

## A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO \*

OLIVEIROS LITRENTO

### 1. *Direito Romano e certeza jurídica.*

Forma, espaço, tempo, qualidade, quantidade, duração, objeto, relação, conceito, prestação, ilícito, sanção, são categorias jurídicas de origem romana, expressando um binômio técnico-dialético imposto pelo Direito Romano, que chegou aos nossos dias.

Impossível continuar uma discussão estéril, ou seja, que o Direito seja apenas a norma jurídica. Esta é tão-somente fonte formal de produção apta a estabelecer (porque produtora) outras fontes jurídicas exemplificadas pela Constituição, lei, regulamento etc., sem esquecer, obviamente, o tratado internacional e sua variada terminologia.

A realidade social, sobretudo a contemporânea, jamais se desvinculou dos valores éticos ditados por *fontes materiais* ou *substancias jurídicas*. Há sempre, no conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, transformações ditadas por circunstâncias temporais, tornando, tantas vezes, iníqua a norma legal. Nunca o Direito em sua substân-

---

N.E.: Trabalho realizado anteriormente aos últimos grandes acontecimentos mundiais, como a dissolução da URSS.

<sup>1</sup> BOBBIO, N.: "Contribución a la Teoría del Derecho", trad. e edição em espanhol a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, 1986.

cia ética. Qual vale mais? — pergunta Norberto Bobbio<sup>1</sup> — O Direito dos juristas ou o dos códigos?

Outra não é a influência do Direito Romano, sobretudo em sua feição ciceriana, a do *período clássico*, que vai desde a *lex Aebutia* (128 a.C.) até o reinado de Diocleciano (305 a.D.), possibilitando-nos, por seu espírito de milagrosa universalidade, segundo conceituação de Ihering<sup>2</sup>, a síntese das categorias fundamentais do pensamento jurídico, que vive e comanda nossa civilização ocidental.

Compreendendo-se, como se compreende, que o Direito pretende ordenar os aspectos essenciais da convivência humana, não pode, contudo, abranger, se apenas observado sob o ângulo do *positivismo jurídico*, as relações dos indivíduos em sua integralidade do agir. Por outro lado, se também dirigido para a própria transformação das condições da sociedade, aí essencialmente incluído o aperfeiçoamento da criatura humana, esta finalidade primeira é ditada por pressupostos morais. Um ato imoral pode ser permitido e imposto pelo Direito? Parece-nos que não. Permitido, talvez. Imposto, nunca. Até onde o Direito deve consagrar as soluções da Moral?

Levando-se em conta, para a caracterização da ordem jurídica, os elementos intrinsecamente ligados à regra ou norma jurídica, exemplificados pela generalidade, abstração, heteronomia, bilateralidade e exterioridade, a argumentação válida é de que realmente procede para a ordem normativa. Mas não exatamente para a ordem jurídica, que é mais ampla. Daí porque, tantas vezes, a norma estatal, a legal, pode ser considerada ilegítima, possibilitando um *direito de resistência*, que representa, essencialmente, manifestação de *legítima defesa*.

A ordem normativa, que edita a norma legal estatal com vistas à conduta humana, detém sempre, como instrumento essencial do Estado, o poder da coação. A norma legal, quer nos momentos de hipótese ou consequência, está sempre relacionada a alguém. Observe-se, contudo, ser, em sua interferên-

---

2 e 3 IHERING, R.: "L'Esprit du Droit Romain", trad. em francês por O. de Meulenaire, Paris, 3ª ed., Paris, 1886.

cia intersubjetiva, não apenas eminentemente social. Além de geral, abstrata, heterônoma, bilateral e exterior, ultrapassa a *coação* para tornar-se *coercitiva*. Logo, a coerção, possibilidade de coação, deixa entrever um papel fundamental na estrutura do ordenamento jurídico, porquanto sua validade ultrapassa a natureza do positivismo no Direito e, de resto, toda a normatividade estatal. Uma vez não considerada a coerção, inacessível se torna o objeto jurídico. Contudo, mais do que a coerção (imprescindível à ordem normativa) é o *justo* essencial à ordem jurídica.

A manipulação maniqueísta do Direito, sustentada pelas áreas do poder estatal, prende-se sempre a uma visão pragmática, embora tantas vezes desvirtuada pelo fanatismo ideológico. Não obstante, através de formas invariáveis, flui sempre do Direito uma racionalidade não contestada, vetorialmente dirigida ao bem-comum. Dotada de vigência, validade intrínseca e eficácia, a norma legal satisfaz, dentro da ordem normativa estatal ou social, como instrumento de compressão, os valores da ordem e da segurança. Mas sem *justiça* não se realiza a verdadeira paz e a norma se perde, como instrumento de compressão ou persuasão, conciliando a *forma*, todavia repudiando a *liberdade*, conceitos tão caros a Rudolf von Ihering<sup>3</sup> em sua magnífica interpretação do Direito Romano.

Nessas condições, não parece haver adequação perfeita entre *ordem normativa* e *ordem jurídica*. Exatamente a norma jurídica, como instrumento jurídico da vida prática, é, em seu conteúdo, intencionalmente racional, emprestando sentido aos atos humanos, que podem ser justos ou injustos. Nos círculos de conduta há, impregnada de valores, uma *qualidade de autonomia*, substancialmente ética, provinda da Moral. E outra, heterônoma, exterior, imposta por uma vontade alheia, pressupondo obrigações, reconhecimento de deveres.<sup>4</sup> Tanto E. Hus-

---

<sup>4</sup> RADBRUCH, G.: "Filosofia do Direito", trad. em português por Cabral de Moncada, 6ª ed. revista e aumentada, Arménio-Amado — Editor, Coimbra, 1979.

serl<sup>5</sup> quanto M. Heidegger<sup>6</sup> traduzem por *objetos intencionais* aquelas *vivências objetivantes*. Esta é a compreensão de Cossio.<sup>7</sup>

Na exata relação entre *intuição* e *significação*, que define o conhecimento, há um conteúdo específico de vivências significativas, verdadeiras essências que, em sua função valorativa, ultrapassam a mais adensada das formas, o mais objetivante rigor. Vai além da pura expressão de comunicação verbal para intuir um *plus* que a teleologia mais atenta ainda não pôde desvendar inteiramente.

Se, por este prisma, a conduta humana é eminentemente axiológica, a experiência jurídica não se esgota apenas na dimensão normativa e fática. Logo, compreendido o *Direito Romano* como “um sistema de significações normativas”, segundo L. Bodenheimer,<sup>8</sup> harmoniza-se a contemporaneidade jurídico-ocidental com o pensamento de Cícero para o qual o Estado *já não era a sociedade suprema*, senão um dos cinco escalões da ordem hierárquica da vida comunitária. Como se sabe, o Estado contemporâneo já se integra numa ordem hierárquica superior, *a dos blocos de Estados*. E suas normas legais estão subordinadas aos tratados e ao bem-comum internacional. De soberanias limitadas pela proteção internacional dos direitos humanos.

Deixando claro ser a razão a força dominadora do universo e que “a uma lei sumamente injusta faltava a própria qualidade de lei”, Cícero, o grande orador, advogado, estadista e filósofo romano, admitiu, irreversivelmente, que existe uma força natural acima da norma legal. E, como ensinou em “De Repú-

---

5 HUSSERL, E.: “Ideas Relativas a una Fenomenologia pura y Una Filosofia Fenomenológica”, trad. em espanhol por José Gaos, Madri, da ed. alemã de 1913, Halle.

6 HEIDEGGER, M.: “Sein und Zeit”, vol. VII de *Jahrbuch fur Philosophie und phanomenologische Forschung*, 1927, Halle.

7 COSSIO, C.: “La Teoria Ecologica del Derecho y el Concepto Jurídico de la Libertad”, Buenos Aires, 1944.

8 BODENHEIMER, E.: “Ciência do Estado”, trad. do inglês por Enéas Marzano, Forense, Rio, s/d.

blica”, a ordem legal subordina-se a uma outra ordem jurídica superior, a natural:

“A verdadeira lei é a reta razão em concordância com a natureza: é de aplicação universal, inalterável e duradoura; compele ao cumprimento do dever pelos seus mandamentos e abstém de erros pelas suas proibições”.<sup>9</sup>

A justiça, nessas condições, inerente à natureza, ou melhor dizendo, à própria natureza humana, é condição necessária para o bem-comum. É útil, segundo ainda Cícero, aos interesses humanos, porque repudiando a injustiça.<sup>10</sup>

Os famosos jurisconsultos do período clássico do Direito Romano, influenciados pela filosofia estoica, possibilitaram, através dos séculos que se sucederam, o extraordinário alcance da lição da *lex aeterna*, de Cícero. Eis seu resumo: “Todas as leis humanas, na medida em que são justas, derivam do Direito Natural.”<sup>11</sup>

Se o certo está em íntima ligação com o líquido, porquanto este é decorrente daquele, a certeza, no litígio, somente se revela em face da verdade provada e esclarecida. Quando se insinua a dúvida ou há falta de clareza com relação à matéria de julgamento, perturbada está a relação jurídica. A certeza é elementar para a caracterização do justo. Quem está certo, está consciente de que tem razão.

A compreensão de Cícero com suas concepções filosófico-jurídicas de um Direito Natural, de conteúdo invariável, é produto da identificação aristotélica de *natureza*, *fim* e *valor*. Mas se aristotélica é a idéia de que o valor supremo de uma comunidade humana é a *autarquia*, representada pelo Estado, para Cícero o Estado já não representa aquela comunidade suprema. Logo, as normas oriundas do ordenamento legal estatal estão hierarquicamente subordinadas à força da razão, oriunda da certeza comunitária, aquela *vox populi* que dita solidariedade à comunidade, que é anterior ao Estado.

---

<sup>9</sup> <sup>10</sup> e <sup>11</sup> CÍCERO: “De Republica e de Legibus, I, 6, II, 4, III, 22”, ed. Ch. Appuhn, Paris, s/d. V. também a edição espanhola, trad. de Menéndez y Pelayo e outros: *Obras Completas* de Cícero 17 volumes, Madri, 1901-1928.

## 2. O Estado contemporâneo e a tecnocratização da incerteza.

O Estado, forma específica da sociedade política, constituído de povo, território e governo soberano, é, evidentemente, quanto à atual organização do poder, dotado de condições específicas resultantes de longa evolução histórica. Admitindo-se ser o Estado funcional contemporâneo “um Leviatã teleguiado”, segundo expressão lapidar de Georges Burdeau,<sup>12</sup> inevitável se torna a reconsideração da noção de Estado. Tanto mais que o próprio conceito de Estado (afastada a exigência didática) é uma abstração. Acobertados pela ficção estatal estão os governantes e seus partidos, os grupos de pressão e seus interesses, as multinacionais e suas múltiplas infiltrações nos governos nacionais ditos soberanos.

Feição recente da sociedade humana politicamente organizada, consolidado através das transformações ditadas pelo século XVI, o Estado contemporâneo, este Leviatã teleguiado, vem se comportando politicamente segundo sua ideologia ou direção de poder. O Estado de feição comunista, hoje parcialmente liberto do jugo totalitário, através da *Perestroika*, cujo conjunto de reformas pretendem modernizar a economia soviética e todo o Leste europeu, com reflexos mundiais, e o Estado, quer de feição capitalista quer neo-capitalista, que também tentam, a todo custo, a modernização de sua economia, representam, um e outro, através de suas até então antagônicas filosofias de produtores, o dito Estado tecnocrático.

Quer comunista, quer capitalista ou neo-capitalista, o Estado contemporâneo é a própria representação da incerteza. Suas constituições, reafirmando *um país oficial diferente do país real*, possibilitam leis operantes apenas para as elites ou em função das classes detentoras do poder. Daí a adequada e feliz apreciação de José Pedro Galvão de Souza:

“O abstracionismo tem sido o vício de constituições e códigos redigidos à margem do direito histórico e sob a influên-

---

<sup>12</sup> BURDEAU, G.: “L’État”, ed. du Seuil, Paris, 1970.

cia das ideologias, de legislações que se tornam inoperantes, de reformas legislativas cujas conseqüências anarquizadoras suscitam crises a urgirem por novas reformas num círculo vicioso sem fim".<sup>13</sup>

Se ao técnico, ao legislador em particular, ao executivo governamental ao sabor das ideologias suicidas, cabem reformas urgentes exigidas para a realização do bem-comum no Estado contemporâneo, onde encontrar a *certeza* para tais realizações? Nas legislações ditadas pelo positivismo estatal? Considerando-se o governado não um ser soberano mas integrante dos grupos intermediários da sociedade política em que vive, abstratamente igual aos mais iguais, como levar a sério suas prerrogativas e direitos diante de um inoperante formalismo jurídico, acrescido de corrupção e de greves forenses?

A insaciável ambição pelo poder, dia a dia demonstrada pelo Estado contemporâneo, de feição tecnocrática, parece chocar-se com as possibilidades de certas finalidades humanas, constitucionalmente garantidas. Ou melhor: formalmente asseguradas, mas que não levam, de maneira alguma, ao almejado bem comum. Outra não é a contradição de Hans Kelsen, simultaneamente defensor e crítico sutil do normativismo jurídico:

"Com a garantia da igualdade perante a lei, no entanto, apenas se estabelece que os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar. Com isso, porém, apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente a todas as leis da legalidade da aplicação das leis, ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas jurídicas." <sup>14</sup>

Assim, segundo Celso Ribeiro Bastos, "o princípio da isonomia pode ser lesado tanto pelo fato de incluir na norma pessoas que nela não deveriam estar, como também pelo fato

<sup>13</sup> GALVÃO DE SOUZA, J.P.: "O Estado Tecnocrático", Saraiva, 1973.

<sup>14</sup> KELSEN, H.: "Teoria pura do Direito", trad. de João Baptista Machado, 3ª ed. Arménio-Amado Editor, Coimbra.

de não acolher outras que deveriam sê-lo".<sup>15</sup> Difícil não se torna, portanto, a conclusão. Partindo, a mencionada conclusão do próprio constitucionalista, dos mais brilhantes, de que somente é possível a certeza através de considerações teleológicas.

Em face do Estado contemporâneo e da tecnocratização da incerteza, da aparente clareza de textos constitucionais e de toda uma montanha de normas produzidas e acumuladas pelo positivismo jurídico normativista, seu embasamento pseudojurídico, porque apenas formal, leva à falsidade. Delineia-se uma situação de crise. A validade que existe para a norma legal ou consuetudinária não o é para o problema jurídico visto à luz do Direito Natural. As condições básicas da existência humana, asseguradas, numa democracia que se preze, não podem dispensar, impunemente, a função jurídica do princípio isonômico, *não em sua falsidade de conteúdo, mas em sua certeza de aplicação.*

Diante da atual crise do Direito e do pensamento jurídico, em face das transformações profundas de um mundo em mudança, as bases de uma *jurisprudência jusnaturalista*, em favor dos valores fundamentais da criatura humana, é mais do que redescoberta, uma necessidade. Os antigos sistemas tradicionais, de bases legalistas, ditados pelo normativismo formalista estatal, desacreditados pela ética, já se tornam ilegítimos porque precariamente legais. Há, por toda a parte, uma objetividade impositiva do falso jurídico, não contemplada e sempre rejeitada pelo jusnaturalismo de feição ciceriana. Logo, há de se substituir a dubiedade pela clareza. Os socialmente satisfeitos podem esperar. Os injustiçados, não.

### 3. *A flutuação do pensamento jurídico-doutrinário-romano no Estado contemporâneo.*

A idéia de um governo responsável é produto, sem dúvida, de um diálogo que não termina entre governantes e gover-

---

<sup>15</sup> BASTOS, C. Ribeiro: "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, São Paulo, 1989.



nados. A teoria democrática, vinculada ao liberalismo, ao modo dos constitucionalistas do século XVIII, resultado de “*la volonté générale*”, de J.J. Rousseau, pretendendo recuperar o homem, que nasce bom, mas corrompido pela sociedade em que vive, torna a nação titular da soberania e o Estado simples meio de exercê-la. Eivado de contradições inevitáveis, o conhecido “*Du Contrat Social*”, de 1762, tanto permite a Rousseau a vanguarda para idéias políticas renovadas quanto o reacionarismo mais irracional da esquerda ou da direita. A evolução do pensamento filosófico-político desde o século XVIII aos nossos dias vem sendo marcada por avanços e recuos com relação aos direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias.

O mau desempenho do Estado capitalista, de feição liberal nos domínios da economia, possibilitando, através do “*laissez faire, laissez passer*”, que os ricos se tornassem cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres, exigiu a transformação social. O Estado contemporâneo, neoliberal e social dos nossos dias, intervém, quando necessário, nos domínios econômicos. Sua atuação política, contudo, quando à licitude dos mercados frente à opinião pública, deixa muito a desejar. Por outro lado, sua conduta é superficial e imprecisa quanto aos direitos fundamentais do homem, tornando flutuantes suas garantias. Mas se apenas formalmente garantidos, ainda que expressamente declarados nas Constituições dos países contemporâneos do Ocidente, por que comumente burlados aqueles direitos fundamentais? Exatamente porque, pela pressão dos interesses dos partidos e grupos de pressão de todos os matizes, auxiliados por textos constitucionais nem sempre suficientemente claros, tornam-se incertos. Dubiedade que leva à incerteza e esta, inevitavelmente, à negação da pretensão jurídica.<sup>76</sup>

É o que chamaríamos a *flutuação do pensamento jurídico - doutrinário - romano no Estado contemporâneo*. Exatamente porque perdida, quanto à exata aplicação do Direito, a

---

<sup>16</sup> ROUBIER, Paul: “Droits Subjectifs et Situations Juridiques”, Dalloz, Paris, 1963.

*distinção entre Direito e Moral*. Porque, ainda que flutuem nos textos constitucionais vigentes todo um conteúdo jusnaturalista de feição ciceriana, os referidos textos são manipulados “à moda da casa”. De acordo com os interesses dos poderosos, política e economicamente considerados.

Não obstante, passada a euforia do mito, o ideal rousseuiano continua vivo. Com otimismo moderado, acreditamos que renovadas interpretações virão. Porque, como demonstrou Harold Laski em seu admirável ensaio<sup>17</sup> e V. Cathrein em impecável livro sobre o jusnaturalismo,<sup>18</sup> tanto a liberdade (Laski), quanto a revitalização da doutrina jusnaturalista advinda do período clássico do Direito Romano (Cathrein), são essenciais. Com permanente espírito voltado para o bem e o justo, possibilitarão continue acesa, no Estado contemporâneo, hoje em crise, a chama para uma nova forma de governo. Eclético, porque socializador e neoliberal, será o governo democrático do futuro. Hoje, pelo formalismo desacreditado, sobretudo quanto aos direitos fundamentais do homem, anulados em face de uma impositiva objetividade do normativo, garantidora dos privilégios e prerrogativas dos mais iguais e extremamente cruel para os menos iguais.

#### 4. *Justiça e equidade nas relações entre os Estados de civilização greco-romana dos nossos dias.*

A função jusnaturalista, intermediária entre o ideal de uma justiça aplicável e as estruturas de um normativismo contingente, variável no espaço e no tempo, tanto pode ser considerada dialeticamente, incorporando-se às normas positivas, como continuar como *princípios jurídicos superiores*. O sentido do *habent aliquid vigoris ex lege naturalis* identifica-se com o pró-

---

<sup>17</sup> LASKI, H.: “Liberty on the Modern State”, ed. Penguin Books, Londres, 1937.

<sup>18</sup> CATHREIN, V.: “Rechet, Naturrecht und Positives Rechet”, Freiburg, 1909. Idem: “Das Jus Gentium im Romischen Rechet” (Ph. J., 1891).

prio espírito do Direito Romano. A linha jusnaturalista tomista, eminentemente aristotélica, embasada na dignidade do ser humano, sublinha a tarefa civilizadora do ordenamento jurídico positivo se conectado com o centro da idéia de justiça. Outro não é o motivo por que os princípios jusnaturalistas, de legado ciceriano, quando tornados normativos, reformam para melhor o funcionamento das instituições jurídicas. Tanto no Direito Interno quanto no Direito Internacional Público.

Justiça, que se entende sempre, apesar de suas várias modalidades, como harmonia, igualdade proporcional, medida harmônica de troca e substituição, adveio do Direito Romano via Sócrates, Platão e Aristóteles. Não se há de falar em *justiça e equidade* com a ausência dos pressupostos da filosofia grego-romana. Tendo em vista, sobretudo, seus principais intérpretes: Platão e Aristóteles (Atenas) e Cícero (Roma). Por *equidade* se entende, como se sabe, a moderação da justiça. Ensinou-nos Ulpiano: "*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*". Assim, a equidade é o abrandamento do princípio "*dura lex, sed lex*". Ontologicamente, leva à igualdade entre pessoas ou entre Estados. Sua melhor interpretação ainda é atribuída a Aristóteles: "O equitativo, sendo o justo, não é o justo legal, mas o justo segundo o Direito".<sup>19</sup>

Enunciadas, posteriormente, por Ulpiano, nas *Institutas*, a justiça, de raízes pitagóricas aproveitadas por Aristóteles, está, como afirma Del Vecchio,<sup>20</sup> intimamente associada à *idéia de compensação*. A *epikeia* (equidade) aristotélica, adquire, no período clássico do Direito Romano, aquele sentido de "abrandamento justo da norma legal". É o próprio espírito do jusnaturalismo romano em sua face humanista e renovadora do *jus aequum*, ultrapassada a fase do *jus strictum*. Quando os grandes jurisconsultos romanos, fazendo abstração das normas legais e consuetudinárias, aplicavam a equidade, baseavam-se nos *princípios gerais da justiça objetiva*.

<sup>19</sup> ARISTÓTELES: "Ética a Nicômaco", in *Obras*, 2ª ed. em trad. espanhola, Aguilar, Madri, 1967.

<sup>20</sup> DEUVECCHIO, G.: "La Giustitia", 2ª ed. Bolonha, 1924.

Os Estados da civilização greco-romana dos nossos dias prosseguem, juntamente com os de outras civilizações, caminhos de associação internacional, realizando ou pretendendo realizar o que Korovin, cuja doutrina veio a ser recentemente atualizada por Tukin, chamou de coexistência pacífica.<sup>21</sup> Tendo recebido significado preciso diante do *materialismo dialético*, os Estados de ideologia marxista apenas admitem a superestrutura ideológica como simples realidade de um processo eminentemente econômico. Seus sistemas de legalidade, comparativamente aos do mundo dito democrático, conflitam também, ainda que de maneira mais violenta, com a legitimidade. Recentemente atenuada através da *perestroika*, a disputa ideológica entre o Leste e o Oeste, os princípios da legalidade e da necessidade em função da "*ratione necessitatis*" econômica, deixaram de ser responsabilizados (pelo menos por estes dias), pela escalada bélica sem mandato internacional, com previsão de uma guerra nuclear que se supunha inevitável.

Contradições básicas em face de convicções jurídicas foram, momentaneamente, postas de lado. A visível limitação das soberanias em função do bem comum internacional a ser proporcionado por organizações internacionais (no exemplo da ONU) e paranacionais (Mercado Comum Europeu), caracterizam a sociedade internacional dos tempos em que vivemos. As hipóteses das diferenças culturais e de civilizações diversas como obstáculos para a paz não estão, no presente momento histórico, postas mais em dúvida. Pelo menos, pelos Estados mais representativos, "os cinco grandes", que compõem os membros permanentes do *Conselho de Segurança*, da ONU.

O Direito Internacional Público, que repousa em idéias e valores ocidentais, já vem sendo aceito, de maneira satisfatória, pelos povos de civilização não-cristã. Sua universalização se deve, sobretudo, à moralidade internacional imposta pela ONU em seus múltiplos encargos, sobretudo nas áreas da educação e saúde, sem omitir, com suas operações bélicas bem

---

<sup>21</sup> KOROVIN, E. A.: "Mezhdunarodnoye Pravo" (Direito Internacional), ed. do Instituto de Direito das Ciências da URSS, Moscou, 1951.

aceitas, a manutenção da ordem e segurança dos povos, possibilitando, com o inevitável choque cultural entre civilizações diversas (aí incluídas as domundo asiático e africano), que se salvasse a paz. E que se vislumbresse um novo “*jus Gentium*” através de uma *equidade internacional* a abrandar tratados leoninos.

5. *Direitos subjetivos e situações jurídicas ou a problemática dos princípios gerais do Direito diante do Estado contemporâneo.*

Compreendido o Direito como cultura, resultante da correlação tensional entre fatos e normas, *liberdade e igualdade* são valores que jurídicos se dialetizam, segundo Miguel Reale.<sup>22</sup> Acompanhando-se as exigências de uma “dialética da complementariedade”, a seguir-se ainda o pensamento de Reale, ou a entender-se “a liberdade plutocrática” e “a ditadura igualitária”, de Pontes de Miranda,<sup>23</sup> não se há de negar, contudo, a íntima e concreta correlação entre estes dois valores. São formas de participação social. Mas, como valores jurídicos, compete ao Estado as necessárias garantias para que sejam efetivamente realizados através da possível conduta, livre e igualitária, da pessoa humana. Conduta que, pelo caráter individual e concreto, leva à situação jurídica.

É contemporâneo o termo *direito subjetivo*, datando do século XIX. Significa a faculdade conferida pela ordem jurídica objetiva para que alguém possa exigir algo de outrem. Daí o sentido da *personalidade jurídica*: a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações. O “status” político como *fundamentum divisionis*, segundo Vicente Rao,<sup>24</sup> considera os di-

---

<sup>22</sup> REALE, M.: “O Homem e seus horizontes”, ed. Convívio, São Paulo, 1980.

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, F.C.: “Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)”, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1979.

<sup>24</sup> RAO, Vicente: “O Direito e a Vida dos Direitos”, vol. II, tomo II, Ed. Resenha Universitária, São Paulo 1978.

reitos humanos ativos enquanto oponíveis ao Estado. O *status subjectionis*, ou situação das pessoas perante a norma estatal, que lhes exige obediência, fidelidade, contribuição pecuniária e outras prestações de serviços, é critério de subordinação ao Estado. Uma vez classificados, segundo Vicente Rao, os direitos subjetivos em públicos e privados, possibilitando a compreensão dos direitos públicos subjetivos dos indivíduos e dos Estados, nestes últimos explicitados os direitos de *soberania e independência*, não se torna difícil a compreensão da ordem internacional dos nossos dias. A problemática autoridade *versus* liberdade, surgindo precisamente do conflito e dificuldades entre o cidadão e o Estado, evoluiu, nos dias em que vivemos, para uma *solução eminentemente jusnaturalista*, permitindo a proteção internacional dos direitos do homem, hoje destinatário ativo do novo *Direito Internacional Público*. Assim o declara a Carta da ONU em sete importantes artigos, além dos seus *Pactos* e a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Para isso, decisiva veio a ser a contribuição dos *princípios gerais do Direito*. Limitou-se, portanto, a jurisdição doméstica dos Estados em face das constantes e atroz violações dos direitos humanos, de que o genocídio, hoje considerado crime internacional, é exemplo típico.

6. *O espírito do Direito Romano na sociedade internacional institucionalizada ou as relações entre os Estados subordinadas à equidade: o relevante papel do "jus Gentium"*.

Levando-se em conta a *naturalis ratio* como cerne do Direito Romano do período clássico, a levar-se ainda em conta, sobretudo, a crise do normativismo jurídico inserido em uma perspectiva mais ampla, a do positivismo legal do Estado, que agora tenta sobreviver com os valores do próprio homem, seu antigo pólo de divergência, necessária se torna a afirmação em face da crescente valorização do homem diante do contem-

porâneo Direito Internacional Público, de que a nova ordem internacional muito deve ao *Jus Gentium*.

Identificado por tantos ao próprio Direito Natural, o "*Jus Gentium*", cuja noção lapidar se deve a Gaio e adaptado à própria definição de Direito Internacional Público, por Francisco de Vitória,<sup>25</sup> Suárez,<sup>26</sup> Vazquez de Menchaca,<sup>27</sup> Grócio,<sup>28</sup> C. Wolff,<sup>29</sup> entre tantas outras glórias jurídicas da Europa dos séculos XVI e XVII, aquele conceito jusnaturalista integra hoje, normativizado, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, da ONU. Nas relações entre os Estados contemporâneos subordinados à equidade, conforme normatização do art. 1º, parágrafo 1º da referida Carta, evidenciando a consagração dos mais caros princípios jusnaturalistas, está presente o espírito do Direito Romano. Realmente, a Carta da ONU e seu Estatuto da Corte Internacional de Justiça regem a nova ordem internacional e protegem os direitos humanos. É a Carta da ONU, na atualidade, a *Constituição das Nações Unidas*. A lei superior de todos os povos livres, banindo a guerra, institucionalizando a *segurança coletiva*. Santo Agostinho, aproveitando lição jusnaturalista: "*Não é uma lei o que não é justo*", porquanto "*lex est ordinata concordia*",<sup>30</sup> Assim, os princípios éticos, que embasam o jusnaturalismo, são a condição primeira para a certeza do Direito justo.

---

<sup>25</sup> FRANCISCO DE VITÓRIA: "Relectio de Indis Recenter Investis" in *Relectiones Theologiae*, ed. crítica com versão em spanhol do fr. Luis G. Alonso Getino, 3 volumes, Madri, 1933-1935.

<sup>26</sup> SUAREZ, F.: "Tractus de Legibus ao Deo Legislatores in Opera Omnia", 26 volumes, Livraria Vives, Paris, 1856-61.

<sup>27</sup> MENCHACA, V.: "Controversia Illustrium", *Libri Tres*, com trad. espanhola de F.R. Alcalde, 4 vols., Valladolid, 1931-34.

<sup>28</sup> GROCIO, H.: "De Jure Belli ac Paris", ed. Oxford, 1927.

<sup>29</sup> WOLFF, C.: "Jus Naturae Methodo Scientifico Pertractatum" e "Jus Gentium Methodo Scientifico pertractum" este último com trad. inglesa de J. H. Drake in *The Classics of International Law*, 1934.

<sup>30</sup> SANTO AGOSTINHO: "De Civitate Dei", L. XIX, cap. XIII, V. também "De Libero Arbitrio", I, 5, 11, 15 e 31.

## CONCLUSÕES

Da exposição acima destacam-se, sintetizadas, as seguintes conclusões:

1ª — O *Direito Romano*, como expressão da *ratio naturalis*, herança de Cícero e dos grandes jurisconsultos, seus continuadores, é hoje patrimônio jurídico-cultural de toda a humanidade.

2ª — *Non omne quod licet honestum est*. Se nem tudo que é lícito, é honesto, a lei tem que ser justa. Se injusta, não é lei. É a própria imoralidade legalizada.

3ª — Os *princípios gerais do Direito* e a *equidade*, provindos do *Direito Romano*, do período clássico, integram hoje, como norma e conteúdo os mais importantes documentos jurídico-internacionais do mundo ocidental, com validade universal.

4ª — O *justo legítimo*, ou por natureza está acima do *justo legal*, ou por convenção.

5ª — O *Direito Romano*, por sua contribuição jurídica inestimável, deve continuar sendo, como era, disciplina obrigatória das Faculdades de Direito das Universidades do País.