

DIREITO E RELIGIÃO NO DIREITO ROMANO ANTIGO

Leonardo Goulart Pimenta¹

Sumário: 1- Introdução; 2- *Summun ius, summa iniuria*; 3- Humanismo e Direito Romano; 4- Considerações Finais; Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo trata de expor o conteúdo de um princípio fundamental para interpretação do Direito Romano: *summum ius summa iniuria*. Para tanto analisa seus elementos constituintes (*summum* e *ius*), dos quais é possível visualizar a função do direito na cidade de Roma bem como sua interação com a moral e a justiça. Ainda, trata estabelecer a relação do princípio com a nascente concepção humanista de direito e com a noção de equidade.

Palavras-chave: Direito Romano, *Jus, Fas*, Justiça, Equidade, *summum ius, summa iniuria*, moral, humanismo.

Áreas: História do Direito, Direito Romano e Filosofia do Direito.

1 - Introdução

O direito romano apresenta um legado de inabalável consistência e profundidade para o pensamento jurídico. O gênio romano mostrou toda sua força na elaboração e sistematização das noções mais basilares do direito, tornando-se, sem qualquer contestação, o momento de maior esplendor da história do direito ocidental. Nenhum outro povo da antiguidade construiu monumento normativo tão completo e penetrante. Prova desta situação é o fato de grande parte dos institutos jurídicos, especialmente no direito privado, serem heranças do direito romano.

E se a ordem romana serviu de parâmetro para criação do direito moderno, certamente haveria de trazer alguma luz à reflexão sobre princípios.

Entre inúmeras definições contemporâneas, Freitas (1995) afirma que princípio pode ser entendido como uma diretriz basilar de um sistema jurídico, a qual se traduz numa disposição hierarquicamente superior do ponto de vista axiológico, constituindo-se como linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com controvérsias jurídicas.

¹ Mestre e doutorando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Filosofia do Direito, Direito Romano e História do Direito da Puc/Minas, da UNIFENAS e da Newton Paiva

Os romanos certamente não chegaram nem perto de uma definição tão específica, especialmente no sentido de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy ou Giorgio Del Vecchio. No entanto, tem-se ancorado nestas diretrizes a aplicabilidade de tais conceitos em vários exemplos no direito romano. É possível encontrar ensinamentos paralelos à idéia de princípios extremamente úteis para identificação da função e das potencialidades do direito atual. Assim, o interesse primeiro deste artigo não é demonstrar a adequação ou não de algum princípio de direito romano a uma ou outra de suas acepções contemporâneas, mas trazer à discussão algumas lições da jurisprudência romana, especificamente, sobre como os romanos interpretavam suas normas.

2 - *Summun ius, summa iniuria.*

A partir destas premissas, seleciona-se aqui um princípio essencial para a interpretação, *interpretatio*, do direito romano: *summum ius, summa iniuria*. Em uma tradução preliminar, o máximo do direito, o máximo da injustiça. Este brocardo encerra a idéia de que o direito deve ser sempre interpretado com equidade, como forma de se evitar a injustiça ao se apegar às normas em sua pura expressão literal e dogmática.

Para bem compreender este princípio é necessário considerar seu conteúdo de um ponto de vista analítico, precipuamente de sua própria constituição filológica.

O primeiro aspecto a se determinar é a noção de *ius*. O substantivo neutro *ius*, em latim arcaico, ou *jus*, no latim medieval, é traduzido em sua acepção leiga como justiça. Mas outro termo latino, *fas*, também deve ser traduzido como justiça. Vejamos esta importante distinção.

Em termos arcaicos, os fenômenos do mundo são explicados por meio da religião. Qualquer acontecimento do mundo deriva de vontade divina, natural; e o direito não restaria fora desta regra. Explica-se o direito, explicando a religião. *Fas* deriva do latim *fari*, (falar), e designa o direito ditado pelos deuses. É o designativo de uma ordem jurídica divina; de normas, deveres, modos de agir que são impostos pela autoridade dos deuses. Vide assim figuras como oráculos, profetas e sibilas da

época antiga dos povos egípcios, gregos, babilônicos e romanos, responsáveis por transmitirem e traduzirem as ordens celestiais.

O vocábulo denota a aproximação comum em termos arcaicos, qual seja: religião e direito. O direito arcaico é impregnado de religiosidade, é profundamente contaminado pela prática religiosa. Na maior parte das vezes a distinção entre regra religiosa de origem mística ou sobrenatural e regra jurídica é de difícil configuração, ou até mesmo impossível ser realizada. Na verdade, como aponta Wolkmer (2005), o direito estava totalmente subordinado à imposição de crenças dos antepassados, ao ritualismo simbólico e à força das divindades. Um sincretismo nebuloso mesclava e integrava, no religioso, as regras de cunho social, moral e jurídico.

Já *ius* é o direito posto pelo homem, é o que a cidade obriga, é, na acepção atual, o direito positivo. A justiça como *ius* é fruto do humano, e, portanto, vai acompanhar todos seus delineamentos. E justamente desta aproximação se retira a ciência que estuda o direito, a *iurisprudentia*. Noção tão bem definida por Celso: “direito é a arte do bom e do eqüitativo” (*ius est ars boni et equi*) (DIGESTO, I, 1, 1). Observe-se que a palavra jurisprudência, que no direito brasileiro designa as decisões uniformes dos Tribunais, em direito romano significa trabalho interpretativo, aproximando-se, assim, do que atualmente entendemos por Doutrina.

À ciência do direito aplicam-se os *iurisconsulti*, dos quais cabe, nos ensinamentos de Cícero: *respondere, agere, cavere*. *Agere* refere-se à atividade processual perante a justiça; *cavere* é ter conhecimento das formalidades jurídicas. Enquanto, precipuamente, *respondere, dare responsa*, é dar pareceres ou respostas a dúvidas que lhe tenham sido postas. Os jurisconsultos ou prudentes são encarregados de preencher as lacunas deixadas pelas leis, adaptando continuamente os textos legais às mudanças sucessivas do direito vivo. “O trabalho de interpretação ou acomodação do texto ao caso concreto constitui a *interpretatio*”. (CRETILLA Jr., 2007, p.34). Os jurisprudentes são os encarregados da prudência, da sabedoria, da virtude de saber sopesar os argumentos, confrontar opiniões e decidir com equilíbrio.

O jus – o que a Cidade permite que se faça – não se confunde com o fas – aquilo que é permitido pela Religião. O Jus é do domínio dos homens; o fas é do reino de Deus. É estranho que entre os romanos não se encontre, como os gregos, personificação da idéia de direito em figuras divinas. O romano, sem dúvida, cria a Justitia e a Aequitas, mas tais concepções estão muito distantes da imaginação plástica da mentalidade helênica de

onde saíram Têmis e Diqué. No entanto, o gênio romano desenvolveu, na aplicação do diário do direito, duas noções jurídicas logicamente apresentadas a tais personificações gregas: o Fas e o Jus, que correspondem, até nos pormenores, a Têmis e Dique, respectivamente. Fas designa aquilo que é direito conforme a vontade dos deuses. Jus é o que regula as relações entre os homens sob a sanção do Estado. (CRETELLA, 2007, p.18)

Não é nem mesmo raro os dois termos aparecerem conjugados em uma mesma proposição. Vide assim Virgílio: “permitem a religião e as leis humanas certas ocupações mesmo em dias de festa” (*etiam festis quaedam exercere diebus faz et iura sinunt*)(GEÓRGIAS, I, 269). E ainda, na distinção que os jurisconsultos clássicos apontavam entre *jus divinum* com o *jus humanum*, a qual pode ser observada em vários âmbitos do direito, como por exemplo, no direito das coisas (*res “humani iuris e res “divini iuris”*) e no conceito de casamento dado por Justiniano (INSTITUTAS, I, X, 1).

Os delineamentos distintivos, no entanto, não devem ser interpretados de forma radical. Observe-se assim a definição de Jurisprudência nas Institutas do Imperador Justiniano: Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto (*Jurisprudéntia, est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*) (INSTITUTAS, I, 1, 1). Nesta celebre passagem é possível encontrar elementos humanos, religiosos, filosóficos e morais mesclados como um mesmo objeto de conhecimento.

Mas observe-se que o termo *ius* foi traduzido como justiça, e em algumas passagens anteriores deste texto foi utilizado indistintamente como direito. Para um olhar moderno ou contemporâneo, justiça e direito são coisas bem distintas que podem ou não se identificar em algum momento. Mas em uma discussão sobre interpretação e aplicação de normas, a que estariam se referindo os romanos, ao direito ou a justiça? Em verdade, a ambos. *Ius* é justiça, como já foi dito, mas também é norma, é direito. Isto se deve ao fato de que o direito é necessariamente a expressão do justo. Os romanos não concebiam facilmente a distinção entre direito e justiça. O direito, para ser entendido como tal, tem de ser justo; é-lhe uma característica essencial. Entender o direito é entender como ser justo; estabelecer uma norma do direito é estabelecer o justo em termos gerais e concretos.

Vejamos como Ulpiano, jurista clássico do século III, citado logo na abertura do Digesto de Justiniano, define esta situação.

Se se quiser entender a matéria jurídica, é preciso, antes de mais nada, saber donde vem a palavra direito (*ius*). Ora, essa palavra provém de justiça (*iustitia*): com efeito, como definiu limpidamente (elegantemente) Celso, o direito é a arte do bom e do equitativo. E nós (juristas) podemos, com razão, ser chamados os sacerdotes do direito, pois de fato praticamos a justiça, procuramos dar e conhecer o que é bom e equitativo, com a separação entre o justo e o injusto, a distinção entre o lícito e o ilícito; pretendemos que os homens de bem conduzam não apenas por temo do castigo, mas também pelo desejo de recompensa, e esforçamo-nos, sinceramente, por alcançar, salvo engano, uma filosofia verdadeira. (DIGESTO, I, I, 1)

Enfim, na visão do jurisconsulto, que certamente retratava uma perspectiva corrente, o direito autêntico nada mais é do que a realização da justiça; e a finalidade da lei consiste exatamente em atualizar publicamente as regras práticas do agir justo. *Ius* é direito, é norma jurídica; mas não qualquer norma, apenas aquela em conformidade com a justiça.

Feitas estas distinções e aproximações, já é possível uma primeira conclusão: o problema do *summum*, do exagero, do sumo, do todo, vai ser exclusivo do *ius*. Do *fas* não há o que se temer ou se questionar sobre seu máximo; ele é o fato que já se apresenta como tal. Não cabe se discutir se o *fas* pode ser mais ou menos do se apresenta. Qualquer decreto indeclinável da divindade, uma fatalidade, é um dado, não há como mudá-lo ou modificá-lo; é uma ordem dos deuses acabada e finda. Há essencialmente uma incapacidade, uma impossibilidade de se questioná-lo. Portanto, quanto ao *fas*, não há que se refletir sobre sua aplicação mais ou menos rigorosa, mais ou menos adequada ou rígida.

Mas e quando se trata das normas da cidade, fruto do arbítrio ou da razão humana? O direito (*ius*) é posto pelo homem, é fruto do seu arbítrio, de um ato de vontade, portanto, falível, discutível, mutável, imperfeito. Não implica mais em relações necessárias. E aqui resta uma premissa fundamental, os romanos não entendiam o direito como um produto acabado. Ao se entender as leis, manifestadamente, como um produto da convenção humana, um acordo ao que chegam muitas pessoas para regular um ou vários aspectos de sua vida em comum, sempre se pode suscitar uma dúvida acerca de sua justiça. Nada impede que se adote uma lei injusta. A razão legiferante não é tão forte a ponto de se comparar com a razão divina ou natural. O humanismo havia posto a premissa de que a razão pode falhar.

Lançada a premissa de que o direito (*ius*) é essencialmente questionável, restaria o seguinte problema para a atuação dos jurisconsultos: é prudente se

interpretar as normas do direito (*ius*) de forma absoluta (*summum*)? Absoluta (*summum*), aqui significa suprema, exagerada, total, acabada. E tal acepção vai se expressar especialmente ao se interpretar a realização empírica da norma - a forma escrita. Ou seja, a compreensão exagerada da norma dá-se quando se leva em conta apenas e tão somente sua parte escrita, em sua absoluta literalidade. É aquilo que os romanos chamavam de *scriptum* ou *verba litterae*.

À primeira vista, o problema ainda se agrava, pois quem interpreta o direito em sua literalidade em nada se opõe à ordem. Como se opor a quem requer não mais do que literalmente escrito na norma? Seria correto negar uma pretensão fundamentada em uma norma posta, publicada, escrita e reconhecida?

A jurisprudência romana via nesta forma literal de se apreender o direito não apenas como uma das inúmeras possibilidades da interpretação mais ou menos corretas, mas sim como a atualização da essência da injustiça, uma aplicação contrária ao direito. Uma maneira de lesar, ludibriar e atacar a esfera jurídica alheia. “Quem leva até as últimas conseqüências um direito, aliás, juridicamente inatacável, comete grave injustiça, desde que sua exigência chegue a lesar não menos respeitáveis direitos humanos dos próximos – injustiça que sobe de ponto se, para conseguir seu estrito direito, lançar mão dos inúmeros recursos que lhe oferece uma legislação intrincada e por vezes confusas” (MAGNE, 1961, p.39). Portanto, na medida em que se interpreta o direito de forma exagerada, chamando à baila sua literalidade, está-se na verdade promovendo a injustiça. É uma forma de imoralidade, de se atacar a essência do justo que se confunde com a própria noção de direito. Como fruto do arbítrio humano, o direito não pode ser interpretado de forma literal rígida. *Summum ius, summa iniuria*.

Vejamos como Cícero, pensador romano do final da República, ilustra esta questão.

Ofensas há que, pela maior parte, o direito pretório e algumas leis se encarregam de absolver. Muitas vezes, também, injustiças são cometidas por calúnia e interpretação demasiado astuciosa e maligna do direito. Daí o dito “Sumo direito, suma injustiça” ter-se tornado um provérbio já muito repisado na conversação comum. Inúmeras faltas deste tipo são perpetradas mesmo nos assuntos públicos. É o caso daquele que, havendo dito combinadas com o inimigo tréguas de trinta dias, associava os campos durante a noite, porque o acordo falava apenas em dias e não noites. (CÍCERO, 1999, p. 19).

Agusto Mange retrata outra passagem.

O adolescente Clínia necessita de dinheiro para levar a cabo seus planos amorosos. Serve-se para tanto da interferência de seu jovem escravo Siro que, useiro e vezeiro em semelhantes aventuras, consegue com astúcia persuadir o pai Menedemo a alargar a bolsa: trata-se de pagar um débito. Ora, a rigor, quando quisesse fincar pé em seu estrito direito, poderia Menedemo alegar que não tinha obrigação alguma de arcar com as conseqüências de desmandos que ele nem causara nem aprovara. Mas Siro não ignora o respeito de seu amo a obrigações morais: a concórdia que deve unir pai e filho exige a renúncia a seu próprio direito, e é com argumentos de pura conveniência moral que Menedemo se deixa mover, pois, afinal, é inegável que *ius summum saepe summa est malitia – quo proverbio, (...) monemur aequitatem potius quam legum litteras sequi*. Valer-se de um direito que contrariaria com inalienáveis obrigações morais constitui, pois, o conteúdo do provérbio. (MAGNE, 1961, p.38)

A jurisprudência romana soluciona os problemas lançados apoiando-se no conceito de *aequitas*, *aequum*. Equidade é a forma de amenizar a rigidez do escrito da norma, a qual, feita para valer em termos gerais, acaba por ficar distante de seus elementos concretos. Esta noção se confunde com a idéia de justiça no sentido de aproximação dos elementos circunstanciais do caso a se solucionar e de fuga do rígido e estático da pura expressão literal da norma. Nisto a *aequitas* surge como um conjunto de normas complementares que integram o direito, essencialmente incapaz de esgotar em suas fórmulas a plenitude da vida. Como afirma Magne (1961), está sua essência no fato de, mediante meticuloso exame de todos os momentos e circunstâncias de determinada situação jurídica, a situação vir reconhecida válida no ponto de vista tanto das partes litigantes quanto da exigência legais vigentes.

Trata-se de trazer à tona um novo aspecto jurídico para o qual se poderá apelar. Não se restringe ao que chamamos hoje de equidade em contraposição ao rigor da lei, seguindo na esteira de Aristóteles². A *aequitas* romana vai além, num sentido claro de complementação, extensão e integração do direito com vistas a uma maior justeza ao fato. Observe-se que este conceito historicamente aparece proeminentemente em sistemas jurídicos nascentes, sem ainda um sistemas escritos consistentes – *sine iure certo*, ou ainda a sistemas imprecisos e divergentes.

Os romanos querem demonstrar que interpretar literalmente o direito é errado, não em um sentido técnico, mas moral. É moralmente inadequado utilizar o direito de forma excessiva. *Aequitas* é um conceito moral, é sinônimo ou, quando menos,

²[...] quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade) corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta. (ARISTÓTELES, 2001, p. 125).

conceito muito afim a *iustitia, iustum*, na relação dos homens entre si; *humanitas, humanum*.

Fora do *aequum* há somente o rigor *juris*, o *jus durum, summum, callidum*, a *angustissima formula* e a *summa crux*. A *aequitas* é *jus benignum, temperatum, naturalis justitia, ratio humanitatis* – fora da equidade há somente o rigor do direito, o Direito duro, excessivo, maldoso, a formula estreitíssima, a mais alta cruz. A equidade é o direito benigno moderado, a justiça natural, a razão humana. (MAXIMILIANO, 2004, p.140).

O direito exagerado é a extrema maldade (*Ius summum saepe summa est militia*). Aqui transparece perfeitamente a função da jurisprudência e dos jurisprudentes: conhecer e atuar a equidade. Lembre-se aqui a definição de Celso direito é a arte do bom e do eqüitativo (*Ius est ars boni et equi*). Ou seja, a formação do jurista romano não se restringe ao conhecimento do *Ius*, do direito positivo em suas diversas nuances e diferenciações, envolve também uma conscientização ética, um conhecer e pensar o certo e o errado, o justo e o injusto.

E este pensar o certo e o errado precisava tornar-se cada vez mais universal. Roma, com suas imensas conquistas militares e políticas, tornou-se uma comunidade universal. Como explica Comparato (2006), a partir do momento em que Roma iniciou sua longa série de conquistas territoriais, tornou-se indispensável criar um direito despido de todo o particularismo; capaz, portanto, de reger as relações mercantis derivadas do intenso tráfico desenvolvido com outros povos da bacia do mediterrâneo; e as relações entre pessoas de diferentes províncias romanas, ou entre provincianos e cidadãos romanos. A política romana precisa compor um direito universal que responda as necessidades de superação de privilégios e componha os diversos interesses que agora formavam o nascente império romano. Antes mesmo, a Lei das Doze Tábuas foi justamente inspirada por esta necessidade de por fim aos exageros do modo pessoal de encarar as relações jurídicas entre patrícios e plebeus.

O direito romano tem uma característica comum com a filosofia grega; o seu universalismo. Ele foi o primeiro sistema jurídico capaz de se aplicar fora do meio social onde havia sido gerado. Surgiu, portanto, como o primeiro direito com vocação universal na história. Até então, cada sistema jurídico era local, fazia parte das instituições próprias de um povo, e não podia, por isso mesmo, ser transplantado para um outro meio social (COMPARATO, 2006, p. 114)

Observe-se também, na distinção feita por Gaio entre Direito Civil e Natural, o cosmopolitismo para o qual caminhava a reflexão.

Todos os povos que se regem por leis e costumes usam de um direito que, em parte, lhes é próprio e, em parte, comum a todos os homens; pois o direito que cada povo constitui para si mesmo, esse lhe é próprio e se chama direito civil, direito quase próprio da cidade. Mas o direito, que a razão natural constitui entre os homens e todos os povos como que o observam, se chama direito das gentes, quase o direito de que todas as gentes se servem. (GAIO *apud* COMPARATO, 2006, p. 121)

3 - Humanismo e Direito Romano

Quando a ordem romana caminha no sentido de se estabelecer como um direito universal, acaba por lançar as bases do humanismo. Criar um direito universal é criar normas válidas para todos, pensadas em termos do gênero humano. Nesta sua meta, o direito precisa se ampliar, completar, complementar; funções as quais, precisamente, foram já postas como próprias da equidade. Em outros termos, a equidade estende o direito como forma de universalizá-lo, é o caminho aberto para a humanização da ordem jurídica. E esta situação acaba por ter reflexo na noção de igualdade. Se o direito se torna universal para superar os particularismos arcaicos, acaba por realizar uma premissa de igualdade, por realizar a idéia de humano. “A *aequitas* designa antes de mais nada um conjunto de normas constantes que devem ser sempre aplicadas de modo igual para todos sem acepção de pessoas.” (MAGNE, 1961, p. 39). E este humanismo axiológico apresenta-se não apenas no processo de expansão do âmbito pessoal de validade das normas, mas também no sentido de se afastar do religioso e se aproximar do humano em suas características essenciais e de sua capacidade de racionalizar concretamente sua noção de bem comum e justo. “O homem surge como único artífice do seu valor e do seu destino, senhor de si mesmo” (REALE, 1994, p. 08).

A *aequitas* sintetiza bem toda a capacidade de inovação da jurisprudência romana, moldando seu direito as suas novas necessidades e a seus padrões axiológicos, ou seja, lança as bases de permanência do direito romano dentro do ideário ocidental. Como resume bem Maximiliano:

O direito romano deve sua longevidade às relações intencionalmente mantidas com a Equidade, que ele considerou o princípio basilar da interpretação legal. Graças àquele elemento de vida e progresso, as vetustas instituições jurídicas envolveram sempre, adaptaram-se a circunstâncias novas, puderam regular o funcionamento de organismos sociais não previstos, sem se afastar do significado lógico, nem do literal, dos textos o intérprete moderno. (MAXIMILIANO, 2004, p.141)

4 - Considerações Finais

Em suma, ao entender-se o conceito e a posição do *summum ius, summa iniuria*, encontra-se na verdade uma das diretrizes basilares do sistema jurídico romano, o qual assume a forma de um princípio, traduzido numa disposição axiologicamente superior a qualquer regra positiva, sendo uma linha mestra de acordo com o qual o jurisprudente deve se basear na solução das controvérsias jurídicas.

Referências Bibliográficas:

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CRETELLA Jr. José. *Curso de Direito Romano*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MAGNE, Augusto. *Summum ius, summa iniuria. ROMANITAS: revista de cultura romana*, Rio de Janeiro, v.3, n.3/4, p. 37-40, jan. 1961.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*. São Paulo: Loyola, 1994, v. 3.
- WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.