sim grega, digamos mais especificamente ática, que remonta ao século IV antes de Cristo. É uma espécie de humanismo helenístico, e não helênico no sentido clássico da palavra; se bem que suas raízes históricas se alonguem ao século de Péricles, a **humanitas** só chegou a fase adulta e uma existência inconfundível na época helenística.”. BESSELAAR, José Van Den. *Humanitas Romana*. **Revista de História**, São Paulo, v. 31, n. 64, p. 265-286, dez. 1965. p. 274. Grifo do autor. É a já destacada influência da filosofia grega que ajuda a moldar a racionalidade humanista romana e mais um indício da força perene desses valores.

da personalidade do homem, aquilo que o distingue de todos os outros seres da Terra. Esse valor peculiar da personalidade humana torna necessário ao homem cultivar sua personalidade, educar-se, mas também respeitar e apoiar a personalidade dos outros, quem reconhece e cumpre esses deveres não é apenas chamado de ser humano, ele é *humanus*. Assim, o conceito de *humanitas* compreende educação moral e intelectual, mas também gentileza, bondade e simpatia, a restrição de sua própria vontade, consideração pelos outros; significa que os próprios direitos e a própria vantagem não são implacavelmente perseguidos, que alguém está disposto a renunciar a algo em consideração pela outra pessoa em questão⁶⁰².

Como destaca Besselaar, com a consolidação da *humanitas* romana, a dignidade e a nobreza do homem, enquanto homem, tornam-se princípios fundamentais que devem presidir e orientar toda a atividade humana⁶⁰³.

Símbolo da *humanitas* romana é a frase do comediógrafo Terêncio: “Homo sum: humani nihil a me alienum puto.”⁶⁰⁴. Tal frase causou impacto na antiguidade, adquirindo um significado de solidariedade humana: todos os homens devem sentir-se solidários uns com os outros⁶⁰⁵.

Cícero também aplicou tal frase dentro do Direito, pronunciando-se:

Assim, chegamos à conclusão de que a Natureza nos criou para que participássemos todos do Direito e o possuíssemos em comum. Tal é o sentido que neste discurso atribuo ao Direito, quando afirmo que se baseia na Natureza; mas, tamanha é a corrupção proveniente dos maus costumes, que destrói o que poderíamos chamar de lampejos que nos foram dados pela Natureza, fomentando e reforçando os vícios contrários. Se os homens ajustassem seus pensamentos à Natureza e confirmassem o dito do poeta de que “nada humano lhes é estranho”, todos respeitariam igualmente o Direito. Assim, os que receberam a razão e conseqüentemente a Lei, que nada mais é que a justa razão no campo das concessões e

⁶⁰² SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 189-190.

⁶⁰³ BESSELAAR, José Van Den. *Humanitas Romana*. p. 275.

⁶⁰⁴ “Sou homem: nada humano considero a mim estranho.”. TERENTIUS AFER, Publius. **The Self-Tormentor**: with more english songs from foreign tongues. New York: Charles Scribner's Sons, 1885. p. 25. Tradução nossa.

⁶⁰⁵ BESSELAAR, José Van Den. *Humanitas Romana*. p. 273.

das proibições. E se recebam a Lei, também receberam o Direito. Agora, como a razão foi dada a todos, temos como resultante que todos receberam o Direito⁶⁰⁶.

Essa *humanitas* que conecta todas as pessoas leva ao desenvolvimento de uma racionalidade jurídica aplicável a qualquer povo, a um Direito proveniente da natureza humana, passível de ser encontrado pela razão, porém tal possibilidade encontra-se bloqueada pela corrupção, pelo enfraquecimento da moral, por isso a importância de um sistema ético perene e forte por detrás de uma racionalidade jurídica humanista necessária no atual contexto transnacional.

Também Sêneca em suas *Cartas a Lucílio* cita a frase de Terêncio em um contexto humanista: “Ille versus et in pectore et in ore sit: homo sum, humani nihil a me alienum puto. Ita habeamus: in commune natis sumus. Societas nostra lapidum fornicationi simillima est, quae, casura nisi in vicem obstarent, hoc ipso sustinetur.”⁶⁰⁷.

Para Sêneca, esse sentimento humanista é tradução de um instinto inato de natureza de ajudar ao próximo, e a sociedade só se mantém de pé enquanto esse fato ocorre. De fato, as fortes quedas que a sociedade romana enfrenta, inclusive a queda da República, como resultado da exaltada decadência moral, é também nos seus efeitos um individualismo e uma ganância própria em detrimento do bem comum da *res publica*. Sem o suporte da coesão social, sem a *concordia*, a crise assola a *civitas*.

Esse senso de solidariedade continua aparecendo em muitos clássicos romanos, como no poeta Juvenal, que afirma em suas *Sátiras*:

Mundi principio indulsit communis conditor illis tantum animas,
nobis animum quoque, mutuus ut nos adfectus petere auxilium
et praestare iuberet, dispersos trahere in populum, migrare
vetusto de nemore et proavis habitatas linquere silvas,

⁶⁰⁶ CÍCERO, M. Túlio. **Das Leis**. São Paulo: Cultrix, 1967. 46.

⁶⁰⁷ “Está sempre no coração e nos lábios aquele famoso verso: sou homem, e nada de humano considero a mim estranho. Estamos bem convencidos dessa verdade: nascemos para viver ajudando um ao outro. A nossa sociedade é muito semelhante a uma abóbada de pedras, que se mantém precisamente porque as pedras se sustentam uma nas outras e de outra forma cairia.”. SENECA, Lucio Anneo. **Lettere a Lucilio**. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1995. p. 752-753. Tradução nossa do italiano.

aedificare domos, laribus coniungere nostris tectum aliud, tutos vicino limine somnos ut conlata daret fiducia, protegere armis lapsum aut ingenti nutantem volnere civem, communi dare signa tuba, defendier isdem turribus atque una portarum clave teneri⁶⁰⁸.

Juvenal diferencia a vida dos demais seres vivos comparados com a dos humanos, que possuem, além do sopro vital, também uma alma, e a consequência de tê-la, é desenvolver afeto mútuo, que leva os homens a saírem da vida na selva e se organizarem em sociedade, onde podem se ajudar. Ou seja, é o próprio senso de solidariedade, da *humanitas* que existe em todos, que reside a base da sociedade.

Dissertando sobre a *humanitas*, Biondi afirma:

Procedendo dalla *humanitas*, il pensiero filosofico e giuridico è orientato verso concezioni sempre più alte. [...] Queste concezioni hanno ripercussione nella sfera politica e giuridica, per quel tanto che possono avere realizzazione, come giuristi di ogni parte del mondo contribuiscono allo sviluppo del diritto, senza alcuna pregiudiziale nazionalistica.⁶⁰⁹

A concepção de *humanitas* dos romanos faz com que se pense na dignidade dos homens independente de nacionalidade, uma concepção provavelmente de influência estoica, permitindo que Roma mantenha uma troca de influências e aproveitamentos com outras nações que permite desenvolvimento de todos os envolvidos em diversas áreas, incluindo na jurídica.

Como destaca Schulz, a prática grega e oriental de destruir inimigos derrotados, matando os habitantes ou vendendo-os como escravos, cortando e queimando seus assentamentos, não agrada aos romanos. Uma vez conquistada a

⁶⁰⁸ “Na origem do mundo, o criador de cada coisa doou a eles somente o sopro vital, e a nós, em vez disso, também uma alma, de modo que um afeto mútuo nos levasse a procurar e fornecer ajuda, a reunir os homens dispersos em sociedade, a afastá-los da antigüíssima floresta e a abandonar as selvas habitadas por nossos antepassados, a construir casas, a juntar outro teto à nossa habitação, para que a confiança mútua tornasse o sono mais seguro pela proximidade dos limiares, a proteger com armas um cidadão caído ou vacilante por uma ferida profunda, a dar os sinais com uma trombeta comum a todos, a defendermo-nos com as mesmas torres e a munir-nos com portas fechadas por uma única chave.”. GIOVENALE. **Satire**. Milano: Oscar Mondadori, 2011. p. 240-241. Tradução nossa do italiano.

⁶⁰⁹ “Prosseguindo da *humanitas*, o pensamento filosófico e jurídico é orientado para conceitos cada vez mais elevados. [...] Essas concepções têm repercussões na esfera política e jurídica, tanto quanto podem ter efetivação, já que juristas de todo o mundo contribuem para o desenvolvimento da lei, sem qualquer preconceito nacionalista.”. BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 38. Tradução nossa.

vitória, que para ser alcançada nenhuma misericórdia é mostrada, o objetivo dos romanos é incorporar a nova terra e seus habitantes ao Império Romano. Os peregrinos, portanto, são autorizados a manter sua terra, sua lei e, de fato ou de direito, seu próprio autogoverno⁶¹⁰.

Claro que essa concepção de *humanitas* no sentido de conexão entre todos os homens sem distinção não reflete uma sociedade igualitária, o que Roma certamente não era, mas no plano ético a *humanitas* de fato gerou muitos frutos, conforme essa mentalidade foi se desenvolvendo, as relações entre homens e mulheres, romanos e estrangeiros, senhores e escravos, foram se humanizando. A *humanitas*, dessa forma, significa a atenuação do rigor absolutista dos tempos primitivos, em que o homem não devia sua dignidade pelo fato de ser homem, mas do lugar que ocupava dentro de uma sociedade rigorosamente hierárquica⁶¹¹.

Devido à *humanitas*, os romanos tornaram-se mais relativistas nas suas relações inter-humanas, começando a abrir-se aos valores autênticos que outras pessoas tinham, prescindindo-se da sua posição social ou da sua nacionalidade. Assim, *humanitas* não é um programa social ou político, mas uma obrigação moral do indivíduo⁶¹².

Além disso, o direito privado romano é influenciado pela concepção de *humanitas* em inúmeras questões específicas; ele se torna gradualmente adaptado às exigências da humanidade, tais como: consideração pelos outros, com exercício misericordioso de seus direitos; prestar ajuda aos pobres e aos fracos; não apelar para os rigores da lei, mas temperar a justiça com misericórdia; não definir valores em palavras e formas, mas ser guiado pelo seu conteúdo e significado⁶¹³.

Casavola traz como exemplo a liberdade matrimonial. Esse costume, por exemplo, impede que se pactue a proibição do divórcio e faz de um elemento psicológico como a *affectio maritalis*⁶¹⁴ o único elo essencial do casamento, tornando

⁶¹⁰ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 213.

⁶¹¹ BESSELAAR, José Van Den. *Humanitas Romana*. p. 276-277.

⁶¹² BESSELAAR, José Van Den. *Humanitas Romana*. p. 277.

⁶¹³ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 209-210.

⁶¹⁴ “[...] elemento subjetivo que consiste na intenção, no propósito de amor recíproco e perpétuo [...]”. FILARDI, Antônio Luiz. **Noções de Direito Romano**. 2. ed. São Paulo: Guarulhos, 1985. p. 64-65.

irrelevante a natureza física da cópula⁶¹⁵.

Como destacado, a *humanitas* é relacionada com a ideia de dignidade da vida humana, assim é intrinsecamente conectada com outro importante valor romano, o da *dignitas*.

4.8 DIGNITAS

Na tradição romana, *dignitas* tem um significado monolítico que inclui em si tudo aquilo que *debet* (o que deve ser feito e o que é legítimo e decoroso fazer), definido, acima de tudo, na esfera social e política. Além disso, não há distinção clara entre *dignitas* como uma tarefa política em si e *dignitas* como as qualidades morais pressupostas para o justo cumprimento desta tarefa⁶¹⁶.

Mas a *dignitas* também é usada em sentido individual, como pode-se perceber nessa passagem de Cícero em seu *De Officiis*:

Anzi, sol che vogliamo riflettere un poco sopra l'eccellenza e la dignità della natura umana, comprenderemo quanto sia turpe una vita che nuota nel lusso e si sprofonda nelle mollezze, e per contro quanto sia bella una vita modesta e frugale, austera e sobria⁶¹⁷.

Porém, como destaca Minkova, o homem de Cícero não existe fora dessa *societas hominum et communitas*, e por toda parte de sua obra é possível constatar como não há dissociação entre dignidade individual e social⁶¹⁸. Como, por exemplo, na mesma obra:

Dunque, che un uomo sottragga qualcosa ad un altro e aumenti il proprio vantaggio con lo svantaggio di un altro è contro natura più della morte, della povertà, del dolore e di tutti gli altri mali

⁶¹⁵ “[...] a união dos sexos não precisava ser consumada para que o casamento tivesse existência legal [...]”. NAMUR, P. *Cours d'Institutes et Histoire du Droit Romain*. Bruxelles: Bruylant, 1888. p. 90.

⁶¹⁶ MINKOVA, Milena. Spostamento dei Concetti Politici nel Lessico Cristiano: *dignitas* in Boezio. In: CONVEGNO INTERNAZIONALE, 2004, Cividale del Friuli. *Atti...* Pisa: ETS, 2004. p. 249-257, p. 249.

⁶¹⁷ “De fato, se queremos refletir um pouco sobre a excelência e a dignidade da natureza humana, entenderemos quão vil é uma vida que nada no luxo e se afunda na suavidade, e, por outro lado, como é bela uma vida modesta e frugal, austera e sóbria.”. CICERONE. *De Officiis*. Bologna: Zanichelli, 1969. Tradução nossa.

⁶¹⁸ MINKOVA, Milena. Spostamento dei Concetti Politici nel Lessico Cristiano: *dignitas* in Boezio. p. 251.

che possono accadere al corpo o ai beni esterni: ciò infatti mina alle basi la convivenza umana e la società [...]»⁶¹⁹.

De qualquer forma, *dignitas* é um conceito romano de forma de vida ligado, antes de mais nada, à vida política e marcado por um forte caráter moral. O homem público romano (César, Cícero, Catilina, Pompeu, Bruto, Marco Antônio) luta por sua dignidade. César descreve a Pompeu, antes da guerra civil, que para ele a dignidade foi sempre a primeira e mais cara do que a vida. Marco Antônio se declara disposto a obedecer ao Senado, mas somente se manter sua dignidade⁶²⁰.

Assim, a dignidade romana não é um *status* estático. Como afirma Jahiatt, a *dignitas* está em movimento: pode ser defendida, aumentada, rebaixada, perdida e restituída⁶²¹. Por isso a carreira do homem político romano é uma constante busca de melhoria, de ascensão nos cargos públicos, de glória, de excelência no seu fazer, é uma busca, por toda vida, de *dignitas*.

A *dignitas* está unida a uma moral irrepreensível. Como afirma o político romano Cipião Emiliano: da integridade nasce a dignidade; da dignidade, honra; da honra, o comando; do comando, a liberdade. Além disso, quem possui *dignitas* deve mostrar grandeza e disciplina, deve controlar o emocional, ou seja, deve ter domínio sobre si mesmo, deve abandonar toda leviandade e todo atuar impulsivo. Isso está na consciência do cidadão romano e faz com que ele se sinta superior⁶²².

Assim se pronuncia o historiador romano Salústio, no primeiro parágrafo de sua obra-prima *A Conjuração de Catilina*:

1 Omnis homines, qui sese student praestare ceteris animalibus, summa ope niti decet ne uitam silentio transeant ueluti pecora, quae natura prona atque uentri oboedentia finxit. 2 Sed nostra omnis uis in animo et corpore sita est: animi imperio, corporis seruitio magis utimur: alterum nobis cum dis, alterum cum beluis commune est. 3 Quo mihi rectius esse

⁶¹⁹ “Portanto, que um homem tire algo de outro e aumente sua vantagem com a desvantagem de outro é mais contra a natureza do que a morte, a pobreza, a dor e todos os outros males que podem acontecer ao corpo ou bens externos: na verdade, isso prejudica a coexistência humana e a sociedade: [...]”. CICERONE. **De Officiis**. Tradução nossa.

⁶²⁰ CHUAQUI JAHATT, Benedicto. El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. Estudio de Viktor Pöschel. p. 2.

⁶²¹ CHUAQUI JAHATT, Benedicto. El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. p. 4.

⁶²² CHUAQUI JAHATT, Benedicto. El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. p. 4-5.

uidetur ingeni quam uirium opibus gloriam quaerere et, quoniam uita ipsa qua fruimur breuis est, memoriam nostri quam maxime longam efficere. 4 Nam diuitiarum et formae gloria fluxa atque fragilis est, uirtus clara aeternaque habetur 5 Sed diu magnum inter mortalis certamen fuit, uine corporis an uirtute animi res militaris magis procederet. 6 Nam et prius quam incipias consulto et ubi consulueris mature facto opus ets. 7 Ita utrumque per se in digens alterum alterius auxilio eget⁶²³.

Salústio exalta a construção digna do homem como única maneira de diferenciá-lo dos demais animais que vivem basicamente para seu estômago, ou seja, para uma atuação puramente biológica. De acordo com Salústio, o homem é composto de alma e corpo e enquanto a alma os homens têm em comum com os deuses, o corpo têm em comum com os brutos, com os animais. Assim, é a alma que deve comandar o corpo e não o contrário, e à alma correspondem as faculdades do espírito, as que garantem a verdadeira glória, aquela eterna, a que deixa marcas na história, mais que as forças corporais e o que se relaciona, como a riqueza e a beleza. O corpo é de fundamental importância, mas como executor do intelecto. Mesmo o êxito militar depende primeiramente de uma reflexão adequada. Para os romanos, a questão militar é ligada a um ideal elevado como a dignidade. A guerra é parte do cotidiano da sociedade daquela época, diferente da atualidade. Mesmo dentro da pior contradição, que é a guerra, o gênio humano conseguia demonstrar a correlação com a *humanitas*. Enfim, é a *dignitas* do homem que constrói sua glória e o diferencia de um mero animal.

A relação da *dignitas* com a alma que conecta o homem aos deuses está presente também em Cícero:

⁶²³ “1 Todos os homens que anseiam avantajarem-se os demais animais devem procurar com sumo empenho que não transcorram suas vidas obscuramente como as das bestas, que a natureza criou curvadas para a terra e escravas de seu estômago. 2 Por outro lado, todas as nossas energias residem na alma e no corpo, servindo-nos a primeiro para mandar e o segundo mais para obedecer: aquela nos é comum com os deuses e este com os brutos. 3 Por isso, parece-me muito melhor buscar a glória mais com as faculdades do espírito que com as forças corporais, e como esta vida mortal de que gozamos é breve, deixemos até onde está ao nosso alcance grande memória nossa. 4 O brilho das riquezas e da beleza é, com efeito, fugaz e frágil, enquanto a luz do verdadeiro mérito é uma possessão gloriosa e eterna. 5 Durante muito tempo foi entre os mortais motivo de grandes discussões se a força do corpo contribuía mais que o valor do intelecto aos êxitos militares, 6 porque, de fato, antes de empreender uma empresa, impõe-se a reflexão, e depois de haver refletido, realiza-se a execução imediata; e assim resulta que alma e corpo, insuficientes em si mesmos, necessitam de concurso mútuo.” SALUSTIO. **Conjuración de Catilina**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. p. 1. Tradução nossa do espanhol.

[...] o amor à sabedoria é, segundo os gregos, aquela filosofia que constitui o dom mais fecundo, mais brilhante e mais alto dado aos homens pelos deuses imortais. Pois só ela nos ensinou, juntamente com os demais conhecimentos, o mais difícil de todos: o de nós mesmos; e a regra que o prescreve tem um significado tão profundo, que não foi atribuída a um homem qualquer, mas ao deus de Delfos. Pois aquele que conhece a si mesmo começará por sentir-se de posse de algo divino; conceberá sua própria natureza como uma imagem consagrada, agindo e pensando sempre de um modo digno de tantos favores divinos; e quando se examinar a si mesmo, por inteiro, descobrirá todos os dons que lhe deu a Natureza ao nascer e todos os instrumentos de que dispõe para obter e alcançar a sabedoria. Pois desde o princípio formou em sua mente conceitos das coisas que estavam como que obscurecidas; mas depois de esclarecê-los, sob a orientação da sabedoria, compreende que nasceu para ser homem bom e, por isso mesmo, homem feliz. Com efeito, quando o espírito houver conhecido e percebido as virtudes, repudiando sua dependência e sua complacência referente ao corpo, quando houver eliminado o prazer como mancha de desonra, dominando todo o temor, até à morte e ao sofrimento, quando houver formado uma sociedade de amor com os seus, considerando seus todos os que lhe estão unidos pela Natureza; quando houver adotado o culto dos deuses e a religião pura, aperfeiçoando a visão e a mente para escolher o bem e afastar o mal (virtude que se chama prudência por sua relação com o prever), como considerar um ser mais feliz que o homem?⁶²⁴

Em Cícero, a alma não é somente divina, mas interligada à ideia de reconhecimento de si mesmo da filosofia grega; conhecer a si mesmo e ver o divino que há em si, é pautar suas ações conforme uma moral divina, é alcançar a sabedoria e, em última instância, alcançar a felicidade. Como diz Jahiatt: “Reconhecimento de si mesmo é reconhecimento do *divino em nós* [...] A ação moral se orienta, assim, segundo o divino em nós.”⁶²⁵.

Relacionado com a *dignitas* está o *decorum*, que é o regulador em todas as áreas da vida e dá forma ao núcleo da cultura romana. Tudo o que prejudica o *decorum*, tudo o que suprime a consideração do próximo, a sua dignidade, tudo que é carente de tato, de bom gosto, tudo o que é exagerado, artificial, agressivo, baixo,

⁶²⁴ CÍCERO, M. Túlio. **Das Leis**. p. 56-57.

⁶²⁵ CHUAQUI JAHIATT, Benedicto. El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. p. 6. Tradução nossa.

malicioso, contradiz a dignidade romana. A *dignitas* exige, antes de mais nada, manter a reta medida⁶²⁶.

A principal condição para adquirir dignidade é a ação política, o pertencimento ao Senado, junto à integridade moral. É no conceito de *dignitas* que cada posição política e social superior encontra sua mais clara expressão, o que é distintivo do caráter aristocrático da sociedade romana. Mas a união indissolúvel dessa *dignitas* de selo aristocrático com a *res publica* mostra que o direito ao poder manifestado nesse conceito é limitado: há, pelo menos em teoria, um equilíbrio entre o direito ao poder da pessoa e o da comunidade. A dignidade do indivíduo encontra seu limite na liberdade do outro. E, por outro lado, esse direito da pessoa não pode ser separado do dever. A dignidade obriga, e quanto maior o seu grau, maior o dever⁶²⁷.

4.9 AEQUITAS

A ideia de equidade do Direito Romano é inspirada pela concepção de Aristóteles, que em sua obra *Ética a Nicômaco*, explica que aquilo que é equitativo é justo, mas não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disso é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal correta. Ou seja, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido por essa declaração universal, é justo corrigir a omissão, de forma a dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso. Essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade⁶²⁸.

A lei geral não compreende a complexidade da existência humana, e há hipóteses em que a lei geral, por melhor que seja, não alcançará a melhor solução devido a essa complexidade. Para usar um exemplo contemporâneo, pode-se citar a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF que autorizou o aborto de

⁶²⁶ CHUAQUI JAHATT, Benedicto. El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. p. 5.

⁶²⁷ CHUAQUI JAHATT, Benedicto. El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. p. 3.

⁶²⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 136.

anencéfalo⁶²⁹. O Código Penal proíbe esse tipo de aborto, porém não havia ultrassom na época em que foi criado (1940), assim, o magistrado deve ser sensível diante da peculiaridade do caso de uma gestação de um anencéfalo, para ser justo, não aplicar a lei, e sim sua prudência, sua razão prática, ou seja, deve ser equânime e permitir o aborto neste caso. A equidade assim não toma por critério a lei, toma por critério a elementar racionalidade jurídica.

A equidade domina todo o campo do Direito Romano e constitui a sua essência⁶³⁰, cumprindo a função de estabelecer as condições e limites do operar do indivíduo, que na consciência do povo são os mesmos para todos, tendo em conta as razões de cada um e a relação com os outros⁶³¹.

Na linguagem atual, as palavras que melhor exprimem a ideia de equidade para os romanos são justiça e justo, indicando o escopo do Direito e não a mera legalidade⁶³². Para Lombardi, equidade também pode ser entendida como reconciliação de interesses, equilíbrio entre as posições, não somente patrimoniais, em contraste⁶³³.

A equidade romana é a justiça do caso concreto, não aquela dos códigos e das leis, mas sugerida da consciência social⁶³⁴. A justiça dos romanos é concebida como uma entidade não ideal e abstrata, mas concreta e realizável, não utópica, mas humana⁶³⁵.

Para os juristas romanos, a equidade não é fonte do Direito, apresenta-se mais como corretivo da lei, inspiração legislativa e jurisprudencial voltada a resolver a inevitável abstração, imperfeição e até mesmo injustiça da aplicação estrita da lei⁶³⁶. A equidade romana era usada para corrigir ou expandir o corpo legal existente

⁶²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, 13 de abril de 2012.

⁶³⁰ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 191.

⁶³¹ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 6-7.

⁶³² BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 7; FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 246.

⁶³³ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 28.

⁶³⁴ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 187-188.

⁶³⁵ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 189.

⁶³⁶ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 187-188.

para que pudesse ser conciliado com as demandas da vida social e comercial⁶³⁷.

O próprio poder discricionário do magistrado, que o permite corrigir e contrapor-se ao *ius civile*, é concebido precisamente como fundado sobre a equidade, que constitui o esquema operativo que induz o jurista/intérprete de propor soluções iguais para casos semelhantes e soluções diferentes a casos compostos de elementos diversos. A equidade funciona como uma categoria técnica da interpretação que permite aos juristas qualificar, avaliar e distinguir os elementos relevantes dos casos concretos⁶³⁸.

A conexão entre a afirmação do método jurisprudencial como um método racional baseado em casos concretos e a relevância que a *aequitas* vem a assumir na ordem jurídica romana pode ser vista no fato de que os jurisconsultos se veem obrigados a usar em suas soluções princípios legais que nem sempre estão presentes no *ius civile*: quando os juristas do início da era republicana formulam um princípio generalizado, originário da determinação do *ius civile*, esse princípio é considerado normativo; mas na República tardia os juristas operam sobretudo na solução de casos em que se determina em concreto a *aequitas*, entendida primeiramente como solução do caso singular que, mesmo contra a aplicação rigorosa do *ius civile*, reflete a avaliação social, mas que posteriormente tende a se generalizar em uma série de princípios pelos quais a ordem jurídica é agora tecida (tanto através do *ius honorarium* quanto através da *interpretatio*). Para serem utilizados estes princípios, justamente por serem de origem casuística, pressupõem a avaliação crítica do técnico. Por um lado, portanto, a *aequitas* tende a objetivar-se no edito do pretor, mas, por outro, permanece elemento interno da interpretação⁶³⁹.

Assim, o Direito não é concebido pelos romanos como simples imposição ou sistema racional, isto é, sob o perfil da autoridade ou da razão. Certamente existe um comando e uma coerção que diferenciam o Direito de um simples conselho ou pura doutrina, também não falta a razão, mas tudo em função da justiça⁶⁴⁰.

⁶³⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 122.

⁶³⁸ VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale**: ricerche. p. 7, 237.

⁶³⁹ VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale**: ricerche. p. 13.

⁶⁴⁰ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 188.

4.10 FIDES E BONA FIDES

Fides, nos tempos arcaicos de Roma, é entendida como aderência a palavra, manter a palavra. Fidelidade significa estar obrigado pela sua palavra. Os romanos eram orgulhosos de sua fidelidade. Ser fiel é um dos seus princípios de vida padrões. A *fides* demanda que o indivíduo cumpra com sua palavra, independente da forma que ela foi proferida⁶⁴¹.

Na época da República tardia, a fidelidade implica não somente manter a palavra dada, mas assume um grau de maior complexidade, mudando profundamente seu significado substancial, no sentido de exigir daqueles que realizam um contrato a observância de um comportamento inspirado em um padrão de lealdade e honestidade, ou seja, funciona como fundamento de conduta devida, inserindo deveres que resultam exigíveis mesmo que não explicitados pelos contratantes⁶⁴².

Já a chamada boa-fé (*bona fides*) é um conceito puramente jurídico⁶⁴³, e é aquela normal, humana, medida pela prática diária da vida, pelo senso moral da sociedade, remetida de tempos em tempos ao apreçamento do magistrado, partícipe e intérprete desse sentimento. O Direito assume a boa-fé ética e social, sem alterar seu caráter e pressupostos⁶⁴⁴.

Importante o destaque de Villarreal de que no âmbito processual não é suficiente referir-se a simples *fides*, enquanto essa é entendida como uma qualidade moral do indivíduo e, por isso, diversa de uma pessoa para outra. Transcendendo a *fides* ao plano judicial, deve-se abstrair a capacidade de uma pessoa em particular e tipificar a *fides* de forma a alcançar a objetividade necessária no plano da valoração

⁶⁴¹ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 223-224.

⁶⁴² FACCO, Javier Humberto. *Oportere ex fide bona*: Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 24, p. 17-41, jan./jun. 2013. p. 39.

⁶⁴³ SENN, Pierre Daniel. Buona fede nel diritto romano. *In*: ACADEMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ; ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO COMPARATO. **DIGESTO delle Discipline Privatistiche**: Sezione Civile. 4. ed. Torino: UTET, 1988. v. 2. p. 129-133. p. 131.

⁶⁴⁴ BONFANTE, Pietro. Essenza della *bona fides* e suo rapporto colla teoria dell'errore. **Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano**, Roma, a. 6, f. 3-4, p. 86-118, 1893. p. 104, 112.

judicial⁶⁴⁵.

Característica essencial da fidelidade jurídica romana é a natureza estritamente vinculativa de um contrato de compromisso acordado. O contrato concluído é obrigatório e o descumprimento unilateral de um contrato, em princípio⁶⁴⁶, não é possível⁶⁴⁷. Mas o princípio da boa-fé vai muito além. Antes da introdução desse princípio, o magistrado limitava-se a determinar se o interesse alegado, sob o processo formulário, existe ou não. Depois de sua introdução, o magistrado começa a considerar a relação entre as partes, isto é, a boa-fé impõe levar em consideração o interesse do adversário; seu oposto é o dolo⁶⁴⁸ (no seu significado de engano ou insídia). Isso acontece sob os auspícios de um sistema de valor geral, no sentido de que o excessivo formalismo procedimental é quebrado⁶⁴⁹.

Como destaca Dajczak, a introdução da boa-fé no âmbito jurídico serve para aumentar o campo de liberdade na avaliação dos casos concretos, assim, a boa-fé é ligada à convicção romana do importante papel do magistrado que a aplica. Como não necessariamente o pretor ou o juiz são juristas, também os jurisconsultos têm papel importante ao indicar as consequências legais da boa-fé⁶⁵⁰.

A tutela jurídica fundada sobre a boa-fé dos romanos, mostrando-se sensíveis a uma realidade complexa, é suficientemente dúctil para amoldar-se aos distintos tipos de negócios. Os termos *quidquid dare facere oportet ex fide bona*

⁶⁴⁵ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. **La buena fe en el derecho romano**: extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010. p. 116.

⁶⁴⁶ A possibilidade ou não de rescisão de um contrato é algo bastante mutável na história, porém, a ideia de que todos devam estipular contratos baseados na *fides* é universal.

⁶⁴⁷ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 225-226.

⁶⁴⁸ O dolo é definido pelo jurista romano Labeón como toda malícia, engano ou maquinação para valer-se da ignorância de outro, enganá-lo ou defraudá-lo. ULPIANUS. *Ad edictum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I. p. 184.

⁶⁴⁹ SCHERMAIER, Martin Josef. *Bona fides in Roman contract law*. In: ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (Ed.). **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University, 2000. p. 63-92. p. 84; LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 28; FACCO, Javier Humberto. *Oportere ex fide bona: Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana*. p. 39.

⁶⁵⁰ DAJCAK, Wojciech. La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano. In: GAROFALO, Luigi (Org.). **Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea**: Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Padova: CEDAM, 2003. v. 1. p. 409-427. p. 414-415.

presentes na *intentio* da fórmula das ações de boa-fé implica que esta última possui um caráter casuístico e uma dimensão relativa. Seu significado e alcance só podem ser identificados a partir de um paradigma construído objetivamente. Assim, a referência a boa-fé na *intentio* da fórmula permite captar juridicamente o caráter bilateral de qualquer relação obrigatória, tendo em consideração a interdependência das obrigações a cargo das partes, e em nesse contexto que a boa-fé molda a regulamentação básica dos contratos consensuais⁶⁵¹.

Como elucida Jovanovic, a boa-fé é introduzida como princípio jurídico pelo pretor a partir do momento em que ele adquire conhecimento da importância legal da fraude (*dolus*) em matérias obrigacionais. Isso acontece naqueles casos em que algumas condutas não são legalmente proibidas pelo Direito Romano, mas o pretor decide declará-las delitos de direito privado, oferecendo para proteção *actio de dolo*⁶⁵².

No *Digesto* de Justiniano, é possível ver a explicação do jurista romano Ulpiano que destaca que o pretor, por meio de seu edito, busca garantir defesa contra os astutos que com qualquer malícia causam prejuízo a outros, de forma de que aos astutos não seja lucrativa sua maldade e às vítimas não seja prejudicial sua ingenuidade. As palavras do edito seriam as seguintes: “Darei ação por aquilo que se diga haver feito com dolo mal, nos casos em que não haja outra ação e pareça haver uma justa causa.”. O pretor acrescenta a palavra mal depois de dolo, pois os antigos mencionam também um dolo bom, e dão esse nome à astúcia, principalmente quando alguém maquina contra o inimigo ou um ladrão⁶⁵³.

Um exemplo no âmbito comercial é a imposição de responsabilidade ao vendedor não somente por aquilo que ele expressamente assegurou, mas também por ter de forma fraudulenta escondido um defeito⁶⁵⁴. Ulpiano dá o exemplo sobre a propriedade de uma coisa que o possuidor tem para venda, porém um adversário inicia um litígio com ele sobre a coisa e depois desiste do litígio após o possuidor ter

⁶⁵¹ FACCO, Javier Humberto. *Oportere ex fide bona: Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana*. p. 23-24.

⁶⁵² JOVANOVIĆ, Mila. *Aequitas and Bona Fides in the Legal Practice of Ancient Rome and the Prohibition of the Abuse of Rights*. **Facta Universitatis**, Niš, v. 1, n. 7, p. 763-789, 2003. p. 771.

⁶⁵³ ULPIANO. *Ad edictum*. p. 184.

⁶⁵⁴ SCHERMAIER, Martin Josef. *Bona fides in Roman contract law*. p. 85.

perdido uma oportunidade de venda, pode o possuidor usar dessa ação para obter a indenização devida⁶⁵⁵.

Outro exemplo dado por Ulpiano é que se alguém, depois da morte de um testador, altera as tábuas do testamento depositadas em seu poder, tanto o herdeiro instituído no testamento quanto os legatários podem usar a ação de dolo contra ele⁶⁵⁶. Já o jurista romano Marcianus deixa claro que se duas pessoas obraram com dolo mal reciprocamente, não podem demandar-se com ação de dolo um contra o outro⁶⁵⁷.

O pretor também introduz a *exceptio doli* com o objetivo de rejeitar a ação de um indivíduo que tenha cometido fraude⁶⁵⁸. Um exemplo dessa situação é quando o devedor é perdoado informalmente, mas ainda assim é chamado à corte pelo requerente sob o fundamento de que a obrigação ainda existe no sentido estrito da lei. Em casos como esse, a *exceptio doli* é concedida ao requerido e a ação judicial encerrada⁶⁵⁹.

O pretor, por meio da boa-fé, pode impor ao juiz que aprecie a obrigação exata do devedor segundo as exigências da boa-fé. Por exemplo, se um indivíduo deve cem a um segundo indivíduo que, por sua vez, deve cinquenta ao primeiro indivíduo, o primeiro indivíduo deve ser obrigado a pagar somente cinquenta⁶⁶⁰.

Ações semelhantes são tomadas quando, de maneira geral, o requerente impetra com uma ação com fundamento no formalismo do Direito Romano e sua ação contradiz os princípios da justiça, consciência e honestidade⁶⁶¹. Importante o alerta de Schermaier de que o princípio da boa-fé não é utilizado para corrigir a lei,

⁶⁵⁵ ULPIANUS. *Sex libri opinionum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I. p. 190.

⁶⁵⁶ ULPIANO. *Ad edictum*. p. 191.

⁶⁵⁷ MARCIANUS. *Regularia*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I. p. 191.

⁶⁵⁸ JOVANOVIC, Mila. *Aequitas and Bona Fides in the Legal Practice of Ancient Rome and the Prohibition of the Abuse of Rights*. p. 771.

⁶⁵⁹ WINKEL, Laurens. *Forms of Imposed Protection in Legal History, Especially in Roman Law*. **Erasmus Law Review**, The Hague, v. 3, n. 2, p. 155-162, 2010. p. 156.

⁶⁶⁰ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 63-64.

⁶⁶¹ JOVANOVIC, Mila. *Aequitas and Bona Fides in the Legal Practice of Ancient Rome and the Prohibition of the Abuse of Rights*. p. 771.

nesse caso aplica-se o princípio da equidade⁶⁶². Em essência, o que a boa-fé faz é permitir uma igualdade de tutela no plano jurídico perante a diversidade de possíveis situações fáticas⁶⁶³.

4.11 UTILITAS

O Direito Romano é um direito essencialmente prático. Por mais que exista uma influência da filosofia grega na mentalidade romana, o objetivo dos juristas romanos não é levar adiante as especulações dos filósofos gregos⁶⁶⁴. É de realizar os princípios ideais da equidade e da boa organização social. É manter de fato a ordem e a paz na cidade romana; e, para além dela, no mundo romano. É arranjar um processo que funcione efetivamente de uma maneira útil e equitativa⁶⁶⁵. Como destaca Biondi, “La giustizia nella sua impostazione fondamentale ha carattere rudemente realistico.”⁶⁶⁶.

Esse ideal de utilidade pode ser constatado a partir de diversos juristas romanos. Cícero coloca a utilidade na própria base da ideia de República, pois ela significa coisa do povo, porém o povo não é os homens agrupados de qualquer modo, mas associados por seu consenso de justiça e pela utilidade comum que essa reunião produz⁶⁶⁷.

Paulo define o próprio *ius civile* como aquilo que em cada cidade é útil para todos ou para muitos⁶⁶⁸. Modestino defende que nenhuma razão de direito ou benignidade da justiça permite que as coisas introduzidas saudavelmente para a utilidade dos homens sejam convertidas em severidade, interpretando-as com mais

⁶⁶² SCHERMAIER, Martin Josef. *Bona fides* in Roman contract law. p. 87.

⁶⁶³ FACCO, Javier Humberto. *Oportere ex fide bona: Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana*. p. 24.

⁶⁶⁴ “[...] o espírito utilitário e prático dos jurisconsultos romanos fez com que eles dessem uma feição toda especial, um significado todo particular àqueles mesmos conceitos e àquelas mesmas noções que, entre os gregos, constituíam objeto de pura especulação doutrinária.” REALE, Miguel. O conceito de “ratio naturalis” entre os jurisconsultos romanos e Santo Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 38, p. 107-117, 1942. p. 107.

⁶⁶⁵ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 56.

⁶⁶⁶ “A justiça na sua impostação fundamental possui caráter rudemente realístico.” BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano Cristiano: La Giustizia – Le Persone**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. v. 2. p. 95. Tradução nossa.

⁶⁶⁷ CÍCERO. Sobre a República. p. 93.

⁶⁶⁸ PAULUS. *ad Sabinum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I. p. 33.

rigor contra suas mesmas comodidades⁶⁶⁹. Até o direito pretório é definido por Papiniano com fundamento na utilidade, pois é introduzido pelos pretores por utilidade pública a fim de ajudar, suprimir ou corrigir o *ius civile*⁶⁷⁰.

Os romanos são mestres em conciliar a lógica importuna com as necessidades práticas por meio de artifícios de todas espécie: atos aparentes, meios indiretos, ficções, etc. O ódio moral dos romanos por qualquer violação de um princípio estabelecido, induz e estimula, de certo modo, a sua inteligência a desenvolver toda sagacidade a fim de descobrir os meios e modos de operar a conciliação da lógica com as necessidades práticas. A necessidade produz invenções⁶⁷¹.

O próprio uso de outros institutos, como a equidade e a boa-fé, não são mais do que artifícios de escopo prático, útil, uma maneira de conciliar as normas jurídicas com a utilidade prática que se espera dessas normas. A criação e a aplicação de uma norma não são desvinculadas da utilidade que o seu resultado produz. A forma de aplicar uma norma, incluindo as possibilidades de sua alteração por meio do princípio da equidade, levam em consideração sua utilidade para a relação que se discute e os efeitos sociais que sua aplicação produz. Até mesmo as normas de Direito Romano que caem em desuso e deixam de ser aplicadas, sofrem essas consequências devido à perda de sua utilidade⁶⁷².

Independente da ideia geral de utilidade que permeia a vida e o Direito Romano, assim como a *aequitas* e a *bona fides*, a *utilitas* é um termo jurídico expressamente utilizado pelos juristas romanos⁶⁷³, possuindo uma ampla gama de

⁶⁶⁹ MODESTINUS. *Responsorum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I. p. 43.

⁶⁷⁰ PAPIANUS. *Definitionum*. p. 32.

⁶⁷¹ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. p. 233-234.

⁶⁷² Aqui é outro caso em que se pode perceber a influência grega. Tal ideia é muito antiga entre os filósofos gregos, como Sócrates, Platão e Aristóteles, e até mesmo no sofista Protágoras, mas também nos grandes legisladores como Péricles, Sólon e Licurgo.

⁶⁷³ O uso expresso da *utilitas* está presente nos juristas do Principado, mas a ideia da utilidade já está fortemente presente na República. Independente da época, mesmo que a decisão esteja baseada na utilidade, não necessariamente ela está explícita na decisão, como explica Navarra, a avaliação da utilidade prática da solução permanece tendencialmente implícita na decisão do caso, presumidamente porque não há necessidade de clarificá-la nem aos destinatários nem a outros juristas. Os juristas do Principado começam a usar a expressão *utilitas* para justificar decisões já

significados e aplicações, por isso é considerado pela doutrina jurídica que o conceito de *utilitas* domina todo o campo do Direito Romano⁶⁷⁴. Como destaca Biondi, bem poucos termos, no âmbito jurídico, são tão largamente utilizados quanto *utilitas* e *utilis*⁶⁷⁵.

Percebe-se até mesmo que os juristas romanos clássicos utilizam muito mais o termo *utilitas* como fundamento e justificação do direito do que o termo *iustitia* (justiça)⁶⁷⁶, raramente empregado, pois para eles esse termo é muito indeterminado e equívoco, muito abstrato para ser bem aceito pelo sentido de concretude que os romanos possuem do Direito, enquanto *utilitas* possui referimento preciso e concreto⁶⁷⁷.

Esclarece Cristina Nogueira da Silva que os jurisconsultos e magistrados recorrem ao critério da utilidade (*utilitas*) que:

[...] permitia-lhes opor ao Direito comum (*ius commune*), o direito “geral”, perante o qual todas as coisas e pessoas eram iguais, um Direito singular (*ius singulare*), pensado para alguns casos (pessoas, coisas) especiais. Uma utilidade particular podia, em casos particulares, sobrepor-se à razão (geral) de ser das normas jurídicas, dando origem a um direito singular⁶⁷⁸
[...] Era, em suma, um direito especial (mas não um privilégio)⁶⁷⁹.

Para os juristas romanos, a utilidade concreta está no fundamento do Direito Romano, e, por isso, por meio do apelo ao termo *utilitas*, os juristas estendem o Direito preexistente, motivando soluções que se desviam, devido às particulares

consolidas com o objetivo de realizar uma operação de sistematização. NAVARRA, Marialuisa. **Ricerche Sulla Utilitas nel Pensiero dei Giuristi Romani**. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 207, 209.

⁶⁷⁴ NAVARRA, Marialuisa. **Ricerche Sulla Utilitas nel Pensiero dei Giuristi Romani**. p. 10.

⁶⁷⁵ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano Cristiano: La Giustizia – Le Persone**. p. 97.

⁶⁷⁶ Diferentemente do termo *aequitas*, amplamente utilizado pelos juristas romanos e que também é traduzido como justiça, porém com um sentido mais concreto do que *iustitia* e com diferente aplicação. Para os juristas romanos *iustus* é tudo aquilo que é conforme ao direito positivo e *iustitia* é a conformidade a isso. Por isso, para os juristas romanos não há sentido em invocar a *iustitia*, pois o referimento ao direito positivo é inútil, é algo pressuposto, então, quando se trata de reconhecer novos institutos, invocava-se a *utilitas* e não a *iustitia*. BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano Cristiano: La Giustizia – Le Persone**. p. 101-102.

⁶⁷⁷ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano Cristiano: La Giustizia – Le Persone**. p. 101.

⁶⁷⁸ “Por exemplo, o de conceder ao herdeiro a possibilidade de responder apenas pelas dívidas que não excedessem o património herdado; [...]”. SILVA, Cristina Nogueira da. Universalismo, Pluralismo e Casuísmo no Direito Romano. **CEDIS Working Papers**, Lisboa, n. 3, p. 1-19, nov. 2017. p. 16.

⁶⁷⁹ SILVA, Cristina Nogueira da. Universalismo, Pluralismo e Casuísmo no Direito Romano. p. 15-16.

circunstâncias do caso concreto, das regras de âmbito geral, criando normas especiais para o caso concreto que podem estar em aparente contradição com o sistema jurídico vigente por não se encaixarem perfeitamente nas normas preexistentes gerais. Trata-se de soluções que prescindem da lógica do sistema, entendida como lógica formal, e respondem à diversa lógica do útil ou do concreto. A lógica que os gregos exercem no campo especulativo, foi exercida por juristas romanos com intenção prática no campo do Direito. É a manifestação de uma razão prática atenta às exigências da vida prática. A *utilitas* se apresenta como um instrumento interpretativo ambivalente, sinal da possível coexistência no raciocínio jurídico de pensamento sistemático e pensamento problemático⁶⁸⁰.

Como explica Navarra, o acolhimento de uma situação excepcional nasce da rejeição do jurista em reconhecer como adequada uma solução alcançável por dedução de uma regra geral. É uma rejeição que pressupõe a avaliação de interesses concretos que leva a subtrair, conforme a lógica do concreto, um caso particular do âmbito de aplicação de uma regra geral. O juízo de utilidade garante que a jurisprudência individuou a solução concretamente adequada ao problema e, por isso, aquela que, para o caso particular, exclui, porque eficaz, qualquer outra; garantindo assim, lá onde aparece oportuno afastar-se da regra geral, a exatidão e a não arbitrariedade do raciocínio jurídico⁶⁸¹.

Guarino destaca que a *utilitas* é estritamente conexa com a nova norma que gerou, no momento em que essa norma é criada, a *utilitas* explicitou sua função, porém, não se pode excluir que uma nova e diversa *utilitas* se forme, a qual aconselhe a extensão da norma a casos e matérias análogos⁶⁸².

As soluções fundamentadas na *utilitas* realizam verdadeiras e próprias escolhas de política do Direito, que inovam (e, portanto, são derivadas de uma crítica ao estado atual do Direito) sem derrubar a regra geral, mas limitando-a na sua

⁶⁸⁰ NAVARRA, Marialuisa. **Ricerche Sulla Utilitas nel Pensiero dei Giuristi Romani**. p. 2-3, 6, 11; BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 230.

⁶⁸¹ NAVARRA, Marialuisa. **Ricerche Sulla Utilitas nel Pensiero dei Giuristi Romani**. p. 206.

⁶⁸² GUARINO, Antonio. Il Problema Dogmatico e Storico del Diritto Singolare. *In: Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*. 1946. v. 18. p. 1-75. p. 61.

eficácia⁶⁸³.

Esclarece Biondi que a utilidade não é entendida em sentido muito rigoroso ou brutal, já que o orientamento da ciência jurídica é em direção à equidade⁶⁸⁴. Salgado afirma que a *utilitas* está sempre de acordo com a equidade, com a justiça concreta; não são vistas separadamente, mas em conjunto, ou seja, a *utilitas* tem a função de, em última instância, realizar a justiça. Essa conjugação da utilidade e da equidade é o próprio bem comum, definido como ordem social justa, que está a nortear a aplicação do Direito⁶⁸⁵.

Utilitas também representa um contraponto à abusividade, ou seja, utilidade é o uso legítimo de um bem ou de um direito, o seu uso correto que conduz à realização de sua real finalidade e constituição. Alguns brocardos jurídicos que representam essa ideia para os romanos são: *abusus non tollit usum* = o abuso não tolhe o uso (se há abuso do direito, ele não é destruído, ou seja, o uso não é tolhido, significando que a força da razão pode superar o abuso); *abusus non est usus sed corruptela* = o abuso não é um uso, mas uma degeneração do uso. Quando a utilidade é subtraída, não existe mais o uso, e a ausência do uso é o abuso.

Todos os valores dessa moral perene conduzem em seu conjunto ao uno, ou seja, a multiplicidade social, jurídica, política de toda esta fundamentação societária está coligada ao compromisso de desenvolver um ordenamento concorde à inteligência⁶⁸⁶ da vida que habita o homem, pois se assim não for, não haverá liberdade, mas escravidão; nem tradição evolutiva, mas repetição involutiva; nem piedade, mas impiedade; nem concórdia, mas discórdia; nem virtude, mas vício; nem equidade, mas iniquidade; nem humanidade, mas desumanidade; nem dignidade, mas indignidade; nem fidelidade, mas infidelidade; nem utilidade, mas inutilidade e abusividade.

⁶⁸³ NAVARRA, Marialuisa. **Ricerche Sulla Utilitas nel Pensiero dei Giuristi Romani**. p. 208.

⁶⁸⁴ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano Cristiano: La Giustizia – Le Persone**. p. 98.

⁶⁸⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 250-251.

⁶⁸⁶ “Faculdade exclusivamente psíquica e, portanto, espiritual para compreender, em evidência, a ordem causal da ação ou do fato. Compreensão das coisas do interior de qualquer fenomenologia. [...] Faculdade que conhece e identifica as formas essenciais e causais de qualquer coisa ou evento.”. MENEGHETTI, Antonio. **Dicionário de Ontopsicologia**. p. 139.

CAPÍTULO 5

A RACIONALIDADE JURÍDICA ROMANA DA REPÚBLICA TARDIA

5.1 O MÉTODO INTERPRETATIVO

Questões metodológicas são estranhas à jurisprudência romana. Aquelas discussões que os modernos fazem acerca desse propósito, para os romanos não faz sentido, já que, mesmo sem qualquer enunciação programática, todos os juristas perseguem a mesma intenção e qualquer meio se considera adequado para alcançá-la. O resultado pode ser diferente, já que o cérebro do jurista romano não é uma máquina, nem a justiça aparece como uma entidade perceptível com os sentidos e, portanto, a todos da mesma maneira. Assim, há contraste de opiniões, das quais é composta a ciência jurídica de todos os tempos, porém as discrepâncias não derivam de uma abordagem teórica diferente ou de um método diferente, é antes uma avaliação diferente do que a justiça pode ser. Há uma justiça em torno da qual todos concordam, que os romanos qualificam de *ius receptum*, mas há campos em que a busca pela solução certa e apropriada levanta dúvidas e discussões⁶⁸⁷.

A jurisprudência romana é primeiramente descrição do mundo existente. Embora a influência do estoicismo tenha insuflado no espírito de certos juristas uma tendência ao racionalismo, o Direito romano não é um ordenamento logicamente construído sobre princípios *a priori*, ele apoia-se em uma série de observações que são fonte de opiniões discordantes que devem ser confrontadas dialeticamente. A obra dos juristas romanos é essencialmente realista⁶⁸⁸.

A atuação dos jurisconsultos, não se limitando ao direito escrito, deriva da observação da natureza: da constituição natural dos agrupamentos sociais, dos tipos de relações de interesses, de parentesco, de vizinhança, ou de processos espontaneamente surgidos, costumes, bons hábitos existentes no povo romano (*mores populi romani*). A jurisprudência repousa, em última instância, no

⁶⁸⁷ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 246-247.

⁶⁸⁸ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 81.

conhecimento das coisas⁶⁸⁹.

Como destaca Bonfante, é acima de tudo as *responsa*, orientadas para a concretude do caso, que hierarquizam os critérios a cada vez e que fundem necessariamente em si os elementos abstratamente suscetíveis de tratamento e desenvolvimento separados. As *responsa* fazem a unidade viva do Direito e são confiadas aos juristas. Ao jurista é, portanto, confiado o Direito⁶⁹⁰.

A principal função dos juristas romanos, responsável também pela evolução do Direito Romano, é a interpretação, que não é apenas intelectual ou declarativa, mas também progressiva de acordo com o propósito atual da norma e as necessidades da vida de quando ela deve ser aplicada, a interpretação é sempre guiada por um senso de utilidade. O método interpretativo que os historiadores modernos chamam de histórico-evolutivo é constante na jurisprudência romana; e é assim que os juristas são, ao mesmo tempo, tradicionalistas e progressistas. Os termos da norma não são nem podem ser negligenciados sem cair na arbitrariedade, mas o que conta, e para o qual a interpretação visa, é o sentido jurídico daqueles termos⁶⁹¹.

Como destaca Mastino, os romanos nunca definiram a *interpretatio* e a *lex* em termos de oposição ou conflito, mas em termos de total complementaridade, já que a *interpretatio* participa da mesma natureza e da mesma autoridade que a *lex*⁶⁹².

A técnica interpretativa se refina até alargar, quando necessário, o âmbito de aplicação das leis ou das cláusulas do édito, utilizando a técnica da análise casuística e o *distinguo*, propondo soluções novas, mas sempre reconduzíveis a uma interpretação compatível com o conteúdo textual das normas de referimento⁶⁹³.

Como explica Mousourakis, os juristas romanos estão cientes dos problemas decorrentes do fato de que o teor e o significado pretendido de um texto

⁶⁸⁹ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 81-82.

⁶⁹⁰ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 33.

⁶⁹¹ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 254.

⁶⁹² MASTINO, Isabella. **Natura, Interpretatio, Praescriptio**: Tra Diritto Naturale Romano e Diritto Penale Moderno. 179 f. Tese (Doutorado em Direito e Economia dos Sistemas Produtivos) – Università degli Studi di Sassari, Sassari, 2012. p. 70.

⁶⁹³ VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale**: ricerche. p. 239-240.

legal nem sempre coincidem. Eles também percebem a importância do contexto linguístico como uma ferramenta para facilitar uma compreensão mais completa dos textos do que se eles fossem examinados isoladamente. Quando envolvidos no trabalho de interpretação, eles geralmente procedem de uma consideração da letra da lei relevante e então continuam com uma investigação sobre a intenção ou espírito da lei⁶⁹⁴.

Assim se pronuncia o jurista romano Celso: “Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. [...]”⁶⁹⁵. E também Ulpiano: “Verbum “ex legibus”, sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis.”⁶⁹⁶.

Dependendo se uma regra legal foi expressa em termos amplos ou restritos, eles procuram tornar o seu sentido mais concreto através de uma construção restritiva ou expandir através de uma construção extensiva o escopo da disposição relevante. Ao lidar com problemas relacionados ao silêncio ou ambiguidade na lei, eles frequentemente confiam nos métodos de comparação e analogia, além do uso dos princípios (*utilitas, aequitas, bona fides*, etc.)⁶⁹⁷.

E, como destaca Stolfi, essa discussão entre palavras e sentido também aparece na interpretação dos testamentos, com o problema que se põe na correta decifração de uma manifestação de vontade não mais repetível, ou seja, na identificação da adequada relação entre *verba* e *voluntas*⁶⁹⁸.

Essa mesma lógica é aplicada na interpretação dos costumes não escritos, que também não são de sentido estático, devendo serem interpretados conforme o caso concreto e às novas necessidades sociais.

⁶⁹⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 122.

⁶⁹⁵ “Saber as leis, não é entender suas palavras, mas penetrar o sentido e a mente delas.”. CELSUS. *Digestorum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I. p. 42. Tradução nossa do espanhol.

⁶⁹⁶ “A frase: “em virtude das leis” deve ser entendida assim: tanto segundo o espírito, como segundo as palavras das leis.”. ULPIANUS. *Ad Edictum*. In: JUSTINIANO. **Cuerpo Del Derecho Civil Romano**. Barcelona: Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, 1897. Tomo III. p. 913. Tradução nossa do espanhol.

⁶⁹⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 122.

⁶⁹⁸ STOLFI, Emanuele. *Interpretatio e Auctoritas: Diritto e potere a Roma fra tarda republica ed età dei Severi*. In: ALTINI, P. H. C. (Org.). **Issues of Interpretation: Texts, Images, Rites**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2018. p. 17-27. p. 20.

Como destaca Giuseppe Provera, os *prudentes*, ao procederem livremente na elaboração de suas *responsa*, frequentemente encontram-se em desacordo sobre o modo de resolver os casos, mas esse é o preço que se paga para garantir a formação espontânea do *ius*, de um *ius* que, longe de ser imposto de cima, é constante expressão da vontade dos *cives*⁶⁹⁹.

Quando os pareceres dos juristas são contraditórios, cabe ao juiz privado escolher aquele que lhe parece preferível aos fins da decisão segundo a justiça do caso colocado ao seu exame. Pode ser que um determinado parecer acabe isolado, não encontrando seguidores nem em outros juristas nem em juízes; nessa hipótese, o parecer permanece privado de qualquer efeito. Pode acontecer, porém, que um parecer seja parcialmente acolhido, no sentido de outros juristas concordarem com ele, porém os juízes, ou parte deles, não o considerarem em suas sentenças⁷⁰⁰.

Assim, o parecer do jurisconsulto não possui por si só, e enquanto resta isolado, alguma eficácia normativa no sentido de influenciar na criação do *ius*. Se, ao invés, o mesmo parecer encontrar acolhimento ao menos parcial, há *ius controversum* (direito controversial), que é também *ius*⁷⁰¹.

Obviamente, nessa situação, os juízes não são vinculados a seguir uma opinião em vez de outra. Quando, porém, com as suas sentenças se referem a uma de tais opiniões, contribuem para a formação do *ius*, no sentido de que contribuem àquele fenômeno de recepção que opera por muito tempo como fator determinante a esse fim. Quando os juristas falam de um *ius moribus receptum*⁷⁰², fazem um referimento pontual a um mecanismo em virtude do qual as *responsa prudentium* criam direito se e na medida em que suas propostas são recebidas na vida concreta de cada dia⁷⁰³.

⁶⁹⁹ PROVERA, Giuseppe. Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano. **Rivista di Diritto Romano**, Milano, Scritti giuridici. p. 3.

⁷⁰⁰ PROVERA, Giuseppe. Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano. p. 3.

⁷⁰¹ PROVERA, Giuseppe. Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano. p. 4.

⁷⁰² Direito costumeiro recebido ou consolidado.

⁷⁰³ PROVERA, Giuseppe. Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano. p. 4.

Na ótica jurisprudencial, a certeza do Direito não deriva da imposição de uma regra, mas da provisão de mecanismos adequados para a solução de conflitos interindividuais, sem prejuízo da possibilidade de seguir uma solução diferente para um caso igual a outro já decidido. Aos juristas romanos interessa, mais do que a regra em si, a "regra da regra", ou seja, como chegar a uma solução que seja configurável como "a mais verdadeira" no sentido de uma maior plausibilidade em relação às outras, para aquele problema e naquele momento, nunca em absoluto. Portanto, por mais que pareça uma contradição, no *ius controversum* todas as opiniões são aplicáveis, mesmo que, por hipótese, possam estar em conflito umas com as outras⁷⁰⁴.

Assim, na esfera do *ius civile*, que se origina do *mores maiorum*, a ciência jurídica não é meramente intelectual, como a interpretação moderna, nem especulativa, como a filosofia e a doutrina contemporânea, mas sim criativa. Partindo dos *mores maiorum*, que surgem como axiomas, através de um rigoroso processo lógico, os juristas chegam a resultados que adequam às necessidades da vida os *mores*, que se consideram como uma autoridade não passada, mas viva e presente. Portanto, a jurisprudência, ancorada na tradição, vai além⁷⁰⁵.

O Direito Romano, em sua evolução secular, é um rio majestoso que sempre transmite novos elementos, mas não perde seu caráter. Não faltam doutrinas originais, muitas vezes apresentadas em proposições muito curtas, ou juristas verdadeiramente brilhantes, mas a doutrina é apresentada não pelo desejo de dizer coisas novas, nem por deslumbrar alguma preciosidade paradoxal, mas por satisfazer uma nova necessidade, e o jurista se considera tanto mais genial quanto mais prontamente a satisfaz. Não é a teoria para a teoria, mas a teoria para a prática⁷⁰⁶.

O método empregado pelos juristas romanos para a resolução de questões jurídicas era o empírico ou casuístico, ou seja, quando lidando com os casos jurídicos, eles recorriam principalmente a argumentos tópicos em vez de

⁷⁰⁴ LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; SOLIDORO, Laura. **Diritto Privato Romano**. p. 15.

⁷⁰⁵ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 215.

⁷⁰⁶ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 235.

axiomáticos. Um argumento axiomático consiste em uma regra ou conceito legal que é formado pelo raciocínio lógico a partir de princípios básicos ou axiomas. O raciocínio tópico, por outro lado, ocorre quando se procede do caso para identificar as premissas que sustentariam a solução e, em seguida, formular princípios e conceitos orientadores como base para a obtenção dessa solução. As regras e conceitos concebidos desta maneira não são rígidos e invioláveis, mas estão sujeitos a alterações, dependendo das circunstâncias do caso relevante⁷⁰⁷.

Por isso, acredita-se frequentemente que os juristas romanos chegam a suas conclusões intuitivamente. Essa compreensão intuitiva da lei é atribuída ao senso inato dos romanos em questões jurídicas e à experiência dos juristas com a prática cotidiana do Direito⁷⁰⁸.

Por isso que se diz que os juristas romanos possuem *prudentia*, que é caracterizada não apenas pelo seu fim, a realização da justiça, mas do seu próprio conteúdo, que inclui toda uma realidade espiritual com base na qual se alcança um conhecimento integral da realidade humana, que necessariamente postula a compreensão da dimensão histórico-temporal em que esta realidade se expressa, e sem a qual a experiência e a *prudentia* perderiam sua substância mais íntima⁷⁰⁹.

Além disso, os juristas romanos estão sempre em diálogo com a tradição e com os demais juristas, contemporâneos e antecessores, ou seja, não são decisões solipsistas em detrimento de todo o resto. Como destaca Stolfi:

In effetti, per una lunga stagione ci si confrontò con le dottrine precedenti con rispetto e spiccato senso della tradizione, ma con spirito critico, senza alcun condizionamento (neppure nei riguardi dei colleghi più in vista, [...]): privi cioè di quei complessi di inferiorità che invece sicuramente segneranno gli esperti di diritto nell'età tardoantica, anonimi burocrati e insegnanti, incapaci di un dialogo alla pari coi maestri sotto il cui nome pubblicavano sillogi o compendi, e poi i membri delle cancellerie imperiali cui dobbiamo i richiami ai giuristi nelle costituzioni soprattutto giustinianee, segnate da autentica

⁷⁰⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 61.

⁷⁰⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 61.

⁷⁰⁹ MASTINO, Isabella. **Natura, Interpretatio, Praescriptio**: Tra Diritto Naturale Romano e Diritto Penale Moderno. p. 90-91.

*reverentia antiquitatis*⁷¹⁰.

Assim, cada jurista participa de um empenho coletivo que se expressa na constante verificação e na possível e frequente revisão das soluções alcançadas até então, um compromisso assíduo e metucioso, conduzido em uma infinidade de problemas pontuais⁷¹¹.

O jurista romano não apenas orienta a práxis, que leva a novas instituições e princípios jurídicos, mas, para satisfazer uma necessidade prática, ele não hesita em sugerir construções. Ele inclusive sugere meios oportunos para modificar a norma quando ela parece não mais corresponder às exigências sociais. Assim, Direito e Ciência do Direito coincidem, tanto que as primeiras discussões jurisprudenciais são chamadas de *ius (Flavianum, Aelianum)*⁷¹².

O jurista romano nem sequer é alheio de sugerir meios oportunos para defraudar a lei, quando ela não mais parece corresponder à consciência social: sugere subterfúgios e expedientes para excluir a proteção das mulheres quando parece desprovida de função, e favorece o desenvolvimento do fideicomisso, que surgiu, como dizem os próprios juristas, com o propósito de fraude, servindo para superar as deficiências do legado⁷¹³.

A interpretação romana se utiliza de diversas técnicas e critérios de interpretação da hermenêutica moderna, como a interpretação lógica, gramatical, histórica, etc., porém, não são usadas como regras absolutas. Numerosos preceitos de interpretação são aplicados e enunciados, mas têm um valor limitado ao caso

⁷¹⁰ “De fato, por uma longa temporada, confrontou-se as doutrinas anteriores com respeito e um forte senso de tradição, mas com um espírito crítico, sem qualquer condicionamento (nem mesmo com relação aos colegas mais importantes, [...]): isto é, sem aqueles complexos de inferioridade que certamente marcarão os especialistas em direito no final da era tardo antiga, burocratas e professores anônimos, incapazes de dialogar com os mestres sob cujo nome eles publicaram antologias ou compêndios, e depois os membros das chancelarias imperiais aos quais devemos os chamados a juristas em constituições especialmente Justinianas, marcadas por autêntica *reverentia antiquitatis*.”. STOLFI, Emanuele. *Interpretatio e Auctoritas: Diritto e potere a Roma fra tarda repubblica ed età dei Severi*. p. 23-24. Tradução nossa.

⁷¹¹ STOLFI, Emanuele. *Interpretatio e Auctoritas: Diritto e potere a Roma fra tarda repubblica ed età dei Severi*. p. 24.

⁷¹² BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 215-216, 231.

⁷¹³ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 231.

decidido⁷¹⁴.

O que o pretor e os juristas fazem na interpretação da norma é usar mais o escopo, a razão, do que a palavra literal, inferindo também o escopo das funções atuais da sociedade. É uma função quase legislativa, expressamente reconhecidas pelos romanos como fazendo parte da interpretação⁷¹⁵.

A interpretação é feita dentro da lógica, elemento fundamental para os romanos. A ciência do Direito para os romanos se funda e se vale da lógica, mas não é tudo lógico, pois pretende prover as necessidades da vida, que nem sempre seguem os ditames da lógica pura. A ciência do Direito não pretende se sobrepôr à vida, mas adaptá-la, visa não enrijecer a lei em esquemas estritamente lógicos, mas adaptar o raciocínio às necessidades práticas⁷¹⁶.

Princípios e regras jurídicos nunca são aplicados mecanicamente com lógica inflexível, já que os juristas entendem que tudo isso, se levar a um resultado logicamente perfeito, pode resultar em uma conclusão praticamente aberrante ou pelo menos inapropriada. Mais do que a lógica, eles são mestres de oportunidades e sacerdotes da justiça⁷¹⁷.

Como destaca Biondi, a jurisprudência romana exercita uma lógica fechada, mas não a lógica abstrata, própria dos retóricos, mas aquela que conduz a um resultado justo, e consegue satisfazer uma necessidade da vida. Os princípios são aplicados com uma lógica rigorosa, mas não mecânica⁷¹⁸.

Os juristas romanos não exercem uma lógica abstrata, pois a partir dela qualquer resultado pode ser alcançado, desde que seja rigorosamente deduzido da premissa, mas eles são orientados por um senso primoroso de oportunidade e responsabilidade. Das premissas, não deduzem todas as consequências lógicas possíveis, mas aquelas que parecem oportunas e corretas. Portanto, enquanto

⁷¹⁴ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 255.

⁷¹⁵ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1934. v. 1. p. 275-276.

⁷¹⁶ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 231.

⁷¹⁷ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 232.

⁷¹⁸ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 23.

alguns institutos se atrofiam, outros se desenvolvem e outros se adaptam a novas funções⁷¹⁹.

A estes e outros desenvolvimentos e adaptações, o jurista romano chega por interpretação, com tal lógica e satisfação da necessidade social que os cidadãos não possuem a sensação de que com isso o jurista impôs qualquer norma de conduta. O resultado da interpretação é assumido pelo magistrado encarregado da *iurisdictio*, que fornece coerência a decisão, mas permanece o fato de que a substância jurídica é criação jurisprudencial⁷²⁰.

Além disso, como destaca Biondi, “Dalla uniforme decisione di singoli casi concreti, assurge poi alla formulazione di *regulae iuris*, considerate come precetti basilari dell’ordinamento giuridico; [...]”⁷²¹. Essas regras funcionam como orientações para casos futuros.

Assim, como afirma Mousourakis, a Ciência Jurídica romana não consiste em uma casuística puramente pragmática. Os juristas romanos se estendem além dos elementos acidentais do caso relevante para iluminar o problema jurídico essencial como uma *quaestio iuris*, de âmbito geral, que deve ser respondida conforme certos princípios⁷²². Essa diferenciação da questão jurídica da questão factual, permite o estabelecimento dessas regras comuns.

Como explica Vacca, o problema fundamental é representado pela distinção do ponto de fato daquele de direito, pela identificação do princípio legal que pode ser utilizado para a solução de outros casos semelhantes. Mas este princípio de Direito não é definitivo, comparável a uma norma, mas aberto à avaliação de acordo com o *bonum et aequum* do caso concreto⁷²³.

Da mesma maneira se exprime Mousourakis ao esclarecer que essa tendência à abstração e à simplificação é natural e inevitável, já que o Direito

⁷¹⁹ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 216.

⁷²⁰ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 216.

⁷²¹ “A partir da decisão uniforme de casos concretos individuais, surge, depois, a formulação de *regulae iuris*, considerados como preceitos basilares do ordenamento jurídico; [...]”. BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 239. Tradução nossa.

⁷²² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 61, 121.

⁷²³ VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale: ricerche**. p. 9.

consiste em poucas regras concretas, mas traz consigo o perigo de que uma regra, uma vez formulada, tenda a dominar a vida legal em vez de se adaptar a ela. Os juristas romanos não deixam isso acontecer, pois não apenas constroem proposições abstratas analisando problemas legais, mas também tornam suas abstrações suficientemente flexíveis para futuras sínteses em novos princípios quando a experiência subsequente mostrar que a mudança é desejável⁷²⁴.

Com esse objetivo, os juristas romanos realizam um processo de criação e adaptação do Direito por meio de uma complexa técnica que envolve a explicação do fundamento jurídico do caso anterior semelhante juntamente com um trabalho de distinção dos novos elementos do caso em estudo, o que pode conduzir a uma exceção à regra precedentemente individualizada e, conseqüentemente, à elaboração, pela técnica de abstração, de uma nova regra ou princípio que se justifique na diferença destacada⁷²⁵.

Essa nova regra serve de suporte para a decisão do novo caso, mas não tem reivindicações absolutas, mas sim de base argumentativa da solução proposta, sempre aberta à possibilidade de ser controvertida, excetuada, limitada ou ampliada, posto que a validade de uma solução dada limita o seu alcance à presença de todos os elementos considerados relevantes para ela, de modo que a aparência de uma única circunstância diferente pode variar completamente a solução dada. Assim, é a interpretação do jurista que se torna o meio essencial de criação do Direito, deslocando a legitimidade da solução de qualquer elemento de autoridade para se concentrar na racionalidade do caso concreto em relação a todo o sistema legal⁷²⁶.

Nesse método interpretativo é possível ver a influência da filosofia grega. Por meio do método dialético adotado dos gregos, os juristas estão cientes do silogismo lógico (ou conclusões fundamentadas) e aprendem a construir formulações jurídicas de maneira dedutiva. Além disso, a familiaridade com a ética

⁷²⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 122.

⁷²⁵ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana. p. 630.

⁷²⁶ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana. p. 630.

filosófica grega inspira a consciência da função sociológica do direito. Como resultado, os juristas deram mais ênfase aos argumentos baseados na equidade e em outros princípios gerais de orientação⁷²⁷.

5.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS REPUBLICANOS

Há alguns brocardos jurídicos romanos que são expressões gerais do Direito Romano. Destacam-se dois princípios jurídicos republicanos que são aplicados pela racionalidade jurídica para a tomada de decisão concreta (para a aplicação e interpretação do Direito), para a criação do Direito (formulação de leis) e para a elaboração de políticas públicas (finalidade do Estado), enfim, para dar sentido aos institutos jurídicos criados pelo Direito Romano. São os princípios da *res clamat ad dominum* e o *ubi maior minor cessat*. São princípios derivados da *naturalis ratio* (descrita no item 5.4), ou seja, são reflexos jurídicos da ordem que existe na natureza, e, por isso, passíveis de serem aplicados a todos os povos.

5.2.1 *Res Clamat ad Dominum*

O Direito nasce como exigência da racionalidade humana. Todos os seres humanos possuem uma natureza idêntica, mas dessa multiplicidade de naturezas iguais, deve ser determinada a regra de convivência⁷²⁸. Portanto, da polivalência das identidades de natureza, desenvolve-se a lógica e o critério da justiça. Esse é o princípio ontológico natural do Direito que em sua base consiste em como configurar a racionalidade de comportamento em um pluralismo de indivíduos⁷²⁹.

Essa convivência entre os homens é o objeto geral do Direito, depois surge a situação histórica, situações de família, empresa, nação, crime, vítima, delinquente, etc., que criam novidade de ambiente, de fatos, de relações, de acontecimentos, etc. Uma coisa é viver no Polo Norte, outra coisa é viver na África;

⁷²⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 61.

⁷²⁸ “Trago um exemplo elementar. Se um homem está sozinho em casa e deve tomar banho, não há problema; mas se na casa vivem outras quatro/cinco pessoas, quem vai primeiro, qual a ordem, o modo, a educação? O Direito nasce assim que há dois iguais por natureza (dois homens, etc.); ambos são importantes, mas no mesmo lugar como se joga a relação de antes e depois? Quem é o mais necessário?”. MENEGHETTI, Antonio. *Il Ruolo dei Giudici e l’Inconscio Individuale*. p. 39. Tradução nossa.

⁷²⁹ MENEGHETTI, Antonio. *Il Ruolo dei Giudici e l’Inconscio Individuale*. p. 39.

uma coisa é estar em paz, outra coisa é estar em guerra; uma coisa é habitar entre os pobres, outra coisa é habitar entre os ricos; uma coisa é a relação entre crianças, outra coisa é a relação entre adultos, etc. Assim, deve-se configurar o objeto específico que deve ser escolhido, individuado e isolado no contexto da situação. Esse objeto é o que os romanos chamam de *res*. O próprio termo República (*res publica*) significa a coisa que pertence a todos. Portanto, o Direito é a lógica da *res* em situação entre iguais. A *res* possui infinitas variantes (é meu, é seu, é de outro, é desse grupo, etc.) e o mesmo objeto pode determinar um conflito. Por exemplo, a casa é de quem a paga, não de quem nasce nela; mas a terra do próprio país é quem nasce nele e não de quem o paga. Assim muda o Direito: uma propriedade é por nascimento e outro por compra. Um indivíduo também pode adquirir propriedade por nascimento por meio da herança, ou seja, os modos são definidos pela sociedade; é um contínuo variante contrato social das partes⁷³⁰.

Res é a coisa. *Dominus* é o senhor, o chefe, o primeiro titular do direito, e a relação hierárquica entre os dois: *res clamat ad dominum*, a coisa invoca o (seu) senhor, isto é, a coisa existe somente em quanto relativa ou em relação ao *dominus*. O *dominus* é a entidade que justifica, dá presença e significado ao objeto, à coisa, à situação, dá o projeto aquele fato. Sem o *dominus*, o intrínseco capaz do valor, o ente que conhece a identidade⁷³¹ que é objetiva, o objeto não adquire autoridade. Ao contrário, o objeto se torna importante se tem o seu patrão, mas é um patrão interior, espiritual, isto é, aquele objeto justifica a própria posição de existente somente se estiver em relação ao seu sujeito⁷³².

Res e *dominus* podem ser a mesma coisa como individuação, mas a diferença consiste no fato de que a *res* é uma individuação que se posiciona como relação, disponibilidade, em um modo bem preciso e, sozinha, não pode mudar, ou, se muda, acontece por causa e efeito, por dinâmica de inércia ou de situação. Ao contrário, a individuação *dominus* é o formalizante dotado de livre-arbítrio, não sofre de modo passivo as variáveis circunstâncias, mas pode se autocompreender e

⁷³⁰ MENEGHETTI, Antonio. Il Ruolo dei Giudici e l'Inconscio Individuale. p. 39.

⁷³¹ "É a forma que especifica em si o objeto ou indivíduo e o distingue de qualquer outro.". MENEGHETTI, Antonio. **Dicionário de Ontopsicologia**. p. 130.

⁷³² MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. p. 44-45.

projetar ou assumir relações e coisas. A *res* simplesmente é; o *dominus* é e *tem*.⁷³³

A posição, a individuação de objeto (a *res*) é um fato, um precipitado, um definido que segue a lógica dos pontos-força no interior de um campo sociológico ou exclusivamente físico-matéico. Já o *dominus* é uma individuação que se autocompreende e, pela própria autocompreensão, pode variar a si mesmo e pode condicionar as variáveis, ou melhor, as posições do objeto, da *res*. Por essa capacidade de autocompreensão e autonomia, o *dominus* é dotado, em relação ao objeto, de *capacidade cognoscitiva*. A *res* não tem de per si capacidade de conhecimento superior dominativo. O *dominus* sim é capaz de compreender, além de si mesmo, também o objeto que lhe é relativo. O *dominus* é patrão do objeto pelo fato de que conhece a posição externa e interna do objeto, da situação, da coisa⁷³⁴.

Dominus, do qual deriva o termo domínio, deriva do grego *nómos*: lei, ou seja, é aquele que dá ou faz a lei, porque conhece ou pode variar o objeto à própria função e utilidade, ou mesmo em contraposição. *Dominus* é aquele que dá a lei (o comportamento) ou a honra à coisa⁷³⁵.

Com base nesse princípio, dada a *res*, o bem, a situação, o escopo da causa, do contencioso, etc., o magistrado ou o juiz, deve observar os titulares daquela causa: o titular que apresenta maior título possui maior direito sobre a coisa. Quem possui maior título é de fato o *dominus*, aquele definido da relação da coisa: *res clamat ad dominum*⁷³⁶.

5.2.2 *Ubi Maior Minor Cessat*

Ubi maior minor cessat significa literalmente onde se encontra o maior (em autoridade), o menor cessa (de exercitar sua tarefa). Onde está o maior, o mais forte, o mais exato, o inferior desaparece, cessa. Feita uma configuração de diversos sujeitos em um contexto ambiental, existem algumas distonias que se contrapõem,

⁷³³ MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. p. 46.

⁷³⁴ MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. p. 46-47.

⁷³⁵ MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. p. 47.

⁷³⁶ MENEGHETTI, Antonio. *Il Ruolo dei Giudici e l'Inconscio Individuale*. p. 44.

mas, no final, o *maior* predomina⁷³⁷.

O *maior* é aquele que se demonstra o mais competente, o mais sábio, o melhor governante, o melhor general, o mais virtuoso. Como sociedade altamente meritocrática, as oportunidades surgem para aqueles cidadãos que se destacam como *maiores*, como líderes, como representantes da *res pública* e símbolos do que é ser romano, ou simplesmente grandes cidadãos, grandes humanos. Enquanto a República romana floresce, são os mais preparados que assumem as principais funções públicas, como a de administração da *civitas*, da liderança bélica e da condução dos processos jurisdicionais. É Roma que, por ser *maior*, ou seja, uma maior potência, por força de guerra, de inteligência, de desenvolvimento nas mais diversas áreas que se sobrepõe aos demais povos (no sentido de coordenação internacional suprema, mas como já destacado, sem restringir totalmente os povos conquistados, em um verdadeiro espírito pluralista e humanista).

Aqueles que posteriormente demonstram não mais serem os *maiores*, rapidamente são destituídos e substituídos por outros que o demonstrem serem, cada cidadão na área que se demonstra ser maior. Os que demonstram serem os *maiores* na área administrativa são os que alcançam os cargos públicos. Na área do Direito, são os *maiores* jurisconsultos aqueles que conduzem o Direito na sua evolução.

Quando a crise no fim da República romana leva a se destacarem aqueles que não são os *maiores*, a instabilidade social se torna cada vez maior até se tornar insustentável e acabar com essa forma de governo, sendo necessário que o *maior* daquele momento, César Augusto, para poder restituir Roma ao seu esplendor, institua uma nova forma de governo, o Principado, sendo que Príncipe vem da designação que Augusto usava para si mesmo de *primus inter pares*, ou seja, o primeiro entre iguais⁷³⁸, isto é, o Príncipe é o “primeiro cidadão”, quem assume a *civitas* é o cidadão, não superior, mas *maior*.

⁷³⁷ MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. p. 54-55.

⁷³⁸ “Augusto, de fato, declara que ele não se considera um soberano, mas o primeiro entre os senadores por *auctoritas* de uma cidade livre (*Princeps Senatus* [...]). PEPE, Gabriele. **The Notion of Primus Inter Pares in Italian Public Life Today**. Napoli: Scientifica, 2017. p. 14. Tradução nossa.

Por isso que Meneghetti afirma que “[...] faltando o *dominus* inteligente, [...] desenvolve-se o homem contra o humano (*homo homini lupus*), a contradição com dor e com sacrifício para todos.”⁷³⁹. Se a multidão de *minores* prevalece sobre o *maior*, a *res* prevalece sobre o *dominus*, e a falta do *dominus* inteligente leva à decadência social.

5.3 A APLICAÇÃO DO DIREITO POR MEIO DA UTILIDADE E DA EQUIDADE: EXCEÇÕES E ADAPTAÇÕES

A aderência à realidade, o apego à natureza efetiva e específica das relações sociais, determina a formação de uma técnica jurídica não fixada em conceitos abstratos, mas governada pelo objetivo de satisfazer aos valores da *utilitas* nos limites éticos da *aequitas*⁷⁴⁰. Disso decorre duas consequências fundamentais:

- a) perante as exigências do justo verificadas no caso concreto, não pode prevalecer o amor por formas lógicas vazias ou por processos dialéticos abstratos, razão pela qual as *fictiones*, por exemplo, ou as exceções surgiam, não para salvar a harmonia formal do sistema dogmático, mas para atender aos fatos particulares e ao valor neles imanente⁷⁴¹; e
- b) as generalizações e abstrações normativas, surgidas das apreciações diretas dos fatos, não passam a valer radicalmente por si mesmas como dogmas, mas possuem antes uma validade temporária que não põe a termo à incessante pesquisa à luz de novos dados da experiência⁷⁴².

Essa correlação entre o elemento conceitual e o fático é conduzida pelo elemento finalístico ou axiológico do objeto, pelo *bonum et aequum* que dirige o

⁷³⁹ MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. p. 56.

⁷⁴⁰ 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**, São Paulo, v. 49, p. 190-220, 1954. p. 195.

⁷⁴¹ REALE, Miguel. Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico: (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito). p. 195.

⁷⁴² REALE, Miguel. Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico: (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito). p. 195.

trabalho da Jurisprudência, impondo uma unidade essencial entre o Direito e a vida, o que só é possível quando se toma a vida como ela é, adaptando-se-lhe os esquemas jurídicos de maneira que, não raro, venha a preponderar a *utilitas* sobre a *ratio*⁷⁴³.

Como afirma Cicala:

[...] il concetto dell'*utilitas* signoreggia in tutto il campo del diritto romano: ora si impone alla considerazione del giurista, come un rilevante momento economico-sociale, ora si accosta alla *necessitas*, per additarci la *ratio iuris* o il punto di partenza dell'*interpretatio*, ora offre un criterio di decisiva importanza nella valutazione della giuridica rilevanza di questo o di quel comportamento degli individui, e nella commisurazione della forza ed efficacia dei rimedi giuridici⁷⁴⁴.

Apesar de haver uma utilidade pública e uma privada, entre elas só pode haver concorrência, mas não contraste ou colisão, já que o reconhecimento da *utilitas* do indivíduo harmoniza com a *utilitas* dos outros e da coletividade. Mas, na conciliação das utilidades, aquela que se refere a coisa pública romana prevalece sobre as dos indivíduos⁷⁴⁵.

O conceito de *utilitas*, não equilibrado pela *aequitas*, leva a distorções perigosas do Direito, que se distanciaria daquela *iustitia* que necessariamente deve tender. Assim, a *utilitas* é indissociável da *aequitas*. É assim que Cícero define o próprio *ius civile*: “*Ius civile est aequitas constituta eis quis eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas, eius autem aequitatis utilis cognitio est, utilis ergo est iuris civilis scientia [...]*”⁷⁴⁶.

⁷⁴³ REALE, Miguel. Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico: (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito). p. 196.

⁷⁴⁴ “[...] o conceito de *utilitas* domina todo o campo do direito romano: ora se impõe à consideração do jurista, como um importante momento econômico-social, ora se aproxima à *necessitas*, para apontar a *ratio iuris* ou o ponto de partida da *interpretatio*, ora oferece um critério de importância decisiva na avaliação da relevância jurídica deste ou daquele comportamento dos indivíduos, e na comensuração da força e eficácia dos remédios jurídicos.” CICALA, F. B. **Il concetto dell’“utile” e le sue applicazioni nel diritto romano**. Torino: Bocca, 1910. p. 9.

⁷⁴⁵ MASTINO, Isabella. “*Utilitas valuit propter honestatem*”: Cicerone e il principio giuridico dell’*utilitas*. **Diritto@Storia**, Sassari, n. 11, ano 12, 2013.

⁷⁴⁶ “O *ius civile* é um sistema de equidade estabelecido entre membros de um mesmo estado com o propósito de assegurar a cada um seus direitos de propriedade, o conhecimento desse sistema de equidade é *utilis*, assim, a ciência do *ius civile* é *utilis*.”. CICERO. **De Inventione, De Optimo Genere**

De um lado, o Direito romano e seu exacerbado pragmatismo, apegado à realidade, dada a necessidade de se adaptar às novas situações suscitadas; de outro, o princípio-valor da *aequitas* romana, ambos constituindo um binômio que se entrelaça e se retroalimenta conforma a noção de *iustitia*, uma vez que, para os romanos, o Direito tende na realidade cotidiana à consecução da *iustitia* e, por esse motivo, reputa-se um direito como justo na ótica da ideia de justiça, não tanto considerada como *virtus aeterna immutabilis*, mas entendida em um plano terrenal, o dos homens, que anseiam e buscam a conquista do bem comum⁷⁴⁷.

Essa visão permite conceber a *iustitia* de uma maneira flexível, não manietada nem rígida, em função das necessidades pontuais de cada momento histórico em particular, razão pela qual cabe ao jurista esclarecer, sugerir e propor sobre os critérios do justo e do injusto em cada um dos momentos considerados⁷⁴⁸.

No primeiro fragmento do *Digesto* de Justiniano, Ulpiano cita a célebre frase de Celso: “[...] *ius est ars boni et aequi*.”⁷⁴⁹. O Direito é a arte do bom e do equo. O Direito é constante pesquisa e contínua práxis, destinado a individuar e a realizar no âmbito das relações intersubjetivas o bem dos indivíduos e a reconciliação dos interesses opostos⁷⁵⁰.

Com base nessa ideia, Ulpiano define os juristas como sacerdotes:

[...] *iustitiam* namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes⁷⁵¹.

Oratorum, Topica. Cambridge: Harvard; London: William Heinemann Ltd, 1949. p. 388-389. Tradução nossa.

⁷⁴⁷ BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho (AED)*. **RIDROM**, Ciudad Real, n. 22, p. 55-192, abr. 2019. p. 70-71.

⁷⁴⁸ BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho (AED)*. p. 70.

⁷⁴⁹ ULPIANUS. *Institutionum*. p. 31.

⁷⁵⁰ CERAMI, Pietro. La concezione celsina del *ius*: presupposti culturali ed implicazione metodologiche. *In*: UNIVERSITÀ DI PALERMO. **Annali del Seminario Giuridico**. Palermo: Palumbo, 1985. v. 38. p. 5-250. p. 19.

⁷⁵¹ “[...] pois cultivamos a justiça; professamos a notícia e ciência do bom e equitativo, separando o justo do injusto, discernindo o lícito do ilícito; desejando com veemência (se não me engano) a

A referência à equidade por parte da jurisprudência romana não consiste em apenas reafirmar de modo diverso valores já aceitos ou então basear decisões sobre novos valores entre os já recebidos. Os juristas romanos frequentemente mencionam a *aequitas* para introduzir verdadeiras e próprias inovações fundadas na presunção de valores antes não considerados pelo sistema jurídico. Mas essa *aequitas* não é hiperuraniana e longe do homem, mas sólida e realisticamente ligada às estruturas e valores atuais da sociedade⁷⁵².

Nessa lógica, caso a mera aplicação das *leges* ou das regras costumeiras do *ius civile* leve a uma solução iníqua (*in-aequa*) para um litígio, então o pretor corrige esse direito pela aplicação da *aequitas*, servindo como um abrandamento dos rigores excessivos do Direito Romano antigo⁷⁵³.

Com base na equidade, o magistrado pode negar uma ação, mesmo que conforme ao *ius civile*, ou então admitir que a parte aja com base em uma relação não contemplada pelo *ius civile*, mas que ele, tendo em conta as exigências do ambiente, as tendências da opinião pública e, sobretudo, dos juristas, considera digna de tutela⁷⁵⁴.

Uma interconexão do processo romano com a *aequitas* é representada pelo *iudicium ex bona fide*, conforme destacado em relação ao valor romano da *fides*, um juízo em que para certas matérias (compra e venda, locação, prestação de serviços, mandato, sociedade, tutela, etc.) não se observam formalidades por derivar de acordo mútuo das partes e, por isso, bastar o *mos maiorum* da *fides*, de forma que o juiz em sua decisão pondera as circunstâncias do caso conforme ao comportamento exigível. Ou seja, a força conferida à responsabilidade derivada da palavra dada emana do valor da *bona fides*, considerada um padrão de comportamento louvável em oposição ao mau comportamento representado pelo dolo (*dolus malus*), que o pretor tenta combater por meio de ações concedidas às

verdadeira filosofia, e não a aparente.”. ULPIANUS. *Institutionum*. p. 31. Tradução nossa do espanhol.

⁷⁵² MARUOTTI, Laura Solidoro. *Aequitas* e *ius scriptum*: Profili storici. **Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino**, Camerino, n. 1, p. 207-320, 2012. p. 237.

⁷⁵³ CARMIGNANI, Maria Cristina. A *Aequitas* e a Aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jun./dez. 2009. p. 122.

⁷⁵⁴ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 243.

partes afetadas pela celebração de contratos não solenes, conforme apareciam progressivamente⁷⁵⁵.

Outra expressão da conexão entre a *aequitas* e o trabalho processual do pretor é encontrada na instituição jurídica da *denegatio actionis*⁷⁵⁶, na qual o magistrado rejeita qualquer *actio* intentada pelo ator no exercício de um flagrante abuso de direito⁷⁵⁷.

Essas ações têm como fim a *utilitas*, concebida como a oportuna adequação do Direito às necessidades, exigências e conveniências da vida real. Por isso, a aparição de novas instituições jurídicas ou a modificação das já existentes. Em virtude dessa *utilitas*, produz-se a atualização das práticas costumeiras, mas longe de ab-rogar abruptamente os costumes dos seus antepassados, os romanos estabelecem paulatinamente exceções às soluções tradicionais para que, com o tempo, a exceção converta-se em norma geral e relegue, sem pressa, porém sem pausa, os costumes defasados. Tudo isso sem ser considerado um paradoxo, pois, na mentalidade romana, os novos princípios emanam dos antigos e cabe aos juristas a missão de revelá-los⁷⁵⁸.

No caso de uma possível colisão entre conveniência por razões práticas e estrita adesão a uma série de princípios dogmáticos, os juristas romanos não hesitam e geralmente se pronunciam em favor da solução mais pragmática, baseada no sólido e enraizado argumento da *utilitas*⁷⁵⁹. A própria passagem do antigo processo das *legis actiones* para o processo formular é realizado com um escopo de *utilitas*, de superar os velhos formalismos, não mais adequados, não mais úteis, para a nova sociedade romana.

⁷⁵⁵ BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho* (AED). p. 125-127.

⁷⁵⁶ “Negação da ação por parte do magistrado; isto é, faculdade e ato do magistrado pelo qual nega ao demandante a proteção judicial ou a concessão da fórmula que solicita, em razão de não estar sua pretensão amparada com ação no Edito ou por estimar o magistrado que ela não prosperará ou que não deve ser amparada por ser ilícita, imoral ou contrária à equidade.” GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano**. p. 186.

⁷⁵⁷ BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho* (AED). p. 127.

⁷⁵⁸ BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho* (AED). p. 75-76.

⁷⁵⁹ BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho* (AED). p. 76.

Assim, a extensão da defesa processual a novas situações anteriormente não previstas (extensão que, por fim, dá origem a novos institutos de direito material), manifesta-se com a admissão de novas ações, exceções e adaptações. Existem alguns casos em que o pretor age dessa forma dentro de uma ação civil já existente, pois podem apresentar-se hipóteses em que o exercício da ação fundada com base ao *ius civile* daria ensejo a consequências injustas. Por exemplo, faltando um dos pressupostos da ação, o pretor, para poder aceitá-la, finge que ele existe (*formulae ficticiae*)⁷⁶⁰.

Outro exemplo de ficção é a *fictio legis Corneliae*, criada para dar validade à sucessão do soldado romano que, havendo perdido sua liberdade por ter sido capturado por inimigos, perante sua nova condição de escravo, morre sem haver recuperado sua liberdade. Estritamente falando, um indivíduo que morre escravo não pode ter *hereditas*. Graças a tal ficção legal, presumia-se que o cidadão romano caído em desgraça morria um instante anterior à sua perda de liberdade e, em consequência, em vez de morrer como um escravo, para os efeitos jurídicos, entendia-se que morria como cidadão romano livre⁷⁶¹.

Já nas *actiones utiles*, o pretor amplia o campo de aplicação da ação originária do *ius civile* e a aplica por via de extensão analógica a outros casos parecidos que, ao não estarem contemplados exatamente no âmbito da ação prevista pelo *ius civile*, carecem de proteção judicial⁷⁶².

Já um exemplo de ação criada movida pela *aequitas* é a *bonorum possessio*, que concede a possessão provisória de bens hereditários e que é suscetível de se transformar em propriedade por meio do *usucapio*, com a finalidade de favorecer os filhos emancipados que, conforme à *hereditas* do *ius civile*, não herdavam, posto que já não integravam a família romana⁷⁶³. Assim se pronuncia o

⁷⁶⁰ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 243-244.

⁷⁶¹ BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho (AED)*. p. 164-165; BUCKLAND, William Warwick. **The Roman Law of Slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000. p. 300.

⁷⁶² BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho (AED)*. p. 156.

⁷⁶³ BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho (AED)*. p. 123.

jurisconsulto Gaio: “Hac parte Proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficiant.”⁷⁶⁴.

Também os recursos pretorianos extraordinários explicados anteriormente: *stipulationes praetoriae*, *missiones in possessionem*, *restitutiones in integrum e interdicta*, são todos criados com escopo prático, útil, com o objetivo de concretização da equidade.

Outra possibilidade é o pretor proceder com a inserção na fórmula de uma exceção, com base na qual o juiz é obrigado a absolver o réu, independente da legalidade da pretensão. Esse instrumento poderia ter seu fundamento no próprio *ius civile*, no sentido do réu ter um direito já previsto ainda mais forte que aquele do autor da ação, porém, o desenvolvimento das exceções acontece principalmente por obra do pretor que busca com isso impedir as consequências negativas do *ius civile* com base na equidade⁷⁶⁵.

A *exceptio*, colocada imediatamente após a *intentio*, é um cláusula incluída na *formula* a pedido do réu, que serve para subordinar a *condemnatio*, de forma a tornar ineficaz, ou processualmente inoperante, certo direito: por exemplo, a condenação do mutuário ao pagamento da soma recebida do empréstimo poderia estar condicionada, além que à validade do *mutuum*, à inexistência de um *pactum de non petendo*⁷⁶⁶ ostentado pelo réu⁷⁶⁷.

Outro exemplo de exceção é dada por Mousourakis: há no Direito Romano a *stipulatio*, uma transação formal consistente em uma pergunta solene

⁷⁶⁴ “Em esta parte, movido o Procônsul pela equidade natural, promete a possessão dos bens a todos os cognatos, a quem chama à herança pela razão de consanguinidade, ainda que não sejam admitidos pelo direito civil.”. GAIUS. *ad Edictum provinciale*. In: JUSTINIANO. **Cuerpo del Derecho Civil Romano**: Digesto. Barcelona: Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, 1897. Tomo III. p. 109. Tradução nossa do espanhol.

⁷⁶⁵ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 244-245.

⁷⁶⁶ “O *pactum de non petendo* para o direito romano clássico individuava um negócio informal, com o qual o credor se comprometia com o devedor a não solicitar, sempre ou por um determinado período, o cumprimento da prestação.”. FARINA, Angelo. **Pactum de Non Petendo**: profili critici e ricostruttivi. 144 f. Tese (Doutorado em Direito Comparado, Privado, Processual e de Empresa) – Escola de Doutorado em Ciências Jurídicas, Universidade de Milão, Milão, 2018. p. 6. Tradução nossa.

⁷⁶⁷ GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**: lezioni istituzionali di Diritto Romano. 2. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1963. p. 173.

feita por uma parte à outra sobre se esta última apresentaria um desempenho específico, seguido de uma resposta afirmativa solene da outra parte. Essa troca de perguntas e respostas criou uma obrigação da parte respondente sob o *ius civile*. Podem existir circunstâncias que tornem injusto para o credor fazer cumprir a transação. No entanto, nenhum remédio foi fornecido pelo *ius civile* em tal caso. Se as partes tivessem observado todas as formalidades prescritas, a validade do contrato não poderia ser questionada. Para retificar a situação, o pretor poderia usar sua própria autoridade para incluir uma cláusula adicional (*exceptio*) na *formula* relevante que permitisse ao réu tornar a reivindicação do autor ineficaz, mostrando motivos para negar julgamento a favor do autor. Quando o *exceptio* baseou-se na alegação de que o autor tinha agido de forma fraudulenta (*dolo*), foi designada *exceptio doli*⁷⁶⁸.

A concessão de exceções é um dispositivo engenhoso que permite que o pretor forneça alívio apropriado em casos individuais, sem questionar a validade da regra legal pertinente. Assim, a *exceptio doli* deixa intacto o princípio da estipulação, ou seja, a obrigação de agir como alguém prometera, respondendo de maneira particular a uma questão específica colocada. A forma da transação ainda criava a obrigação legal, embora o reconhecimento de que a intenção tem prioridade sobre a forma esteja implícito na aceitação da *exceptio doli*⁷⁶⁹.

Cláusulas afins à *exceptio*, são a *replicatio* do autor, a *duplicatio* do réu, a *triplicatio* do autor, etc., mediante as quais, contra uma circunstância deduzida da contraparte, fazia-se presente outra circunstância de forma a retirar a eficácia da primeira. A *exceptio* e as cláusulas afins podiam ser baseadas tanto sobre dispositivos legais quanto sobre concessões do magistrado jurisdicente (como no caso da *exceptio doli*)⁷⁷⁰.

As *exceptiones* distinguem-se em *peremptoriae*, caso possam ser opostas em qualquer momento à ação, como a *exceptio doli*, e *dilatoriae*, caso possam ser opostas somente em uma determinada época ou situação, como contra quem age

⁷⁶⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 54.

⁷⁶⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 54.

⁷⁷⁰ GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano: lezioni istituzionali di Diritto Romano**. p. 173.

para o pagamento de um débito em que ainda não ocorreu o vencimento, como na *exceptio* do *pactum de non petendo*⁷⁷¹.

A concessão de exceções é um dispositivo cauteloso que retém a essência das regras ao mesmo tempo em que proporciona alívio em um determinado caso ou tipo de caso. De fato, classificar um caso particular como excepcional parece confirmar a validade da regra relevante. Da mesma forma, o uso de ficção ajuda a vítima de má-fé ou erro nos casos em que os requisitos da lei estrita não foram cumpridos. No entanto, isso não diminui a validade dos princípios legais aplicados sob o antigo *ius civile*. Por exemplo, a ficção de um *usucapio* completo na *actio Publiciana* não afeta os princípios básicos do *ius civile* relativos à aquisição de propriedade⁷⁷².

Em outros casos, para alcançar as consequências jurídicas desejadas, o pretor procede a uma transposição de sujeitos na fórmula. Enquanto normalmente ator e réu são os mesmos na *intentio* e na *condemnatio*, às vezes o pretor (quando quer, por exemplo, que o direito de agir, que pelo *ius civile* caberia a uma pessoa, seja atribuído a outra, ou quando quer que uma ação, que pelo *ius civile* se dirigiria contra uma pessoa, seja dirigida a outra) recorre a uma transposição fazendo aparecer na *condemnatio* como autor ou réu uma pessoa diversa daquela que havia figurado como autor ou réu na *intentio*⁷⁷³.

Mas o caso em que mais evidentemente aparece a livre iniciativa do magistrado é aquele em que ele prescinde dos princípios do *ius civile* e tem em conta exclusivamente a situação de fato que para ele é digna de tutela. Aqui a tutela se desenvolve admitindo o exercício de ações, em que suas fórmulas, não existindo uma norma de *ius civile* correspondente, são fundadas somente nos fatos. Mediante essas *formulae in factum*, o pretor dá notável impulso à jurisprudência ao aceitar a defesa processual de relações que não tinham tutela com base no *ius civile*. Consequentemente, amplia progressivamente o sistema de relações jurídicas⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**: lezioni istituzionali di Diritto Romano. p. 173-174.

⁷⁷² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 56.

⁷⁷³ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 244.

⁷⁷⁴ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 244.

Essas ficções, exceções e outros dispositivos pretorianos facilitam a adaptação cautelosa e gradual das regras, na medida em que isso é considerado necessário, mas não parecem mudar quaisquer elementos no nível normativo. Porém, com uma observação mais atenta, não é difícil discernir que esses dispositivos produzem mudanças importantes no Direito⁷⁷⁵.

Embora a forma dessa mudança sugere que apenas um pequeno detalhe de uma regra foi afetado, um princípio importante do *ius civile* romano foi realmente tornado ineficaz ou posto de lado. A relação entre o *ius civile* e o *ius honorarium* (ou entre norma e equidade) exhibe claramente o compromisso dos romanos com as duas noções de estabilidade e mudança, de preservação do passado e de adaptação eficiente a novas necessidades⁷⁷⁶.

Dessa forma, introduzem-se exceções e adaptações que se tornam cada vez mais numerosos, de forma que se encontra um fenômeno único no mundo do Direito, no qual a regra tradicional, formulada em termos absolutos, perpetua-se e se repete até Justiniano ao lado de uma série conspícua de exceções e instituições que reduzem sua aplicação ao mínimo, a tal ponto que surge o problema se as exceções são a regra e a regra a exceção⁷⁷⁷.

Esse processo criativo do Direito é compromissado com a aderência ao concreto, a vivência do justo, não em sentido abstrato, mas inserido em um processo histórico-social⁷⁷⁸. Como diz Bernad, a tradicional distinção entre *ius praetorium* e *ius civile* reflete o velho contraste existente entre *ius aequum* e *ius strictum*, uma manifestação evidente da evolução e desenvolvimento do Direito Romano e também dos valores extrajurídicos da *aequitas* e da *utilitas*, cuja síntese, fusão e simbiose frutificaram para os romanos na noção de *iustitia*⁷⁷⁹.

É por meio do compromisso com a *aequitas* e do escopo pragmático do

⁷⁷⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 56.

⁷⁷⁶ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 56.

⁷⁷⁷ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 240.

⁷⁷⁸ REALE, Miguel. Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico: (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito). p. 196.

⁷⁷⁹ BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho* (AED). p. 127.

Direito Romano representado pela ideia de *utilitas* que se desenvolve o sistema jurídico de tendências universais do *ius gentium*.

5.4 PLURALISMO JURÍDICO: O *IUS GENTIUM* E A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE ROMA E OUTROS POVOS

A doutrina antiga acerca da história de Roma, por um longo tempo, teorizou que o estrangeiro em Roma é irrelevante juridicamente, por causa da existência hipotetizada de um estado natural de guerra perene. Entretanto, a tese de uma hostilidade natural foi lentamente superada por uma pontual crítica que evidenciou a insubsistência das fontes acerca desse ponto⁷⁸⁰.

Já na história tradicional sobre a fundação de Roma é destacado o caráter aberto da estrutura jurídico-religiosa original e a relevância do estrangeiro dentro da comunidade romana⁷⁸¹. Assim descreve Tito Lívio dissertando sobre a fundação de Roma:

Romulus [...] next care was to secure an addition to the population that the size of the City might not be a source of weakness. It had been the ancient policy of the founders of cities to get together a multitude of people of obscure and low origin and then to spread the fiction that they were the children of the soil. In accordance with this policy, Romulus opened a place of refuge [...] A promiscuous crowd of freemen and slaves, eager for change, fled thither from the neighbouring states. This was the first accession of strength to the nascent greatness of the city⁷⁸².

Como destaca Lívio, em sua *História de Roma*, quando Rômulo funda a cidade romana, os ritos religiosos são emprestados de outros povos, como da

⁷⁸⁰ MURONI, Adriana. **La Cittadinanza in Roma Antica (dal Regnum alla Fine dell'Età Repubblicana)**: Termini, Concetti, Sistema Giuridico-Religioso. 279 f. Tese (Doutorado em Direito e Economia dos Sistemas Produtivos) – Università degli Studi di Sassari, Sassari, 2012. p. 141-142.

⁷⁸¹ MURONI, Adriana. **La Cittadinanza in Roma Antica (dal Regnum alla Fine dell'Età Repubblicana)**: Termini, Concetti, Sistema Giuridico-Religioso. p. 142.

⁷⁸² “Rômulo [...] próximo cuidado foi garantir um complemento para a população para que o tamanho da Cidade não fosse uma fonte de fraqueza. Fora a antiga política dos fundadores das cidades reunir uma multidão de pessoas de origem obscura e baixa e depois espalhar a ficção de que eram os filhos do solo. De acordo com esta política, Romulus abriu um local de refúgio [...] Uma multidão promíscua de homens livres e escravos, ávidos por mudanças, fugiu dos estados vizinhos. Esta foi a primeira adesão de força à grandeza nascente da cidade.”. LIVIUS, Titus. **The History of Rome**. v. 1. Tradução nossa.

cidade legendária de Alba Longa e da Grécia, e os símbolos de poder são copiados dos etruscos. Mas o fato mais importante é que a própria cidade é fundada como uma miscigenação de estrangeiros. Além disso, dos sete reis de Roma, quatro são de origem estrangeira: o segundo, Numa Pompílio, é sabino, e os três últimos são etruscos.

A escolha de Numa Pompílio como rei é descrita por Cícero em sua *De re publica*: “Quibus cum esse praestantem Numam Pompilium fama ferret, praetermissis suis ciuibus regem alienigenam patribus auctoribus sibi ipse populus ascuit, eumque ad regnandum Sabinum hominem Romam Curibus acciuit.”⁷⁸³.

Essa descrição de Cícero demonstra não somente a abertura do sistema romano em relação aos estrangeiros, mas evidencia a própria sapiência da racionalidade romana desde os tempos mais arcaicos, principalmente dos seus líderes, os *patres*, que utilizam como critérios para escolha do rei a sabedoria e as virtudes do indivíduo, independente de sua nacionalidade.

Mesmo na Lei das XII Tábuas já se previa questões jurídicas relativas às relações entre romanos e estrangeiros, tanto de âmbito processual quanto de âmbito material, como o reconhecimento de uma garantia perpétua acerca de um bem adquirido por um estrangeiro tendo em vista a impossibilidade de ele conseguir o *dominium* previsto para os cidadãos romanos⁷⁸⁴.

De qualquer forma, a tutela jurídica do estrangeiro nos períodos mais antigos de Roma (Monarquia e República precoce) ainda é muito elementar, sofrendo grande transformação no período da República tardia.

A República tardia testemunha a ascensão de Roma como a potência dominante no mundo mediterrâneo. Esta ascensão é caracterizada pela expansão territorial de Roma e a sua transformação de uma comunidade agrária pequena e

⁷⁸³ “Como corria a fama de que [na sapiência régia e na virtude] Numa Pompílio era eminente, seus concidadãos foram preteridos e por autoridade dos pais [*patres*] o próprio povo admitiu como rei para si um estrangeiro e fez vir este homem sabino de Cures a Roma para reinar.”. CÍCERO. Sobre a República. p. 137.

⁷⁸⁴ MURONI, Adriana. **La Cittadinanza in Roma Antica (dal Regnum alla Fine dell’Età Repubblicana)**: Termini, Concetti, Sistema Giuridico-Religioso. p. 143-145.

fechada em um império comercial. Até esse período, o sistema jurídico romano era arcaico, imbuído de elementos religiosos e ritualísticos, rígido em sua aplicação. Assim, estava fadado a se tornar estacionário e habitualmente não responder à mudança social⁷⁸⁵.

Como destaca de Francisci, a consequência natural da expansão da dominação romana sobre outros territórios, das transformações econômicas, dos contatos com povos de outras linhagens e outras civilizações, da infiltração de novas concepções e novos costumes em Roma, é a mutação e desenvolvimento do sistema jurídico. O sistema primitivo fundado na *foedera*⁷⁸⁶, nos *mores*, na Lei das XII Tábuas, na interpretação pontifícia que surgiu para a pequena comunidade que tem suas bases econômicas na agricultura, certamente não poderia responder à composição, necessidades, tendências da nova sociedade que surgiu após as conquistas que formaram o império romano do Mediterrâneo⁷⁸⁷.

Sob as novas condições socioeconômicas que se materializaram em uma sociedade cada vez mais complexa, era vital modificar e ampliar o escopo da lei. Em resposta, a lei romana rompeu a barreira do formalismo e foi secularizada e internacionalizada. Formava um sistema altamente flexível que podia adaptar-se constantemente às exigências da vida social e comercial⁷⁸⁸.

Os fatores mais importantes nesse desenvolvimento incluíam os contatos nascentes com outras culturas e as relações econômicas cada vez mais complexas entre cidadãos romanos e estrangeiros (*peregrini*). Como a concessão da cidadania romana não acompanhou a expansão de Roma, uma massa crescente de estrangeiros residentes em território romano não possuía cidadania romana e, portanto, não tinha acesso ao *ius civile* romano. Um estrangeiro não poderia facilmente se envolver em transações legais e, se fosse prejudicado por outra pessoa, não poderia se defender ou reivindicar um direito perante as autoridades da cidade, a menos que ele garantisse proteção pessoal de um membro da

⁷⁸⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 49.

⁷⁸⁶ “[...] pactos [...] celebrados entre os chefes das *tribus* ou das *gentes* no ato da criação da unidade cidadã [...]”. GUARINO, Antonio. **Pagine di Diritto Romano**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1993. p. 207. Tradução nossa.

⁷⁸⁷ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 231.

⁷⁸⁸ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 49.

comunidade⁷⁸⁹.

O desenvolvimento do comércio exterior e a proliferação de estrangeiros vivendo em Roma levaram à necessidade de formular regras aplicáveis às disputas entre estrangeiros e entre estrangeiros e romanos. Isso acarretou o surgimento de um novo corpo de leis que era de origem e natureza romano, mas carecia do formalismo e da rigidez do *ius civile* arcaico. Este corpo de lei foi designado *ius gentium* (a lei das nações) e originou-se dos éditos do pretor peregrino, o novo magistrado encarregado da jurisdição sobre casos envolvendo estrangeiros. Em menor grau, essa lei também foi moldada pelos éditos dos governadores provinciais cuja jurisdição abrangia disputas entre cidadãos romanos provinciais e membros da comunidade local, e ocasionalmente casos envolvendo apenas estrangeiros⁷⁹⁰.

Participar de disputas envolvendo pessoas de diversas origens nacionais teria sido difícil sem empregar regras baseadas principalmente no senso comum, conveniência e justiça, que foram confirmadas pelo uso geral e prevalente entre muitas comunidades. Em contraste com o antigo *ius civile* (da monarquia e da República precoce), o *ius gentium* foi caracterizado pela sua simplicidade, adaptabilidade e ênfase na substância e não na forma. Desta forma, o *ius gentium* tornou-se um dos principais canais pelos quais o pensamento contemporâneo esclarecido, incluindo ideias gregas e princípios éticos, poderia se infiltrar no sistema do Direito Romano⁷⁹¹.

Contudo, esta mudança de atitude não implica o abandono do antigo princípio relativo à aplicabilidade restrita do *ius civile* romano. À medida que a função do pretor peregrino se materializa, induz uma divisão no Direito. Os direitos dos cidadãos são reconhecidos e protegidos perante o antigo tribunal do *praetor urbanus*, o magistrado encarregado da administração do Direito doméstico dos romanos. Esses direitos distinguiam-se daqueles reconhecidos e protegidos perante o tribunal do pretor peregrino, o magistrado encarregado da jurisdição sobre os

⁷⁸⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 49.

⁷⁹⁰ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 49-50.

⁷⁹¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 50.

estrangeiros⁷⁹².

Os direitos dentro da jurisdição do antigo tribunal são aplicados por meio do processo da *legis actiones*. Os direitos que envolvem os estrangeiros são aplicados através de recursos legais introduzidos pelo pretor peregrino a seu critério e em virtude de seu *ius edicendi*, ou seja, o direito de emitir ordens ou regulamentos administrativos derivados de seu *imperium*. O pretor peregrino, assim, desfruta de maior liberdade do que seu colega urbano, já que nenhuma norma limita suas operações. Assim, ao formular remédios, ele pode considerar as novas necessidades criadas pelas condições sociais e econômicas em constante mudança⁷⁹³.

Embora pouca informação exista sobre os métodos empregados pelo pretor peregrino no desempenho de suas funções, pode-se supor que ele adota o *ius civile* quando aplicável ao caso relevante. Além disso, as normas costumeiras comuns a muitas nações devem ter sido relevantes para determinar se uma reivindicação foi fundada ou não no *ius*. Por exemplo, um magistrado pode facilmente entender que muitas nações transferem títulos para terras e propriedades por mera entrega e pagamento, e não pelos métodos formais familiares a Roma. Isso implica um crescente reconhecimento pelos magistrados jurisdicionais da validade de acordos informais ou contratos consensuais baseados em boa-fé (*bona fides*) em transações comerciais, contratos em que romanos e estrangeiros poderiam contratar da mesma maneira⁷⁹⁴.

No entanto, um fato importante é que quando um magistrado trata de uma disputa envolvendo estrangeiros, ele deve ter em mente que suas soluções devem estar de acordo com o que é considerado adequado e razoável do ponto de vista de um cidadão romano. Assim, o *ius gentium* pode ser descrito como um sistema complexo de costumes geralmente observados e regras que incorporam elementos que os romanos consideram como refletindo a substância do *ius*, em outras

⁷⁹² MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 50.

⁷⁹³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 50.

⁷⁹⁴ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 50.

palavras, o que é bom e equitativo (*bonum et aequum*)⁷⁹⁵.

Assim, quando um apelo é apresentado ao pretor peregrino, a principal base para reparação legal é o senso do magistrado sobre o que é certo e equitativo. A ausência de quaisquer regras rígidas no procedimento implementado pelo pretor peregrino cria elasticidade suficiente para seu ajuste às exigências do caso relevante. Por isso, não apenas estrangeiros, mas também os cidadãos romanos cada vez mais confiam nela como meio de resolver disputas legais. Com o tempo, entretanto, a técnica elástica do pretor peregrino é adotada pelo pretor urbano na decisão de casos entre cidadãos romanos que se encontram fora do escopo do direito romano doméstico. Ao mesmo tempo, elementos do *ius gentium* entram no âmbito do direito romano doméstico através do édito do pretor urbano⁷⁹⁶.

A transição para um sistema de procedimentos mais flexível adquire o reconhecimento legislativo com a *lex Aebutia* (final do segundo século a.C.), embora o reconhecimento tenha ocorrido muito antes da promulgação daquela lei. Como resultado desse desenvolvimento, o pretor urbano já não está vinculado às velhas formas legais de ação (*legis actiones*) e tem liberdade para conceber novos remédios e fórmulas processuais correspondentes para enfrentar controvérsias geradas por novas circunstâncias socioeconômicas. Tais medidas não se restringem à aplicação das normas em vigor, mas podem ser usadas para modificar ou substituir as normas existentes. Embora, em princípio, nenhum pretor possuísse autoridade legislativa, eles na verdade criam novas normas ao se empenharem extensivamente em seu direito de regular as formas de processo aceitas em juízo⁷⁹⁷.

Dessa forma, as relações com os povos estrangeiros e suas consequências jurídicas com o *ius gentium*, ao influenciarem o *ius civile*, realizam fundamental papel na passagem do antigo procedimento da *legis actiones* para o mais sofisticado procedimento da República tardia do processo formular.

Assim, pode-se constatar dois corpos jurídicos coexistindo. Conforme esclarece Bonfante, *ius civile* é o complexo de institutos jurídicos particulares ao

⁷⁹⁵ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 50.

⁷⁹⁶ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 50-51.

⁷⁹⁷ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 51.

povo romano, enquanto *ius gentium* (direito das gentes, dos povos ou das nações) é o direito que os romanos possuem em comum com todos os outros povos. Os povos dos quais o direito em comum formou o *ius gentium* foram os povos civilizados ao redor da bacia do Mediterrâneo, especialmente helênicos. Entre todos esses povos, a comunalidade de origem ou os contatos antigos e frequentes e o desenvolvimento econômico e civil em comum haviam realmente gerado uma massa considerável de usos e instituições comuns⁷⁹⁸.

A isto acrescenta-se que os romanos não aplicam a sua própria lei ou a lei estrangeira com estes estrangeiros, como se segue no direito internacional moderno, mas estas regras comuns, e quando não houve nenhuma, reduziram tanto quanto possível a um conteúdo mais simples preceitos e institutos diversos, retirando os elementos específicos de cada povo, de modo que o *ius gentium* pode ser definido como o conjunto de regras que os romanos têm em comum com os povos civilizados da antiguidade ou que vieram a criar nos relacionamentos com eles⁷⁹⁹.

Essa concepção deriva da forma como Roma se relacionava com os outros povos. Os romanos consideravam livres as comunidades que, por se juntarem à aliança romana, eram privadas de soberania reconhecida internacionalmente, até porque a supremacia de Roma não era na forma de uma dominação absoluta⁸⁰⁰.

As municipalidades romanas, apesar de sua dependência política, são isentas do controle de governadores, possuem terras próprias e são autônomas até mesmo em matéria de finança. Diferença de opiniões entre elas e Roma são resolvidas no Senado. Isso demonstra a liberdade como concebida pelos romanos, apesar da ausência de soberania internacional e de que tropas, dinheiro e bens são cobradas dessas municipalidades⁸⁰¹.

Até mesmo o regime de governo das comunidades estrangeiras, sujeitas

⁷⁹⁸ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 15.

⁷⁹⁹ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 16.

⁸⁰⁰ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 141.

⁸⁰¹ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 144.

ao Estado romano e sob o controle de governadores, não constitui uma espécie de monarquia absoluta. Apesar de não serem consideradas cidades livres no sentido estrito do termo, como as municipalidades, possuem semelhanças com elas, como ter seu próprio território, sua própria lei e sua própria administração, mesmo estando sob constante controle e intervenção do governador. As próprias comunidades estrangeiras se consideram e se designam como livres⁸⁰².

Mousourakis explica que nas províncias o Direito Romano não é imposto à força, pelo contrário, as leis e os costumes das comunidades não-romanas geralmente operam intactos, exceto na medida em que pudessem se mostrar embaraçosos ao domínio romano⁸⁰³.

Aborda Biondi que o *ius civile*, ou seja, o Direito aplicado somente entre cidadãos romanos, coexiste com os Direitos de outros povos, a cada um aplicável, porém, sob o impulso de necessidades práticas, para a maior parte das relações patrimoniais, a unificação jurídica se alcança com o *ius gentium*, o qual, fundado sobre a *naturalis ratio*⁸⁰⁴ e centrado na boa-fé e na equidade, que são elementos essencialmente humanos e, assim, universais, é aplicável a todos os povos⁸⁰⁵. Ou seja, os valores que compõem o sistema ético romano, por serem derivado dessa *naturalis ratio*, aplicam-se a todos os povos, por isso a relevância dessa moral perene também para o cenário transnacional.

A observação de um povo dominante e a necessidade de regular as relações com os estrangeiros de todos os povos levaram os próprios romanos a buscar uma base positiva e a aceitar uma denominação expressiva de institutos naturais no *ius gentium*⁸⁰⁶.

O primeiro desses princípios de aplicação universal consiste na *fides*, ou

⁸⁰² SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 145.

⁸⁰³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 102-103.

⁸⁰⁴ “Ao que se refere ao *ius gentium*, a ninguém escapará como em Gaio a fundamental concordância das normas é derivada da *naturalis ratio*, ideia que deriva sem sombra de dúvida da filosofia grega, e que influenciou profundamente o conceito de *ius gentium*, tanto a fazer absorver nele também máximas e princípios que encontram sua base no sentimento ético e que, portanto, são reconhecidos em Roma como existentes em todos os povos que alcançaram um determinado grau de civilização.”. FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 258. Tradução nossa.

⁸⁰⁵ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 38.

⁸⁰⁶ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 402-403.

seja, cumprir com a palavra dada. Por meio desse princípio, os pretores peregrinos julgam os contratos selados entre cidadãos e estrangeiros ou entre estrangeiros⁸⁰⁷. Conforme destacam Dal Ri e Demarchi, a *fides* sustenta e fomenta o desenvolvimento do que é posteriormente reconhecido como *ius gentium*⁸⁰⁸.

Mas o conceito fundamental que conecta as diferentes ordens no *ius gentium* é o de *naturalis ratio*. Os juristas frequentemente falam de *natura* e *ratio*, e tais conceitos constituem motivos para decisões ou fundamento de institutos. A noção de *natura* reflete a normalidade ou realidade das coisas que são a base da vida e das instituições jurídicas: é a realidade vista com os olhos de um jurista e para aquilo que pode interessar ao Direito. O mesmo se aplica à *ratio*⁸⁰⁹. A *naturalis ratio* busca refletir na realidade ordenada pelo Direito (a realidade social, mas também dos próprios institutos jurídicos) a mesma ordem que existe na natureza (por isso é uma *ratio naturalis*).

Ius gentium é definido por Ulpiano como: “*ius gentium est, quo gentes humanae utuntur; quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*”⁸¹⁰. Ou seja, é um Direito que pode ser depreendido pela razão da natureza, sendo comum a todas as gentes.

A ideia de uma *naturalis ratio* surge em Roma como justificação do sistema jurídico do *ius gentium*, um sistema que precisava conciliar as normas que regiam os romanos com as normas que regiam outros povos. O *ius civile* justifica-se perante os romanos por ser baseado nas suas tradições e história, mas isso não bastava para justificar normas aplicáveis a outros povos⁸¹¹.

Por isso, explica Miguel Reale:

Foi, então, que o conceito de *ratio naturalis* entrou no sistema

⁸⁰⁷ SILVA, Cristina Nogueira da. Universalismo, Pluralismo e Casuísmo no Direito Romano. p. 6.

⁸⁰⁸ DAL RI, Luciene; DEMARCHI, Clóvis. *Ius Gentium* e Direito Internacional: identificação ou sobreposição? **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 3, p. 462-484, set./dez. 2017. p. 472.

⁸⁰⁹ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 225.

⁸¹⁰ “O direito das gentes é aplicado às gentes humanas, que por meio do entendimento pode depreender facilmente da natureza, e, entre todos os animais, apenas o homem compartilha essa lei entre si.” ULPIANUS. *Institutionum*. p. 32. Tradução nossa.

⁸¹¹ REALE, Miguel. O conceito de “*ratio naturalis*” entre os juriconsultos romanos e Santo Tomás de Aquino. p. 108-109.

do Direito Romano, vindo, por assim dizer, a constituir a cúpula do lento e progressivo trabalho multi-secular.

Se há um direito igual entre todos os povos, se há um conjunto de normas comum a todos; é que esses preceitos resultam necessária e universalmente da *razão natural* que é sempre a mesma por toda parte⁸¹².

Assim, os romanos chegam a compreensão da *naturalis ratio* não por mero interesse especulativo, mas por uma necessidade prática, uma exigência da própria obra jurídica que precisa ser construída naquele momento. Mas, como destaca Reale, a noção de *naturalis ratio* não desempenha unicamente um papel de fundamento justificativo da ordem jurídica, mas representa também um princípio de alto alcance prático nos domínios de aplicação do Direito⁸¹³. Nesse sentido de aplicação prática, *naturalis ratio* não significa a razão humana, mas a ordem (*ratio*) natural das coisas, isto é, é a base natural racional de sustentação dos institutos jurídicos.

Mas o pluralismo em Roma vai além do *ius gentium*. Os romanos reconheciam os ordenamentos jurídicos próprios das cidades aliadas ou conquistadas por Roma durante o processo militar que conduz à formação do império. Ou seja, no território politicamente submetido ao Império Romano, vigoram, ao lado do Direito Romano, uma grande diversidade de ordenamentos jurídicos⁸¹⁴. Essa preservação do pluralismo também é baseada em uma *naturalis ratio*, o fundamento jurídico parte sempre do mesmo ponto.

Assim, além do *ius civile* de Roma e o *ius gentium*, coexistem ainda os direitos próprios das cidades, com os seus costumes locais, além do Direito Romano provincial, que tem sua origem com os governadores das províncias e nas tradições jurídicas dessas províncias, como a tradição greco-helenística nas províncias do Oriente⁸¹⁵.

Esse sistema plural do Direito Romano está intrinsecamente conectado

⁸¹² REALE, Miguel. O conceito de “ratio naturalis” entre os juristas romanos e Santo Tomás de Aquino. p. 109.

⁸¹³ REALE, Miguel. O conceito de “ratio naturalis” entre os juristas romanos e Santo Tomás de Aquino. p. 109, 112.

⁸¹⁴ SILVA, Cristina Nogueira da. Universalismo, Pluralismo e Casuismo no Direito Romano. p. 9-10.

⁸¹⁵ SILVA, Cristina Nogueira da. Universalismo, Pluralismo e Casuismo no Direito Romano. p. 10.

com os demais elementos da racionalidade jurídica abordados. Além da fidelidade já mencionada, reflete um Direito preocupado com a utilidade de suas normas; um respeito pela tradição, não só do povo romano, mas também dos outros povos; a liberdade de permitir que outros locais mantenham suas próprias leis; a equidade, ou seja, a justiça do caso concreto, que se alcança por meio da conciliação de diversas normas; além da segurança jurídica para todos que vivem sob ou mantêm relações com o Império Romano.

Constituindo-se a República romana em um império, o pluralismo torna-se um elemento essencial na coordenação de território tão vasto, abrangendo povos tão diversos. Além disso, a República romana não tinha como objetivo a submissão total dos povos conquistados, com o simples objetivo de dominação ou exploração, mas sim o aumento não apenas quantitativo do Império, mas qualitativo, com a troca de bens, mas também de cultura e experiência que essa conexão dentro do Império Romano gerava. Roma leva consigo toda sua cultura, mas também não deixa de se influenciar por aquilo que encontra e que é útil para o seu desenvolvimento.

A relação entre os cidadãos romanos e os estrangeiros, portanto, destaca as tendências universalistas e a elasticidade da *civitas* que permite aos romanos agregar elementos que são sempre novos. Nesse sentido, o conceito moderno de cidadania, baseado na dependência do cidadão em relação ao Estado, difere profundamente da ideia romana que envolve, com uma noção extraordinária e simples, ser voluntariamente membro de uma comunidade livre unida pelo Direito⁸¹⁶.

⁸¹⁶ MURONI, Adriana. **La Cittadinanza in Roma Antica (dal Regnum alla Fine dell'Età Repubblicana)**: Termini, Concetti, Sistema Giuridico-Religioso. p. 160.

CAPÍTULO 6

A RACIONALIDADE JURÍDICA ROMANA REPUBLICANA E O DIREITO TRANSNACIONAL

6.1 CONEXÕES ENTRE O DIREITO ROMANO REPUBLICANO PRIVADO E O DIREITO TRANSNACIONAL

Na origem de cada instituição e governo em cada canto do mundo, não existe uma única política, são diversas, assim como são diversas as formas de se fazer música, economia, poesia, medicina, etc., pois são diversas as formas como o ser humano se fenomeniza no planeta Terra. Mas pertencendo todos a mesma espécie humana, deve haver, nessas grandes variáveis, um conectivo, um nexos simples que dê unidade de ação às infinitas variáveis dos diferentes modos do humano⁸¹⁷.

No mundo contemporâneo, a complexidade das relações jurídicas que surgem no contexto internacional, incluindo entre os sistemas jurídicos nacionais⁸¹⁸, a crescente interação entre os órgãos jurídicos que regulam diversos assuntos, a necessidade de referir toda a interpretação da lei aos valores adotados pela

⁸¹⁷ MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade**. p. 41.

⁸¹⁸ “Também os sistemas jurídicos nacionais revelam diferenças decorrentes da formação histórica dos povos. Para muitos Estados a base histórica de governo é a mesma, como por exemplo, o direito romano-germânico aplicado no Brasil, também aplicado em Portugal, ainda que assim existam elementos característicos a cada Estado que interferem nas relações sociais. Esta contradição se torna mais preocupante quando as bases de direito são diferentes e muitas vezes com valores contraditórios. Atualmente, os três sistemas jurídicos mais representativos são a *common law*, a *civil law* e o direito islâmico. E estes sistemas jurídicos possuem maneiras distintas de se estruturar e aplicar o direito, de tal forma que invariavelmente resulta em conflito entre eles.

A contradição é mais preocupante com sistemas jurídicos muito distintos dos demais, como ocorre com sistema jurídico islâmico, cuja fonte principal é o Corão, onde o Estado trabalha a serviço das leis divinas. Os sistemas jurídicos ocidentais partem do pressuposto de um Estado laico, autônomo do poder religioso. No mundo islâmico a situação ainda é bastante diferente, sendo que o jurídico não pode contrariar o religioso. Diante disso, é concreto que a globalização compromete a estabilidade dos sistemas jurídicos no cenário global.

[...]

Há outros sistemas jurídicos que poderiam ser citados, como o direito judaico, o direito chinês e o direito japonês [...]”. SOARES, Josemar. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 140-163, jul./dez. 2011. p. 142.

constituição política e pelos tratados e princípios que com vocação universal integram as cartas fundamentais, no âmbito do complexo axiológico que caracteriza o sistema jurídico que participam os ordenamentos, evidenciam o caráter aberto deles, refletindo uma mudança de paradigma, evidenciando a necessidade de encontrar uma linguagem comum suficientemente sólida, mas também flexível, que tenha força para governar as relações que surgem no contexto transnacional⁸¹⁹.

Por isso, a regulação das novas relações entre cidadãos de um mundo globalizado só é possível a partir da construção de sistemas jurídicos abertos, que superem os estreitos confins dos tradicionais sistemas fechados, ligados ao território interno e aos contextos meramente locais⁸²⁰.

Como destaca Letizia Vacca, um Direito que tenha como escopo a resolução de conflitos transnacionais deve ser capaz de coordenar tradições e regras locais com tradições e regras transnacionais, implicando em uma renovação da cultura jurídica, entendida como nova consciência do caráter transnacional do Direito, nos seus aspectos teóricos e práticos. Tal objetivo só pode ser obtido por meio de uma forte interação entre teoria e prática⁸²¹.

A partir dessas reflexões, pode-se identificar as semelhanças entre o Direito Romano e o Direito Transnacional, justificando-se essa aproximação. Da mesma forma que na época republicana romana haviam poucas normas escritas para resolver os conflitos privados, também no cenário transnacional não há um ordenamento jurídico específico composto de normas positivadas para aplicação nos conflitos transnacionais.

Além disso, como destaca Carrá, Roma é provavelmente a primeira sociedade histórica a possuir um Direito globalizado:

⁸¹⁹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana. p. 623.

⁸²⁰ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana. p. 622.

⁸²¹ VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale**: ricerche. p. 272.

De fato, se entendermos a globalização como o processo de integração entre nações e suas respectivas empresas e cidadãos, substancialmente por meio do comércio, alavancado pelos meios de informação e de transporte que emergiram entre os séculos XX e XXI, não consistiria nenhum exagero afirmar que em dada medida isso também foi vivenciado na Roma antiga quando de seu momento expansionista⁸²².

A necessidade de conciliação de diferentes normas, costumes, culturas, mostra-se necessária na época em que a República romana amplia seu domínio e suas relações abrangendo diversos povos que passam a interagir com os romanos, constituindo o chamado *ius gentium*. No cenário transnacional, essa realidade aparece na necessidade de conciliar diferentes normas em casos que envolvem diferentes Estados e/ou indivíduos de diferentes Estados.

Muroni, ao discutir as necessidades de uniformização jurídica da comunidade europeia, destaca que, mesmo que de um ponto de vista apenas geral, os princípios de direito romano constituem uma base realmente comum ao panorama jurídico europeu. Assim, os aspectos mais típicos da *civitas* romana, fundada sobre a comunhão de direitos, resultam ainda idôneos para fornecer válidos pontos de reflexão sobre a via de superamento da atual heterogênea situação europeia⁸²³.

Pode-se estender tal afirmação primeiramente aos outros países não europeus que também possuem uma matriz de direito romano, mas, além disso e principalmente, também aos demais países do globo, pois como destacado nesse trabalho, a racionalidade jurídica romana funciona em uma lógica universal. A própria conciliação de direitos realizadas pelo *ius gentium* não partiu de nenhum sistema jurídico em comum anterior.

Pode-se objetar a comparação do *ius gentium* com a ideia de um direito internacional ou transnacional contemporâneo pelo fato de, no primeiro caso, haver uma relação vertical entre Roma e os demais povos, com o *ius gentium* só existindo

⁸²² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano para uma sociedade globalizada? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 8, p. 139-166, jul./set. 2016. p. 140-141.

⁸²³ MURONI, Adriana. **La Cittadinanza in Roma Antica (dal Regnum alla Fine dell'Età Repubblicana)**: Termini, Concetti, Sistema Giuridico-Religioso. p. VIII.

pela vontade e na forma estabelecida pela *civitas* romana; enquanto nas atuais relações internacionais e transnacionais haver uma colaboração horizontal entre os Estados. Porém, como elucida Giliberti, se cada Estado fosse realmente independente em tudo e para tudo, não poderia existir nenhum direito além de âmbito nacional⁸²⁴.

A igualdade dos atores das relações internacionais é um princípio que, tanto no passado quanto na atualidade, não é tomado ao pé da letra. Os Estados normalmente se organizam em torno aos interesses de uma ou mais potências hegemônicas com capacidade de impor uma ordem internacional que lhes convém. E essa ordem é continuamente ameaçada quando os interesses supremos dos atores principais estão em jogo, enquanto é mais sólida em casos de importância não decisiva⁸²⁵.

Mesmo assim, a atuação de Roma em relação aos outros povos não consiste em uma simples imposição egoísta de suas regras para benefício exclusivamente próprio e sem preocupação com as demais civilizações, simplesmente retirando aquilo que lhe interessa, como aconteceu em muitos outros impérios no decorrer da história. Como destaca Miguel Reale, a

[...] mentalidade pragmática e calculista, “voluntarista” em suma, dessa gente que, depois de conquistar um vasto império, procurou dar-lhe organização e disciplina de base jurídica, objetivando condições de paz e de progresso, como garantia de domínio menos contestado⁸²⁶.

Os romanos sabem que um domínio baseado somente na força é difícil de manter, por isso realizam essa união com os outros povos criando uma organicidade que garante não somente controle, mas paz e progresso para todos, derivado em parte de certa liberdade que não é mais retirada de nenhum povo e em parte a partir das trocas econômicas, intelectuais e culturais que esse contexto proporciona.

⁸²⁴ GILIBERTI, Giuseppe. *L'ius Gentium Romano Come Ordinamento Transnazionale*. **Cultura giuridica e diritto vivente**, Urbino, v. 2, p. 1-14, 2015. p. 2.

⁸²⁵ GILIBERTI, Giuseppe. *L'ius Gentium Romano Come Ordinamento Transnazionale*. p. 2.

⁸²⁶ REALE, Miguel. Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico: (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito). p. 192.

Embora a expansão e a assimilação sejam realizadas inicialmente pela força, Roma se vale do comércio e de uma rede de transportes e comunicações com o fim de integrar os diversos povos conquistados. Como no mundo atual, os romanos possuem a consciência de que o Direito consiste em importante instrumento de poder ao fornecer as ferramentas necessárias para tornar estáveis e seguras as relações sociais que se formam nessa miscigenação cultural. Assim, não há razão para desconsiderar a contribuição romana nos dias atuais quando, guardadas as devidas proporções históricas, vive-se realidade semelhante⁸²⁷.

Afirma Miguel Reale que o senso de ordem é, geralmente, o senso do Direito. Esse senso ou vontade de coordenação pacífica é central no povo romano que também não somente não careceu, mas como também se orgulhou, da alta consciência da força e da missão própria do Estado. Daí a importância fundamental que há entre os romanos o culto do Direito e do Estado, orientando-os no sentido da criação de uma ciência nova, distinta da Ética e da Política, porém a elas subordinada: a Jurisprudência⁸²⁸.

Além disso, o Direito Romano republicano é um direito jurisprudencial e casuístico, que é o único tipo de Direito que realmente pode ser aplicado nos conflitos transnacionais, pois não há um órgão soberano para estabelecer quais normas devem ser aplicadas. Mesmo a idealização da construção de um ordenamento jurídico transnacional, nos moldes dos nacionais, mas com uma amplitude transnacional, não é a maneira mais adequada de lidar com os conflitos transnacionais por diversos motivos. Primeiramente, porque mesmo em âmbitos nacionais já existe certa crise nesse modelo jurídico, também, por sua vez, por diversos motivos, como pelo fato das normas serem criadas frequentemente baseadas somente na autoridade, sem o reconhecimento popular; pelo fato de depender de um processo legislativo lento e que chega sempre depois dos problemas e das mudanças sociais, além de dificilmente conseguir englobar toda a complexidade dos casos concretos; pelo fato de gerar tantas normas que seus

⁸²⁷ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano para uma sociedade globalizada?* p. 141.

⁸²⁸ REALE, Miguel. *Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico: (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito)*. p. 192-193.

conflitos, ambiguidades e problemas interpretativos em geral, geram grande insegurança; entre outras questões. E, em segundo lugar e principalmente, pelo Direito ser produto cultural, e, assim, a imposição de normas globais, nos moldes nacionais, a todos os povos, seria uma imposição cultural dominante a diferentes povos e não haveria, assim, reconhecimento; por isso, dificilmente essas normas seriam cumpridas de maneira satisfatória.

Destaca-se, nesse trabalho, o Direito Romano privado, mas, por mais que esse Direito seja chamado de privado na época, para a realidade atual ele não se limita ao direito privado, primeiramente porque na época a parte processual também considera-se de âmbito privado, diferente da atualidade que considera de direito público, e, em segundo lugar, porque no Direito Transnacional não há nítida separação entre público e privado.

Os valores da ética perene romana, como nortes da aplicação do Direito, são um sistema ético aplicável a todas as áreas do Direito, inclusive de âmbito público, principalmente quando se trata de democracias, ou seja, em que a observância dos valores fundamentais do homem em âmbito de administração pública é imprescindível.

As interconexões entre Direito Romano e a transnacionalidade podem ser identificadas inclusive em previsões de mecanismos de Direito Transnacional atuais, como no estatuto da Corte Internacional de Justiça⁸²⁹, que prevê em seu artigo 38:

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
 - a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

⁸²⁹ “A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas (ONU). Foi estabelecido em junho de 1945 pela Carta das Nações Unidas e começou a trabalhar em abril de 1946.

[...]

O papel da Corte é de resolver, de acordo com o direito internacional, os litígios jurídicos que lhe são submetidos por Estados e emitir pareceres consultivos sobre questões jurídicas que lhe são remetidas por órgãos e agências especializadas das Nações Unidas.”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Court**. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/court>>. Acesso em: 13 ago. 2019. Tradução nossa.

- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - c. the general principles of law recognized by civilized nations;
 - d. [...] judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.
2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto⁸³⁰.

A Corte, além das convenções internacionais, tem como fonte jurídica os costumes internacionais evidenciados pela sua observância prática como se fosse lei, da mesma maneira como é percebido o costume no Direito Romano; e ainda os princípios gerais do Direito reconhecidos pelas nações, também na mesma lógica de aplicação do *ius gentium*. A Corte possui ainda, como fonte subsidiária, as decisões anteriores e as opiniões dos juristas de maior reconhecimento; assim como no Direito Romano se buscava a construção da resposta jurídica do caso concreto por meio dos pareceres dos jurisconsultos e da análise das decisões anteriores.

A referência mais explícita encontra-se ainda no segundo ponto do artigo, que permite que a Corte decida, se as partes concordarem, com base apenas na equidade, independentemente das fontes previamente elencadas.

O valor da equidade para a Corte é complementado pelo artigo 59 que diz: “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.”⁸³¹. O que vale é o valor do caso concreto, as decisões anteriores servem como parâmetro, mas não podem vincular as

⁸³⁰ “1. A Corte, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional os litígios que lhe são submetidos, deverá aplicar:

- a. convenções internacionais, gerais ou particulares, estabelecendo regras expressamente reconhecidas pelos estados contestadores;
- b. costume internacional, como evidência de uma prática geral aceita como lei;
- c. os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. [...] decisões judiciais e os ensinamentos dos publicistas mais qualificados das diversas nações, como meios subsidiários para a determinação de regras de direito.

2. Esta disposição não prejudica o poder da Corte de decidir um caso *ex aequo et bono*, se as partes concordarem com isso.”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Statute of the International Court of Justice**. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>. Acesso em: 13 ago. 2019. Tradução nossa.

⁸³¹ “A decisão da Corte não tem força vinculante, exceto entre as partes e em relação a esse caso particular.”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Statute of the International Court of Justice**. Tradução nossa.

posteriores, sob pena de violar a equidade, a justiça do caso concreto, pois cada caso possui suas particularidades.

Assim, a aplicação da racionalidade jurídica romana na análise jurídica transnacional permite a compreensão do fenômeno jurídico desvinculado da autoridade estatal e, dessa forma, a identificação dos pontos comuns entre os diversos ordenamentos e práticas jurídicas e o estabelecimento da organização jurídica (e, talvez, política) necessária no complexo cenário da transnacionalidade.

6.2 OS VALORES ÉTICO-JURÍDICOS ROMANOS E O DIREITO TRANSNACIONAL

O Direito é um produto cultural, e, por isso, não é possível separá-lo dos valores sociais que constituem a base de suas práticas. Como defende Maruotti, a interpretação de uma norma contém elementos valorativos e discricionais, por isso, há a necessidade de se encontrar um “ordenamento de valores”, sem negar a interdependência do âmbito jurídico em relação ao âmbito filosófico. Assim, se por um lado a tentativa de eliminar os aspectos políticos, avaliativos, ideológicos e discricionários do pensamento jurídico é vã e inadequada, por outro, esses elementos devem ser esclarecidos, destacados, bem articulados e justificados em toda decisão judicial: é necessário tornar explícitas suas premissas. Na consciência do jurista, não é possível separar o pensamento jurídico do pensamento filosófico, tanto em sua esfera prática (a aplicação da lei), como em sua atividade teórica (a construção da dogmática), a jurisprudência é pensamento orientado a valores⁸³².

Continua a autora que tal conclusão pode ser obtida por dois motivos:

- a) a norma positiva - nacional e transnacional - frequentemente utiliza conceitos jurídicos indeterminados ou abertos e cláusulas gerais, cujo escopo normativo deve necessariamente ser integrado através de interpretações autônomas do intérprete e, portanto, da conferência de sentido que ele faz dela⁸³³; e

⁸³² MARUOTTI, Laura Solidoro. *Aequitas e ius scriptum: Profili storici*. p. 211.

⁸³³ MARUOTTI, Laura Solidoro. *Aequitas e ius scriptum: Profili storici*. p. 211.

b) quando a lei carece de avaliação independente e se refere a critérios extralegais ou extrajudiciais, se as concepções sociais atuais são unitárias e convergentes, a doutrina e a jurisprudência serão uniformes, enquanto no caso de pluralismos axiológicos, a decisão é discricionária⁸³⁴.

A isso se adicionam outras considerações. Por um lado, a lei está sujeita a um processo natural de obsolescência e, em qualquer caso, não é capaz de antecipar todos os juízos de valor que se mostrarão indispensáveis para sua aplicação. A aplicação da lei, portanto, ocorre em parte com base nos juízos de valor já previstos pela lei, mas em outra parte com base em juízos de valor adicionais (ou seja, avaliações independentes) do intérprete. E, finalmente, dada a inevitável ambiguidade de toda lei, o intérprete não tem diante de si uma solução única, mas uma variedade de soluções, às vezes obtíveis diretamente da lei, mas que às vezes são buscadas fora da lei⁸³⁵.

A escolha entre essas soluções se dá com base nos critérios de avaliação (não apenas técnico-jurídicos, mas também políticos e ideológicos) do intérprete e, portanto, depende da "filosofia do direito" que ele segue. É por isso que, no estudo da interpretação da lei, é preciso estar bem ciente de três elementos: filosofia, sociologia, técnica jurídica⁸³⁶. É o que fez Miguel Reale, estudioso do Direito Romano, com sua Teoria Tridimensional⁸³⁷, definindo o Direito como fato (sociologia), valor (filosofia) e norma (técnica jurídica).

Porém, na atualidade, esses três setores permanecem isolados. A ciência jurídica propõe ao jurista um grande número de ferramentas hermenêuticas e operacionais, mas permanece a complexidade de qual usar⁸³⁸.

No cenário transnacional, essa questão se torna ainda mais complexa. Os diversos conflitos entre instituições e indivíduos, entre indivíduos de diferentes Estados, entre instituições nacionais, internacionais e transnacionais, e entre os

⁸³⁴ MARUOTTI, Laura Solidoro. *Aequitas e ius scriptum: Profili storici*. p. 211-212.

⁸³⁵ MARUOTTI, Laura Solidoro. *Aequitas e ius scriptum: Profili storici*. p. 212.

⁸³⁶ MARUOTTI, Laura Solidoro. *Aequitas e ius scriptum: Profili storici*. p. 212.

⁸³⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁸³⁸ MARUOTTI, Laura Solidoro. *Aequitas e ius scriptum: Profili storici*. p. 212.

próprios Estados, são conflitos que interferem de forma direta ou indireta na vida em sociedade como um todo. A raiz última de todo o conflito reside na questão da intersubjetividade entre as pessoas e são das mais diversas naturezas: culturais, sociais, políticos, econômicos, etc.⁸³⁹.

Como destaca Soares:

A origem dos conflitos está, entre outros fatores, no crescente processo de globalização, que aproxima e obriga o envolvimento entre os Estados nacionais e seus respectivos cidadãos, revelando várias diferenças. Hoje a sociedade latino-americana vive em constante contato com a norte-americana, com a europeia, com a africana, a árabe, chinesa, japonesa, e assim por diante. Porém cada Estado é resultado de certa história, com certos valores, de certa cultura jurídica. Com a globalização esses valores entram em choque⁸⁴⁰.

O problema do racismo que envolve o processo de imigração, por exemplo, apesar das óbvias consequências jurídicas, é um problema de ordem cultural e social. A questão de empresas transnacionais que se fixam em países onde possam aproveitar de mão de obra mais barata é um problema de ordem social, política e econômica. A dificuldade de integração entre países de blocos comunitários é um problema de ordem cultural, política, social, econômica, etc. E os exemplos continuam: conflitos entre palestinos e israelitas, entre ocidentais e orientais, etc.⁸⁴¹ Todos esses fatos possuem complexas questões jurídicas que não podem ser analisadas disassociadas das demais ordens que as compõem. Por isso a impossibilidade de separar a ciência jurídica das demais áreas do conhecimento e dos valores sociais que estão por detrás de todos esses conflitos.

Os valores ético-jurídicos de Direito Romano são nortes válidos para a resolução de conflitos transnacionais, porque não são normas jurídicas arbitrárias, mas são reflexos dos valores do ser humano, não correspondem a ideais de um determinado povo de um determinado período histórico, mas representam valores

⁸³⁹ SOARES, Josemar. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. p. 140.

⁸⁴⁰ SOARES, Josemar. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. p. 141.

⁸⁴¹ SOARES, Josemar. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. p. 140.

perenes, sempre presentes na história do ser humano. O que o Direito Romano faz é traduzir esses valores em princípios de uma racionalidade jurídica com grande eficiência prática.

Não se objetiva propor aqui a adoção dos exatos valores romanos e de forma absoluta, o que seria fora de contexto e geraria o problema, inclusive abordado nesse trabalho, de imposição de valores, de direitos, de normas, para povos que não necessariamente os compartilhem. A forma externa como esses valores aparecem para os romanos é vinculado ao contexto histórico-cultural deles, porém, a essência desses valores que é algo perene, vinculada a ideia de humanidade e civilização. Tanto que apesar desses valores permanecerem relativamente os mesmos na história de Roma, suas aplicações constantemente mudam conforme muda a sociedade romana, como por exemplo a *pietas*, o senso de dever que percorre toda a história de Roma, mas enquanto em um primeiro momento significa, entre outras coisas, um dever unilateral dos plebeus em relação aos patrícios, conforme a desigualdade entre as classes diminui, passa a ser um dever recíproco.

Além disso, sendo perenes, podem ser vistos, de uma maneira ou de outra, pelo menos em algum grau, nas mais diversas civilizações, antigas e atuais. Porém, Roma teve o mérito de melhor conscientizá-los e aplicá-los, na maior parte das vezes inclusive expressamente, nas mais diversas áreas da vida social, e, inclusive, são constantemente objetos de textos que analisam suas influências para o desenvolvimento ou decadência da sociedade. No próprio fim da República, os romanos, como Tito Lívio, fazem a conexão entre a decadência dos valores e a decadência da *civitas* romana que levou ao fim da República.

Tais valores compõem o espírito do constitucionalismo, e como não existe ainda um constitucionalismo transnacional, o modo atual de resolver os conflitos deve partir desta base valorativa, pois ela dá o fundamento que justifica o mesmo respeito magno que tem uma Carta constitucional.

Assim como o Direito Romano é vinculado à ideia de liberdade, também o Direito Transnacional o deve ser. Como não há poder soberano para impor um

ordenamento jurídico transnacional, as relações jurídicas transnacionais devem ser pautadas pela liberdade, toda tentativa de imposição de normas por nações dominantes está fadada ao fracasso pela falta de reconhecimento das populações objeto das imposições, pela falta de contextualização adequada e pelos interesses obscuros por detrás de tais práticas, como destacado pelas pesquisas de Mattei, Nader e Yarn.

Em âmbito transnacional, frequentemente os países mais poderosos tentam impor suas próprias normas e costumes para os países mais fracos que entram em conflito, fazem isso com a crença de assim levar desenvolvimento, porém os resultados tendem a ser desastrosos, as populações não aceitam bem essas imposições externas e por essas soluções serem transportadas sem a devida adaptação ao contexto local, não funcionam. Sem contar quando isso é feito propositalmente com o objetivo de pilhagem (Mattei e Nader).

O que Roma ensina nas relações internacionais, é que mesmo sendo um Estado imperialista e impondo submissão a diversos povos estrangeiros, não retira a maior parte de suas liberdades, permitindo que permaneçam com suas culturas, administrações e leis, e conciliando essas diferentes visões de mundo para benefício de todos os envolvidos.

Dentro da jurisdição, a ideia de *libertas* reflete para os romanos um processo prevalentemente privado, com as partes possuindo a liberdade de escolher o árbitro para a resolução do litígio e podendo acordar uma solução a qualquer momento. Ou seja, já existe, de alguma maneira, a aplicação dos atualmente chamados métodos alternativos ou consensuais de resolução de conflitos. O método que fica mais evidente é a arbitragem, instituto fundamental em resolução de conflitos transnacionais, principalmente em âmbito comercial, em que as câmaras de arbitragem já são amplamente utilizadas.

Mas o espírito da mediação também já existe no processo romano pelo fato de ser conduzido no sentido maior de restaurar relações rompidas do que aplicar uma norma jurídica. Nas relações transnacionais, a mediação deve desenvolver importante papel de conciliar interesses diversos, principalmente nos

conflitos entre Estados. Apesar de já ser aplicada, o uso da mediação deve ser ampliado e melhor desenvolvido para ter um efetivo resultado nos conflitos transnacionais, principalmente no sentido de ser uma mediação adequada ao contexto em que é aplicada, para não acontecer o que Yarn alertou (conforme item 1.5) em referência aos mediadores externos que algumas vezes atrapalharam, em vez de ajudar, importantes processos de pacificação.

Apesar da liberdade jurisdicional, como no Direito Romano a atuação do pretor é bastante ativa para não permitir que injustiças ocorram, da mesma forma em âmbito transnacional deve haver esse controle por magistrados transnacionais que busquem evitar que um excesso de liberdade se torne vantagem injusta para partes mais poderosas e astutas em contendas transnacionais.

As tradições dos *mores maiorum* são de importância fundamental para o Direito Romano privado, já que havendo pouquíssimas normas escritas, são elas a principal fonte do Direito. No Direito Transnacional também não há um ordenamento nos moldes dos nacionais, não havendo a autoridade legítima necessária para estabelecer as normas expressas para regulação das relações transnacionais, dificultando uma aplicação precisa de normas escritas específicas, como ocorre, normalmente, na jurisdição nacional. Assim, a observação dos costumes, das tradições ancestrais dos povos, pode oferecer formas de identificação de práticas jurídicas comuns que podem embasar a resolução de conflitos transnacionais, já que muitas práticas, principalmente tratando-se de relações privadas, são semelhantes, conforme destaca-se no item 6.4.

As normas jurídicas provenientes dos costumes de um povo possuem uma força maior do que as normas simplesmente impostas por uma autoridade. Enquanto as últimas são baseadas simplesmente na coerção, as primeiras são baseadas no próprio reconhecimento de que são justas.

Apesar dos costumes como principal fonte do Direito serem a regra geral de épocas antigas, os romanos destacaram-se na sua habilidade de conciliar a tradição com a evolução. Na perspectiva jurídica, o pretor republicano não aplica os costumes pura e simplesmente, mas os adequa à realidade, ao caso concreto, de

acordo com a equidade e a utilidade, permitindo o livre desenvolvimento dos costumes simultaneamente ao desenvolvimento social. Mas isso não é feito conforme a livre vontade do magistrado, mas por meio do diálogo com os especialistas, os jurisconsultos, e de acordo com a consciência social. Um magistrado não muda um costume se não há uma tendência social para essa mudança.

Da mesma forma, o Direito Transnacional não deve engessar as mudanças sociais com base na tradição, mas seguir o fluxo natural de evolução dos costumes e da sociedade, que não é o mesmo para todas as nações, possuindo diferenças profundas que devem ser respeitadas conforme a intensa pluralidade que constitui a vida social no globo terrestre. Mesma com essas diferenças, deve-se encontrar os pontos de conexão, como realizado pelo pretor peregrino.

A *dignitas* e a *pietas* destacam a importância dos deveres. Quando a tendência global é em direção aos direitos, é importante que o homem transnacional lembre-se dos seus deveres⁸⁴². Um dos valores mais enraizados do povo romano é a *pietas*, o compromisso que o homem tem para com sua família, para o seu próximo humano, para com a sua pátria, para com a sociedade em que vive, para com a divindade (no âmbito transnacional, o compromisso seria com a humanidade). Não existem somente direitos transnacionais, mas há também deveres transnacionais. E os deveres do cidadão romano para com os seus concidadãos, tornam-se os deveres do cidadão cosmopolita para com todos, independente de sua nacionalidade; da mesma maneira, o compromisso não é mais só com a pátria, mas com todo o planeta. Essa questão destaca-se ainda mais quando duas das principais pautas transnacionais são a ambiental e a das migrações. Questões essas que demandam compromissos efetivos de todos com a sociedade global.

Como as questões transnacionais envolvem diversas nações soberanas, é necessário *concordia* para lidar com elas. Hoje, apesar da sociedade estar cada vez mais transnacionalizada, caminha-se cada vez mais para a *discordia*, com os

⁸⁴² Sobre essa questão: SOARES, Josemar Sidinei. A condição dos deveres como pressuposto para efetivação de um diálogo transnacional. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Ativismo Judicial e Judicialização de Políticas Públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico**. Itajaí: Univali, 2016. Tomo II. p. 65-79.

crecentes conflitos dos mais diversos tipos entres nações e o diálogo cada vez mais difícil e improdutivo. Os romanos já haviam percebido a necessidade da *concordia* para o desenvolvimento e o fortalecimento da República e como o aprofundamento da discordância levava a sérios danos para a *civitas*, e, no fim, acabou com a República (a história se repetiria com a crise do Principado e a anarquia militar e o advento do Dominato).

Isso não significa que não devem haver conflitos, eles são fundamentais para as mudanças e desenvolvimento social, mas é a busca pela *concordia* que leva às soluções dos conflitos, à abertura ao diálogo, se não há a busca pela *concordia*, o conflito só resulta em dano para a coletividade. Foi assim que a diferença entre classes em Roma diminui até se extinguir, e é assim que devem ser solucionadas as questões transnacionais, buscando a solução consensuada e efetiva.

Como ideais de excelência, a *virtus* e a *dignitas* devem permear o Direito Transnacional. Primeiramente, aqueles designados para serem os julgadores em questões transnacionais devem ser possuídores de *virtus*, assim como em Roma é necessária a *virtus* para o exercício e ascensão em cargos públicos, e a *dignitas* não somente é derivada de ações individuais de excelência, mas principalmente consequência de ações políticas que geram resultados positivos para toda a coletividade. A *dignitas* do homem público é tão importante que até mesmo César a colocou acima da própria vida.

Questões tão complexas, como tendem a ser os conflitos transnacionais, precisam de homens preparados para determinar, como diz Lucílio, o preço certo de cada coisa, quanto vale, o que é justo, útil e honesto, precisam ter excelência moral para decidir adequadamente e não serem levados por interesses obscuros em detrimento do resultado equitativo. Precisam demonstrar ter e exercer a dignidade necessária na condução de tão importante tarefa.

Assim, devem ocupar os cargos de pretores transnacionais aqueles que possuem a competência adequada traduzida pelo mérito de suas ações, pela sabedoria que constitui sua *dignitas*, e não a mera *nobilitas*, ou seja, aqueles que possuem algum *status*, alguma influência que por si só possa levá-los a ocupar

cargos que não possuem a competência adequada para ocupar. Além disso, estando a *virtus* relacionada com a função social do homem, como o pretor romano serve aos interesses do Estado romano, o magistrado transnacional deve servir não mais os interesses específicos de um Estado, mas os interesses da comunidade transnacional.

Como critério interpretativo, a *virtus* deve conduzir a soluções jurídicas que favorecem os que ajem de maneira adequada às práticas jurídicas transnacionais, não permitindo decisões que favoreçam atitudes em desacordo com os costumes que geralmente permeiam as relações jurídicas transnacionais. O *dolo* de uns não pode prevalecer sobre a *bona fides* de outros.

A *humanitas* garante a mesma dignidade a todos, independente da nação ou de qualquer outra questão, *humanitas* é a qualidade do *humanus*. É imprescindível que um adequado tratamento dos conflitos transnacionais deve partir de uma concepção humanística de que todos são possuidores da mesma dignidade, independente da nação e da cultura, de que não se pode resolver os conflitos por meio de uma visão unilateral, por meio de imposição de regras derivadas exclusivamente da concepção de determinadas nações mais fortes.

A própria condução do Direito Transnacional deve ser humanista, ou seja, preocupada com o desenvolvimento do ser humano, com a justiça do caso concreto. E, como destacado, ao ser humanista, o Direito Transnacional deve ser aberto ao pluralismo, e não fechado em uma cultura específica.

Assim como a equidade conduz o Direito Romano, também deve conduzir o Direito Transnacional. Sendo a equidade a justiça do caso concreto, ela adquire especial destaque no cenário transnacional, já que, por um lado, não há normas jurídicas gerais e abstratas, havendo uma vinculação maior na busca da justiça específica do caso concreto, e, por outro, a complexidade derivada da multiplicidade de fatores em um caso transnacional demanda que a equidade seja aplicada tanto na sua função de reconciliação de interesses e equilíbrio de posições como na sua categoria técnica interpretativa de qualificação, avaliação e distinção de elementos relevantes dos casos concretos.

A equidade também traz a tona o papel da avaliação social. Sendo a democracia categoria fundamental nas atuais sociedades, também deve estar presente na transnacionalidade, ainda que não voltada a aspectos políticos meramente nacionais. A consciência das mais diversas sociedades em relação ao que acontece no mundo deve ser levada em consideração se o que se busca é legitimidade das decisões transnacionais.

A *bona fides* continua desde a época dos romanos até a atualidade, seja em âmbito nacional como em internacional, exercendo influência basilar em âmbito contratual. A *bona fides* é consequência direta dos demais valores romanos, pois garante a justiça do caso concreto em detrimento de rigores legais que podem levar a alguém agir com dolo. Na falta de normas jurídicas positivas ela ganha importância ainda maior ao ser um norte de como devem ser conduzidos os contratos. Mais importante do que qualquer norma jurídica em relações privadas, é a confiança que se dá a outra parte em uma relação jurídica, a boa-fé com a qual se espera que o pacto seja cumprido, mas o pacto entendido na sua verdadeira e honesta intenção, e não meramente naquilo que se encontra escrito.

A *utilitas* é fundamental no contexto da modernidade globalizada que resulta em uma assimetria nas relações contratuais, presente na contratação em massa e nas relações de consumo em geral. O Direito globalizado, como destaca Carrá, tem necessidade de uma noção de *utilitas*, por meio da qual seria possível graduar, em um mundo cujas relações contratuais são cada vez mais assimétricas, as obrigações e responsabilidades negociais para não tornar injustas as distâncias entre as partes⁸⁴³.

Esse conjunto de valores que compõe o sistema ético romano, esse reflexo de uma moral perene vinculada à *humanitas*, constitui uma base principiológica que pode servir de guia para o Direito Transnacional. A partir desses valores, desenvolve-se a racionalidade jurídica romana republicana, uma racionalidade, para além das normas, vinculada ao fenômeno jurídico em sua essência, compromissada com a justiça do caso concreto.

⁸⁴³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano para uma sociedade globalizada?* p. 153.

6.3 A RACIONALIDADE JURÍDICA ROMANA E O DIREITO TRANSNACIONAL

Mais do que determinados institutos jurídicos de Direito Romano, o essencial é compreender a racionalidade jurídica romana, pois como destaca Meneghetti:

A única coisa que pode fazer transcendência e reconfirmar a unidade humanística e por consequência abrir aquele horizonte de concreto bem-estar do espírito que faz a dança universal das coisas, é o sábio saber da mente. *Onde o homem colhe maior saber, encontra maior ser de si mesmo*. Justamente esta é a conexão e a referência de valor que pode constituir o eixo de todos os outros valores políticos, ideológicos, religiosos, filosóficos, etc.: a superioridade da mente que sabe ver e entrar naquele ser que nos define e nos confirma a todos⁸⁴⁴.

A conexão necessária entre diferentes nações em um mundo transnacional só pode ser realizada a partir da *humanitas*, do conectivo humano. É uma racionalidade humanista, baseadas nos valores perenes da humanidade, que permite encontrar os pontos de diálogo entre as mais diversas culturas e situações.

A tendência na resolução de questões jurídicas, sejam nacionais ou transnacionais, mas também em outras áreas, é apostar em métodos externos, mas mesmo para esses métodos serem elaborados, é necessário uma mente, um saber, uma racionalidade que os desenvolva, não somente uma vez, mas constantemente, pois a sociedade é uma mudança perene, por isso a necessidade de uma racionalidade que constantemente acompanhe as mudanças e adapte os métodos de solução para cada caso.

Antes do que estabelecer formas externas de regulação, coordenação e solução de conflitos transnacionais, é necessário desenvolver uma racionalidade voltada a compreender o fenômeno jurídico como algo além da norma, além daquilo que é posto por um determinado Estado ou instituição (mas não contrário à norma, mas aquilo que espiritualiza a norma). A racionalidade humana possui a capacidade virtual de captar elementos jurídicos perenes, independentes de sistemas legislativos ou nacionalidades, e é isso que os juristas romanos souberam fazer muito bem.

⁸⁴⁴ MENEGHETTI, Antonio. **Racionalidade Ontológica**. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2015. p. 15.

Como destaca Vacca:

Credo infatti che un'*interpretatio* che tenga conto dei principi fondanti comuni e sia risultato ad un tempo di una pratica che attinga da una piena consapevolezza metodologica gli elementi necessari a guidare le soluzioni concrete, assicurandone la coerenza e la duttilità ai 'valori' che vengono via via 'socialmente' individuati come da tutelarsi in via prioritaria, possa essere anche oggi una valida opzione per il superamento della crisi del diritto e del particolarismo giuridico, derivato non solo dal coesistere dei vari ordinamenti nazionali, ma anche del frammentarsi del sistema delle fonti in un complesso di regole eterogenee e spesso non coordinate⁸⁴⁵.

Em outras palavras, um Direito que é substanciado na identificação científica da solução "justa" de casos concretos ainda pode constituir uma resposta hodierna para as instâncias de "refundação" da ciência jurídica, no sentido mais amplo e geral, de uma ciência jurídica, por sua vez, não constituída por um "sistema" de conceitos abstratos, mas por um "sistema prudencial"⁸⁴⁶.

O método de razoer dos juristas romanos dota o jurista contemporâneo dos elementos necessários para resolver as vicissitudes das relações de um mundo globalizado, enquanto promove uma visão sistêmica que reforça a coerência e torna imperioso o consentimento em torno das categorias ordenadoras do sistema. O jurista adquire um papel de maior exigência enquanto se converte em um permanente reconstrutor das fontes, tarefa que o comina à elaboração de critérios mediante o entendimento das estruturas que subjacem o sistema⁸⁴⁷.

A tarefa do jurista deve ser guiada por uma racionalidade que, com sua força de coesão, legitimidade e poder de dar coerência ao sistema jurídico, pode

⁸⁴⁵ "Acredito de fato que uma *interpretatio* que leve em conta os princípios fundadores comuns e seja ao mesmo tempo o resultado de uma prática que retire de uma plena consciência metodológica os elementos necessários para orientar as soluções concretas, assegurando sua coerência e adaptabilidade aos 'valores' que são gradualmente 'socialmente' identificados como prioritários, podendo hoje também ser uma opção válida para ultrapassar a crise do direito e do particularismo jurídico, derivada não só da coexistência dos vários sistemas nacionais, mas também da fragmentação do sistema de fontes em um complexo de regras heterogêneas e muitas vezes descoordenadas". VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale**: ricerche. p. 261. Tradução nossa.

⁸⁴⁶ VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale**: ricerche. p. 261-262.

⁸⁴⁷ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana. p. 621.

garantir decisões revestidas de consenso, em que os juristas constroem soluções que proporcionam equilíbrios transitórios dentro de um sistema no qual estão dispostos a rever constantemente novas circunstâncias, diferentes nuances que tornam necessárias outras soluções provisórias, em constante evolução entre tópica e sistema, sob a proteção da segurança que outorga a preservação de princípios jurídicos reconstruídos permanentemente à luz das demandas sociais⁸⁴⁸.

Na consecução dessa tarefa, o instituto da razão natural dos romanos proporciona uma valiosa ferramenta. A *naturalis ratio* é a capacidade de avaliar a natureza das coisas, baseada na observação empírica da sociedade e da natureza. Essa sensibilidade jurídica é aplicada, por exemplo, quando o juiz é chamado a decidir com base no bom senso, na avaliação factual, no limite entre Direito e Moral⁸⁴⁹. Essa razão é baseada na observação empírica, na lógica das coisas e dos fatos, sendo um tipo de análise de grande utilidade na análise jurídica transnacional na falta de normas jurídicas de apoio ou então na conciliação de diferentes ordens normativas.

Nessa conciliação, as ferramentas da *interpretatio* continuam relevantes, ou seja, chega-se a ela por meio dos métodos de comparação e analogia, do uso dos princípios-valores ético-jurídicos, da identificação da adequada relação entre *verba* e *voluntas*, da determinação da *quaestio iuris*, do método dialético, etc.

Quando se fala em Direito Transnacional não se pode buscar nova finitização da ordem jurídica, como é tradição em âmbito nacional, mas, como destaca Soares, deve haver “[...] abertura a um critério que permite identificar a cada caso a melhor solução a estimular o desenvolvimento de cada pessoa.”⁸⁵⁰, afinal, um Direito fundado na *libertas*, deve garantir o livre desenvolvimento da personalidade.

É nessa tarefa de encontrar a justiça do caso concreto que a racionalidade jurídica romana pode exercer papel fundamental para os conflitos

⁸⁴⁸ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de ‘obligación’ sustancialmente humana. p. 630.

⁸⁴⁹ GILIBERTI, Giuseppe. *L’Ius Gentium Romano Come Ordinamento Transnazionale*. p. 13.

⁸⁵⁰ SOARES, Josemar. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. p. 159.

transnacionais, mas mesmo nos casos em que são criadas normas jurídicas de Direito Transnacional, o Direito Romano exerce sua influência. No caso da necessidade de criar normas jurídicas harmonizadoras entre diferentes países, como acontece em blocos comunitários, os princípios ou valores ético-jurídicos romanos exercem, ou podem exercer, papel de guia e de conexão entre os diferentes sistemas.

No caso do direito comunitário da União Europeia, por exemplo, o princípio da boa-fé existe em todas as legislações europeias. Por isso, a ideia de que cada parte contratante tem a obrigação de atuar conforme as exigências da boa-fé foi expressamente incorporada aos *Princípios de Direito Contratual Europeu*. Além disso, ao longo de seus artigos, há abundantes referências à boa-fé⁸⁵¹. Isso demonstra tanto o caráter perene da *bona fides* quanto à sapiência da técnica do *ius gentium* de encontrar elementos comuns para harmonização de sistemas jurídicos.

Rafael Domingo Osle traz o Direito Romano para o constitucionalismo e afirma que:

Por ser anterior ao estado-nação, o direito romano constitui um bom antídoto contra qualquer tipo de constitucionalismo extremo que busque estender a linguagem e os modos de constitucionalismo nacional não filtrado ou não refinado. Mas a lei romana também constitui um bom antídoto contra aqueles que são céticos sobre a viabilidade do constitucionalismo global. Olhando para a lei romana, tempera a visão de que o atual estado soberano positivista constitucional é o único paradigma genuíno e possível. Esse preconceito, na minha opinião, constitui um verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento correto do constitucionalismo global, que é geneticamente pós-soberano, pós-nacionalista e pós-positivista. Se o constitucionalismo global é pós-todas essas coisas, o direito romano era, por assim dizer, pré-tudo: pré-soberano, pré-nacionalista e pré-positivista. O constitucionalismo global e o direito romano estão, portanto, ligados por serem não soberanos, não nacionalistas e não positivistas. Eles representam o passado e o futuro da lei, embora não o

⁸⁵¹ SALAZAR REVUELTA, María. Formación en el derecho romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo. *Ridrom*, Ciudad Real, n. 14, p. 111-187, abr. 2015. p. 165-166.

presente, que é principalmente soberanista, nacionalista e positivista⁸⁵².

Buscando-se pensar um constitucionalismo para além do Estado-nação, as conexões com o Direito Romano ficam claras, já que tanto o sistema jurídico romano quanto qualquer plano jurídico transnacional prescindem de conceitos como soberania, nacionalidade e positivismo jurídico. A racionalidade jurídica romana demonstra a viabilidade de tal projeto e também apresenta ferramentas de construção de tal projeto.

No quesito segurança, os romanos também garantem a legitimidade das decisões do magistrado que, mesmo com a ampla liberdade de decisão, não age arbitrariamente, mas, principalmente em casos complexos, consulta seu conselho composto por juristas e/ou solicita aos jurisconsultos seus pareceres. Esses jurisconsultos são juristas reconhecidos pela sua alta capacidade de raciocínio jurídico, da qualidade de suas interpretações jurídicas. Assim, garante-se que a decisão judicial não seja solipsista, mas ponderada cuidadosamente por especialistas.

É fundamental que as decisões de conflitos transnacionais permitam o diálogo, não sejam confiadas a um único indivíduo que muitas vezes não é um especialista na matéria ou possui uma visão limitada pela sua cultura, o que não corresponde ao pluralismo transnacional.

Claro que o diálogo não significa que se chegará a uma conclusão unânime, nem que a decisão necessariamente será justa. Porém, um processo dialógico real, em que os envolvidos realmente estão abertos a ouvir, ponderar, mudar de opinião, criar consensos, possibilita uma diminuição da insegurança jurídica e um aumento qualitativo da decisão, pois é uma decisão construída de forma ponderada, com alto grau de razoabilidade.

Marcelo Neves, quando trata do seu transconstitucionalismo, afirma que não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de

⁸⁵² DOMINGO OSLE, Rafael. Direito Romano e Constitucionalismo Global. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 321-350, maio/ago. 2019. p. 323.

tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui a periferia. Isso importa relações de observações mútuas em um contexto em que se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens⁸⁵³.

Nesse sentido, fala de uma conversação ou diálogo entre as cortes constitucionais em casos transnacionais, porém essa conversação não deve levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas jurídicas diversas. No limiar, toda conversação entre cortes carrega em si o potencial da disputa, o problema é como solucionar essa disputa sem a imposição de um ordenamento sobre o outro⁸⁵⁴.

Por isso, a relação entre as diferentes opiniões no Direito Romano é útil no desenvolvimento do Direito Transnacional. Possuem maior força aquelas decisões já consolidadas, que os romanos chamam de *ius receptum*, mas conforme surgem as necessidades de mudança, desenvolvem-se novas ideias, no início ainda *ius controversum*, mas com o tempo podem tornar-se consolidadas e substituir as anteriores, permitindo a constante evolução do Direito, mas sem revoluções improvisadas e instáveis. A ciência jurídica se constrói com *prudentia*.

Em qualquer âmbito esse diálogo é importante, mas em questões transnacionais é ainda mais evidente, pois envolvendo diferentes nações, diferentes soberanias, diferentes normas e culturas, é preciso que as decisões sejam tomadas da forma mais consensual possível, conciliando esses tão diversos interesses e práticas para que a sociedade global prospere por meio da *concordia*. Essa construção *inter cives*, ainda que de forma mais indireta, mas também mais natural e espontânea, é o que ocorre na elaboração do *ius gentium*.

6.4 IUS GENTIUM E DIREITO TRANSNACIONAL

A experiência jurídica romana antecipa em séculos a noção de sociedade global, como também seus problemas e soluções. O antigo Direito Romano não se

⁸⁵³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 117.

⁸⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 117-118.

constitui em normas jurídicas voltadas apenas para os romanos, mas também para os estrangeiros, adquirindo um caráter expansionista e passando a servir de base normativa para várias culturas. Além disso, ocorre também um movimento de simbiose em que se assimila as peculiaridades dos povos estrangeiros de maneira a permitir uma convivência harmônica entre as regras da Roma tradicional e as dos povos conquistados, tornando-o verdadeiramente um direito cosmopolita⁸⁵⁵.

Nesse processo, o Direito Romano se deixa renovar por uma miríade de valores vindos de todas as partes do Império, exigindo uma ampla revisão de suas bases iniciais. Conforme Roma torna-se um império, seu Direito deixa de ser um conjunto de regras destinadas a poucos indivíduos para tornar-se um sistema jurídico amplo, voltado a disciplinar uma sociedade cosmopolita⁸⁵⁶.

Miguel Reale destaca, nesse sentido, o impressionante contraste entre a robustez do edifício político erguido pelos romanos, a magnitude do Estado romano, unitária e poderosamente constituído sem prejuízos dos usos e costumes e das instituições vigentes nas províncias incorporadas, e o agrupamento de centros políticos que foi o mundo grego, com suas cidades autárquicas erguidas umas contra as outras, e suas federações instáveis e passageiras⁸⁵⁷. Esse poder de unificação do Império Romano, assim, tem muito o que ensinar quando se discute uma tentativa de harmonização em um mundo transnacional.

O pluralismo romano representado pela relação jurídica de Roma com os povos estrangeiros pelo *ius gentium* é de muito valor para a conciliação de diferentes normas. Um dos grandes problemas na resolução de conflitos transnacionais é encontrar quais normas devem ser aplicadas tendo em vista que as partes e demais elementos do caso concreto possuem diferentes nacionalidades e, assim, estariam submissos a diferentes normas jurídicas.

⁸⁵⁵ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano para uma sociedade globalizada?* p. 141.

⁸⁵⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano para uma sociedade globalizada?* p. 141.

⁸⁵⁷ REALE, Miguel. *Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico: (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito)*. p. 192.

Como destaca Villarreal, o Direito Romano torna-se modelo de harmonização do Direito enquanto constrói um Direito com vocação universal, o *ius gentium*, fundado na força persuasiva de seus princípios jurídicos, cuja aceitação generalizada o eleva a patrimônio comum da humanidade⁸⁵⁸.

Assim afirma Gaio:

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gente utuntur⁸⁵⁹.

Ou seja, toda civilização possui um Direito que é composto em parte por normas próprias, aquelas que correspondem às características peculiares daquele povo, mas também em parte por normas universais, derivadas da própria noção inata de civilidade da raça humana, que os romanos definem como sendo fruto de uma razão natural (*naturalis ratio*) e que corresponderia a formalização daquele sistema jurídico conhecido como *ius gentium*.

Como destaca Vilela:

O passado das leis não se restringe às peculiaridades do processo legislativo desse ou daquele diploma, e seu texto final. Investigar o passado de uma lei é, sobretudo, procurar as constantes que permearam a legislação dos mais diferentes lugares, nas mais diferentes épocas e contextos. Alguns comandos parecem ter estado em todo lugar, em todos os povos. Na antiga Índia, observavam-se os princípios do

⁸⁵⁸ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana. p. 621.

⁸⁵⁹ "Todos os povos, que se governam por leis e costumes, valem-se em parte de seu próprio direito e parte do comum de todos os homens. Porque é próprio de cada povo o direito que ele mesmo estabeleceu para si, e se chama civil, como se dissera direito próprio e peculiar daquela cidade; mas o que a razão natural estabelece entre todos os homens, este os devem observar todos igualmente, e se chama *ius gentium*, que é o mesmo que dizer direito por qual todo o gênero humano se governa.". GAIUS. *Institutionum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I. p. 33. Tradução nossa.

contraditório (Código Apastamba, 29,7) e da neutralidade do juiz (Código Gautama, 13, 1-31)⁸⁶⁰.

Mesmo que cada época e local possua diferentes sistemas jurídicos, isso não significa que não haja pontos comuns, chaves para entendimentos mútuos, problemas recorrentes ou soluções permanentes. Embora o tempo tenha grande influência na formação de novas leis, a humanidade permanece a mesma, independentemente do momento histórico em que vive⁸⁶¹.

Manuel Durán y Bas afirma que essa conexão de normas universais é principalmente vista no âmbito de direito privado, que, sem manter-se estacionário, é o mais permanente. Suas principais instituições existem em todos os povos, ainda que suas formas variem de legislação para legislação. As alterações que o direito privado sofre no decurso do tempo não destrói radicalmente o que o autor chama de elemento indígena, formado sob a influência dos elementos que integram a civilidade. Entram nesses elementos alguns que são próprios de cada povo e outros que são comuns a nacionalidades distintas⁸⁶².

Por exemplo, a boa-fé, que persiste nos direitos privados na atualidade, apesar de remontar principalmente na configuração que os romanos deram a esse instituto, pode ser constatada até mesmo em um dos códigos jurídicos mais antigos, o Código de Hammurabi, que apesar de não usar o exato termo boa-fé, pune em seus artigos aqueles que agem em má-fé⁸⁶³.

É essa ideia de conexão de normas universais que explica a importância que na atualidade conserva o Direito Romano como sistema de direito privado. Considerado em seu valor interno, em seu elemento jurídico, o sistema jurídico civil de Roma foi na antiguidade o mais completo em suas partes, o mais sistemático em

⁸⁶⁰ VILELA, Hugo Otávio Tavares. **Além do Direito: O que o juiz deve saber**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2015. p. 41.

⁸⁶¹ DOMINGO, Rafael. **The New Global Law**. Cambridge: Cambridge University, 2010. p. 4.

⁸⁶² DURÁN Y BAS, Manuel. Prólogo. In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878. Tomo I. p. IX-X.

⁸⁶³ “11. Se o reclamante não trouxe suas testemunhas reconhecendo a propriedade, ele agiu em má-fé, ele caluniou; ele deve ser morto.

[...]

13. [...] Se em seis meses suas testemunhas não aparecerem, ele agiu em má-fé; a penalidade daquele casos ele deverá suportar.”. EDWARDS, Chilperic. **The Hammurabi Code: and the Sinaitic Legislation**. London: Watts & Co.; 1904. p. 30. Tradução nossa.

seu conjunto, a mais perfeita em suas instituições, a mais correta em suas fórmulas, e mais expansiva. Considerado em seu valor externo, em seu elemento histórico, foi estável e progressivo, não deixando de se modificar sob a influência de novos elementos transformadores da civilização romana⁸⁶⁴.

Em relação ao valor interno, Roma fez admitir sem dificuldade seu direito privado pelos povos submetidos ao seu domínio, e, chamando-os para participarem desse direito, conseguiram estabelecer por esse meio a unidade do Império. Em relação ao valor externo, ao formarem-se novas nacionalidades com a caída do Império do Ocidente, salvou-se entre seus escombros o direito civil de Roma para ser elemento influente, ainda que não único, na civilização dos modernos povos europeus; civilização que, se é cristã pelo seu elemento moral e germânica por seu elemento social, é em grande parte romana em seu elemento jurídico⁸⁶⁵.

Esse reconhecimento existente no valor interno do Direito Romano é fundamental para o Direito Transnacional, ou seja, o Direito Romano funciona porque há um reconhecimento dos povos submissos a esse Direito, não são normas meramente impostas por uma autoridade, mas retiradas da própria experiência social, dos próprios costumes e práticas, da própria cultura dos povos.

A importância desse reconhecimento em âmbito transnacional foi destacada por Koh, conforme explanado anteriormente, ao constatar que as nações obedecem às normas de Direito Transnacional devido à interação entre os atores transnacionais, ou seja, são as relações de mútuo reconhecimento que geram interações em benefício de todos os envolvidos, resultando em padrões de comportamento idealizados pela comunidade transnacional. Porém, só há um efetivo cumprimento desses comportamentos quando há de fato esse reconhecimento, essa interação benéfica, também no sentido de identitária, nos demais casos, em que se tenta impor visões unilaterais, os resultados são crises, conflitos e constantes descumprimentos dos padrões de conduta.

⁸⁶⁴ DURÁN Y BAS, Manuel. Prólogo. p. X.

⁸⁶⁵ DURÁN Y BAS, Manuel. Prólogo. p. X.

Nesse sentido, o Direito Romano é de grande ensinamento, pois construiu seu “Direito Transnacional”, o *ius gentium*, com base nas interações dos diferentes povos, gerando padrões de comportamento esperados por todos os envolvidos, gerando soluções para os conflitos que essas diferentes populações conseguiam reconhecer. Como consequência, a relação entre Roma e os demais povos deixava de ser apenas conflito e permitia que todos, a partir dos mútuos reconhecimentos, interações e trocas de experiência, gerassem desenvolvimento social. Inclusive, o próprio direito nacional interno romano evoluiu a partir das interações desenvolvidas com os peregrinos.

A criação de normas específicas para casos transnacionais se torna uma tarefa muito difícil pela falta de um ente soberano que tenha legitimidade para criá-las. Em vez de buscar criar novas normas, Roma conciliou as normas que já existem e são aplicadas para os cidadãos romanos com as normas dos povos estrangeiros que entram em contato e constituem relações com o povo romano.

Com esse objetivo, o pretor peregrino parte da identificação dos elementos em comum entre os povos, normas iguais ou semelhantes, mas se utiliza também do senso comum, da conveniência, da lógica. Assim, desenvolve-se um Direito mais simplista, substancial, sem grande preocupação formal. Os valores dessa moral *perene romana* e suas consequências jurídicas também são fontes válidas, pois ideias como equidade, boa-fé, liberdade, utilidade, etc., mais do que valores romanos são valores humanos, transcendendo qualquer povo específico.

Essa forma de conciliação pode fornecer uma metodologia de grande valor para a resolução de conflitos transnacionais. Ao invés de impor-se determinada norma, provavelmente derivada de uma escolha arbitrária, encontra-se os elementos em comum das diversas nações envolvidas no caso concreto ou usam-se elementos universais como o senso comum, a lógica, a boa-fé, a equidade, a utilidade, etc.

Essa forma de decidir tem também sua importância pelo seu compromisso com a justiça. O norte do Direito Romano é a equidade, ou seja, a preocupação maior do romano é a justiça da decisão concreta. A segurança jurídica se traduz na qualidade da decisão e não apenas na sua previsibilidade. A imposição

de normas por Estados e organizações transnacionais que detém o poder levam ao risco de decisões imparciais, conforme interesses específicos, ou simplesmente conforme ideologias e culturas que não necessariamente correspondem ao melhor resultado concreto para as partes envolvidas. Partindo-se de elementos comuns, da *naturalis ratio*, dos princípios universais de Direito Romano, tem-se um maior compromisso com a equidade, com a justiça do caso concreto. Além disso, simplifica-se a problemática da legitimidade das normas na falta de um poder soberano.

É essa busca de elementos comuns que Neves busca quando explica o diálogo entre as cortes constitucionais em casos transnacionais que defende em sua obra *Transconstitucionalismo*:

[...] partindo simultaneamente dos textos normativos e dos casos comuns, podem ser construídas normas diversas tendo em vista os possíveis processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira. Assim, o fechamento da cadeia interna de validação precisa ser compatibilizado com a capacidade de aprendizagem recíproco na rede de concretização jurídica para a construção da norma de cada ordem jurídica em face dos diversos casos que emergem com relevância simultânea para as diversas ordens entrelaçadas⁸⁶⁶.

Esse diálogo entre ordens na busca de elementos comuns em textos normativos e casos comuns segue o mesmo raciocínio utilizado pelo pretor peregrino na construção do *ius gentium*.

Estabelecidos esse pontos teóricos de relação e aplicação da racionalidade jurídica romana a casos transnacionais, passa-se a demonstrar com casos práticos tal aplicabilidade.

6.5 CASOS TRANSNACIONAIS E DIREITO ROMANO

A influência do Direito Romano, sua racionalidade jurídica e sua capacidade de oferecer os meios adequados para a solução de conflitos transnacionais pode ser constatada de fato na solução de diversos casos, mesmo

⁸⁶⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. p. 126-127.

que nem sempre essa referência seja expressa, como se passa a demonstrar a seguir.

6.5.1 ABN AMRO Bank vs. Guerrero S.A.⁸⁶⁷

O banco holandês ABN AMRO entrou com uma ação, na justiça argentina, contra a empresa argentina Guerrero S.A. O autor alegou que ele havia atuado como banco de confirmação (banco que assume o compromisso de pagar caso o pagamento não seja realizado pelo banco emissor) em uma operação de crédito documentada⁸⁶⁸ na qual o demandado (a empresa argentina que deveria pagar o crédito) requereu que o Banco argentino Feigin (o banco emissor) abrisse uma carta de crédito para pagamento da empresa canadense Bombardier Ltda. O banco emissor não cumpriu suas obrigações e, por isso, o autor, por ser o banco confirmador, teve que arcar com a efetivação do pagamento à empresa canadense. Por isso, o demandante reivindica o pagamento do crédito ao réu que, originalmente, pagaria ao Banco Feigin, se ele tivesse cumprido com suas obrigações, como ele não o fez e coube ao ABN AMRO Bank pagar, deveria o réu pagar ao banco holandês o crédito solicitado. Em sua resposta, o réu negou qualquer ligação legal com o demandante, argumentando que ele havia pedido para abrir uma carta de crédito ao Banco Feigin, mas não ao ABN AMRO Bank⁸⁶⁹.

O *Juzgado Civil y Comercial* da cidade de Rosário, província de Santa Fé, na Argentina, submeteu a situação às Regras e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários - UCP da CCI. O juiz chegou a essa conclusão com base na escolha expressa das partes dessas regras como o direito aplicável ao contrato.

⁸⁶⁷ ARGENTINA. Juzgado Civil y Comercial. ABN Amro Bank c. Oscar Guerrero S.A. s. demanda, Rosario, SF, 1 de fevereiro de 2001.

⁸⁶⁸ "Crédito documentado é qualquer contrato, qualquer que seja sua denominação ou descrição, pelo qual um banco ("banco emissor"), agindo mediante solicitação e de acordo com as instruções de um cliente ("pagador") ou em seu próprio nome: 1) é obrigado a efetuar um pagamento a terceiros ("beneficiário") ou a sua ordem, ou a aceitar e pagar os efeitos pagos pelo beneficiário; ou 2) autorizar outro banco a efetuar o pagamento ou a aceitar e pagar por esses efeitos; ou 3) autorizar outro banco a negociar, contra a entrega dos documentos exigidos, desde que atendidos os termos e condições do crédito; [...]". GIMÉNEZ ORTE, Cristián. Derecho Transnacional, entre el *Ius Civile* y el *Ius Mercatorum*. **Derecho Comercial y de las Obligaciones**: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, Buenos Aires, n. 249, p. 1-24, 2011. p. 9. Tradução nossa.

⁸⁶⁹ GIMÉNEZ ORTE, Cristián. Derecho Transnacional, entre el *Ius Civile* y el *Ius Mercatorum*. p. 9.

Além disso, o juiz considerou que essas regras eram também aplicáveis como costumes jurídicos⁸⁷⁰.

Nessa linha de argumentação, o juiz destacou que as normas consuetudinárias precisam atender a certos requisitos para serem consideradas normas legais. O juiz sustentou que as normas consuetudinárias devem ser observadas de maneira consistente e uniforme e que, ao mesmo tempo, devem ser cumpridas como se fossem normas legais. Somente quando todos esses requisitos forem cumpridos uma norma consuetudinária poderá ser considerada uma norma legal⁸⁷¹.

Para provar a existência da norma costumeira, o juiz contou com os depoimentos prestados por duas testemunhas. A primeira testemunha explicou que a UCP normalmente se aplica a operações de crédito documentadas. Enquanto a segunda testemunha argumentou que o réu era um comerciante profissional e um importador e exportador com experiência na área e que havia realizado muitas dessas operações. O juiz então considerou que o réu, sendo um comerciante profissional, deveria saber que os créditos documentados são regidos pela UCP⁸⁷².

Então, o juiz voltou ao primeiro argumento sobre a autonomia da vontade. O juiz disse que as partes podem escolher leis estrangeiras para governar seu contrato internacional. Finalmente, o juiz usou mais um argumento e também aplicou a analogia. De acordo com o art. 16 do Código Civil argentino, o juiz submeteu o contrato de crédito documentado às regras do mandato. O juiz concluiu que, mesmo considerando o crédito documentado como se fosse um contrato de mandato, a solução do caso seria a mesma, porque ambos os regimes legais (a UCP e o Código Civil) regulam esse tipo de operação de maneira muito semelhante, se não idêntica. Por fim, condenou o demandante a pagar e a *Cámara de Apelaciones* confirmou a sentença do juiz de primeira instância⁸⁷³.

⁸⁷⁰ GIMÉNEZ ORTE, Cristián. Derecho Transnacional, entre el *Ius Civile* y el *Ius Mercatorum*. p. 9-10.

⁸⁷¹ GIMÉNEZ ORTE, Cristián. Derecho Transnacional, entre el *Ius Civile* y el *Ius Mercatorum*. p. 10.

⁸⁷² GIMÉNEZ ORTE, Cristián. Derecho Transnacional, entre el *Ius Civile* y el *Ius Mercatorum*. p. 10.

⁸⁷³ GIMÉNEZ ORTE, Cristián. Derecho Transnacional, entre el *Ius Civile* y el *Ius Mercatorum*. p. 10.

A referência nesse caso a forma de análise jurídica romana pode ser vista de diversas formas. Primeiramente a forma de solução reside na autonomia da vontade das partes, na liberdade em que consiste o pilar central do Direito Romano, o que deve prevalecer, em geral, é a vontade das partes, e foram elas que acordaram resolver tal questão com bases nas regras da UCP.

Posteriormente o juiz vai além, mesmo que não tivesse sido feito tal acordo, ainda assim seriam aplicadas as regras da UCP, pois esse é o costume em tais práticas, costume confirmado pelas práticas reiteradas, já há algum tempo, por quem realiza tais operações. Novamente percebe-se a presença do Direito Romano com sua mais tradicional fonte de direito privado: o costume, a norma jurídica de maior força tendo em vista a inexistência de leis postas por uma autoridade soberana que regulam o assunto. Sendo uma questão transnacional e não sendo possível determinar uma legislação nacional específica a ser aplicada, o costume volta a ter papel principal.

Por último, o juiz utiliza-se da analogia, prática também comum pelos magistrados e juristas romanos para resolver as lacunas do Direito. Mas além disso, o juiz conclui que tanto as normas transnacionais da UCP quanto as normas nacionais argentinas do direito de mandato que seriam aplicadas por analogia são muito semelhantes se não idênticas, demonstrando mais um fator de importância da racionalidade jurídica romana, a de que todos sistemas jurídicos possuem pontos em comum que podem ser utilizados para resolver casos jurídicos entre diferentes nacionalidades, a base do *ius gentium*.

6.5.2 CAS 2002/O/410 The Gibraltar Football Association (GFA)/Union des Associations Européennes de Football (UEFA)⁸⁷⁴

Gibraltar, localizado em solo Europeu, é um território dependente do Reino Unido, assim, não é Estado independente, apesar de gozar de certa autonomia. A Associação de Futebol de Gibraltar (*Gibraltar Football Association* –

⁸⁷⁴ COURT OF ARBITRATION FOR SPORT. CAS 2002/O/410 The Gibraltar Football Association (GFA)/Union des Associations Européennes de Football (UEFA), Lausanne, 7 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/410.pdf#search=gibraltar>>. Acesso em: 29 out. 2019.

GFA) é o órgão responsável por toda a organização de futebol dentro desse território.

A União das Associações Europeias de Futebol (*Union des Associations Européennes De Football* – UEFA) é o órgão dirigente do futebol europeu, lidando com todas as questões relacionadas a ele e exercendo regulamentação, supervisão e funções disciplinares sobre associações nacionais, clubes e jogadores da Europa. Todas as associações nacionais localizadas no continente europeu que queiram se filiar à Federação Internacional de Futebol (*Fédération Internationale de Football Association* – FIFA) devem previamente se tornarem membros da UEFA. Em janeiro de 1997, a GFA submeteu pedido de filiação à FIFA que, para cumprir tal regra, encaminhou o pedido para a UEFA.

Durante o procedimento, em 2001, a UEFA criou uma emenda ao seu estatuto, determinando que a filiação à UEFA seria restrita a associações em países que são reconhecidos como Estados independentes pela ONU, o que não é o caso de Gibraltar, dependente do Reino Unido.

Tendo em vista a demora para que a Associação Europeia decidisse acerca do pedido de filiação (apesar da insistência da GFA, a UEFA se recusava a dar uma resposta definitiva e postergava a decisão), o fato de que um pedido feito posteriormente pelo Cazaquistão já havia sido aceito e a existência de indícios de que a nova norma foi criada para barrar o pedido da Associação de Gibraltar⁸⁷⁵, a GFA requisitou à UEFA que aceitasse a arbitragem da *Court of Arbitration for Sport* – CAS nesse assunto, o que foi aceito.

Em sua decisão, a CAS afirmou que a regra da UEFA que restringiu a filiação a associações em países reconhecidos como Estados independentes pela ONU não deveria ser considerada como apenas lidando com aspectos procedimentais e, por isso, ter sua aplicação imediata independentemente de quando os fatos ocorreram. A aplicação imediata nesse assunto implicaria uma

⁸⁷⁵ A poderosa Associação de Futebol da Espanha era contra o pedido. Gibraltar faz divisa com o país e ele já havia feito propostas para que a GFA se tornasse membro da associação espanhola, porém, foram recusadas.

violação dos princípios gerais do direito amplamente reconhecidos, particularmente os princípios da equidade e da boa-fé.

O mesmo artigo do estatuto, em sua versão anterior, afirmava que a filiação à UEFA era aberta a todas as associações de futebol nacionais situadas em território europeu e, inclusive, a UEFA já possui como membros diversas associações de países que não possuem independência, como a Escócia, o País de Gales e as Ilhas Faroé. Tendo em vista que a aplicação da GFA foi realizada na vigência da norma anterior, a CAS decidiu que a UEFA deve decidir com base nas normas em vigor quando o pedido foi posto.

Os julgadores partem do pressuposto da existência de princípios gerais do Direito que são amplamente reconhecidos como condutores das relações interpessoais independentemente de sua previsão expressa em qualquer tipo de ordenamento jurídico, citando especificamente dois dos principais princípios da racionalidade jurídica romana: a equidade e a boa-fé. A boa-fé, inclusive, como dissertado, foi o primeiro princípio a criar o nexo de ligação entre as normas de regulamentação das relações dos romanos com os povos estrangeiros.

A boa-fé apresenta seu caráter universal e perene pelo fato de não existir segurança jurídica na realização de relações contratuais se não há mútua confiança na palavra dada, se as cláusulas contratuais podem ser modificadas unilateralmente pela simples vontade de uma das partes. Sendo assim, é fundamental que a decisão seja tomada com base naquilo que foi estabelecido no momento do ato em questão. A GFA, com base na boa-fé, esperava que sua decisão fosse tomada com base nas normas vigentes na época do pedido, caso contrário, não haveria preservação da *bona fides* e, com isso, seria perpetrada uma ofensa a um princípio basilar das relações humanas.

A equidade, nesse tipo de situação, refere-se à obrigação de respeito a procedimentos justos, o que não aconteceria se houvesse uma aplicação estrita da nova norma. A *aequitas* faz com que a aplicação da norma leve em considerações as particularidades do caso concreto, sendo assim, se ela fosse aplicada

retroativamente, geraria uma injustiça e, assim, uma ofensa ao princípio universal da equidade.

A equidade também é um norte de aplicação do Direito no sentido de proteger a decisão de interesses obscuros. A possível influência da Associação de Futebol espanhola não poderia ser usada como critério de decisão, sob pena de ofensa à *aequitas*.

6.5.3 World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7⁸⁷⁶

A Requerente, a World Duty Free Company Ltda, uma empresa constituída sob as leis da Ilha de Man (pertencente ao Reino Unido), celebrou, em 1989, um acordo com o Quênia, o Requerido, para a construção, manutenção e operação de complexos *duty-free* nos Aeroportos Internacionais de Nairóbi e Mombassa. A Requerente afirma que, para poder negociar com o Governo do Quênia, o Sr. Ali, proprietário da empresa, foi obrigada a fazer uma "doação pessoal" ao então Presidente da República do Quênia. Essa doação totalizou US\$ 2 milhões e era parte da contraprestação paga para obter o contrato.

Os complexos foram construídos e entraram em operação em 1990. As operações não sofreram interferência até abril de 1992. Nesse mês, no entanto, o Presidente do Quênia exigiu que o Sr. Ali ajudasse seus emissários, o Sr. Joshua Kulès e Kamlesh Pattni a obter fundos secretos do exterior para financiar sua campanha de reeleição. No final de 1992, Pattni planejou uma fraude maciça através de sua empresa, a Goldenberg International Ltd, para fornecer fundos ilícitos para a campanha do Presidente e isso foi realizado através da fabricação de documentação. A World Duty Free foi mostrada na maioria da documentação falsa como a destinatária de ouro e diamantes inexistentes, e isso foi feito sem o seu conhecimento ou consentimento.

⁸⁷⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya (ICSID Case No. ARB/00/7), Washington, DC, 4 de outubro de 2006. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/241400/_/world-duty-free-co-ltd-v-the-republic-of-kenya-icsid-case-no-arb-00-7>. Acesso em: 30 out. 2019.

Os promotores quenianos não tentaram processar a fraude até o início de 1994, quando, sob pressão do FMI, Pattni e várias pessoas foram presas. A fim de garantir a destruição de evidências essenciais para a persecução da fraude, o Governo do Quênia instigou a tomada do controle, ações e ativos da Requerente. Para isso, conseguiu que o Tribunal Superior do Quênia declarasse a empresa em liquidação e o administrador nomeado passou a administrar mal e degradar a World Duty Free e destruiu seus investimentos e ativos no Quênia.

Devido a essa situação, a Requerente solicitou um procedimento de arbitragem ao Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (*International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*) contra a República do Quênia. No seu pedido, requereu a restituição dos complexos e as devidas compensações. A República do Quênia, na sua defesa, alegou que por uma questão de política pública internacional, bem como pelas leis do Quênia e da Reino Unido, o acordo de 1989 obtido por suborno não tem força de lei e, portanto, as reivindicações da World Duty Free devem ser rejeitadas.

O principal ponto na decisão do tribunal arbitral girou, de fato, em torno do suborno pago pela Requerente ao Presidente do Quênia. Primeiramente, o tribunal reconheceu que o suborno havia de fato ocorrido e, a partir disso, analisou as consequências de tal fato.

O tribunal inicia esclarecendo o conceito de política pública internacional, afirmando que essa ideia é usada, em alguns casos, como significando um consenso internacional sobre padrões universais e normas de conduta aceitas que devem ser aplicadas em todos os foros. Nesse sentido, e de forma mais precisa, também é chamada de política pública transnacional ou política pública verdadeiramente internacional.

Essa ideia aparece inclusive em decisões de tribunais nacionais, mas é em decisões de tribunais arbitrais que decisões baseadas em valores universais são usadas com maior frequência por meio de formulações como *bons costumes* ou *bonus mores*, ética do comércio internacional e a já citada política pública transnacional. Há também sido enfatizado que os tribunais devem ser muito

cautelosos nesse aspecto e devem verificar cuidadosamente a existência objetiva de uma regra de política pública transnacional específica e identificá-la através de convenções internacionais, direito comparado e sentenças arbitrais.

A esse respeito, o Tribunal observa que o suborno ou o tráfico de influências, bem como a corrupção ativa e passiva, são sancionados pelo direito penal na maioria dos países, se não em todos. Esse foi o caso do Quênia, em particular em 1989, sob a Lei de Prevenção da Corrupção do Quênia de 1956, e ainda é o caso pela Lei de Anticorrupção e Crimes Econômicos de 2003. Da mesma forma, o Direito britânico também coíbe a prática.

A fim de tornar mais eficaz essa condenação geral, várias convenções internacionais foram concluídas. A primeira foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 29 de março de 1996. Foi então concluída uma convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais dentro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico em 21 de novembro de 1997, que foi ratificada por 36 Estados. Posteriormente, duas convenções sobre corrupção - uma relativa ao direito penal e outra de direito civil - foram adotadas pelo Conselho da Europa em 27 de janeiro de 1999 e 4 de novembro de 1999. A primeira foi complementada por um Protocolo de 15 de maio de 2003. O primeiro foi assinado por 45 países e ratificado por 31 países; o segundo foi assinado por 39 países e ratificado por 25 países.

A mesma tendência pode ser observada na África: em 11 de julho de 2003, os Chefes de Estados e Governos da União Africana aprovaram uma Convenção para Prevenir e Combater a Corrupção, que foi assinada por 39 Estados africanos (incluindo o Quênia) e já foi ratificada por 11 desses 39 Estados. Nesta Convenção, os Estados Membros da União Africana se declaram preocupados com os efeitos negativos da corrupção e da impunidade na estabilidade política, econômica, social e cultural dos Estados africanos e seus efeitos devastadores no desenvolvimento econômico e social dos povos africanos. Eles reconhecem que a corrupção mina a responsabilidade e a transparência na gestão dos assuntos públicos, bem como o desenvolvimento socioeconômico do continente.

E essas não são todas as convenções existentes sobre o tema.

Dessa maneira, tendo em vista tanto a legislação britânica quanto a queniana e, principalmente, a política pública transnacional, o tribunal arbitral negou qualquer direito à Requerente tendo em vista o contrato pactuado entre a World Duty Free e a República do Quênia ser inválido por ser resultado da prática ilegal de suborno/corrupção.

A lógica utilizada pelos árbitros na decisão é claramente romana. O fundamento da decisão é colocado sobre a ideia de uma política pública transnacional, que nada mais é do que valores e normas universais. O caso específico de invalidade do contrato fruto de corrupção encontra respaldo em praticamente todos os países (se não todos), além da vasta quantidade de acordos internacionais de combate a tais práticas. Com isso, percebe-se tanto a lógica romana que deu origem ao sistema do *ius gentium*, de encontrar as normas em comum, como também a aplicabilidade de certos valores universais.

Apesar da análise dos árbitros ter se restringido ao período relativo ao caso, o combate à corrupção dos órgãos públicos é prática presente na maior parte das civilizações no decorrer da história da humanidade organizada socialmente a partir de um certo grau de desenvolvimento, não sendo, por isso, aceitos acordos derivados de tal prática.

Vários dos valores romanos destacados nesse trabalho podem ser identificados, mesmo que implicitamente, sustentando essa nulidade do contrato, como a observação das tradições que foram desrespeitadas, pois todos esperam, como prática comum passada de geração em geração, que os contratos entre empresas e governos sejam feitos de forma transparente, sem parcialidade ou interesses pessoais, dentro do que se espera das relações entre governos e privados; também a *virtus*, qualidade essencial de quem exerce uma função pública, vinculada a um sentido ético de lutar pela coletividade e preservar a própria alma de tentações externas, qualidade de quem é justo, honesto, útil para a sociedade, os envolvidos no caso em análise, incluindo um chefe de governo, demonstraram não possuir *virtus*; também a *dignitas* não foi respeitada, o ato perpetrado pelas partes

não deveria ter sido realizado, não era legítimo, não era digno, as partes demonstraram-se inclinadas aos vícios e não à dignidade da vida humana; a *aequitas* demanda a justiça do caso concreto, que não seria alcançada por qualquer outra decisão; por fim, considerar tal contrato como válido não corresponderia à *utilitas* do Direito, e sim ao seu abuso. Dessa maneira, percebe-se como o sistema ético romano sustenta concepções universais da *humanitas*.

CONCLUSÕES

A forma de se pensar o Direito hoje muito pouco mudou da época em Hans Kelsen escreve sua célebre obra *Teoria Pura do Direito*⁸⁷⁷ (1934). O Direito é produto do Estado, de um poder soberano legítimo que cria normas expressas e escritas, gerais e abstratas, que se aplicam no território de sua jurisdição, de onde alcance sua soberania, ou seja, no território do Estado que produz essas normas.

Tal fenômeno é justificado para uma época que representa o advento dos Estados contemporâneos democráticos e laicos. São necessárias formas para, de um lado, garantir a produção de normas legítimas, ou seja, de acordo com a vontade popular democrática, e, de outro, separar da produção jurídica quaisquer elementos não científicos, como religiosos ou morais, que impeçam a segurança jurídica da criação e aplicação do Direito. Além disso, estão excluídas as fontes extra-estatais que interfiram na garantia da soberania do Estado. Certo, existem as normas de direito internacional, porém as mesmas só são aceitas e aplicadas se autorizadas pela soberania do Estado e na medida e na forma determinadas pelas próprias leis nacionais.

Mas o mundo mudou. Adveio a globalização e, com ela, a transnacionalidade. O processo não acabou, esse fenômeno continua se intensificando cada vez mais e a cada dia a Aldeia Global de McLuhan é mais real. A presença de estrangeiros em outras nações é cada vez maior, da mesma forma as relações entre pessoas de diferentes países, sejam naturais ou jurídicas, e entre Estados, que se tornam cada vez mais interdependentes, pouco importando a vontade política de alguns governos de isolacionismo, o fenômeno é imparável, pois as necessidades das nações não são supridas apenas por aquilo que produzem ou possuem; muitas áreas da vida em sociedade, como as vinculadas a questões econômicas e ambientais, exercem seu impacto global como se fronteiras não existissem; além de que a internet e outras mídias criam uma miscigenação informacional e cultural que gera conexões entre os povos de tal maneira que os Estados não podem ignorar seus efeitos. Esse cenário gera até mesmo blocos comunitários, como é o caso da União Europeia, que parece elevar o contrato social

⁸⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

de indivíduos para nações.

Nesse cenário, a grande questão jurídica é: como deve o Direito se portar? O Direito nacional não comporta questões transnacionais e o Direito internacional depende de acordos entre Estados que não são suficientes e nem possuem a capacidade adequada para regular todas as questões transnacionais. Assim como o Direito nacional, o internacional não acompanha as mudanças sociais, cada vez mais rápidas, além de que, dependendo da soberania dos Estados, ou seja, da boa vontade deles, é frágil em sua aplicação. Além disso, a falta de capacidade e de resposta adequada faz com que atores transnacionais busquem resolver os seus problemas de maneira desvinculada dos Estados, como acontece, entre outras situações, nos contratos comerciais transnacionais resolvidos em câmaras de arbitragem. Ou seja, as questões além das fronteiras não são mais objeto apenas de regulação entre Estados.

O que acontece, como explica Marcelo Neves, é uma pluralidade de ordens jurídicas coexistindo, cada uma com suas próprias características, e nem mesmo é possível separá-las, da maneira clássica, a partir de diferentes âmbitos territoriais. Como elucida Harold Koh e Carrie Menkel-Meadow, o Direito Transnacional é um híbrido de direito nacional e internacional, de público e de privado, de formal e de informal.

Com o objetivo de se encontrar um ponto de apoio para criar o diálogo necessário entre tantos sistemas jurídicos, levantou-se o problema de determinar qual a aplicabilidade da racionalidade jurídica romana para o Direito Transnacional, com ênfase para o período da República tardia e do direito privado (na concepção romana). Buscou-se a solução em tal período histórico tendo em vista a semelhança que existe entre aquele período e o contexto da transnacionalidade. Nesse período, o direito privado também não era derivado de uma autoridade soberana que criava normas expressas, gerais e abstratas, mas era um direito criado na prática, com base nos costumes e em valores sociais que demonstram, em sua essência, serem perenes, mesmo que a forma como se exteriorizam mude conforme mudam as práticas e concepções sociais. Além disso, a racionalidade jurídica romana demonstrou-se ser capaz de orientar a atividade do jurista independentemente de

qualquer ordenamento jurídico, ou seja, o fenômeno jurídico era desvinculado da vontade estatal.

Tendo em vista esse problema, levantou-se a hipótese de que a racionalidade jurídica romana republicana seria um instrumento que permitiria a identificação da solução adequada para os conflitos transnacionais ao proporcionar uma análise do caso concreto baseada em uma lógica jurídica universal e perene e de conciliação de diferentes normas jurídicas.

Tal hipótese restou confirmada. Passa-se a explanar agora, resumidamente, os principais pontos de conexão entre a racionalidade jurídica romana republicana e o Direito Transnacional e a função que ela pode exercer no desenvolvimento da análise jurídica transnacional.

A principal fonte de direito privado na Roma republicana são os costumes, entendidos tanto como tradições dos antepassados (*mores maiorum*) quanto como comportamentos contemporâneos que o povo romano em geral segue (*consuetudines*). Para os romanos, não faz sentido que o Estado imponha normas acerca das relações privadas aos cidadãos, as regras que devem ser seguidas são aquelas que todos sabem ser as corretas, que são as mesmas realizadas pelos antepassados ou correspondentes a práticas atuais que todos seguem, que todos tacitamente concordam e seguem.

O Direito como não sendo produção direta do Estado é uma conexão válida quando se fala em Direito Transnacional, pois o envolvimento de diversas nacionalidades, faz com que não seja possível que ele seja produzido por um Estado. Não apenas em teoria, essa parece ser a prática jurídica mais antiga e comum no cenário transnacional, pelo menos em âmbito comercial, como ocorre desde a *lex mercatoria* medieval até as atuais práticas costumeiras de arbitragem.

Apesar da possibilidade de normas transnacionais serem criadas por organismos transnacionais, a diversidade cultural, os interesses estatais, a lentidão de processos legislativos, a constante mudança social, a complexidade dos casos, a legitimidade, ou seja, o reconhecimento dos povos submissos a tais regras, e

também a restrição de liberdade pela imposição de regras fixas e gerais, entre outros fatores, tornam muito mais difícil que a solução dos problemas transnacionais sejam resolvidos por leis escritas e criadas por organismos legislativos nos moldes nacionais. Além disso, os próprios sistemas jurídicos nacionais já encontram bastante problemas e críticas dentro das próprias nações por motivos análogos, além de outros.

Isso não significa que não possa haver normas regulamentadoras gerais, também na República romana havia algumas *leges* para dar maior segurança a determinadas questões, o que não se pode pretender é regulamentar por meio de leis positivas todas as situações transnacionais.

O fato do Direito Romano republicano privado não ser fruto da vontade legislativa estatal, faz com que ele seja eminentemente jurisprudencial, é um Direito revelado no caso concreto, conforme as peculiaridades do caso concreto, onde se determina a adequada aplicação dos costumes e as eventuais modificações necessárias para se alcançar a justiça do caso concreto. Não dependendo de um ordenamento jurídico específico, resta ao Direito Transnacional se desenvolver como um direito jurisprudencial.

Nisso, a interpretação romana é de grande valor, pois não é meramente reveladora de significado, mas também criadora, transformadora, moldando o Direito conforme a experiência.

Isso não significa que o poder fique na vontade do magistrado, mas que ele conduz o processo conforme os costumes e os valores ético-jurídicos, mas deixa a resposta final para o árbitro, ou árbitros, escolhido pelas partes, respeitando a *libertas* dos envolvidos na contenda de escolher a melhor maneira de resolver o seu litígio.

Além disso, a interpretação/produção do Direito na Roma da República tardia não resta na mão de uma pessoa, mas é um eterno diálogo entre magistrados jurisdicionais, juízes arbitrais, juristas e suas *responsa*, tanto por meio dos textos produzidos pela gerações passados quanto pelos atuais, mas também entre casos

precedentes e as particularidades do caso concreto. O diálogo não deixa de levar em conta as tradições, as novas práticas sociais, a consciência social, os valores do povo, tudo na busca de encontrar a justiça do caso concreto. Isso permite uma decisão com maior segurança e maior legitimidade. Essa preocupação é tão grande que caso o juiz que deve decidir um caso não está confiante acerca da resposta adequada pode até mesmo não decidir (*sibi non liquere*) e, assim, permitir uma maior discussão e que outros julgadores entrem em cena para auxiliar a encontrar a decisão adequada.

Esse diálogo é fundamental nas complexas decisões transnacionais, sendo necessário ouvir com prudência diferentes visões, provenientes de diferentes nacionalidades e culturas, para que as questões não sejam resolvidas com visões parciais que não correspondem ao pluralismo transnacional.

Outra questão fundamental é que eventuais magistrados transnacionais tenham uma formação adequada para realizar essa complexa tarefa. Os magistrados romanos eram escolhidos entre os cidadãos romanos que mais se destacavam, e tanto os magistrados, mas principalmente os juristas possuem uma vasta formação para compreenderem o fenômeno jurídico e encontrar a resposta para a solução dos casos. Essa formação envolve retórica, lógica, gramática, filosofia, há uma conciliação de conhecimento técnico e ético.

O sistema ético romano também desenvolve papel fundamental. Direito, moral e política não são âmbitos separados no mundo romano, mas todos pautados por esses elementos ético-jurídico que garantem o desenvolvimento da sociedade como um todo. Os romanos souberam expressar os valores perenes do homem, esse humanismo de caráter estoico, representando valores que aparecem como guia, expressamente ou tacitamente, virtualmente em todos os povos e sociedades. Claro que seus efeitos mudam conforme a cultura e o momento histórico de cada povo, mas isso não significa que em sua essência não sejam perenes. Na própria história de Roma os efeitos práticos desses valores foram mudando conforme mudava a sociedade, mas não deixaram de existir e de pautá-la por isso.

Por mais que algumas visões tecnicistas tentem separar o Direito de

qualquer tipo de valor, essa tarefa é impossível, pois o Direito é fruto de produção cultural, suas normas refletem valores, e o próprio jurista é pautado por seu sistema ético quando realiza uma tarefa hermenêutica com base em um caso concreto.

Não se pode querer que um Direito Transnacional reflita ideias parciais de uma determinada ideologia dominante. Esses valores perenes desvelados pelos romanos, quando adequadamente analisados, podem demonstrar conexões entre os povos e guiar as soluções jurídicas.

Um dos pontos mais interessantes para o Direito Transnacional do Direito Romano republicano é a criação do *ius gentium*, um sistema jurídico desenvolvido na prática com o objetivo de solucionar as relações estabelecidas entre o povo romano e os povos estrangeiros. Em vez de criar uma espécie de Direito Internacional, com normas específicas para isso, buscou-se os pontos em comum entre os diferentes povos para encontrar soluções adequadas para as diferentes culturas envolvidas no caso concreto. Esses pontos não são somente os pré-existentes, mas também as práticas que vão sendo criadas espontaneamente conforme as relações internacionais vão sendo estabelecidas e aprofundadas.

Para criar esse sistema transnacional, parte-se dos valores perenes (a própria *fides* é o valor que inicia a conexão entre os povos) e se utiliza instrumentos racionais jurídicos como a *naturalis ratio*, que permite ver o fenômeno jurídico independente de normas específicas.

Os romanos também não possuem a prática de impor suas normas, culturas e administração para todo povo que conquista, mas, ao contrário, permite que continuem com suas próprias práticas e administração, tanto que muitos desses povos, mesmo oficialmente submissos à Roma, consideravam-se livres. Essa é uma importante lição para a atualidade, quando se vê a comum prática de nações mais fortes quererem impor suas próprias visões de mundo a todos os demais.

Como conclusão, o trabalho não sugere de maneira alguma uma repetição de um sistema jurídico do passado, mas sim uma retomada na forma de se pensar e analisar o fenômeno jurídico por meio de uma racionalidade jurídica que os

romanos souberam sintetizar, organizar e expressar muito bem. O que se sugere não são institutos do passado, mas uma racionalidade, uma forma de pensar, pois como destaca Meneghetti, somente o sábio saber da mente pode reconfirmar a unidade humanística.

A racionalidade jurídica romana republicana deve fazer parte do estudo, da formação do jurista, para que se retome essa visão do fenômeno jurídico como algo que não resume às leis criadas pelo Estado, o que é fundamental para o atual cenário de transnacionalidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALIGHIERI, Dante. **Monarquía**. Madrid: Tecnos, 1992.

ALONSO, José Luis. Customary law and legal pluralism in the Roman Empire: The status of peregrine law in Egypt: Customary law and legal pluralism in the Roman Empire. **The Journal of Juristic Papyrology**, Warschau, v. 43, p. 351-404, 2013.

ALVES, Luís Alberto Marques. A Função Social da História. **E-f@bulações**, Porto, v. 5, p. 18-22, dez. 2009.

AMARAL, Gilberto Luiz do; et al. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 29 anos da Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2017.

ARGENTINA. Juzgado Civil y Comercial. ABN Amro Bank c. Oscar Guerrero S.A. s. demanda, Rosario, SF, 1 de fevereiro de 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BALMACEDA, Catalina. *Virtus Romana* en el siglo I a.C. **Gerión**, Madrid, v. 25, n. 1, p. 285-304, 2007.

BECK, Ulrich. **¿Qué es la Globalización?:** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **La sociedad del riesgo:** Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002.

_____. **O que é a globalização?:** equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERNAD, Rafael. *Ius Romanum Pragmaticum Versus Aequitas Romana: Una Versión Anticipada del Binomio Eficiencia - Equidad, Emblema Del Análisis Económico Del Derecho (AED)*. **RIDROM**, Ciudad Real, n. 22, p. 55-192, abr. 2019.

BESSELAAR, José Van Den. Humanitas Romana. **Revista de História**, São Paulo, v. 31, n. 64, p. 265-286, dez. 1965.

BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. Bologna: Licinio Cappelli, 1957. Storia di Roma v. 20.

_____. **Il Diritto Romano Cristiano:** La Giustizia – Le Persone. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. v. 2.

BONFANTE, Pietro. Essenza della *bona fides* e suo rapporto colla teoria dell'errore. **Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano**, Roma, a. 6, f. 3-4, p. 86-118, 1893.

_____. **Istituzioni di Diritto Romano**. Firenze: G. Barbèra, 1896.

_____. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v. 1.

_____. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934. v. 1.

BOVE, Lucio. **La Consuetudine in Diritto Romano**: dalla Repubblica all'età dei Severi. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1971.

BRASIL. Constituição (1988).

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Brasília, DF, 13 de abril de 2012.

BRETONE, Mario. **Diritto e Pensiero Giuridico Romano**. Firenze: Sansoni, 1976.

_____. **Storia del Diritto Romano**. Roma; Bari: Laterza, 1987.

BUCKLAND, William Warwick. **The Roman Law of Slavery**: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Harold Koh e a Ideia de um Processo Normativo Transnacional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 261-272, jan./jun. 2007.

CARMIGNANI, Maria Cristina. A *Aequitas* e a Aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jun./dez. 2009.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano para uma sociedade globalizada? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 8, p. 139-166, jul./set. 2016.

CASAVOLA, Francesco Paolo. *Mores Maiorum*: storie e filosofie dei diritti. **Iustitia**, Roma, p. 1-8, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1.

_____. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. *In*: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A Sociedade em Rede**: Do Conhecimento à Acção Política. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

CAZZARO, Kleber. **Arbitragem Transnacional**: limites e possibilidades. 440 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas,

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015.

CELANT, João Henrique Pickcius; ANDRADE, Jorge Alberto. Teorias Jurídicas e Contexto Histórico: repensando o Direito na era da globalização. *In*: 4º Seminário Internacional Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da globalização, 2017, Itajaí. **Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2017. v. 4.

CELSUS. *Digestorum*. *In*: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I.

CERAMI, Pietro. La concezione celsina del *ius*: presupposti culturali ed implicazione metodologiche. *In*: UNIVERSITÀ DI PALERMO. **Annali del Seminario Giuridico**. Palermo: Palumbo, 1985. v. 38. p. 5-250.

CHILLEMI, Domenico; CHIARELLO, Maria. **Lingua Communis**: L'organizzazione politica a Roma. Torino: SEI, 2011.

CHUAQUI JAHIAATT, Benedicto. El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. Estudio de Viktor Pöschel. **Ars Medica**, Santiago, v. 20, n. 1, 2000.

CICALA, F. B. **Il concetto dell "utile" e le sue applicazioni nel diritto romano**. Torino: Bocca, 1910.

CÍCERO, M. Túlio. **Das Leis**. São Paulo: Cultrix, 1967.

_____. **De Inventione, De Optimo Genere Oratorum, Topica**. Cambridge: Harvard; London: William Heinemann Ltd, 1949.

_____. **De Officiis**. Bologna: Zanichelli, 1969.

_____. Sobre a República. *In*: BERNARDO, Isadora Prévide. **O De Re Publica, de Cícero**: natureza, política e história. 215 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____. **The Orations of Marcus Tullius Cicero**. London: George Bell & Sons, 1891.

CIRIBELLI, Marilda Corrêa. Emancipação e Liberação Sexual das Mulheres na República Romana (II e I Séculos a.C.). **PHOÏNIX**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 259-278, 2002.

CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana Isabel. Dilucidando Conceptos: *pietas* y *caritas*. **Ridrom**, Ciudad Real, n. 9, p. 224-248, out. 2012.

CORASSIN, Maria Luiza. O Cidadão Romano na República. **Projeto História**, São Paulo, n. 33, p. 271-287, dez. 2006.

CORBINO, Alessandro. Diritto e Ordine Giuridico Nella Visione Romana. *In*:

FATTORI, Sara Corrêa; LOFRANO, Rute Corrêa; SERRETTI, Jorge Luis Nassif Magalhães. **Estudos em Homenagem a Luiz Fabiano Corrêa**. São Paulo: Max Limonad, 2014.

COURT OF ARBITRATION FOR SPORT. CAS 2002/O/410 The Gibraltar Football Association (GFA)/Union des Associations Européennes de Football (UEFA), Lausanne, 7 de outubro de 2003. Disponível em: < <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/410.pdf#search=gibraltar>>. Acesso em: 29 out. 2019.

CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, p. 18-28, 2012.

DAJCAK, Wojciech. La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano. *In*: GAROFALO, Luigi (Org.). **Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea**: Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Padova: CEDAM, 2003. v. 1. p. 409-427.

DAL RI, Luciene. A Tradição Romanística em Período Medieval: entre práxis e esquecimento. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 269-294, dez. 2016.

_____; DEMARCHI, Clóvis. *Ius Gentium* e Direito Internacional: identificação ou sobreposição? **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 3, p. 462-484, set./dez. 2017.

DE CRESCENZIO, Nicola. **Sistema del Diritto Civile Romano**. 2. ed. Napoli: Nicola Jovene, 1869. v. 1.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DÍAZ BAUTISTA, Antonio. La Republica Romana. **Anales de Derecho**, Murcia, v. 4, p. 177-186, 1983.

DILLON, Matthew; GARLAND, Lynda. **Ancient Rome: From the Early Republic to the Assassination of Julius Caesar**. London; New York: Routledge, 2005.

DOLEZALEK, Gero R. Argomenti dallo *Ius Commune* nel diritto moderno sudafricano. **Scienza e Politica**, Trento, p. 3-15, v. 5, n. 8, 1993.

DOMINGO OSLE, Rafael. Direito Romano e Constitucionalismo Global. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 321-350, maio/ago. 2019.

DOMINGO, Rafael. **The New Global Law**. Cambridge: Cambridge University, 2010.

DURÁN Y BAS, Manuel. Prólogo. *In*: SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878. Tomo I.

DURKHEIM, Emile. **Da Divisão Social do Trabalho**. Martins Fontes: São Paulo, 1995.

EDWARDS, Chilperic. **The Hammurabi Code: and the Sinaitic Legislation**. London: Watts & Co.; 1904.

ENRIGHT, Dominique (Ed.). **The Wicked Wit of Winston Churchill**. London: Michael O'Mara, 2001.

EULA, Michael J. The Notion of History and Its Importance for a Community. Disponível em: <http://co.genesees.ny.us/docs/History/The_Notion_of_History_and_its_Importance_for_a_Community.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

EUTROPIO. **Breviario di storia romana**. Modena: Avia Pervia, 1997.

EVANS, James Allan. **The Emperor Justinian and the Byzantine Empire**. Westport; London: Greenwood, 2005.

FACCO, Javier Humberto. *Oportere ex fide bona: Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana*. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 24, p. 17-41, jan./jun. 2013.

FAGAN, Garrett G. **The History of Ancient Rome**. Chantilly: The Great Courses, 1999.

FARINA, Angelo. **Pactum de Non Petendo: profili critici e ricostrutivi**. 144 f. Tese (Doutorado em Direito Comparado, Privado, Processual e de Empresa) – Escola de Doutorado em Ciências Jurídicas, Universidade de Milão, Milão, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FILARDI, Antônio Luiz. **Noções de Direito Romano**. 2. ed. São Paulo: Guarulhos, 1985.

FRANCIONI, Maria Gabriella. **The legal and social situation concerning homophobia and discrimination on the grounds of sexual orientation in the Republic of San Marino**. City of San Marino: University of the Republic of San Marino, 2010.

FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Mario Bulzoni, 1968.

GAIUS. *ad Edictum provinciale*. In: JUSTINIANO. **Cuerpo del Derecho Civil Romano: Digesto**. Barcelona: Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, 1897. Tomo III.

_____. *Institutionum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I.

GALEN, Cornelis Willem van. **Women and Citizenship:** in the Late Roman Republic and the Early Empire. 232 f. Tese (Doutorado em História) – Radboud Universiteit Nijmegen, Nijmegen, 2016.

GALTUNG, Johan. **Direitos Humanos:** uma nova perspectiva. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

GARRAFFONI, Renata Senna. Guerras Púnicas. *In:* MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História das Guerras.** São Paulo: Contexto, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo:** o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GILIBERTI, Giuseppe. *L'ius Gentium Romano Come Ordinamento Transnazionale.* **Cultura giuridica e diritto vivente,** Urbino, v. 2, p. 1-14, 2015.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIMÉNEZ ORTE, Cristián. Derecho Transnacional, entre el *Ius Civile* y el *Ius Mercatorum*. **Derecho Comercial y de las Obligaciones:** Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, Buenos Aires, n. 249, p. 1-24, 2011.

GIOVENALE. **Satire.** Milano: Oscar Mondadori, 2011.

GLENN, H. Patrick. Transnational Common Laws. **Fordham International Law,** Nova York, v. 29, n. 3, p. 457-471, 2005.

GOH, Chor Boon. The Relevance of History To Our Lives Today. **Teaching and Learning,** Singapore, v. 10, n. 1, p. 75-82, 1989.

GUANDALINI JR., Walter. Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano. **Sequencia,** Florianópolis, n. 70, p. 163-187, jun. 2015.

GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano:** lezioni istituzionali di Diritto Romano. 2. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1963.

_____. Il Problema Dogmatico e Storico del Diritto Singolare. *In:* **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi.** 1946. v. 18. p. 1-75.

_____. **Pagine di Diritto Romano.** Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1993.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano.** 3. ed. Madrid: Reus, 1982.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional.** Madrid: Trotta, 2008.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya* (ICSID Case No. ARB/00/7), Washington, DC, 4 de outubro de 2006. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/241400/_/world-duty-free-co-ltd-v-the-republic-of-kenya-icsid-case-no-arb-00-7>. Acesso em: 30 out. 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Statute of the International Court of Justice**. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

_____. **The Court**. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/court>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano: Nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Lisboa: Fundo de Cultura, 1965.

JOVANOVIC, Mila. *Aequitas and Bona Fides in the Legal Practice of Ancient Rome and the Prohibition of the Abuse of Rights*. **Facta Universitatis**, Niš, v. 1, n. 7, p. 763-789, 2003.

KARAKOCALI, Ahmet. Magistrate: The Most Important Political Body of Roman Republic. **Ankara Bar Review**, Ankara, p. 66-82, jul./dez. 2013.

KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational. **International Organization**, Cambridge, v. 54, n. 3, p. 457-488, 2000.

KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. **Nebraska Law Review**, Lincoln, v. 75, n. 181, p. 181-207, 1996.

_____. Why Transnational Law Matters. **Faculty Scholarship Series**, New Haven, v. 24, n. 4, p. 745-753, 2006.

LEÃO, Delfim; BRANDÃO, José Luís. As Origens da Urbe e o Período da Monarquia. In: OLIVEIRA, José Luís Brandão Francisco de Oliveira (Coord.). **História de Roma Antiga: das origens à morte de César**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. v. 1. p. 27-50.

LEE, Peter. Por que aprender História? **Educar em Revista**, Curitiba, n. 42, p. 19-42, out./dez. 2011.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LICANDRO, Orazio. La *pax deorum* e l'imperatore Augusto (che "iniziò a porre ordine nell'ecumene"). In: PIRO, Isabella (Org.). **Scritti per Alessandro Corbino**. Tricase: Libellula, 2016. v. 4. p. 223-300.

LIVIUS, Titus. **The History of Rome**. London: J. M. Dent & Sons, 1905. v. 1.

LOGGHE, Loonis. **The tribuni plebis and the end of the Roman Republic**. 357 f. Tese (Doutorado em História) - Faculteit Letteren & Wijsbegeerte, Universiteit Gent, Gent, 2016.

LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967.

LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; SOLIDORO, Laura. **Diritto Privato Romano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2017.

LUCILII, C. **Carminum Reliquiae**. Lipsiae: in aedibus B.G. Teubneri, 1904. v. 1.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Transjudicialismo e as Cortes Brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Direito e Política**, Itajaí, v. 4, n. 3, set./dez. 2009.

MAQUIAVEL. **Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. 3. ed. Brasília: UnB, 1994.

MARCIANUS. *Regularia*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I.

MAROTTA, Valerio. **Esercizio e Trasmissione del Potere Imperiale (secoli I-IV d.C.)**: studi di diritto pubblico romano. Torino: Giappichelli, 2016.

MARQUES, Juliana Bastos. **Tradição e renovações da identidade romana em Tito Lívio e Tácito**. 258 f. Tese (Doutorado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

MARUOTTI, Laura Solidoro. *Aequitas e ius scriptum*: Profili storici. **Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino**, Camerino, n. 1, p. 207-320, 2012.

MASTINO, Isabella. **Natura, Interpretatio, Praescriptio**: Tra Diritto Naturale Romano e Diritto Penale Moderno. 179 f. Tese (Doutorado em Direito e Economia dos Sistemas Produtivos) – Università degli Studi di Sassari, Sassari, 2012.

_____. "*Utilitas valuit propter honestatem*": Cicerone e il principio giuridico dell'*utilitas*. **Diritto@Storia**, Sassari, n. 11, ano 12, 2013.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: Quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MATTOSO, José. **A Função Social da História no Mundo de Hoje**. Lisboa: A.P.H., 1999.

MAUREIRA PACHECO, Max. La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, n. 28, p. 269-288, 2006.

MCLUHAN, Marshall. **A Galáxia de Gutenberg: a formação do homem tipográfico**. São Paulo: Nacional; USP, 1972.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP: uma perspectiva de Cabo Verde**. 2005. Disponível em: <<http://www.iseg.utl.pt/aula/cad319/6%20-%20Textos%20de%20apoio/Texto%20de%20apoio%20ao%20ponto%201%20do%20programa/Globalizacao%20economica.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

MENEGHETTI, Antonio. **A Psicologia do Líder**. 5. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2013.

_____. **Cinologia**. Lugano: Ontopsicologia, 2017. v. 2.

_____. **Dicionário de Ontopsicologia**. 2. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2012.

_____. **Direito, Consciência, Sociedade**. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2009.

_____. **Do Humanismo Histórico ao Humanismo Perene**. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2014.

_____. Il Ruolo dei Giudici e l'Inconscio Individuale. **Nuova Ontopsicologia**, Roma, ano 30, n. 1, p. 38-45, jul./dez. 2012.

_____. **Racionalidade Ontológica**. Recanto Maestro: Ontopsicológica, 2015.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Why and How to Study "Transnational" Law. **UC Irvine Law Review**, v. 1, n. 1, p. 97-129, mar. 2011.

MINKOVA, Milena. Spostamento dei Concetti Politici nel Lessico Cristiano: *dignitas* in Boezio. In: CONVEGNO INTERNAZIONALE, 2004, Cividale del Friuli. **Atti...** Pisa: ETS, 2004.

MIRÓ, Mònica. Emociones, Sentimientos, Experiencias y Procesos Religiosos. In: ARDEVOL PIERA, Elisenda; MUNILLA CABRILLANA, Glòria (Coord.). **Antropología de la Religión: una aproximación interdisciplinar a las religiones antiguas e contemporáneas**. Barcelona: UOC, 2004. capítulo V.

MODESTINUS. *Responsorum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I.

MONTAGNER, Aírto Ceolin. A Formação de Roma e os Primórdios da Literatura Latina. **Principia**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 9-17, 2012.

MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. London; New York: Routledge, 2007.

MURONI, Adriana. **La Cittadinanza in Roma Antica (dal Regnum alla Fine dell'Età Repubblicana)**: Termini, Concetti, Sistema Giuridico-Religioso. 279 f. Tese (Doutorado em Direito e Economia dos Sistemas Produtivos) – Università degli Studi di Sassari, Sassari, 2012.

NAMUR, P. **Cours d'Institutes et Histoire du Droit Romain**. Bruxelles: Bruylant, 1888.

NAVARRA, Marialuisa. **Ricerche Sulla Utilitas nel Pensiero dei Giuristi Romani**. Torino: G. Giappichelli, 2002.

NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 621-635, maio/ago. 2017.

_____. **La buena fe en el derecho romano**: extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. Transnational Relations and World Politics: An Introduction. **International Organization**, Madison, v. 25, n. 3, p. 329-349, 1971.

PAPINIANUS. *Definitionum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito; Millennium, 2008.

PATTI, Francesco Paolo. Danno da morte, coscienza sociale e risarcimento per i congiunti: verso una riforma del BGB? **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, ano 35, n. 1, p. 39-62, jan/mar. 2017.

PAULUS. *ad Sabinum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Madrid: Ramon Vicente, 1872. Tomo I.

PEPE, Gabriele. **The Notion of Primus Inter Pares in Italian Public Life Today**. Napoli: Scientifica, 2017.

POMPONIUS. *Libro singulari enchiridii*. In: JUSTINIANO. **Digesto, Liber Primus**: introdução ao direito romano. 3. ed. Tradução de: Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: Centro Universitário FIEO, 2002. p. 24-43.

POSNER, Eric A. The Constitution of the Roman Republic: A Political Economy Perspective. **Public Law & Legal Theory Working Papers**, Chicago, n. 327, p. 1-35, nov. 2010.

PROVERA, Giuseppe. Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano. **Rivista di Diritto Romano**, Milano, Scritti giuridici.

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**, São Paulo, v. 49, p. 190-220, 1954.

_____. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O conceito de “ratio naturalis” entre os juristas romanos e Santo Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 38, p. 107-117, 1942.

REINKENHOF, Michaela. Die Anwendung gemeinen Rechts in der Republik San Marino. **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**, München, p. 321-, 1997.

ROCKMORE, Tom. Kant, Hegel e a Paz. **Opinião Filosófica**, Porto Alegre, n. 1, v. 2, p. 50-44, jan./jun. 2011.

ROSELAAR, Saskia T. **Public Land in the Roman Republic**: a social and economic history of the *ager publicus*. 383 f. Tese (Doutorado) – Leiden University, Leiden, 2008.

SALAZAR REVUELTA, María. Formación en el derecho romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo. **Ridrom**, Ciudad Real, n. 14, p. 111-187, abr. 2015.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALLUSTIO. **La Guerra Giugurtina**. Milano: Garzanti, 1994.

_____. **Conjuración de Catilina**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A Sociedade em Rede**: Do Conhecimento à Acção Política. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

SANTI, Claudia. *I Viris Sacris Faciundis Tra Concordia Ordinum e Pax Deorum*. In:

ROCCHI, Maria; XELLA, Paolo; ZAMORA, José-Ángel (Org.). **Gli Operatori Culturali**: storia delle religioni. *Essedue*, 2006. v. 3. p. 171-184.

SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. 568 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, 2015.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHERILLO, Gaetano; GNOLLI, Franco. **Diritto Romano**: lezioni istituzionali. Milano: LED, 2003.

SCHERMAIER, Martin Josef. *Bona fides in Roman contract law*. In: ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (Ed.). **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University, 2000.

SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. Oxford: Clarendon, 1936.

_____. **Storia della giurisprudenza romana**. Tradução de: Guglielmo Nocera. Firenze: Sansoni, 1968.

SCIORTINO, Salvatore. *Il Mos e la Consuetudo nel De Moribus Di M. T. Varrone*: (In Margine a *Macr. Sat.* 3.8.8-12 e *Serv. Ad Aen.* 7.601). **Ivris Antiqui Historia**, Pisa, v. 8, p. 191-208, 2016.

SCOPACASA, Rafael. Poder popular e expansão da República romana, 200-150 a.C. **Topoi**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 37, p. 80-101, jan./abr. 2018.

SENECA, Lucio Anneo. **Lettere a Lucilio**. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1995.

SENN, Pierre Daniel. Buona fede nel diritto romano. In: ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ; ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO COMPARATO. **DIGESTO delle Discipline Privatistiche**: Sezione Civile. 4. ed. Torino: UTET, 1988. v. 2. p. 129-133.

SILVA, Cristina Nogueira da. Universalismo, Pluralismo e Casuismo no Direito Romano. **CEDIS Working Papers**, Lisboa, n. 3, p. 1-19, nov. 2017.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. **Dicionário de Conceitos Históricos**. São Paulo: Contexto, 2009.

SOARES, Josemar Sidinei. A condição dos deveres como pressuposto para efetivação de um diálogo transnacional. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Ativismo Judicial e Judicialização de Políticas Públicas**: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico. Itajaí: Univali, 2016. Tomo II.

_____. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 140-163, jul./dez. 2011.

_____; CRUZ, Paulo Márcio. Critério Ético e Sustentabilidade na Sociedade Pós-Moderna: impacto nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 401-418, set./dez. 2012.

SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, Pós-Modernidade e Transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Global: transnacionalidade e globalização jurídica**. Itajaí: Univali, 2013.

SOARES, Josemar; MENEGHETTI, Tarcísio. Uma análise da transnacionalidade a partir da Paz Perpétua de Immanuel Kant e da crítica ao Direito Internacional de G. W. F. Hegel. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE, XXII, 2013, São Paulo. **Anais do XXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE: Filosofia do Direito II**. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

SOLIDORO, Laura. Prolegomeni alla lettura della casistica romana. *In*: SOLIDORO, Laura; SCOGNAMIGLIO, Margherita; PASQUINO, Paola (Org.). **Il Diritto Romano caso per caso**. Torino: G. Giappichelli, 2018.

STANDLER, Ronald. B. What Is History and Why Is History Important? Fev. 2013. Disponível em: <<http://www.rbs0.com/wh.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

STEARNS, Peter N. Why Study History? **American Historical Association**, 1998. Disponível em: <[https://www.historians.org/about-aha-and-membership/aha-history-and-archives/historical-archives/why-study-history-\(1998\)](https://www.historians.org/about-aha-and-membership/aha-history-and-archives/historical-archives/why-study-history-(1998))>. Acesso em: 27 fev. 2019.

STEK, Tesse D. The impact of Roman expansion and colonization on ancient Italy in the Republican period: from diffusionism to networks of opportunity. *In*: FARNEY, G. D.; BRADLEY G. (Ed.). **The peoples of ancient Italy**. Leiden: De Gruyter, 2017.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

STOLFI, Emanuele. *Interpretatio e Auctoritas: Diritto e potere a Roma fra tarda repubblica ed età dei Severi*. *In*: ALTINI, P. H. C. (Org.). **Issues of Interpretation: Texts, Images, Rites**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2018. p. 17-27.

TERENTIUS AFER, Publius. **The Self-Tormentor: with more english songs from foreign tongues**. New York: Charles Scribner's Sons, 1885.

TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001.

ULPIANUS. *Ad Edictum*. *In*: JUSTINIANO. **Cuerpo Del Derecho Civil Romano**.

Barcelona: Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, 1897. Tomo III.

_____. *Ad edictum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I.

_____. *De Officio Consulis*. In: JUSTINIANO. **Cuerpo del Derecho Civil Romano: Digesto**. Barcelona: Jaime Molinas, 1892. Tomo II.

_____. *Institutionum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I.

_____. *Regularum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I.

_____. *Sex libri opinionum*. In: JUSTINIANO. **Digesto**. Pamplona: Aranzadi, 1968. Tomo I. p. 190.

VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale: ricerche**. Padova: Cedam, 2006.

VICARI, Andrea. San Marino. **The Columbia Journal of European Law Online**, New York, 2012.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. **Além do Direito: O que o juiz deve saber**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2015.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Direito Romano**. Porto: Rés, 1991.

WATSON, Alan. Il diritto privato. In: SCHIAVONE, Aldo (Dir.). **Storia di Roma: L'Impero Mediterraneo**. Torino: Giulio Einaudi, 1990. v. 2. pt. 1.

WINKEL, Laurens. Forms of Imposed Protection in Legal History, Especially in Roman Law. **Erasmus Law Review**, The Hague, v. 3, n. 2, p. 155-162, 2010.

YARN, Douglas H. Transnational Conflict Resolution Practice: A Brief Introduction to the Context, Issues, and Search for Best Practice in Exporting Conflict Resolution. **Conflict Resolution Quarterly**, v. 19, n. 3, primavera 2002.