

RICCOBONO, Salvatore, "Aequitas", in Nuovo Digesto Italiano I (1937), pp. 210-215.

Sumário: 1. Terminologia e conceito. 2. A equivalência entre "ius" e "aequitas". 3. Casos de discordância. 4. Aplicação no *ius honorarium*. 5. No *ius gentium*. 6. No *ius civile*. 7. Sua função integradora do direito. 8. Sua atuação sobre o direito romano clássico. 9. Sucessivos desenvolvimentos: imperador Constantino. 10. No direito justiniano.

1. De uma raiz que significa igualdade, é sinônimo de *iustum*, *iustitia* e indica aquilo que, segundo a consciência comum de uma época, é justo para todos igualmente e em todos os casos da mesma espécie. CÍCERO (*Topica*, 4): "*aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderato*". Nesse sentido mais geral, a *aequitas* é um conceito ético, e vem considerada como o fundamento do direito natural que, uma vez ditado pela natureza, é sempre igual e imutável, como exprime PAULO (fr. 11, D, *de iust. et iure* 1, 1): "...*cum id quod semper aequum et bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*". Este significado também explicou o seu influxo na doutrina dos juristas romanos. Exemplo claro oferece PAPINIANO, o qual na *obligatio naturalis* reconhece um *vinculum aequitatis*, que se contrapõe ao *vinculum iuris* da *obligatio civilis* (fr. 95, §4, D, *de solut., ecc.*, 46, 3); PAPINIANO, além disso, em toda sua obra de consultante e de homem de Estado, aparece como o grande sacerdote da *aequitas* e da *iustitia*, cujos preceitos morais aparecem inderrogáveis como aqueles do direito. Ele selou com seu sangue o célebre ditado, que se lê no fr. 15, D, *de cond. inst.*, 28, 7: "*quae facta laedunt pietatem existimationem, verecundiam mostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*". PAULO invoca a *naturalis aequitas* em oposição ao *ius civile*, querendo dizer que o direito constituído não deve tolerar aquilo que repugna à consciência universal; no caso, que algum obtenha vantagem do próprio dolo: fr. 1, D. 44, 4.

2. Mais particularmente, a *aequitas* considerada em relação ao direito positivo se identifica com o *ius*, na medida em que a função essencial deste é a de garantir a todos a mesma disciplina jurídica. Assim LIVIO (3, 34) fala da reivindicação da plebe pela codificação do *ius* (*lex XII Tab.*) destinada a obter a igualdade do direito: *iura aequare*. – TACITO, *Ann.* 3, 27, diz que a *lex XII Tab.* "*finis aequi iuris*", para exprimir a reprovação das leis e institutos posteriores que teriam lesado o princípio da igualdade. – CÍCERO, *Top.*, 9, define: "*ius civile est aequitas constituta*" – Auctor ad HERENN., 2, 13, 20: "*ex aequo et bono constat*". Cfr. CATILINA, 4, 1, 2; *Top.*, 5, 28. A definição de CELSO (fr. 1, pr., D, 1, 1) será considerada mais adiante.

A *aequitas*, portanto, sob este aspecto, é igual ao *ius*, na medida em que este aparece em perfeita proporção às exigências da vida; onde é igual para todos, e se aplica da mesma forma em todos os casos semelhantes. Esta equivalência entre *ius = aequitas* aparece no binômio: *iuris aequitatisque* (CÍCERO, *Pro Caec.*, 21, 61), que está a indicar a compenetração das duas características fundamentais do *ius*, constituídas do *vínculo* e da *igualdade*, que juntas realizam a ideia do direito.

Isso vem demonstrado também, como faz CÍCERO, dizendo que o *fim* do direito é a atuação da igualdade nas relações e nas lides entre os cidadãos. CIC., Or., 1, 188: “*Sit in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*”. – *De inv.*, 2, 51, 156: “*...in iudiciali genere finem esse aequitatem*”. – *De offic.*, 2, 4, 15: “*iuris aequa disciplina*”. – *Ibid.*, 2, 12, 42: “*aequita iuris*”. Onde CÍCERO exalta a virtude excelsa do jurisconsulto AQUILIO GALLO, seu amigo, escrevendo (*Pro Caec.*, 27, 78): “*...qui iuris Civilis rationem nunquam ab aequitate seiunxerit*”. – Cfr. *De leg.*, 1, 18, 48; *De fin.*, 3, 21, 71.

3. Mas esta exata proporção entre *ius* e *aequitas* não se verifica sempre, nem para todas as normas jurídicas. Frequentemente a relação é rompida; portanto, o *ius* não corresponde às exigências da *aequitas*. Isso pode ocorrer por duas causas: porque o ordenamento jurídico ou uma norma são antiquados e se tornam inaptos a regular as relações sociais; ou pela imperfeição das leis, às quais não é possível que contemplem todos os casos que se apresentam na vida, e ainda frequentemente são defeituosas em sua formulação. Em um e em outro caso, a *aequitas* entra em ação, precisamente para restabelecer o equilíbrio entre o *ius* e as relações da vida social. A este fim a *aequitas* explica a sua força, direcionada a corrigir o *ius* ou a integrá-lo ou adaptá-lo por via interpretativa, a fim de que este cumpra eficazmente a sua função de disciplina e de ordem da sociedade.

Podemos, assim, resumir as várias funções da *aequitas*: isto é, aquela crítica e de controle do *ius*, pela qual promove a adequação das normas de direito às novas exigências da vida; aquela corretiva do *ius* na sua aplicação; aquela integrativa, por via da interpretação, que vem exercida pelos juízes e pelos juristas.

4. No mundo romano, a ação da *aequitas* teve largo campo, não somente na interpretação, mas também na formação do direito nos vários períodos históricos. Isso aconteceu porque, em seguida às vitórias da história do povo romano, ampliou-se o território do Estado e multiplicaram-se as relações comerciais com estrangeiros (peregrinos); e, conseqüentemente, modificados os costumes primitivos, o ordenamento jurídico nacional romano, que vinha dos

mores maiorum, revelou-se não mais adequado, tanto no campo processual quanto no do direito material, às novas condições dos tempos. O sistema jurídico quiritário se manifestou, além de ultrapassado, excessivamente gravoso. Especialmente o formalismo do processo, mas também do direito material, foi causa de grande empecilho à agilidade dos negócios e à administração da justiça. É célebre o exemplo de GAIO, IV, 11, daquele que perdeu a lide por ter pronunciado na *legis actio* a palavra *vites* em vez de *arbores*, que era aquela adotada pela lei. Este sistema se mostra insuportável pela *nimia subtilitas*, como se exprime GAIO, IV, 30. As formas solenes das ações *in odium venerunt* e, no princípio do século VII, a lei Aebutia atenuou o formalismo do processo, na medida em que as formas solenes foram consideradas facultativas – e, em seguida, após cerca de um século, abolidas. Daí nasce o sistema formular, que dá ao pretor mais amplos poderes na administração da justiça. O pretor se torna o árbitro do processo. Ele não só fez o mais amplo uso do *ius edicendi*, emanando novas normas adequadas às condições transformadas dos tempos; mas ainda na instrução (*formula*), que ditava àqueles que eram chamados a decidir a lide, ele podia inserir qualquer cláusula com a determinação ao juiz de condenar ou absolver com base ao cumprimento dos pressupostos fixados na *formula*.

Neste ordenamento processual, a *aequitas* assume uma função diretiva na administração da justiça. Se o pretor não pode abolir o *ius civile*, nem criar um novo direito, ele pode paralisar e modificar os efeitos do *ius civile* no caso concreto, com os mais variados meios que estão em seu poder, os quais usa amplamente. Estes meios são: a *exceptio*, as *actiones in factum, ficticiae, in integrum restitutio*, etc. A *exceptio doli*, em particular, por sua larga aplicação, torna-se um instrumento de grande eficácia. A *actio de dolo* podia reprimir, sempre que inexistisse outro remédio processual, qualquer engano e evitar o perigo de efeitos iníquos em prejuízo de uma pessoa. As *formulae* de dolo, propostas por GALLO AQUILIO, foram por isso ditas por CÍCERO (*De natura deorum* 3, 74): “*Everriculum omnium malitiarum*”. Em todos os casos, a decisão da lide devia corresponder às reais exigências dos tempos e à consciência popular; ter aquela justa proporção que exige a *aequitas*. As normas antiquadas do *ius civile* não eram, desta maneira, aplicadas na prática. Começa, assim, a se formar um dualismo entre *ius civile* e o *ius honorarium*: aquele permanece teórico e sem efeitos (*nudum ius*); este domina na administração da justiça. A contraposição entre os dois ordenamentos aparece sempre mais em evidência. O *ius civile* é dito *strictum* (fr. 50, 1, D, 5, 3; GAIO III, 18); *summum* (CÍCERO, *De off.*, 1, 33); *iniquum* (fr. 3, pr., D, 2, 2); *subtile* (fr. 12, 5, D, 49, 15; c. 15, C, 6, 58), e os juristas falam de *iniquitates iures* (GAIO II, 25); *rigor iuris* (fr. 24, 10, D,

40, 5; fr. 32 pr., D, 24, 1); *mera subtilitate* (fr. 32, 1, D, 41, 3), que a jurisprudência com as suas sugestões e o pretor, em força do seu *imperium* e da *iurisdictio*, atenuam e corrigem com os meios idôneos. A consequência deste estado de coisas era o contraste entre *ius* e *aequitas* que aparece nas fontes clássicas, e formalmente também na codificação de Justiniano, em grande evidência. Na codificação do século VI o contraste é absurdo, uma vez que isso não pode existir em um código. Isso deve, portanto, ser considerado como um desastre histórico, superveniente na Compilação, executada com materiais antigos. No mundo romano, contrariamente, era característico do *ius quiritium* o confronto ao *ius honorarium* e aos ordenamentos e princípios de nova formação. Desta forma o contraste aparece com ênfase em CÍCERO (*De or.*, 1, 56, 240): “*pro aequitate contra ius*”. – *Pro Caec.*, 23, 65; *De off.*, 1, 32; 3, 67; em GAIO (II, 198, III, 25, 168, 181; IV, 115); mais frequentemente com o contraste: *iure, exceptione* em PAULO (*Sent.*, II, 2, 3); e nas mais variadas formas no Digesto: dr. 27, 1, D, 2, 14; fr. 52, 3, D, 2, 14; fr. 4, D, 8, 1; fr. 32, D, 15, 1; fr. 28, D, 19, 1; fr. 12, i. f., D, 23, 3; fr. 4, 3, D, 27, 7; fr. 34, 1, D, 34, 2; fr. 12, D, 44, 4; etc., e também no Código: cfr. c. 8, C, 3, 42: “*nullam ... actionem stricto iure habere; utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio*”.

Desta constituição, certamente interpolada, vê-se que o legislador do século VI foi frequentemente constringido a inserir reformas nos textos com as mesmas formas que apresentava o material das obras clássicas. A adequação do direito às novas necessidades, portanto, foi assumida pelo pretor e depois pelos Imperadores, sob a guia da jurisprudência. A legislação não opera exceto em caráter mínimo em toda esta adaptação e renovação do direito. A *aequitas* demonstra toda a sua ação de crítica e de controle sobre a idoneidade das normas do direito constituído, de adaptação ou correção destas na prática judiciária.

5. E aquilo que foi dito sobre a correção do direito que se tornou antiquado nas novas condições sociais, pode-se dizer também sobre a produção de novo direito, destinado a regular as relações de uma nova e mais intensa vida comercial.

Também aqui a obra da legislação é quase insignificante. Foi determinante primeiramente o *praetor peregrinus* e depois também o *praetor urbanus* e os *aediles* em suas respectivas jurisdições, emanando normas adequadas às necessidades do comércio. E, mais particularmente, a praxe judiciária, com a variedade dos casos que se apresentavam no mundo dos negócios, foi acumulando uma experiência que constituirá o patrimônio jurídico mais precioso para a sua perfeita adequação à vida própria dos negócios. Este patrimônio é

constituído do *ius gentium*, formado pelo costume da praxe judiciária, na maneira mais simples e, ao mesmo tempo, mais idônea à criação de novo direito. Nas *formulae* que os pretores (*peregrinus* e *urbanus*) ditavam nos casos singulares, os juízes eram autorizados a decidir as controvérsias a eles confiadas, não segundo normas fixas, mas sim com a consideração de todos os elementos em concreto *ex fide bona*, isto é, segundo o que o juiz considerasse mais conforme aos usos e às exigências do comércio, devido pela lealdade das partes, do modo de ver e de sentir dos homens daquela comunidade, da qual o próprio juiz fazia parte. O *ius gentium* representa, assim, no mundo romano, um ordenamento novo, mais evoluído, sem formas, équo; vale dizer, em perfeita proporção às exigências do comércio às outras figuras dos negócios em concreto; aplica-se, além disso, a todos os homens livres: *cives* e *peregrini*.

Como direito équo, por sua intrínseca natureza, o *ius gentium* era destinado a absorver, pouco a pouco, o *ius civile*. O desequilíbrio, que no início era fortíssimo entre um e outro ordenamento, devia gradualmente atenuar-se, e depois desaparecer totalmente, como ocorre na codificação de Justiniano.

O influxo do *ius gentium* sobre o organismo do *ius civile* era inevitável, e tem grande importância para a ação da *aequitas* sobre o *ius civile*. De fato, um ordenamento sem formas solenes, mais progredido, formado totalmente a partir da experiência viva dos negócios, colocado ao lado do *ius civile*, antiquado nos seus princípios e normas, referentes a tempos remotos, necessariamente devia aparecer como o modelo do direito dos novos tempos, em perfeita resposta às necessidades do comércio e à consciência popular. A diferença era profunda. O *ius civile* era constituído de um agregado de princípios e normas abstratas, cuja observância era imposta com rigor e, em geral, sem nenhuma atenção às circunstâncias do caso particular. A *voluntas*, isto é, a intenção das partes, direcionada a alcançar determinado escopo, não era levada em consideração. A pronúncia das *verba solemnia* era tudo: “*uti lingua nuncupassit ita ius esto*”. A iniquidade dos efeitos da declaração solene, nos casos singulares, devia resultar sumamente prejudicial. Por sua vez, o *ius gentium*, em sua recente formação, partia da consideração da vontade das partes no caso concreto, segundo o escopo que estas tinham em vista e o tipo de negócio que queriam concluir. Considerada a vontade como a força produtora dos efeitos jurídicos, seguia-se disso que todas as causas que invalidavam a realização daquela vontade, segundo os ditames da *bona fides*, eram levadas em consideração, avaliadas de modo a eliminar, em qualquer caso, a possibilidade de efeitos iníquos para uma das partes. Erro, dolo, violência, reticência, simulação, podiam ser avaliados pelo juiz,

removendo-se suas consequências danosas. Este ordenamento, oriundo da própria realidade da vida, caracterizado pela mais perfeita proporção entre as normas e os interesses do comércio, devia exercer obviamente um influxo decisivo sobre a aplicação do *ius civile*, por obra da jurisprudência. Aqui bastará acenar ao influxo que tem maior relevo e que diz respeito precisamente à consideração da *voluntas* também nos institutos e negócios formais do *ius civile*, e que determinou, de um lado, um grande progresso e desenvolvimento do *ius civile* e, de outro, o início daquela aproximação do *ius civile* ao *ius gentium*, que se culminará mais tarde, como foi acenado acima, na completa absorção do *ius civile* na órbita do *ius gentium*.

6. Dado este processo de formação e transformação dos ordenamentos romanos: *ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*, segue-se que a *aequitas*, a qual guia a formação do *ius gentium* e domina toda a atividade do pretor na correção do *ius civile* em sua aplicação prática, vinha alargando sempre mais a sua ação sobre o próprio *ius civile*, do qual todas as *iniquitates* vinham eliminadas pelo poder do pretor; e o seu desenvolvimento promovido mediante a *interpretatio* dos prudentes, informada pelos ditames da *aequitas*. Realiza-se, assim, na própria época clássica, aquela aspiração teórica, enunciada por CÍCERO (Top., 9): “*ius civile est aequitas constituta*”. Aspiração teórica, dizemos, para acrescentar logo que esta, em grande parte, era realizada pela atividade do pretor, cujo ordenamento estava, aos fins da República, muito desenvolvido – podia ser considerado por CÍCERO, talvez com base em SÉRVIO, como o ordenamento jurídico romano essencial em confronto ao direito decemviral. E o mesmo CÍCERO (*pro Murena*, 11) pode culpar a antiga jurisprudência dos *veteres*, os quais, apegados às *verba*, haviam abandonado a equidade: “*verba ipsa tenuerunt, aequitatem reliquerunt*”. Assim o célebre ditado muito referido de CÍCERO (*De off.*, 1, 33): “*Summum ius, summa iniura*” reflete precisamente o mesmo contraste fundamental entre dois métodos de interpretação: o antigo, que se atém à letra (*verba, scriptum*) da lei e dos atos jurídicos; e aquele mais moderno, que se atém à vontade do legislador e dos autores das declarações jurídicas. O novo método aparece já triunfante na época ciceroniana, marcada pela personalidade de grandes juristas, como AQUILIO GALLO e SÉRVIO SÚLPICIO RUFUS.

7. Dissemos que a *aequitas* tem também uma função integradora do direito. As leis não podem contemplar a todos os casos que se apresentam na vida, cuja variedade é infinita. As formulações legislativas necessariamente se limitam àquilo que aconteceu na maioria das vezes e, com frequência, são também imperfeitas (fr. 10, D, 1, 3; fr. 11, 12, *cod.*). É obra da

interpretação prover a integração da lei; e onde esta se manifestava insuficiente, intervinha em Roma a obra do magistrado, sob a prerrogativa da *iurisdictio* (fr. 13, D, 1, 3). ULPIANO: “*Nam ut ait Pedius, quotiens lege aliquid usum vel alterum introductum est, bona occasio est vetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*”.

A frase *vel certe iurisdictione* quer dizer que, fundamentalmente, na insuficiência da *lex* e dela *interpretatio*, cabia ao magistrado resolver o problema com meios idôneos. Nas fontes romanas há exemplos célebres. Bastará recordar alguns, nos quais a *aequitas* é invocada como a fonte mais imediata, da qual o magistrado, com a técnica romana, atinge a solução prática adequada, que não se encontra no *ius civile*:

Fr. 32, D, 15, 1: “...*sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat cet*”.

Fr. 2, 5, D, 29, 3: “*haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus*”.

V. F., 159: “...*iudicium patris, licet iure deficiat, servandum est*”.

Eis, portanto, mais uma vez, a *aequitas* apresentada em oposição ao direito positivo estrito ou rigoroso, como corretiva dos princípios e das normas vigentes ou fonte direta de novas normas e decisões. Estas várias funções da *aequitas*, que as fontes romanas ilustram com uma variada e frequente casuística, são em boa parte antevistas admiravelmente por ARISTÓTELES, o qual escreve (*Eth. Nicomachea*, V, 10): “Quando a lei fala de forma universal e acontece alguma coisa de fora daquele gênero universal, então é mister, naquilo que omitiu o legislador ou pecou por ter falado absolutamente, corrigir o que falta, como o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e como teria prescrito se o tivesse previsto. Por isso, o équo é justo, e melhor que um certo justo; não do justo absoluto, mas daquele que peca por sua forma absoluta. Tal, portanto, é a natureza do équo, de ser correção da lei naquilo em que omite pela sua universalidade”.

A noção aristotélica da equidade é considerada por muitos exauriente e definitiva. E, em verdade, na medida em que esta contempla a forma universal e a imperfeição da lei, que deve ser integrada ou corrigida pela interpretação, é digna do grande filósofo; mas é também evidente que não compreende aquela função da equidade, que na formação do direito romano é a mais importante, isto é, a de fonte viva, à qual recorre o magistrado com os poderes que lhe advém da *iurisdictio*, para criar novas normas, sejam essas corretivas do *ius civile* antiquado, ou reguladoras de matérias de outra forma não contempladas no corpo do direito.

O ensinamento dos juristas romanos é, a propósito, mais completo. Este reflete, além disso, as condições peculiares da administração da justiça em Roma; e, de fato ULPIANO escreve, no texto supracitado (fr. 13, D, 1, 3): “*vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*”.

Verdade é, ademais, que esta atividade dos magistrados romanos, à qual o texto se refere, seja designada mais propriamente como obra legislativa e não de interpretação do direito. Somente, portanto, em um sistema de direito codificado, a noção aristotélica de equidade é completa, na medida em que essa cumpre a sua função corretiva da lei. O mundo romano, ao invés, distingue-se e caracteriza-se pelo sistema consuetudinário do direito. Este se forma e se amplia continuamente, através da prática judiciária e dos negócios, seguindo o desenvolvimento maravilhoso da vida social e econômica do vasto império; onde a *aequitas* deveria assumir e absorver um papel mais complexo; não somente aquele corretivo do *ius antiquum*, que havia se tornado inadequado, mas também aquele criativo de um direito novo, que se manifesta nas formas mais variadas, produzido por todos os órgãos responsáveis pela administração da justiça: Papas e Jurisprudência; Pretores e Juizes; Senado e Imperadores. Disso decorre que aquele antigo ditado, invertido por SCIALOJA na fórmula oposta, como segue: “*aequitas legislatori, ius iudici magis convenit*” é admissível somente com relação ao direito codificado, e não pode ser adotado para o direito romano, ao qual SCIALOJA também quer aplicar, e é nisto seguido por PRINGSHEIM. Mas na dissertação de SCIALOJA, é bom tê-lo presente, prevalece a consideração do direito moderno e dos abusos e das interpretações arbitrárias da praxe do direito comum – o que é estranho ao argumento da *aequitas* romana.

8. A ação da *aequitas* no mundo romano, considerada nas suas várias funções apontadas anteriormente, passa a ser cada vez mais imponente. A *aequitas* demonstrou toda a sua força para transformar o *ius civile* antiquado ao criar um ordenamento novo, adequado ao desenvolvimento da vida social. A transformação investiu (nas formas técnicas processuais já descritas) princípios fundamentais do *ius antiquum* e normas singulares de todos os institutos jurídicos. Esta se completou rapidamente em Roma, no curso dos últimos dois séculos da República e no primeiro século do Império. O *ius* que se vinha formando, na praxe judiciária, adaptava-se sempre mais às exigências do *aequum et bonum*. No princípio do século II d.C., CELSO define: “*ius est ars boni et aequi*” (fr. 1, pr., D, 1, 1). Na definição, *ars* tem o significado originário de “sistema”. GELLIO (*N. A.*, 1, 22, 7) recorda um livro de CÍCERO do título: *De iure civili in artem redigendo*, vale dizer, sobre o tratamento sistemático do direito. Aquela definição atesta que, ao princípio do século II, a evolução se havia completado. A codificação do *ius honorarium*, feita sob Adriano, constitui o atestado mais firme disto.

O *ius*, na sua essência e na sua finalidade, é o sistema do equo e do bom. Nos juristas posteriores, e nas decisões imperiais, a atuação do direito justo aparece cada vez mais espontânea e constante. As consequências iníquas do *rigor iuris* são sempre superadas. Novos princípios e regras de direito se afirmam. Um exemplo notável é dado por JULIANO (fr. 34, D, 35, 1), que diz respeito aos efeitos do inadimplemento da *condictio* causado pelo devedor. PAPINIANO sempre foi celebrado como o representante mais iluminado neste assunto. A ele se reporta, entre outras, a nova regra da compensação entre as despesas feitas pelo possuidor de boa fé e os frutos percebidos (fr. 48, D, 6, 1), afirmada *aequitatis ratione*. Mas ele não é um inovador, por mais ampla que tenha sido a contribuição da sua obra ao desenvolvimento do direito no sentido equitativo. Se deve dizer, em vez disso, que o eminente jurista viveu o sentimento de equidade, já afirmada na codificação do Edito e na tradição secular.

9. No princípio do século IV, o Imperador CONSTANTINO declara que a *ratio aequitatis* deve prevalecer àquela *stricti iuris* (c. 8, C., III, 1 [a.314]): “*Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*”.

É provável que o Imperador tenha usado a expressão em um caso especial concernente à *libertas*, e que a generalização (*placuit in omnibus rebus*) seja obra de JUSTINIANO. Mas esta correspondia certamente à maravilhosa evolução do direito; e, em realidade, semelhantes generalizações, na obra legislativa frequentíssimas, refletiam quase sempre a conclusão do desenvolvimento secular do direito na prática e na doutrina. O legislador fixava, assim, regras gerais decorrentes da rica experiência, contida nas tratadas clássicas. O confronto entre o texto de CELSO (fr. 1, pr., D, 1, 1) e a frase de CONSTANTINO acerta a relação entre os dois momentos históricos e a continuidade da tradição jurídica, que aparece sempre inderrogável. Se, como é feito (PRINGSHEIM), tenta-se romper aquela correlação, então, fatalmente, cai-se no erro de considerar nova cunhagem aquela afirmação constantiniana da prevalência da *aequitas* sobre a *stricti iuris ratio*. PRINGSHEIM, de fato, quis ver uma nova orientação nesta, inaugurado de repente por Constantino em 314. Teria sido um salto desconsiderado. Para nós, diversamente, esta atesta a conclusão de um grande processo histórico, o qual é visível em todas as fontes jurídicas. Mas o erro daquela opinião se manifesta no fato de que PRINGSHEIM, e quem o seguiu, não souberam depois explicar nem o significado nem o valor da definição de CELSO referida supra. Hipercrítica estéril, portanto.

10. É verdadeiro além disso que, no período que vai de CONSTANTINO a JUSTINIANO, o conceito da *aequitas* é sempre mais tendente a exprimir e atuar a ideia de: *elementia*,

benignitas, pietas, caritas, moderatio, humanitas. O aspecto retributivo da *aequitas* romana, a qual assume também, com função punitiva de grande severidade, cede pouco a pouco o lugar à moderação, à indulgência e à clemência. Assim, por exemplo: a *aequitas* romana nega qualquer tutela ou vantagem a quem agiu de má fé ou seja de qualquer forma indigno de proteção. PAPINIANO nega a quem tenha sofrido uma pena a *in integrum restitutio* com a motivação: “*et indignum esse propter irrogatam poenam*” (fr. 20, pr., D, 4, 4). E ainda, no fr. 12, 3, D, 48, 5, contra o sogro que desiste da acusação de adultério cometido pela nora, e pede em vez disso o dote, decide: “*non inique repelletur, qui commodum dotis vindictae domus suae praepone non erubuit*”. E TRIFONINO escreve: “*nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet*”.

Ao invés, na codificação do séc. VI, afirma-se absoluto o princípio que ninguém deve *ex aliena iactura lucrum facere* (fr. 38, D, 5, 3); onde isso se aplica também (*benignius est*) aos ímprobos e aos ladrões, os quais, embora indignos, não devem sofrer dano patrimonial. Onde a decisão referida supra de PAPINIANO (fr. 20, pr., cit.) foi correta com a consideração: “*non recte, quid enim commune habet delictum cum venia aetatis*”?

Esta nova configuração da *aequitas* foi determinada principalmente pelo influxo da ética cristã, a qual havia mudado profundamente os valores da vida, inculcando o exercício das virtudes evangélicas para a paz sobre a terra e a salvação das almas.

Mas se assim é, a *aequitas* inspirada aos ideais da doutrina cristã representa, na realidade, a mesma substância do direito codificado; uma nova fase do direito que se manifestava e atuava na forma tradicional das tratativas dos juristas clássicos, nas quais o contraste entre *ius* e *aequitas* era, como se é visto, muito grande. Agora, o contraste é apenas aparente. A *aequitas* romana era codificada; isto quer dizer que esta tinha assumido o posto de *ius*; mas intensamente informada pelos princípios e exigências da ética cristã, os quais exaltam e impõem a clemência, a humanidade e a moderação, em qualquer circunstância, especialmente no que se refere à proteção dos escravos, dos pobres, dos débeis, e preconizam, além disso, que nunca alguém tire vantagem do patrimônio alheio, mesmo do réprobo.

Ora, tudo isso não pode significar, como alguns disseram, que foi transformado o significado da *aequitas* romana, e as suas funções de controle, de crítica, de correção do direito constituído. Deve-se dizer, em vez disso, mais simplesmente, que o direito codificado por JUSTINIANO é um direito equo; em primeiro lugar, como resultado de um grande processo histórico e, em segundo lugar, que a *aequitas* romana tinha acolhido, pouco a pouco, no

último período, toda a substância da ética cristã. Este caráter do direito justinianeu aparece hoje em grande destaque. Se não foi reconhecido no passado, nem apreciado em seu justo valor, isso depende do fato que os intérpretes consideraram aqueles acréscimos e correções legislativas como estranhos ao corpo do direito constituído, e este consideraram formado e concluído definitivamente sob o clima pagão.

11. Se errônea se deve considerar a afirmação de que, no direito justinianeu, a *aequitas* tenha adquirido um sentido totalmente novo de clemência, moderação, humanidade, com isso não se pretende negar as interpolações largamente introduzidas pelo legislador neste campo. Essas são, na realidade, inumeráveis. Mas se quer negar precisamente que as ideias e tendências contidas nessas interpolações fossem de todo novas, estranhas ao mundo clássico, e que eram ignoradas pelos juristas as vozes e as frases adotadas a propósito dos Bizantinos. A crítica foi excessiva e deletéria nesse sentido. Não considerou que o estoicismo tinha exercido, no mundo clássico, um grande influxo sobre o desenvolvimento do direito, promovendo decisões e doutrinas marcadas pelo senso de humanidade e de clemência com relação aos débeis e especialmente com relação aos escravos. O pretor concedeu a *bonorum possessio ab intestato à femine*: “*quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repelli*” (*Inst.*, 3, 2, 3).

O *favor libertatis* é bem conhecido do antigo processo *per legis actiones* (GAIO, 4, 14); largamente aplicado sob os Antoninos, no período pós-clássico pelo influxo das doutrinas cristãs. ANTONINO PIO (GAIO, I, 51) reprime a *maior asperitas dominorum*.

Em segundo lugar, é verdade que a frase *naturalis aequitas* é bastante frequentemente interpolada; e pode também admitir-se, como destacou PERNICE, que era sempre inserida nos prefácios de ULPIANO às singulares disposições editais (fr. 1, D, 2, 14; fr. 1, pr., D, 4, 4; fr. 2, 2, D, 43, 26); certamente tal é, além disso, nos fr. 1, 4, D, 38, 16; 66, D, 50, 17; mas não se vê porque se deva suspeitar em muitos outros textos, onde a *naturalis aequitas* representa precisamente a realidade da vida, o modo comum, natural de considerar as coisas, no significado mesmo da *naturalis ratio* como fontes de direito (fr. 1, 4, D, 38, 16; fr. 1, pr., D, 41, 1; fr. 9, 3, D, 41, 1; fr. 1, 1, D, 44, 4).

Foram feitos, além disso, elencos imponentes de textos declarados interpolados pela menção da *aequitas* nas várias formas: *aequum*, *aequius*, *arquissimum*; mas, a parte do fato de que estes não representam senão uma percentagem sempre modesta no que se refere à massa das decisões fundadas sob a *aequitas*, permanece sempre a ser verificado se a mão dos compiladores nestes lugares interviu por outros motivos, de todo estranhos ao apelo da

aequitas; e, ainda se, acertada a interpolação em uma série de textos, se possa com segurança afirmar que, naqueles casos, a alteração teve um caráter substancial. A propósito, basta aqui recordar os motivos, mais frequentemente formais, que determinaram o remanejamento dos textos clássicos (V. *Interpolazioni*). Em nossa matéria, precisamente, existem casos e experiências exemplares.

De fato, as frases *aequitas suggerit, dictat, suadet* são consideradas de origem bizantina. A suspeita reveste naturalmente cada vez a decisão que depende da invocação da *aequitas*. Tal é verdade a respeito do final do fr. 20, D, 42, 1: “...*aequitatis suggerit ratio*” (CUJACIO); e igualmente aparecia inegável a ALIBRANDI por toda a estrutura da segunda parte do fr. 32, pr., D, 15, 1, em razão da grave violação dos efeitos da *litis contestatio* do processo formular, violação a qual obviamente tornava a decisão absurda. Mas em 1903, em um pedaço de pergaminho egípcio, conservada na Biblioteca de Estrasburgo, se puderam ler algumas letras sobreviventes, bastante deterioradas, as quais porém correspondem precisamente ao texto suspeitado, que foi reconstruído na sua forma originária. A estrutura do fragmento do Digesto e a decisão foram confirmadas; e se revelou, ao mesmo tempo, que os compiladores tinha suprimido deste apenas a palavra *rescissorium (iudicium)*, em harmonia ao sistema de processo extraordinário. A crítica do texto justinianeu foi bastante perspicaz, mas excessiva por defeito de cognição mais precisa de ordem processual. A *aequitas*, em definitivo, permaneceu sólida também naquele texto, na sua função corretiva do *ius civile*. *Ab uno disce omnes*.

O mesmo se dirá de todas as outras vozes, frases e motivações que são reportadas à *benignitas, pietas, humanitas*, das quais a crítica fez elencos acurados, como indícios seguros da atividade e do pensamento dos Bizantinos. Exagero evidente, também este. Em verdade, as interpolações do gênero, onde são certas, atestam, ao invés, que os compiladores imitaram termos, formas e métodos dos quais havia exemplos ricos nos exemplares clássicos. Assim, em uma notável decisão referida a DIOCLECIANO (c. 3, C., 8, 54) lê-se: “*benigna iuris interpretatione divi principes cet.*”, e o período é confirmado por V. F. 286, embora lacunoso. Verdadeiro é somente que certa crítica histórica se comportou como se o seu ofício e a sua glória fossem demolir toda a tradição que está nos textos jurídicos. Esta triste sorte ocorre de forma particular com a *aequitas*. Esqueceu-se que o direito privado não procede por reações, por saltos; que o desenvolvimento e o progresso das formas e das ideias ocorre por fases lentas e frequentemente obscuras. A tradição, portanto, não pode ser substituída por conjecturas, por tentativas individuais e muitas vezes fantasiosas.

Assim, para citar um último exemplo, foi dito que um texto de PAULO, reportado no título *de regulis iuris* provenha de um glosador pós-clássico (BESELER). O texto diz: “*In omnibus quidem, máxime iure arqúitas spectanda est*” (fr. 90, D, 50, 17). Mas uma crítica ponderada não pode descartar todo o texto; deve, em vez disso, como se disse anteriormente, a propósito da c. 3 de CONSTANTINO, limitar-se a suspeitar justinianeia somente a generalização da máxima “*in omnibus quidem*”, enquanto o juriconsulto antigo já a havia enunciado a propósito de uma determinada espécie ou categoria jurídica.

Como se pôde ver, a jurisprudência romana não construiu alguma teoria ou doutrina da *aequitas*. Assim como de costume, legou-nos uma casuística extraordinariamente variada e rica, da qual emerge clara a função que aquela teve de cumprir: em primeiro lugar, a de corrigir e adaptar o arcaico *ius civile* às formas e exigências mais evoluídas da sociedade romana e, em segundo lugar, para a formação de um novo direito sempre mais orgânico, mais completo, mais aderente à vida. Em uma e em outra direção a obra levada à cabo foi grandiosa; a manifestação mais expressiva da arte do gênio dos construtores do Império.

No direito moderno, nos países nos quais vige o sistema dos códigos, a equidade mantém sempre a sua função de controle e de crítica; mas esta se dirige ao legislador; diferentemente, na ordem do direito positivo, a essa permanece somente a função ilustrada por ARISTÓTELES, merecidamente apreciada pelos juristas modernos.