

CURSO ELEMENTAR

DE

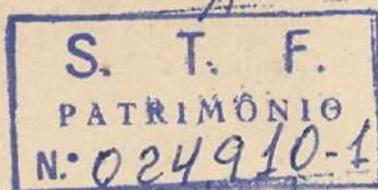
DIREITO ROMANO

PELO

Conselheiro João José Pinto Junior

LENTE DE

DIREITO ROMANO NA FACULDADE DO RECIFE



14/12/78

PERNAMBUCO  
TYPOGRAPHIA ECONOMICA

r. do Imperador, 73

1888

## ADVERTENCIA

Os exemplares não rubricados pelo Autor serão considerados contrafeitos, e portanto sujeitos às penas do art. 261 do Código Criminal.

*J. J. Pinto Junior*





Ao Ex. Senr. General Dr. Benjamin  
 Constant Botelho de Magalhães, como teste-  
 múnho de consideração profunda ao talento  
 e a illustração, offerece  
 O autor.



## AO LEITOR

Só aos alumnos do 1.º anno da Faculdade de Direito, e não aos mestres da sciencia, é destinado o presente trabalho, que dou á publicidade sem pretensão de especie alguma. E' apenas um resumo de minhas lições na Faculdade, e por isto só a estudantes pode aproveitar.

A allocução com que encetei este anno o Curso de Direito Romano, não é por vaidade que a publico, mas sim pela necessidade de antepor ao desenvolvimento especial das materias deste livro um capitulo, onde falle do Direito em geral, e fixe certos pontos de vista necessarios a uma bôa orientação no seo estudo.

Além disso, dando á publicidade essa allocução, satisfaço aos desejos que me manifestarão alguns dos meos discipulos, os quaes vierão pedir-me o respectivo autographo para publical-a em folheto.

Agradecendo a bôa vontade desses alumnos, livrei-os do encargo que querião chamar a si, promettendo-lhes que eu mesmo faria imprimir a referida allocução, em condições de lhes poder ser util essa publicação.

Dadas estas explicações, resta me só esperar que o meo trabalho seja recebido sem prevenções pelos competentes, e com sympathia pela mocidade.

Recife 24 de Março de 1888.

*Pinto Junior.*



# ALLOCUÇÃO

PROFERIDA NA

## ABERTURA DO CURSO

EM MARÇO DE 1888

---

Senhores. E' sempre agradavel para mim, no começo de todos os annos lectivos, conhecer e cumprimentar os alumnos que inicião a sua peregrinação scientifica, vindo por algum tempo marchar ao longo deste monumento secular do Direito Romano, que o legislador brasileiro de 1854 quiz considerar como o portico gigante do sump-tuoso edificio da Jurisprudencia, mandada ensinar nesta Faculdade.

A mocidade, de que sois representantes, e que eu me orgulho de poder aconselhar e dirigir, de companhia com o meo illustre collega da outra cadeira deste anno, tem sido sempre acatada por mim, em quanto ella sabe comprehender os seus deveres e apossar-se do papel que lhe cabe na vida e communhão sociaes.

Por isso, e porque acredito que sereis dignos de vós mesmos e da carreira que abraçastes, eu não quiz que o dia de hoje passasse sem certa solemnidade, assignalado apenas pela simples declaração de que estão abertas as nossas aulas.

Deliberei, então, dizer-vos mais algumas palavras além das que são de praxe nesta occasião, e para esse fim entreter-vos-hei, durante alguns minutos, com assumptos que não deixarão de vos interessar.

Demais, sendo possivel que de um momento para outro eu resolva pedir ao Poder competente a minha jubilação, porque vai se me alquebrando a saude e sinto que já não me são faceis os traba-

lhos que exige a regencia desta cadeira; entendi que, em signal de sympathia pelos meos discipulos e por amor a este bello estudo do Direito Romano que ha mais de 18 annos professo, devia proferir nesta occasião algumas phrases toscas, que não chegarão a constituir um discurso, mas que nem por isso deixarão de ser bem acolhidas por vós.

Compreendeis perfeitamente, que o assumpto com que eu devo solicitar a vossa attenção é a demonstração da importancia theorica e da utilidade pratica desta disciplina juridica que ides estudar.

Mas antes de entrar nessa materia, adiantar-vos-hei algumas idéas sobre o Direito em geral. Sei que este terreno é escorregadio, porque a tal assumpto prendem-se mil questões de escolas e de methodos philosophicos, questões que hoje têm revolvido todo o Direito Natural e que tem transformado quasi completamente a comprehensão desse Direito depois das obras de Grotius e das cogitações de Kant e seos discipulos.

Mas eu fugirei a estas complicadas questões, para dar-vos simplesmente a imprescindivel noção do Direito, nos seos principaes aspectos.

O Direito, diz Ortolan, « revela-se como uma concepção da rasão humana, deduzida das relações de homem a homem. » Esta concepção pode ser considerada já como faculdade individual ou subjectiva, já como regra objectiva ou social.

Quer n'um quer n'outro caso vêdes que o Direito deriva das acções e reacções sociaes. Foi talvez por isso que Mackeldey o definiu: « a theoria das condições geraes da coexistencia livre dos homens no estado social. » E foi sem duvida pela mesma rasão que um Jurisconsulto allemão deo outra definição nestes termos, pouco mais ou menos: « E' o todo das condições dependentes da vontade humana, e necessarias para a realisação do destino e bem do homem na sociedade. »

Mas estas definições referem-se ao Direito considerado como entidade metaphysica, e não ao Direito Positivo, o Direito Lei, tomado objectiva-

mente, e que é a verdadeira expressão das relações jurídicas de um grupo qualquer de individuos.

E' só á Lei que anda inherente o poder co-activo, sem o qual pode dizer-se que o Direito não passa de phantasiosa abstracção.

Este Direito objectivo de que agora fallo é o *complexo das regras jurídicas determinadas pela lei ou pelo costume, e protegidas pelo Poder social.*

E' neste sentido que dizemos: Direito Brasileiro, Direito Portuguez, Direito Francez, Direito Romano, etc.

Vem á proposito observar aqui que os romanos, em sua rudeza primitiva, não conhecerão nem tiveram outra concepção do Direito a não ser essa, derivada do *jubere* ou do *jussum*. Só muito tarde, quando os pretores começárão a reagir contra a estreiteza da Lei e os Prudentes ou Jurisconsultos principiárão a interpretar o *Jus Civile*, humanisando-o, foi que aquelle estado de cousas se modificou.

E ainda assim podemos affirmar que o Direito e a Jurisprudencia romanas não conhecerão, em tempo algum, o Direito que hoje se chama Natural, bem como as subtilezas de todo o género a que elle tem dado logar.

Mas deste facto poder-se-ha concluir que o Direito Romano não tem importancia theorica, que as suas disposições são alheias a quaesquer principios racionais superiores, que as regras jurídicas por elle firmadas nenhuma attenção nos devem merecer?

De certo que não. O Direito que ides estudar obedece, como, aliás, obedecem todas as legislações, ás idéas e sentimentos que agitárão o povo no seio do qual se formou, em todo o percurso da sua civilisação. Si taes idéas não são idéas ás nossas, nem tão adiantadas como ellas, a culpa não cabe aos respectivos legisladores, nem mesmo aos philosophos e doutores da Lei que florescerão naquelle tempo; cabe á circumstancia de ter a civilisação romana nascido e se desenvolvido em epochas muito afastadas da nossa.

Senhores. Historica, litteraria ou juridicamente,

a importancia do estudo do Direito Romano é immensa. A portentosa legislação que mereceu na Idade média a denominação de *rasão escripta*; que, pelo rigor de seu methodo, foi comparada por Leibnitz aos trabalhos dos geometras e mathematicos; que o grande jurisconsulto Pothier igualou á Biblia, nos beneficios que tem prestado á humanidade; tal legislação foi para os filhos da cidade eterna um monumento imperecível de gloria, e para os modernos será sempre um thesouro inesgotavel, d'onde as investigações juridicas hão de extrahir continuamente as suas mais preciosas analyses, bem como as suas generalisações mais admiraveis.

Muitos espiritos superficiaes não querem, apesar de tudo isso, acreditar que seja util nos tempos e paizes actuaes o estudo de uma legislação, cuja codificação derradeira foi feita ha 13 seculos, escripta em lingua estrangeira e morta, cuja patria originaria teve uma organização social e politica em tudo differente da nossa. E com esses dados argumentão contra o Direito Romano e contra a sua importancia e utilidade.

Os que assim pensão não attendem a que, si a legislação, de que se trata, é antiquissima, nem por isso deixa de ser como que contemporanea dos Codigos modernos pelos subsidios que a todos tem fornecido, pelo espirito que insuflou nelles, pela influencia que exerceo na sua elaboração.

Basta notar-vos, que na Europa, até a data da organização dos referidos Codigos, o Direito Romano era o *Direito commum*, o direito recebido e praticado por quasi todas as nações do continente, quer latinas, quer germanicas.

O erudito professor da Universidade de Bruxellas, Affonso Rivier, na sua Lição de abertura do Curso de Direito Romano, a qual tem a data de 1867 e serve de prefacio á sua *Introducção Historica ao Direito Romano*, discorre brilhantemente sobre a funcção exercida em toda a Idade média e grande parte dos tempos modernos pela Legislação Romana, na França, na Allemanha, na Italia, e em

outros muitos paizes europeus, dos quaes nós temos herdado idéas e instituições.

Conhecendo estes factos e avaliando devidamente a significação delles foi que o douto Portalis achou razoavel qualificar de *educadores do genero humano* os grandes jurisconsultos de Roma.

Subscrevendo esse qualificativo, devo entretanto prevenir-vos de que todos os grandes elogios que têm sido feitos ao Direito Romano, todos os encomios entusiasticos relativos aos auxilios que elle presta ao Direito moderno, são applicaveis somente ao Direito Romano *Privado*; não são extensivos ao Direito que regia o *statum rei romanæ*. Este não tem valor para nós, em vista da differença existente entre as instituições politicas de hoje e as que vigoravão em Roma.

Por não ter feito esta distincção necessaria, o notavel philosopho Condorcet, autor do *Quadro historico dos progressos do espirito humano*, commetteo a injustiça de dizer que « nós devemos ao Direito Romano um pequeno numero de verdades uteis e um numero muito maior de prejuizos tyranicos. »

Como observa Accarias, esta censura só é applicavel ao Direito Publico e Criminal dos Romanos, e não ao respectivo Direito Privado.

Outra observação que vos tenho a fazer é que a minha admiração pela sciencia que lecciono não vae até o ponto de affirmar que este mesmo Direito Privado dos Romanos é absolutamente perfeito e inatacavel. Ao contrario, reconheço que esse Direito é lacunoso em muitos pontos, contradictorio em outros, e deficiente em alguns.

Só uma alta dóse de presumpção e de amor proprio pode fazer com que Justiniano declarasse que não havia contradicções ou antinomias entre alguns dos numerosos textos do *Corpus Juris Civilis*.

Mas taes defeitos são limitadissimos comparados com as grandes qualidades que exornão aquelle Corpo de Direito, e por essa rasão eu continuo a considerar o Direito Romano como a *mais pura fonte do Direito Civil moderno*.

Tal era a opinião de Gary por ocasião de discutir-se o Código Civil Francez, e tal deve ser ainda hoje a de todos os jurisconsultos.

E si desse modo devemos considerar o Direito Romano, para os paizes que já organisarão a codificação de suas leis; o que diremos d'elle relativamente ás nações que, como o Brasil, ainda não têm um Código seo, e regem-se por uma legislação fragmentada e chaotica?

Com certesa em paizes nessas condições sobe de ponto a importancia e utilidade do Direito Romano.

E' effectivamente o que se dá entre nós, onde por disposição legal contida na Ordenação do Livro 3.º, Titulo 64, a Legislação de Justiniano serve de direito subsidiario em todos os casos omissos, desde que se mostrar conforme á *boa rasão*, e não tratar de materia que contenha peccado, a qual, segundo a mesma Ordenação, devia ser regida pelo Direito Canonico.

Esta regra foi ratificada pela Lei de 18 de Agosto de 1769, a qual fixou as condições e casos em que o Direito Romano devia ser chamado a completar a nossa Legislação, assentando assim e por modo definitivo, a autoridade desse Direito.

Vêdes, portanto, que para o jurisconsulto brasileiro é imprescindivel o conhecimento da materia que ides estudar durante este anno.

Diz muito bem o Sr. Conselheiro Ribas, em seo *Curso de Direito Civil Brasileiro*: « O conhecimento profundo e completo do Direito patrio é impossivel sem que se firme nas largas bases do Direito Romano, não só porque é neste que se encontrão as rasões historicas efficientes das legislações dos povos modernos, como porque é elle o mais bello, completo e magestoso monumento de sabedoria juridica, que os passados seculos nos legarão. »

O afan com que vos deveis entregar a este estudo, o fatigante esforço que nelle empregardes, será mitigado pelo prazer de sentirdes reviver aos

vossos olhos a velha civilização romana, tão cheia de acontecimentos brilhantes.

Aquelles d'entre vós que tiverem gosto pelos estudos historicos terão momentos de verdadeira satisfação, analysando as phases successivas por que passou a grande cidade da Italia com os seos energicos povoadores desde os primitivos tempos da *Rama* ou *Roma quadrata*, isto é, desde o symbolismo religioso do antigo Direito, até a epocha dos soberbos trabalhos de Triboniano e seos compa-  
nheiros.

Felizmente, o estudo do Direito Romano nesta Faculdade não é feito sobre o texto unico das *Institutas* de Justiniano, como acontece nos cursos elementares de quasi todas as Faculdades estrangeiras.

O Decreto de 28 de Abril de 1854, que deo Estatutos ás Faculdades de Direito, mandou que nesta cadeira fossem ensinados Institutos de *Direito Romano*, isto é, elementos desse Direito, sem limitar esse ensino á exposição e commentario das *Institutas* do Imperador Justiniano.

Assim, tereis occasião de compulsar o *Corpus Juris*, já para verificar citações das referidas *Institutas*, já para confrontal-as com as do *Digesto*, do *Codigo* e das *Novellas*, tomando, por esse modo, conhecimento do conjuncto da legislação romana, e habilitando-vos a aprofundal-a quando e como quizerdes.

Desta maneira podereis, quando deixardes esta aula, levar para os outros annos do Curso uma idéa geral de toda a legislação romana, historica e dogmaticamente obtida.

Dar-me-hei por muito feliz, si puder concorrer efficazmente para esse resultado.

Eu quizera, senhores, não me sentir já tão cansado deste labor do ensino, para incutir em vosso espirito o desejo de explorar o Direito Romano em todos os seos meandros, e, principalmente, para animar-vos a acompanhar, nos seos vãos, os romanistas modernos que, com os seos trabalhos, estão abrindo novos horisontes á sciencia.

Todos os dias surgem, sobretudo na Allemanha, jurisconsultos notaveis que, como Ihering, illuminão os recessos mais sombrios do Direito que ides estudar. E' preciso ler e meditar esses profundos escriptores para reconhecer quanto é bello o Direito Romano, estudado philosophicamente e de um ponto de vista elevado.

Senhores. Precisando fechar aqui estas descosidas phrases que tenho proferido, dou fim a ellas, dirigindo-vos as mesmas palavras que o notavel jurisconsulto Merlin endereçava á mocidade estudiosa de seo paiz :

« Estudai sem descanso as leis romanas. Sem isto só podereis ser simples praticos, sempre expostos a tomar os erros mais graves pelas verdades mais constantes. »

Tenho terminado.

# CURSO ELEMENTAR

DE

# DIREITO ROMANO

---

## INTRODUÇÃO

---

### CAPITULO I

**Do Direito Romano; quaes as suas divisões; extensão e utilidade do seo estudo. Methodo a empregar neste.**

I. Não ha accordo entre os escriptores sobre uma justa definição do Direito Romano. Nem tal accordo é possível, desde que são diversas as opiniões dos romanistas sobre a extensão que deve ser attribuida a esse Direito, o qual lentamente elaborado, como foi, não poude ser todo condensado na ultima codificação geral que d'elle se fez, de 530 a 534 da nossa era.

Warnkœnig, em seo *commentario*, diz que o Direito Romano é o complexo das regras que vigorarão entre os romanos durante 13 seculos, aproximadamente. (1)

Didier Pailhé, escriptor modernissimo e professor em Grenoble, define o Direito Romano : « o conjuncto das leis que regerão o povo romano em todas as epochas de sua historia. »

Adolpho Roussel escreve : « E' o complexo das regras de Direito que durante 13 seculos estiverão em vigor no seio do mais poderoso povo da antiguidade. »

---

(1) Warnkœnig exprime-se em outros termos, mas é esse o espirito de sua definição. Vide *Commentario* § 1.º

Vê-se que estes autores são concordes. Mas apparecem outros que não querem dar ao Direito Romano tanta amplitude e limitão-n'o ás materias contidas no *Corpus Juris Civilis*, isto é, á compilação mandada fazer pelo Imperador Justiniano. D'ahi a divergencia. E' certo, entretanto, que os mais recentes expositores do Direito Romano combinão em definil-o sob um triplice aspecto: *lato sensu*, *stricto sensu* e *strictissimo sensu*.

No primeiro sentido o Direito de que nos occupamos é a collecção de regras juridico-legaes que tiverão vigor em Roma desde os primeiros tempos do reino até os ultimos do Imperio. No sentido *stricto* é o todo formado pelas *Institutas*, *Digesto*, *Codigo* e pelas *Novellas* não só de Justiniano como de seus successores. No sentido *strictissimo* é o conjuncto desses mesmos trabalhos, com exclusão das *Novellas* post-justinianeas e accrescimento de 13 edictos daquelle Imperador, os quaes, segundo Mackeldey, são outras tantas *novellas*.

Alguns autores considerão como Direito Romano *propriamente dito* o Direito Privado dos romanos, contido na collecção justiniana, «aquelle direito que os romanos chamão muitas vezes *jus civile*, e que no tempo da Republica era o estudo exclusivo do jurisconsulto.» Foi dessa parte do Direito Romano que Savigny se occupou exclusivamente em seo celebre *Tratado*.

Como quer que seja, a verdade é que, actualmente, a expressão — *Direito Romano* refere-se, na mór parte dos casos, á collecção das leis mandadas compilar por Justiniano ou comprehendidas no *Corpus Juris Civilis*. E é esta a comprehensão preferivel, ao menos sob o ponto de vista da força legal, que deve revestir aquella collecção.

Deve, portanto, predominar o sentido *strictissimo*, ou pelo menos o *stricto* (2) nas definições que tenham de ser apresentadas.

---

(2) Expressamo-nos deste modo, porque nas edições communs do *Corpus Juris* vêm como appendices ás *Authenticas*, muitas outras constituições dos successores de Justiniano.

II. As unicas divisões geraes do Direito Romano que se encontram nos textos da Legislação Justiniana são as que repartem esse Direito: em *publico* e *privado*, e em *escripto* e *não escripto*. Taes divisões estão consagradas nas Inst. L. 1.<sup>o</sup> T. 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup>, e no Dig. L. 1.<sup>o</sup> T. 1.<sup>o</sup>, frag. 1.<sup>o</sup> e 6.<sup>o</sup>

Alguns autores modernos, como VanWetter e Namur, seguindo de perto a letra da lei, limitão-se, nas suas obras, a indicar essas duas divisões capitaes. Outros, como Didier Pailhé, apresentam, além dellas, algumas outras que são antes subdivisões do *Jus privatum* do que verdadeiras divisões do Direito Romano. Em todo caso, achamos que é nosso dever apontal-as aqui uma por uma, e é o que vamos fazer.

Mas antes disto convem observar que o Direito Romano, como qualquer outro assumpto que tenha de ser objecto de investigações scientificas e criticas, pode dar logar a tantas divisões theóricas quantos forem os pontos de vista sob que elle tenha de ser encarado.

Consequentemente para bem caracterisar as divisões da materia de que nos occupamos, devemos indicar os pontos de vista que as dominão. Diremos portanto:

Sob o ponto de vista do seo *desenvolvimento historico* divide se o Direito Romano em antigo ou *pre-justiniano*, novo ou *justiniano*, e novissimo ou *post-justiniano*. Ao direito *justiniano* ou novo dão alguns escriptores a denominação de *classico*.

No ponto de vista do seo *modo de formação*, temos a já referida divisão do Direito Romano em *escripto* e *não escripto*.

Attendendo á *natureza dos interesses* que regula o Direito de que nos occupamos tem de ser dividido, como no citado L. 1.<sup>o</sup> T. 1.<sup>o</sup> § 4.<sup>o</sup> das Inst., de *justitia et jure*, em *publico* e *privado*. Esta é a divisão fundamental do Direito Romano.

Quanto ao seo *objecto*, divide-se o Direito privado dos romanos (Direito que, como já dissemos, é considerado por Savigny e outros autores como

Direito Romano propriamente dito ), em *direito das pessoas, direito das cousas e direito das acções.*

Finalmente, sob o ponto de vista da maior ou menor latitude da *sua applicação*, divide-se o Direito Romano Privado em *direito natural, das gentes e civil.*

Estas duas ultimas divisões são evidentemente subdivisões do *Jus Privatum*. E' o que se pode verificar na propria letra da Lei ( cit. § 4.º L. 1.º T. 1.º e L. 1.º T. 2.º das *Inst.* )

Entretanto o professor VanWetter pensa de modo contrario quanto á que mencionamos em ultimo logar. Firmão, porém, a nossa opinião os notaveis romanistas Accarias e Didier Pailbé.

Não só esta, como as outras questões que se prendem á presente materia das divisões do Direito Romano, serão especialmente tratadas, quando tivermos de occupar-nos de cada uma das referidas divisões, em particular.

III. Sendo a divisão fundamental do Direito Romano a que o distingue em Direito Publico e Privado, ( *duæ potissimum sunt juris positiones diversæ; jus aut publicum est, aut privatum; Warnkoenig, Institutiones, § 25* ), convem indagar si ambas essas partes do *optimum jus civium romanorum* têm de ser por nós estudadas, ou si, ao contrario, só uma dellas pode e deve constituir o objecto das nossas investigações.

E' cousa sabida, e nisso concordão todos os escriptores, que a phase a que chegarão o Direito Publico e a Politica moderna não dá logar a que do *jus publicum* dos romanos tiremos lições aproveitaveis, e fecundas regras de proceder. A organização social e politica de Roma tendo sido radicalmente differente da que hoje apresentam as nações civilisadas, é impossivel applicar a estas principios e instituições unicamente aceitaveis naquella epocha e para aquelle povo.

Dahi o abandono em que teremos de deixar o Direito Romano Publico, para só nos occuparmos do Direito Privado. E' esta a primeira limitação

que temos a fazer no estudo da Legislação e Jurisprudencia romanas.

O profundo C. Accarias, no seo optimo *Precis de Droit Romain* explica por duas rasões, uma historica e outra psychologica, o facto de ter-se estiolado e quasi perecido o Direito Publico dos Romanos, ao passo que o Direito Privado elevava-se rapidamente e brilhava cada vez mais.

Diz esse illustre professor, desenvolvendo sua these, que « o direito privado, por isso que não fazia sombra a ninguem, desenvolveo-se sempre naturalmente; mesmo sob o regimen imperial elle pode inspirar-se em principios verdadeiramente philosophicos, e eis ahi porque elle chegou a organizar-se em uma sciencia fina e profunda, ao passo que os direitos publico e criminal, convertidos em instrumentos legaes de despotismo, não reflectirão senão os desvios e os caprichos de uma autoridade sempre oppressiva. » E accrescenta: « A necessidade de um bom direito privado se faz mais cedo e mais vivamente sentir do que a de um bom direito publico, e é mais facil comprehender os verdadeiros principios do primeiro que os do segundo. »

Julgamos justissimas estas considerações. Subscrevendo-as simplesmente, passamos a indicar uma outra limitação que deve soffrer o nosso estudo do Direito Romano.

Não basta restringirmo-nos ao Direito Romano Privado; é preciso dizer até que ponto devemos levar o estudo desse mesmo Direito, considerado no tempo, isto é, no seo desenvolvimento historico.

Tendo em vista que após a morte do Imperador Justiniano (565 da nossa era) o Direito, quer no Occidente, quer no Oriente, começou a declinar do seo antigo esplendor, e pouco a pouco foi se perdendo o seo prestigio e limitando-se a sua força legal; entendemos, com a maioria dos autores, que as nossas indagações sobre o Direito Romano Privado não devem ir além daquelle anno 565, isto é, além da epocha em que falleceo o notavel Imperador.

IV. A utilidade do estudo do Direito Romano é materia sobre que tem dissertado quasi todos os praxistas, mostrando que *ex vi* da Lei de 18 de Agosto de 1769, a Legislação romana é subsidiaria da nossa, e como tal precisa ser estudada para a competente applicação nos casos occurrentes, quando a respeito delles forem omissas as nossas leis.

Acabamos de dizer que quasi todos os romanistas se occupão da importancia e utilidade actual do estudo do Direito Romano. Ratificando esta nossa asserção temos somente a acrescentar :

Quer se abrace a opinião de Savigny, quer a de Stahl, sobre o fundamento do valor do Direito Romano ; quer se acompanhe Jhering na sua apreciação do espirito desse Direito, é forçoso confessar com este ultimo autor que « a importancia do Direito Romano para o mundo moderno não consiste em ter sido, um momento, a fonte do direito, — esta importancia foi apenas passageira ; — sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa porque elle fez passar todo o nosso pensamento juridico. »

O mesmo notavel professor da Universidade de Goettingen, diz, com a sua profunda intuição juridica : « O Direito Romano tornou se, tanto quanto o Christianismo, um elemento da civilização do mundo moderno. »

Quer como modelo ou typo, quer como fonte, o Direito Romano impõe-se effectivamente aos individuos e aos povos.

Diz Marezoll que duas razões justificão essa importancia do Direito Romano : uma deduzida do seu merito intrinseco e desenvolvimento logico ; outra, fundada sobre o estado particular das legislações modernas, que mandão recorrer á Legislação romana como subsidiaria.

Estes conceitos são procedentes e com elles damos por discutido o assumpto vertente (3).

---

(3) Deixamos de nos estender sobre a importancia e utilidade do Direito Romano, porque esta materia vem tratada com

V. Temos a considerar agora, para dar fim ao presente capitulo, a questão de saber qual o methodo ou quaes os methodos que devem ser empregados no estudo do Direito Romano.

Os autores são quasi unanimes em assignalar tres methodos ou systemas de processos logicos, para o descobrimento e exposição das verdades juridicas. São elles: o *dogmatico*, o *historico* e o *philosophico*. Pelo primeiro travamos conhecimento com o dogma juridico, desenvolvemol-o, analysamos lhe o fundo e a forma; pelo segundo estabelecemos e firmamos o principio de filiação existente entre as diversas instituições do Direito, subimos do texto para a sua fonte, e descemos desta para aquelle; pelo terceiro, finalmente, inquerimos do pensamento do legislador e fazemos a critica da disposição legal, aferindo-a pelos principios da sciencia juridica.

No estudo do Direito Romano todos esses methodos são necessarios; mas nenhum delles pode ser empregado exclusivamente (4).

Alguns professores são de parecer que o methodo a empregar no estudo em questão é o dogmatico combinado com o historico. Repudião completamente o *philosophico*, sob pretexto de que este é um methodo critico, e como tal inapplicavel ao Direito Romano.

Respeitamos esta opinião, mas diremos sempre que tal exclusão do methodo philosophico não nos parece razoavel. Banir do Direito Romano a indagação critica é proscreever sem razão um methodo notabilissimo, que quando outro merito não tivesse, teria o de haver inspirado a R. von Jhering, a sua monumental obra — *O Espirito do Direito Romano*.

Entendemos, portanto, que aquelles tres methodos são utilissimos no estudo do Direito a

---

alguma extensão na allocução que inserimos nas primeiras paginas deste livro.

(4) E' tambem o que pensão Warnkoenig nas suas *Institutiones*, § 23, e Ortolan na sua Introducção ao Estudo do Direito Romano, pag. 18.

que nos referimos, devendo ser empregados conforme as circumstancias e necessidades da occasião.

Achamos muito aproveitavel o alvitre de Adolpho Roussel com relação a esta materia.

Diz este escriptor, na sua interessante obra intitulada — *Encyclopedie du Droit* : « Se fossemos chamados a emittir parecer sobre o methodo que se deve adoptar no estudo do Direito Romano, julgariamos necessario combinar as vantagens de todos os caminhos seguidos até o presente, conservando-se nesse estudo o seu character exclusivamente historico e typico. » Roussel chega a esta conclusão depois de examinar os differentes methodos que tem sido empregados no estudo do Direito Romano, desde as glosas até o methodo historico-systematico dos modernos commentadores.

Adoptamos sem escrupulos a opinião do illustrado autor da *Encyclopedia do Direito* (5).

## CAPITULO II

**Noção da historia do Direito Romano e de suas divisões. Resumo e character dominante dos periodos em que se divide a historia externa do Direito Romano.**

I. « Esclarecer as leis pela historia e a historia pelas leis é o unico meio de ter um conhecimento real e de fazer uma apreciação exacta dos acontecimentos e das instituições. »

Estas palavras de J. E. Labbé exprimem o mesmo que as seguintes, escriptas por Ortolan : « Todo historiador deveria ser jurisconsulto, todo jurisconsulto deveria ser historiador ; não se pode bem conhecer uma legislação sem conhecer bem sua historia » (6).

(5) Estas idéas são quasi as mesmas que forão expendidas pelo autor na Memoria Historico-academica de 1876.

(6) Tambem Montesquieu escreveu : « On doit éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire. »

A opinião desses escriptores é verdadeira, especialmente com referencia ao Direito Romano. Por esta razão, apesar de não caber no quadro que traçamos para este livro uma historia, mesmo synthetica, da civilisação dos romanos é do Direito que vigorou entre elles, precisamos dizer, resumidamente, alguma cousa a este respeito.

A Historia do Direito Romano é a exposição da origem, progresso, transformações e vicissitudes das instituições juridicas do povo romano.

Como em qualquer assumpto, que se estude, as divisões prestão um grande serviço simplificando as questões e determinando claramente o objecto sobre que ellas versão; os expositores de Direito Romano têm procurado dividir e subdividir convenientemente a historia desse Direito.

Apropriando-se de uma distincção formulada por Leibnitz (7), dividirão os romanistas allemães a historia do Direito Romano em *interna* e *externa*. E esta divisão está hoje unanimemente aceita, não obstante a observação de Maynz sobre os termos nella empregados, os quaes esse autor considera *arbitrarios*.

A *historia interna* do Direito (*antiquitates juris*) é a que se refere ao conteúdo das respectivas fontes, ou a cada uma das instituições e regras juridicas que o espirito creador do povo e dos legisladores romanos foi fazendo surgir desde os primeiros tempos do reino até os ultimos do imperio.

A *historia externa* (*historia juris*) é aquella que se occupa das fontes do Direito e dos trabalhos de que ellas forão objecto.

E' isto que ensinão Maynz, Ortolan, Mackeldey e quasi todos os outros autores.

A cada um dos membros da divisão que acabamos de estabelecer corresponde um methodo historico peculiar. Assim, á historia externa do

---

(7) O philosopho allemão disse: *Jurisprudentia historica est vel interna vel externa; illa ipsam jurisprudentiæ substantiam ingreditur, hæc adminiculum tantum est et requisitum.*

Direito Romano cabe o methodo synchronistico empregado por Hugo, Heinecio e outros ; á historia interna é applicavel o methodo chronologico, de que têm usado Haubold, Savigny, Zimmern, Thibaut, VanWetter e alguns mais. Quem estuda ao mesmo tempo a historia interna e a externa precisa combinar ou empregar simultaneamente os dous referidos methodos ( 8 ).

Vejam, porém, si a divisão assentada é susceptivel de alguma subdivisão.

Apesar de dizer Ortolan que tanto a historia externa, como a interna, pode ser dividida quer chronologica, quer philosophicamente, em geral os expositores de Direito Romano só para a historia externa desse Direito apresentam subdivisão.

Esta subdivisão é feita em periodos, no ponto de vista chronologico.

Não pretendemos cansar a attenção, nem sobrecarregar a memoria dos que nos lerem, com a indicação de todas as differentes divisões que têm sido propostas para a historia externa do Direito Romano. Por esta razão não exporemos detidamente as opiniões pouco vulgarizadas de Troplong ( 9 ) e Ortolan, que assignalão na historia do Direito Romano tres periodos, e a de Bonjean que menciona cinco.

As divisões em quatro periodos são as communmente adoptadas, embora divirjão os autores sobre os limites de cada uma das respectivas epochas.

Deixando de parte a divisão apresentada por Holtius, que apesar de muito justificavel, não tem feito carreira entre os escriptores, apenas nos referiremos ás duas que estão mais em voga e que são : a apresentada por Maynz, Marezoll, Demangeat, Accarias e alguns outros ; e a offerecida por

( 8 ) E' o que acontece na Faculdade de Direito desta cidade, onde, pelas necessidades do ensino, o methodo empregado, nesta materia, participa do synchronistico e do chronologico.

( 9 ) Vide o opusculo intitulado : *Da influencia do Christianismo sobre o Direito Civil dos Romanos*. Os periodos de que ali se falla são : o aristocratico, o philosophico e o christão.

Hugo (10) Gibbon, Giraud, Warnkoenig, Macheldey e mais alguns.

Aquella, que é mais moderna do que esta, demarca os periodos do modo seguinte :

1.º da fundação de Roma até a Lei das XII Taboas ; 2.º da promulgação dessa lei até o fim da Republica ou fundação do Imperio por Augusto ; 3.º deste Imperador até Constantino ; 4.º deste até Justiniano.

A de Hugo e Gibbon, que foi adoptada por Warnkoenig em suas *Institutiones Juris Romani Privati*, delimita assim os periodos : 1.º da fundação de Roma até a Lei das XII Taboas ; 2.º dessa Lei até Cicero ; 3.º de Cicero até Alexandre Severo ; 4.º de Alexandre Severo até Justiniano.

Tendo de optar por uma destas divisões para desenvolver, de accordo com ella, a segunda parte deste capitulo, escolhemos a ultima, não só por ser a mais conhecida e geralmente adoptada, como tambem por ser a do Compendio da Faculdade, como já dissemos.

Theoricamente poder-se-hia dizer que a outra divisão, a de Maynz, é preferivel ; mas, como todas as divisões em quatro periodos têm a mesma importancia pratica, não vemos inconveniente em aceitar aquella que acabamos de indicar, isto é, a de Hugo (11).

II. O primeiro periodo desta divisão abrange trescentos annos, pois que, principiando em 750 vae acabar em 450 ( Ant. C. ). E' a phase infantil do Direito Romano ; começa com a fundação da grande cidade e estende-se até a primeira tentativa de codificação geral, com a promulgação da *Lex Duodecim Tabularum*. Duzentos e cincoenta annos

(10) ... *Distinctiones a celeberrimo Hugone primum factas*, diz Warnkoenig ( Inst. ).

(11) Contentamo-nos com as divisões que fazem terminar o ultimo periodo no Imperador Justiniano, porque, como já dissemos anteriormente, só estudamos o Direito Privado dos romanos até a epocha em que falleceu aquelle Imperador, e não tinhamos por isso necessidade de acompanhar as que estendem esse ultimo periodo da historia aos Imperadores que lhe succederão.

de Realeza e cincoenta de regimen republicano imprimem a este periodo um caracter instavel e vago, cujo aspecto predominante é uma longa serie de lutas entre patricios e plebeus, terminando sempre vantajosamente para estes.

No principio, diz o Compendio da Faculdade, « governavão a republica reis que reunião em si a jurisdicção e o imperio ; havia um Senado composto de patricios, cuja autoridade era suprema. Em comicios curiatis, em que parece terem dominado os patricios, erão confeccionadas as leis. O rei Tullio temperou esta olygarchia, instituindo o censo e os comicios centuriatis. »

Com a abolição da Realeza e estabelecimento da Republica ( anno 250 de Roma e 500 A. C. ) nem por isso diminuem o ciúme e as hostilidades entre patricios e plebêos. Estes, de conquista em conquista, depois de obter o *tribunato da plebe* e as *assembléas por tribus*, reclamão, pela voz de Terentillo Arsa, que as leis sejam redigidas e escriptas, para que os seus direitos possam ser salvaguardados ( 12 ).

Esta exigencia deo logar ao estabelecimento do decemvirato e ao apparecimento da Lei das XII Taboas, onde « foi, com todo o cuidado definido o primeiro Direito Civil dos Romanos » e da qual, infelizmente, só nos restão fragmentos ( 13 ).

Durante este periodo o Direito Romano formase exclusivamente pelos *costumes* e *pelas leis*, sendo que destas houve duas especies : as *leges regie* ou *curiatis* ( votadas pelo povo em comicios por

( 12 ) Vide entre outros autores Th. Mommsen : *Historia Romana* ; pag. 349 da traducção franceza de De Guerle.

( 13 ) A *Lex Duodecim Tabularum*, tambem conhecida pelo nome de *Lex Decemviris*, e por Tito Livio chamada *Corpus omnis romani juris, fons publici privatique juris*, continha as regras mais antigas do Direito Publico, Privado, Criminal, Sagrado e do Processo, communs aos patricios e plebeos, em estylo conciso e vigoroso.

Macheldey diz que esta Lei pode ser considerada « menos como um novoCodigo do Direito privado do que como uma grande lei fundamental do Estado, que estabeleceo entre patricios e plebeos uma igualdade legal. »

curias) e as *leges centuriatæ* (votadas por centurias nos ditos comícios). Estas ultimas, apesar de permittidas por Servio Tullio, penultimo dos representantes da Realeza, só tiverão vigor no tempo da Republica. Durante todo o periodo dos reis predominarão as *leges curiatæ*.

As fontes do Direito neste primeiro periodo são, por consequencia, *mores* e *leges*. Quanto a jurisconsultos, podemos dizer que nenhum houve, digno desse nome, na epocha de que nos occupamos.

São commumente citados como taes Sexto Papirio e Appio Claudio.

O primeiro nada mais fez do que colleccionar, sob o reinado de Tarquinio Soberbo, as *leges curiatæ*. Tal collecção tem sido pretenciosamente chamada *Jus Civile Papirianum*; mas o frag. 2.º do Dig. de *origine juris* declara que Papirio apenas reuniu em um todo as leis que se achavão dispersas [*leges sine ordine latas*].

Com relação a Appio Claudio, sabe-se que foi um dos principaes collaboradores da Lex Duodecim Tabularum e que teve a honra de ser o unico decemviro reeleito d'entre os que havião composto as dez primeiras taboas (14). Delle, porém, não nos ficou trabalho algum.

Passemos ao segundo periodo.

Este estende-se do anno 450 ao anno 100. Comprehende, pois, tres seculos e meio de regimen republicano, e é, por assim dizer, a phase da adolescencia na vida do povo romano.

E' a epocha das guerras punicas, jugurthina e social, bem como dos celebres projectos de leis agrarias, apresentados pelos dous Gracchos.

A plebe continúa a fazer conquistas sociaes e politicas.

Neste periodo tem logar a creação da pretura,

---

(14) Como é sabido, a celebre Lei appareceu primeiramente em dez Taboas. Reconhecendo-se, porém, que era necessario dar-lhe um supplemento, foi eleito um novo Decemvirato que accrescentou duas novas taboas ás primeiras.

e a autoridade publica é exercida cumulativamente pelos consules, pelo senado, pelos pretores, censores, tribunos e edis, cada qual em sua esphera propria. Caracterisção esta epocha, no ponto de vista juridico, o nascimento do direito honorario ou pretoriano, e o cultivo da jurisprudencia por alguns dos representantes da plebe.

O Direito, então, tem como elementos formadores: as *leis centuriatas*, que ainda perdurão, os *plebiscitos* e os *senatusconsultos*. Influem tambem nessa formação os *costumes*, os *edictos dos magistrados* e as respostas dos Prudentes; mas os primeiros são apenas um fraco prolongamento do periodo anterior, e os *edictos* e *respostas* não têm ainda a força legal que adquirem no periodo seguinte.

Occupando-se desta materia, diz o Compendio da Faculdade em seo § 51: « O Direito escripto continha-se nas leis, plebiscitos e senatusconsultos. As leis erão feitas por todo o povo juntamente sob proposta do um magistrado senatorio, como v. g. um consul. Os plebiscitos erão constituídos pela plebe, propondo um magistrado plebêo. Os senatusconsultos erão mandados do Senado. »

Esta indicação das fontes do Direito neste periodo está de accordo com o que acima dissemos (15).

Vejamos agora quaes os jurisconsultos celebres desse tempo.

Já deixamos dito que um dos caracteristicos do periodo a que nos referimos é o cultivo da Jurisprudencia por alguns dos representantes da plebe.

---

(15) Sabemos que alguns escriptores, como Demangeat e Accarias, não contão os senatusconsultos como fontes do Direito Privado neste periodo. Mas, além de tal opinião ser combatida por outros autores, chegando Mackeldey a affirmar que « já neste periodo achão-se exemplos de senatusconsultos, concernentes ao Direito Privado, » devemos observar que a historia externa de que nos estamos occupando, refere-se tambem ao Direito Publico, e sendo assim ha rasão para fallarmos aqui dos senatusconsultos.

De facto: Tiberio Coruncanio, de origem plebéa, foi chronologicamente, o primeiro jurisculto romano; pelo menos, foi elle quem, em primeiro logar ensinou publicamente o Direito. Seguirão-se-lhe: Catão o Censor; Publio Scœvola, Junio Bruto e Manilio, que, segundo Pomponio, lançarão as bases do Direito Civil; Lucio Crasso; Quinto Scœvola; Hostilio; o pontifice Quinto Mucio Junior que foi mestre de Cicero; finalmente este grande orador romano, que, no pensar de Hugo, *pode ser considerado a fonte principal do Direito*, no periodo que com elle termina (16).

O terceiro periodo começa no anno 100 Ant. C. e prolonga-se até o anno 250 da nossa era, abrangendo, como o segundo, tres seculos e meio, nos quaes se podem distinguir 70 annos, aproximadamente, de governo republicano e 280 de regimen imperial.

Este periodo é a idade aurea da Jurisprudencia Romana; o traço caracteristico de tal epocha é um alto desenvolvimento litterario e sobretudo juridico ao lado de uma completa degeneração de costumes e de uma triste decadencia das liberdades publicas.

Mackeldey diz: «No começo deste periodo, o Estado Romano conservava ainda, é verdade, o nome e a apparencia de uma republica, mas de facto homens poderosos exercião já um poder monarchico.

Cezar Octavio, cognominado *Augusto*, poz-se à testa dos negocios depois da derrota de Antonio na batalha de Actium, com o titulo de *princeps reipublicæ*, reunindo em sua pessoa as mais importantes das antigas dignidades da republica. Esta, sob sua dominação vio ainda respeitar suas formas mas ellas desaparecerão pouco a pouco sob seos successores, o poder dos *principes* tornou se cada vez mais illimitado e degenerou em um duro despotismo.

---

(16) Cicero, além das suas obras primas de *Philosophia* e *Oratoria*, deixou-nos trabalhos juridicos importantes nos seos livros *De Republica*, *De Officiis* e *De Legibus*.

O poder legislativo passou pouco a pouco das mãos do povo para as dos imperadores, e suas constituições offerecerão logo uma fonte nova e muito fecunda para o direito publico e privado. »

O Direito é constituído, neste periodo, pelas *leis, plebiscitos, senatusconsultos, constituições imperiaes, edictos dos magistrados e respostas dos prudentes.*

E' o que nos ensina Warnkoenig, por estas palavras : « O direito civil escripto descendia das leis, dos senatusconsultos e das constituições dos principes... Durarão tambem muito neste tempo as especies de direito não escripto; o direito honorario, muito augmentado pelo estudo dos jurisconsultos, foi approvado pelo uso quotidiano e de dia em dia dilatado e corrigido. »

Foi justamente esse direito honorario de que falla Warnkoenig que deo todo o brilho a este terceiro periodo. Os pretores com os seus edictos, que corrigião a aspereza do direito quiritario, e os jurisconsultos com as suas opiniões, que introduzião nas leis o elemento scientifico, forão os factores do grandioso movimento juridico que se nota nesta epocha.

Seria enfadonho e de pouco proveito citar aqui os nomes de todos os jurisconsultos que illustrarão este periodo. Mencionaremos só os principaes dos posteriores a Augusto. Forão elles : Gaio, Pomponio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino. Todos estes figurão no *Corpus Juris*, por meio de fragmentos mais ou menos notaveis dos seus escriptos.

Anteriormente a elles, mas ainda assim posteriormente a Augusto, apparecem os jurisconsultos das celebres escolas ou seitas dos *Proculeianos* e *Sabinianos*, de que forão chefes Proculo e Massurio Sabino (17). A existencia dessas escolas rivaes deo

---

(17) Proculo era discipulo de Labeo, e Sabino de Capito, que forão os primeiros chefes das duas escolas ou seitas. Distinguião-se estes jurisconsultos um do outro no seguinte : Labeo não hesitava em innovar no Direito toda vez que a razão o exigia ;

lugar a que os jurisconsultos posteriores (alguns dos quaes já citamos acima) fossem chamados pelos commentadores *herciscundi* ou *miscelliones*, isto é, *eclecticos*, visto não se filiarem exclusivamente a esta ou aquella seita.

Vejam os agora o quarto e ultimo periodo. Estende-se elle de 250 a 550 da nossa Era, e comprehende trescentos annos de regimen imperial.

E' a phase da decadencia juridica e politica do povo romano.

Nesta epocha, depois da celebre anarchia militar, da partilha do poder imperial sob Diocleciano, da fundação de Constantinopla e mudança da séde do governo para esta cidade, dá-se o grande acontecimento historico da invasão do mundo romano, pelos barbaros, e consecutivamente a queda do imperio do Occidente, cuja capital era Roma.

A jurisprudencia soffre golpes mortaes com o despotismo dos imperadores, que chamão a si exclusivamente o direito de fazer e interpretar as leis.

As constituições imperiaes são o unico elemento formador do Direito, neste periodo; leis, plebiscitos e senatusconsultos já não têm rasão de ser; os magistrados e os prudentes perdem pouco a pouco as suas antigas prerogativas do *jus edicendi* e do *jus jura condendi*.

Este estado, que podemos chamar de ruina, é referido por Mackeldey nos seguintes termos: « No começo do 5.º seculo, o estado das fontes do direito é o que segue: para a *theoria* os antigos plebiscitos, os senatusconsultos, os edictos dos magistrados romanos, as constituições dos imperadores e os costumes não escriptos. As Dôze Taboas erão ainda a base de todas as leis; o resto não era considerado senão como modificação ou

---

Capito submettia-se servilmente á antiga Jurisprudencia e Direito privado, sujeitando-se de bom grado ás innovações politicas de Augusto.

Vide em Warnkoenig § 60 e em Mackeldey § 46 os nomes dos principaes sectarios das duas escolas.

addição. Para a *pratica* não servião de fontes senão as obras dos juriconsultos classicos e as constituições. »

O Imperador Theodosio organisa neste periodo uma colleção de certas constituições imperiaes mais notaveis e dá-lhe a denominação de Codigo Theodosiano.

Esta compilação é uma especie de prenuncio dos trabalhos a que, pouco depois, devia entregar-se Justiniano para tirar a legislação romana do estado cháotico em que jazia.

Os juriconsultos deste periodo que viverão antes de Justiniano e que merecem ser apontados, são Gregoriano, Hermogeniano, Charisio e Julio Aquila. Destes tres ultimos ha alguns fragmentos no Digesto; os dous primeiros são notaveis pelas colleções de constituições imperiaes que organizarão e que são conhecidas pelos nomes de Códigos *Gregoriano* e *Hermogeniano*.

### CAPITULO III

**Litteratura juridica romana. Noticia sobre as obras descobertas e vulgarisadas no principio do nosso seculo.**

I. Adolpho Roussel, tratando, em sua *Encyclopedie*, das sciencias auxiliares do Direito, diz que uma dellas é a *Bibliographia* ou o conhecimento raciocinado dos livros em sua applicação á jurisprudencia e ás sciencias que a esta se ligão (18).

Diz ainda este escriptor: « Ha uma *bibliographia juridica*. Não se pode evidentemente exigir do juriconsulto um conhecimento completo de todas as publicações sobre o Direito, mas elle deverá possuir noções bibliographicas sufficientes que lhe permittão recorrer aos livros de que tiver necessidade. »

---

(18) Roussel parece tomar a palavra *bibliographia* como synonyma de *litteratura*; nós, porém, distinguimol-as, como se vê do que fica exposto.

Ora, si o illustre professor da Universidade de Bruxellas entende que a bibliographia é materia importante para o estudo da jurisprudencia, é claro que elle reconhece, implicitamente, a utilidade e importancia daquillo que os modernos escriptores allemães costumão chamar *litteratura do Direito*.

Sendo as indicações bibliographicas um elemento imprescindivel no estudo da referida litteratura, e, diremos até, um simples aspecto deste estudo; segue-se que as citadas palavras de Roussel são inteiramente applicaveis á *litteratura juridica*.

E' portanto, necessario que nos occupemos deste assumpto, o qual, á primeira vista, parece menos importante do que é na realidade.

Diz o Conselheiro Ribas, no seo Curso de Direito Civil Brasileiro (tomo I, pag. 92) que « a litteratura juridica tem por objecto apreciar o merecimento geral dos trabalhos juridicos, caracterisar as suas tendencias scientificas e determinar a influencia que as diversas escolas e doutrinas exercerão no desenvolvimento do direito. »

Nestas palavras não está contida uma boa definição de litteratura juridica, e parece-nos até que o ponto de vista subjectivo escolhido pelo autor não é o mais aceitavel para servir de base ás definições que tenham de ser propostas.

Assim pensando, tomamos o ponto de vista opposto, isto é, o objectivo, e dizemos:

Em geral, litteratura juridica é o complexo das obras, quer didacticas, quer criticas, quer historicas, escriptas e publicadas sobre o Direito. O conhecimento systematico de taes obras (que é o lado subjectivo da referida litteratura) joga com varios elementos, dos quaes o principal é a *bibliographia*, como já vimos.

Assentados estes principios, podemos definir a *litteratura juridica romana* — o *conjuncto dos trabalhos produzidos, e até hoje conhecidos, sobre a legislação e jurisprudencia romanas*.

Costuma se indagar si esses trabalhos abrangem as obras dos antigos jurisconsultos de Roma,

ou referem-se unicamente aos escriptos dos simples commentadores, a partir da epocha das *glossas*, no seculo XII. Esta questão é a mesma que outros formulão nestes termos: Comprehendem-se na litteratura juridica romana as obras dos *jurisconsultos romanos*, ou somente as dos *jurisconsultos romanistas*?

Entendemos que tanto as primeiras como as segundas concorrem para constituir dita litteratura. Não vemos razão para limital-a ás obras dos *romanistas*.

Si os velhos trabalhos de todos os *jurisconsultos romanos* tivessem sido encorporados ao *Corpus Juris Civilis*, de modo que para nós, elles se apresentassem com um character legal e não com simples força doutrinaria; não teriamos duvida em consideral-os extranhos á litteratura juridica, porque, então, seriam partes integrantes da Legislação Romana, sujeita hoje aos nossos commentarios e ás nossas analyses.

Mas desde que assim não acontece, e a partir da Lei das XII Taboas até a epocha da codificação justiniana encontramos um grande numero de obras produzidas por *jurisconsultos* notaveis, as quaes são admiraveis commentarios das leis e instituições romanas; entendemos que não se pode recusar ao complexo dessas obras a denominação de *litteratura juridica*.

Além disso a distincção que se costuma fazer entre *jurisconsultos romanos* e *jurisconsultos romanistas* não é bastante precisa. Basta observar que si não é applicavel aos commentadores do seculo XII e seguintes a denominação de *jurisconsultos romanos*, entretanto a alguns destes *jurisconsultos* pode ser perfeitamente applicado o qualificativo de *romanistas* ( 19 ).

---

( 19 ) Assim por exemplo a um Irnerio, a um Bartholo e a um Cujacio, que são *romanistas*, não cabe a denominação de *jurisconsulto romano*; mas a um Gaio, a um Modestino e a um Paulo pode se dar o qualificativo de *romanista*, além do de *jurisconsulto romano*, visto terem elles escripto sobre a legislação romana de seo tempo.

Por esta razão consideraremos como fazendo parte da litteratura juridica romana as duas ordens de trabalhos a que nos temos referido.

As obras dos antigos juriconsultos de Roma comprehendem: *Commentarios* de especies differentes; *Systemas*; *Monographias (libri singulares)*; *Trabalhos dos casuistas (responsa, epistolæ, quæstiones)*; *Controversias*; e *Escriptos diversos (libri variarum lectionum)*.

Estes trabalhos pertencem, na sua parte mais notavel, ao terceiro periodo da historia do Direito Romano, como se pode verificar em Mackeldey (Manual do Direito Romano § 48).

Tendo sido este periodo (de Cicero a Alexandre Severo) a idade aurea da Jurisprudencia romana (20), a epocha na qual o estudo do Direito chegou ao seu apogêo em Roma; os escriptores modernos têm tomado os trabalhos desse periodo para base de uma classificação geral dos escriptos dos juriconsultos romanos.

Foi o que fez o já citado Conselheiro Ribas, o qual fundando-se na indicação de Mackeldey que acima reproduzimos, distribuio em cinco ordens ou grupos os « numerosos e importantes trabalhos » dos juriconsultos romanos (21).

De taes trabalhos poucos chegarão até o nosso tempo; mas, ainda assim, com exclusão dos que forão publicados no principio do seculo actual, podemos apontar os seguintes:

a) *Enchiridion juris*, do juriconsulto Pomponio, e de que vem no Dig. um grande fragmento relativo ás fontes do Direito e aos juriconsultos e magistrados até Adriano (Vid. frag. 2.º D. 1.º 2.º)

b) *De excusationibus tutorum et curatorum*, trabalho do grande Modestino e do qual o Dig. contem muitas passagens.

c) *Regularum libri III, de bonis libertorum*, do mesmo juriconsulto.

d) *Julii Pauli sententiarum receptorum ad filium*

(20) Vide Cap. II deste livro.

(21) Curso de Direito Civil Brasileiro, 1.º vol. pag. 347.

*libri quinque*, ou *Sententiæ Receptæ* de Julio Paulo. Este trabalho vem appenso a quasi todas as edições do *Corpus Juris*.

e) *Domitii Ulpiani fragmenta libri regularum singularis*, ou *Tituli ex corpore Ulpiani*. Tambem este importante trabalho é encontrado nas actuaes edições do *Corpus Juris*.

f) *Fragmentum regularum veteris Icti de juris speciebus et manumissionibus*, cujo autor é desconhecido, e que nos foi conservado pelo grammatico Dositheu.

Podemos ainda mencionar: a *Mosaicarum et romanarum legum collatio*, que foi composta provavelmente sob Theodosio II, e que contem um confronto das leis de Moysés com as de Roma; os *commentarii juris*, de Marco Porcio Catão, que forão a primeira obra scientifica que appareceo em Roma sobre Direito, até o tempo de Cicero; e as *Actiones Hostilianæ* que se suppõem ter sido um tratado sobre as formulas do testamento, organizado pelo jurisconsulto Hostilio.

Mas é necessario observar que estes dous ultimos trabalhos pertencem ao 2.º periodo da historia do Direito Romano, e não, como os outros que enumeramos acima, ao terceiro e quarto.

Passemos agora aos livros destinados ao ensino, commentario e critica do Direito Romano, isto é, ás obras cujos autores são conhecidos pela designação de *romanistas*.

Destas ha uma quantidade innumeravel, comprehendendo trabalhos dogmaticos, historicos e exegeticos, além de alguns outros philosophicos, bibliographicos, lexicographicos, etc.

As producções exegeticas são principalmente representadas pelos escriptos dos *glossadores*, de cuja escola foi fundador Irnerio no seculo XII, e cujos methodos se espalharão por toda a Europa durante quatro seculos aproximadamente.

« Os *glossadores*, diz o Conselheiro Ribas. tomo 2.º pag. 311, limitavão-se a interpretar, palavra por palavra — *glossa*, os textos das leis romanas, indagando as hypotheses a que erão applicaveis, e

fazendo extractos ou resumos dessas decisões — *summæ*, pelo que forão também denominados *summistas*. Estas observações erão escriptas em notas interlineaes ou marginaes no mesmo corpo de direito. »

Além de Irnerio forão glossadores notabilissimos: Bulgaro, Gosias, Azo, Accursio, Bartholomeo de Capua, Pedro de Bella Pertica, Bartolo, Baldo, Cujacio, Alciato e muitos outros.

Quanto aos autores de obras dogmaticas e historicas muitas centenas de jurisconsultos teriamos de citar, si quizessemos nos referir a todos. Limitando-nos, porém, aos escriptos publicados neste seculo recordaremos: Hugo, Savigny, Thibaut, Puchta, Jhering, Heise, Hufeland, Zachariae, Walter, Warnkoenig, Muhlebruch, Marezoll, Macheldey, Dupin, Devilcourt, Fresquet, Ortolan, Pellat, Maynz, Accarias, Toullier, Giraud, VanWetter.

Todos estes jurisconsultos têm concorrido largamente para o augmento e brilho da litteratura juridica romana.

II. O espirito de analyse scientifica que caracteriza o nosso tempo, e principalmente a tendencia para os estudos historicos e archeologicos que tão fortemente se revelou em toda a Europa, no começo deste seculo, têm produsido optimos resultados para o estudo da Legislação romana.

Não fallando nas taboas de bronze e marmore desenterradas do seio de ruinas antiquissimas, nem nas inscrições, moedas e medalhas catalogadas e interpretadas pelos competentes (22); os manuscriptos de obras diversas que pesquisas constantes fizerão descobrir nos archivos e bibliothecas, vierão derramar muita luz sobre o Direito Romano e sua historia.

No principio do seculo actual Niebuhr, Endlicher e Majo revolvendo as bibliothecas de Verona,

---

(22) Sobre este assumpto, isto é, sobre os monumentos e obras da antiguidade que servirão ao estudo da historia do Direito Romano, vide Maynz; *Cours de Droit Romain*, 1.<sup>o</sup> vol. pag. 5.<sup>a</sup> e seguintes.

do Vaticano e de Vienna fizeram importantes descobertas de algumas obras e escriptos romanos que parecião estar inteiramente perdidos para a sciencia. Esses escriptos são :

a) *Gaii Institutiones*. Estas Institutas do grande jurisconsulto Gaio, que floresceo no terceiro periodo da historia do Direito Romano, só erão conhecidas anteriormente ao anno de 1816 pelo *Breviarium Alaricianum*, ou Codigo Wisigodo, no qual existem dellas alguns extractos. Mas no citado anno de 1816 o illustre historiador allemão Niebuhr descobriu o manuscripto das *Institutiones* em um palimpsesto (23) da bibliotheca capitular de Verona, sendo dellas em 1820 publicada logo uma copia tirada por Goeschen, Becker e Bethmann Hollweg, sob o titulo seguinte: *Gaii Institutionum commentarii quatuor et codice rescripto bibliothecæ capitularis Veronensis auspiciis regioe scientiarum Academiæ Borussicæ nunc primum editi*. As Institutas de Gaio vêm, nas modernas edições do *Corpus Juris*, inseridas antes das de Justiniano, ás quaes servirão de modelo e de base (24).

b) *Fragmentum veteris jcti de jure fisci*, de autor incerto, e descoberto no mesmo lugar e ao mesmo tempo que as Institutas de Gaio. Este trabalho foi tambem dado a luz em 1820, e tem sido attribuido ora a Gaio, ora a Julio Paulo. E' mais provavel que o seo autor tenha sido este ultimo jurisconsulto, visto existir no Digesto um fragmento seo que é semelhante ao de que nos occupamos.

c) *Juris civilis antejustiniani reliquix ineditæ ex cod. rescr. bibliothecæ vaticanæ*, ou *Vaticana Fragmenta*. Foi uma collecção de escriptos achados pelo abbade Angelo Majo, na bibliotheca do Vaticano e publicados em 1823.

---

(23) Chama-se palimpsesto um pergaminho cuja escripta primitiva foi apagada para sobrepor-lhe outra.

(24) Para mais completas indicações sobre os trabalhos de Gaio, e especialmente sobre a epocha em que viveo este Jcto, vide Maynz citado. Sobre o mais vide o Manual de Mackeldey.

Não é conhecido o autor desta miscellanea; alguns escriptores attribuem-n'a a Hermogeniano, mas essa opinião não é aceitavel desde que está verificado não ser o methodo empregado nella o mesmo que adoptara Hermogeniano.

Os *Vaticana Fragmenta* tiveram edições em 1823, 1824, 1828, 1833 e 1860.

d) *Incerti auctoris magistratum et sacerdotiorum P. R. expositiones ineditæ.*

Estas exposições forão pela primeira vez editadas em 1829. Nada se sabe da sua procedencia.

e) *De Ulpiani Institutionum fragmento in bibliotheca palatina Vindobonensi nuper reperto.* São, como se vê, fragmentos de uma obra de Domicio Ulpiano, que forão descobertos na bibliotheca palatina de Vienna no anno de 1835 por Stephano Endlicher, e publicados sob aquelle titulo. Hoje são mais conhecidos pela denominação de *Ulpiani Institutionum fragmenta.*

f) *Fragmentum græcum de obligationum causis et solutionibus, imprimis de stipulatione aquiliana ab Angelo Majo nuper in lucem protractum.* E' um trabalho publicado em 1817, sem nome do autor.

g) Um Fragmento do *Liber singularis regularum*, do jurisconsulto Pomponio, em que se trata de servidões.

Taes são os principaes trabalhos dos jurisconsultos romanos, que forão descobertos e vulgarizados no principio deste seculo, e que vierão ainda mais enriquecer a litteratura de que tratamos neste capitulo.

#### CAPITULO IV

**Fontes do Direito Romano. Descripção e apreciação do «Corpus Juris». Valor de cada uma de suas partes.**

I. Chamão-se *fontes do direito*, segundo Savigny, «as bases do direito geral; por consequencia as instituições mesmas e as regras particulares que dellas se tirão por abstracção.»

Vejamos, porém, quaes as fontes do Direito

Romano. Diversas passagens dos respectivos juriconsultos enumerão as ditas fontes; mas tal enumeração apenas consegue provar que, entre elles, não havia a respeito nenhuma idéa systematica. Como se pode ver nas Institutas (L. 1.º T. 1.º § 4.º e T. 2.º § 3.º), erão consideradas fontes juridicas: o *jus naturale*, o *jus gentium*, o *jus civile*, e o *jus scriptum* e o *non scriptum*. As fontes particulares destes dous ultimos erão: *lex*, *plebiscita*, *senatusconsulta*, *principum placita*, *magistratum edicta*, *responsa prudentium*, *mores*. (Inst. L. 1.º T. 2.º §§ 3.º e 9.º; Dig. L. 1.º T. 1.º frag. 7.º e T. 2.º frag. 2.º § 12).

Destes sete modos de formação do direito já tratámos ligeiramente quando nos occupamos dos periodos da historia externa do Direito Romano, e ainda teremos de estudal-os particularmente em alguns dos capitulos seguintes.

Effectivamente taes processos de formação juridica constituem as mais notaveis e importantes fontes do Direito Romano; mas em lugar de indical-as concretamente, como fizerão as Inst. e o Dig., preferimos consideral-as em abstracto, como fez Savigny, no seo Tratado (25).

Diremos, pois, que as fontes do Direito Romano forão: a *Legislação*, o *Direito costumeiro* e o *Direito scientifico* (26).

Esta classificação está de accordo com os textos citados da legislação justiniana e é confirmada pelas seguintes palavras de Mackeldey:

« Depois das Doze Taboas as fontes do Direito pelas quaes a legislação decemviral e o Direito não escripto em vigor ao lado della, forão transformados e completados, reduzem-se a duas especies principaes: ao *jus scriptum*, legislação, e *non scriptum*, costumes; mas é bom notar desde logo que o Direito Romano foi aperfeiçoado de dia em dia, menos por disposições do poder legislativo,

(25) Pode-se verificar esta nossa asserção na traducção franceza do referido Tratado por Guenoux — Paris, 1840

(26) Vide Cap. III do referido *Tratado de Direito Romano*.

do que pelo desenvolvimento successivo que os magistrados e os jurisconsultos derão aos principios do direito resultantes dos costumes » (Manual de Direito Romano, § 25).

Assim temos: Legislação (*jus scriptum*), Direito costumeiro (*jus non scriptum*) e Direito scientifico (*desenvolvimento successivo que os magistrados e jurisconsultos derão aos principios do direito costumeiro*).

Como quer que seja, a verdadeira e unica fonte do Direito Romano, para os que hoje estudão esse Direito, é o *Corpus Juris Civilis*, mandado organizar pelo Imperador Justiniano, e onde se encontrão reunidas as tres fontes particulares de que falla Savigny: a legislação, o direito costumeiro e o scientifico, isto é, as leis, os costumes e a jurisprudencia.

Por esta rasão passamos a occupar-nos, tão detidamente quanto nos fôr possível, da magestosa compilação justiniana.

II. O ultimo periodo da historia externa do Direito Romano fecha-se com o reinado do Imperador bysantino *Flavius Justinianus*, o qual de 527 a 565 occupou o throno do Imperio Romano do Oriente, com brilhantismo notavel (27).

Justiniano encontrou a legislação do Imperio n'um verdadeiro cháos, no qual os Codigos Gregoriano, Hermogeniano e Theodosiano não tinham conseguido estabelecer ordem e luz. E' conhecido o dito de Eunapius, segundo o qual naquelle tempo *uma bibliotheca completa de jurisconsulto fornecia carga para muitos camellos*. Isto prova que era infinito o numero dos escriptos legaes sobre Direito, e que portanto tornava se indispensavel uma codificação definitiva das leis romanas, que já desde muito diversos jurisconsultos e imperadores havião planejado.

Tocado por essa necessidade, Justiniano deliberou effectuar a referida codificação. Diz Marezoll que o seo plano primitivo era « compôr dous

---

( 27 ) Vide Cap. II desta obra.

grandes *codices*: um para o que havia ainda de applicavel no antigo direito, tal como estava exposto nos escriptos dos jurisconsultos; outro para o novo direito, tal qual elle resultava das constituições imperiaes. » Mas o que é verdade é que este plano, si de facto existio, foi completamente alterado no correr dos trabalhos, como vamos ver ( 28 ).

À 13 de Fevereiro de 528, um decemvirato de legistas, presidido por Joannes, ex-questor do sacro palacio, foi encarregado pelo imperador de confeccionar um *Codex* comprehendendo todas as constituições imperiaes susceptiveis de ser ainda applicadas naquella epocha, com suppressão ou modificação de certas passagens dellas que não merecessem ser conservadas.

Em Abril de 529 foi o trabalho da commissão promulgado, sob o nome de *Codex Justinianus*. Mas não satisfeito com esta primeira codificação, mandou Justiniano em 15 de Dezembro de 530 que uma commissão de 16 jurisconsultos, entre os quaes havia alguns professores das escolas de Beryto e Bysancio, apprehendesse, sob a direcção do questor Triboniano, um trabalho que devia consistir em « procurar nas obras dos antigos jurisconsultos, cujos escriptos tinhão obtido força de lei, as decisões e opiniões que ainda podessem ser applicadas, e reunil-as em uma só colleção ( 29 ). »

Pela constituição *Deo Auctore* ordenou o imperador que se seguisse nesse trabalho a ordem estabelecida no *Codex* ou a do *Edictum Perpetuum* de Salviano. Tres annos depois de iniciada a tarefa, tinha a commissão concluido o seu trabalho ( 30 ),

---

( 28 ) Conhecemos e achamos mais judicioso o parecer dos escriptores que dizem ter sido a primitiva intenção de Justiniano organisar um código unico que trouxesse o seu nome. Vide Warnkoenig, *Institutiones* § 76 e Lagrange, *Introd. ao Manuel de Droit Romain*.

( 29 ) Vide Explicação methodica das Institutas de Justiniano ( Lariche e Bongean ).

( 30 ) Tendo levantado reparos entre os escriptores modernos o facto de ter-se organizado em tão pouco tempo o Digesto, que teve de ser extrahido de 2,000 obras, de 39 autores diversos, o

que, publicado a 16 de Dezembro de 533, recebeu força obrigatoria a 30 do mesmo mez, sob o titulo de *Digesta seu Pandectæ*, sendo que alguns escriptores chamão-n'o tambem *Codex enucleati juris*.

Durante a compilação do Digesto, esse monumento que Justiniano chamou *opus desperatum*, sentio-se, como diz Lagrange, a necessidade de um livro elementar, cujo estudo preparasse para o da grande obra e doCodigo. Esta necessidade deo origem ás *Institutas*, cuja redacção foi confiada a Theophilo e Dorotheo, assistidos por Triboniano.

Esta obra, denominada por Justiniano *Institutiones*, foi publicada em 21 de Novembro de 533 e teve força obrigatoria ao mesmo tempo que o Digesto (30 de Dezembro de 533).

Veio depois o *Codex repetitæ prælectionis*, que foi promulgado em 15 de Novembro de 534. EsteCodigo foi em grande parte uma nova edição ou revisão do primitivo *codigo justiniano* com alterações provenientes das *quingenta decisiones* (31).

Nos 30 annos seguintes á publicação desse codigo, forão promulgadas (de 535 á 565) outras muitas constituições, que alterarão em varios pontos o direito anteriormente estabelecido, sendo mesmo o de algumas dellas alterado por outras posteriores. Estas novas constituições (*Novellæ constitutiones* ou simplesmente *Novellæ*), escriptas algumas na lingua latina e a maior parte na lingua grega, n'um estylo obscuro e empolado, não chegarão a ser compiladas oficialmente, conforme a promessa ou intenção nesse sentido manifestada por Justiniano (Const. de emend. Cod. § 4.º, Nov. 24 epil., 126 c. 5 § 7.º).

As *Novellas* que se achão no *Corpus Juris* em

---

jurisconsulto allemão Bluhme explicou satisfactoriamente esse facto, expondo a distribuição do trabalho, entre os redactores do Digesto.

(31) Essas 50 decisões dadas por Justiniano para resolver as controversias que haviam apparecido nos escriptos dos Jurisconsultos que a commissão encarregada da composição do Digesto tinha a extractar, importantes sem duvida para o conhecimento do antigo direito, entrarão depois no novoCodigo.

numero de 168, todas não têm por autor a Justiniano, nem todas receberão entre nós força legal, como diz o proprio Compendio da Faculdade no § 93, pois que d'aquellas 168 Novellas só 154 são d'aquelle imperador, sendo as outras promulgadas pelos imperadores que lhe succederão.

Dizem Lagrange e outros escriptores que « pouco depois da morte de Justiniano, uma traducção completa das Novellas, que parece ter recebido a sancção publica, foi feita por pessoas desconhecidas. Ella foi chamada *authentica* pelos glossadores, que, no seculo XII, a collocarão em 9 collações, compostas cada uma de muitos titulos ou novellas. Esta versão foi depois chamada *antiga* ou *vulgata*, em opposição ás traducções que forão feitas no seculo XVI sobre novos manuscriptos e ás quaes foi preferida no uso: é a que encerra o *Corpus Juris Civilis*. As 9 colleccões dos glossadores não tinham abrangido senão 97 novellas; muitas das que elles tinham omittido e que chamavão *extravagantes*, tendo sido reencontradas no seculo XVI, forão tambem colleccionadas, de sorte que o *Corpus Juris* contem hoje 168 novellas, das quaes, segundo affirma o mesmo Lagrange, 160 são de Justiniano; sendo as novellas 140, 144, de Justino II; as novellas 161, 163, 164, de Tibério II; e as novellas 166, 167, 168, edictos do prefeito do pretorio. »

Juliano, professor em Constantinopla publicou tambem um Epitome em que tão somente se achão as disposições das Novellas, sem os prologos nem os epilogos. Este Epitome é do anno de Christo de 576, e é aquelle de que usarão os Glossadores.

As *authenticas* consistem nos summarios ou resumos extrahidos das Novellas, e collocados em seguida ás leis do Codigo por ellas modificadas; não têm por si força legal. Só têm a autoridade que lhes dão as mesmas Novellas, d'onde forão extrahidas, devendo por consequencia ceder sempre a estas, como se depreheende até da propria definição.

Estes trabalhos de que acabamos de fallar,

*Institutiones, Digesta seu Pandectæ, Codex repetitæ prælectionis e Novellæ*, constituem todos o chamado *Corpus Juris Civilis* (32), base legal do Direito Romano, e que, como dissemos, é a principal fonte desse Direito.

Para render homenagem a esta admirável compilação e corroborar o elevado conceito de que goza, além da opinião autorizada de Fresquet em seu Tratado Elementar de Direito Romano, vol. 1.º pag. 33, basta fazer nossas as seguintes palavras de Troplong, na celebre memoria sobre a *Influencia do Christianismo no Direito Civil dos Romanos* :

« O direito de que Justiniano fôra interprete me parece mui superior ao que se admira nos escriptos dos jurisconsultos classicos do seculo de Alexandre Severo; excede o direito da epocha classica tanto quanto o genio do Christianismo excede o do stoicismo. Quasi sempre Justiniano aproximava o direito ao typo simples e puro que lhe offerecia o christianismo: fez em favor da philosophia christã o que os Labeons e os Caios havião feito em favor da philosophia do Portico: sem duvida que o fez com menos arte, porém com tanta e mais perseverança.

E' este o seu merito immortal. Justiniano atacou o direito stricto corpo a corpo, e o perseguio em todas as partes da jurisprudencia em proveito da equidade. Tomou dos Papinianos, dos Ulpianos e de outros grandes interpretes do seculo III, tudo o que lhe pareceu de direito cosmopolita, e despresou quanto lhe pareceu de um character demasiado romano. »

Não podiamos dizer mais nem melhor.

A expressão *Corpus Juris* empregada para designar os trabalhos promovidos por Justiniano não foi creação deste imperador. VanWetter, Ortolan e Demangeat estão de accordo a este res-

---

(32) Foi assim chamada a legislação justiniana, para distingui-la do *Corpus Juris Canonici*, que contem as Decretaes dos Papas e as decisões dos Concilios.

peito, affirmando os dous ultimos que tal expressão vem da Idade Media e da Escola dos Glossadores.

Já dissemos que o que constitue o *Corpus Juris* é a reunião das Institutas, do Digesto, do Código e das Novellas; mas devemos acrescentar que nem todos os escriptores estão de accordo sobre o valor legal de certas peças que, nas edições modernas, vem encorporadas ao *Corpus Juris* (33).

Assim, por exemplo, o autor do Compendio da Faculdade diz, no seo § 94: « as cousas que se achão annexadas á collecção de Justiniano pelos editores não devem ser tidas como parte della, nem têm obtido autoridade legal entre os povos modernos. » Em contrario, porém, affirmão outros, como Nuno Freire da Silva (34), que o *Corpus Juris* comprehende não só aquellas partes, as Novellas de Justino, as Constituições de Leão e Tiberio, cento e treze constituições de Leão, que chamão *correctorias*, *repurgações das leis* e varias outras constituições Imperiaes, como tambem os Canones dos Apostolos, os costumes dos Feudos (*Consuetudines Feudorum*), algumas constituições de Frederico II, o livro da Paz de Constança, etc.

E' claro que estes *appendices*, como os chama Heineccio, não podem ser tidos como legislação justiniana, mas desde que não se lhes attribua outro valor além do que elles effectivamente têm, não vemos inconveniente em que continuem a figurar ao lado daquella legislação. Esta distinguir-se ha sempre pela sua universal autoridade juridica (35).

---

(33) O *Corpus Juris* tem tido muitas edições glosadas e não glosadas: d'entre estas, que são as modernas, podemos citar como mais conhecidas: a de Kriegel em 3 vols., impressão de Baumgaertner, em Leipzig (1856), a de Theodorus Mommsen, em 2 volumes, Berlim, edição de 1877, e finalmente a de C. M. Galisset (10.<sup>a</sup> edição, Paris, 1878), que preferimos por ser em um só volume.

(34) Nos quatro livros das Instituições do Imperador Justiniano. Lisboa, 1740.

(35) Accresce, além disto, que o nosso estudo só se estende até a legislação justiniana, e que é sob a forma que derão ao

Digamos agora, para terminar a segunda parte deste capitulo, que as Institutas estão divididas em 4 livros, 98 titulos, 706 paragraphos; o Digesto em 7 partes, 50 livros (36) e 443 titulos, os quaes subdividem-se em fragmentos e paragraphos; o Codice em 12 livros e 765 titulos, subdivididos em constituições e paragraphos; as Novellas, divididas em capitulos e paragraphos, contem cada uma dellas uma inscripção, um prefacio e um epilogo.

O modo de citar, por escripto, as differentes secções ou partes do *Corpus Juris* e as disposições nellas contidas, tem um certo interesse que nos impelle a dizer alguma cousa a respeito.

O Dr. Henrique Secco, no seo *Manual Historico de Direito Romano* (Coimbra, 1848) exprime-se com relação a este assumpto, nos seguintes termos:

« As letras iniciaes D — I — C — N — marcão as quatro partes do *corpo do direito*, — Digesto, Institutas, Codice e Novellas; por maioria de razão, pois, podemos escrever as abreviaturas Dig. — Inst. — Cod. — Nov. O Digesto designa-se ainda por dous pequenos ff. » (37)

Segundo esse mesmo escriptor os systemas de citação reduzem-se a quatro principaes: *por palavras, por numeros, por palavras e numeros ao mesmo*

Direito Romano por determinação deste Imperador que este Direito serve de fonte subsidiaria ao patrio. Vide Cap. I deste livro, Hugo § 499, Maynz § 80, Mackeldey, § 51.

(36) Mackeldey explica o motivo porque alguns contão erradamente 99 titulos nas Institutas. Os livros 30, 31 e 32 do Digesto que se intitulaõ de *legatis I, II e III* são os unicos que não são divididos em titulos.

37) Sobre a origem deste signal tem havido larga discussão. Savigny e Marezoll pensão que elle proveio de um D mal feito e riscado com um traço (como indicando abreviatura), que os editores e copistas tomarão depois por dous pequenos ff, accrescentando Savigny que esta explicação é hoje geralmente adoptada. (Vide Marezoll § 46). Entretanto outros autores com mais plausibilidade sustentão que proveio dos copistas escreverem os dous pequenos ff em lugar do P grego, inicial da palavra Pandectas, cuja forma no manuscrito se podia confundir com os dous pequenos ff. (Brusky, Anotações a Waldeck e Henrique Secco, *Manual Historico de Direito Romano*, pag. 54.)

*tempo, parte por palavras e parte por numeros.* Este ultimo systema, que resume todos os outros, é o que se emprega modernamente.

E com razão é elle preferido, porque os outros tres dão lugar a inconvenientes. Assim, si citassemos unicamente por palavras o Digesto *de usuris et fructibus*, perderiamos muito tempo em procurar no *Corpus Juris* os respectivos livro, titulo, fragmento e §; si o citassemos só por numero do liv., lit., § e frag. (L. 22 T. 1, etc.), estariamos sempre na possibilidade de induzir a enganos por erros typographicos de um ou outro algarismo; si, finalmente citassemos o referido texto por palavras e numeros ao mesmo tempo, teriamos o inconveniente de uma alongada e interminavel citação quasi impossivel de ser conservada na memoria. Eis como ficaria ella: § do frag. do Dig. L. 22, T. 1.º *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionis, et mora.*

Assim, citão-se hoje da seguinte forma as Institutas: § 3.º, I. *de nuptiis* (1. 10.) designando estes numeros entre parenthesis o *livro* e o *titulo*.

O Digesto deste modo: L. 5., § 6. D. *de jure dotium* (23, 3); sendo que alguns mais correctamente substituem a inicial L. pelas duas lettras Fr. (fragmento).

O Codigo do mesmo modo que o Digesto, sem que tenha lugar então o emprego da abreviatura *fr.* Ex.: — L. 22. C. *mandati vel contra*. Pode-se tambem citar: Const. ou simplesmente c. 22, Cod. *mandati vel contra* (4, 34).

As *Novellas*, finalmente, depois da edição não glosada de Conte, são citadas da maneira seguinte: Nov. 118, cap. 1.º (38).

Podemos agora passar a ultima parte deste capitulo.

### III. A determinação do valor absoluto e rela-

---

(38) O systema de citações empregado neste livro me parece recommendar-se pela simplicidade. Entretanto, conhecidas as regras que apresentamos, servem ellas para guiar nas citações e fazer entendel-as e não para excluir outro qualquer modo mais simples.

tivo de cada uma das partes do *Corpus Juris* é a mesma questão de saber qual dessas partes deve prevalecer, no caso de antinomia entre as disposições de algumas dellas.

Warnkoenig occupa-se desta materia nos §§ 94 e 95 das suas *Instituições*, sob a epigraphe seguinte: « Da mutua rasão das partes do *Corpus Juris* entre si. »

O imperador Justiniano alimentou a pretensão de não haver em todo o *Corpus Juris* disposições antinomicas ou contradictorias. Por esse motivo disse elle no § 15 da Const. *Tanta: Contrarium autem aliquid in hoc Codice (Codex enucleati juris, isto é, o Digesto) positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet.* Mas apezar de tal pretensão, têm sido encontradas no *Corpus Juris* tantas disposições que se contradizem e mutuamente se destroem, que já um escriptor comparou o Direito Romano a um arsenal onde todas as opiniões podem ir buscar armas em sua defesa.

Que existem as alludidas contradicções provão-n'o de sobejo: o fr. 7.º § 7.º Dig. *de adq. rer. dom.* (41, 1) comparado com o § 25 das *Inst. de rer. divis.* (2, 1); o § 7.º das *Inst. qui et quib. ex causis manum.* (1, 6) combinado com os frs. 9.º e 11 do Dig. *de man. vind* (40, 2); a Const. 32, § 1.º Cod. *de legibus* em confronto com a Const. 2, Cod. *quæ sit long. consuet*; além de outras muitas passagens.

E' pois necessario estabelecer regras que tirem os interpretes de difficuldades, sempre que elles encontrem textos como esses que indicámos.

Todos os autores concordão em que o valor absoluto de cada uma das partes de que se compõe o *Corpus Juris* é igual para todas; isto é, que qualquer dellas, separadamente considerada, goza de uma completa autoridade legal. Mas quando se passa ao valor relativo das ditas partes; em outros termos, quando se trata da autoridade de uma sobre outra no caso de collisão entre ellas; então surgem as difficuldades de que acima fallamos.

Entretanto pode-se dizer que nesta materia ha uma regra dominante, que nenhum commentador impugna e que por si só resolve a maior parte das questões.

E' a que se basea no conhecido principio *posteriora prioribus derogant*, o qual, por sua vez se funda no fr. 4, Dig. de constit. princ. (1. 4).

Partindo dahi é que Mackeldey, Waldeck, Lagrange e outros muitos fixão esta regra geral: as Novellas derogão toda a legislação anterior e o Codigo *repetitæ prælectionis* deroga as Inst. e o Dig.

Para o caso de antinomia entre estas duas ultimas partes, que tiverão força de lei no mesmo dia, propõem quasi todos os escriptores estas duas regras: 1.<sup>a</sup> O Digesto deroga as Institutas quando se reconhece ter servido a ellas de fonte (39); 2.<sup>a</sup> as Institutas derogão o Digesto, quando se verifica que o legislador quiz firmar direito novo (40). Quando se trata de contradicções existentes em uma mesma parte, a regra geralmente seguida é que deve preferir-se das duas opiniões a confirmada pelos compiladores. No caso de silencio destes devem ser observados os principios ordinarios da Hermeneutica (Mackeldey § 79).

Estas ultimas regras são recebidas sem contestação; mas o mesmo não acontece á primeira na parte que se refere á derogação das Institutas e Digesto pelo Codigo. Savigny e Warnkoenig, além de outros, impugnaõ essa doutrina. Este

---

(39) No caso, por exemplo, da antinomia citada entre a L. 7 § 7. D. *de adq. rer. dom.* e o § 25 das Institutas *de rer. divis.*, prevalece a disposição do Dig. que manda, ao contrario das Institutas, que a coisa especificada pertença ao antigo dono e não ao especificador; e prevalece porque tratando o Dig. e as Institutas da mesma materia pelas mesmas palavras, vê-se que a disposição das Institutas foi extrahida do fragmento de Gaio, que forma a lei do Dig.

(40) E' a hypothese do § 7 das Institutas *qui et quib. ex caus. manum.*, em confronto com os fragmentos 9. e 11 do Dig. *de man. vind.* Aqui prefere a disposição das Institutas, porque se reconhece que Justiniano quiz nella remediar o inconveniente de não poder o menor de 20 annos dar liberdade ao seo escravo, podendo, aliás, dispôr de seus bens em testamento.

ultimo em suas *Institutiones* exprime-se deste modo: « A mutua rasão das partes do direito de Justiniano é esta: As Novellas, como leis posteriores, derogão todo o direito antigo, quando nellas se descubra alguma cousa, que se não possa conciliar com este direito. As demais partes por vontade de Justiniano devem ser tidas como membros de um só corpo com igual autoridade entre si, e hão de ser interpretadas de modo que nunca antepoñamos ás Pandectas *in totum* o Codigo inteiro ou a Instituta inteira, quando pareça irem de encontro a estas, mas devem derogar ás outras somente aquelles logares de qualquer obra que seja, os quaes conteem innovações, que mudão ou corrigem o antigo direito. »

E' a doutrina de Savigny. Este grande juriconsulto, aceitando o principio dominante neste assumpto, estabelece antes de tudo que: 1.º a lei posterior, isto é, *positiva*, deroga a anterior, isto é, *historica*; 2.º sendo as duas disposições da mesma data, prevalece a que se mostra conforme ao espirito geral da legislação romana; 3.º deve levar vantagem sobre qualquer outra aquella disposição em que a materia é tratada capital e não accidentalmente.

Mas apesar de aceitar a regra, segundo a qual a lei posterior deroga a anterior, Savigny não admitte que o Codigo *repetitæ prælectionis* derogue as Institutas e o Digesto. Para elle somente as Novellas forão publicadas com o intuito de reformar o direito anterior; as Institutas, o Digesto e o Codigo formão um *todo harmonico*, uma *unidade legislativa*, a cujas collisões não se pode applicar o criterio historico, mas só o elemento systematico; sendo que, applicado aquelle, deve o Codigo ceder ás Institutas e ao Digesto, porque o *Codex repetitæ prælectionis* não é senão a confirmação de muitas disposições do primeiro, e além disso nelle se encontram as 50 Decisões, que apparecerão antes do Digesto e das Institutas.

Não é aceitavel, porém, esta opinião de Savigny, porque, como diz um escriptor « as Consti-

tuições que se encontravão no primeiro Código forão abrogadas, e até se impôz a pena de falso á quem as citasse no fôro; além disso a força que tem este 2.º código só provem da lei que o promulgou e que é posterior á das Institutas e á das Pandectas ou Digesto. Quanto ás 50 Decisões, devemos notar que Justiniano deo ampla liberdade aos collaboradores do Código. (41) »

A nosso ver as idéas de Savigny sobre o valor das diversas partes do *Corpus Juris* são justificaveis encarando-se aquellas partes no ponto de vista puramente scientifico, mas não no da *autoridade legislativa* que lhes foi attribuida por Justiniano.

Esta nossa distincção tem em seo favor a opinião de Lagrange. Assim terminaremos este capitulo com as textuaes palavras de dito romanista :

« Si l'on considère les différentes parties du *Corpus Juris* sous le rapport de l'autorité législative qui leur fut attribuée par Justinien, suivant la règle *posteriora prioribus derogant*, les Nouvelles l'emporteront sur le Code, celui-ci sur les Institutes et les Pandectes; mais on suivra l'ordre inverse si, comme nous devons le faire aujourd'hui, on ne les considère que sous le rapport purement scientifique. »

## CAPITULO V

**Do direito. Suas principaes acceções; direito subjectivo e objectivo. Obrigação; sentido vulgar e tecnico dos romanos; distincção entre obrigações civis e naturaes.**

I. O direito, segundo Paulo ( D. L. 1, T. 1, fr. 11 ) é o que é sempre equitativo e bom : « *quod semper æquum ac bonum est, jus dicitur* (42).

(41) Vide Explicação a Waldek, por E. da Costa e Almeida, Proemio, pag. 33.

(42) Esse jurisconsulto applica esta definição ao direito natural, e oppõe-lhe o direito civil, isto é, o que em cada cidade é util a todos ou ao maior numero.

Segundo a definição de Celso, referida por Ulpiano (cit. D. fr. 1. pr.), é a arte do que é bom e equitativo: « *Jus est ars boni et æqui.* »

Estas definições, como diz Ortolan, não têm a precisão que podemos exigir da analyse metaphysica: o que é bom? o que é equitativo? e, respondendo-se a estas interrogações, não se tem feito senão substituir uma palavra por outra (43).

Sem duvida não se acha ahí uma noção sufficiente da distincção entre a sciencia, conhecimento das primeiras verdades, e a arte, collecção de preceitos deduzidos da sciencia ou da pratica. Mas taes definições indicão uma revolução no modo de entender o Direito entre os Jctos Romanos: ao primitivo principio da autoridade elles havião substituido o da rasão. Já Cicero indicava essa fonte, quando dizia que para explicar a natureza do Direito era necessario ir busca-la na propria natureza humana (*De legibus*, 1, 5).

Este imperio da rasão, do bem e da equidade, como dogma constituinte do direito, é reproduzido em uma multidão de fragmentos dos jurisconsultos romanos, e passou até para as constituições imperiaes. Celso, Juliano, Marcello, Paulo e Modestino, invocão, quando necessario, o predominio da rasão juridica, do *bonum et æquum*; e mais tarde, os imperadores, em suas constituições, annuncião este predominio como uma doutrina incontestavelmente recebida (Cod. 3. 1. De judic. 8, constit.). O direito, pois, neste ponto de vista philosophico dos jurisconsultos romanos, é, em um sentido abstracto e geral — o que é bom e equitativo; ou, em sentido collectivo, como complexo de preceitos ou de doutrinas — a arte do que é bom e equitativo. No mesmo sentido diz Fresquet (*Traité Élémentaire de Droit Romain*, pags. 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup>): « O direito é a sciencia da direcção das accções humanas no ponto de vista do justo e do injusto. »

« Mas destinado, como é, a fazer triumphar nas

---

(43) Vide pag. VI da Allocução que vem no principio deste livro.

relações sociaes o bem relativo e finito, o Direito impera somente sobre a liberdade exterior do homem; elle deixa á Ethica, que tem por objecto o bem absoluto, a liberdade interna, e mesmo aquelles actos exteriores, que não são uteis nem prejudiciaes ás relações sociaes. Não obstante, entre a lei juridica e a lei ethica ha um nexo intimo, pois o Direito como circulo concentrico menor está contido na Ethica, que representa um circulo maior. D'onde resulta que todas as regras do Direito são a um tempo regras de Ethica, e o que a Ethica condemna não pode o Direito sancionar.

Tal era, mais ou menos, a idéa que os jurisconsultos romanos tinham das relações entre o Direito e a Moral. Elles distinguirão aquelle desta, mas comprehendirão que esses dous reguladores da conducta humana não podião estar em contradicção.

Si para aquelles jurisconsultos o Direito e a Moral fossem a mesma cousa, não terião dito: *Non omne quod licet, honestum est. Nemo cogitationis pœnam patitur*» (Fr. 144 D. L. 50 T. 17, Fr. 18, L. 48 T. 19).

Conselheiro Ribas (Curso de Direito Civil, tom. 1.º pag. 7) diz, entretanto, que os Romanos não tinham idéas bem precisas acerca das raias que separão a moral do direito.

« Se por um lado Paulo e Modestino as distinguem e reconhecem a maior extensão da moral em relação ao direito, quando diz o primeiro: — *Non omne quod licet, honestum est*; e o segundo: — *Semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit* (Fr. 42 D. 23, 2 Fr. 144 e 197, 50, 17); por outro lado Celso parece confundil-as, quando define o direito — *ars boni et æqui*, — e Ulpiano, quando o reduz aos tres principios fundamentaes — *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* (Fr. 10 § 1 D. 1, 1; § 3 Inst. 1, 1). Posto que comprehendessem a differença dos deveres exigiveis e não exigiveis, davão-lhes denominação commum de *officium*, e não consideravão a sua exigibilidade como o principal caracter do direito. »

Como quer que seja, é certo que os Romanos perceberão alguma cousa da distincção a que nos referimos.

Diz Demangeat (*Cours Elémentaire de Droit Romain*, tom. 1 pags. 6 e 7) que a palavra *Direito*, etymologicamente considerada, póde ser empregada para designar a sciencia do dever sob todos os seus aspectos, ou, em outros termos, para designar não só a sciencia que chamamos propriamente — o *direito*; mas ainda a sciencia mais vasta, que temos chamado propriamente — a *moral*.

Com effeito, trata-se sempre de uma direcção dada á liberdade humana. Ora, a palavra *direito* tira sua origem precisamente do latim *dirigere* ou *directum* (44): exprime por conseguinte a idéa de direcção.

A mesma cousa se deve dizer da palavra italiana *diritto*, da allemã *Recht* e da ingleza *right*, como mostraremos adiante.

(44) No sentido originario, diz um civilista portuguez, essa palavra designa uma qualidade existente em qualquer objecto physico, que não é torto ou curvo, mas sim recto; e dizendo-se d'ahi — caminho directo o mais breve caminho que de um lugar nos conduz a um outro, veio por translação a palavra — direito — a significar em moral e como entidade, as regras que determinão e dirigem rectamente as nossas acções ao fim, que nos é indicado; ou pela natureza do nosso ser, formando assim o Direito Natural, ou pela expressa vontade do legislador humano, formando assim o Direito Civil em accepção ampla.

Os Romanos derivarão *jus* de *jussum*, a *jubendo*, attendendo ao modo duro, inflexivel e imperativo, porque as leis se lhes apresentavão. As Ordenanças dos reis francos e as Ordenações portuguezas trazem a mesma preocupação. »

Essa derivação, porém, é erronea. *Jus* é a palavra primitiva d'onde se derivarão *jubeo*, *jussum*, *justus*, *justitia*, etc.

Junto á raiz grega *Diu* temos a raiz latina *Ju* que forma as palavras *Jus*, *Jubeo*, *Jovis*, etc. E' por isso que alguns derivão a palavra *jus* de *jovis*, que significa Jupiter, o qual como autor, senhor e distribuidor de todos os direitos, encarnou no *jus* suas determinações.

Cicero (De legibus, 1, 28 - 11, c. 24) dizendo: « *A lege ducendum est juris exordium* — explica a natureza dessa lei, fonte do direito, accrescentando que ella não é a vontade do povo, nem a do príncipe, mas sim a *lei summa*, nascida antes dos seculos e coeva com a mente divina, isto é, a recta razão do *summo Jove*. »

Como estas, muitas outras opiniões podem ser apresentadas.

Tem-se levantado questão entre os escriptores sobre saber si a palavra *justitia* deriva de *jus*, ou si ao contrario esta deriva d'aquella.

Ulpiano diz, no fr. 1, D. L. 1 T. 1. de *justitia et jure*, que *jus* tira seo nome de *justitia*.

Mas quando o jurisconsulto romano assim falla, não tem em vista assignalar uma origem etymologica. Como observa um escriptor, não se pode dizer que Ulpiano pretendesse tal cousa, porque *jus* é palavra simples, ao passo que *justitia* é expressão composta. Na opinião desse commentador, quando Ulpiano diz que *jus* vem de *justitia*, não trata da etymologia da palavra, mas sim de estabelecer uma ordem logica entre a idéa de *justitia* e a de *jus*, e neste caso a idéa de justiça antecede a de direito considerado objectivamente.

Bongean, referindo-se a esse texto do *Digesto*, affirma que Ulpiano quiz dizer o contrario, isto é, que a vontade de applicar o direito seguio e não precedeo o direito; com o que concorda tambem Demangeat quando diz que « não se comprehende que a regra não tivesse ainda nome, quando a vontade de a observar já o tinha ».

Considerada a questão em abstracto, no terreno scientifico, quer philosophica, quer historicamente, é certo que o direito não deriva da justiça; mas o direito como arte fáz salvar a doutrina de Ulpiano.

Quando elle affirma que o direito se deriva da justiça considera-o como arte ou em concreto, e bem podemos admittir a sua doutrina. Por esse modo considerado, o direito é effeito da justiça, emquanto que em abstracto a justiça provém do direito.

O Conselheiro Ribas, que aliás defende doutrina contraria, diz: — « a opinião de Ulpiano já anteriormente havia sido sustentada por Cicero ( De republica 44 ) fundada na autoridade de Scipião e foi depois confirmada por Santo Agostinho ( De Civitate Dei L. 19 Cap. 22 ). Alguns jurisconsultos, como Soto e Røvarado defenderão doutrina opposita; mas aquella foi sempre a mais geralmente seguida pelos jurisconsultos estranhos e patrios, como Molina, Suarez, Portugal » etc.

Accarias, no seo *Précis de Droit Romain*, vol. 1 pag. 1 e 2, diz que « se interrogarmos a etymologia das palavras, bem depressa nos conveceremos de que as primeiras idéas dos Romanos sobre o direito e a justiça forão mui grosseiras. O direito (*jus*, de *jubere* ou *jussus*) não seria senão a relação ou lista das ordens impostas pela autoridade. A justiça (de *juri stare*) consistiria então em observar as ordens da autoridade, bôas ou más e a sciencia do direito (*jurisprudencia*) em conhecel-as. O direito seria então anterior á moral, seria a fonte della : doutrina que implica negação ou ignorancia absoluta do direito natural e plena consagração do arbitrio legislativo.

Cedo, todavia, e principalmente sob a influencia da philosophia grega, uma reacção se operou ; os Romanos, mais esclarecidos, comprêhenderão que o direito, longe de gerar a justiça, deve inspirar-se n'ella e viver por ella. E d'ahi um erro singular philologico de Ulpiano, que, falseando, em proveito da rectidão das idéas, o sentido primitivo das palavras, faz derivar *jus* de *justitia*. D'ahi (coisa mais significativa ainda) dous titulos — *De justitia et jure* collocados na frente, um das Institutas, o outro do Digesto. D'ahi, emfim, as Institutas se abrindo por uma definição de justiça, como para annunciar que esta noção de justiça vae dominar toda a obra.»

Este modo de vêr do illustre escriptor parece estar em opposição manifesta com a doutrina por nós sustentada. Mas si entendermos que Accarias fallou do direito, não como arte, mas como sciencia, reconheceremos que a sua opinião não é inconciliavel com a de Ulpiano, pois que a sua critica subordina-se a um ponto de vista differente daquelle que prevaleceo para o jurisconsulto romano.

Já se tem dito com algum fundamento que o direito é talvez do numero d'aquellas cousas, que mais se comprehendem do que se definem. « Como definir, pergunta um escriptor, a palavra mais abstracta e mais usada, a mais clara ao espirito e mais obscura á analyse? Não se poderia fazer compre-

hendel-a senão por palavras equivalentes que em si mesmo terião necessidade de ser explicadas.

Parece que entra no genio dos povos o cercar de mysterio as palavras que encerrão o maior poder. —

Todavia, como diz o alludido escriptor, por uma feliz compensação encontramos na linguagem primitiva uma admiravel simplicidade que revela o verdadeiro sentido dellas por uma comparação material, e, por assim dizer, vulgar. Por exemplo: si arredarmos da palavra — direito — todas as abstracções que a obscurecem, si, fazendo-a sahir da linguagem figurada, trouxermol-a a seo sentido proprio, em lugar de um substantivo, teremos um adjectivo, qualificando o que não se desvia; teremos mathematicamente a noção da linha recta, isto é, do menor caminho a seguir. —

Com effeito o Direito não é senão a expressão figurada da linha recta. Em latim, a palavra *rectum* offerece absolutamente a mesma imagem e o mesmo sentido, como em inglez a palavra *right* e em allemão *Recht*, ambas da mesma origem. *Rectum* significa igualmente *direito*, *justo* e *honesto*. O mesmo acontece com os seus dous analogos. Contém igualmente a idéa do verdadeiro. Com effeito o direito, o justo, o honesto, o verdadeiro não são senão o mesmo pensamento em termos differentes. »

Estas idéas que temos explanado até aqui, não são ociosas ou inaproveitaveis.

Servem para provar que o assumpto é vastissimo e sobretudo que não é facil dar uma definição satisfactoria de Direito, mesmo pelo que passamos a dizer.

II. São innumerados os pontos de vista, sob os quaes o Direito pode ser encarado, e d'ahi as suas innumeradas accepções. Basta notar que Lauterbak menciona 24 accepções diversas. Já o jurisconsulto Paulo dizia que o direito é entendido por diversos modos: *Jus pluribus modis dicitur*. Indicaremos os principaes, porque a enumeração de todos nos obrigaria a demorarmos-nos demasiadamente sobre este ponto em detrimento de outros.

Temos o direito: como complexo de leis; como faculdade individual; como regra ou norma; como jurisprudencia; como vinculo, como logar em que se administra justiça, (45) etc.

As mais notaveis, porém, d'essas accepções pelas vantagens theoricas e praticas que se tirão do seo conhecimento, são as duas primeiras, isto é, o Direito considerado como lei ou complexo de leis, e o Direito encarado como faculdade moral de obrar.

Esses dous aspectos da palavra direito derão nascimento á doutrina, hoje corrente, dos escriptores allemães, que dividem o direito em *objectivo* e *subjectivo*. Como se pode ver em diversos autores modernos, o direito *objectivo* é aquelle que serve de *norma agendi*, isto é, que se apresenta como regra ou complexo de regras legaes; o direito *subjectivo* ao contrario, é aquelle que apenas indica uma *facultas agendi*, um poder de obrar que reside na natureza moral do homem. (46)

N'esse sentido diz o illustre Ihering, na sua obra — *Combate pelo direito* (6.<sup>a</sup> Ed. allemã): « O direito *objectivo* é o complexo dos principios do direito em vigor, é a ordem legal da vida; o *subjectivo*

(45) D. L. 1.<sup>o</sup> T. 1.<sup>o</sup> frags. 11 e 12.

(46) O professor Francesco de Filippis, tratando da distincção do direito em *objectivo* e *subjectivo*, entende que estas denominações devem ser eliminadas da sciencia, porquanto os caracteres de *objectividade* e de *subjectividade* existem tanto na norma como na *faculdade de agir*.

Si a norma é cousa *objectiva* para aquelles a quem é dictada, é *subjectiva* considerada como vontade do legislador, e si a *faculdade de agir* é cousa *subjectiva* no sujeito do direito, apparece como *objectiva* e externa relativamente áquelles que têm o dever de respeitá-la.

Elle é de opinião que se adopte a expressão *norma* em vez de direito *objectivo*, e a expressão *direito* (propriamente dito) em vez de direito *subjectivo*. (*Corso completo de Diritto Civile Italiano comparato* 1878.)

Apesar do respeito que votamos á opinião de De Filippis, somos de parecer que a critica feita ás expressões *direito subjectivo* e *objectivo* não é tão completa e decisiva que dê logar ao repudio d'aquellas expressões. Não é raro tomarmos como critério das

é, por assim dizer, o cunho da regra abstracta no direito concreto da pessoa. » (47)

E' o que por outras palavras mais simples diz o professor italiano Felippo Serafini (*Istituzioni di Diritto Romano*, 2.<sup>a</sup> ed. 1876 cap. 1.<sup>o</sup> § 1.<sup>o</sup>) :

« O direito no sentido objectivo é a norma ou o complexo de normas prescriptas ás acções humanas e cuja execução é garantida pelo poder social. Estas normas ou regras creão prerogativas a favor de certas pessoas e impõem deveres a outras ; estas prerogativas, que derivão do direito objectivo, chamão-se direitos ( jura ) no sentido subjectivo.

« Considerado neste sentido subjectivo o direito costuma ser definido a faculdade, reconhecida e protegida pelo Estado, de praticar certos actos ou de pretender que outros fação ou omittãc qualquer cousa em nosso interesse.

« N'este mesmo sentido subjectivo os direitos têm por necessario correlativo os deveres, e, como o dever correspondente a um direito ou é uma mera consequencia desse direito ou constitue todo o seu valor, os direitos dividem-se em absolutos e relativos. Por exemplo, si eu tenho o direito de propriedade sobre uma cousa, posso fazer d'ella o que me convém e o dever dos terceiros é não molestar-me no exercicio do meo direito. Mas o meo direito não consiste n'esse respeito de terceiros, e sim em poder eu dispôr a meo modo da cousa que me pertence. O dever dos terceiros não é senão uma consequencia do meo direito. »

O Conselheiro Ribas confirma tambem esta dou-

---

nossas divisões theoricas o predominio d'esta ou d'aquella qualidade, nos objectos dessas divisões. E' o que se faz todos os dias e é o que se dá com a divisão do direito em objectivo e subjectivo. Si é exacto, como mostra De Filippis, que n'um e n'outro membro da divisão os dous aspectos relativos ao sujeito e objecto existem, não é menos exacto que basta que predomine um desses aspectos para se poder dizer que ha *subjectividade* ou *objectividade* do Direito.

(47) O mesmo escriptor desenvolve essa doutrina no citado *Esprit du Droit Romain* vol. 1.<sup>o</sup> pag. 219 e vol. 4.<sup>o</sup> pag. 317 (tradução franceza de O. de Meulenaere, ed. de 1877).

trina nos termos seguintes : « Ao mesmo tempo que o direito *objectivo* limita a actividade de todos em proveito de todos, obrigando-nos a praticar certos actos, ou a abster-nos de outros, assegura a cada um o livre exercicio da sua actividade dentro destes limites, e dá-lhe a faculdade de exigir dos outros a pratica ou abstenção de alguns actos.

Ora, essa faculdade de obrar livremente dentro da esphera traçada pela lei, e de exigir dos outros certas acções ou omissões em nosso proveito, ( 48 ) é o que se denomina direito no sentido *subjectivo*. »

Este Direito *subjectivo*, segundo Savigny, nos acompanha por todos os lados e nos apparece como um poder do individuo, e nos limites desse poder a vontade do individuo reina e reina com o consentimento de todos.

Depois da idéa primeira do direito, a deducção *logica* conduz á idéa de suas consequencias immediatas : são as faculdades, as vantagens que elle confere. Para designar estas vantagens a expressão consagrada é ainda a mesma palavra — *jus* — direito, que neste sentido vem frequentemente empregada no plural — *jura* — direitos. Assim, nesta acceção, um direito, *jus*, é a faculdade de fazer, de omittir ou de exigir alguma cousa. No primeiro sentido elle era *causa*, aqui é *effeito*.

A escola allemá diz, para o primeiro caso, que a palavra *jus* é tomada no *sentido objectivo*, e para o segundo caso no *sentido subjectivo*, isto é, com relação ao sujeito ou agente que goza da faculdade ou que é passivel da obrigação resultante do direito. ( cit. Ortolan ).

Resta, porém, ver se essas duas acceções forão conhecidas dos Romanos e si têm assento na sua legislação. Nas *Institutas* e no *Digesto* tit. *De justitia et jure* se encontra a noção do Direito *objectivo*. Nas *Institutas* tit. 8.º « *De his qui sui vel alieni juris sunt* » vê-se que havia pessoas que estavam sujei-

---

( 48 ) Não se pode exercer um direito que só prejudica aos outros, e que não nos aproveita — Celso fr. 38 D. De rei. vind. ( 6, 1 ). Ulpiano fr. 1, § 12. D. De aqua et aquæ pluv. arc. ( 39, 3 ).

tas ao poder de outrem e pessoas que não o estavam. A expressão *de direito (juris)* aqui empregada no sentido de poder, nada tem de commum com a expressão — *do direito (de jure)* — empregada no titulo 1.º das Institutas e do Digesto, onde se toma a palavra — *direito* — na accepção *objectiva*. D'aqui se depreheende facilmente que os Romanos tambem davão ao Direito a significação de poder, de faculdade e de complexo de faculdades.

No mesmo titulo citado se diz: « *Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ.* Na verdade ha pessoas que são *sui juris* ou independentes, isto é, que não são sujeitas ao poder de outrem, assim como pessoas ha *alieni juris* ou que por disposição de lei, ou por factos naturaes se achão sujeitos ao poder de outrem. Ainda aqui nessa parte do texto depara-se-nos a expressão *direito* como synonymo de poder, de faculdade. Consequentemente o Direito na accepção *subjectiva* não era estranho á legislação romana, ainda que a palavra que o designa não fosse nella conhecida.

No estudo do Direito Positivo, o aspecto *objectivo* é mais importante do que o *subjectivo*, porque o fim d'aquelle é garantir este, e fazer com que as faculdades que se têm de exercitar na sociedade não encontrem obstaculos. E' esta a razão pela qual vemos nos monumentos da jurisprudencia romana, nas Pandectas e nas Institutas o direito conceituado em primeiro logar na accepção *objectiva*.

Isto, porém, não quer dizer que o direito *subjectivamente* considerado seja inferior ao *objectivo*. Não; elles se completão, e pode-se até affirmar que a *norma agendi* não existe senão porque existe a *facultas* que ella é destinada a regular. (49)

---

(49) A rubrica do tit. 1.º *De jure et justitia*, apresentada por Warnkoenig em suas *Institutiones*, e a do tit. 1.º do Dig. e das Insts. — *De justitia et jure*, é um exemplo frisante do que fica dito.

Desde que o Direito se toma em diversas accepções, prevalecendo a accepção *objectiva* na legislação e a *subjectiva* na sciencia, não pode haver divergencia real, mas apenas diversidade quanto ao ponto de vista em que se collocão as referidas *Institutiones* e as fontes do Direito Romano, por isso que aquellas Instituições, at-

Podemos agora passar a outra parte d'este capitulo.

III. Em geral ou em sentido vulgar se chama obrigação a necessidade correlata ao Direito; mas, em Direito Romano, não se pode admittir essa noção como verdadeira.

Em Direito Natural pode-se considerar como exacto que — *jus et obligatio sunt correlata*; — mas em Direito Romano este principio não é verdadeiro, porque a expressão — *obligatio*, termo tecnico, não corresponde em Direito Romano a essa necessidade, que acabamos de determinar. Vejamos o que no Direito Romano se entendia por obrigação. Foi só na epocha classica, no 3.º periodo da historia do Direito Romano que se consagrou a expressão ou vocabulo — *obligatio*. Na Lei das XII taboas não encontramos essa palavra, mas a expressão — *nexum*, que exprime a mesma idéa enunciativa pelos Jctos Romanos no termo — *obligatio*.

Com effeito, a *obligatio* é caracterisada por um vinculo que prende o sujeito activo e sujeito passivo de uma relação juridica, e a expressão *nexus* vem do verbo *nectere*, que significa ligar, atar. Os Jctos Romanos, portanto, ligavão ao vocabulo *obligatio* o mesmo sentido que as fontes antigas enunciamão pela expressão *nexus*.

Vejamos o que, em vista da legislação justinianeá, se deve entender por *obligatio*. Na Inst. Liv. 3.º Tit. 13 pr., se diz que a obrigação é um vinculo de Direito que obriga a solver alguma cousa, segundo o

---

tribuindo um caracter scientifico ao estudo do Direito Romano, tomão o *Direito* no sentido *subjectivo*, ao passo que o Dig. e as Institutas, encarando na referida rubrica o *Direito* sob o ponto de vista pratico e legislativo, considerão-n'o na accepção *objectiva*, como se deduz, em relação ás Institutas, da ennumeração dos tres preceitos do Direito, e em relação ao Dig., da definição dada por Celso e Ulpiano.

Encontrão-se no *Corpus juris* muitas passagens, que mostrão que os Romanos não desconhecêrão o direito, tanto no sentido *objectivo*, como no *subjectivo*, porém julgamos sufficientes as passagens constantes dos textos que ficão indicados.

nosso direito civil: — *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura.* Os Escritores que analysão esta definição, achão-n'a defectiva, e têm rasão em um ponto, é que ha uma idéa preconcebida pelo legislador e que não se acha expressa na definição — a idéa do dever.

Completão os commentadores esta definição, introduzindo a pessoa do titular da obrigação, e aquelle em favor de quem se deve fazer a prestação. Na obrigação se deve distinguir o credor do devedor e o vinculo do Direito; mas, além desse terceiro elemento devemos tambem fallar da prestação.

Portanto devemos distinguir, com Serafini, 4 elementos na obrigação — o credor, o devedor, o vinculo do Direito e a prestação.

Apresentados assim os elementos constitutivos da obrigação, torna-se evidente que a obrigação não corresponde a todas as faculdades do Direito ou Direitos subjectivos, porque ha faculdades a que não corresponde uma prestação, do modo porque os Jctos Romanos caracterisavão a prestação, que era tudo o que podia consistir *in pecunia* ou alguma cousa que se podesse reduzir a *pecunia*. Ora, aos Direitos de familia não corresponde uma obrigação debaixo deste ponto de vista, porque o Direito que o pae tem a respeito do filho não pode ser estimado em moeda, é inestimavel. Os deveres do marido para com a mulher e *vice-versa* são deveres juridicos que não podem ser estimados em moeda.

A obrigação, pois, que se verifica nestes casos não é a *obligatio* do Direito Romano, desde que lhe falha a possiblidade de ser reduzida á moeda.

Do mesmo modo ao *jus in re*, que recahe sobre a cousa, não pode corresponder uma *obligatio*, porque o direito de propriedade consiste no uso, gozo e disposição da cousa, e para que o titular do direito use, goze e disponha da cousa, não é preciso que outrem lhe preste cousa alguma.

A *obligatio* no Direito Romano é um vinculo de direito, que nos coage (diz o cit. trecho das Inst.). Se é um vinculo do direito, vemos que tanto ha

obrigação da parte do credor, como da do devedor, porque o vinculo ou laço não pode existir de uma só parte: — o devedor é obrigado a dar ao credor a prestação que lhe deve, e o credor tem a obrigação de exigir do devedor essa prestação. (50)

Mas si a obrigação é um vinculo do direito, si este vinculo dá-se necessariamente entre duas pessoas — *creditor* e *debitor*, investiguemos agora os actos que o *debitor* deve praticar em relação ao *creditor* para que a relação entre elles seja de *obligatio*.

No Direito Romano antigo, antes de sua epocha classica, se considerava como podendo ser objecto da relação tudo o que podia consistir em fazer alguma cousa.

Mas o que é que se deve entender por fazer? Diz Papiniano que entende-se pelo termo — *fazer* — tudo o que consiste em executar ou é susceptivel de ser executado, como dar, pagar, contar, julgar, andar (*verbum facere, omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi*. Fr. 218 do Dig. Liv. 50 Tit. 16 de *verb. significat.*)

Vemos, pois, que o verbo *fazer* comprehende tudo quanto pode ser exercido pela nossa actividade, como *andar, dar, solver, contar, julgar*.

Mas os actos de actividade do homem, que devem dar lugar ao objecto de uma relação de Direito, não podião ficar neste vago de *facere*, segundo a noção de Papiniano. Por esta rasão vemos esta idéa delimitada por Paulo, quando diz no mesmo Digesto, que a « natureza das obrigações não consiste em nos fazer adquirir a propriedade de um effeito ou de um direito, mas em obrigar alguém a nos dar, ou nos fazer alguma cousa, ou responder por ella. — « *Obligationum substantia non in eo con-*

---

(50) Moralmente fallando se dão casos, em que se pode usar da expressão *obligatio*, sem contudo haver uma coacção externa, resultante da *actio* que lhe é intimamente ligada; assim é, se por ventura a consciencia do devedor for a sua unica coacção, como acontece nas obrigações naturaes, em contraposição ás civis. (L. 1 § 1 D. de novat. (46. 2) L. 84 § 1 D. de reg. jur. (50. 17)).

*sistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.* » Fr. 3 do Dig. L. 44 T. 7 de *obligationibus et actionibus*

Vemos aqui neste texto de Paulo perfeitamente caracterizado o objecto da actividade do devedor na relação chamada *obligatio*. Não consiste a obrigação em ter alguma coisa sob o nosso poder, em exercitar nosso Direito sobre alguma coisa. A expressão — *faciendum* — tem no texto de Paulo uma significação mais restricta do que no de Papi-niano.

Segundo a noção de Paulo se deve entender por *dar* — transmittir o devedor alguma coisa ao credor.

Supponha-se que um individuo está obrigado a entregar, em certo praso, um objecto: essa relação tinha por objecto um *dare*. Quando não se tratava da propriedade e dos seus desenvolvimentos, mas quando o objecto da relação consistia em *prestar* algum serviço, dava-se o *facere*: quando o *debitor*, em rasão de um acto culpado (não em virtude de contracto) devia resarcir algum prejuizo que occasionára, indemnizando ao prejudicado, ao *creditor*, tinha lugar um *præstare*.

Vemos, pois, que, quando Justiniano define a obrigação como « vinculo de Direito que obriga a solver alguma coisa » deve a expressão *solver* ser entendida de conformidade com Paulo, como dar, fazer ou *prestar*.

Cumpra ainda observar que é necessario que o objecto da *obligatio*, se não for dinheiro, possa ser estimado em moeda.

Nem todos os actos, filhos da actividade do homem e que elle podia praticar para com outro, e que outro tinha o direito de exigir d'elle, constituem a *obligatio* do Direito Romano, pois para isso é necessario que esta prestação consista, ou possa ser estimada *in pecunia*, de sorte que as cousas que não têm um valor monetario, não podem ser objecto da obrigação no sentido do Direito Romano.

Citaremos o fr. 108, Dig. L. 50, Tit. 16, De verb.

significat., onde Ulpiano nos diz que devedor se entende aquelle contra cuja vontade se pode exigir a prestação. « *Debitor intelligatur is, à quo invito exigi pecunia potest.* »

Ainda no mesmo sentido nos diz Ulpiano ( no Fr. 9 § 2 in fine Dig. liv. 40 tit. 7 De *Statuliberis* ) que constituem obrigação aquellas cousas que podem ser reduzidas e prestadas em dinheiro: « *Ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui præstari que possunt.* »

Ora, chegados a esse resultado, com relação á natureza da *obligatio*, sob o ponto de vista das pessoas que nella intervem, e sob o da prestação, que constitue o seo objecto, e, confrontando esta noção com a de obrigação, que apresentamos no estudo do direito subjectivo na relação por elle produzida na sociedade, verificamos que da *obligatio* dos Romanos estão excluidas as obrigações negativas, communs á massa social ( e ha obrigação negativa no caso em que o objecto da actividade do titular é o direito de propriedade em qualquer de suas manifestações ), e que achão-se, finalmente, excluidas da *obligatio* do Direito Romano as varias necessidades resultantes do Direito de familia.

Em relação ás primeiras, que mencionámos, verifica-se esta exclusão, porque ahi não se encontram duas pessoas para constituir a *obligatio*, ha o *creditor*, mas não o *debitor*, porque não ha alguém obrigado a dar a cousa, objecto do direito; no Direito de familia encontramos, é verdade, duas pessoas, mas não encontramos a prestação, pela natureza da obrigação, cujo objecto nem consiste em dinheiro, nem pode ser estimado em dinheiro, pois que não tem valor monetario.

Vê-se, pois, a differença que ha entre a *obligatio* do Direito Romano e a obrigação do Direito Natural; a de Direito Romano só é empregada para significar uma especie determinada das relações juridicas, ao passo que a de Direito Natural é empregada para exprimir uma necessidade que corresponde a todo o direito, necessidade sem a qual não se pode conceber o direito. Esta necessidade

é na geração philosophica dos conhecimentos juridicos, de tal importancia, que por ella podemos determinar a existencia de um direito *à posteriori*.

Characterisada assim a *obligatio* no Direito Romano, vemos que a definição dada por Justiniano nas Institutas não satisfaz completamente, porque, como diz Maynz, ha um elemento subentendido na definição, o do *creditor*, d'aquelle a quem a prestação é devida; ainda mais, nessa definição não se achão claramente estabelecidos, do modo porque fizemos, os tres elementos em que se pode manifestar a actividade do *debitor*.

Portanto, si tratando de dar uma definição, o que se deve, sobretudo, ter em vista é que ella tenha autoridade logica, podemos de accordo com os commentadores que estudão o Direito Romano mais sob um ponto de vista philosophico, do que autoritario, substituir a definição de Justiniano por uma outra, que, além daquella necessidade logica, traduza a verdadeira natureza da obrigação. Nesse intuito pode-se dar preferencia á definição que Muhlénbruch ( *Doctrina Pandectarum*, § 325 ) apresenta, e que é aceita por quasi todos os romanistas modernos, a saber: « *Vinculum juris inter debitorem et creditorem, quo vel ad dandum, vel ad faciendum, vel ad præstandum alter alteri obstringitur.* »

Aqui ha o character da *obligatio*, o vinculo do Direito; ha depois a inserção dos elementos *debitor* e *creditor*, de sorte que a critica de Maynz desaparece; finalmente, vemos a prestação especificada do modo porque o é no Fr. 3º pr. do Dig. Liv. 44 T. 7º.

Ora, si temos assim, a traços largos, caracterisado a *obligatio* no Direito Romano, confrontando-a com a do Direito Philosophico, vemos que o Comp. da Faculdade tem rasão, quando diz que a expressão moderna — *obrigação* — não corresponde á idéa de obrigação do Direito Romano, e por consequencia, o adagio juridico — *jus et obligatio sunt correlata* —, que é verdadeiro em Direito Natural, não o é em Direito Romano. Mas essa doutrina sobre a correlação de direitos e deveres em face do Direito Natural, foi contestada em certo sentido por Maynz

em seu Curso de Direito Romano, 4.<sup>a</sup> ed. de 1877, vol. 1.<sup>o</sup> § 1.<sup>o</sup>. Entende este escriptor que mesmo no dominio do Direito Philosophico é falso o adagio citado. Maynz diz que a todo o direito não corresponde uma obrigação, não só em Direito Romano, como mesmo em Direito Philosophico, porque no direito que tem por objecto as cousas externas, não encontramos uma obrigação correlata. Diz mais que é até contrario ao bom senso affirmar-se que ha uma obrigação correspondente ao direito do proprietario de um cavallo. O proprietario tem um direito que se realisa immediatamente sobre o objecto de sua propriedade, não havendo obrigação nenhuma correspondente a elle da parte de outrem. Mas, para demonstrarmos que Maynz não tem razão, basta attender que na critica que elle faz ao referido adagio juridico deixou-se levar, talvez sem querer, pelas idéas do Direito Romano. Não encontrando na relação do direito de propriedade uma pessoa especialmente obrigada para com o titular do direito, repugna-lhe vêr uma obrigação no caso do direito que se exerce immediatamente sobre uma coisa externa. No entanto, uma analyse da realidade das cousas demonstra que em tal caso, ha a obrigação geral negativa que temos indicado.

Não ha duvida que no caso do direito de propriedade não encontramos entre a pessoa titular e a coisa, objecto d'elle, uma pessoa especialmente obrigada a dar-lhe a coisa, objecto do seu direito, como acontece no Direito chamado *das obrigações*. Mas nem por isso deixa de existir uma necessidade, filha da existencia desse Direito, a necessidade que temos chamado menos energica, porque se cumpre por mera abstenção. Não existe, é verdade, uma individualidade determinada, obrigada a fazer uma prestação ao titular do direito; mas ha um dever geral, uma necessidade que recae sobre toda a massa social, com que elle convive. (51)

---

(51) Lagrange, Ortolan, Maynz e outros autores dizem que a obrigação estabelece um laço particular, uma relação individual entre duas pessoas determinadas; e constitue os direitos que se

Vemos por estas simples considerações que no caso do direito de propriedade ha uma necessidade que não se daria, si o direito de propriedade não existisse: é a necessidade que em Direito Natural chamamos obrigação geral negativa. Devemos observar que, nem sempre a obrigação é tal, que affecte a toda a massa social, pois algumas vezes se dá o caso de uma obrigação negativa, mas especial, imposta a um individuo determinado, obrigação que consiste em supportar alguma cousa e que pode resultar de um contracto. Nesse caso, a obri-

---

chamão *pessoaes*, em opposição aos direitos *reaes*. Quaesquer direitos acarretão para a generalidade dos homens o dever de absterem-se de todo o acto capaz de paralyzar o seo exercicio. Sob esta relação Ortolan observa: Os direitos *pessoaes*, as obrigações propriamente ditas não differem dos direitos *reaes*, porque um terceiro não pode crear obstaculos ao exercicio dos direitos que eu tenho contra meo devedor, pois não pode impedir o goso da cousa que me pertence. O que distingue os direitos *reaes* dos direitos *pessoaes*, é que os primeiros nos collocão directamente em relação com a cousa que é delle objecto, sem ligar ninguem em particular para conosco, sem crear para os outros homens senão este dever geral de abstenção, que é a garantia commum de todos os direitos, enquanto os segundos ( os direitos *pessoaes* ) consistem essencialmente na relação de dependencia particular, individual, que se estabelece entre o credor e o devedor. E' este laço individual de dependencia que constitúe a obrigação propriamente dita. Os direitos *pessoaes*, as obrigações não nos collocão em relação directa com a cousa que d'elles é o objecto, mas sim com a pessoa que é obrigada a nos procurar esta cousa.

Eis porque os antigos commentadores designão a obrigação, o direito pessoal sob o nome barbaro de *jus ad rem*, e o direito real sob o nome de *jus in re*; denominações que não se achão nos textos, ao menos no sentido em que aqui são empregadas. Os direitos *reaes* são algumas vezes qualificados de *absolutos*, porque existem igualmente para todos, sendo cada um pelo mesmo titulo obrigado a respeitá-los; e as obrigações são denominadas direitos *relativos*, por causa do laço individual que ellas estabelecem. A propriedade e seos desmembramentos, a *hypotheca*, a *superficie*, a *emphyteose* são direitos *reaes*; podem-se comprehender na mesma classe os direitos que constituem o estado das pessoas ( *status* ). ( Cit. La-grange pag. 410, nota 2.<sup>a</sup> .

Para designar as duas classes de direitos que compõem o patrimonio, as expressões mais convenientes, e que previnem qualquer equivoco, segundo Demangeat, são as de direitos *reaes* e direitos de credito.

Didier Pailhé, pag. 137, tambem considera como principal essa divisão dos direitos resultante de sua natureza intrinseca.

gação consiste em um *facere*, porque « fazer » para os Jctos Romanos comprehende tambem — não fazer, isto é, conservar-se em inacção.

A obrigação negativa não se dá sómente no Direito Natural, no proprio Direito Romano pode haver uma *obligatio* em que a restricção imposta á actividade do *debitor* seja tal que se cumpra por meio de inacção. A differença está em que a obrigação geral negativa do Direito Natural, affecta a toda a massa, ao passo que a obrigação negativa de que ha pouco fallamos, só se refere a determinadas pessoas.

Vemos, pois, que é um principio verdadeiro o estabelecido pelo Comp., de que á faculdade do titular do direito corresponde uma necessidade, necessidade que os Jctos modernos chamão *obrigação*, e d'onde resulta o adagio juridico : — *jus et obligatio sunt correlata*. Mas este principio aferido pelo Direito Romano torna se falso, porque, como já temos demonstrado, em face da significação technica da *obligatio* em Direito Romano, não se pode affirmar que a todo o direito seja correlata uma obrigação.

Resumindo tudo quanto fica expendido, diremos com o Conselheiro Ribas que entre os Romanos a palavra *obrigação* não tinha a mesma amplitude de deveres exigiveis ou juridicos, como na tecnologia moderna, e só exprimia relações entre pessoas determinadas, pelas quaes umas são obrigadas a certas prestações para com outras.

As obrigações em Direito Romano soffrem tantas divisões quantos são os pontos de vista sob que podem ser encaradas.

A divisão mais geral, no ponto de vista da efficacia ou da força das obrigações, é a que as separa em *civis* e *naturaes*.

Para mostrarmos a distincção existente entre estas duas especies de obrigações, basta expômos a noção de cada uma d'ellas.

A obrigação civil é a que, sendo reconhecida e protegida pelo direito civil, dá nascimento a uma acção em juizo para constranger o devedor ao pagamento ( fr. 5 § 1 Dig. L. 19, T. 5.º ).

A obrigação natural é a que é simplesmente consagrada pelo direito das gentes: *Is natura debet, quem jure gentium dare oportet* (fr. 84, § 1 Dig. L. 50. T. 17). Não sendo reconhecida pelo direito civil, não dá nascimento a uma acção: o credor pode somente prevalecer-se d'ella como meio de defeza em uma acção contra elle intentada. Seo character essencial é impedir a *repetição* do que tem sido pago.

Como bem diz Lagrange, « o principal meio pelo qual o direito civil coage ou obriga a executar uma obrigação consiste em uma acção concedida ao que quer fazer executar a obrigação contra aquelle que a isto se recusa, pois que é pela acção concedida a tal ou a tal facto, por exemplo, a tal ou tal convenção, que a obrigação propriamente dita, ou a obrigação *civil*, se distingue essencialmente da obrigação *natural*, a qual, fundada unicamente na equidade *natural*, approvada pelo direito das gentes, não recebeo a força executoria que dá a acção. Emfim, a obrigação natural não é desprovida de todo effeito; assim ella produz uma excepção, e o que tem sido pago em consequencia de uma tal obrigação não está sujeito á repetição; mas ella não produz acção; é isto que a distingue da obrigação civil. De que a acção serve para caracterisar a obrigação propriamente dita ou civil, resulta que não se separa a obrigação civil da acção, d'onde ella tira sua força. Nas Pandectas trata-se das obrigações e das acções em um só e mesmo titulo (*de obligationibus et actionibus*, L. 44, T. 7.º). »

A obrigação natural, independentemente da excepção que tem em seo favor, pode ainda, segundo as circumstancias, produzir os effeitos seguintes:

1.º O credor pode oppô-la em compensação, mesmo se elle é demandado por uma obrigação civil, comtanto que d'ella se prevaleça então por via de excepção (fr. 6, Dig. L. 16, T. 2);

2.º A execução de uma obrigação natural pode ser garantida por um penhor, uma *hypotheca* ou uma caução, as quaes produzem em geral seos effeitos ordinarios, como se tivessem sido dadas em

garantia de uma obrigação civil ( Inst. L. 3, T. 20, § 1.º ; Dig. L. 46, T. 1, fr. 16 § 3 ) ;

3.º A obrigação natural dá algumas vezes um direito de retenção ; por exemplo, para as despesas necessarias ou uteis feitas á cousa de outrem por um possuidor de bôa fé ( D. L. 12, T. 6, fr. 51 ) ;

4.º Emfim, uma obrigação natural pode ser transformada em obrigação civil, por meio de uma novação ou de um constituto, que é o pacto pelo qual se promete pagar em um praso, por si ou por outrem, uma divida preexistente, civil ou pretoriana, mesmo natural ( D. L. 46, T. 2, fr. 1 § 1 ; L. 13, T. 5 fr. 1 § 7 ).

Os effeitos supramencionados não têm lugar indistinctamente em todos os casos ; cessão mesmo completamente á respeito das obrigações formalmente reprovadas pela lei, taes como interesses usurarios ou dividas de jogos-de-azar ; o que é pago em satisfação de taes obrigações pode ser repetido ( D. L. 12 T. 6, fr. 26 pr. ).

Pode acontecer, diz Namur ( *Cours d'Institutes* 3.ª ed. de 1878 ), que uma obrigação civil seja paralyzada por uma excepção perpetua dada ao devedor . Em geral, uma tal excepção destróe completamente o laço da obrigação, a qual é então chamada *inanis* ou *inefficax*, porque ella não pode mais produzir effeito desde que a excepção é opposta : tal é o caso em que uma acção pode ser repellida pela excepção de dolo ou de violencia, ( D. L. 12, T. 6, fr. 40 pr. ) A obrigação inefficax não deve ser confundida com a que é nulla de pleno direito ( *obligatio ipso jure nulla*, *nullius momenti*, *reprobata* ). Esta é julgada não existir e não pode produzir effeito algum ; a outra, ao contrario, pode produzir effeitos em certos casos, quer porque a excepção não é opposta, quer porque ella é destruida por uma replica, quer, emfim, porque deixa algumas vezes subsistir uma obrigação natural.

Se as obrigações *civis*, tomada esta palavra em sentido amplo, são as que têm sido creadas e munidas de acção, quer pelo direito civil, isto é, pelas leis, *senatusconsultos*, *constituições imperiaes* e

respostas dos prudentes, quer pelo direito pretoriano; se as obrigações *naturaes* são as que só existem em virtude do direito natural, e que não são sancionadas por uma acção, si são as que não podem ter outra força senão a que resulta da equidade natural, produzindo apenas certos efeitos; podemos concluir que, em synthese, as obrigações civis se distinguem das *naturaes*, porque se basêão no direito civil e pelo mesmo direito se achão revestidas de acção, requisitos estes de que não se achão munidas as obrigações *naturaes*.

## CAPITULO VI

**Preceitos do direito; significação de cada um delles; justificação da ordem em que são enumerados.**

I. *Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*, tal é o disposto no fr. 10 § 1.º de Ulpiano, Dig. L. 1, T. 1, e no § 3.º da Inst. L. 1, T. 1, em que Justiniano reproduz essas expressões.

O *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* são ahí chamados *preceitos*, mas esta expressão não é tomada no sentido vulgar, como regra de acção (segundo por analogia se poderia supôr em vista do fr. 1.º de Papiniano no Dig. L. 1.º, T. 3 *de legibus* e do pr. da Inst. L. 1 T. 10 *de nuptüs*), porque neste caso haveria tantos preceitos, quantas regras o legislador promulgasse. Assim, o que Ulpiano nos dá a entender por aquellas expressões, é que o direito assenta em tres principios fundamentaes.

São tão importantes esses *preceitos* que Heinecio diz que são os principios genuinos do Direito, e Lauterback, que são os principios fundamentaes. Savigny tambem considera esses preceitos sob o mesmo ponto de vista, porque diz que a expressão *preceitos* era empregada no texto como categorias, havendo nas differentes leis emanadas do legislador, tres categorias diversas de regras — regras do *honeste vivere*, regras do *alterum non lædere* e regras do *suum cuique tribuere*.

Estão, pois, os commentadores de accordo em considerar os preceitos de Ulpiano, não como simples regras, porém como preceitos fundamentaes, como bases, como categorias de direito.

Houve quem pensasse que o conteudo do Direito não estava todo incluído nos preceitos. Os preceitos têm por fim ordenar, determinar alguma cousa, algum factó ; mas, segundo se exprime Modestino na lei 7.<sup>a</sup> do Dig., L. 1 T. 3 *de legibus* — « legis virtus hæc est : *imperare, vetare, permittere, punire*. Ora, quando a lei impera, preceitúa ; mas quando a lei prohibe ou permite ou pune, procede por meio de restricções, e portanto de um modo negativo, e não tem por fim unicamente imperar como o faz nos preceitos. O conteudo da lei pode ter por fim ou determinar a pratica de alguns actos, ou prohibir outros, ou impôr uma sancção juridica para que elles sejam respeitados. Portanto, não procede o argumento de que os preceitos do direito não abrangem as diversas especies de leis.

Warnkoenig ( em suas *Institutiones* § 5 ), apresentando os tres mencionados preceitos, diz : — « Vivendo honestamente, tornamo-nos dignos do direito ; não offendendo a outrem e dando a cada um o que lhe pertence, cumprimos todos os officios ( obrigações ) do direito, tanto os que consistem em não fazer, como os que tem por fim fazer ou prestar. »

Passemos, porém, a dar mais clara e desenvolvidamente a significação d'esses preceitos.

II. O primeiro : *honeste vivere* quer dizer — proceder com honra e dignidade ; significa que o homem deve conformar-se não somente ás regras do direito positivo, mas ainda ás da Moral ; allude portanto á importancia da Moral. Quando se diz que o primeiro dever do homem na sociedade é viver honestamente, quer-se affirmar que não podemos ser bons cidadãos, sob o ponto de vista do direito, quando formos máos homens sob o ponto de vista da Moral. O direito, como ramo derivativo da moral generica, como uma face da realisação da idéa complexa do bem, não podia dei-

xar de reconhecer o influxo salutar dos principios da Moral. Ora, no Direito Romano, como depois verificaremos, essa influencia da Moral foi decisiva nas regras do direito, o qual não tinha por fim, muitas vezes, senão prestar homenagem aos principios da Moral. Estão neste caso as disposições protectoras dos bons costumes, repressivas do que é torpe, como as leis que prohibem os casamentos de proximos parentes e bem assim as que prohibem ás viúvas o passarem a segundas nupcias antes do primeiro anno de viuvez. A *condictio ob turpem causam* e outras instituições tinham por fim annullar os contractos, que directa ou indirectamente, tinham por objecto um acto immoral, ou que importassem o desconhecimento da Moral. Ha, pois, regras de Direito Romano, que não têm outra rasão de ser senão a homenagem aos principios da Moral, e o *honeste vivere*, portanto, quer significar que o direito reconhece os preceitos da Moral. Uma verdadeira doutrina juridica não pode deixar de assentar sobre estas bases, e os Jurisconsultos Romanos estavam tão adiantados na concepção do direito, que tal verdade já era por elles reconhecida.

Vejamos agora o que querem dizer as outras expressões : — *alterum non lædere e suum cuique tribuere*. Estes dous preceitos se podem cumprir, dando a cada um o que é seo, ou não prejudicando a ninguem. O objecto, pois, da justiça pode-se realisar por estas duas formas : ou não attentando contra nossos semelhantes, ou dando-lhes aquillo a que têm direito.

E' n'esse sentido que o Comp. da Faculdade toma os dous referidos preceitos. Quando estudámos o direito subjectivamente considerado, vimos que a todo o direito correspondia uma necessidade, que podia ser negativa ou positiva, consistindo umas vezes em meras omissões ou abstenções e outras em actos positivos. O *alterum non lædere* refere-se ás obrigações negativas e o *suum cuique tribuere* ás positivas.

Tal é a significação de cada um dos preceitos do Direito : *honeste vivere* é um preceito fundamen-

tal, que revela o influxo dos principios da Moral, sobre as regras do Direito; o *alterum non lædere* é um preceito que synthetisa todas as obrigações jurídicas, cuja pratica se verifica por meio de omisões, e o *suum cuique tribuere*, finalmente, assignala todas as instituições e regras em que transparecem as obrigações positivas.

Namur enuncia esta mesma opinião quando diz que o 1.º preceito, sem ser extranho ao Direito, se refere, principalmente, á Moral; que o 2.º impõe o dever de não lesar injustamente nem a pessoa, nem os bens de outrem; que o 3.º, finalmente, refere-se ao cumprimento das obrigações que adstringem a fazer alguma cousa em favor de outrem.

Heineccio pensa que ha mais verdade nestas tres regras do que vulgarmente se suppõe: dá a entender que o *honeste vivere* é simplesmente um preceito de moral e que os outros dous contêm unicamente preceitos juridicos. Pensa do mesmo modo Du Caurroy, que considera o direito em geral abrangendo todos os deveres, perfeitos e imperfeitos, e restringindo se somente aos primeiros quando separado da Moral.

Os Romanos não estavam muito longe destes principios, porque, como vimos, definião o Direito — *ars boni et æqui*.

Segundo o citado Du Caurroy, « um dos dous ultimos preceitos diz mais que o outro, porque não basta não lesar pessoa alguma; a verdadeira justiça suppõe, além disso, uma vontade activa, attribuindo a cada um o que lhe pertence. »

O *alterum non lædere*, segundo Heineccio, consiste na posição de respeito e acatamento; e o *suum cuique tribuere* consiste em um dever positivo.

Este modo de vêr é aceito tambem por Ortolan. ( 52 )

Donellus, um dos primeiros interpretes do Direito Romano e que pode se dizer emulo de Cujacio, dá uma notavel explicação dos preceitos do direito.

---

( 52 ) *Explication Historique des Instituts*, vol. 1, paginas 20 e 21.

Diz elle que o dever do homem na sociedade é observar a justiça ; rasão pela qual o jurisconsulto Ulpiano, na L. 1.<sup>a</sup> do Dig. cit., diz : « nós, os jurisconsultos cultivamos a justiça : *justitiam colimus.* » Ora para observar-se a justiça é antes de tudo preciso *viver honestamente.* Ha muitos actos moraes, accrescenta Donellus, que influem por seos effeitos na ordem social, e os quaes o Direito deve garantir por meios mais ou menos energicos. Assim, segundo o mesmo autor, o militar deve ter valor no combate, e ser fiel á sua bandeira, não porque a pusillanidade em si, e a falta de lealdade á fé jurada, sejam propriamente actos juridicos, mas porque a infracção das regras militares que prescrevem a pratica destes actos, influe na ordem social e acarreta prejuizo ao Estado. Portanto, ha actos que, quanto sejam moraes por sua natureza, entretanto, quando não são cumpridos, podem alterar a ordem e a harmonia da sociedade. Podem tambem servir de exemplos neste sentido : a prohibição de casarem as viúvas dentro do anno de luto, e a repressão da ingratição dos filhos-familias para com os paes.

O todo dos principios moraes sancionados pelo Direito encerra-se, segundo Donellus, no primeiro preceito — *honeste vivere* ; e dos outros dous preceitos, propriamente ditos, um refere-se ás pessoas (*alterum non lædere*), e outro ás cousas (*suum cuique tribuere*).

Emfim, segundo Savigny, o 1.<sup>o</sup> preceito, *honeste vivere*, refere-se aos actos moraes garantidos pelo Direito ; o 2.<sup>o</sup>, *alterum non lædere*, refere-se aos direitos originarios ou pessoaes, que consagrão a segurança, a liberdade, a igualdade da personalidade do individuo, agente do direito ; e o 3.<sup>o</sup>, *suum cuique tribuere*, comprehende o todo dos direitos adquiridos.

Na analyse dos *precepta juris*, teve alguém a extravagante idéa de suppor que elles erão tão somente relativos aos deveres dos Jctos, e por isso quanto ao *honeste vivere*, entendeu que era um dever do homem de lettras e sobretudo do Jcto ; porque, como dizia Quintiliano, o orador é o

*vir bonus, dicendi peritus*, e os jurisconsultos, como apóstolos da justiça, devem, antes de tudo, gosar de boa reputação, não devendo os advogados encarregar-se de causas injustas e concorrer com seu elevado ministério para patrocinar pretensões injustificáveis; e também no *alterum non lædere*, julgou vêr o dever que tinha o advogado de não ferir o direito das partes contrárias; e no *suum cuique tribuere* a necessidade e obrigação que tinha de não prejudicar os clientes com sua ignorância. Mas é fácil de comprehender-se que os Jurisconsultos Romanos, tratando de dar a noção dos preceitos do Direito, não se podião referir sómente aos advogados, jurisconsultos e outros homens de letras, mas a todos os homens, que vivem em sociedade.

III. A ordem em que no Dig. e na Inst. estão enumerados os preceitos do Direito, é perfeita, e não se lhe deve fazer modificações de qualquer especie. Entretanto, têm surgido escriptores com a pretensão de inverter e modificar dita enumeração, sem que para isso apresentem justas razões. Dizem taes autores que é possível uma redução nos tres preceitos, de que temos fallado, de sorte que se possa reduzi-los a um só. Os escriptores que sustentão a possibilidade da redução dos tres preceitos ao primeiro *honeste vivere*, justificão sua opinião do seguinte modo: « O homem que não fór honesto e que não seguir os dictames da Moral, não poderá cumprir os seus deveres juridicos; é um dever juridico o não attentar contra a propriedade dos nossos semelhantes, e, por consequencia, furtar alguma cousa a alguém é ir de encontro aos principios do Direito, e também aos da Moral, porque não *vive honestamente* quem furta. Consequentemente, o Direito tem como base a Moral, porque, desde que o homem cumpre seus deveres moraes e *vive honestamente*, tem satisfeito e cumprido os seus deveres juridicos, d'onde resulta a possibilidade da redução dos preceitos do Direito ao *honeste vivere*. »

Em primeiro logar temos a observar que a significação que se deve dar ao *honeste vivere* não é

essa, porque, como dizem Warnkoenig, Savigny e Donellus, este preceito se refere a dignidade do homem. O *honeste vivere* deve ser entendido apenas como significando o auxilio indispensavel da Moral ao Direito. D'ahi decorre que o Direito tem, como a Moral, uma mesma fonte, que é a idéa do bem; entretanto no modo de realisar o bem, o Direito segue um caminho diverso do da Moral, porque attende ao bem social, ao passo que a Moral attende pelo lado dos principios absolutos.

Portanto, o preceito — *honeste vivere* só poderá comprehender os outros dous preceitos, se for empregado em accepção diversa daquella em que o tomavão os Jurisconsultos romanos, e a prova está em que ao lado do *honeste vivere* elles apresentavão os outros dous preceitos. Admittida aquella intelligencia do *honeste vivere* e reduzidos a este os outros preceitos, não teria rasão de ser a enumeração romana.

Outros commentadores pretendem reduzir os tres preceitos ao ultimo, dizendo que se a justiça consiste em dar a cada um o que é seo, os preceitos do direito se podem reduzir ao ultimo, que encerra a missão da Jurisprudencia. Desta opinião são Huberus e Demangeat.

O primeiro diz que o preceito — *honeste vivere* refere-se á observancia das regras e preceitos da Moral, de que o Direito não pode prescindir, porque não só o Direito funda-se na Moral, como porque as differentes obrigações moraes são sancionadas por uma regra de direito, em rasão da utilidade que provém da repressão das mesmas. Para esse autor os preceitos propriamente juridicos são: *alterum non lædere* e *suum cuique tribuere*.

Mas, como dando a cada um o que é seo, não se offende a ninguem, e o modo de não prejudicar-se a terceiros é praticar um acto de acatamento aos direitos alheios, segue-se que a regra de direito é propriamente a de dar a cada um o que é seo; e que o *alterum non lædere* é uma especie deste genero, que se antepõe ao proprio genero, em virtude de um processo mui vulgar no Direito, pelo qual

uma palavra pode ter ao mesmo tempo um sentido amplo e restricto. Assim no Direito Romano a palavra *cognatio* em geral significa o parentesco; mas no sentido especial significa o parentesco natural, distincto do parentesco civil.

Demangeat faz vêr, com referencia ao 1.º preceito, que algumas vezes regras de moral são sancionadas pelo legislador, tornando-se assim regras de direito, e diz que o preceito *alterum non lædere* está verdadeiramente comprehendido no *suum cuique tribuere*.

Os mesmos argumentos que oppuzemos á outra opinião servem para combater esta.

Vê-se, assim, que não é possível, alargando a esphera do Direito, reduzir os tres preceitos ao primeiro, nem, restringindo-a, reduzir estes preceitos ao ultimo.

Mas si isto é verdade, e si a classificação romana deve ser considerada como está, devemos dizer qual o mais importante dos preceitos em questão.

Pensamos com Savigny, que, si attendermos ao valor moral de taes preceitos, a primazia cabe ao *honeste vivere*; mas, si attendermos propriamente ao seo valor juridico, deveremos considerar como principal preceito o *suum cuique tribuere*.

E' tão sensato este modo de ver que prescindimos de entrar em quaesquer desenvolvimentos sobre elle.

Podíamos tocar ainda em algumas das muitas questões que têm relação com esta materia, e de que um grande numero de escriptores se tem occupado.

De todas essas questões a mais importante é, sem duvida, a de saber si ha um principio ou um intuito de *classificação* de direitos, na enumeração dada por Ulpiano dos preceitos de que tratamos. (53)

---

(53) Parece que, realmente, o intuito de Ulpiano foi apresentar uma classificação, porque esta ennumeração figura no titulo introductorio do Dig. e da Inst. Si os compiladores do Dig. e da Inst. não vissem valor scientifico ou logico nessas expressões de

Tal questão tem sido muito discutida, e d'ella occupou-se o grande Savigny em seo *Tratado de Direito Romano*.

Como, porém, essa questão e outras muitas não podem ser explanadas devidamente em um *Curso Elementar*, como este, deixamol-a de parte, fechando aqui o presente capitulo.

## CAPITULO VII

**Definições de Justiça e Jurisprudencia; sua justificação; accepções modernas dessas palavras.**

I. Os Romanos definirão a Justiça — *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, — e a Jurisprudencia — *divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*, como se pode verificar na Inst. L. 1, T. 1 pr. e § 1, e no Dig. L. 1, T. 1, fr. 10 pr. e § 2.º e Nov 69 Pr.

A autoridade legal dessas definições não pode ser posta em duvida, desde que ellas estão expressas nos textos.

Comprehende-se facilmente a necessidade de, no estudo do Direito Romano, indagarmos quaes as significações attribuidas ás palavras — *justiça* e *jurisprudencia*, uma vez que a justiça é o alvo proximo, o fim immediato a que se dirige o Direito, e aquelles que professão a jurisprudencia são considerados por Ulpiano, como ministros ou sacerdotes da justiça.

---

Ulpiano, certamente não as terião consignado naquellas partes do *Corpus juris* e justamente nos titulos introductorios em que se procura dar as noções propedeuticas.

Por outro lado devemos tambem attender a que Ulpiano, sempre que tratava de apresentar qualquer classificação, era sectario das divisões *tripartitas*, pelo que parece que, nessa enumeração, pretendeo elle dividir os principios do Direito, segundo as idéas geraes nelle predominantes, visto como apresentou uma divisão tripartita, do mesmo modo porque dividio as regras do Direito em Direito Natural, das Gentes e Civil, e do mesmo modo ainda porque apresentou a divisão das pessoas em tres classes, como depois veremos.

Antes, porém, de entrarmos na analyse e explicação das definições que os romanos davão de justiça e jurisprudencia, apresentaremos uma consideração, deduzida da Historia do Direito Romano, a qual, dizendo respeito a ambas as definições, muito contribue para mostrar a origem, a rasão e o alcance dellas.

Houve em Roma, nos primeiros tempos, grande ciúme entre jurisconsultos e philosophos. Estes lançavam áquelles a pécha de *materialistas* por não cogitarem elles da intenção e da consciencia, mas somente dos actos externos.

Com o desenvolvimento do Direito foi desaparecendo esse antagonismo entre a Philosophia e a Jurisprudencia. No tempo dos Ulpianos, dos Gaios, dos Paulos, etc., isto é, no periodo classico do Direito Romano, os Jurisconsultos mais notaveis erão ao mesmo tempo philosophos considerados, e por conseguinte procuravão, o mais possivel, elevar a Jurisprudencia, de modo que, comparada com a Philosophia, não parecesse uma sciencia inferior. Desse modo aproximavão-se dos philosophos e conseguião afastar de si a pécha de *materialistas* com que se havia procurado amesquinhal-os. Por isso não perdião occasião, mórmente no terreno das definições, em que as noções juridicas são consideradas em abstracto, de fazer sentir que prestavão grande homenagem aos principios da philosophia. Levados por essas considerações os jurisconsultos romanos espiritualisarão por tal forma as noções de justiça e jurisprudencia, que a maior parte dos commentadores dos primeiros tempos, isto é, os glossadores, considerarão essas definições como encerrando somente idéas philosophicas. Porém depois, por estudos mais conscienciosos dos textos, que forão depurados á luz da Philosophia e interpretados devidamente, passou-se a explicar as referidas definições, sob um ponto de vista mais juridico, e, por consequencia, menos ambicioso.

A justiça, do modo pelo qual é conceituada na definição que fica apresentada, se nos figura uma virtude e, portanto, ella é considerada sob um ponto

de vista alheio á esphera do Direito. Como se sabe, a intenção que preside aos actos pertence á esphera de uma sciencia inteiramente distincta do Direito, que é a Moral. Compreende-se que um individuo, que respeita a lei somente pelo receio da penalidade, seja considerado, em frente dos principios juridicos, um homem justo, visto que o Direito só se occupa dos actos externos; mas esse homem não será justo perante a Moral, porque esta inquire da intenção.

Parece, pois, que os Jurisconsultos Romanos ultrapassarão a esphera do Direito, quando elevarão a justiça á altura de uma virtude.

O mesmo se dá com a definição de Jurisprudencia. As palavras nella empregadas por Ulpiano significão que a Jurisprudencia é o *conhecimento das cousas divinas e humanas*, a sciencia do *justo* e do *injusto*. Si Ulpiano tivesse definido a jurisprudencia com a ultima proposição, o seu pensamento nos seria revelado claramente, porquanto definir a Jurisprudencia como a sciencia do justo e do injusto, não é mais do que indicar que a Jurisprudencia é o conhecimento dos principios do Direito, isto é, o conhecimento da sciencia que tem por objectivo a garantia da ordem social pelo estabelecimento da justiça e pelo reconhecimento do direito de todos e de cada um.

Mas Ulpiano introduzio na definição a proposição — *divinarum atque humanarum rerum notitia*, e, portanto, tal definição deixa de ser strictamente juridica. A inserção do elemento — *cousas divinas*, denota tambem que os Jctos Romanos encararão a Jurisprudencia sob um aspecto muito elevado, ultrapassando as raias do Direito.

Já ficão, porém, indicados os motivos que levarão os Jctos Romanos a se apartarem um pouco dos dados positivos e praticos para se remontarem aos principios abstractos n'aquellas definições.

Feitas estas primeiras considerações, passemos mais de perto á analyse e á justificação das referidas definições.

II. A justiça é definida nos textos como *vontade*,

porque, como já dissemos, os jurisconsultos romanos, que também erão philosophos, consideravão como virtude todo o acto firmado na vontade. Para Ulpiano, como para os philosophos stoicos, a verdadeira philosophia consistia em conformar-se com os dictames da natureza, e para isso era necessario que os actos praticados fossem constantes e permanentes, porque a natureza também o é. Desde que a justiça era considerada como uma virtude, comprehende-se que não podia deixar de ser baseada na vontade.

Os Jctos romanos não cogitavão da *justiça material*, que alguns escriptores chamão justiça civil e que consiste no character externo de conformidade do acto com a lei. Segundo o Direito Romano todo individuo que praticasse um acto conforme a lei, mas não por sua vontade, teria praticado um acto legal, mas não justo em si, porque, para que o fosse era necessario que semelhante acto tivesse sido determinado pela vontade.

Não basta, porém, que o acto seja filho da vontade para que se considere uma virtude, porque um individuo pode, em um momento, praticar um acto bom, conforme a lei, mas levado por uma vontade determinada pelo interesse; ou então pode praticar o acto sem movel interesseiro, mas com a intenção de não perseverar na pratica desse acto. Por isso os Jctos Romanos dizião que a justiça é *a vontade constante e perpetua* de dar a cada um o que é seo: — *Constans atque perpetua voluntas*; d'onde resulta que toda a vontade que fosse constante, mas não perpetua, não seria uma virtude. Estes qualificativos, portanto, auxiliando-se em sua significação, denotão claramente que a vontade deve ser immutavel (*constans*) e sempre persistente (*perpetua*).

Um individuo que désse deliberadamente uma cousa a outrem, mas com intenção de mais tarde apoderar-se della, não praticaria um acto justo, porque, embora a vontade seja firme no presente, não o é no futuro. Por isso quem pratica um acto justo, nem por isso é considerado homem justo.

Virtuoso é o individuo que pratica actos justos, hoje e sempre, porque a constancia na pratica de actos conforme a lei, é que pode elevar esses actos á altura de uma virtude. Ora, si a justiça era definida como uma virtude, é de toda evidencia que não podia deixar de ser caracterizada pelas condições que elevão a vontade á altura de uma virtude; a vontade só é virtude, quando na pratica de actos bons, ella é *constante e perpetua, firme e inabalavel no presente e no futuro.* ( 54 )

Na primeira parte da definição, a justiça é caracterizada pelo seo genero — *perpetua atque constans voluntas* ( 55 ) ; mas toda a definição deve encerrar a par do elemento generico a differença especifica. Ha vontades constantes e perpetuas que não são justiça, por exemplo a vontade constante

---

( 54 ) Cicero definia a *justiça* do mesmo modo porque o fazia Ulpiano, com a differença apenas de que, em vez de *voluntas*, empregava a expressão *affectio*. No Direito Romano a expressão *affectio* exprimia uma vontade detida, arraigada, inabalavel. Ha mesmo um texto positivo do Dig., o fr. 168 de *verb. signif.*, que diz que todo o sentimento que é arraigado no coração do homem, se chama uma afeição. Ora, si no conceito dos Jetos Romanos, os sentimentos profundos são afeições, vemos que, quando Cicero dizia que a justiça era afeição, exprimia o mesmo pensamento de Ulpiano. Portanto, quer nas obras extranhas á jurisprudencia, quer nas de seo dominio, encontramos a justiça caracterizada, pelos romanos, como uma virtude.

Cicero, depois Ulpiano, Triboniano e os demais jurisconsultos que com este collaborarão, conceituarão a justiça do mesmo modo, isto é, como uma virtude; ainda mais tarde, no dominio da decadencia romana, vemos no prefacio da Nov. 69 a justiça considerada como virtude, como acto intencional com que o homem respeita o direito de seos semelhantes.

Vemos, pois, que a definição de justiça reveste-se de uma autoridade legislativa e mesmo historica, porque nos diversos periodos da historia do Direito Romano, encontramos a noção de justiça, considerada sempre como *uma virtude*, que consiste em dar a cada um o que é seo.

( 55 ) Devemos observar que ha alguns autores, que, como Ortolan, entendem a definição de justiça, de modo differente d'aquelle que acabamos de expor. Assim, diz o autor da *Explication Historique des Instituts* : « A expressão *perpetua* deve ser tomada

e perpetua de ser temperado nos gozos da vida, é virtude, mas não é justiça.

E' preciso, pois, indicar a differença especifica e esta se encerra nas ultimas palavras da definição — *dar a cada um o que é seo*.

Nota-se entre os commentadores uma pequena divergencia na apresentação dessa parte da definição. Alguns dizem: *suum cuique tribuendi*, ao passo que outros dizem: *suum cuique tribuens*.

Neste caso teriamos a justiça em acção, mas, como bem diz Ortolan, o sentido parecerá menos exacto. Não se pode dizer *voluntas tribuens*; a vontade não dá, conduz á dar (*voluntas tribuendi*), por outro lado, pode-se ser inteiramente justo, e, sem o saber, não dar a cada um o que lhe é devido.

Mas o que quer dizer dar a cada um o que é seo? Dar a cada um o que é seo não é virtude, o que significa, pois, esta ultima parte da definição?

Si a missão do Direito é garantir a realisação do destino do homem; si o Direito segue os dictames da justiça, vemos claramente o que quer dizer a expressão — dar a cada um o que é seo. Quer dizer: — respeitar o que pertence a cada qual ou o que constitue o seo direito, não crear obstaculo á realisação do destino dos seres, visto que todo o ser que tem um destino a realisar tem direito aos meios de realisar o.

O sentido das palavras « dar a cada um o que é seo » consiste em reconhecer o homem o que lhe é proprio, e não oppôr obstaculos ao livre exercicio da actividade humana na esphera do Direito.

Dar a cada um o que é seo é estabelecer o dominio do Direito, é harmonisar as espheras das liberdades individuaes. Tudo isto se consegue respeitando a manifestação do poder racional do homem, dando a cada um o que lhe é *proprio*.

Recapitulando quanto fica expellido, vê-se

---

no sentido de que a justiça consiste na vontade firme de dar *perpetuamente* á cada um o que lhe é devido. » Vê-se que nessa interpretação pretende-se alterar o sentido da definição, considerando como um adverbio um puro adjectivo; o que não é exacto.

que a justiça é *vontade firme e permanente*, porque ella é uma *virtude*, e a firmeza é inherente á virtude como a falta de firmeza o é ao vicio. Por outra : ninguem é justo si não está animado da intenção de agir sempre com justiça e si não procede assim emquanto pode.

Para que um acto seja moralmente justo, sua conformidade exterior com o direito não basta ; é preciso, além disso, a vontade de praticar a justiça, porque, como diz Namur, a acção desinteressada do bem é o que unicamente imprime um cunho de moralidade ás acções humanas.

Passemos a explicar a definição de jurisprudencia.

Ha na sciencia muitas explicações dessa definição, e, em todas encontramos rasões justificativas da inserção feita nella por Ulpiano daquella primeira parte, que pareceo-nos exorbitar do circulo do Direito. Occupar-nos-hemos apenas com as duas mais importantes.

Alguns commentadores explicão as palavras de Ulpiano, dizendo :— « a jurisprudencia é a sciencia das cousas divinas e humanas em quanto ellas se relacionão com o justo e injusto. » De sorte que considerão o Direito como uma parte da sciencia philosophica geral, que se encerra no conhecimento das cousas divinas e humanas ; o que, mais resumidamente, quer dizer que — a jurisprudencia estuda as cousas *divinas e humanas* sob a feição do justo e do injusto.

Esta opinião parece satisfactoria, porque é philosophica, e, por consequencia, explica a definição, de accordo com o pensamento que inferimos ter actuado na mente dos Jurisconsultos Romanos e não é repellida pelas fontes: a 1.<sup>a</sup> proposição é uma proposição geral, indicando o genero, e a 2.<sup>a</sup> especial, indicando a especie, ou a differença especifica.

Heineccio attribue essa intelligencia ás palavras de Ulpiano, porque, segundo elle « o sentido é : a Jurisprudencia é a philosophia, que consiste no conhecimento do justo e do injusto. » Effectivamente, as idéas que dominavão em Roma, no periodo dos

Jctos Classicos, erão idéas, segundo as quaes a Philosophia era sciencia geral. Aristoteles diz que a Philosophia é a sciencia que indaga as causas e o destino de tudo quanto existe, e por consequencia, o Direito como uma sciencia philosophica, não podia deixar de attender á origem e destino das cousas, rasão pela qual a definição de Jurisprudencia tinha, aos olhos dos Jctos Romanos, esta intelligencia « conhecimento de tudo aquillo que existe e que se relaciona com o justo e injusto.

Ortolan pensa do mesmo modo e diz : « A decomposição da palavra *jurisprudencia*, nos dá a significação della : *juris prudentia*, conhecimento do direito. Na 1.<sup>a</sup> parte a definição parece assás ambiciosa ; mas é preciso não separar esta 1.<sup>a</sup> parte da 2.<sup>a</sup> — *justi atque injusti scientia*. »

No entanto não podemos aceitar essa explicação, apesar do merecimento que ella tem. Achamos preferivel a de Demangeat, a qual é superior sob o ponto de vista philosophico, sem alias desconhecer as rasões de actualidade, relativas ao tempo, em que foi formulada a definição.

Diz o referido escriptor : « Para comprehender-se a definição de Jurisprudencia, convém fixar primeiramente o sentido dado aqui á palavra *prudencia*. *Prudentia* é o conhecimento ou a sciencia adquirida de uma cousa certa. Aquelle que tem a sciencia do Direito, isto é, que conhece bem as regras do direito, é chamado *jurisconsultus* ou *jurisprudens*. A definição pode, pois, traduzir-se assim : saber o direito, é ter a noção das cousas divinas e das cousas humanas, é conhecer o justo e o injusto.

« As ultimas palavras *justi atque injusti scientia* ; se explicão por si mesmas : aquelle que possui a sciencia do direito poderá sempre discernir si um acto é justo ou injusto segundo é conforme ou contrario ao direito. Leibnitz ( *Nova methodus docendæ descendæque jurisprudentiæ* ) desenvolve muito bem esta idéa, quando diz que a Jurisprudencia é a *sciencia das acções humanas em quanto são justas ou injustas*.

« Mas existe outra cousa na definição de Ulpiano. *Divinarum atque humanarum rerum notitia*; o que significão estas palavras? Certos interpretes têm visto nellas uma allusão á divisão das cousas em *res divini juris* e *res humani juris* (Gaio Comment. II §§ 2 e seguintes). O pensamento de Ulpiano seria que, para ser jurisconsulto, é preciso conhecer as regras particulares que se applicão a estas duas classes de cousas.

« Mas é inteiramente outro o pensamento de Ulpiano. O que elle quiz dizer é que para ser verdadeiro jurisconsulto, para ter a sciencia do direito, é necessario ter tomado em consideração a natureza de Deus, bem como a natureza e destino do homem.

« A sciencia do direito suppõe o conhecimento da natureza divina e da natureza humana; consiste em saber distinguir o que é justo e o que é injusto.

« Ha ahi uma idéa profundamente verdadeira, sobretudo quando se comprehende sob o nome de *jus* o que temos chamado a *sciencia do dever*, isto é, a moral, assim como o direito propriamente dito, e é precisamente o que fazião Ulpiano e Justiniano.»

Para Demangeat, portanto, a definição de Ulpiano tem a seguinte intelligencia: — a Jurisprudencia é um conhecimento *ligeiro* das cousas divinas e humanas, e um conhecimento aprofundado do justo e do injusto, significando isto, que não pode haver jurisconsulto sem ser Philosopho, sem conhecer a natureza e destino do ser, que entra em uma relação de direito, conhecimento que nos é dado pela philosophia, porque ahi é que se estuda o homem como ente racional e livre.

Esta opinião tem o merito de reconhecer que o fim da Jurisprudencia é o conhecimento philosophico do Direito, e, além disso, ella é conforme á verdade do texto, porque contém uma inteira explicação dos diversos termos empregados por Ulpiano na definição.

Não podemos admittir *in totum* a explicação que dá Accarias quando vê na 1.<sup>a</sup> parte da definição « referencia á distincção, outr'ora tão importante,

do direito religioso e do direito profano, significando que ao lado dos principios que governão as relações dos homens entre si, o direito contem outros principios que regulão as relações do homem com a Divindade, em outros termos, a organização do culto e dos sacerdocios », não só porque ha ahí um *direito publico* que não tem nenhuma relação com a jurisprudencia, como tambem porque, si o Jurisconsulto tinha de conhecer tanto do Direito religioso ou divino, como do humano ou profano, não devia o conhecimento dessas especies de Direito ser uma mera *notitia*, como indica a phrase empregada por Ulpiano; mas, ao contrario, devia ser um conhecimento aprofundado, porque ambos esses ramos do Direito solicitavão igualmente a actividade intellectual dos Jurisconsultos.

Por outro lado, si a Jurisprudencia é o conhecimento do Direito divino e humano, não era mister dizer em seguida que é o conhecimento do justo e do injusto, porque naquellas primeiras expressões estão comprehendidas as relações do justo e do injusto sob o ponto de vista do Direito divino e humano, e ficaria assim a 2.ª parte da definição sem razão de ser.

Portanto, sem deixar de reconhecer um certo valor que tem a referida explicação, podemos pol-a de parte e dizer syntheticamente com o Sr. Conselheiro Ribas que « o 1.º membro da definição de Ulpiano não é, como alguns pensão, simples — *descriptio ad laudem* ; devemos antes consideral-a ao mesmo tempo como a reminiscencia do symbolismo etrusco-religioso do direito primitivo, e como a revelação do desejo de elevar a jurisprudencia á categoria de *philosophia do justo*. » ( 57 )

---

( 57 ) Savigny, em nota ao § 1.º do seo Tratado, diz que Ulpiano dá grande extensão á *Jurisprudencia*, mas que não se lhe deve censurar a definição, nem accusal-o de ter exagerado a importancia de sua sciencia, porque elle não fez senão exprimir a mudança trazida pelo tempo á posição dos Jurisconsultos e dos homens de Estado.

Agora podemos passar a ultima parte do capitulo. (58)

III. As expressões — *Justiça e Jurisprudencia* — não têm, modernamente, na linguagem juridica dos povos cultos, a mesma accepção que tinham na linguagem juridica do povo romano. E' assim que entre nós, bem como na França e em outros paizes civilisados, a palavra — *Justiça* — é empregada geralmente para exprimir a vontade de praticar a regra de Direito ou procedimento de cada um de accordo com os principios juridicos, ou, ainda por outros termos, a conformidade dos nossos actos ou das nossas acções com a lei.

Entre as diversas accepções modernas, mais ou menos latas, a justiça é considerada como a harmonia, a ordem, a disciplina da associação, dizendo se por isso que o Estado é governado com justiça quando as suas instituições são aferidas pelas conveniencias sociaes.

Outras vezes a justiça é o resultado da acção da autoridade encarregada de applicar a lei aos

(58) Não se encontram nas fontes do Direito Romano divisões expressas da *Justiça* e da *Jurisprudencia*. Entretanto os commentadores, de accordo com os principios philosophicos, se têm occupado com essa materia. Com relação á *Justiça* encontramos, especialmente em Heineccio, differentes accepções desta palavra, distinguindo a *Justiça* absoluta da relativa, a distributiva da commutativa, e a social ou civil da moral.

Quanto á *Jurisprudencia* dá-se a mesma cousa.

Alguns commentadores têm estabelecido varias divisões.

Si a *Jurisprudencia* é o Direito considerado como sciencia, comprehende-se facilmente que a *Jurisprudencia* poderá soffrer tantas divisões, quantos forem os modos pelos quaes a sciencia expõe as verdades, que formão o seu objecto.

Ora, si o Direito é uma sciencia, tem necessariamente uma forma pela qual se revela, tem methodos; e si a Logica estabelece methodos diversos, vemos que, conforme a *Jurisprudencia* fôr explicada por um ou outro desses methodos, a forma da sciencia variará, e por isso, como dissemos no fim do cap. 1.º deste livro, os methodos da *Jurisprudencia* podem ser didaticos ou dogmaticos, historicos e philosophicos.

Mas, esta materia é antes da *Philosophia* do Direito, do que do Direito Romano Positivo, e por isso não nos devemos demorar sobre ella.

factos, e de reprimir a violação do Direito. Assim fazer justiça neste sentido é fazer applicação das regras de Direito, resolver ou decidir os pleitos e promover a execução dos actos juridicos.

Quanto á palavra *Jurisprudencia*, é ella empregada para exprimir uma idéa muito diversa da dos romanos, significando o modo pelo qual as leis são entendidas. E por isso que as leis são entendidas por differentes modos, conforme seos diversos applicadores, diz-se muitas vezes que sobre tal lei ha ou não jurisprudencia, ha ou não jurisprudencia uniforme.

Entre nós ha leis, que têm jurisprudencia contradictoria. Um exemplo frisante é a Lei de 2 de Setembro de 1847, que o tribunal da Relação da Côrte tem entendido diversamente do Supremo Tribunal de Justiça.

Usa-se, pois, modernamente da expressão *Jurisprudencia* para exprimir o modo pelo qual uma lei é entendida pelos tribunaes, dizendo-se por exemplo: *Jurisprudencia do Supremo Tribunal de Justiça, da Relação da Côrte, da Relação de Pernambuco, etc.*

No Direito Francez dá-se a mesma cousa, como se pode ver nas obras de Dalloz e Merlin, que constantemente empregão as expressões — *Jurisprudencia do Tribunal de Cassação, do Tribunal de Paris, etc.*

Algumas vezes se encontra nas obras modernas a palavra *Jurisprudencia* com sentido identico ao dos *Jurisconsultos Romanos* (59); porem isto mui raramente acontece.

(59) Nesse sentido a maioria dos autores modernos define jurisprudencia — a sciencia theorica e pratica do direito, ou a sciencia do direito unida ao habito de applical-o. Do que se conclue que nem todos os que encaminhão a sua actividade para a *Jurisprudencia* são *Jurisconsultos*.

Aquelles que apenas conhecem as leis materialmente, procurando entender as suas palavras machinalmente, sem comprehender o alcance de seo pensamento, não merecem esse nome.

Como bem diz Heineccio, quem sabe as leis e não as interpreta justamente é — *Leguleio*; quem as conhece e interpreta, mas não

Estas considerações relativas á linguagem moderna acerca da *Justiça* e da *Jurisprudencia*, contribuem evidentemente para melhor fixar a intelligencia e comprehensão das definições dadas pelos romanos aos dous referidos vocabulos.

## CAPITULO VIII

**Noção do Direito Publico e Privado; seos caracteres; relações entre um e outro. Do Direito Publico interno e externo. Divisões do Direito Privado e indicação das materias que formão o seo objecto.**

I. Quando tratámos das divisões do Direito Romano ( cap. 1.º pags. 3 e 4 ) dissemos: « Atendendo á *natureza dos interesses* que regula, o Direito, de que nos occupamos, tem de ser dividido, como no citado L. 1.º, T. 1.º § 3 das Inst., *de justitia et jure*, em *publico* e *privado*. Esta é a divisão fundamental do Direito Romano. »

Tal divisão acha-se consagrada não só no lugar citado das Inst.; como no § 2.º do fr. 1.º de Ulpiano, Dig. L. 1., T. 1.º, *de justitia et jure*, pelo modo seguinte:

« *Hujus studii duæ sunt positiones ( 60 ); publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei romanæ ( 61 ) spectat. Privatum, quod ad sin-*

---

as sabe applicar, é somente — *Jurisperito*; aquelle que as applica, mas não possui a sciencia, nem o auxilio da interpretação, chama-se — *Rabula*; finalmente aquelle que sabe as leis, interpreta-as rectamente e as applica devidamente, é o que merece o nome de *Jurisconsulto* ou de *Jurisprudente* ou simplesmente de *Prudente*.

( 60 ) Commentando este texto, diz Vinnio: « *Duæ positiones, id est, duo themata, partes, species*, tomando figuradamente o estudo pelo direito que se estuda. Segundo outros commentadores, a palavra *posição* não significa propriamente *parte*, mas sim face ou aspecto, querendo Ulpiano dizer que dous são os aspectos do Direito.

( 61 ) Accarias é de opinião que em uma definição mais scientifica se deveria substituir a palavra *romanæ* por *publicæ*. Warnkoenig adopta este modo de ver, pois diz em suas *Institutiones*, definindo o Direito Publico: *quod ad statum rei publicæ*. Tem-se dito que o ponto de vista dos referidos escriptores é mais theorico

*gulorum utilitatem : sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim.*

Assim, o Direito Publico é aquelle que diz respeito ao estado da republica, isto é, da sociedade constituida politicamente, qualquer que seja a forma do seo governo. Por outra : é o que se refere ao governo ou á administração do Estado. O Direito Privado, porém, é aquelle que diz respeito á utilidade dos particulares ; ou que regula as relações dos individuos entre si.

A distincção entre o Direito Publico e o Privado é feita sob o duplo ponto de vista do interesse do Estado e do interesse dos particulares. A razão de ser dessa distincção encontra-se não só na lei, como no Compendio da Faculdade, o qual organizando o seo texto, de acordo com o Dig. e a Inst. repete : « *Sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim* », isto é, que na realidade ha cousas de utilidade publica e de utilidade privada.

Com effeito, ainda que a sociedade civil tenha sido politicamente constituida para assegurar e garantir a existencia e ao mesmo tempo prover ao desenvolvimento e á perfectibilidade dos associados; todavia ella não absorve, nem pode tolher a livre actividade dos que a compõem.

Si os homens, constituindo a sociedade politica, se despojassem de seos direitos, longe de melhorar a sua condição pelo desenvolvimento de suas faculdades, a tornarião peor pela perda de sua liberdade. D'ahi resulta que em toda sociedade politicamente constituida, ha de distinguir-se forçosamente duas ordens de interesses : interesses de ordem publica e interesses de ordem privada.

Si na sociedade encontra-se o interesse individual que deve ser por ella garantido e protegido, para não ser obstado o seo livre desenvolvimento ; porque a sociedade deve aos seos membros protec-

---

e mais lato do que o *legal e pratico* dos jurisconsultos romanos. Não ha, porém, differença de sentido entre aquellas expressões, pois que são equivalentes. Com effeito, os Romanos não reconheciam outro direito publico, que não fosse o do Estado Romano.

ção e garantia ; segue-se tambem que de sua parte ella deve possuir direitos que a habilitem para este fim ; direitos que os cidadãos devem acatar e respeitar, satisfazendo as obrigações que lhes correspondem.

D'ahi a divisão do Direito em Publico e Privado, pertencendo ao Direito Publico todas as relações que se dão entre o individuo e o Estado, e ao Direito Privado, todas aquellas que se agitam entre os particulares exclusivamente. E' o que, por outros termos, diz Van Wetter : « No Direito Privado a relação se estabelece entre dous particulares : no Direito Publico intervem o Estado, e se o homem apparece ahi igualmente, não é como particular, mas como cidadão, como membro da sociedade politica. »

A divisão de que tratamos é, portanto, filha da natureza das cousas, e isto basta para justificar-a. A prova de que ella repousa sobre uma dupla necessidade logica e pratica, é que todos os jurisconsultos antigos e modernos a aceitam e defendem.

Mas é preciso notar : os termos dessa divisão não são absolutos e exclusivos. Não significão, por consequencia, que o interesse dos individuos ou particulares é extranho ao Direito Publico, ou que o interesse do Estado não penetra na esphera do Direito Privado. Nem uma, nem outra cousa.

Na divisão attende-se apenas ao *interesse predominante*. Não é possível, em um Estado constituido, abstrahir do interesse publico em qualquer relação social. Por consequencia não é o interesse individual que intervem exclusivamente em uma relação de Direito Privado, mas o que caracteriza essa relação, é ser predominante esse interesse individual.

Do mesmo modo, em uma relação do Direito Publico, não é possível que deixe de intervir o interesse particular, mas o que acontece é que o interesse publico predomina na relação.

O interesse privado não se pode dar exclusivamente nas relações de Direito Privado, porque o Estado ahi apparece em 1.º lugar, estabelecendo a

regra, a norma geral que deve vincular a actividade dos individuos, entre os quaes se dá a relação; em 2.º logar apparece o Estado, garantindo os direitos que se achão em jogo nas relações de Direito Privado: no 1.º caso a missão do Estado se realiza sob a forma da sua actividade legislativa, e, no 2.º, sob a da actividade do poder judiciario.

Vemos, pois, que o interesse publico entra sempre n'uma relação de Direito, já para dar-lhe a norma obrigatoria, já para garantir a effectividade dos direitos.

Algumas vezes, a intervenção do poder publico em uma relação privada é muito mais efficaç, como por exemplo, nas relações *criminaes*.

Da mesma sorte nas relações de Direito Publico, nunca deixa de transparecer o interesse privado, porque na realisação do fim social, está comprehendida a do fim de todos os individuos, que compõem a sociedade.

Em ultima analyse: Não é possivel em uma relação de Direito, encontrar ou interesse publico, ou privado *exclusivamente*; o que distingue o Direito Publico do Direito Privado, é que o 1.º tem por objecto *directo e immediato* as relações de interesse publico, e só mediatamente se refere ao interesse privado; ao passo que o 2.º versa *de modo directo e immediato* sobre as relações de interesse privado e só *remotamente* tem em mira o interesse publico. Por consequencia a razão da distincção entre o Direito Publico e Privado está em que ha na sociedade umas necessidades que são *immediatamente* dos individuos e outras que são *immediatamente* do Estado. (62)

---

(62) Tratando deste assumpto, observa Namur que « as cousas que dizem respeito directamente ao interesse dos individuos têm muitas vezes uma grande influencia sobre a utilidade geral, e que, reciprocamente, o Direito Publico reage poderosamente sobre o interesse dos particulares. »

Isto é tanto mais digno de nota, quanto é certo que muitos textos esparsos no *Corpus Juris* provão que os juriconsultos romanos consideravão como de ordem publica muitas instituições

O Compendio da Faculdade, no § 25 insere uma afirmação que decorre immediatamente da natureza da materia de que nos occupamos. Diz elle: « *Inter utrumque illud interest, quod jus publicum privatorum pactis mutari non potest* », entre um e outro Direito, cumpre observar que o Direito Publico não pode ser mudado pelos pactos dos particulares. Identica disposição vem no fr. 38 de Papiniano, Dig. L. 2, T. 14 de *Pactis*, e o mesmo pensamento, por outras palavras, no fr. 45 de Ulpiano, Dig. L. 50, T. 17, *de regulis juris*.

A rasão desse preceito provem de que o Direito Publico funda-se em um interesse mais elevado do que o dos particulares.

O referido preceito, que costuma ser enunciado deste modo: — *Privatorum conventio juri publico non derogat* — é applicavel não só ao direito publico propriamente dito, como tambem ás leis de interesse privado que se prendem á organização social; por exemplo, as que dizem respeito ao estado das pessoas ( Dig. L. 50, T. 17 Fr. 45 § 1.º; Código Civil Fr. art. 1388 ).

Explicada assim a divisão do Direito em Publico e Privado, conhecidos os respectivos caracteres e relações, convém observar que não são poucas as questões delicadissimas que podem surgir nesta materia.

Assim a questão de saber si, perante o Direito Romano, é aceitavel a divisão tripartita em Direito *Divino*, *Publico* e *Privado*, constituindo estes dous ultimos as partes componentes do Direito *Humano*; por outra: si na legislação romana o Direito Divino era ou não uma simples subdivisão do Direito Publico, — eis ahi um assumpto difficil e interessante.

Effectivamente: si por nm lado no Dig. ( L. 1, T. 1.º ) encontramos o § 2 do fragmento 1.º que

---

ou materias que, conforme as definições dadas, entrão no quadro do Direito Privado.

Laes textos justificão a nossa insistencia sobre este ponto para que fiquem bem delimitados os campos do Direito Publico e do Direito Privado.

nos diz : — *publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* ; por outro lado vemos que no Código ( Const. 19, e em certas edições Constituição 23, L. 1 T. 2.º de *sacrosantis ecclesiis* ) está escripto o seguinte : « *Ut inter divinum, publicum-que jus et privata commoda competens discretio sit : sancimus etc.* »

Esta apparente contradicção se explica deste modo : Como a religião seguida pelo povo romano nos seus primeiros tempos do reino e da republica era a pagã, a consequencia foi que com o aperfeiçoamento das relações juridicas, o elemento religioso ficou no segundo plano, entrando, é verdade, no Direito, mas não com a reunião de todas as suas leis e com a importancia que teve mais tarde, quando o Imperio Romano tornou-se christão pelo facto da conversão do Imperador Constantino.

E' a esta segunda phase juridica que corresponde a Const. citada, e portanto esta representa um estado particular do Direito novo.

Diz Accarias : « Os Romanos, como todos os povos em sua infancia, comprehendião as instituições religiosas entre as *instituições publicas*. Tem-se mesmo notado com muito acerto que, no principio, todas as magistraturas participavão mais ou menos do character sacerdotal : é assim que em Roma todas as que forão primitivamente reservadas aos patricios conferirão o direito e em certos casos impunhão a obrigação de tomar os auspicios e offerer sacrificios. Todavia, a decadencia rapida das antigas crenças populares trouxe promptamente o desuso de uma parte do direito religioso, a que tinha por objecto o estudo das formulas e dos ritos. Tambem é attestado por Cicero ( De orat. III, 33 ), que em seu tempo não se estudava mais o direito pontifical, em quanto que antigamente, segundo informa o mesmo autor ( De divin. I, 41 ), um senatusconsulto tinha exigido que se conservassem constantemente em cada povo Etrusco seis filhos de patricios para prepararem-se na arte da adivinhação ( Tacito, Annal. XI, 15 ). Apesar deste enfraquecimento das crenças, a religião se manteve

como instituição official, e o direito religioso, ainda que enfraquecido, subsistio. Mas, como as religiões antigas não impunhão symbolo, não prendião o pensamento, esta confusão do Estado e da Religião não produzio na epocha pagã as consequencias funestas que desenvolveo depois. Logicamente o triumpho do christianismo deveria tel-a feito desaparecer. Mas, por instincto, os imperadores christãos a conservarão, afim de dominar a religião e fazer della um instrumento de governo; e o clero christão não duvidou acceital-a esperando por sua vez dominar o poder publico e apoderar-se da direcção moral da sociedade. Eis porque Justiniano poude conservar a definição que Ulpiano dava de *jus publicum* e comprehender tambem o direito religioso na jurisprudencia. »

Esta explicação satisfaz plenamente, e justifica a divisão simplesmente bipartita que adoptamos.

II. O Direito Publico e o Privado são susceptiveis de subdivisões, como é facil verificar-se em varios textos. Subdivisão do Direito Publico, encontramos somente no Dig.; subdivisão do Direito Privado, encontramos na Inst. e no Dig.

Com effeito, Ulpiano no Dig. L. 1, T. 1, § 2, subdivide o Direito Publico *in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus*, isto é, nas cousas sagradas, nos ministros da religião e nos magistrados, ou, como outros têm dito, no direito *sacral* ou *sagrado*, no direito *sacerdotal* e no direito *magistratico*.

A razão pela qual não foi transcripto nas Inst. este texto de Ulpiano, parece ter sido a propria natureza das Inst. Tendo sido ellas confeccionadas para servir de Compendio nas escolas de Direito, somente se devião occupar do Direito Privado, que, como já vimos, era o unico que no tempo da Republica, constituia objecto de estudo e investigações dos jurisconsultos.

O Direito Publico dos Romanos, dividia-se pois, como diz Ulpiano, em tres partes — uma que se referia ao culto, a tudo que era sagrado; outra, que se referia ao *exercicio do culto*, aos encarregados do serviço divino, e outra finalmente, que con-

sistia no exercicio dos cargos publicos. Ora, o Direito Publico abrangendo todo o direito em que apparecem relações immediatamente publicas, devia necessariamente comprehender o direito relativo aos cultos, porque nessa categoria de direitos figurão interesses superiores aos dos individuos. Sendo assim, o Direito sacral foi bem collocado no Direito Publico.

O mesmo se dá com relação ao Direito relativo aos *sacerdotes*, porque era apenas uma feição, um aspecto do Direito Divino, contendo o modo pelo qual aquelles que se dedicão ao culto devião exercer sua profissão.

Quanto aos *magistrados* vemos tambem que o Direito, que a elles se referia, não podia deixar de ser de natureza publica, porque elles erão órgãos de poder publico.

Didier-Pailhé, em poucas palavras, confirma esta doutrina, pois que, reconhecendo que, por aquelle texto de Ulpiano, o Direito Publico era reduzido pelos Romanos aos tres termos: *sacra*, *sacerdotes* e *magistratus*, diz: « *Sacra*, é a determinação official dos deuses e de seos cultos; *sacerdotes* é a organização dos diversos sacerdocios; *magistratus*, é o regulamento das magistraturas, com seos modos de organização e com suas attribuições. »

O Direito Publico Romano era somente aquelle que se referia ao Estado de Roma, ao passo que o Direito Publico moderno se refere a todas as organizações soberanas, e se subdivide em Direito Publico *interno* e *externo* ou *internacional*. O Direito Publico interno é o que regula as relações do Estado com os cidadãos. Assim, é materia do Direito Publico interno o que diz respeito, por exemplo, á percepção dos impostos.

Diz o Compendio da Faculdade no § 27 que o Direito Publico interno pode ser considerado ainda sob dous aspectos; do que resulta a divisão moderna desse direito em Direito Constitucional e Administrativo.

Em toda sociedade, acima das vontades indi-

viduaes, deve existir uma outra vontade soberana que, declarando o Direito e dando execução ás prescripções juridicas, mantenha cada individuo dentro da esphera de sua liberdade. Ora, esta vontade soberana é o Poder Publico, que constitue a personalidade juridica da sociedade politicamente constituida. O poder publico, unico, identico a si mesmo, amolda se a diversas formas, segundo as ideias e causas innumeradas que accentuão a indole de cada povo. O governo conduz tanto mais facilmente uma nação a seos fins, quanto mais sua forma se adaptar ao genio e indole do povo que tem de dirigir. Qualquer que seja, porém, a forma de governo que a sociedade civil adopte, adoptando-a tem sempre em vista o interesse publico e não o interesse particular de um ou mais individuos.

Ora, esta forma, qualquer que ella seja, acha-se concretisada e definida nas leis fundamentaes ou na Constituição do Estado.

Portanto, o primeiro interesse de ordem publica de um Estado é a sua Constituição; porque é nella que se declara a vontade da nação, a respeito dos principios segundo os quaes ella quer ser dirigida ou governada. Mas a Constituição de um Estado, definindo a forma de governo, e determinando as attribuições correspondentes a cada ramo do poder publico, estabelece apenas principios; não trata do organismo em todos os seus desenvolvimentos. Para serem desenvolvidos estes principios, tornão-se necessarias outras leis. Essas leis, portanto, constituem tambem objecto do Direito Publico interno de uma nação, porque são estabelecidas em vista do interesse geral ou bem publico. Mas, firmados os principios constitucionaes, estabelecidas as diversas modificações do poder publico, tem ainda de determinar se o modo porque estas attribuições a elle conferidas têm de se desenvolver nas relações entre governantes e governados, entre o Estado e os associados. Da mesma sorte é necessario que se saiba qual o modo pratico pelo qual as leis preceptivas devem ser applicadas. Esta 3.<sup>a</sup> categoria de leis que determinão o modo

pelo qual as differentes autoridades devem exercer suas attribuições, que mostram o meio pratico por que as leis geraes devem ser applicadas em todas as relações, são leis regulamentares, as quaes por isso tambem entram na esphera do Direito Publico.

Além destas leis, aquellas que regulão os Tribunaes, que estabelecem a forma do processo para garantia e effectividade dos direitos dos individuos, são estabelecidas principalmente em vista do interesse geral; porque é necessario que a justiça seja distribuida sempre de um mesmo modo em todo o territorio do Estado. Assim as leis do processo, por isso que visão o interesse geral, pertencem tambem ao Direito Publico Interno.

Ha ainda outras determinações juridicas que são da mesma categoria. Taes são as medidas tomadas pela sociedade ou pelo Estado para o fim de proteger os direitos de certa classe de individuos. E' o que se dá, por exemplo, a respeito dos menores, dos prodigos, dos mentecaptos e dos ausentes, os quaes não podem por si mesmo exercer os respectivos direitos.

Para este fim a sociedade institue curadores que velem sobre o patrimonio delles, e tutores que, representando sua pessoa, acautelem todos os seus bens e direitos. A tutela e a curatela são, pois, medidas de ordem geral e publica por tornar effectiva a garantia do Direito, embora essas relações juridicas sejam referentes ao interesse individual. São, pois, estas duas instituições verdadeiros *munus publicos* (63).

As leis de ordem publica, porém, não se limitão á defeza directa do direito dos individuos; por meio dellas o Estado encarrega-se tambem da

(63) Entre os Romanos algumas relações privadas tambem erão reguladas pelo Estado ou pelo Poder Publico que o representava. Nesse sentido, não havia só a tutela dos pupillos, a curatela, a excusa dos tutores e curadores; existião muitas outras instituições, como a usucapião, o dote das mulheres, o poder marital, a facção testamentaria etc., que erão ditos de Direito publico. ( Vide por exemplo Inst. L. 1, T. 25 pr.; Dig. L. 23, T. 3 frs. 1 e 2; L. 39, T. 2. § fr. 18 1; L. 26, T. 2, fr. 29; e o Codigo Civil Fr. art. 1388 ).

manutenção da ordem publica, das despesas publicas, das obras para a utilidade geral, como a construcção de pontes, estradas, cadeias, templos. Encarrega-se igualmente da instrucção publica, abrindo escolas e provendo as necessidades do ensino. E' ainda em virtude destas relações que a sociedade percebe impostos, procura estabelecer vias de communicacão, auxiliar a industria nos seus diversos ramos, etc.

Ao conjuncto dessas leis que dizem respeito ao interesse da sociedade em contacto com o interesse ou direito individual, chama-se Direito Administrativo.

Ainda mais, as leis de ordem criminal, na parte em que estabelecem penas, cuja applicação pode ser pedida pela Justiça publica, são de interesse publico e não de interesse privado; porque as penas por si sós não satisfazem as offensas ou lesões do Direito, nem tão pouco são instituidas em beneficio do delinquente, porque este pode, ou não, ser corrigido; mas o são no interesse da sociedade, porque a ella convem que os crimes não existão, e quando appareção, não se reprodução. (64) Portanto, a lei criminal, em quanto estatue penas, faz parte tambem do Direito Publico Interno.

Não é so isto. A sociedade está em contacto

---

(64) Dissemos que algumas vezes a intervenção do poder publico em uma relação privada é muito mais efficaz, como por exemplo, na relação de natureza criminal. Assim quando alguém injuria a outrem, a questão é meramente privada; mas no emtanto, apparece o Estado directamente, impondo pena ao criminoso, afim de restabelecer o Direito que foi violado pelo crime commetido.

E' em virtude dessa maior efficacia, da intervenção do Estado nas materias de Direito Criminal, que alguns escriptores têm considerado este Direito como Publico, e outros, como um direito mixto de Publico e Privado, sendo Publico, quanto á intervenção do Estado, e Privado, quanto ao objecto que dá lugar á essa intervenção, o qual é exclusivamente *privado*.

Accarias encarando essa classificacão do Direito Criminal, sob todos os pontos de vista, diz que « se por um lado attendemos a que Justiniano lhe consagra um titulo nas suas Inst. ( 4,18 ), obra que pretende não comprehender o Direito Publico devemos incluil-o no direito privado; se por outro lado consideramos que esse

e em relações immediatas com a Igreja nos paizes onde ha uma religião do Estado. As leis que se prendem a estas relações entre a Igreja e o Estado, são leis que têm em vista, não o interesse dos individuos, mas os interesses de toda a nação ; porque a religião é a sancção de toda a moral, a base de todas as virtudes civicas e privadas. Considerada sob este ponto de vista, a religião refere-se ao interesse geral e por isto faz parte do Direito Publico Interno.

Entretanto a sociedade não limita as suas relações a governantes e governados. As nações para o seu desenvolvimento têm necessidade de travar relações com outras nações igualmente independentes : ao complexo dessas relações que se dão de Estado a Estado chama-se Direito Internacional ou Direito Publico *Externo*.

Estas relações internacionaes que se dão de

---

direito é essencialmente dependente da organização politica, ( direito cruel e sombrio sob um regimen arbitrario, mais humano e mais zeloso da liberdade individual sob um regimen liberal ), então teremos de consideral-o no Direito Publico. Com mais acerto ainda se veria nelle um ramo distincto de todos os outros ; e tal é talvez no Dig. e no Cod. o ponto de vista de Justiniano, pois que em cada uma destas compilações lhe consagra um livro especial ( Dig. L. 48 ; Cod. L. 9 ). »

Ainda o mesmo Accarias em uma nota diz : « Alem disso, se é difficil mostrar a comprehensão do direito publico e a do direito privado, nem por isso essa divisão é menos racional ; mas d'ahi não se poderia concluir para a plena independencia respectiva de um e de outro. E' o direito publico que determina a autoridade competente para fazer as leis, assim como a forma segundo a qual tem ella de proceder ; é esse mesmo direito que organisa as jurisdicções encarregadas dos processos, e a força publica que deve executar as sentenças judiariarias. Por esse duplo titulo, é incontestavel que o direito privado reflecte sempre, mais ou menos fielmente, as variações do direito publico, e o estado politico de um povo influe largamente nas proprias decisões da lei e no que chamamos Jurisprudencia. »

Didier-Pailhé concordando com aquelle modo de ver, diz que, sem duvida, é preciso classificar o Direito Criminal á parte, como um ramo distincto de todos os outros, pois que as Inst., o Dig. e o Cod. lhe consagrão titulos especiaes.

Querendo-se confrontar essas doutrinas com as disposições do nosso Direito Patrio, veja-se Conselheiro Ribas, Tomo 1.º pags. 56 e 57 de seu Curso de Direito Civil Brasileiro, edição de 1865.

Estado a Estado, como pessoas moraes ou entidades juridicas, igualmente soberanas e autonomicas; são relações de Direito Publico e não de Direito Privado; porque nada ha de mais publico do que o Estado. Assim é materia de Direito Publico externo o que diz respeito ás relações de duas nações soberanas.

O Direito Publico externo positivo é o complexo das convenções, tratados e ajustes realizados entre os Estados sobre negocios de interesse commum.

Entre os Romanos não podia existir Direito Publico externo, porque elles não reconheciam soberania e autonomia senão no povo romano.

Devemos dizer com Didier-Pailhé que Roma não conheceu o Direito Internacional.

E de facto, o *jus gentium* não deve ser confundido com o *Direito internacional*, o qual regula as relações entre as nações (*jus inter gentes* e tambem *jus gentium*). O direito internacional é uma subdivisão do Direito publico, em quanto o *jus gentium* propriamente dito é uma subdivisão do Direito privado. Si entre os romanos houve alguma cousa de semelhante ao direito internacional, é no *jus feciale* que devemos ir procural-a. A quasi totalidade dos escriptores consagra esta doutrina.

O Direito Privado comprehende, pois, a maior parte dos direitos especiaes ou sciencias distinctas que ficão especificadas, sempre que se trata das relações que se dão entre particulares unicamente; e o Direito Publico comprehende as mesmas sciencias, quando o Estado tambem intervem e é interessado, como demonstramos entre outros, em relação ao Direito Constitucional, ao Direito Administrativo, ao Direito Processual, ao Direito Criminal e mais ainda ao Direito regulador das relações entre a Igreja e o Estado.

E' neste sentido que Ulpiano diz no citado fragmento do Dig. *de Justitia et Jure* — que o Direito Publico consiste nas cousas sagradas, nos sacerdotes e nos magistrados; comprehendendo na palavra — *magistrado* toda a autoridade que tem por fim o exercicio de qualquer parcélla do

poder publico, e isto quanto ás suas attribuições, modo de acção, seos direitos e obrigações.

Os termos *sacra* e *sacerdotes* comprehendem o direito sagrado dos pontifices e feciaes.

Direito fecial ( *jus feziale* ) era o que regulava as attribuições dos feciaes, ou sacerdotes encarregados de todas as relações com as nações estranhas, os quaes declaravão a guerra e celebravão tratados de paz e alliança.

Direito pontificio era o que regulava as attribuições dos pontifices ou sacerdotes superiores, cujo concelho ( *concilium* ), presidido pelo summo pontifice, decidia os negocios concernentes á religião.

Conhecido assim o Direito Publico em seo character e relações, em seo objecto, natureza, fim e subdivisões, passemos á ultima parte deste capitulo.

III. Já sabemos que o Direito Privado é o que regula as relações de particulares entre si, ou, conforme a noção de Ulpiano, o que respeita ao interesse dos individuos.

O Direito Privado em sentido restricto, pode ser chamado direito particular, devendo-se entender, nessa hypothese, que elle tem somente applicação aos nacionaes ou individuos que compõem a mesma associação politica. Assim considerado, elle é synonymo de *direito civil*.

As instituições do Direito privado podem constituir *jura generalia*, quando applicaveis a todos os cidadãos ou individuos, e não a certas e a determinadas classes; e neste sentido amplo pode esse Direito ser denominado *commum*. Quando suas disposições apenas referem-se a uma certa classe ou categoria de individuos, constituindo *beneficia legis*, dá-se o *jus singulare*.

As relações do direito privado podem estabelecer-se não só entrê cidadãos, como entre estes e o Estado, considerdo como entidade ou pessoa juridica, capaz de direitos patrimoniaes, como qualquer pessoa physica ou natural.

Os elementos do *jus privatum*, ou as tres partes

em que se subdivide, segundo o Dig. e as Inst. já citadas, são — *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile*.

Van Wetter, firmado em Schilling, diz que a divisão do Direito das Gentes e do Direito Civil abrange o direito privado e o direito publico, e que é por erro que Ulpiano no Dig. L. 1, T. 1, Fr. 1 § 2 in fine, a representa como uma subdivisão do Direito Privado.

Didier-Pailhé e Accarias, porem, fundados no § 4 das Inst. L. 1, T. 1, para onde foi transportado aquelle texto do Dig., subdividem o *jus privatum* em *jus naturale*, *jus gentium*, e *jus civile*, ou mais simplesmente, em *jus gentium ou naturale*, e *jus civile*.

Alem dos que forão já indicados, quando tratamos da subdivisão do Direito Publico, e que por não entrarem na esphera desse Direito, ou por não constituirem divisão separada, devem pertencer á do Direito Privado, podemos ainda com o Conselheiro Ribas mencionar « como ramos principaes do Direito Privado, que constituem Direitos especiaes ou sciencias distinctas, o direito commercial e o direito internacional privado, já pela grande importancia dos interesses, a que elles se referem, já pelas modificações que nas suas respectivas espheras soffrem os principios do Direito civil.

« E' verdade que estes principios tambem se modificão em relação aos orphãos, ás mulheres, aos militares, etc., mas estas modificações podem ser estudadas conjunctamente com os principios geraes, sem que seja necessario constituirem ramos distinctos do Direito Privado ( 65 ). »

Encarando o objecto deste Direito, Gaio e Jus-

---

( 65 ) Alguns escriptores dividem o Direito Romano em commum e singular, sob o fundamento da maior ou menor extensão da autoridade de suas regras

O Conselheiro Ribas apresenta uma divisão em *commum* e *especial*, considerando como *Direito privado commum* o que se denomina — civil, e comprehende os principios applicaveis ás relações individuaes e reciprocas de todos os membros da associação; como ramos do Direito Privado que constituem direitos especiaes ou sciencias distinctas — o direito commercial, e o internacional privado.

tiniano fazem uma classificação, que, como diz Didier-Pailhé, fez fortuna e foi admittida pelo Código Civil Francez. E' a divisão contida neste texto: *Omne autem jus quo utimur, vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet* (Gaius, 1, 8; Inst. L. 1. T. 2, *De jure naturali*, § 12).

Conhecido assim o Direito Privado quanto ao seu objecto, natureza, fim e subdivisões principaes, podemos por estas subdivisões e especialmente pela ultima, com Warnkoenig, enumerar os objectos sobre os quaes versa o estudo do mesmo Direito: taes como as relações de familia e os direitos que della decorrem; a propriedade, as obrigações; o modo porque estes direitos se adquirem, se conservão, se perdem, etc. Assim, é nesta parte da Jurisprudencia que se trata de determinar e distinguir os direitos de cada individuo, considerado em suas relações privadas; e bem assim de determinar as condições de sua capacidade juridica na sociedade. E' nesta parte da sciencia do Direito que se trata de estabelecer os principios concernentes ao dominio das cousas, ás relações commerciaes, ás successões de toda ordem; assim como ás obrigações provenientes dos contractos, e aos modos de fazer effectivos os direitos.

Portanto a esphera do Direito Privado abrange, não só as *personas*, como tambem as *cousas*, as *obrigações* e as *acções*, como diz o Compendio da Faculdade: ou, por outra, segundo a divisão romana, que fica indicada, « todo o direito privado, de que usamos, diz respeito ou ás pessoas, ou ás cousas, ou as acções ».

## CAPITULO IX

**Rasão de ser e justificação da subdivisão do Direito privado dos romanos. Direito natural: idéas romanas sobre este Direito comparadas com as modernas. Direito das gentes e Direito civil.**

I. Quando nos occupámos das Divisões do Direito Romano ( cap. 1 pag. 4 ), dissemos: « Sob o ponto de vista da maior ou menor latitude da sua applicação, divide-se o Direito Romano privado em

Direito natural, das gentes e civil. Esta divisão é evidentemente subdivisão do *Jus Privatum*, como se pode verificar na propria letra da Lei ( § 4 L. 1, T. 1 e L. 1, T. 2 das Inst. ). »

Indicando no capitulo anterior que os elementos do *jus privatum* ou as tres partes em que se subdivide, são — *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile*, o fizemos, de accordo com Didier-Pailhé e Accarias, fundados no citado § 4 das Inst. L. 1, T. 1, para onde foi transportado o fr. 1 § 2 in fine do Dig. L. 1 T. 1., contra a opinião de Van Wetter, que, firmado em Schilling, diz « que a divisão do Direito das Gentes e do Direito Civil abrange o Direito Privado e o Direito publico, e que é por erro que Ulpiano naquelle texto do Dig. a representa como uma subdivisão do Direito privado ».

Devemos observar, antes de tudo, que a subdivisão, de que se trata, é feita sob o ponto da vista da origem dos preceitos, e que, por conseguinte, em tal subdivisão é o Direito considerado sob o seo aspecto objectivo, como norma imposta ao homem na sociedade. Considerado o Direito *objectivamente*, os seus preceitos provém de uma de tres origens; ou do Direito natural, ou das gentes ou civil. Assim, pois, a razão de ser dessa subdivisão é a diversidade da origem das suas disposições ou preceitos. E o que claramente se verifica dos textos do Dig. e das Insts. quando dizem: « *Dicendum est igitur de jure privato quod tripartitum est; collectum est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium aut civilibus.* »

Mas, si essa subdivisão é feita sob o aspecto da origem do Direito; si, segundo a procedencia das regras do Direito, este é Natural, das Gentes e Civil, devemos ainda, para evitar algum equivoco, advertir que essa subdivisão de Direito, quanto á sua origem, é feita em referencia ao Direito positivo, ao Direito existente, aceito e reconhecido na associação; não é uma pura abstracção scientifica que tenha por objecto as relações do Direito, qual quer que seja a sua forma; refere-se ao Direito de cada povo e sobretudo do povo romano.

A expressão — *Direito natural* pode induzir em erro, fazendo suppor que se trata dos principios racionaes do Direito. Mas não é assim. Chama-se tambem Direito natural a parte ou porção de regras e instituições juridicas que pertencem a uma origem determinada, e que são aceitas e reconhecidas no seio da associação como Direito positivo. Tambem a expressão — Direito das gentes não é relativa áquelle ramo de Direito que hoje tem essa denominação. Hoje o Direito das gentes é o todo das relações juridicas que existem entre as diversas nações. Essas relações podem se deduzir ou dos principios racionaes do Direito, e então o Direito das Gentes é *absoluto* ou *primario*; ou podem derivar dos tratados e convenções feitas pelos differentes povos, e então constituem o Direito das gentes *secundario*. Mas o Direito das gentes, no sentido que ligamos aqui a esta expressão, é um ramo do Direito privado, e não do Direito publico: — refere-se ás relações da vida *individual* dos homens entre si, e não ás relações que possuem ter os povos ou as nações. E' o direito de que todos os povos usam, mas não é o Direito internacional; é parte do Direito privado. Vejamos, porem, como pode ser justificada a subdivisão do Direito privado. Fresquet, Heineccio, e alguns outros, apresentam, inspirando-se na philosophia estoica, mais ou menos, as seguintes considerações que são aceitaveis: O homem tem necessidades imperiosas para a realisação de seu destino, e dessas necessidades, umas decorrem immediatamente de sua natureza corporea ou animal; outras, porem, de sua natureza racional e outras, finalmente, resultão de sua natureza social. O mesmo pensa Warnkoenig, quando diz que são necessarias aos homens as cousas, que a sua natureza pede no que tem de commum com a dos outros animaes; as que reconhecemos convirem de tal sorte á natural rasão, que por todos são requeridas, ou são todos obrigados a buscar ou a evitar, e finalmente, as que algum povo estatuiu para si ou por commum opinião dos cidadãos ou por mandado dos imperantes.

Ora o Direito, devendo dar a cada um o que é seu, deve dar a cada um aquillo de que tem necessidade pelo lado da sua natureza corporea, espirital e social. Por isso tinham rasão os jurisconsultos romanos, quando dividião o Direito privado em Direito Natural, das Gentes e Civil.

Alem disso nas doutrinas da philosophia estoica, de que Ulpiano era sectario, vamos tambem encontrar justificação para essa divisão. A philosophia estoica considerava o homem: como animal, como ser racional e como cidadão, e conforme se o considerava sob um ou outro desses aspectos, variavão os preceitos de Direito que o devião reger, havendo preceitos que o região como animal, outros que o região como homem e outros como cidadão. Obedecendo a estas idéas, Ulpiano declarou existir um Direito Natural que a natureza ensina a todos os animaes, um Direito das Gentes de que todas as nações usão e um Direito Civil que dirige o homem na sociedade civil. E' assim que nos §§ 3 e 4 do fr. 1 e no pr. do fr. 6, Dig. L. 1, T. 1 diz: *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit*. Acrescenta elle « este direito não pertence somente aos homens, mas tambem a todos os outros animaes, que vivem na terra e no mar; pertence igualmente ás aves; desse direito provem a união do macho e da femea, que chamamos casamento, a procreação dos filhos e sua educação; todos os irracionaes, mesmo os ferozes, parecem reconhecer esse direito ( *videmus etenim cœtera quoque animalia. feras etiam istius juris peritia censerî Jus gentium est quo gentes humanæ utuntur, e Jus Civile est quod neque in totum á naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei servit* ) ».

De cada um destes direitos vamos tratar particularmente, tendo justificado, com o que fica dito, a subdivisão do Direito privado.

II. No § 15 o Compendio da Faculdade nos dá a noção do Direito Natural, como a tinha considerado Ulpiano no Dig. já indicado e que fôra reproduzida por Justiniano no pr. das Insts. do L. 1, T. 2. *Jus Naturale est*, diz o Compendio repetindo

as palavras das Inst, *quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cælo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur.*

Justificando a subdivisão do Direito privado, implicitamente já começamos a explicar o sentido desta 1.<sup>a</sup> proposição de Ulpiano e de Justiniano, a qual tem levantado reparos de quasi todos os escriptores. Taes reparos têm tido por fim indicar o verdadeiro sentido das palavras de Ulpiano, que bem entendidas, são perfeitamente aceitaveis.

E effectivamente, como diz Du-Caurroy, « ha preceitos que parecem não ser exclusivamente proprios do genero humano. Em todo o globo terra-queo, os sexos se unem, as especies se reproduzem, os recém-nascidos recebem d'aquelles que lhes derão a existencia os cuidados necessários para sustental-a e não são abandonados a si mesmos, senão quando se achão em estado de prover as suas necessidades. A união dos sexos, a procreação dos filhos e os cuidados que elles exigem, impõem deveres e para conhecer esses deveres, ou ao menos para os exercer ou praticar, a intelligencia humana não é necessaria ; basta o simples instincto animal. Estes deveres e os preceitos d'onde elles decorrem, comporião, pois, um direito de que todos os seres animados parecem instruidos pela mesma natureza ».

Podemos dizer até, que pouco importa que repugne o facto de serem capazes de direito os entes privados de intelligencia, porque, como elles fazem as mais das vezes por instincto e pelo impeto da natureza as mesmas cousas que fazem os homens pelas luzes da rasão, são reputados por isso ter *alguma imagem* do direito natural. Foi provavelmente obedecendo a esta idéa que Ulpiano redigio a sua definição.

Entretanto alguns interpretes procurão explicar a referida definição, dizendo que os estoicos, cuja philosophia muitos jurisconsultos romanos seguirão, attribuião uma intelligencia aos animaes, sendo estes por consequencia capazes de direitos.

Mas, como diz Heineccio, os estoicos não sustentam tal doutrina, como se sabe pelo livro de Plutarcho, *De solertia animalium*, e quanto aos jurisconsultos, estes disserão que os animaes não têm intelligencia, como se vê do § 3.º do fr. 1 do Dig. L. 9, T. 1. Logo, a verdadeira doutrina dos estoicos e jurisconsultos, segundo assevera o mesmo Heineccio, era a seguinte: Viver segundo o direito, é viver segundo a natureza; a natureza é, ou common aos brutos e ao homem, ou propria do homem: viver segundo aquella, é viver segundo o direito natural; viver segundo esta, é viver segundo o direito das gentes.

Cujacio ( nas not. prior. ad pr. I. h. t. ) procura dar a rasão pela qual, apesar de não reconhecerem intelligencia nos animaes. os jurisconsultos romanos estendião a elles o Direito Natural. Eis as suas palavras: *Os brutos são desprovidos de direito, assim como de rasão, mas aquellas cousas que os brutos fazem por impulso natural, si os homens imitarem-nas, fazem-nas segundo o direito natural.*

Vê-se, pois, que a definição de Ulpiano é justificavel desde que se attenda ao seo verdadeiro espirito.

Do que acabamos de dizer se deprehende que as idéas dos romanos a respeito do Direito Natural não erão as mesmas que dominão hoje entre os povos modernos.

O *jus naturale* romano foi-se constituindo pouco a pouco, e desenvolveu-se progressivamente desde o tempo dos pretores até os ultimos jurisconsultos do periodo imperial. Elle partio de uma noção, por assim dizer, concreta da natureza, como se vê da definição de Ulpiano; e sob a influencia das idéas philosophicas da escola estoica, mais tarde combinadas com a philosophia christã, teve diversas comprehensões. Por esta rasão mesmo é que esta materia não pode ser convenientemente estudada senão com o auxilio e sob as luzes do criterio historico, cousa que não tem feito a maioria dos escriptores, dando isto logar á divergencia que entre elles se nota, quando procurão explicar a de-

finição de Ulpiano. O Direito Natural é tido modernamente como um complexo de preceitos deduzidos da natureza moral do homem e destinados a reger, independentemente de leis escriptas, as relações da co-existencia social.

O modo de formação deste conceito, todo abstracto e filho do alto gráo de cultivo philosophico a que chegarão os povos modernos, não está expresso em nenhuma parte do *Corpus Juris*; nem podia estar pelas rasões que acabámos de expor.

Si é certo que por muito tempo os romanos desconhecerão um direito natural, — pelo menos até a epocha dos pretores — não é menos certo que o *jus naturale* de que vierão a fallar os juriconsultos, differe muito daquillo a que nós damos hoje a referida denominação. ( 66 )

O Compendio no § 16 define Direito das Gentes — o que a rasão natural estabeleceo entre todos os homens e que é observado igualmente por todas as nações — ; basea-se para isso no fr. 9 do Digesto citado e no § 1.º das Insts. L. 1, T. 2, que se exprime nos termos seguintes : *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.*

Quando o Direito Romano começou a desenvolver-se com seos caracteres de Direito proprio do povo romano, verificou-se que elle era insufficiente para reger as varias relações da ordem privada, porque entre o povo romano havia relações que não podião ser regidas por este Direito, visto que nellas entravão estrangeiros. A medida que as relações sociaes de Roma com outros povos se forão multiplicando, houve necessidade de um Direito para reger actos controvertidos na vida privada daquelle povo com outros povos. Os juizes tinham o dever de investigar o Direito destes povos estrangeiros para applical-o nas suas controversias ;

---

( 66 ) Convem notar que sob outro ponto de vista, analogo ao moderno, o Jurisconsulto Paulo definio o *jus naturale* — *id quod semper æquum ac bonum est* ( fr. 11 do Dig. L. 1, T. 1 )

porém muitos são os estrangeiros que vinhão ao territorio romano e com os naturaes de Roma tinham negocios e transacções, de sorte que o magistrado romano lutava com mil difficuldades. Era mister conhecer o direito dos varios povos estrangeiros com os quaes entretinha relações; mas, do exame que os magistrados romanos fazião destes direitos estrangeiros, resultou conhecerem que em toda a parte havia principios geraes aceitos por todos; de sorte que começarão elles a admittir ou a introduzir certos principios que são os mesmos por toda a parte, que se impunhão entre todos os povos com a mesma autoridade, e a applicar estes principios quando não era possivel applicar os preceitos exclusivos do Direito Romano. E' isto pouco mais ou menos o que dizem Savigny e os outros romanistas.

Vemos, pois, em um periodo mais adiantado do Direito Romano as relações da ordem privada reguladas por dous Direitos; o Direito das gentes que se applicava sómente aos estrangeiros ao principio, e que depois começou a applicar-se tambem aos nacionaes, modificando as regras do Direito Positivo dos romanos, e o Direito civil propriamente romano. Aquelle direito introduzio-se naturalmente em Roma pela necessidade indeclinavel de dar solucão ás controversias dos estrangeiros, e com o correr dos tempos veio a ser applicado aos proprios romanos.

Do mesmo modo que o Direito Natural, o Direito das Gentes dos Romanos, não tinha a significação que damos hoje a esta expressão. Hoje Direito das gentes é o todo das relações que existem e se mantêm entre os diversos povos, é o Direito Natural applicado ás relações dos Estados, ou, antes, é o proprio Direito Publico Externo. Entre os Romanos, porém, o Direito das gentes era um elemento do Direito privado; era aquella parte do Direito civil em que havia um certo systema de regras deduzido das necessidades e dos costumes dos estrangeiros. Esse direito abrangia uma area muito extensa. Assim a maior

parte das obrigações, dos contractos, e dos mais frequentes, como a compra e venda, a locação, o mandato, o deposito e a aquisição do dominio por meio da tradição, a escravidão por meio da guerra ou da conquista, a repressão civil dos delictos e outras instituições, pertencião ao Direito das Gentes. Os romanos consideravão esse Direito como inspirado pela razão dos povos e assentando sobre os principios geraes de justiça. D'ahi a amenidade dos costumes, o maior desenvolvimento e aperfeiçoamento juridico; o progresso da civilisação, de modo que pouco a pouco vierão transfundir-se no Direito Civil dos romanos as instituições do Direito das gentes. Para este progresso do Direito Romano contribuiu sobretudo a acção dos pretores (67). O todo dos direitos, consagrados nos edictos dos pretores, chamava-se *Direito honorario* em honra do pretor, como diz Papiniano (§ 10 do fr. 2. Dig., *de origine juris*). Os jurisconsultos cedo tomarão por base de suas locuções e escriptos, não já a lei, mas o *edicto do pretor*, considerado como a regra viva do Direito (§ 1.º fr. 8 Dig. L. 1, T. 1).

Ora os edictos dos pretores por um lado, com tão alto valor na jurisprudencia, porque a dignidade da pretura foi exercida pelos mais insignes jurisconsultos, e o direito scientifico por outro lado, derão ao Direito Romano um desenvolvimento e progresso que nunca obteve o Direito em nação alguma do mundo. Os pretores, dizem os textos romanos, supprião, ajudavão e corrigião o direito: supprião o Direito preenchendo as suas lacunas, porque os juizes têm obrigação de decidir as causas de conformidade com o Direito, sem desculpa de ser esse omisso; ajudavão-n'o, accrescentando-lhe

---

( 67 ) Primitivamente o poder judiciario dos Romanos pertencia aos reis, e, depois da extincção da 1.ª monarchia, aos Consules; porém cedo, no seculo 4.º de Roma, creou-se a dignidade da Pretura, que era comparada com o Consulado. Essa dignidade tinha por fim a administração da justiça, de que era chefe o Pretor. Havia em Roma dous pretores: o *urbanus* ( creado no seculo quarto ) e o *peregrinus* ( creado no seculo sexto ).

os necessarios desenvolvimentos e mostrando a sua applicação pratica; corrigião-n'o. Era essa a parte mais delicada e elevada das funcções do pretor, pelo modo de corrigil-o. Elles não tinham o poder legislativo, que competia ao povo e ao senado: como podião, pois, corrigir e emendar a legislação?

Na impossibilidade de arcar com o velho Direito, procedião os magistrados por meio de excepções, que, si não abolião a lei, destruião ao menos os seus effeitos. Apresentarei um exemplo: antigamente os escravos alforriavão-se pelos modos solemnes da lei, isto é, pela *vindicta*, pelo *testamento* e pelo *censo*. Mas desde que o escravo não era manumittido por nenhum desses modos, não era liberto de direito, e sim de facto: achou-se, porém iniquo que tendo elle a dação da liberdade por seu senhor, só por não se terem cumprido aquellas formalidades rigorosas, voltasse á escravidão: os pretores então adoptarão uma liberdade de facto opposta á de direito, e nesse caso dizia-se que o escravo não era liberto, mas *morabatur in libertate*. Si o senhor chamava o escravo a seu poder, o pretor se oppunha e mantinha o escravo na liberdade *de facto*.

Ora, com todas estas modificações que se effectuarão com o correr dos tempos pelo progresso que adquirio, já pela introduccção de costumes mais suaves na legislação, já pelo trabalho dos Jurisconsultos que systematisarão o direito existente, baseados sobretudo no Direito Pretoriano, acontece que os principios consagrados no Direito das Gentes forão pouco a pouco supplantando os preceitos rigorosos do Direito nacional, tecnico e stricto dos romanos. Por isto na era classica da jurisprudencia romana o jurisconsulto Paulo pôde dizer que em todas as cousas e sobretudo no Direito, devia-se attender principalmente á equidade (fr. 90, Dig. de reg. jur.); e os imperadores Constantino e Licinio disserão que em todas as cousas é mais preponderante o principio da justiça e da equidade, do que a razão do Direito stricto (const. 8.<sup>a</sup> do Cod. *de judiciis*).

Com o desenvolvimento do Direito das gentes forão desaparecendo muitas distincções que existião entre as instituições daquelle Direito e do Direito civil dos romanos ( 68 ); a propria qualidade de cidadão romano, pela qual gosava-se do *connubium* com todos os seus effeitos, e do *commercium*, deixou de ter importancia desde que o Imperador Caracalla concedeo o titulo de cidade a todos os habitantes do Imperio. Para este resultado contribuiu de modo decisivo a influencia do christianismo.

Chegando a este ponto, comprehende-se que não é muito importante pelos seus effeitos praticos a distincção entre Direito das gentes e Direito civil na ultima phase da jurisprudencia romana. Isso não quer dizer entretanto que não se deva estudar, nem conhecer a dualidade da legislação dos romanos, pois que sem esse conhecimento não se pode apreciar a historia interna do Direito privado, nem se pode dar conta de muitas instituições que se modificarão com o tempo, e que são o padrão do progresso que o Direito Romano fez em sua marcha gradual.

Como dissemos no principio deste capitulo, o Direito das gentes divide-se em *primario* e *secundario*. O primario ou absoluto é aquelle que deriva immediatamente da razão e da equidade natural; o secundario é aquelle que as nações, segundo o uso e suas necessidades, têm constituido por meio de convenções e tratados. Esta divisão theorica apresentada por alguns escriptores deduz-se tambem do Compendio da Faculdade, que no seo § 16, 2.<sup>a</sup> parte, diz que são do Direito das gentes a religião para com Deus, a piedade e obediencia para com a patria e os progenitores; bem como

---

( 68 ) Foi assim que a distincção entre propriedade quiritaria e bonitaria não teve mais razão de ser; as formas das obrigações litteraes e verbaes cederão ao modo de contrahir obrigações pelo Direito das gentes; a agnação ou parentesco civil perdeu todo o seu valor; a herança distribuia-se, não pela agnação, mas segundo os laços de origem commum, ou segundo os vinculos de consanguinidade, etc.

aquellas cousas que as nações estabelecerão em seu favor, de conformidade com o uso e as necessidades humanas, como as guerras, os captiveiros, as escravidões e as manumissões; podendo-se dizer que ao Direito das gentes primario pertencem aquellas, e ao secundario estas ultimas cousas. A doutrina do Compendio tem o seu fundamento em fragmentos de Pomponio, Ulpiano e Hermogeniano, existentes no Digesto (L. 1, T. 1 fr. 2, 4 e 5).

Indicado assim o quadro das materias do Direito das gentes e conhecida a sua natureza, passemos a tratar do Direito Civil.

Define-o Justiniano nas Insts. (§ 1, L. 1, T. 2) nos seguintes termos: *quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius civitatis proprium est, vocaturque jus civile quasi jus proprium ipsius civitatis.*

Como já ficou dito, o Direito civil dos romanos era rigoroso e só se applicava aos cidadãos em contraposição ao Direito das gentes, que era applicavel aos estrangeiros.

Entretanto a expressão Direito Civil não tem só esta acceção. Chama-se tambem Direito civil ao Direito positivo de um povo, quer este seja publico ou privado, geral ou particular, quer seja exclusivo dos cidadãos, quer seja commum aos estrangeiros e cidadãos; é civil porque é da cidade, *civile, quia civitatis est.*

Chama-se igualmente Direito civil ao Direito privado para differencal-o do Direito Publico, e esta denominação é a mais usual do Direito moderno.

Ainda se dá a denominação de Direito civil áquelle que vem da lei, do plebiscito, do senatus consulto, das constituições imperiaes e da autoridade dos Prudentes, em opposição ao Direito Pretoriano, que é o que provem dos edictos e da autoridade dos Pretores, e que tambem é chamado Direito honorario por Papiniano no fr. 7 do Dig. L. 1, T. 1.

Emfim tambem se chama Direito civil qualquer parte do Direito a que não se tem dado uma deno-

minação especial ou particular, como diz Pomponio no § 5.º do fr. 2 Dig. L. 1, T. 2.

Characterizado o Direito sob as vistas autonomicas dos Romanos, vemos que o Direito Civil é tão sómente aquelle que o povo romano tinha para si constituido, tanto que, como nos diz o § 2 das Insts. L. 1, T. 2, sempre que se falla de *jus civile* e não se lhe addiciona o nome da respectiva cidade, deve-se entender que se trata do *jus civile romanorum*. Essa denominação ou expressão era empregada como uma parte apenas do Direito Privado, e, era tomada como fica dito, em differentes accepções, posto que a accepção technica seja a que primeiramente mencionámos e que se encontra nos frs. 6 de Ulpiano e 9.º de Gaio ( Dig. L. 1, T. 1 ).

Quando o Compendio da Faculdade diz que o Direito Civil deriva-se da indole, dos costumes e da autoridade dos imperantes, refere-se ao Direito privado em sentido stricto, ao Direito civil no Estado. Não ha duvida que o Direito stricto é constituido pela indole e costumes dos povos ; mas pode-se tambem admittir no Direito civil principios que não sejam sómente os da *ratio stricti juris*, principios que são oriundos do Direito das gentes. Depois que o Direito Romano progredio pela acção dos pretores e pelo Direito das gentes, a legislação imperial foi quasi toda inspirada nos principios de justiça, tanto assim que mais tarde forão consideradas como subtilezas muitas instituições do Direito antigo.

O Direito Civil, nem se aparta *in totum* do Direito das gentes, nem o observa em tudo ; mas quando a salvação publica ou a opinião popular requer alguma cousa, elle introduz determinações singulares, que não se encontrão igualmente nos outros povos. Assim o Direito civil romano compunha-se não só dos principios do Direito das Gentes, como do elemento technico, especial das instituições romanas. O Direito das Gentes era applicado aos estrangeiros e aos cidadãos, e somente a estes o Direito stricto.

O Direito Civil distingue-se do Natural, porque este observado igualmente entre todos os povos, é sempre estavel e firme, ao passo que o Direito Civil varia muitas vezes, é mudavel, ou por tacito consenso do povo, ou pela promulgação de novas leis. E' o que se deduz do § 11 das Insts., *de jure naturale*, onde se diz: « que os direitos naturaes, observados igualmente entre todos os povos, como constituídos pela providencia divina, permanecem sempre firmes e immutaveis », e isto explica o seo caracter de generalidade.

E effectivamente comprehende-se que um direito inspirado pela razão dos povos, como um producto da humanidade e como que o transumpto dos principios superiores de justiça e equidade, não possa ser alterado e permaneça sempre firme. Mas o Direito civil rigoroso, que se affasta do elemento geral do Direito, que se amolda ás circumstancias e necessidades de cada povo, é mudavel, segundo o seo desenvolvimento gradual. O escôpo, o ideal do Direito é seo elemento geral, que se basêa nos principios da justiça, da moral, e sobretudo da moral christã. Entretanto o Direito positivo, que vive no tempo e no espaço, que reveste-se de uma côr local, varia, segundo as circumstancias, e aperfeiçoa-se pelo typo ideal do direito racional.

Tanto isto é verdade que o Direito Civil dos Romanos teve, por assim dizer, a sua primeira codificação na *Lex Duodecim Tabularum*, e foi se alargando e modificando com o correr dos tempos.

Comprehendendo todas as relações da vida civil, o Direito de que tratamos tem um objecto muitissimo amplo, susceptivel de divisões e subdivisões numerosas. E' ás materias do Direito Civil que se refere a celebre classificação em Direito das pessoas, Direito das cousas e Direito das acções, da qual em tempo havemos de tratar.

III Explicada assim a divisão ou antes a subdivisão do Direito Privado em Direito Natural, Direito das Gentes e Direito Civil, conhecidas as noções, caracteres e relações desses Direitos, devemos ob-

servar, antes de terminar este capítulo, que, segundo Gaio, no comm. 1.º ao § 1.º de suas Insts. d'onde foi textualmente extrahido o fr. 9 do Dig. L. 1, T. 1, e reproduzido no § 1.º das Insts. de Justiniano L. 1, T. 2.º, *de jure naturali, gentium et civili*, o Direito privado se divide em Direito das Gentes ou Natural e Direito Civil. Diz-nos ahi o citado jurisconsulto que o Direito ou é estabelecido pela *ratio naturalis* entre todos os homens, observado igualmente por toda a parte e se chama *Direito das gentes* ou é Direito proprio e particular do povo para que foi constituido, e se chama *Direito civil*.

A' primeira vista parece que esta divisão bipartita de Gaio é diametralmente opposta á divisão tripartita de Ulpiano, que já apreciámos, e neste sentido ha profunda divergencia entre os escriptores do Direito Romano, que de um e outro lado procurão sustentar que a opinião por elles seguida é mais conforme á verdade historica, mais generalizada nas instituições juridicas romanas, ou que é o reflexo do espirito geral e de todas as applicações praticas do tempo, tachando ao mesmo tempo a opinião adversa de especulativa, hypothetica, contradictoria, accidental, anti-racional ou anti-philosophica, etc.

Mas bem considerada a materia, os systemas de Ulpiano e de Gaio não são completamente oppositos; devidamente apreciados, elles se combinão e se harmonisão, podendo-se dizer emfim que o systema de Ulpiano, por ser mais amplo, mais vasto e completo, explica referencias encontradas no *Corpus Juris* que não poderião ser explicadas pelo systema de Gaio.

E' verdade que Justiniano em suas Insts. (§§ 1 e 11, L. 1, T. 2, *de jure naturali* e §§ 11 e 41, L. 2, T. 1 de *divisione rerum*) depois de ter reproduzido a divisão tripartita de Ulpiano, confunde em muitos pontos o *jus naturale* com o *jus gentium*, como parece que Gaio o tinha feito.

Mas Ulpiano considerou, quer o Direito Natural, quer o Direito das Gentes, em genero e especie, em sua materia e em sua forma. Tendo-se isto em

vista, isto é, que esses direitos serão considerados como formaes e materiaes, como genericos e especificos, nenhuma difficuldade apparecerá na interpretação dos textos, quer das Insts. quer do Dig. relativos ao assumpto.

O Direito Natural para Ulpiano é sempre racional, e em sua materia divide-se em proprio e commum : — proprio do genero humano e commum a todos os animaes. O Direito das gentes para Ulpiano é o direito que tem sempre por materia o uso dos povos : — o seo caracter generico é ser *usado*. Mas como este uso pode ser autorizado pela *ratio naturalis* ou pela *ratio utilitatis*, d'ahi vem que para Ulpiano o Direito das gentes é *primario* ou *secundario*. Primario se é usado por todos os povos e fundado na *ratio naturalis*; secundario se é usado por todos os povos e fundado na *ratio utilitatis*, confirmado ou não pela justiça social; de sorte que o Direito Natural proprio é identico ao Direito das Gentes primario do mesmo Jcto. Mas o Direito Natural especifico, em sua materia commum a todos os animaes e o Direito das gentes secundario, distinguem-se no systema de Ulpiano. Taes são os pontos de semelhança e differença entre esses Direitos.

Portanto o Direito das gentes e o Direito natural para Ulpiano, são sempre considerados em genero e especie, em materia e forma. O Direito natural é sempre racional, o Direito das gentes pode sel-o ou não, conforme as suas disposições são baseadas na rasão *natural* ou *utilitario*; por que ha certas instituições de Direito das gentes que, embora tenham por base a *ratio utilitatis*, podem ser confirmadas e reconhecidas pela sociedade como fundadas na justiça; de sorte que o Direito das gentes secundario soffre a seguinte subdivisão : Direito das gentes secundario, fundado na *ratio utilitatis* e confirmado pela *rasão social*, e *Direito das gentes anomalo*, cujas bases são completas aberrações da justiça, provenientes das necessidades ou circumstancias.

Ulpiano pode ser censurado quanto á explica-

ção de desenvolvimento successivo de certas instituições de Direito, se fôr o seo systema considerado philosophicamente e isto mesmo — a certos respeitoes sómente. Podem existir no seo Direito natural e no seo Direito das gentes algumas imperfeições filhas da philosophia então dominante, da civilisação dos tempos em que elle viveo. Mas, concedido mesmo que racional ou philosophicamente considerada a sua doutrina, não seja ella isenta de alguns defeitos, não podemos regeital-a desde que o Dig. e as Insts. a admittirão.

Ha na legislação romana instituições de Direito natural commum : são a união dos sexos, a procreação, a defeza e a liberdade ; instituições de Direito natural, proprio do genero humano : — cognação natural, amor e deveres dos filhos para com os pais e para com a patria. E' verdade que estes deveres são apresentados umas vezes como de Direito Natural, outras vezes como de Direito das Gentes ; mas isto dá-se, porque o Direito Natural proprio do genero humano, segundo Ulpiano, é identico ao Direito das gentes secundario, em que o uso das instituições não se affasta da rasão social ou com ella se conforma.

Os escriptores que firmados em Gaio procurão rejeitar completamente o systema de Ulpiano poderão explicar os textos de Direito das gentes que se fundarem na *ratio naturalis* unicamente.

Com effeito, se o Direito natural, considerado em sua forma é um e pode ser vario em sua materia; si o Direito das gentes generico tendo por materia os usos, é vario ou não, immutavel ou não, segundo baseão os seos usos na *ratio naturalis* ou na *ratio utilitatis* ; si reconhecemos um direito natural proprio, outro commum, sendo sempre racionaes, e um Direito das gentes, que tem sempre por materia — usos — mas que varia: como poderemos sustentar que o Direito Natural e o das Gentes são uma e a mesma cousa ?

Vê-se, pois que a doutrina de Ulpiano é muito mais clara e completa : porque, além dos pontos de vista identicos aos do systema de Gaio, abrange

a materia em toda sua extensão. O Direito Romano, ou os Jctos encarregados de constituirem-n'o, extrahindo diversos fragmentos dos dous referidos systemas, não se contradisserão, porque sendo o systema de Ulpiano mais vasto e completo, quando os textos se referem á Gaio referem-se ao Direito natural racional de Ulpiano.

Mas dissemos que havia no *Corpus Juris* referencias, que não podião ser explicadas pela theoria de Gaio e que entretanto o são pelo systema de Ulpiano. Vamos demonstral-o.

Nas Insts. e no Dig. vê-se que a união dos sexos, a procreação, a liberdade e a defeza são consideradas como instituições de Direito Natural *commum*, porque o instincto da procreação, da conservação etc., são derivações da natureza animal do homem, mas certamente este direito, brutal quanto á sua materia, é sempre racional na sua forma.

Não se pode pretender que Ulpiano quizesse brutalisar o Direito, visto como elle mesmo definio-o — como inspirado por Deus e gravado no coração humano.

O Direito das gentes proprio do genero humano, segundo Ulpiano, participa do mesmo character formal do Direito *commum*, e é todo differente na materia, porque esta é tambem moral e racional.

Este Direito natural proprio do genero humano é, na forma e materia, identico ao Direito das gentes que tem a *ratio naturalis* como origem e fundamento. Portanto para Ulpiano o Direito proprio do genero humano que tem por materia as necessidades moraes e racionaes do homem, é identico ao Direito das Gentes usado pelos povos e fundado na *ratio naturalis*. Assim, pois Ulpiano e Gaio a este respeito estão de accordo, existe entre elles communnidade de idéas. A obediencia aos pais, os deveres para com Deus, para com a patria, são instituições de Direito das gentes racional ou primario; todos os povos as reconhecem. Para Ulpiano e para Gaio são instituições do Direito natural e do Direito das gentes racional.

Mas as Insts. e o Dig. apresentam, além destas, outras instituições de Direito das gentes sem este caracter: os commentadores citão o commercio, os contractos, os direitos particulares e hypotheticos, referem a compra e venda e outras instituições como do Direito das gentes, mas do Direito das gentes utilitario.

Ainda nas Insts. e no Dig. vem este 3.º e ultimo aspecto do Direito das gentes quando mencionão a escravidão e a manumissão: são instituições de Direito das gentes usual, arbitrario e anomalo, segundo Savigny.

D'aqui se conclue que o systema de Ulpiano para o tempo em que viveo é philosophico e abrange o Direito privado em toda a sua amplitude.

Se o systema de Gaio é menos extenso do que o de Ulpiano, se cabe dentro do de Ulpiano, podemos concluir que o que Gaio diz, Ulpiano o diz, não se dando porém o inverso, isto é, não se podendo dizer do mesmo modo que o que Ulpiano diz tambem diz Gaio.

E' verdade que autores notaveis, como Savigny, Demangeat, Van Wetter, Didier-Pailhé, Namur e outros, attribuem a Gaio uma theoria opposta á de Ulpiano e admittem dous membros unicos na divisão do direito privado: — de um lado, *direito civil*, e de outro lado, *direito natural* identificado com o direito das gentes. Mas semelhante modo de ver não é procedente e contrasta com a verdade historica.

Com que fundamento se identifica completamente, em todos os casos, os dous direitos — o natural e o das gentes, como si se tratasse de uma cousa incontroversa? Os escriptores que sancção tal doutrina não se utilisão do criterio historico, que, como já dissemos, é importantissimo neste caso.

Em apoio da nossa doutrina apresentaremos as seguintes considerações de Marezoll ( 69 ):

---

( 69 ) Précis d'un Cours sur l'ensemble du Droit Privé des Romains, traduit par C. A. Pellat. Paris, 1852.

« A idéa que os Romanos fazião do *jus naturale* de que tratão ás vezes a par do *jus gentium* é singularmente vaga e incerta. Ora, e as mais das vezes, o *jus naturale* apresenta-se como synonymo do *jus gentium* e refere-se a natureza racional do homem em geral. Ora, ao contrario, em consequencia de uma demonstração anthropologico-philosophica concebida sem a precisa clareza e a que aliás os proprios romanos não parecem ter ligado muita importancia, quer na pratica, quer na theoria, a expressão *jus naturale* designa essas instituições juridicas, que repousão na natureza sensual do homem e de alguma sorte tambem no instincto commum aos homens e aos animaes. D'ahi proveio considerar se o *jus naturale* como o *jus quod omnia animalia docuit*, por opposição ao resto do Direito positivo que tem por base a razão humana, e que por consequencia é proprio do homem na qualidade de ser racional. »

Achamos decisivas estas considerações, e depois dellas só nos resta dar por discutida esta materia.

Não nos compete, em vista da opinião que acabamos de emittir, examinar todos os textos e argumentos de que se servem os autores para mostrar que os respectivos systemas são verdadeiros. Desde que não vemos contradicção entre os textos de Gaio e de Ulpiano, não temos necessidade de explicar-lhes o sentido e de interpretal-os para fazel-os servir a esta ou aquella opinião exclusiva.

## CAPITULO X

**Do Direito escripto e do Direito não escripto. Elementos ou formas principaes do Direito escripto.**

I. Quando tratámos da divisão do Direito Romano (cap. 1 pag. 3) dissemos: « No ponto de vista de seo modo de formação esse direito divide-se em escripto e não escripto ». Tal divisão está consagrada nas Insts. L. 1, T. 2, § 3 nestes termos: *Constat autem jus nostrum aut ex scripto, aut*

*ex non scripto*, e no fr. 6 do Dig. L. 1, T. 1, deste modo: *Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto aut non scripto*. Warnkœnig (*Institutiones* § 107) repete: *Omne jus vel scriptum est vel non scriptum*. O Direito privado, como vimos no capitulo anterior, se subdivide em natural, das gentes e civil. A qual dessas divisões do Direito corresponderá esta outra, em direito escripto e não escripto? Devemos entender que ella se refere ao Direito civil em sua accepção ampla. Se Ulpiano no fragmento citado empregou as expressões — *hoc jus nostrum*, — foi porque quiz referir-se ao Direito Civil, de que tratára anteriormente e que, segundo Gaio, era o direito dos romanos, ou que o povo romano tinha constituido para si.

Dissemos que os textos se referem ao Direito Civil em sua accepção ampla, porque o proprio Ulpiano no pr. do fr. citado diz que o Direito Civil é o que participa do direito natural e do direito das gentes, sem lhes ser entretanto sujeito. Assim, segundo elle, augmentar ou diminuir alguma cousa ao direito commum, é estabelecer para um povo um direito particular, que se chama *direito civil*.

Justiniano no § 2 das Insts citadas, reproduzindo a mesma disposição, accrescenta: « Chamamos o direito de que usa o povo romano *direito civil dos romanos*, ou direito *quiritario* o de que usão os *Quirites*, assim chamados de *Quirino*. Todas as vezes, porém que não addicionamos-lhe o nome da respectiva cidade, significamos o nosso direito, que se divide em *direito escripto* e em *direito não escripto*, pois parece que a sua origem provem em parte do direito dos Athenienses que era escripto, e em parte das instituições dos Lacedemonios que erão regidos pelos costumes e pelo direito não escripto (vide § 10 das mesmas Insts. ).

Tomadas ao pé da lettra as palavras *jus scriptum e non scriptum*, pode se pensar que os Romanos chamavão o direito escripto ou não escripto, segundo elle era ou não materialmente escripto. Muitos autores, porém, pensão diversamente e ensinão que se deve entender por *direito escripto* as

regras prescriptas pela autoridade competente ( o poder legislativo, no sentido amplo ); e por *direito não escripto* o que não foi estabelecido na forma prescripta, mas que de facto é applicado por causa de sua autoridade intrinseca ( *naturalis ratio* ), ou de um longo uso. Neste sentido pode-se collocar no *Direito não escripto* o Direito Natural, a equidade, o direito costumeiro ( *mores majorum* ), e o direito resultante da jurisprudencia dos tribunaes ou da autoridade dos jurisconsultos em geral ( Van Wetter § 3 ).

E' verdade que o texto das Insts. indica as *responsa prudentum* como pertencendo ao direito escripto. Mas cumpre observar que, sob o imperio, houve jurisconsultos revestidos de um caracter official e encarregados de dar consultas em nome do imperador. Quando elles estavam de accordo em uma questão, seos pareceres obrigavão os tribunaes e erão provados por escriptos munidos do sello d'aquelles de quem emanavão ; sob essa relação, pode-se-lhes reconhecer uma especie de autoridade legislativa ( Gaio 1 § 7 ; Inst. 1, 2 § 8 ).

Em outros textos o direito creado pela autoridade dos jurisconsultos é chamado *jus non scriptum*, porque em geral elle não se estabelecia senão insensivelmente por um longo uso ( Dig. 1, 2. fr. 2 §§ 5 e 12 ).

Quanto ao direito creado pelos edictos dos magistrados, é collocado no *direito escripto*, porque os magistrados tinham o *jus edicendi*, de que falla Gaio, no seo comm. 1 § 6.º ( 70 ).

Feitas estas primeiras observações, passemos a encarar a divisão de que se trata.

II. Effectivamente as locuções *scriptum* e *non scriptum* não devem ser tomadas unicamente no sentido grammatical, mas tambem no sentido logico. A escripta não é com effeito em todos os casos o signal caracteristico da lei, como a sua falta não constitue tambem o caracter proprio do

---

( 70 ) V. Namur, Cours d'Institutes et d'Histoire du Droit Romain, pag. 6.

costume; pois que, segundo Heineccio, « dá-se direito escripto, que nunca foi traçado em letras, e dá-se tambem direito não escripto, que comtudo está traçado em letras; v. g. os costumes feudaes que se achão n'um Corpo de Direito. »

Do mesmo modo Accarias explica essa differença, dizendo « que as regras estabelecidas pelo costume, ainda que mais tarde fossem escriptas, conservão seo nome de *jus non scriptum*, e, em sentido inverso, o direito regularmente promulgado se chama *jus scriptum*, mesmo quando não tivesse sido escripto nem gravado do modo mais elementar em madeira, pedra ou couro, ou fosse produsido em um povo que ainda ignorasse o uso da escripta ».

Comprehende-se que uma regra de direito que foi aceita na pratica e observada de um modo constante pelos habitantes de um paiz, venha ter afinal tanta força como uma lei promulgada por uma autoridade legislativa.

Quer as leis, quer os costumes revestidos das devidas condições revelão a mesma origem, isto é, a convicção nacional de que, em relação a uma certa ordem de factos sociaes, deve-se observar um determinado principio ou regra de Direito. Tanto faz que o povo expressamente promulgue esse principio ou essa regra de Direito, como que manifeste por actos reiterados a sua convicção em relação a mesma regra ou ao mesmo principio. Se o Direito Privado dos romanos, como o dos demais povos, tem dous modos de manifestação, um *immediato* por meio dos costumes do povo, outro *mediato* por meio dos actos emanados do poder publico, temos que a distincção de Direito escripto e não escripto repousa sobre esses modos de sua manifestação. Assim na lei ou no direito escripto a manifestação do direito é *expressa*, no costume ou no direito não escripto é *tacita*.

Ulpiano, além de jurisconsulto, era philosopho, e não podia fazer no direito a distincção pueril, que resulta das proprias palavras nella empregadas.

Se não temos nas fontes manifestamente carac-

terisado o *Direito escripto*, temos o *não escripto* caracterisado por sua autoridade e modo de manifestação, deixando inferir claramente qual era o caracter do *Direito escripto*.

O § 9 das Insts. citadas diz que o direito não escripto é o *que o uso tem comprovado*; porque os costumes antigos comprovados pelo consentimento dos que o seguem, parecem-nos leis: « *Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.* »

Se o *Direito não escripto* é o que não foi expressamente promulgado, e tem sido comprovado pelo uso, é obvio que o *Direito escripto* é aquelle que foi expressamente promulgado pela autoridade competente, que deve ser o nascimento a um legislador conhecido, da vontade do qual decorre o seu estabelecimento. Portanto o *Direito escripto* dos romanos era o conjuncto das regras de direito promulgadas pelas diversas autoridades publicas que, nas differentes epochas da existencia do povo romano, tiveram o poder de fazer as leis. O direito não escripto era o conjuncto das regras de direito que tinham sido admittidas pelo consentimento tacito do povo romano. Estas regras se chamavão *costumes (mores)*, porque tinham sido introduzidas nos costumes do povo pelo uso, pelo habito e constituição o que tambem se chama — *direito costumeiro* (Bonjean, pag. 16).

Entretanto baseando-nos no § 9 das Insts., não desconhecemos que o § seguinte fornece argumento contra a doutrina que seguimos, porque no alludido paragrapho diz Justiniano que a razão da divisão do *Direito em escripto e não escripto* não era outra senão porque os Athenienses escrevião suas leis, e os Lacedemonios as conservavão de memoria. Ora, sendo isto o que se encontra nas Insts., parece que na apreciação e intelligencia da referida divisão deve-se preferir a acceção puramente grammatical aquella que acabamos de indicar. Porém não é assim; se por um lado pode-se suppor isto, por outro lado verificamos

que este § 10 das Insts. não tem senão valor meramente historico, como acontece em outras partes dessa compilação.

Justiniano tendo estabelecido em primeiro logar a distincção entre Direito escripto e não escripto, passa no § seguinte a tratar da razão porque se introduzio no Direito Romano esta tecnologia. O texto diz: — *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedæmoniorum, fluxis se videtur.* (E não parece que o direito civil tenha sido dividido em duas especies sem fundamento; pois parece que a sua origem dimana das instituições de duas cidades, a saber: a dos Athenienses e a dos Lacedemonios). Por consequencia não se diz neste texto que a significação desta divisão no tempo de Justiniano fosse a grammatical, diz-se apenas que a origem desta divisão, segundo parece, foi uma importação do Direito grego. Pomponio declara no fr. 2, Dig. L. 1, T. 2, que o Direito grego servio de modelo ao Direito Romano.

E' ponto controvertido na historia do Direito Romano se para a promulgação da Lei das XII Taboas houve uma embaixada de Roma á Grecia, ou se, como dizem outros, foi isso uma simples dissimulação dos patricios para negarem por mais tempo aos plebeus os meios de gosar de seos direitos. O povo grego já existia e bastante adiantado em civilisação quando o povo romano procurou constituir o seo direito. E', portanto, natural que os Romanos tivessem de estudar o direito dos Gregos. Era uma distincção recebida entre os gregos, a do Direito escripto e Direito não escripto sob este ponto material de que havião leis escriptas e leis conservadas de memoria. Estudando os Romanos as leis gregas, foi importada para Roma a distincção de que se trata, mas ella não teve em Roma a mesma significação pratica que tinha entre os gregos; a distincção passou pelo chrysol da philosophia e era considerada pelo lado moral de sua força, de sua autoridade. Por

tanto esta doutrina que entre os gregos tinha valor real, passou a ter entre os romanos um valor moral e não foi introduzida em sua legislação senão para explicar a razão da distincção. O Direito é escripto ou não escripto, não porque elle seja attestado pela escripta ou seja conservado de memoria; é escripto ou não escripto, segundo a autoridade e manifestação das regras de direito. O Direito é escripto quando a sua autoridade provém do legislador; e não escripto, quando a sua autoridade provem do costume, quando é sancionado apenas pelos actos reiterados do povo. Discriminado o Direito escripto do Direito não escripto sob este ponto de vista, torna-se clara a idéa que presuppõe a distincção.

Podemos, portanto, concluir que a distincção do Direito em escripto e não escripto não tem no Direito de Justiniano senão valor historico, significando apenas que o Direito Positivo em vigor n'aquelle tempo, ou proveio da autoridade expressa do povo romano por meio de suas leis, ou da autoridade espontanea dos usos e costumes que se forão introduzindo e forão sancionados pelos actos reiterados do mesmo povo.

Alguns commentadores dizem que esta distincção teve no Direito Romano duas significações; a principio a significação litteral e mais tarde a significação logica.

Mackeldey ( Manuel de Droit Romain, §. 118 ), emittindo sua opinião, exprime-se nos termos seguintes: « Mais chez les Romains, cette expression de *jus scriptum* se prenait ordinairement dans le sens grammatical, et ils entendaient par ces mots tout droit écrit, sans distinguer s'il tirait son origine de la loi ou de la coutume, et ils l'opposaient au droit coutumier non écrit. ( C'est pour cette raison que, chez les Romains, les *edicta prætorum* et les *responsa prudentum* appartenaient au droit écrit § 3-9. Inst. 1, 2 ). Aujourd'hui, l'on entend ordinairement par *jus scriptum*, le droit sanctionné par les lois, et par *jus non scriptum* le droit auquel les mœurs ou la coutume ont donné lieu, peu

importe d'ailleurs qu'il soit redigé par écrit ou qu'il ne le soit pas. »

Savigny e Maynz dão ás expressões da divisão interpretação puramente grammatical, accrescentando que os proprios romanos não lhes attribuíão grande importancia. A opinião que seguimos é suffragada pela generalidade dos interpretes, antigos e modernos, como Cujacio, Vinnio, Donello, Demangeat, Accarias, Van Wetter, Ortolan, Didier-Pailhé, Ruben de Couder e Warnhoenig.

Alguns escriptores, que têm attendido unicamente ao sentido grammatical das referidas expressões, baseão-se nos seguintes argumentos: 1.º que a palavra *lex*, vindo de *legere*, deve ser escripta para poder ser lida; 2.º que Justiniano dizendo no § 11 das Insts. L. 2, T. 1 de *rerum divisione* — « *Civilia jura tunc esse cœperunt, cum civitates condi et leges scribi cœperunt* », vê-se que *scribere* se toma ahí pelo facto de estampar por meio de letras a vontade do legislador; 3.º que a sentença do juiz não val sem ser escripta, L. 2 Cod. L. 7, T. 47 de *sententiis ex periculo recitandis*, portanto com mais rasão a lei o deve ser; 4.º que a intelligencia nesse sentido dos §§ 3 e 10 das Insts. toma força á vista das palavras de Theophilo, quando na Paraphrase a este ultimo §, diz que as leis dos Athenienses erão reduzidas a escripto ( *Athenienses ea servarent quæ in litteras essent* relata ); 5.º finalmente, que isso tambem se deve concluir do facto de serem mencionadas no fr. 7 do Dig., L. 1, T. 1, as respostas dos prudentes como fazendo parte do Direito escripto.

Outros escriptores que admittem a doutrina que seguimos, e interpretão as expressões *escripto e não escripto* principalmente no sentido logico, respondem a esses argumentos do modo seguinte: 1.º que *lex* não vem de *legere*, mas sim de *ligere*(71); e que mesmo quando assim não fosse, *legere* não significa somente lêr, mas tambem escolher, dizen-

( 71 ) Não aceitamos entretanto essa derivação da palavra *Lex*, por ser ella primitiva na lingua latina.

do-se *Lei*, por se separar esta regra de muitas outras, com que estava mesclada; 2.<sup>o</sup> que no lugar citado das Insts. *scribere* significa promulgar, por isso mesmo que no tempo da fundação das primeiras cidades, ainda a arte de escrever não era conhecida; 3.<sup>o</sup> que não ha paridade entre o Juiz e o Legislador; porque é mister tirar ao Juiz o meio de elle mudar a sentença, que já havia proferido, ou ás partes o de disputarem ainda sobre o que elle havia dito diante de poucos; o que não se dá na lei, feita e proclamada a um povo inteiro, e sendo regra geral, e não para um caso particular como a sentença do Juiz; 4.<sup>o</sup> que o testemunho de Theophilo não aproveita para o caso de que se trata, porque o que elle diz, está na Instituta citada, e não se contesta que os Athenienses tivessem reduzido suas leis a escripto, apenas se affirma e se sustenta que isso juntamente com a circumstancia dos Lacedemonios conservarem as suas leis de memoria, que determinou a distincção do Direito escripto e não escripto entre os gregos, e que os romanos referirão como origem ou razão da mesma distincção, não foi admittido por elles: tanto mais que o que distingue o Direito escripto do não escripto, é que naquelle ha o consentimento expresso, e neste o tacito do legislador, havendo Direito escripto ou não escripto, conforme a norma fôr expressa ou tacitamente promulgada (72), 5.<sup>o</sup> finalmente, que se examinar-se devidamente o valor historico das respostas dos prudentes ou jurisconsultos, ver-se-ha que varias forão as razões que as determinarão.

Com effeito essas respostas têm sido consideradas em 4 epochas: 1.<sup>a</sup> como officiosas até Augusto; 2.<sup>a</sup> como officiaes e obrigatorias até Adriano; 3.<sup>a</sup> como limitadas por Theodosio na Lei das citações; e 4.<sup>a</sup> como servindo de base ao Digesto; d'onde se conclue que depois das constituições de Augusto e especialmente de Adriano forão concedidos privilegios aos Jurisconsultos para tornarem-se órgãos

---

( 72 ) V. Bruschy, Anotações a Waldeck, tom. 1, pags. 54 e 55.

legislativos do Direito; de sorte que, quando na Inst. e no Dig. vemos as respostas dos Prudentes consideradas como Direito escripto, este facto demonstra que são como taes consideradas, porque os Jurisconsultos na idade classica da jurisprudencia romana, se achavão revestidos de uma autoridade igual á autoridade da *lei*, dos *senatusconsultos* e das *constituições imperiaes*, visto gosar o parecer de certos jurisconsultos da mesma autoridade da lei.

Portanto devemos considerar as respostas dos Prudentes entre as fontes do Direito escripto: como *leis*, pois que naquella epocha erão na realidade o mesmo que as leis, tinham pelo menos a mesma força e autoridade.

Vê-se, pois, que o modo mais rasoavel de explicar a distincção entre o Direito escripto e não escripto dos romanos é o que aceitamos por melhor coadunar-se com a intelligencia dos textos. Ainda mais; segundo esta explicação, não temos de attribuir a Ulpiano, como já dissemos, um pensamento pueril e incompativel com as luzes de um jurisconsulto e philosopho tão abalisado, qual o de fazer uma distincção simplesmente litteral.

Portanto quando os textos dizem: O direito é escripto e não escripto — querem dizer: que ha um direito expressamente promulgado e outro tacitamente promulgado; porque, como já ficou demonstrado, o direito escripto é aquelle que foi *promulgado* pela autoridade legislativa, e o direito não escripto é o conjuncto das regras adoptadas pelo consentimento tacito do povo, sem distinguir se ellas são ou não reduzidas a escripto.

Vejamos agora quaes as fontes ou formas principaes do Direito escripto.

III. Warnkoenig, referindo-se á const. 3.<sup>a</sup> do Cod. L. 1, T 14, diz na 2.<sup>a</sup> parte do cit. § 107: « *jus scriptum legibus seu generalibus constitutionibus edictisve constat*; d'onde se depreheende que para esse autor as fontes ou formas do Direito escripto reduzem-se a uma só, a lei; porque as expressões por elle empregadas têm a mesma significação,

querem dizer que o direito escripto consta de leis, pois que tambem assim se chamão as constituições geraes e os edictos.

Papiniano ( fr. 7 do Dig. L. 1, T., 1.º ) dizendo que « *jus civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit* » parece estar em diametral opposição a semelhante doutrina, pois que ahi o Jurisconsulto enumera cinco fontes do Direito escripto, ao passo que Warnkoenig apresenta uma.

Justiniano ( § 3 da Inst. L. 1, T. 2 ) diz: « *Scriptum jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratum edicta, responsa prudentium* » ; d'onde se vê que, além das cinco fontes indicadas no Dig., vem mais uma — *magistratum edicta*, os edictos dos magistrados ou pretores.

Temos, pois, tres opiniões — a de Warnkoenig segundo o qual a fonte do Direito é uma — a lei ; a do Dig. que menciona cinco, e a da Inst., em vista da qual, as fontes são seis. Entretanto não ha contradicção alguma entre Warnkoenig e aquellas fontes romanas. Apenas houve alteração na enumeração das fontes do Direito escripto. No principio do fragmento do Dig. são enumeradas as cinco fontes e no subsequente § do mesmo fragmento trata-se do Direito honorario ou pretoriano, que é chamado na cit. Inst. — *magistratum edicta*. Encontrão-se effectivamente na Inst. as seis fontes, das quaes o Jurisconsulto Papiniano no Dig. não fez senão distinguir o Direito Pretoriano pela importancia que esta fonte do Direito escripto tinha, comparada com as outras.

Não ha, pois, entre o Dig. e as Inst. contradicção alguma, visto como na Inst. todas as seis fontes vem indicadas seguidamente, não assim no Digesto.

Dissemos tambem que parecia á primeira vista haver contradicção palpavel, comparada a doutrina de Warnkoenig com a das Insts. e do Dig. Essa contradicção, porém, é simplesmente apparente, desde que se attender aos pontos de vista diversos em que a questão tinha sido encarada por essas fontes e

por aquelle autor. O Titulo 14 do Liv. 1.º do Cod. se inscreve « Das leis, das constituições imperiaes e dos edictos. » Alguns commentadores, especialmente Cujacio, procurando explicar essa rubrica do tit. 14 do Cod. pretendem ver nella a classificação das varias leis do Direito Romano, e argumentão dizendo que, si quizermos examinar as varias autoridades que concorrerão para a formação do Direito Romano, chegaremos ao resultado de que tres forão estas autoridades — a autoridade do povo, a dos imperantes e a dos magistrados. A autoridade do povo manifesta-se, já pelas leis especiaes, já pelos plebiscitos, ja pelos senatusconsultos, já pelas respostas dos prudentes ; porquanto era o povo quem funcionava por estes tres meios. Mas encontrão-se tambem concorrendo para a formação do Direito, os imperantes e os magistrados. Ora, vê-se que estas palavras do Tit. 14 do Cod. alludem a tres differentes actividades formadoras do Direito Romano, a actividade legislativa representada na lei, a actividade imperial nas constituições, e a dos magistrados nos edictos.

Mas qualquer que seja a explicação que se pretenda dar á rubrica do Tit. 14 do Cod., tem de alludir ao desenvolvimento do Direito, na epocha do Imperador Justiniano, porque é justamente nessa epocha, que encontramos a Constituição, onde esse Imperador diz que só a elle competia fazer leis. O poder legislativo desse tempo estava com effeito concentrado nas mãos do Imperador ; só o Imperador podia promulgar leis. Eis como do confronto da doutrina de Warnkœnig com a das fontes, resulta que não ha contradicção, desde que se procure conhecer o terreno em que esse autor emite a sua proposição, e o terreno em que encontramos o mesmo assumpto tratado nas fontes.

E' exacta a synonymia por Warnkœnig estabelecida, segundo a qual o Direito só tinha no tempo de Justiniano uma única fonte — as leis, que tambem se chamavão constituições imperiaes e edictos. E como por meio dessas constituições o Imperador

tinha de prover a varias necessidades, de attender a negocios ou interesses geraes e particulares de ordem e natureza diversa, conforme o objecto ou fim a que se propunha, d'ahi as differentes divisões e denominações dessas constituições. Assim as constituições imperiaes dividião-se primeiramente em geraes e particulares. As constituições geraes erão as que o Imperador fazia publicar em seo imperio e que obrigavão a todos os subditos. Dessas constituições geraes ha tres especies : — os *edictos*, os *decretos* e os *rescriptos* ( § 6 das Insts. L. 1, T. 2, e § 1 do fr. 1 do Dig. L. 1, T. 4 ), de que temos ainda de nos occupar no Cap. seguinte.

No Direito Romano a palavra *lex* tinha duas accepções — uma lata — e outra restricta.

Na accepção lata era tomada como norma geral obrigatoria, que tinha por fim estabelecer a ordem social, tanto que no fr. 1 Dig. L. 1, T. 3, vemos Papiniano dizer: « *lex est commune præceptum* ». Pode-se dizer que nesse sentido geral a lei significa todo direito escripto em opposição ao costume.

Na accepção restricta a lei era, como diz o § 4 da Inst. L. 1, T. 2, o que o povo romano determinava em vista da proposta de um magistrado senatorio, como um Consul, por exemplo ( *Lex est quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat* ).

Si a lei, na accepção elevada em que é considerada na sciencia moderna, é um preceito geral que obriga a todos, si é a norma geral obrigatoria para os actos da vida social, si no Direito de Justiniano todo poder e por conseguinte o legislativo estava nas mãos do Imperador, tanto vale Warnkœnig dizer — leis ou normas, como dizer — constituições geraes ou edictos.

Para esse autor, como vimos, só ha uma fonte ou forma do Direito escripto, pois elle allude ao tempo do Imperador Justiniano de quem emanavão as leis, constituições geraes ou edictos. Isto prova que não ha contradicção entre a sua doutrina e a das referidas partes do *Corpus Juris*, porque estas não referem somente as fontes do Direito escripto

ao tempo de Justiniano, mas também as das outras epochas do Direito Romano.

Mas d'ahi não se segue que não devamos conhecer e explicar cada uma das outras fontes *historicas* do Direito em vigor no tempo de Justiniano, e que tanto concorrerão para a formação desse mesmo Direito.

Já nos occupamos com a noção ou accepção especial ou restricta da *lex* como fonte historica do Direito Romano.

No principio da monarchia romana, no tempo dos reis, antes de Servio Tullio, a *lex* era votada nos comicios curiatis ou por curias ( 73 ), e, depois de Servio Tullio, nos comicios centuriatis ou por centurias ( 74 ), encontrando-se ainda depois desta epocha, leis curiatis, especialmente nas adrogações e nos testamentos.

A Lei, diz Bruschy § 32, era escripta pelo Supremo Magistrado da Republica ( Consul, Dictador, Pretor, etc. ), e apresentada ao Senado : approvada por este, fazia-se um *senatus-consulto* de *Lege fe-*

( 73 ) Sobre a primitiva organização de Roma diz R. von Ihering : « A união politica das raças em Roma assemelha-se a uma pyramide ; sua base é formada por tresentas gentes, que se transformão gradualmente em trinta curias, as quaes por sua vez formão tres tribus, sendo afinal o Rei o vertice do edificio. » O mesmo autor, tratando das curias e firmando-se na autoridade de Pott, diz : « é possível que as palavras *curia* e *decuria* derivem de *com-viria* e *decem-viria*, *curia* indica a comunidade dos homens, dos soldados, e *decuria* e *centuria* têm uma significação militar : designão partes do exercito ( L'Esprit du Droit Romain Tom 1<sup>er.</sup>, Edit. Franç. de 1877, pags. 117 e 184 )

Segundo Pomponio ( Dig. L. 1, T. 2, fr. 2, § 2 , tendo-se augmentado o povo, Romulo o dividio em trinta partes que chamou curias, pelo que então governava a republica pelas sentenças dessas partes. *Postea aucta ad aliquem modum civitate, ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit: propterea quo'd tunc reipublicæ curam per sententias partium earum expediebat* ). Dizem os escriptores, como Bruschy § 32, que essas partes do povo a que se refere Pomponio tinham a denominação de *curias*, porque tomavão *curam reipublicæ*.

( 74 ) As centurias erão as 193 partes do povo, subdivididas em 6 classes, segundo a fortuna dos cidadãos, e que comprehendendo os patricios e plebeus, servirão para a confecção das leis depois da expulsão dos reis.

*renda*, e expunha-se ao publico por 27 dias, para que todo e qualquer cidadão a podesse ler e examinar: depois marcava-se dia para os Comícios ( *Comitia indicere* ); chegado este fazia-se os sacrificios; apparecia o Magistrado senatorio, e propunha ( *rogare* ) a *Lei* com a seguinte formula — *Velitis, jubeatis, Quirites, an hæc lex recipienda sit?* Feito isto entregavão-se a cada cidadão duas taboas, uma com um A ( *antiqua probo* ), e outra com U. R. ( *uti rogas* ), e procedia-se finalmente á votação cada um na sua centuria, e o voto de cada centuria se contava por um. Estas leis ou tomavão o nome do Magistrado, que as propunha, como *Lei Cornelia*; ou de sua materia, como *Lei Agraria*; ou reunião no titulo ambas as cousas, como *Lei Julia de adulteriis*, etc. Esse modo de organizar as leis por centurias tinha lugar no tempo de Augusto, e, segundo outros no de Tiberio e Caligula; e a phrase de Tacito, *Comitia e campo ad Patres translata*, não significa ( como observa Hugo ) haver passado do Povo para o Senado o poder legislativo, mas sim o direito de eleger certos magistrados. Ainda que Waldeck pense differentemente, sua opinião não é a mais segura, como observa o citado Bruscky.

A convocação das centurias se fazia pela iniciativa de um magistrado da ordem dos senadores ( *senatorio magistratu interrogante* ), como um consul, um dictador, um pretor. Este magistrado não podia apresentar o projecto de lei ao voto dos comícios, senão com a autorisação do senado ( *ex senatus-consulto tulerit* ).

A lei votada nos comícios centuriatos devia a principio receber a sancção dos patricios reunidos nos comícios curiatis ( Ruben de Couder, *Répétitions écrites de Droit Romain*, pag. 6 ).

Essa decisão, como diz Didier-Pailhé, era tomada sob proposta do rei ou de um *magistratus senatorius*, para todos os cidadãos, patricios e plebeos, reunidos nos comícios curiatis ou nos comícios centuriatos; d'ahi duas especies de leis: *leges curiatæ* ( votadas pelo povo em comícios por curias a

e *leges centuriatæ* ( votadas nos comícios por centurias ) ( 75 ).

Vê-se, portanto, que nas assembléas populares um consul, um dictador, um pretor, ou outro qualquer magistrado da ordem senatorial, propunha a regra que devia regular as relações sociaes; que a

---

( 75 ) Accarias explana de modo tão satisfactorio esta materia da confecção das leis entre os romanos, que não resistimos ao desejo de traduzir e transcrever, mesmo em nota, as palavras que elle consagra ao assumpto: « As *leges curiatæ*. diz elle, ( *Précis de Droit Romain* pags. 23 e seguintes ) são as mais antigas. Tres poderes concorrião n'uma medida desigual para a sua confecção. Era o rei ( substituido mais tarde pelos consules ), o senado e os comícios por curias. A convocação e a presidencia dos comícios, e por isso a apresentação do projecto de lei, pertencem ao rei. Sua acção se manifesta ainda em uma importante particularidade: é que a deliberação dos comícios é nulla si os auspícios não forão tomados anteriormente; ora, o direito de tomal-os pertence aos augures que o rei nomeia em numero de tres, um para cada tribu. Quanto ao senado, os autores o representam como sendo em todas as cousas o conselho dos reis; é, pois, consultado sobre o projecto de lei. Além disto, é chamado para sancionar a lei uma vez votada.

« O papel dos comícios é o mais consideravel. As trinta curias, reunidas no *Forum*, votão a lei. O voto tem lugar por curias, e em cada curia por cabeças, e comtudo é certo que nessas assembleas a omnipotencia pertencia aos patricios, isto é, a minoria. Pode-se explicar este resultado admittindo-se uma de duas cousas: ou que os plebeus erão completamente excluidos desses comícios, ou que não figuravão nelles senão a titulo de clientes consultados por seos patronos, mas sem direito de votar.

« A 1.<sup>a</sup> hypothese não é contradictada pelos textos que apresentam a lei curiata como a obra do *populus*. Antigos textos, com effeito, oppõem *populus* e *plebs*, não como o genero e a especie, mas como dous termos inteiramente distinctos. Esta antithese se encontra principalmente em uma antiga formula de oração que Scipião o Africano recita no momento em que embarca para ir vencer Annibal. Por outro lado, é certo que, no principio, *patricius* e *ingenuus* forão synonymos ( Tit. Liv, X, 8. — Festus, v.<sup>o</sup>. *Patricius* ). Quando se aproxima destes dados o que affirma um commentador de Virgilio ( Philargyrius ), que Romulo não fundou Roma, mas conquistou-a, chega-se mui naturalmente á conclusão seguinte: os plebeus são os descendentes de povos vencidos, reduzidos á escravidão e libertos. Os patricios são os descendentes dos conquistadores que terião formado o *populus*. Estes conquistadores forão divididos em tres tribus, cujos nomes *Ramnenses*, *Luceros* e *Tacienses*, parecem indicar tres raças differentes, Latinos, Etruscos e Sabinos. Cada tribu foi subdividida em dez curias, e cada curia em dez decurias. Por ahi se explica

lei era ahí uma especie de manifestação da soberania nacional, representando tão somente aquelles actos que provinham da vontade do povo reunido em comícios.

Cumpre notar que, confrontando-se o citado § 4 da Inst. de Justiniano com o § da Inst. de Gaio

Aulu-Gellio dando como caracter dos comícios por curias o voto segundo as raças (*ex generibus*), XV, 27.

A 2.<sup>a</sup> hypothese se conforma melhor com o precitado texto d'Aulu Gellio que traz *suffragium omnium ex generibus fertur*. A palavra *omnium* parece indicar que todos figuravão nestes comícios. Ella quadra tambem com esta affirmação de Cicero (de Rep., II, 9) e de Dionysio d'Hal. (II, 9), que no principio todo plebeu foi o cliente de um patricio, de sorte que cliente e plebeo erão synonymos

« As *leges centuriatae* são o producto de um novo mecanismo legislativo creado por Servio Tullio. Este principe dividio o territorio em tribus, a população em classes e as classes em centurias. Uma idéa summaria destas tres creações é necessaria para comprehender o modo de funcionar dos *comitia centuriata* e o fim politico de sua organização.

« As tribus são circumscripções territoriaes. ( A palavra *tribus* apresenta aqui um sentido que não se deve confundir com o que foi precedentemente indicado ). A cidade comprehende quatro, e o territorio circumvisinho vinte e seis. Um *curator tribus* formava uma lista dos nomes, domicilio e propriedades immoveis de cada cidadão. Por ahí tornavão-se possiveis as operações do censo tendente a provar o numero e a fortuna dos cidadãos. Seo numero era conhecido, assim como sua propriedade immovel, pelos registros do *curator tribus*. Quanto á sua fortuna movel, elles mesmos a declaravão sob juramento.

« A fortuna conhecida dos cidadãos servio de base á sua distribuição em cinco classes.

« Na 1.<sup>a</sup> classe comprehendio-se os cidadãos, cuja fortuna se elevava pelo menos á 100,000 asses, isto é, ao valor de 100,000 libras de cobre ( Gaius, I § 122 ); na 2.<sup>a</sup> os que tinham pelo menos 75,000 asses; na 3.<sup>a</sup> os que tinham 50,000; na 4.<sup>a</sup> os que tinham 25,000; na 5.<sup>a</sup> emfim, as pessoas, que tivessem pelo menos, segundo Tito Livio, 11,000 asses, segundo Dionysio d'Halicarnasso, 12,500. Os cidadãos classificados se chamavão *assidui* ( de *assem dare* ), porque os encargos pecuniarios, particularmente os da guerra, sobre elles somente pesavão, e isto em proporção de sua fortuna. Por opposição aos *assidui*, todos os não classificados se chamavão — *proletarij*. Tal é a linguagem das Doze Tabôas ( Tab. I, 4 ). Os mesmos *proletarij* se dividio em 3 categorias, a saber; 1.<sup>o</sup> os *accensi* ou *velati* tendo mais de 1,500 asses; 2.<sup>o</sup> os *proletarij* propriamente ditos, tendo mais de 375 asses; emfim os *capite censi*, aquelles, cujo haver não excedia esta ultima cifra. Os *accensi* devião o serviço militar como os *assidui*, mas

que lhe servio de fonte e modelo, verifica-se que a Inst. de Justiniano emprega o verbo *constituere* no passado e a de Gaio no presente. A razão disto está em que no tempo de Justiniano não se reunião mais os comicios, como se podião reunir no tempo de Gaio, visto que não se achava então revogado

---

sem ser obrigados as despezas de equipamento. Os *proletarii* não estavam a isso sujeitos senão em caso de *tumulto*. Emfim os *capite censi* estavam absolutamente excluidos: Mario foi quem primeiro os alistou.

« Em cada uma das cinco classes se distinguirão os *juniores* ( de dezeseite a quarenta e seis annos ) e os *seniores* ( maiores de quarenta e seis annos ) Depois, cada uma tambem foi dividida em um numero par de centurias, de modo a comprehender tantas centurias de *seniores* como de *juniores*. A primeira classe, a dos ricos, formou noventa e oito centurias, das quaes dezoito de cavalheiros. Sobre estas 18 centurias de cavalheiros, ha seis que os autores chamão mui voluntariamente *sex suffragia*. São, segundo parece, as que existião antes de Servio Tullio. Segundo Festus ( *sex suffragia* ), serião pelo contrario as que terião sido creadas por Servio Tullio posteriormente a Tarquinio o antigo. Mas esta opinião é inadmissivel, pois que este ultimo rei creou doze e não seis ( Tit. Liv., I, 43 ).

« Astres seguintes classes formarão cada uma vinte, e a quinta trinta centurias. ( Sigo Tito Livio e Dionizio de Halicarnasso, concordantes entre si em todas estas cifras, si não é que Tito Livio faz dos *accensi* uma centuria especial, e por consequencia se conta no todo 194 em lugar de 193. Cicero, cujo texto não apresenta as mesmas garantias de perfeita authenticidade, está em divergencia com esses dous autores ( de Rep. II, 22 ). A este total de cento e oitenta e oito centurias, convem ajuntar duas de obreiros, duas de musicos, e uma, a mais numerosa de todas, comprehendendo todos os cidadãos que a modicidade ou a nullidade de seo haver excluião das cinco classes,

« Estas cento e noventa e tres centurias compunhão os *comitia centuriatae*, e as leis que ellas votavão se chamavão *leges centuriatae*.

Nesses comicios se votava por centurias, formando-se o voto de cada centuria pelos votos reunidos da maioria do seus membros ( Tito Livio, I §§ 42 e 43 ). Parece que durante muito tempo os cidadãos votarão em voz alta ( Cic. de Finib. III, 15 e 16 ). Mais tarde o voto foi secreto. Cada cidadão recebia duas cedulas trazendo uma as letras U. e R. ( *uti rogas* ), a outra a letra A. ( *Antiqua* ) — ( Cicero, Epist. ad Attic., I, 14 ). Logo nenhuma emenda possivel; era preciso ou adoptar ou rejeitar puramente o projecto. Este systema não tinha em Roma tantos inconvenientes como se acreditarião a principião, porque não se fazião leis *per saturam*, isto é, tendo muitos objectos ao mesmo tempo. ( Festus,

esse modo de manifestação da vontade nacional ; entretanto que no reinado de Justiniano o povo não podia mais reunir-se para fazer leis, pois que, como já mostramos, esse poder legislativo só competia ao Imperador.

Remontando-nos assim aos primeiros tempos

v.º Satura ). A lei das Doze Taboas é talvez no tempo da república o unico exemplo de uma lei *per saturam*.

Os referidos textos de Tito Livio têm muitas vezes feito dizer que nos comícios por curias o voto tinha lugar por cabeças, não por curias. Tito Livio quer simplesmente exprimir que os votos de cada cidadão ahí tinham um valor independente de sua fortuna, em quanto que nas centurias, como se vae ver, foi inteiramente de outro modo.

Entre os comícios por centurias e os comícios por curias, convem notar as duas diferenças seguintes :

1.ª Os comícios por centurias não se reunião no *Forum*, mas no Campo de Marte, isto por que elles deliberavão sob a protecção de um exercito ; ora, os Romanos, n'um pensamento de sabia providencia, querião que no interior da cidade o cidadão não fosse senão cidadão, e não soldado.

2.ª Emquanto nos comícios por curias a aristocracia do nascimento era soberana, a organização dos comícios por centurias teve por fim, claramente definido por Cicero e Tito Livio, dar o direito de suffragio a todos, de modo porém que effectivamente, todos não exercessem, mas que a preponderancia pertencesse á fortuna e á idade, isto é, aos dous elementos ordinariamente conservadores. Esse fim se accusa claramente para quem considera : 1.º que a 1.ª classe forma por si só mais centurias, por conseguinte possui mais votos, que o resto de todo o povo romano ; 2.º que os *juniores*, necessariamente mais numerosos que os *seniores*, não contão, entretanto, um voto de mais ; 3.º que as centurias votão successivamente, as centurias *d'equites* em 1.º lugar ( Chamava-se *centuria prærogativa* a que votava em 1.º lugar. Cicero prova que seo voto arrastava ou accarretava quasi sempre o das outras centurias ), depois as outras centurias da 1.ª classe, e assim por diante, e que uma vez adquirida uma maioria em um sentido, não se passa além, de sorte que os cidadãos pobres votão mui raramente, para não dizer nunca.

Tem-se negado a participação dos plebeos nos comícios por centurias. Esta opinião, que não tem apoio em prova alguma, é repellida por uma consideração decisiva : é que as centurias, consideradas como bases do regimen militar e da repartição dos encargos pecuniarios, comprehendião certamente os plebeos. E' acreditavel que as centurias tivessem recebido duas organizações diferentes e que nenhum autor diga palavra a seo respeito ?

« Todavia a influencia patricia não é totalmente excluida desses comícios. Ella se manifesta ainda pelas quatro regras ou usos seguintes :

encontramos, como fonte do Direito escripto, a vontade do povo reunido a principio em curias e depois em centurias. Mas o povo romano era formado de duas classes a principio rivaes e inimigas — os *plebeos* e os *patricios*. Quando o povo se reunia, havia representantes das duas classes. Por esta razão se

1.º Um *senatusconsulto* é necessario para autorisar a apresentação do projecto da lei ( *rogatio* ) e a reunião dos comícios ;

2.º Os comícios são presididos e convocados por um *magistratus senatorius*. E' elle que propõe a lei. E' elle tambem quem toma os auspícios, formalidade indispensavel para a validade da deliberação. Sobre estes dous pontos, a influencia patricia soffreo um verdadeiro cheque no dia em que os plebeos tornarão-se elegiveis para todas as magistraturas curús, e poderão ser directamente introduzidos no senado pelos censores ;

3.º Votada a lei, um novo *senatus-consulto*, ou talvez uma lei curiata era necessaria para a ratificação. Mas no anno 416 de Roma, sob a dictadura de *Publius Philo*, uma lei decidio que esta ratificação seria dada previamente. Desde então o *senatus-consulto* que autorisava a reunião dos comícios importava na approvação do seu voto futuro, e tal era ainda o uso seguido no tempo de Tito Livio ; 4.º enfim, os comícios não devião jamais reunir-se nos dias de mercado, isto evidentemente para evitar a affluencia da gente do campo, composta na mór parte de plebeos.

« Cicero attesta que a 1.ª lei centuriata foi feita no consulado e sob a proposição de Valerius Publicola. D'onde se conclue que sob a realeza os comícios por centurias não funcção senão para a eleição dos magistrados, e que o poder legislativo continuou a ser exercido pelas curias. Finalmente, os comícios por curias jamais forão supprimidos; porem os comícios centuriatos, graças a sua composição menos aristocratica, prevalecerão de facto, e as curias não continuarão competentes senão para consagrar certos actos juridicos, taes como a adopção ou o testamento, e para conferir aos magistrados o *imperium* e o direito de tomar os auspícios. Tambem tornou-se logo impossivel reunil-as, porque ellas repousavão em uma antiga distincção de raças e de familias que ia se apagando todos os dias, e forão substituidas por trinta lictores reunidos sob a presidencia do magistrado. Foi apenas um simulacro dos antigos comícios por curias.

Quanto aos comícios por centurias, subsistião certamente ainda no seculo de Augusto. Mas sua organização tinha soffrido, nos ultimos tempos da republica, uma transformação obscuramente indicada por Tito Livio. Eis como eu o comprehendo : No ultimo estado das cousas, havia trinta e cinco tribus em lugar de trinta que Servio Tullio tinha estabelecido. Este é um ponto certo. Os membros de cada tribu se dividião provavelmente em duas centurias, uma de *juniores*, a outra de *seniores*. Deste modo se tinha um total de setenta centurias, as quaes se deve juntar as dezoito de cavalheiros que não tinhão cessado de subsistir. Parece

diz que para a formação do Direito concorrião as duas classes de povo, uma de plebeos e outra de patricios.

Mas o rei Servio Tullio, além de ter dividido o povo romano em classes e centurias, fez outra divisão pela qual o territorio urbano e rural era repartido respectivamente em certo numero de regiões, comprehendendo, segundo a doutrina dos criticos modernos, somente a classe plebeia; de maneira que a plebe de cada districto, formava uma communa, isto é, uma tribu separada e governada por chefe especial. Pouco tempo depois de sua instituição (anno de 265) os Tribunos (76) começarão a convocar as tribus plebeias em assembléas, presididas por elles, para deliberarem sobre os respectivos negocios, substituindo assim as deliberações de toda classe pelas deliberações privadas de cada tribu. E

---

pois, que do systema estabelecido por Servio Tullio dever-se-hia ter feito desapparecer o elemento mais essencial, a preponderancia da fortuna (A 1.<sup>a</sup> classe conservava todavia o privilegio de fornecer as centurias de cavalheiros, e em seguida a centuria *prærogativa*), e d'ahi por diante, os comicios por centurias terião por base a divisão do territorio em tribus, isto é, no fundo o numero dos cidadãos que primitivamente não tinha sido tomado em consideração. Mas comprehender-se-ha logo que, graças as modificações que a composição das tribus experimentou, esta mudança ficou longe de ter um alcance tão profundo.

Tem-se dado uma outra explicação da passagem de Tito Livio: Separar-se-ião em cada tribu os membros pertencentes a cada uma das cinco classes. Obter-se-ião assim cinco grupos cada um dos quaes se desdobraria por si mesmo em dous grupos, os *seniores* e os *juniores*. Cada tribu forneceria assim dez centurias; se teria portanto ao todo tresentas e cincuenta, mais as dezoito centurias *d'equites*. Rejeito esta explicação; porque ella suppõe que cada tribu continha membros de cada classe. Ver-se-ha que isto é inadmissivel, pois que as quatro tribus urbanas não se compunhão senão de cidadãos pobres.

(76) Tribunos erão os magistrados, que se encarregavão de proteger os plebeos contra as violencias dos patricios; esta protecção se verificava pela intercessão dos tribunos ou pelo *veto* que oppunhão aos actos dos consules e ás decisões do Senado. A principio erão dous os tribunos, mas depois seo numero augmentou e elevou-se a dez. Chamavão-se tribunos, ou porque o povo era dividido em 3 partes, ou porque erão escolhidos, cada um por cada uma dessas partes ou ainda porque erão eleitos pelos votos das tribus. Dig. L. 1, T. 2 fr. 2 § 20.

como a plebe não estava satisfeita com a parte que os comícios por centurias lhe deixavam no exercício do poder legislativo, os Tribunos principiarão a fazer naquellas assembléas propostas de novas leis, as quaes, sendo approvadas, tomavam o nome de *plebiscitos* e constituirão a 2.<sup>a</sup> fonte historica do Direito Romano.

O *plebiscitum* ( de *plebis* e *scitum*, ordem da plebe ) era definido por Gaio em suas Insts. — o que a plebe ordena e determina ( *quod plebs jubet atque constituit* ), e por Justiniano no § 4 das Insts. L 1 T. 2 — o que a plebe, sob proposta de um magistrado plebeo, como o tribuno, determinava ( *plebiscitum est quod plebs, plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat* ).

Os plebiscitos, portanto, são os decretos ou determinações que a plebe ( o povo, com exclusão dos patricios e senadores ), tomava nos comícios por tribus sob proposta do magistrado plebeo.

Como se vê dessa noção ou da propria definição dos plebiscitos, as determinações ou decretos da plebe, não podião ter uma autoridade geral, commum a todos os cidadãos, porquanto as relações do patriciado não podião ser reguladas, nem alteradas pelos actos emanados da reunião dos plebeos. Essas decisões a principio só erão obrigatorias para a plebe, porque os patricios, não tendo tomado parte nellas, recusavam obedecer, a menos que pela approvação do senado ou dos comícios por centurias tomassem o character de *senatus consultos* ou de *populiscita*. ( 77 )

Pomponio, no § 8 do fr. 2 do Dig. L. 1 T. 2, nos mostra a origem dos plebiscitos no facto de

---

( 77 ) Alguns commentadores, por analogia da palavra *plebiscito*, denominão a lei que vinha do povo de — *populiscito* ; porque, dizem elles, assim como os actos emanados da plebe se chamão *plebiscitos*, os actos emanados do povo devem se chamar — *populiscitos* ; mas esta denominação, embora muito judiciosa, não foi aceita no Direito Romano, pois vemos sempre a expressão *leges* empregada para significar os actos emanados da vontade popular, e *plebiscitos* para os actos emanados de uma parte do povo que se chama plebe ( V. not. 2.<sup>a</sup>, pag. 95 do *Manuel de Droit Romain* par E. Lagrange, ed. de 1873 ).

dissenções entre os *senadores* e os *plebeos*, e segundo os autores, a historia dos plebiscitos prende-se á da criação dos tribunos da plebe.

Os patricios não figurão a principio nos comícios por tribus, como é facil de comprehender-se; por longo tempo resistirão e negarão ás resoluções tomadas pelos plebeos qualquer autoridade legislativa, e recusarão submeter-se a ellas, até que por fim, depois das tres leis — Valeria Horacia, Publilia, Hortensia, — e especialmente desta ultima (anno de 467), que renovou as decisões das duas precedentes, deixarão elles de insistir, e a força obrigatoria dos plebiscitos se estendeo a todo o povo. Desde então pode-se dizer que desapareceo toda e qualquer differença essencial entre as leis e os plebiscitos.

Com effeito o facto da alteração operada no valor legal dos plebiscitos mostra que estes não tiveram sempre os mesmos effeitos. No principio não sendo estabelecidos e votados, como as leis *centuriatas*, por todo o povo e sob proposta de um magistrado da ordem dos senadores, mas somente pelos plebeos e sob proposta de um magistrado plebeo, só obrigavão a plebe; mas depois de promulgada a lei Hortensia, como dizem Gaio e Justiniano no § 4 de suas Insts., começarão os plebiscitos a valer tanto como as leis e por conseguinte a obrigar a todos os romanos; tanto que d'ahi em diante passarão a constituir a fonte mais consideravel do direito privado, confundirão-se com as *leges* propriamente ditas, tendo muitos o nome de leis, como a lei *Aquilia* sobre certos delictos; a *Cornelia*, sobre o edicto pretoriano; as *Falcidia* e *Vocconia*, em materia testamentaria; a *Atilia*, concernente á tutela; a *Canuleia*, permittindo o casamento entre os patricios e os plebeos, etc.

Como mostra a historia, os patricios haviam perdido grande parte de sua autoridade e os plebeos tinham adquirido muito em virtude da Lei das Doze Tabcas, que acabava com a separação ou distincção sob o ponto de vista do direito privado. Mais tarde, depois da divulgação do segredo dos dias

faustos e nefastos e das acções, os plebeos começaram a desvendar os mysterios do Direito, que a principio era privilegio dos patricios.

As deliberações da plebe não são obedecidas pelos patricios, apesar da lei Valeria Horatia, que determinava *ut quod tributim plebe jussisset, populum teneret*. Os tribunos, por meio do *veto* que tinham, oppunhão-se a todos os *senatusconsultos*; e deste modo não tardou a haver novas lutas e dissensões entre as duas classes rivaes.

Na Dictadura de Q. Publilio publicou-se a lei Publilia renovando a determinação de que todos os romanos obedecessem aos plebiscitos. Ainda assim não desapparecerão todas as divergencias e dissensões, tanto que no anno de 465 a plebe se retirou para o Monte Janiculo, protestando não voltar em quanto não se estabelecesse que os plebiscitos obrigassem todo o povo. (78)

Era necessario para o engrandecimento do Estado e tranquillidade publica o reconhecimento da igualdade dos direitos entre as duas referidas classes, e foi, como dissemos, o Dictador Q. Hortensio que, pela lei que traz o seu nome, consignio afinal esse *desideratum*.

Nem se pode dizer rasoavelmente que era injusto que a vontade da plebe fizesse ou constituisse lei para todos os cidadãos; porque as leis que assim o decidirão, permittião ao mesmo tempo a todos os cidadãos tomar parte nos comicios por tribus.

O character principal dos plebiscitos, nessa epo-

---

(78) « Para explicar estas tres leis, diz o cit. Accarias, tomando successivamente a mesma decisão, suppoz-se que a lei Valeria Horacia subordinava esta força obrigatoria do plebiscito a uma authorisação anterior pelo senado e á uma ratificação posterior pelas curias. A 1.ª condição teria sido supprimida pela lei Publilia, a 2.ª pela lei Hortensia. Mas desta 2.ª condição não se trata em parte alguma. Quanto a 1.ª, julgou-se encontra-la indicada em Tito Livio (IV, 6). Mas nada prova que este historiador se refira a um projecto de plebiscito antes do que a um projecto de lei centuriata. Creio, pois, que a lei Hortensia foi motivada pela inobservancia das duas leis precedentes ».

cha, é, pois, serem revestidos da mesma autoridade e obrigatoriedade das leis.

Eis, portanto, como a *lei* e o *plebiscito*, as duas primeiras fontes do direito escripto, tornarão-se na realidade a mesma cousa, depois da promulgação da Lei Hortensia, que obrigou ao povo romano a observar geralmente as regras do Direito oriundas do proprio povo.

*Senatusconsultos* são os decretos e deliberações do senado, ou, como diz Justiniano, aquillo que o senado manda e determina (*quod senatus jubet atque constituit*, Insts. L. 1, T. 2, § 5).

O Senado era uma assembléa de homens escolhidos e entre os quaes originariamente não era admittido nenhum plebeo. Elle existio, diz Bruschy, desde a fundação de Roma, e era um conselho formado dos chefes das primeiras cazas (domus), que tinham dado origem a cada familia (gens), e não dos homens mais velhos, como o nome de *Senatus* fez persuadir a muitos dos que têm escripto sobre a historia do Direito Romano (79). Era então um Corpo consultivo, e os seus Decretos tomavão o nome de *consulta*.

No tempo da republica já tinham assento no senado muitos plebeos; pois mudada a especie de aristocracia de sangue dos primeiros senadores, entrou tambem a aristocracia de dinheiro; e assim erão nomeados pelas suas riquezas, meio que os tribunos acharão para fazer tomar parte nos conselhos do Senado os homens de sua classe (80).

---

(79) Alguns dizem que o senado era assim chamado de *senes* (velhos), porque os senadores erão ou devião ser homens velhos. Cicero tratando dos senadores diz — *quos senes appellavit, nominarunt senatum*. Com a admissão dos plebeos no Senado, usou-se da formula — *Patres, et conscripti* para significar os senadores patricios e plebeos, sendo estes inscriptos ou escolhidos. Era composto as mais das vezes de cidadãos que exercião ou tinham exercido magistraturas, e que se achavão em uma certa posição de fortuna (cit. *Ruben de Couder* pag. 8).

(80) O citado Bruschy diz que esta dignidade não era vitalicia, nem annual. isto é, dependia do porte do Senador, porque os Censores podião riscal-o das Taboas do Censo, e deste modo perder elle a habilitação para o cargo.

Foi com razão, diz Legat. ( *Les Institutes de Théophile, Paraphrase des Institutes de Justinien*, pag. 37 ), que as resoluções d'essa corporação receberão a denominação de *senatusconsultum*; por que, o que o senado decretava sem que a plebe tivesse manifestado sua vontade, não podia vigorar como lei e ter mesmo essa denominação.

Sob a Republica os *senatusconsultos* não erão senão simples actos administrativos, actos politicos ou de direito publico. Não se referião ao direito privado, aos interesses dos particulares. Sob o imperio, e a partir de Tiberio as determinações ou resoluções do senado forão-se multiplicando e tornarão-se a principal fonte do direito ( 81 ).

Diz Heineccio que no tempo da republica havia *senatusconsultos*; mas estes não erão leis; porque o senado não gosava do poder de legislar. A formula muito usada — *populus jubet, senatus auctor est* — dá a entender isso, e por esse motivo chamavão-se simplesmente *senatus auctoritas*, os decretos e deliberações do senado, que não erão approvados pelo povo, ou a que os tribunos oppunhão o veto; entretanto nos casos urgentes e quando a Republica estava em tão grande perigo, que não permittia as delongas da convocação dos comicios, o senado tomava deliberações, e decretava medidas que erão immediatamente executadas, mas para que vigorassem como leis, era preciso o tacito consentimento do povo. Erão, pois, *senatusconsultos* os decretos do senado sobre as cousas confiadas a seu cuidado, isto é, propôr leis, repartir as provincias á sorte, fazer levas de soldados, etc.

Sob o ponto de vista do direito privado o se-

---

( 81 ) Accarias diz ( na obra já citada ) que Justiniano e Pomponio commettem erro explicando esta nova attribuição do senado por um pretendido augmento de população, que tinha tornado difficil a reunião dos comicios ( Dig. L. 1, T. 2 fr. 2 § 9, Inst. L. 1 T. 2 § 5 ); que a verdade é que a população se achava dizimada por causa das guerras civis e os imperadores deixarão pouco a pouco de reunir os comicios, temendo a indocilidade e turbulencia do povo, dissimulando o seu despotismo por meio do senado, que estava sempre prompto a lhes obedecer servilmente ou a satisfazer todos os seus desejos.

nado discutia, autorisava ou approvava os projectos de lei que erão-lhe apresentados e que tinham de ser sujeitos a votação dos comicios. Desde então os *senatusconsultos* começarão a concorrer para a formação do direito privado e erão organizados, como dizem os escriptores, especialmente Heineccio, do modo seguinte:

Reunido o senado o imperador lia ou remettia para ser lido um discurso ( *oratio* ), no qual justificava a nova lei, e d'ahi veio chamar-se aos *senatusconsultos* discursos dos principes, ou direito constituido pelas orações dos principes. Esta oração ( *oratio* ou *epistola principis* ) era lida, na ausencia de imperador, pelo *quæstor candidatus principis*, o qual, segundo o § 4 do fr. 1.º do Dig., L. 1, T. 13, era o encarregado de transmittir pessoalmente ao senado os actos imperiaes *per epistolam aut orationem*. Depois o Consul ou magistrado que presidia o senado e que apresentava em seguida um relatorio ( *relatio* ) consultava a assembléa, perguntando o parecer dos senadores, os quaes podião propôr emendas ( *sententiæ* ) sob a formula *præterea censeo*. Dado o referido parecer, procedia-se a votação exprimindo cada senador o seu voto ( *per relationem* ), ou separando-se os senadores em dous ou mais lugares distinctos para então contarem-se os votos por cabeça ( *per discessionem* ou *per secessionem* ), caminhando para os differentes cantos da sala, segundo a divergencia de opinião dos senadores, resultando d'ahi a distincção de *senatusconsultum per relationem* e *senatusconsultum per discessionem* ou *per secessionem*.

Approvada desta sorte a oração do principe com maior numero de votos, nesse sentido o secretario reduzia a escripto o *senatusconsulto*, o qual, depois de gravado em cobre e exposto publicamente, era levado para o erario de Saturno.

Ordinariamente os *senatusconsultos* tomavão os nomes dos principes, consules ou magistrados que os propunhão. E' assim que vemos sob Claudio o *senatusconsulto* Claudiano, declarando escrava a mulher livre que tivesse relações com

um escravo, não obstante a prohibição do senhor deste; sob Nero o senatusconsulto *Trebelliano*, relativamente aos fideicommissos; sob Vespasiano, o senatusconsulto *Macedoniano*, que prohibio emprestar dinheiro aos filhos-familias negando ao mutuante acção para pedir a restituição do dinheiro emprestado. Todos, salvo este ultimo, tirão seo nome do magistrado que os apresentou, como as leis e plebiscitos trazem, em adjectivo, o nome do magistrado que os propuzera. Ha alguns entretanto que pela sua importancia tomão o nome das pessoas em relação ás quaes forão promulgados, como o citado senatusconsulto *Macedoniano*, que tirou sua denominação de um usurario (segundo os antigos), ou de um filho parricida (segundo os modernos), chamado *Macedo* (Dig. L. 14, T. 6, fragmento 1.º,) etc.

A principio os senatusconsultos erão obrigatorios para todo o povo; e só quando os patricios recusarão obedecer aos plebiscitos, é que os plebeos recusarão tambem obedecer aos senatusconsultos; mas estes, na opinião de Bachio, citado por Bruschy, não tiverão sempre força de lei e só forão fontes de direito sob o imperio, e muito principalmente depois de Tiberio. Muhlenbruch fallando delles exprime-se assim: — *sub prioribus imperantibus uberrimus fons.*

« Nada caracteriza melhor a autoridade do senado que o direito que elle tinha de confiar aos generaes do exercito, ou aos magistrados, o destino da republica nas occasiões perigosas ou desesperadas, dando-lhes um poder sem limites. Entretanto, apesar de tão brilhantes prerogativas faltou ao senado durante muito tempo o direito mais lisongeiro e extenso que se pode ter em uma republica: o de legislar. Romulo o tinha deixado em parte ao povo, afim de que os cidadãos jamais podessem murmurar, quando fossem punidos de conformidade com as leis, de que tivessem sidó autores. Mas o povo não usou desse direito senão no tempo da republica; porque Romulo e seos successores, até depois da expulsão dos Tarquinius,

fizerão sós todas as leis, e se contentarão de fazel-as aprovar pelo senado e pelo povo.

« E' verdade que muito tempo depois o senado attribuiu a si o direito de legislar e se tornou mui celebre por um grande numero de senatusconsultos, dos quaes muitos chegarão até o reinado de Justiniano; e parece que elle tinha mesmo esse poder no tempo dos imperadores, como se vê de muitos referidos no Dig. e no Cod. O jurisconsulto Ulpiano diz na lei 9 do Dig, L. 1, T. 3, que — *non ambigitur senatum jus facere posse*. E este dito é confirmado pela definição do senatusconsulto que Justiniano dá no § 5 das Insts. cits.; porque o tempo presente de que se serve ahi esse Imperador, mostra que em seo tempo o senado podia ainda legislar. Comtudo a lei 9 do Dig., que diz — *non ambigitur senatum jus facere posse*, deve-se entender do tempo da liberdade do povo romano, e não do tempo dos imperadores; e foi por esta razão que o imperador Leão em sua Novella 78, ordenou que ella fosse riscada do corpo das leis, como sendo inutil e de nenhum uso.

« O senado tem a autoridade de interpretar as leis do principe, e a interpretação que faz tem a mesma autoridade das leis: é neste sentido que convem dizer que o senado pode fazer leis ».

Este modo de ver, que é de Lacroix ( *La clef des Lois Romaines* ), parece-nos superior a qual-quer outro.

A questão de saber em que epocha os senatusconsultos adquirirão força de lei em materia de Direito Privado, tem sido agitada pelos autores, sem que até hoje se ache resolvida.

Namur declara que não se conhece de modo preciso tal epocha, apesar da opinião de Theophilo ( um dos redactores das Insts. ), o qual faz datar a força obrigatoria dos senatusconsultos da epocha da promulgação da Lei Hortensia — lei a que já nos temos referido.

Mas Accarias, tratando da materia, observa que « Theophilo commette um erro quando pretende que a Lei Hortensia tornou os senatuscon-

sultos, como os plebiscitos, obrigatórios para todos, em quanto que anteriormente não terião obrigado senão aos patricios ».

O Doutor Henrique Secco, autor do *Manual Historico do Direito Romano*, estende-se sobre esta questão, que, aliás, tendo apenas um certo valor historico, não requer neste curso, um desenvolvimento completo.

Depois de discutir os argumentos produzidos por uns e outros escriptores a respeito do assumpto o autor do citado *Manual* termina dizendo que « não admite duvida alguma que os senatusconsultos tiverão força de obrigar no tempo dos Imperadores ».

Contentamo-nos com esta affirmacão, que nos parece inatacavel.

*Constituições imperiaes, constituições dos imperadores ou dos principes ( constitutiones principis vel placita )* — Sob estas denominações designão-se, como já deixamos entender, as determinações ou decisões dos imperadores.

Pomponio e Ulpiano ( Dig. L. 1, T. 2, fr. 2 § 12 e T. 4. fr. e § 1 ) dizem que a vontade do principe tem força de lei — *quod principi placuit, legis habet vigorem*. Gaio e Justiniano ( comm. I ao § 5, Inst. L. 1, T. 2 § 6 ) reproduzem a mesma noção em termos equivalentes : — *quod imperator constituit* ou *quod principi placuit*.

Antes de tratar das diversas especies e efeitos das constituições imperiaes, entendemos conveniente dizer alguma cousa sobre a sua origem.

Diz Accarias que « as constituições tirão sua força obrigatoria da *Lex Regia*. Esta lei, cujo nome tomado aos usos da antiga monarchia ( 82 ) não é

---

( 82 ) « Sob a realleza, acrescenta o mesmo Accarias em uma nota, se chamava *Lex Regia* uma lei que o rei depois de sua eleição apresentava do *imperio suo* aos comicios curiatos. Segundo o uso a eleição era feita pelos comicios, sob a proposição de um *interrex* nomeado pelo senado ; mas os comicios não votavão provavelmente senão sob a proposição do proprio rei. D'ahi a necessidade da *Lex Regia* para confirmar a eleição. No fundo não havia ahí senão subtilleza e circulo vicioso ; porque ou o rei era já rei antes

mencionado desde o imperio senão por Ulpiano e Justiniano ( Dig. L. 1, T. 4 fr. 1, pr. e Inst. § 6 sup. ) não é, como se julgou por muito tempo, uma lei feita uma vez por todas e pela qual o povo teria para sempre abdicado o seu poder nas mãos dos imperadores. Ella não era mais do que um *senatusconsulto* que, toda vez que se dava uma mudança de imperador, conferia o *imperium*, isto é, o poder executivo, ao novo príncipe. E' o que provão, primeiramente, numerosas passagens de Tacito e de Suetonio. E' assim, ainda, que tendo Maximino, proclamado pelo exercito, reinado *sine decreto senatus*, este facto é assignalado como excepcional por *Julius Capitolinus* ( Maximini duo ) e por Eutropio. Emfim, o que falla mais alto que tudo, um monumento, cuja authenticidade se tem inutilmente contestado, uma taboa de bronze encontrada na basilica de Latrão no meiado do XIV seculo, contem uma parte da *lex* que investio Vespasiano de seus poderes. Tudo isto concorda exactamente com o texto tão preciso de Gaio, que nos ensina que o imperador *per legem imperium* accipit ( I § 5 ). Gaio não fallaria no presente, si se tratasse de uma lei feita uma vez por todas ».

Assim comprehendida, de accordo com Accarias, a *Lex Regia*, devemos explicar por outras considerações o poder legislativo dos imperadores, manifestado] nas Constituições imperiaes, e em virtude do qual elles podião dizer, como Septimio Severo e Caracalla: *Legibus soluti sumus, tamen legibus vivimus*.

Quando Roma deixou de ser republica, e as differentes magistraturas se reunirão pouco a pouco

---

de propor esta *Lex curiata*, e então ella era inutil; ou elle não era ainda rei, e então não podia fazer uma proposição valida. Sob a republica, se mantem o uso de conferir o *imperium* aos magistrados por uma lei curiata. A *lex Regia* do imperio retoma, pois, sob velho nome e forma nova uma antiga tradição ».

Convém observar que quando Accarias se refere a *lex regia* nada mais faz do que conformar-se com o texto da Inst. no qual Justiniano declara que essa *Lei* era o fundamento das *Constituições imperiaes*.

na pessoa do imperador, este se vio investido da faculdade de promulgar todas aquellas decisões que antes erão individualmente dadas pelos diversos magistrados. As constituições imperiaes começam, portanto, desde Augusto a ser fonte legitima de direito escripto. Mas Augusto e seos primeiros successores, convencidos de que o segredo de todo governo novo está em conservar a imagem do antigo, deixarão subsistir as antigas magistraturas e manifestando a sua vontade sob formas republicanas respeitarão a apparencia da republica. Eis como se explica que nos primeiros tempos do imperio a fonte mais fecunda do direito tivesse consistido nos senatusconsultos, e que só pouco a pouco, crescendo o numero das constituições e com Diocleciano tornassem se ellas então a unica fonte do direito ( 83 ).

As constituições imperiaes, diz Marezoll, differião muito entre si, tanto por sua forma exterior como por seo objecto. Era uma consequencia natural da organização politica e judiciaria do imperio, que assignava ao imperador o papel mais activo, tanto sob a relação da legislação, como sob o da alta direcção politica, administrativa e judiciaria.

As constituições dividem se pois, quanto á forma e ao objecto.

Pelo seo objecto são geraes e especiaes. As

( 83 ) Si se quizer ir mais longe na explicação do sentido que deve ser attribuido á *Lex Regia*, pode-se dizer que, segundo o conceito mais autorisado da critica historica, ha uma notavel relação entre a expressão — *Lex Regia* e o que a sciencia do Direito Publico moderno chama « a soberania do povo ».

O Imperador se elevava ao poder pela sua acclamação, e por consequente era legitimo representante do povo. Portanto devemos interpretar tal expressão dizendo que os Imperadores erão elevados ao throno em virtude da vontade do povo ; que elle era seo verdadeiro representante e fazia leis com autoridade igual á do proprio povo.

A questão era de representação ; a principio o povo era representado por curias e centurias ; mais tarde pelos senadores, e mais tarde ainda por uma só pessoa, pela pessoa do Imperador.

Assim explicada a suprema autoridade do Imperador, vê-se que elle tinha poder bastante para promulgar leis.

primeiras têm força de lei applicavel a todos os cidadãos; as outras, ainda que devendo ser respeitadas por todos, não se referem directamente senão áquelles que motivarão a decisão do imperador.

Havia constituições que, segundo a vontade do imperador de que emanavão, não devião applicar-se senão a pessoas determinadas, e que não podião estender-se a outros casos sob pretexto de analogia ( cit. § 6 das Insts. ).

As constituições *especiaes* ou *personaes* erão, portanto, aquellas pelas quaes o imperador concedia a alguém um favor ou infligia-lhe um castigo, uma pena extraordinaria. São tambem chamadas privilegios ( *privatæ leges* ), e destes ha naturalmente duas especies: os *graciosos* ou *favoraveis* e os *rigorosos* ou *odiosos*, como indica o adagio juridico relativo á sua interpretação: — *Privilegia odiosa restringenda sunt, favores autem ampliandi*. Os privilegios favoraveis podem subdividir-se em *dispensa* e *privilegio propriamente dito*, sendo aquella para um caso determinado e por consequencia de duração limitada, e este para vigorar em quanto o contrario não fôr ordenado. Ainda podem ser divididos os privilegios em *personaes*, *reaes* e *mixtos*, segundo se attende mais ás pessôas, ou ás cousas, ou a umas e outras ( 84 ).

Os privilegios são verdadeiras leis, quanto á sua origem e quanto á sua sancção; pois que todos os cidadãos devem respeitar ou soffrer o monopolio das concessões imperiaes, mas elles não têm o alcance das leis ou constituições geraes.

No ponto de vista de sua forma, as constituições geraes dividem-se, como já dissemos, em tres classes ou categorias: — *edicta, decreta e rescripta*.

*Edictos* são as constituições que contém dispo-

---

( 84 ) Deixamos de parte outras divisões menos importantes como a de Muhlenbruch, que distingue os privilegios *affirmativos* dos *negativos*, sendo os primeiros aquelles pelos quaes se concede a pratica de certos actos com exclusão dos outros individuos, e os segundos aquelles pelos quaes se concede a isenção de certos actos a que os outros estão obrigados.

sições emanadas da iniciativa do imperador, geraes e para o futuro.

*Decretos* são as que contêm julgamentos ou decisões proferidas pelo imperador em sua qualidade de juiz em ultima instancia.

*Rescriptos* são as constituições pelas quaes o imperador responde ás consultas, dirigidas pelos magistrados, juizes ou particulares sobre algum ponto duvidoso de direito.

Na const. 3.<sup>a</sup> do Cod. L. 1, T. 14 se diz que aquillo que o imperador estabelece de *motu proprio* para o futuro em utilidade de todos, chama-se *edicto*. Edictum, segundo Theophilo ( Paraphrase ás Insts) vem de *edicere*, que significa *dizer antecipadamente*.

Ora como nas constituições imperiaes encontramos algumas em que os Imperadores manifestão espontaneamente a sua vontade para o futuro, isto é, estabelecem disposições geraes para reger os actos futuros, chamou-se a estas constituições — *edictos*. Ha, pois, nos edictos dous pontos que os extremão ou distinguem das outras especies de constituições. Em 1.<sup>o</sup> logar a *espontaneidade* porque o acto promulgado pelo imperador era independente de provocação de seos subordinados; em 2.<sup>o</sup> logar a *applicação a actos futuros* e não aos existentes. D'onde resulta que os *edictos* tem perfeita analogia com o que modernamente se chama — *leis*, isto é, disposições emanadas do poder legislativo para regerem aquelles actos que forem praticados depois de sua promulgação.

A palavra — *Decreto*, segundo o citado Theophilo, vem de *decernere*, que significa julgar: porque o imperador pronuncia ou julga, conforme o que, segundo seo discernimento, lhe parece justo e equitativo na questão que lhe é submettida e na da mesma natureza que poderá surgir mais tarde.

Decreto quer dizer aquillo que o imperador estabelece decidindo uma causa.

As decisões de questões de ordem privada estavam affectas ao imperador como supremo juiz das controversias agitadas entre os individuos.

Portanto, conforme a diversidade da actividade

do povo, também a autoridade do imperador funcionava de diversos modos. Quando promulgava o edicto, o imperador inspirava-se na ordem social que devia promover, e quando era o decreto que promulgava, elle não legislava, applicava ao litigio que era sujeito á sua decisão o Direito existente. Dessa comparação do decreto com o edicto vê-se que por meio do *decreto* o imperador funcionava como autoridade judiciaria, e por meio do *edicto* como autoridade legislativa.

Por meio dos decretos o imperador, tomando conhecimento da causa discutida entre as partes, proferia, como se vê do § 1 fr. 1 do cit. Dig. L. 1, T. 4, sentenças definitivas ou despachos interlocutorios.

No 1.º caso, diz Heineccio, havia exame da causa e observancia de certas formalidades: no 2.º caso o imperador proferia sua decisão de plano e sem figura de julzo ( *sine strepitu judicii* ). Para esse exame e para instruir o imperador na sentença que tinha de dar, havia um conselho de jurisconsultos, chamado *auditorium, consistorium principis*.

Os decretos se distinguem ainda dos edictos por não serem como estes promulgados espontaneamente, e sim por provocação dos litigantes que appellavão das sentenças dos juizes para o imperador; tinham por effeito estabelecer direito somente entre as partes, segundo se vê da Const. 2 do Imperador Theodosio ( cit. cod. L. 1, T. 14 ); mas Justiniano equiparou-os ás leis, tornando-os obrigatórios e applicaveis a todos os casos semelhantes, quer tratando-se de direito novo, quer da interpretação do ja existente (§ 6 das Insts. ).

Os *rescriptos*, que definimos acima, variavão de nome, conforme as pessoas a quem erão dirigidos e o facto de ser ou não formulada a resposta do imperador no proprio escripto da consulta.

Assim, essas respostas, como dizem os autores, tomavão o nome de *subnotações* ou *anotações* ( *subscriptions* ou *adnotationes* ), quando erão formuladas abaixo da petição ( *supplicatio* ) e as consultas erão feitas por particulares; de *epistolas* ou

*cartas*, quando as respostas são dadas aos juizes e magistrados em escripto distincto ou separado do da consulta; e de *pragmaticas sancções* (*pragmaticæ sanctiones*), quando as respostas são dirigidas em objecto de interesse geral a uma corporação constituída, como uma provincia, uma cidade e um municipio (Cod. L. 1, T. 23, constituição 7 § 1).

Os rescriptos tinham os mesmos effeitos dos decretos, são geralmente obrigatorios, quando o imperador assim o determinava formalmente, e era fundada sua disposição em um principio geral de direito, sem restricção alguma em sua applicação (Inst. § 6 sup.)

Accarias confirma essa doutrina nos termos seguintes :

« E' evidente que os rescriptos e os decretos não têm necessariamente força de lei para as hypothèses semelhantes áquellas sobre que versarão; é preciso que tal seja a vontade do principe, como o texto do § 6 das Insts. o faz sufficientemente comprehender (85).

« No anno 398 os imperadores *Arcadius* e *Honorius*, sem duvida para evitar ao juiz a difficuldade de procurar saber a vontade do principe, restringirão a autoridade dos rescriptos á mesma especie que os houvesse provocado, a menos que não contivessem expressão formal de uma vontade contraria (L. 11 C. Th. *De div. rescript.* I, 2). Não tendo Justiniano reproduzido essa decisão em seu Cod., concluo que elle a abrogou ou que ella tinha sido abandonada na pratica. E com effeito, elle quer que os decretos, cuja autoridade pareça com justa razão menor que a dos rescriptos, tenham em prin-

---

(85) Alguns autores, accrescenta o citado romanista, têm negado absolutamente o character obrigatorio dos rescriptos em todas as epochas de direito romano. Mas é um erro evidente, pois que Gaio e Justiniano os collocão a par dos edictos. Alem disto Julio Capitolino refere ter o imperador *Opilio Macrino*, que era jurisconsulto, concebido o projecto, que não executou, de abrogar todos os rescriptos de seus predecessores, projecto incomprehensivel se os *rescriptos* não tivessem força de lei.

cipio ou como regra força de lei geral ( Cod. L. 1, T. 14 const. 12 pr. ). Esta decisão de Justiniano faz suppor que a autoridade dos *decretos* tinha sido contestada, talvez por uma consequencia da constituição de *Arcadius* e *Honorius* sobre os rescriptos.

« E', finalmente, mui raro que os rescriptos creem direito absolutamente novo. Quasi sempre confirmão uma regra já recebida ou fazem prevalecer uma doutrina controvertida. Sua missão é fixar a jurisprudencia. Quanto aos decretos, elles são muitas vezes a fonte de um direito excepcional fundado no favor ou na equidade ».

Os rescriptos e os decretos, dizem tambem Ruben de Couder, Van Wetter e outros, estatuião sempre para o passado. Promulgados por occasião de uma contestação presente, não fazião senão interpretar o direito em vigor na epocha de sua promulgação, sem nada innovar. Erão verdadeiras leis interpretativas.

Mas, os rescriptos devem, para ser validos, segundo Heineccio e outros, conter estes requisitos: 1.º começar pelo nome do principe e ser assignados pelo proprio punho deste, com declaração do dia, anno e consulado sob o qual são concedidos, quando elles são pessoaes; porque os rescriptos geraes teem autoridade de lei, ainda que nelles não se achem declarado o dia e o consulado, comtanto que estejam inseridos no corpo das leis ( Cod. L. 1, T. 23, const. 3 e 4 e Nov. 47 ); 2.º conter a clausula — *sí preces veritate nitantur* — isto é, que as petições da consulta se baseem na verdade, considerados nullos os rescriptos obtidos *ob* e *subrepticamente* e castigados os magistrados, que conhecendo isto, os executassem ( Const. 7 do Cod. cit. ), e 3.º não prejudicar o bem publico e o direito de outrem ( Cod. L 1, T. 22, c. 6 ). Waldeck, Bruschy e outros escriptores accrescentão como 4.º requisito — ser registrados nas *actas publicas* ou nas *Actas dos Magistrados e Tribunaes*, para não ficarem sujeitos a excepção de — *ob* — ou — *subrepeção*.

Temos assim feito a analyse das tres especies principaes de constituições imperiaes que podião

alterar o direito privado, e que, na phrase de La-grange, abrangem todos os poderes da soberania: poder *legislativo*, *executivo* e *judiciario*.

Alguns escriptores alludem ainda a uma 4.<sup>a</sup> manifestação do direito: — os *mandatos*.

Os mandatos são instrucções dirigidas pelo imperador a seos subordinados em relação á administração dos negocios publicos. Tinhaõ inteira afinidade com os actos administrativos do Direito Publico moderno; erão o meio pelo qual o governante manifestava seo modo de pensar em qualquer assumpto administrativo e acerca da norma de conducta que devião ter os seos subordinados.

Ordinariamente os mandatos apresentam um character meramente politico e é por isso sem duvida que Justiniano não os contemplou entre as constituições que podião alterar o direito privado. Mas, como diz Accarias, os textos provão que por excepção elles podem referir-se ao direito privado ( Dig. L. 23, T. 2, fr. 65 ).

Namur diverge desse modo de ver quando diz que Gaio ( 1, § 5 ) e Ulpiano ( D. L. 1, T. 4 fr. 1 § 1 ) não mencionão os mandatos sem duvida porque elles os considerão comprehendidos nos rescriptos ou nas epistolas.

Achamos preferivel a opinião de Accarias.

Os *edictos dos magistrados*, sobretudo dos *pretorres* — erão exposições ou programmas publicos, por elles apresentados, ao entrarem no exercicio de suas funcções, do modo porque applicarião a lei, e que obrigavão, como os edictos imperiaes, a universalidade dos cidadãos ( Inst. L. 1, T. 2 § 7, Dig., L. 1, T. 1, frs. 7 e 8, T. 2, fr 2, § 10 ).

Não se pode fixar precisamente a data dos primeiros edictos, mas pensa Accarias que elles são posteriores á divulgação das *legis actiones* ou formulas do processo ( 86 ), mesmo á promulgação da

---

( 86 ) Esta divulgação, diz o citado romanista, teve lugar pelo meiado do seculo V. de Roma e foi obra de Cneius Flavius, neto do liberto e secretario de Appius Claudius Cæcus, que em sua censura tinha revoltado a aristocracia romana fazendo entrar

lei Hortensia ( 87 ), bem como são anteriores á lei Æbutia que aboliu em grande parte o systema das *legis actiones*. O mesmo autor colloca-os entre os annos 467 e 583, e julga-os mais proximos da primeira do que da segunda data.

« Os edictos concernentes ao direito privado ( os unicos de que temos de occupar nos ) são os dos pretores, dos presidentes de provincia, dos edis curúes ou dos questores, e dos prefeitos do pretorio ( 88 ). Mas estes edictos estão longe de apresentar todos igual importancia. Os do prefeito do pretorio não apparecem como esta magistratura, senão sob o imperio e na epocha somente em que o prefeito do pretorio tornou-se o chefe de todas as hierarchias administrativas. A autoridade delles foi consagrada no seculo III por Alexandre Severo ( L. 2. Cod. De Off. præf. pret. I, 26 ). Parece, porém, ter sido uma fonte pouco fecunda.

« Quanto aos edis curúes, investidos da policia geral, da vigilancia dos mercados e das estradas publicas, a propria natureza de suas attribuições cedo os levou a regular as condições intrinsecas das vendas de escravos, de animaes e de outros objectos moveis ( Dig. XXI, 1 ) e a tomar medidas destinadas a garantir a liberdade e a segurança da circulação ( Inst. § 1, IV, 9 ). Mas abi se limita, quanto ao direito privado, o interesse de seos edictos, que têm por equivalentes nas provincias administradas pelo senado, os dos questores ( Gaio I, § 6 ).

« A respeito dos presidentes de provincia, seos

---

pela primeira vez netos de libertos no senado, e repartindo a população pobre por todas as tribus.

( 87 ) Diz que isto resulta da aproximação de alguns textos de Pomponio ( L. 2, §§ 9, 10 e 11, De reg. jur. ).

( 88 ) Entre os edictos concernentes ao *jus publicum*, encontram-se os dos consules, dos censores e dos tribunos da plebe, mencionados por Aulo-Gellio e Tito Livio. Ha tambem os dos *præsides provinciarum* ( Cic. Ep. ad. div. III, 8 ). O todo destes textos prova que aqui, como nos edictos relativos ao direito privado, se distinguão *edicta perpetua* e *edicta repentina*, *edicta translata* e *edicta nova*.

edictos, se julgamos delles pelo que Cicero promulgou como proconsul de Cilicia ( Ep. ad. Att. VI. 1, n. 5), devião dividir se em duas grandes partes: uma concernente ao *jus provinciale*, isto é, á applicação das leis que os Romanos tinham achado em vigor na provincia por occasião da conquista e que tinham deixado subsistir; a outra concernente ás relações dos Romanos entre si e com os peregrinos. A primeira tinha somente alguma originalidade; a segunda era, com pouca differença, a copia do edicto dos pretores de Roma ( 89 ).

« Restão pois os edictos dos pretores. Estes abrangem o todo do direito privado e excedem todos os outros pela sua importancia e originalidade.

« Quando no anno 388 os patricios vencidos pela plebe lhe derão accesso ao Consulado, quizerão diminuir a importancia desta magistratura ( 90 ) e para isto confiarão a administração da justiça a um novo magistrado; este foi o *prætor urbanus*, que até o anno 417, não podia ser escolhido senão entre os patricios. No anno 507 a affluencia crescente dos peregrinos em Roma trouxe a criação de um segundo pretor, encarregado de dirigir os processos entre peregrinos ou entre romanos e pere-

---

( 89 ) Chamou-se *edictum provinciale* o todo das disposições que se reproduziam tradicionalmente em todos os edictos dos *præstides*. Gaio fez do *edictum provinciale* um commentario do qual muitos fragmentos figurão no Díg.

90 ) O consulado não differio a principio da realza senão em dous pontos: era annual e não perpetuo; era partilhado entre duas pessoas, em lugar de pertencer a uma só ( Cic. De rep. II 32; De legib. III, 3 - Tito Livio, II, 1 ). Quasi desde o começo este poder absoluto recebeu duas limitações: os consules não poderão, excepto em tempo de guerra e como chefes do exercito, pronunciar condemnação alguma *capital injussu populi*, nem proferir decisão da qual não podesse della appellar para o povo ( *provocare* ) ( L. 2 § 16, De orig. jur. ). A *provocatio* foi considerada como uma immensa conquista. Cicero ( De orat. II, 48 ) a denomina *patrona civitatis et vindex*, e Tito Livio ( III, 55 ) *unicum libertatis præsidium*. A criação dos *tribuni plebis* com seo *jus intercedendi* limitou ainda o poder dos consules, mas todas essas medidas nada tinham tirado á extensão das attribuições dos consules. E' pela criação da pretura que ellas forão pela primeira vez diminuidas, e ainda o forão antes de facto do que de direito.

grinos, dando-se-lhe o nome de *prætor peregrinus* ( 91 ).

« Estes dous pretores, antes de entrar no exercicio de suas funcções, promulgavão um edicto; mas é evidente que o do pretor peregrino não comprehendia as materias pertencentes ao *jus civile*, em quanto que o edicto do pretor urbano comprehendia não só o direito civil, como tambem o direito das gentes, applicaveis ambos nas relações dos cidadãos entre si. Tambem este ultimo edicto, sendo o mais importante dos dous, é o que os juriconsultos commentão de preferencia, e a que se referem mais especialmente, quando fallão do direito pretoriano ( 92 ).

«O edicto do magistrado tornava-se applicavel do dia de sua posse ou da entrada no exercicio de suas funcções e não perdia sua força senão com a expiração dessas funcções, isto é, no fim de um anno. E eis porque se chamava *edictum perpetuum*, expressões cujo sentido falseamos por uma traducção grosseiramente litteral ( 93 ).

( 91 ) Pelo fim da republica havia doze pretores. No tempo de Pomponio, isto é, sob Marco Aurelio existião dezoito. Entre esses novos pretores, uns administravão provincias, outros presidião as commissões chamadas *questiones perpetuae*. Outros emfim, taes como o *prætor fideicommissarius* e o *prætor tutelaris*, que encontraremos mais tarde, tinham funcções judicarias inteiramente especiaes ( L. 2 § 32, De orig. jur. I, 2 ). Finalmente era a sorte que assignava a cada pretor seo destino. Os comicios, e mais tarde o senado, limitavão-se a nomear um numero determinado de pretores.

( 92 ) Alguns autores considerão equivalentes as expressões *jus prætorum* e *jus honorarium*, tomando-se, quando se falla em geral, uma pela outra ou como synonymas; mas, como diz Accarias « essas duas expressões são de alcance mui differente. O direito honorario é o genero; o direito pretoriano, a especie. O direito honorario comprehende o todo das regras introduzidas pelos edictos dos magistrados, e chamão-n'o assim porque emanão de pessoas, como os magistrados, que trazem insignias honorificas ( cit. § 7 das Insts. ) O direito pretoriano não comprehende destas regras senão a porção estabelecida pelos pretores. »

93 ) *Perpetuus* significa não interrompido, isto é que o edicto publicado pelo pretor devia conservar de modo continuo e sempre persistente, sua força obrigatoria durante uma magistratura.

« Para evitar as decisões inspiradas pela complacencia ou pelo odio, uma lei Cornelia, mencionada por Asconius, escoliasta de Cicero, prohibio aos magistrados modificar seo edicto depois de entrar no exercicio de suas funcções, e dar decisão alguma que a elle se oppuzesse ( 94 )

« A este *edictum perpetuum* proposto por um anno e que apresenta um character de generalidade, se oppõem os *edicta repentina*, edictos publicados pelo pretor a proposito de uma circumstancia superveniente no curso de suas funcções, e não prevista no *edictum perpetuum*. A antithese resulta mui claramente de um texto de Ulpiano ( L, 7, pr., De jurid. II, 1 ).

« Os *edicta perpetua* se succedião de anno em anno ( 95 ); mas um pretor novo tomava voluntariamente aos edictos de seos predecessores tudo o que lhe parecia racional, conforme as circumstancias, e geralmente aceito. Formou-se, pois, insensivelmente, uma tradição, e houve uma serie de disposições que acabarão por constituir o direito pretoriano : — denominarão n'as *edicta translaticia*, por opposição aos *edicta nova* ( 96 ) ou ás disposições que apparecião pela 1<sup>a</sup> vez em um edicto ».

Pelo historico que acabamos de fazer, de accordo com Accarias, vê-se que progressivamente melhorados e mantidos em seos elementos principaes,

( 94 ) Os magistrados romanos, quando era um Verres ou um de seos muito numerosos companheiros, não se constrangião quasi para violar essas regras. Cicero, ao contrario, mostra-se muito preocupado em observal-as.

( 95 ) Sob o imperio, a duração das funcções dos *praesides*, pelo menos nas provincias directamente administradas pelo imperador, não teve mais limite fixo. Tiberio as manteve muitas vezes até sua morte. D'onde resulta a consequencia de que os edictos desses magistrados não perderão mais necessariamente sua autoridade no fim de um anno. Quanto aos pretores romanos, não foi nada mudado.

96 ) Nessas expressões *edicta nova* ou *translatitia*, a palavra *edictum* não significa mais um edicto encarado em seo todo, mas uma simples disposição do edicto. Esse sentido encontra-se frequentemente nos textos ( L. 1 pr., Ex. quib. caus. maj IV., 6 — L. 1 pr., De pec. const. XIII, 5 ).

os edictos acabarão por formar insensivelmente um encadeamento ou uma serie de praticas e de doutrinas que constituio o direito pretoriano; elles passarão para o dominio do *jus scriptum*, quando o jurisconsulto Salvio Juliano os condensou em uma celebre compilação sob o nome de *Edictum perpetuum* por ordem de Adriano, o qual confirmou esta obra por um senatusconsulto e lhe deu autoridade legal.

Do que precede resulta ainda que os edictos dos magistrados são de diversas especies conforme são encarados ou relativamente aos magistrados, que os publicavão, ou á duração de sua autoridade, ou, finalmente, á especie de direito a que elles se referião.

No 1.º caso podem mencionar-se os seguintes: *Edicta consulis*, *Edicta censorum*, *Edicta tribunorum*, *Edictum provinciale* ou *proconsulare*, *Edicta prætorum*, *Edicta ædilitia*, *Edicta quæstorum*, e outros menos conhecidos, como os do prefeito da cidade (*præfectus urbis*), do prefeito do pretorio (*præfectus prætorii*) dos tribunos, dos dictadores, etc. Os mais importantes para o direito privado são os dos pretores e dos edis.

Em relação ao tempo que duravão as disposições dos edictos, podem enumerar se estas especies: *Edictum perpetuum*, tambem chamado *edictum annum*, *lex annua*, que era o edicto geral, publicado pelo magistrado ao entrar no exercicio de suas funcções e cujas prescripções só perdião sua força obrigatoria quando terminava sua magistratura; *Edicta repentina*, que erão os publicados especialmente para um caso occorrente, não previsto no *edictum perpetuum*; *Edicta translata*, que erão as disposições extrahidas dos edictos anteriores; *Edicta nova*, que erão as disposições ainda não adoptadas por outros edictos e que apparecião pela primeira vez.

Em relação a especie de direito a que se referião ou para cuja formação concorrião, os edictos podião ser divididos em *publicos* quando erão relativos ao *jus publicum*, como por exemplo, os edictos

dos censores ; e *privados* quando se referião ao *jus privatum*, como os edictos dos pretores.

Todos esses edictos, e sobretudo os dos pretores, constituirão o *jus prætorium* ou *honorarium*, porque erão promulgados por magistrados revestidos de honras.

Ditas estas palavras podíamos dar por terminada esta parte do presente capitolo; mas julgamos necessario tocar, mesmo succintamente, em dous pontos, que têm dado lugar a controversias.

Um delles é a determinação do character ou do papel legislativo dos pretores.

Alguns escriptores, fundados no fr. 8 do Dig. L. 1, T. 1 ( onde Marciano chama o direito honorario *viva vox juris civilis* ) pretendem que os pretores não podião *corrigir* o Direito Civil, como nos diz Papiniano que elles fazião, fr. 7 § 1.º do cit. Dig. Isto importa dizer que es pretores não tinham poder legislativo.

Mas, por isso que dispunhão do *imperium*, e erão delegados do povo, supprião, ajudavão e corrigião o Direito, segundo vimos na pag. 103 ; e assim considerados, não se lhes pode negar certo poder legislativo, quando exercião qualquer dessas suas attribuições ( *adjuvare, supplere* ou *corrigere jus civile* ).

Diz um autor moderno que as palavras do citado Papiniano exprimem em toda a sua verdade a missão legal do pretor. E acrescenta que este magistrado, ao mesmo tempo que era o executor do Direito Civil, era um dos órgãos regulares do poder legislativo.

O outro ponto a que alludimos é aquelle em que se trata de saber em que epocha, ou a partir de que epocha, se podem contar os edictos dos magistrados entre as fontes do *jus scriptum*.

Dos trabalhos de todos os romanistas que têm aprofundado o assumpto, se deduz que foi a partir do reinado de Adriano ( o imperador que os mandou compilar e deo força legal a essa compilação ) que os edictos tornarão-se directamente fonte do Direito e merecerão a designação de *jus scriptum*.

Sobre a referida compilação, conhecida pelo nome de *Edictum Perpetuum* de Salvio Juliano, a influencia que ella exerceo na formação do direito, já dissemos quanto era bastante.

Agora resta só accrescentarmos que os magistrados não perderão o *jus edicendi* com a promulgação do referido Edicto. E' certo que elles não poderão mais, dahi por diante, desconhecer as disposições escriptas no trabalho de Juliano; mas ficarão com o direito de formular disposições novas sobre os pontos não previstos no *Edicto Perpetuum*.

Do que temos dito decorre que os effeitos dos edictos dos magistrados devem ter variado no correr dos tempos. Antes da compilação de Salvio Juliano, taes effeitos não consistião senão em auxiliar, supprir e corrigir o Direito Civil; depois daquella compilação, porém, os seos effeitos forão iguaes aos das leis.

Passemos agora a tratar das *responsa prudentum*.

As *Respostas dos Prudentes*, segundo Gaio e Justiniano, são as sentenças e opiniões daquelles, a quem era permittido fixar direitos — *sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat jura condere*. Com. 1, § 7; Insts. L. 1, T. 2, § 8 (97).

---

(97) Theophilo, na sua Paraphrase grega das Insts., referindo-se ás palavras — *sententiae et opiniones*, assignala a differença que existe entre essas expressões, dizendo que *sententiae* significa as respostas firmes e decisivas dos jurisconsultos, taes como: é permittido fazer isto, ou não é permittido fazer isto; e que a expressão *opiniones* indica as respostas vacillantes ou duvidosas, taes como: eu creio que é permittido fazer isto, creio que não é permittido fazer isto. »

Accarias a esse respeito diz o seguinte: « Entre a *sententia* e a *opinio* ha uma pequena differença: a *sententia* é apresentada como certa para todo mundo, a *opinio* como certa para seo autor, mas falsa e duvidosa para os outros. Tal é, segundo me parece, o sentido da explicação dada por Theophilo ( sobre o § 8 sup. ) ».

Apesar da grande autoridade de Theophilo e de Accarias, entendemos que não se pode adoptar taes explicações, visto que as sentenças e opiniões dos jurisconsultos são consideradas aqui como constituindo Direito escripto, e não era possivel que o Direito se fundasse sobre opiniões duvidosas ou vacillantes.

Pelas *responsa prudentum*, devemos entender, como dizem Ruben de Couder e Accarias, não somente as respostas propria-

Depois de Justiniano ter definido e caracterizado as respostas dos Prudentes, diz ainda no cit. § 8: « Pois antigamente determinou-se que houvesse interpretes publicos, aos quaes foi concedido pelo Cesar dar consultas sobre o direito: erão chamados jurisconsultos (*Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui jura publice interpretarentur, quibus à Cæsare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur*). »

Nesta parte do texto refere-se Justiniano ao *jus publice respondendi* concedido pelo imperador aos jurisconsultos, e continúa dizendo: « suas sentenças e opiniões tinham tanta autoridade que, segundo as constituições, não era licito ao juiz afastar-se da resposta delles — *quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judicium recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum*. »

Nesta parte final do texto allude Justiniano a

---

mente ditas ás consultas, mas também as decisões emittidas espontaneamente em uma obra doutrinal (opiniones).

Os jurisconsultos erão chamados a dar suas respostas por dous modos diferentes: ora proferião decisões ou sentenças por meio de consulta, ora manifestavão suas opiniões, sem ser consultados, nas monographias, nas obras que escrevião, nas lições oraes, unicamente por amor da sciencia etc. D'ahi a explicação natural das duas referidas expressões.

Esta explicação é diversa da de Theophilo; por ella se vê que tanto vale a opinião do jurisconsulto quando falla em these, como quando falla em hypothese, pela convicção fundada que deve sempre revelar; ao passo que pela explicação de Theophilo, compartilhada por Legat, Ortolan e outros commentadores das Insti-tulas, a resposta dos Prudentes não é a mesma em um e outro caso, porque no 1.º caso é firme e inabalavel, e no 2.º variavel e incerta.

Savigny, em uma nota de seo Tratado de Direito Romano, tom. 1, pag. 153, exprime-se nos seguintes termos: « Distingo as *responsa*, consultas dadas sobre um caso determinado, por um jurisconsulto autorizado para esse fim, das *doutrinas professadas* pelos autores em geral, isto é, da *litteratura juridica*. A autoridade das *responsa*, obrigatorias para o juiz, era uma cousa toda positiva, e é a isso que se referem os textos de Gaio e Justiniano.

«A influencia da litteratura era muito natural, mas seo caracter era indeterminado, e ella não obrigava nenhum juiz. Gaio falla da autoridade das *responsa*, sem excluir a influencia da litteratura. »

outro periodo do desenvolvimento das respostas dos Prudentes, ao periodo em que tiveram força de lei e obrigavão os juizes.

D'aqui se vê que as *responsa prudentum* erão um dos elementos formadores do Direito em Roma, e accrescentaremos que ellas gosavão de immensa autoridade, pois para dar-lhes um cunho verdadeiramente legislativo, os imperadores determinarão até que ellas fossem selladas como os rescriptos imperiaes.

Em confirmação do que acabamos de dizer resumiremos, como fazem todos os autores, as diferentes phases porque passou esta importante fonte do Direito.

Nos primeiros tempos de Roma o estudo da Jurisprudencia era privativo dos patricios, que se dedicavão a elle não só por gosto, como tambem para terem assim a plebe sujeita ás suas decisões. Iniciados unicamente nos mysterios do Direito Civil, das acções e dos fastos, davão sobre objectos do direito, como diz Pomponio ( Dig., L. 1 T. 2 fr. 2 § 37 ), seos conselhos ou suas respostas como uma especie de oraculo, até que pelo meiado do V seculo de Roma, em 460 pouco mais ou menos, um plebeo, que chegou á dignidade de grande pontifice, Tiberio Coruncanio, e depois delle outros que o imitarão, se dedicarão não somente a responder as questões que lhes erão submettidas, mas a professar publicamente o direito ( § 35 do cit. fr. do Digesto ).

Para dar consultas aos litigantes ou aos juizes, bastava que os jurisconsultos inspirassem confiança. Os pareceres ou opiniões por elles emittidas na occasião de um litigio não tinham senão valor moral, resultante do credito e da reputação do nome de seos autores. O juiz ficava sempre livre de pronunciar-se, segundo sua convicção pessoal, com inteira independencia.

Por isso sob a republica, as opiniões dos jurisconsultos (*prudentes, jurisprudentes*) não tendo character publico, mas sendo adoptadas por elles e confirmadas pelo uso, não podião concorrer senão

para formar o direito não escripto, ao qual se dava particularmente o nome de *Jus Civile* (Pomp. fr. 2 § 4 do cit. Dig. ).

A revolução que aniquilou a republica e chamou Augusto ao throno, operou uma grande mudança na condição dos jurisconsultos.

Augusto, sagaz como era, reconhecendo a necessidade de modificar a autoridade da poderosa classe dos jurisconsultos, procurou ligar a profissão delles ao imperio, tornando-a *dependente*.

Sob pretexto de elevar a autoridade dos jurisconsultos, mas com o proposito e fim deliberado de sujeitar os caracteres e de fomentar a fraqueza entre os homens distinctos, creou uma classe de jurisconsultos officiaes, aos quaes conferio o *jus publice respondendi*, isto é, o direito de dar respostas em nome do imperador, cuja pessoa naquella epocha se presumia representar o povo ( Dig. cit. fr. 3 § 47 ).

Não obstante este accrescimo de influencia, a autoridade dos prudentes conservou-se ainda inteiramente doutrinal e não obrigava os juizes. Novos progressos forão realizados sob Tiberio, até que Adriano veio completar a obra de seos antecessores dando força obrigatoria ás respostas destes jurisconsultos officiaes, ordenando que os juizes a ellas se submettessem quando fossem unanimes.

Se as respostas dos prudentes logo desde Augusto forão consideradas entre as fontes do *jus scriptum*, e como tal tiverão força de lei, ou se isso somente se deo no tempo de Adriano, é objecto de controversia entre os interpretes.

A este respeito estão em desaccordo Savigny, Giraud e Rodier com Accarias, Ortolan, Dedier Pailhé e Ruben de Couder, pois que os primeiros pensão que as respostas dos jurisconsultos officiaes se tornarão obrigatorias desde Augusto, e os segundos entendem, ao contrario, que a partir de Adriano é que as respostas dos jurisconsultos privilegiados, sendo unanimes, obrigão o juiz.

Gaio, no citado Com. ao § 7, diz que um rescripto do Divino Adriano determina que quando as

decisões de todos ( os Prudentes ) são concordes entre si, este sentimento unanime tem força de lei; mas no caso de divergencia, é permittido ao juiz seguir a opinião que bem lhe aprouver ( *quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet; si vere dissentiunt, judici licet, quam velit, sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur* ).

Não se dá a entender neste texto que o *jus publice respondendi* dos Prudentes, representado em suas respostas, era fonte do Direito escripto; diz-se somente que teve força de lei e passou a ser fonte desse Direito em virtude do rescripto de Adriano, que deo permissão aos jurisconsultos de formar o direito ( *jura condere* ). ( 98 )

Em vista, pois, do que resulta das Institutas de Gaio e Justiniano, parece mais provavel que somente sob Adriano as respostas dos Prudentes tiveram força de lei; porque Adriano não supprimindo a innovação de Augusto, determinou que as decisões dos jurisconsultos, quando unanimes, obrigarão o juiz; e foi depois dessa consagração legislativa que ellas tornarão-se fonte do direito.

Depois do rescripto de Adriano, pôde-se dizer dos jurisconsultos investidos do *jus publice respondendi* que elles erão *juris auctores* ( L. 32 pr., De

( 98 ) Tem-se dito que Justiniano, no § 8 supra, confundio as duas phases diversas do desenvolvimento das respostas dos Prudentes, dando lugar a suppor-se que do *jus publice respondendi* decorre o *jura condere*.

Ortolan ( *Explication historique des Instituts* ) não crê que haja nestas expressões — *jus publice respondendi et permissio jura condendi* — duas instituições diferentes, mas a mesma instituição revestida de mais força e de uma expressão mais energica a partir da autoridade de lei dada por Adriano ás sentenças e respostas dos Prudentes autorisados no caso de unanimidade.

O citado autor diz que é por occasião do rescripto de Adriano que apparece pela primeira vez em Gaio a expressão — *quibus permissum est jura condere*, e expondo no Appendice 1.º de sua referida obra as controversias a que por muito tempo deo lugar o character das *responsa prudentium*, acrescenta que depois da descoberta das Institutas de Gaio, não se pode mais contestar que Adriano, attribuindo força de lei ás decisões dos jurisconsultos, exigio a condição de unanimidade.

usur. XXII, I. L. 1 § 5, C. De vet. jur., encl. 1,17), ou, como se exprime Gaio (I, § 7), que elles tinham a *permissio jura condendi*. Por esse modo, segundo Accarias, explica-se como as Insts. (§ 8 supr.) confundem as duas cousas tornadas realmente identicas havia quatro seculos; e se alguma cousa ha a censurar no texto tão criticado de Justiniano, é unicamente o não ter assignalado as duas phases historicas do *jus publice respondendi*, a principio simples distincção honorifica, depois participação directa do poder legislativo.

Até ahi a influencia e autoridade dos Prudentes na formação do direito se manifestão de um modo brilhante e sempre progressivo; de *officiosas*, que erão suas decisões e opiniões, tornarão-se *officiaes* e *obrigatorias*, participando elles do poder legislativo, não para abrogar textos formaes das leis existentes, como dizem Accarias, Didier Pailhé e outros, mas sim para interpretal-as e preencher suas lacunas e omissões.

D'ahi em diante o direito de responder officialmente ás questões juridicas, que até Alexandre Severo tinha constituido a mais respeitavel funcção dos jurisconsultos romanos, não durou muito. A autoridade de que gosavão os jurisconsultos passou insensivelmente para as mãos do imperador, de accordo com o espirito do despotismo, que tinha invadido todas as instituições. Esse facto unido ao descalabro interno do imperio, como dizem os escriptores, muito contribuiu para a decadencia da sciencia do direito.

Essa decadencia augmentou o espirito de veneração pelos escriptos dos jurisconsultos distinctos dos tempos passados. Os juizes erão obrigados a recorrer ás obras dos jurisconsultos antigos, e, sendo estes muitos, cada juiz seguia o de sua predilecção, e ás vezes sem entende-los devidamente. D'ahi muitos inconvenientes e grande confusão nos julgados.

Por este motivo o imperador Theodosio II publicou no anno 426 a sua celebre lei das citações (const. 3 do Cod. Theod. L. 1 T. 4 De resp. prud.),

que sob Valentiano III ampliou-se ao Occidente, na qual limitou a força obrigatoria das *respostas dos prudentes*, por isso que mandou que os juizes na applicação das leis só devião recorrer, no caso de unanimidade, ás autoridades respeitaveis de Papiniano, Gaió, Paulo, Ulpiano e Modestino, e as opiniões dos jurisconsultos por elle citadas. E podendo nas obras desses cinco luminares da sciencia juridica haver divergencia de opinião, determinou ainda que nesse caso os juizes seguissem a opinião da maioria; que havendo empate, prevalecesse o parecer de Papiniano e que não tendo este se pronunciado, os juizes adoptassem a opinião que mais rasoavel lhes parecesse.

Essa lei de Theodosio, posto que tivesse reduzido a missão do juiz a contar as opiniões divergentes desses cinco jurisconsultos, comtudo, na opinião de Accarias, contem profunda sabedoria e simplificou muito a tarefa dos julgadores; porquanto muitos jurisconsultos, trinta e nove pelo menos, tinham obtido o *ius jura condendi*; e devendo o juiz investigar a respeito de cada questão o parecer delles para verificar se era unanime e observá-lo, d'ahi provinha um trabalho immenso e quasi impossivel, como o de examinar uma grande quantidade de volumes, que nem sempre os juizes podião ter a sua disposição.

Justiniano, finalmente (no § 6 da Const. de *conceptione Digestorum*) tirou inteiramente aos Jurisconsultos o poder de responder de direito, de modo que essas suas decisões obrigassem, e isto por julgar que no seo Digesto se comprehendia toda a legislação, e para todas as hypotheses.

Savigny, commentando este facto diz que, quem faz um Codigo, sempre se persuade que elle está completo, no que se enganão a maior parte das vezes, como acontece com o de Justiniano.

No tempo de Justiniano a influencia e autoridade das *respostas dos prudentes* só decorrião do facto de terem ellas servido de base á compilação do Digesto. Dizem os escriptores que tornando-se cada vez mais vacillante e arbitraria a jurispruden-

cia, Justiniano por seos trabalhos de codificação e com o designio, que realisou, de formar a sua grandiosa compilação, abolio a lei das citações, destruiu a autoridade dos Prudentes, reduzindo-os d'ahi em diante ao papel de simples interpretes.

Nisso mesmo reconhecem alguns romanistas a importancia que Justiniano deo ás *responsa prudentum*. Van Wetter fallando dos jurisconsultos diz que forão elles os que assegurarão ao Direito Romano uma superioridade definitiva, distinguindo-se alguns pela denominação de *classicos*, que lhes deo a posteridade, e os seos escriptos merecerão servir de base á compilação do Digesto, quasi em sua totalidade.

Das *respostas dos Prudentes*, como resulta naturalmente do que fica dito, havia diversas especies, cuja enumeração já tivemos occasião de fazer neste mesmo capitulo ( pags. 122 e 123 ), rasão pela qual deixamos de nos occupar dellas agora.

A exposição resumida que desta materia acabamos de dar está de accordo, salvo em pequenas questões incidentes, com as idéas de Accarias, cujas doutrinas e methodo temos especialmente seguido nesta parte do nosso trabalho.

## CAPITULO XI

**Noção completa da Lei em sentido geral, sua natureza, origem, e fim. Divisão das leis em absolutas e suppletivas, de direito commum e singular.**

I. Devemos dar uma definição de lei, que abranja todas as suas especies, que a comprehenda sob o seo duplo aspecto — materia e forma, — emfim que reuna as condições ou requisitos de uma justa e exacta definição.

Os textos do *Corpus Juris* e seos commentadores não nos deixão conseguir facilmente esse *desideratum*; queremos dizer que não encontramos em qualquer parte do *Corpus Juris* uma definição nas condições desejadas: apenas o Digesto e as Institutas apresentam noções vagas, fragmentos espar-

sos, que reunidos poderão apresentar um todo mais ou menos harmonico e interessante, porem nunca uma definição exacta, precisa e sã, no rigor da logica.

No fr. 1.º do Dig. L. 1, T. 3 encontramos a *lei* tomada em accepção lata, como um preceito geralmente obrigatorio — *commune præceptum*.

No § 4 da Inst. L. 1, T. 2 encontramos a *lei* tomada em accepção restricta, como o acto emanado da vontade do povo em virtude da proposta de um magistrado senatorio ( 99 ).

Com esta ultima e especial accepção, concernente ás fontes *historicas* do Direito Civil romano, já nos occupámos no capitulo anterior, e do que ahi expozemos conclue-se que as disposições que receberão o nome de *lei* nos diversos periodos da historia do Direito Romano apresentarão-se sempre com o character de preceito, cuja obrigatoriedade era *communis* a todo o povo ( 100 ).

( 99 ) Dizem os Escriptores que ainda que os Romanos só no povo reconhecessem a soberania, todavia a declaração de um principio de direito por meio da palavra ou da escriptura não era da competencia exclusiva d'elle: era permittido tambem a outras autoridades fazel-o; não que o poder legislativo fosse dividido entre essas autoridades e o povo, mas porque ellas obrando de conformidade com as vistas do mesmo povo, tinham a confiança delle; que d'ahi resultava a dupla significação da palavra *lei*, denotando em accepção *stricta* uma das fontes do Direito, e especialmente a que deriva directa e immediatamente do povo, e em accepção *lata* todas as fontes. No 1.º sentido é parte do *jus scriptum*, mas não todo elle, como resulta do § 3 das Insts. L. 1, T. 2: *Scriptum autem jus est lex, plebiscitum, senatusconsultum*, etc.

No 2.º sentido equivale inteiramente a *jus scriptum*, tomado em sua unidade, conforme resulta do § 1 do fr. 32 do Dig. L. 1, T. 3: *Cum ipse leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptæ sunt: merito et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes*

Entretanto Lacroix ( *La clef des lois romaines* ), fundado na Inst. L. 1, T. 2, §§ 4 e 6. D. L. 1, T. 4, fr. 1, Cod. L. 1, T. 14, Const. 12 § 1, diz que a *lei* tomada nesse sentido, em sua propria significação, é o que o povo romano estabelecia, quando estendia seu poder soberano sobre todas as cousas e não reconhecia senhor; mas que esse poder extinguiu-se desde que surgiu o regimen imperial.

( 100 ) De feito a critica historica nos mostra que nos primeiros tempos de Roma as deliberações que o povo tomava nos

Agora temos somente de desenvolver a noção da lei em sua primeira accepção afim de ficar demonstrado que no Direito Romano era conhecida essa accepção da lei, considerada como um preceito geral que obriga a todos (101).

A vontade do legislador seria burlada e o pre-

---

comícios curiados e centuriados tinham o nome de leis e obrigavão a todos. Mais tarde quando appareceo a *Lei das Dôze Taboas*, que resumia, por assim dizer, toda a sciencia legal dos antigos romanos, os seus preceitos forão applicados a todos. Sob a republica houve com effeito leis especiaes conhecidas pelo nome de — plebiscitos e senatusconsultos — que regerão separadamente por algum tempo os plebeos e os patricios por circumstancias peculiares a essas duas classes, porem depois da lei Hortensia, tiveram os mesmos effeitos das leis e regerão a todo o povo.

Sob o imperio, finalmente, quando o poder legislativo concentrou-se nas mãos dos Imperadores, as suas constituições geraes ou que tinham os mesmos effeitos, estendião-se a todos, e por isso provão que erão um *preceito commum*.

(101) Nos primeiros seis fragmentos do Dig. L. 1, T. 3, *de legibus*, encontramos a lei conceituada na accepção geral.

No fragmento 1.º diz Papiniano: « *Lex est commune preceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio: communis reipublicæ sponsio*. Vê-se, pois, que a lei é um preceito commum, a decisão dos prudentes, em virtude da qual se punem os crimes e se premeião as virtudes, se estabelecem os contractos, é uma convenção geral de toda a sociedade.

No fr. 2.º de Marciano vem as definições de lei dadas pelo Orador Demosthenes e por Chrysippo, um dos mais famosos philosophos stoicos: o 1.º diz que a lei é o que exige a obediencia de todos por muitas razões, e principalmente porque toda lei é um presente da divindade, é a resolução tomada pelos sabios para a punição dos crimes voluntarios e involuntarios, uma obrigação contrahida pela nação, segundo a qual todos os que nella vivem, devem regular sua conducta »; o 2.º (Chrysippo) diz que a lei é a regra dos justos e dos perversos, e de todos os seres que têm a vida civil: ella ordena o que é preciso fazer, e prohibe o que é necessario evitar. »

No fr. 3.º, Pomponio, referindo-se a Theophrasto, diz: Deve-se estabelecer a lei para aquillo que succede muitas vezes e não para o que succede inopinadamente (*Jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quæ plurimum accidunt, non quæ ex inopinato*).

No fr. 4.º Celso diz: « Não se estabelecem leis para os casos que succederem uma ou outra vez (*Ex his, quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur*). »

No fr. 5.º diz ainda o mesmo jurisconsulto que as leis devem antes se accomodar aos casos frequentes do que aos que succe-

ceito legal nenhuma importancia e applicação teria, se não fosse revestido de uma sancção. E, pois a sancção o meio de tornar effectivo e obrigatorio o preceito legal; pelo que todas as leis têm uma parte dispositiva que enuncia ou expõe a regra juridica que faz o objecto da lei, e outra que consagra a sancção, isto é, a medida destinada a assegurar a execução da regra proclamada no dispositivo ( Insts. L. 2, T. 1 § 10 in fine ) ( 102 ).

Destinada a reger os actos dos cidadãos no territorio do Estado deve a lei, revestida das condições necessarias para sua execução, ser *publicada* de modo a poder ser conhecida pelos mesmos cidadãos.

Promulgada e publicada, a lei ou abrange a totalidade das relações juridicas das pessoas sujeitas ao poder social, e neste caso é geral; ou se refere a uma parte das instituições juridicas abrangendo uma classe de pessoas existentes na sociedade, e então diz-se singular; ou refere se apenas a uma

---

dem mui raramente ( *Nam ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequenter, et facilè, quam quæ perraro eveniunt* ).

No fr. 6.º diz Paulo que aquillo que acontece uma ou duas vezes não poderá merecer a attenção do legislador *Quod enim semel aut bis existit, ut ait Theophrastus, prætereunt legistatores* ).

Desses textos todos que ficão citados, vê-se que os juriscultos romanos caracterisavão bem a lei em sentido amplo ou geral.

( 102 ) Todas as leis devem ter uma sancção, clara ou expressa, tacita ou presumida. Pode servir de exemplo da 1.ª especie a lei que ordenando a insinuação do dote fêre de nullidade o dote que não fôr insinuado, e da 2.ª especie a lei *prohibitiva*, cujos actos em contrario são nullos.

Van Wetter, vol. 1.º pag. 9, diz « que a sancção da lei pode consistir na nullidade dos actos contrarios á lei ou somente em uma pena para o infractor da disposição legal; no 1.º caso se diz que a lei é perfeita, e no 2.º que é menos que perfeita. A lei que não encerra nenhuma destas duas sancções se chama imperfeita ( *Ulp., præf., 12* ). Já no antigo Direito Romano, o pretor assegurava ou garantia a taes leis uma verdadeira sancção de nullidade. No Direito novo, uma lei qualquer é garantida por uma sancção de nullidade; si esta sancção não foi inscripta na lei, está nella subentendida ( *Const. 5 do Cod. L. 1, T. 14 de legibus* ), sem prejuizo da *sancção penal* que pode ter sido pronunciada; todas as leis são assim tornadas perfectas. »

pessoa, e toma o nome de especial ou pessoal. Deste rapido estudo das condições intrinsecas e extrinsecas da lei, podemos concluir que em sentido lato, ella é um preceito geral, singular ou pessoal, solemnemente publicado e exigivel por meio de penas civis e criminaes, que obriga a todos os cidadãos dentro do territorio nacional; ou, mais concisamente, é a expressão solemne da soberania nacional, directa ou indirecta, que rege negocios communs, sendo o seu preceito exigivel de todos.

Esta definição comprehende todo o definido, por que nas expressões *que obriga e exigivel de todos*, está comprehendida a sancção, tanto explicita como implicita, e na expressão *nacional* fica entendido que tudo isto deve ter logar dentro do territorio do Estado.

Varnkoenig ( em suas Institutiones ) exprime-se deste modo a respeito do assumpto :

« Leis são os publicos mandatos proferidos por aquelle, em quem reside o supremo poder *de jure constituendi*, como o principe, os quaes mandatos estabelecem expressamente na cidade o direito ( *Leges sunt publici jussus, ab eo, penes quem summa de jure constituendi est potestas, veluti a principe, emissi, qui jus in civitate expressim sanciunt* ). Nesta definição encerrão-se tres partes : 1.<sup>a</sup> a natureza da lei, quando Warnkoenig diz : publicos mandatos ; 2.<sup>a</sup> a origem da lei quando diz : emanados daquelle a quem na sociedade incumbe estabelecer o Direito ; e 3.<sup>a</sup> o fim da lei, que é estabelecer o Direito.

Temos, pois, que, encarada a lei no seo sentido geral, tal qual a conceituavão os romanos, pode ser estudada em relação á sua natureza, á sua origem e ao seo fim.

A natureza da lei é ser um publico mandato, isto é, uma ordem emanada do poder publico. Não se pode comprehender uma sociedade civilizada sem poder publico, sem uma autoridade investida desse poder para bem dirigil-a. Sendo a lei uma ordem ( *jussum* ), estabelecida pela autori-

dade publica, esta autoridade deve ser conhecida no Estado como tendo a força precisa de obrigar a todos quantos lhe estão sujeitos. Por isso Warnkoenig emprega a expressão *Principe* como a unica autoridade, a quem, no tempo de Justiniano, competia estabelecer uma regra geralmente obrigatoria.

E' uma necessidade geralmente reconhecida a criação do Estado, e a manifestação de sua actividade verifica-se pelos poderes *legislativo*, *executivo* e *judiciario*, isto é, pelo estabelecimento das normas directoras da ordem social, de sua respectiva execução ou observancia e da applicação de penas aos transgressores dessas normas.

Se pois o Estado tem essa missão na sociedade, comprehende-se que as ordens d'elle emanadas, como entidade que representa a collectividade, são superiores aos interesses privados que se achão congregados na associação. Essas ordens são publicas, dadas em nome de todos e só têm autoridade porque todos as sanccionão.

Por conter ou pelo menos dever conter a vontade nacional traduzida no preceito que emana da entidade que representa a sociedade, é que Warnkoenig diz que a lei é um publico mandato proferido por aquelle, em quem reside o supremo poder.

Exprimindo-se deste modo Warnkoenig apresenta tambem a origem da lei. A autoridade competente para representar a sociedade, a autoridade de que devem emanar os publicos mandatos, não pode ser senão o poder publico, isto é, aquella entidade abstracta que representa a collectividade ou totalidade dos individuos que se congregão e a quem incumbe promulgar as leis na sociedade.

Esta verdade inconcussa em Direito Publico moderno, é tambem consagrada no Direito Romano, pois que no § 6 das Insts. L. 1, T. 2, se diz que aquillo que apraz ao principe tem força de lei, visto que em virtude da lei Regia o principe recebeo do povo o imperio.

Portanto se a vontade do principe faz lei, é porque elle falla em nome de todos.

Com relação á expressão *Lex Regia* já dissemos que parece ser melhor opinião aquella que sustenta que essa lei não era uma lei permanente, mas sim que apparecia por occasião da elevação ao throno de cada um dos imperadores romanos. O povo fazia um delegação ao principe, o qual no ultimo estado da organização politica do imperio romano era o seo unico representante, e portanto o unico poder competente para expedir os publicos mandatos.

Parece, pois, que não ha duvida a esse respeito, isto é, que a lei, como traducção da vontade popular ( pelo menos deve sel-o ), tem uma origem legislativa, e esta origem no ultimo periodo do Direito Romano é o principe ou imperador.

Warnkoenig nos diz que o fim da lei é o estabelecimento do direito na sociedade — *qui jus in civitate expressim sanciunt*. Congregados ou reunidos os homens em sociedade civil, não podia deixar de apparecer a necessidade do estabelecimento de regras reguladoras da actividade social, que harmonisassem as espheras juridicas individuaes, de modo que o exercicio da actividade de cada um não seja obstaculo ao da actividade de outrem. N'um periodo rudimentar da sociedade os costumes preenchem este fim; ampliando-se e multiplicando-se as relações sociaes, já os costumes não são sufficientes, e então apparece a necessidade da legislação, istc é, do estabelecimento de normas juridicas obrigatorias por meio do poder publico constituido na sociedade.

Estas normas ou leis, comquanto ás vezes aberrem dos principios racionaes ou philosophicos, devem entretanto, ser respeitadas, porque emanão do poder competente para estatuil-as.

No § 6 da Inst. L. 1, T. 2, no fr. 3 Dig. L. 1, T. 3 e na Const. 3.<sup>a</sup> L. 1 T. 14, encontramos o reconhecimento da verdade que fica estabelecida.

Portanto, quer em face dos textos romanos, quer em frente do Direito Philosophico, se evidencia que o fim da lei na sociedade é estabelecer o

direito, e dar as normas geraes, obrigatorias e permanentes que devem dirigir a actividade social.

II. As leis dividem-se em *absolutas* ou *obrigatorias* (tambem denominadas *imperativas* e *preceptivas*) e leis *suppletivas* ou *dispositivas*; bem como em leis *de direito commum* e leis *de direito singular* (103).

Warnkoenig, tratando das leis *obrigatorias* (*co-gentes*) e das *dispositivas*, diz que as primeiras são

---

(103) Segundo diversos escriptores do Direito Romano a *lex* no sentido restricto se considerava sob diversos aspectos, entre os quaes se notam os seguintes:

Em relação a sua origem historica ou modo de formação: 1.º as *leges regiae*, *leges curiatæ*, *leges centuriatæ*, *leges provinciales*, a *Lex Duodecim Tabularum*, *leges saturæ*, que comprehendião materias, que o povo só aceitava porque vinhão involtas com outras que lhe erão favoraveis, e como a votação se fazia englobadamente, o povo não podia regeitar as partes da lei que erão-lhe adversas; e outras muitas leis conhecidas por nomes especiaes, cuja menção pode ser dispensada.

Em relação a sua natureza ou formula usada pelo legislador para manifestar sua vontade: 1.º as *leis substantivas*, que são as que definem e estabelecem as relações de direito; 2.º as *leis adjectivas* que são as que estabelecem o processo ou modo pratico de applicação; 3.º as *imperativas*; 4.º as *prohibitivas*; 5.º segundo alguns, as *leis punitivas* ou *criminaes*, 6.º as *leis permissivas* ou *facultativas*, que são as que estabelecem preceitos, autorisando accões que não são obrigatorias.

Em relação á comprehensão territorial ou pessoal de suas disposições: 1.º as *leis geraes* (*jus commune*) que são obrigatorias para todos os cidadãos e sobre toda extensão do territorio nacional; 2.º as *leis locaes e pessoaes* (*jus singulare*) que obrigão somente aos habitantes de certas circumscripções territoriaes, tomando o nome de *privilegio*, quando são promulgadas para beneficiar uma certa classe de pessoas, ou uma só pessoa.

Em relação ao tempo em que devem vigorar as suas disposições: 1.º as *leis permanentes*, que devem ser applicadas emquanto não forem revogadas, 2.º as *leis transitorias*, cuja applicação deve cessar com o desaparecimento dos motivos especiaes, que as determinarão, ou com a realisação do fim especial que tiverão em vista, ou ainda com a extincção do praso estabelecido para sua duração.

Em relação ao seu objecto costuma-se distinguir as leis em *civis*, *commercias*, *criminaes*, *politicas*, *fiscaes*, etc.

Finalmente em relação umas ás outras ou aos seus effeitos pode-se mencionar as *leis interpretativas* que explicão o sentido de leis anteriores, *leis abrogatorias* que revogão leis anteriores, *leis derogatorias*, que apenas revogão parte de leis anteriores, etc.

ordenadas de tal modo, que, como o direito publico, não podem ser mudadas por pactos dos particulares ( *cum quædam ita præcipiantur, ut veluti jus publicum privatorum pactis mutari non possint* ), e as segundas previnem o que o juiz deve seguir em cada uma causa, a não ser que pelos pareceres das pessoas se estatúa alguma cousa determinada ( *in aliis vero legibus cautum sit, quid in quaque causa judex sequi debeat, nisi certum aliquid per personarum placita sit statutum* ); assim como, tratando em seguida das leis de *direito commum* e de *direito singular*, diz que as primeiras comprehendem o direito commum ou que se conforma com os principios geraes do direito, e as segundas estatuem o direito singular ou aquelle que, *contra rationem juris*, foi introduzido por autoridade dos constituintes por causa de alguma utilidade, como os privilegios concedidos a certas pessoas.

Encarando o modo pelo qual as leis presidem as relações sociaes, vemos, com effeito, que ha leis que regulão certas relações de tal modo, que todos devem abertamente conformar seos actos com a norma prescripta pelo legislador, ao passo que outras leis existem que só regulão as relações a que ellas se referem, no caso dos interessados não terem procedido de outro modo ( 104 ).

( 104 ) Supponha-se por exemplo para o 1.º caso uma lei redigida nestes termos: « Todo aquelle que attacar a pessoa ou os bens de outrem commette um crime que deve ser punido com tal pena ». E' evidente que em tal caso ha um principio absoluto, em virtude do qual os que transgredirem a lei, incorrem na referida pena.

Supponha-se, porém, para o 2.º caso, uma outra lei, como a que existe em nosso direito, concernente á successão legitima ou *ab intestato*, na qual se determine que as partes não dispondo em testamento da terça parte de seos bens, seja essa parte transferida tambem aos herdeiros legitimos mais proximos. Em tal caso essa lei, como dissemos, só tem applicação na hypothese, em que os cidadãos não resolverão proceder por outra forma de conformidade com sua vontade. pois, desde que as partes tendo a precisa capacidade para dispôr por testamento de seos bens livremente salvo o privilegio da legitima, não o fizerão ou não o tenham feito, o legislador devia prevenir e regular essa hypothese, mandando transferir a successão dessa parte aos parentes mais proximos, a fim de que o caso não ficasse sem uma regra juridica que o dominasse.

Savigny, attendendo a essa distincção, divide as leis em *absolutas* e *suppletivas*, e diz que todo o direito privado é *absoluto* ou *suppletivo*, segundo consta de regras que devem ser observadas em qualquer caso, ou de regras que só devão ser observadas quando as partes não tenham por outra forma regulado a especie.

Não encontramos em texto algum do *Corpus Juris* referencia clara a essa divisão de leis em *absolutas* e *suppletivas*, ou, o que importa o mesmo, em leis *obligatorias* e *dispositivas*. Ao contrario, no fr. 7 do Dig. L. 1, T. 3 de *legibus*, como o proprio Warnkoenig o dá a entender na nota 7 ao § 110 *in fine*, encontramos doutrina que parece oppôr-se a essa divisão; porque no referido fragmento de Modestino se diz: « A virtude ou a força da lei é: imperar ou ordenar, prohibir, permittir e punir, (*Virtus est legis hæc: imperare, vetare, permittere, punire*); d'onde parece resultar que as leis devião distinguir-se ou dividir-se debaixo desses quatro pontos de vista.

Existe uma outra classificação de leis na Jurisprudencia romana, mas que não foi transplantada pelo Digesto, é a classificação de Ulpiano, no § 1.º das *Regras singulares* as quaes se encontrão no *Thesouro da antiga Jurisprudencia*, que vem annexa a algumas edições das *Institutas*. Ahi divide Ulpiano as leis em *perfeitas*, *menos perfeitas* e *imperfeitas*, considerando-as como *perfeitas* quando as suas disposições estão acompanhadas de dupla sancção — da pena e da nullidade do acto; *menos perfeitas* quando vêm acompanhadas simplesmente da sancção da pena, e não da de nullidade; e *imperfeitas*, finalmente, quando não têm nem uma, nem outra sancção. Nenhuma outra classificação ou divisão de leis se encontra no *Corpus Juris*.

Todavia dos textos romanos pode-se tirar elementos para fundamentar a distincção entre o Direito absoluto que os pactos dos particulares não podião mudar, e o Direito *suppletivo*, que os Juizes devião applicar, quando as partes por outro modo não tivessem regulado o caso.

Numerosos são os textos do Dig. que justificão esta asserção. Em muitos fragmentos do Dig. as expressões *Jus publicum*, *Jus commune*, *Forma juris*, *Res publicæ* e *Interesse do Estado* se oppõem a estas outras expressões: *Res privata*, *Res familiaris ad voluntatem pertinens*, *ad privata spectans etc.*, referindo-se ao direito estabelecido por utilidade particular.

Vé se, pois, que ha contraste entre leis de causa publica e leis de causa privada.

Para mostrar a opposição que havia entre essas duas especies de leis, basta citarmos dous fragmentos do Digesto.

No fragmento 7 § 14, Dig. L. 2, T. 14 *de pactis*, procurando-se saber se pode-se renunciar o embargo feito em uma obra, *Labeo* distingue o caso de só haver prejuizo ao interesse particular, em cuja hypothese era licita a renuncia do embargo, do em que, dando-se esta, fosse o interesse publico prejudicado e por isso não podia ter lugar a mesma renuncia.

No fragments 27 § 4 do Dig. cit., tratando-se de saber se o individuo podia renunciar a acção, diz-se que essa renuncia podia ter lugar, si nem remotamente viesse ou resultasse prejuizo ao interesse publico.

Podemos, pois, á vista destes textos e de outros, concluir que a doutrina de Savigny, é, como elle diz, romana ou conforme com os principios e as fontes do Direito Romano.

Mas a doutrina de Savigny parece não ser a de Warnkoenig, porque se aquelle divide as leis em *absolutas* e *suppletivas*, este diz que as leis são *preceptivas* ou *imperativas* (cogentes) e *dispositivas*.

Não ha realmente divergencia; a differença é apenas de terminologia. *Leges cogentes*, como a propria expressão indica, são leis imperativas ou preceptivas, leis que ordenão alguma cousa. Ao lado dessas leis ha as que Warnkoenig denomina dispositivas, cuja noção podemos verificar, de accordo com os escriptores que dellas se occupão, do modo seguinte :

Alguns escriptores, tratando das leis dispositivas, dividem-n'as em 4 especies : 1.º *leis declaratorias*, que se limitão a declarar uma faculdade de que gosão os individuos na sociedade ; 2.º *leis permissivas*, que permitem o exercicio de uma faculdade não existente anteriormente ; 3.º *leis preceituaes* ou *preceptivas*, que, estabelecem algum preceito ou creão uma instituição juridica , e 4.º finalmente, *leis suppletivas*, que contém regras ou disposições que devem ser applicadas pelos Juizes, na ausencia de um acto por parte dos interessados que entrão nas relações juridicas.

Nestas 4 especies de leis dispositivas ha, portanto, uma especie que se denomina *lei suppletiva*.

A expressão - *lei dispositiva*, umas vezes se emprega em gèral para significar a parte da lei em que o legislador indica o que deve ser observado. Ora, em toda lei ha sempre uma disposição em que o legislador externa o seo pensamento, e, portanto, sob esse ponto de vista, não ha lei que não seja dispositiva. Outras vezes se emprega em uma accepção mais restricta, isto é, de lei que não estabelece uma regra absoluta, distinguindo se nesse sentido das leis imperativas. E' nesta 2.ª accepção que encontramos as leis dispositivas dividindo-se em *leis declaratorias*, *permissivas*, *preceituaes* e *suppletivas*.

Ha ainda uma outra accepção mais restricta em que chamão se leis dispositivas somente as *suppletivas*.

Parece-nos que foi na 3.ª e ultima accepção que Warnkoenig empregou a palavra *dispositivas*, e para demonstral-o basta ver o modo porque elle definiu as leis *dispositivas* : « São aquellas que determinão alguma cousa que o juiz deve seguir se as partes não estatuirão por outro modo ».

Vê-se, pois, que Warnkoenig define leis dispositivas sob o mesmo ponto de vista em que Savigny define as leis *suppletivas*.

As leis dispositivas de Warnkoenig são as mesmas *suppletivas* de Savigny, porque elle as

caracterisa do mesmo modo que aquelle escriptor. Que tal foi o pensamento de Warnkoenig confirma ainda a consideração de apresentar elle nos seus commentarios outro membro da divisão das leis — as *leis enunciativas* por opposição ás *dispositivas*. As leis enunciativas são aquellas em que se enuncia algum principio, e são a mesmas que alguns chamão preceituaes.

A' vista disto é claro que Warnkoenig toma a expressão — *leis dispositivas* no sentido o mais restricto, como synonymas de *leis suppletivas*, porque se as tomasse em sentido lato ou amplo, devia incluir nellas as *leis enunciativas*.

Não ha, pois, com relação ao assumpto, divergencia entre Warnkoenig e Savigny, sendo a differença apenas de terminologia.

Resta agora mostrarmos que a theoria de Warnkoenig e de Savigny está em harmonia com o proprio fragmento 7 de Modestino no Dig. L. 1, T. 3, *de legibus*.

Em primeiro lugar devemos observar com alguns escriptores que Modestino não teve em vista nesse texto fazer uma classificação ou divisão das leis rigorosamente scientifica, sim indicar apenas os diversos effeitos da lei. Mas se a lei tem quatro effeitos, *imperar*, *permittir*, *prohibir* e *punir*, como ahi se diz, podemos, mesmo de accordo com essa doutrina de Modestino, dizer que a theoria de Warnkoenig e de Savigny é verdadeira.

Pela expressão — *imperare* allude Modestino ao facto de haver leis que estabelecem na sociedade uma regra obrigatoria, como a lei, por exemplo, que prescreve o respeito da propriedade, a qual se impõe a todos.

Pela expressão — *vetare* allude ás leis que imperão, prohibindo a pratica de um acto, em opposição ás que imperão, ordenando ou prescrevendo que se pratique um acto.

Algumas vezes, porém, as leis nem *ordenão*, nem *prohibem*; apenas *permittem* que alguma coisa se faça, e outras vezes não *ordenão*, não *prohibem*, nem *permittem*, mas *punem* apenas um acto; moti-

vo pelo qual Modestino emprega as duas ultimas expressões — *permittere, punire*.

E' sob esse ponto de vista que Modestino no cit. fr. 7 do Dig. attribue quatro effeitos á lei. Examinando devidamente o enunciado de Modestino, chega se ao resultado de que não ha entre *leis imperativas* e *prohibitivas*, uma distincção essencial, mas simplesmente de forma, porque em umas e outras o legislador ordena ou manda que se faça ou se deixe de fazer alguma cousa, variando apenas na forma, que ora é affirmativa, ora negativa.

Por consequencia podemos reduzir as leis *imperativas* e *prohibitivas* a uma só classe de leis, ás *leis absolutas* de Savigny que são as mesmas leis obrigatorias (cogentes) de Warnkoenig.

As leis permissivas de que falla em seguida o texto de Modestino são por sua natureza leis *suppletivas*. Effectivamente ha leis que nem dão regras para os actos, nem prohibem que se pratique um acto, mas que apenas permitem a pratica de certos actos, como a lei, por exemplo, que permite fazer testamento.

Comparando as leis permissivas com as que anteriormente mencionamos, encontra-se não uma differença formal, porém essencial; porque aquellas são geraes e *obrigão* todos a fazer ou não alguma cousa, ao passo que as *leis permissivas*, que alguns escriptores chamão *facultativas*, *permitted* apenas que se faça alguma cousa.

As leis facultativas se subdividem em declaratorias e permissivas propriamente ditas. São declaratorias quando vêm declarar uma faculdade que não existia, e permissivas propriamente ditas quando vêm permittir que se exercite uma faculdade que até então não se exercitava.

Por consequencia temos até aqui de uma parte *leis obrigatorias* ou *absolutas*, abrangendo as leis imperativas e prohibitivas de Modestino; e de outra parte *leis permissivas*.

Mas é da natureza destas leis, que se o individuo exercita a faculdade que o legislador concedeu-lhe,

esse exercicio é respeitado, e se o individuo não a exercita, deve haver uma lei que determine o modo porque se devem regular os actos, presumindo-se a vontade dos individuos. E' o que se dá na successão, porque todos que tem capacidade para dispôr de seos bens, podem fazel-o; mas deixando de exercitar essa faculdade, o direito presumindo a vontade daquelle que fallecera, estabelece que os bens se transmittão aos parentes mais proximos, segundo a ordem da successão.

Por consequencia toda lei permissiva é *suppletiva*, porque ao lado da permissão, está o direito que deve regular, quando a faculdade não fôr exercitada ou realisada.

Se as leis permissivas são por sua natureza suppletivas temos que os dous primeiros termos do fr. 7 de Modestino correspondem ás *leis obrigatorias* de Warnkoenig ou *absolutas* de Savigny.

Resta tratarmos agora das *leis punitivas* de que falla, em ultimo lugar, o citado texto de Modestino. Estas leis não constituem uma categoria especial; porque, como já vimos, qualquer lei, deve ter sancção, expressa ou tacita.

Quando a lei é desrespeitada ou violada, e apparece uma lei com character positivo, impondo uma penalidade ao transgressor, esta lei suppõe a existencia de uma lei imperativa, que não trazia em si sancção penal.

As leis punitivas não formão uma classe especial de leis; dependem da existencia de uma lei *obrigatoria* ou *absoluta*. Aquellas sancção estas.

Estudando-se ou apreciando-se assim, no seo verdadeiro sentido, o texto de Modestino, não encontramos nelle senão duas classes ou generos de leis: *leis imperativas* ou *prohibitivas*, que, como já vimos, são equivalentes e podem ser reduzidas ás *leis obligatorias* ou *absolutas*, e *leis permissivas* que são equivalentes ás *dispositivas* e ás *suppletivas*.

Passemos agora a tratar da outra divisão em *leis de Direito Commum* e *leis de Direito Singular*.

III. Varnkoenig, depois de definir as *leis de Direito Commum* e de *Direito Singular*, diz que Di-

reito singular é aquelle que, contra a rasão do direito, foi introduzido por causa de alguma utilidade como, por exemplo, os privilegios concedidos por direito ás categorias ou causas de certas pessoas (*Jus singulare est, quod contra rationem juris propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est; ut privilegia personarum quarundam generibus vel causis jure concessa*).

O mesmo escriptor, accrescentando ainda em nota, que « *Juris singularis sunt privilegia minorum XXV annis, feminarum, alia* » basêa toda a sua doutrina nos frs. 14 a 16 do Dig. L. 1, T. 3, de legibus.

O fr. 14 diz: *Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

O fr. 15: *In his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris*

O fr. 16, finalmente: *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

Examinando-se a causa productora das leis na sociedade, reconhece-se que umas provêm do dominio do Direito propriamente dito, e tem por fonte o *jus* ou a *æquitas*, e outras provêm de um dominio extranho — de uma *utilitas*. As primeiras constituem o Direito Commum e as segundas o Direito Singular, o qual não é introduzido ou admittido em rasão de uma pessoa, mas em rasão das condições em que se achão certas psssoas, como se dá com a protecção concedida as mulheres e aos menores. E' esta a razão da distincção feita por Savigny, entre o Direito normal e anormal, distincção correspondente a de Leis de Direito Commum e de Direito Singular, que se justifica facilmente desde que attendermos a origem d'onde decorrem as differentes leis. A technologia empregada por Savigny é mais scientifica, e a de Varnkoenig, mais romana porque encontramos nas fontes as expressões — *Direito Commum* e *Direito Singular*.

O ponto de vista d'onde parte Savigny é a *origem dos preceitos* externados ou manifestados pelo legislador nas leis; e o ponto de vista em que

Warnkoenig com o Direito Romano faz a referida distincção é o da *utilidade social*.

Os jurisconsultos romanos, mais praticos do que theoreticos, procurarão sempre estabelecer as suas distincções sob esse ponto de vista. Tratando de estabelecer uma distincção pratica, attenderão ao que era manifesto, e distinguirão o *Jus commune* e o *Jus singulare* em relação á sua extensão; porque o *Direito Commum* se estende a toda a sociedade e o *Singular* abrange apenas uma certa parte.

Com effeito ha na sociedade leis que regulão a actividade de todos os cidadãos, e outras que se referem tão somente a uma parte determinada da sociedade. Estas ultimas regulão as relações de certa ordem de pessoas, determinando como que uma excepção ao Direito Commum. Assim ellas concedem certos beneficios em favor dos credores de um devedor commum insolvel; as mulheres, em razão da fragilidade de seo sexo, têm protecção judicial; os menores, em razão de não terem o pleno desenvolvimento de suas faculdades intellectuaes, gosão tambem de muitos beneficios da lei. As disposições de Direito, que regulão todas essas hypotheses e outras semelhantes, são disposições de Direito singular ou anormal.

Nos citados frs. 14, 15 e 16 do Dig. *de legibus* vêem-se os principios que caracterisão o Direito singular e determinão a sua applicação. Ahí nos diz o Jurisconsulto Paulo que o Direito singular é estabelecido pela autoridade do legislador contra as regras ordinarias ( *contra tenorem rationis* ) por motivos de utilidade publica; d'onde se vê que o Direito singular é anteposto ao Direito commum por uma rasão de utilidade. Embora seja a utilidade, na opinião de Savigny, um elemento extranho ao Direito, é, entretanto um elemento que não pode passar desapercibido aos olhos do legislador. Não ha duvida que este deve procurar estabelecer as normas juridicas de accordo com os principios immutaveis e salutaes da justiça, mas nem sempre isto pode ter lugar, pois que nem sempre é possi-

vel accommodar essas regras abstractas ás necessidades reaes da vida pratica. Ha circumstancias especiaes que exigem medidas excepcionaes, e o legislador em vista dessas circumstancias determina, contra o theor do direito, certas regras especiaes, que são as que constituem o Direito singular. Mas não se deve confundir o Direito Singular com as constituições pessoaes ou com os privilegios propriamente ditos.

O privilegio é um favor ou beneficio pessoal resultante da vontade do imperador, uma graça concedida a uma pessoa determinada, por ella ou por parte della impetrada, ao passo que o *Jus singulare* é um *beneficium legis* mesmo áquelles que não pedem; um favor feito a uma classe de pessoas em razão da posição especial em que se achão, favor determinado por uma *utilitas*. (105)

(105) Quando tratámos no capitulo anterior das fontes historicas do Direito escripto, vimos que as constituições imperiaes dividião-se quanto ao objecto em *geraes* e *especiaes* ou *pessoaes*; que estas erão aquellas constituições pelas quaes o imperador concedia a alguem um favor, ou infligia-lhe um castigo extraordinario, e que erão tambem chamados privilegios (*privatæ leges*). Nessa occasião apresentamos as divisões e especies de privilegios. ( Vid. pag. 146 ).

Alguns commentadores, em rasão do character com que as constituições pessoaes se apresentam, e mesmo da denominação que ellas têm em alguns textos, chamao-n'as de *privilegios* para significar o direito por ella estabelecido, bem como a expressão *privilegio* é empregada tambem algumas vezes para significar o Direito Singular, que, como já tivemos occasião de dizer, é completamente distincto de privilegio no sentido *restricto*. Convém a esse respeito ter em vista ou fazer as necessarias distincções.

Segundo Warnkoentg, nos seos commentarios, e, conforme se deduz da doutrina de Heineccio, o privilegio tem no Direito Romano duas accepções. uma accepção lata em que é synonymo de Direito Singular, e outra restricta em que é synonymo ( tão sómente ) de Constituição pessoal. A 1.<sup>a</sup> especie de privilegio distingue-se da 2.<sup>a</sup> em que aquella tem um titulo geral, ao passo que essa só tem um titulo especial.

O Direito Singular, como fica dito no texto, é estabelecido por uma rasão de utilidade, e nisto se distingue do Direito Commum ou Normal, o qual tambem se basêa em uma rasão geral, porem de justiça e equidade; de sorte que, quer o Direito Commum, quer o Anormal ou Singular ( privilegio no sentido lato ) tem como razão de ser uma rasão geral, ou seja de justiça e equidade, ou seja de utilidade social.

Se algumas vezes o *Direito singular* ou *anormal* é chamado nas fontes *privilegio*, nem por isso a denominação própria deixa de ser *jus singulare*, que se antepõe ao *jus generale*.

No proprio dominio do Direito geral encontram-se algumas regras filhas do *jus* e da *æquitas*, que estabelecem como que uma excepção aos principios communs, e que não são introduzidas em virtude da *utilitas*, porém por uma razão especial do proprio dominio do Direito. Taes regras ou disposições não se confundem com os privilegios concedidos a uma pessoa certa e determinada; constituem um Direito anormal segundo Savigny, e singular, segundo Warnkoenig.

Conhecida assim a lei em sua noção mais geral, e em suas divisões principaes, segue-se como consequencia do estudo que acabamos de fazer, o do character e effeito capital da lei, que é a sua *obligatoriedade*.

## CAPITULO XII

**Caracteristico geral da lei: obligatoriedade; quando esta começa e quando termina.**

I. Da simples noção de lei dada no capitulo antecedente e dos textos transcriptos na nota 101 ( pag. 167 ) decorre naturalmente que o character principal da lei consiste em ser ella uma *norma geral obligatoria na sociedade* ou um *preceito que obriga a todos os cidadãos* no territorio nacional.

Warnkoenig a esse respeito exprime-se nos seguintes termos: « Achão-se ligados pelo vinculo das leis todos aquelles que vivem na cidade; toda-

---

O titulo, porém, da Constituição pessoal ou do privilegio na accepção restricta, é sempre especial, pessoal, resultante da vontade imperial ( Vide Heineccio §§ 59 a 63 ).

Nos primeiros tempos do Direito Romano erão desconhecidos os privilegios no sentido restricto, especialmente os odiosos, ao passo que os privilegios no sentido lato datam da Lei das Doze Taboas, que prohibia expressamente que se estabelecessem privilegios odiosos, isto é, privilegios que peiorassem a posição do individuo perante a lei commum ou ordinaria.

via o soberano diz-se desligado das leis, sem que infirmamos d'ahi, que elle por seo arbitrio possa desconhecer e desprezar os direitos dos particulares: é expressão digna da magestade de quem reina, quando um principe confessa que elle é sujeito ás leis.»

O mesmo escriptor, em apoio dessa doutrina, cita diversos textos, como sejam: o fr. 31 do Dig., L. 1, T. 3, que diz «o principe está isento do jugo das leis; e ainda que este direito não pertença ás princezas, comtudo os principes lhes concedem todos os privilegios de que gosão»; e o paragrapho ultimo da Inst. L. 2, T. 17, onde o Imperador Pertinax declarou que «não aceitaría herança de quem deixasse o principe como herdeiro por causa de questões; nem approvaria um testamento illegalmente feito, em que elle proprio fosse por essa causa instituido herdeiro; nem receberia cousa alguma em virtude de uma escriptura legalmente nulla». De accordo com isso, muitissimas vezes disserão em rescripto os imperadores Severo e Antonino «Bem que as leis nos não obriguem, vivemos todavia pelas leis.»

A Const. 4.<sup>a</sup> do Cod. L. 1, T. 14, tambem citada por Warnkoenig, assim se exprime: «E'uma declaração digna da magestade de um principe confessar-se obrigado pelas leis, porque nossa autoridade resulta da do direito. Um principe, que sujeita ou submete sua dignidade ás leis, é mais respeitavel por isso do que por seo poder. Prohibimos aos outros o que prohibimos a nós mesmos pelo presente edicto.» (106)

Warnkoenig, portanto, diz que todos os que vivem na sociedade estão sujeitos ao vinculo das leis, excepto o principe nos termos já referidos, e no paragrapho seguinte estabelece outra regra e é que todos devem para isso conhecer as leis, e que não lhes aproveita o erro ou a ignorancia do

---

( 106 ) Alem dos textos citados, temos a Novella 105, cap. 2 § 4.<sup>o</sup>, onde se diz que o Imperador é a propria lei concedida por Deus á Sociedade.

direito, com excepção apenas de certas pessoas, como os militares, as mulheres, os menores de 25 annos, os rusticos e outros totalmente ignorantes das cousas forenses.

Nada diremos por ora, relativamente a esta ultima regra, porque ella tem de ser objecto do capitulo seguinte. Em relação á outra, a primeira regra, não ha duvida que na sociedade, com excepção das pessoas já indicadas, todos devem observar as leis religiosamente, em vista dos principios anteriormente expostos sobre a natureza e fim da lei.

Quanto ao Principe, elle não está sujeito á lei, não no sentido de poder violal-a, mas porque é o autor della ou de seo preceito, além de ter havido conveniencia publica em isental-o dessa sujeição. Não se pode suppôr que o principe se afaste da lei, resultante de sua propria vontade. E' elle o primeiro interessado em fazer cumpril-a, e portanto em respeitl-a, como se diz na Const. 4.<sup>a</sup> do Cod. : « Prohibimos aos outros aquillo que prohibimos a nós mesmos. »

Ha dous modos de explicar a introduccão desse principio no Direito Romano ; um que estabelece uma conciliação historica entre os textos citados, e outro que procura conciliar os textos da Inst., do Cod., e da Novella com o de Ulpiano no Dig. acima indicado. Mas como esta questão não tem para nós importancia, porque affecta ao Direito Publico, e portanto nos paizes modernos deve ser resolvida de accordo com o Direito Publico desses paizes, deixamos de entrar na explanação della. Entretanto como o Principe pode ter bens publicos e particulares, devemos attender ás respectivas leis que os regulão.

Pelo Direito Publico Constitucional moderno, como se pode ver no art. 99 da nossa Constituição Politica, o Imperante, que entra na organização das leis por meio da sancção, é inviolavel e sagrado, isto é, não está sujeito á responsabilidade alguma.

Quanto aos bens particulares, elle está sujeito

á legislação civil como qualquer particular. (107)

Por tanto o principio da legislação de Roma, onde o Principe reunia em si todos os poderes, tem sido modificado pelo Direito Publico moderno.

II. A autoridade da lei consiste em obrigar a todos que vivem em sociedade. E' uma consequencia da doutrina anteriormente estabelecida, porque vimos, quando tratamos de caracterisar a lei, que ella era um publico mandato, emanado do poder d'aquelles que dirigem a sociedade e, que por consequente estabelecia o Direito.

Ora, se não se pode conceber uma sociedade desenvolvendo-se convenientemente sem ordem social, não se pode tambem comprehender a ordem social sem o Direito; porque, como já dissemos, elle tem por fim garantir a ordem social, que por sua vez é a garantia da propriedade e da felicidade dos que convivem em sociedade. Se o Direito

---

(107) « Considerado como pessoa civil o Estado chama-se de preferencia thesouro publico; o mesmo nome se dá ao patrimonio do Estado. Durante a republica não houve senão um só thesouro publico, o *aerarium*; mas a partir de Augusto formou-se um segundo, que tomou o nome de fisco (*fiscus*). O *cerarium* era a caixa geral; o fisco recebia os rendimentos das provincias imperiaes e os recursos extraordinarios que lhe tinham sido expressamente designados; com alguns desses recursos se creou um *cerarium militare*; era uma verdadeira caixa fiscal. A administração do *cerarium* pertencia ao senado; o fisco estava á disposição do principe. Este estado de cousas se manteve até o meado do terceiro seculo da nossa era; os imperadores então chamarão a si a disposição do *cerarium* e a antiga distincção das duas caixas não conservou mais senão um interesse administrativo; sob o baixo-imperio se chamou o antigo *aerarium*, *aerarium sacrum*, e o fisco *cerarium privatum*. O Estado goza dos mais extensos privilegios; teremos occasião de citar alguns delles na continuação do Curso.

Com o thesouro publico, *cerarium* ou *fiscus*, não se deve confundir o patrimonio privado do imperador (*res privata vel principis Caesaris ratio*). O imperador em relação aos seus bens privados é uma pessoa physica, um simples particular. Somente como os imperadores dispunhão como senhores do thesouro publico, a distincção entre este thesouro e o patrimonio privado do principe não foi sempre stritamente observada, e desde a epocha classica os bens do imperador gosavão dos diversos privilegios do fisco; tinha-se mesmo estendido este privilegio aos bens da imperatriz. (Van Wetter, Tome 1<sup>er</sup>. pags. 107 e 108).

garante a ordem social por meio das leis, que vinculando a actividade dos homens fazem com que estes omittão acções que devem ser obstaculos ao desenvolvimento das faculdades d'aquelles que com elles convivem, se é esta a missão da lei, a sua autoridade deve ser geral; a ninguem, que vive em sociedade, deve ser licito não obedecer ás leis, sendo ellas determinadas, como vimos, por um principio superior de felicidade e utilidade publicas. Nada ha pois a objectar contra a theoria geralmente estabelecida da autoridade da lei. Mas é preciso saber quando começa ella a obrigar. Comprehende-se que, no momento em que o imperador promulgava em Constantinopla um edicto, não era possivel que elle fosse *immediatamente* obrigatorio em todo o Imperio romano.

E' preciso, pois, estabelecer qual o momento em que a lei se tornava obrigatoria.

Warnkoenig, diz que « a autoridade da lei começa da promulgação, isto é, desde a sua legitima publicação (*Legis auctoritas ex promulgatione, id est, e legitima ejus publicatione incipit*). (108)

Assim a expressão — *promulgação* no Direito Romano antigo tinha uma significação propria, queria dizer que a lei antes de ser votada pelos comicios, devia ser exposta, ou apresentada em lugares apropriados, afim de que aquelles que devião votal-a, conhecessem com antecedencia as suas disposições. Mas no tempo de Justiniano ja a referida expressão tinha perdido a sua significação primitiva; a promulgação tinha a mesma significação do Direito Publico Constitucional moderno, isto é, era o acto pelo qual a lei se completava e sahia da actividade do legislador.

---

(108) Warnkoenig em uma nota aos seus commentarios diz o seguinte:

« Alguns como Voetius *ad Pandectas* e Coceius, *questio 8 ob. Nov. 66.* disserão que a força da lei não começava senão dous mezes depois da publicação, porém Justiniano sanccionára isto somente a respeito d'aquella Constituição. Antigamente as leis dizião-se promulgadas quando erão expostas publicamente ao povo, antes de propostas nos comicios; hoje a publicação das leis distingue-se da sua promulgação ».

E' isto que se chama promulgação da lei: é a attestação solemne feita pelo Chefe do Estado da existencia da lei, e a publicação é o acto em virtude do qual as disposições da lei são conhecidas. Para que ella se torne geralmente obrigatoria é necessario que ella seja publicada, porque ninguem pode pautar seos actos de conformidade com uma regra que não conhece.

A autoridade da lei começa desde a sua promulgação para ser executada, ou, em outros termos, a promulgação obriga a todos empregados e auxiliares da administração publica ou do governo, afim de ser preenchidas todas as formulas complementares estabelecidas pelo Direito para efficacia da mesma promulgação.

Depois de approvada ou sancionada pelo poder competente, os agentes da administração publica tem de archivar-a nos registros para depois fazel-a correr e tornar conhecida de todos as suas disposições. Mas até que isto se dê, isto é, até que ella seja publicada, em cada região, por assim dizer, a porta de cada cidadão, ha um periodo, um espaço de tempo importante. Portanto a autoridade da lei começa com a sua promulgação para certos effeitos, e para todos os effeitos e principalmente para o effeito geral de vincular a todos os cidadãos, desde a sua publicação,

Só depois dessa publicação é que se presume que os cidadãos tenham della o devido conhecimento. A publicação da lei, como dito fica, é um acto que segue ao da sua promulgação, e consiste em ser manifestada a todos em cada região ou localidade do imperio romano, afim de que qualquer cidadão tenha conhecimento da lei anteriormente promulgada

No Direito Publico moderno esta distincção é cabal, como se pode ver das Constituições dos povos modernos, que assignalão esses principios.

A promulgação das leis pela nossa Constituição tem uma formula estabelecida, como está determinado no art. 69.

Portanto, em vez da proposição absoluta ou

generica, formulada por Warnkoenig de que « a autoridade da lei começa de sua promulgação ou legitima publicação », podemos dizer que a autoridade da lei, quanto á sua força executiva, resulta para certos effeitos da promulgação ; mas quanto á sua obrigatoriedade para todos os cidadãos, provém da sua legitima publicação.

No Direito Romano não encontramos dados seguros que habilitem a formar um juizo do modo pelo qual as leis promulgadas se consideravão publicadas.

Conforme os differentes estados de desenvolvimento do povo romano e de certas circumstancias especiaes, variavão os modos de ser publicadas as regras juridicas. No tempo de Justiniano é difficil, como observão os autores, estabelecer um principio geral com relação ao assumpto.

No Direito de Justiniano parece que a lei desde que era publicada pelo Imperador, tinha força obrigatoria ; remettida pelo Imperador aos presidentes de provincia, estes por sua vez a publicavão no territorio da sua jurisdicção e a lei começava a obrigar immediatamente.

No emtanto encontramos no Direito Romano algumas disposições que parecem contrariar essa doutrina.

A Novella 66 Cap. 1, estabelece que ella só obrigará dous mezes depois de publicada ; a Novella 58 marca o praso de tres mezes para sua obrigatoriedade e a Novella 116 fixa o praso de trinta dias. Em frente destas tres disposições contradictorias, como estabelecer um praso certo dentro do qual as leis começarião a obrigar no imperio romano? Por outro lado na Const. 65 do Cod. L. 10, T. 31 *De decurionibus* se diz que uma constituição anterior do Imperador Zenon obrigava desde o momento em que tinha sido publicada. Esta constituição vem augmentar a difficuldade em que nos achamos.

No fim do texto dessa Const. se diz « *Eadem videlicet constitutione divæ memoriæ Zenonis ex die, quopromulgata est, suas vires obtinente*: reconhecemos a autoridade da Constituição do Imperador Zenon,

de augusta memoria, *à datar do dia de sua promulgação* ».

No meio da incerteza produzida por essas diversas disposições, não encontramos um texto que effectivamente diga qual a regra sobre o assumpto. Segundo a Const. 65 cit. as leis obrigão desde que são publicadas. Quanto ás Novellas 66, 58 e 116 que estabelecem prazos differentes, devemos dizer, em vista dos principios já conhecidos, que se houvesse contradição verdadeira, a const. 65 do Codice estaria revogada por essas Novellas, as quaes derogão o direito anterior, assim como a Novella 58 estaria revogada pela 66 e esta pela 116, porque estas Novellas têm datas differentes.

Entretanto não é essa a solução que se deve dar á questão. Devemos dizer que no tempo de Justiniano as leis começavão a obrigar desde que erão publicadas, fazendo-se a distincção entre a publicação feita na séde do imperio pelo imperador, e a que era feita nas provincias pelos presidentes. E' o mesmo que se dá entre nós, onde o tempo em que começa a obrigatoriedade da lei na Côrte ou na capital do imperio é diverso do fixado para as provincias.

As Novellas citadas, que parecem contrariar a nossa doutrina, devem ser interpretadas conforme as disposições especiaes que ellas contém.

A regra geral é que as leis obrigão desde que são legitimamente publicadas, mas algumas vezes o legislador romano estabeleceo para certas leis especiaes um praso maior ou menor.

Com effeito se consultarmos os textos das referidas Novellas verificaremos pelo seo assumpto que era o que justamente se dava. Uma dellas, a de n. 58, refere-se á prohibição de capellas em cazas particulares, em que se celebrão os santos mysterios. A Novella 66 refere-se tão somente ás leis decretadas sobre os testamentos. Da ultima (da Novella 116), verifica-se a mesma cousa, isto é, que nella só se trata do abuso de acharem-se distrahidos em serviços particulares os soldados (por isso que exercem a profissão das armas), marcando um praso

especial dentro do qual devia cessar o referido abuso, voltando os mesmos soldados ao serviço publico.

Por consequencia, resumindo tudo quanto fica expendido, podemos dizer com Warnkoenig, que a obrigatoriedade da lei começa desde a sua legitima publicação, salvas as excepções que o legislador entendeu dever abrir a essa regra, marcando prazos especiaes para a obrigatoriedade de certas leis, tambem especiaes.

III. Diz o Compendio da Faculdade que a lei legitimamente publicada impõe regra tão somente para o futuro, não devendo ser applicada ao passado, salvo se isto dispõe expressamente. Além da const. 3.<sup>a</sup> do Cod. L. 8 T. 35 e do Cod. Theodosiano L. 1, T. 1, cita Warnkoenig, em apoio de sua doutrina, a Const. 7 do Cod. L. 1, T. 14, que se exprime do modo seguinte: « *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterita tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit* ».

A' primeira vista parece que não pode haver duvida alguma sobre essa doutrina. Se o fim das leis é reger as acções dos homens na sociedade, não podem ellas regular senão os actos que os homens praticarem depois de publicadas e conhecidas ditas leis ou regras legislativas. E' o principio da não retroactividade das leis. Sob esse aspecto parece até banal a affirmativa de que em regra a lei não pode reger o passado, isto é, não pode retroagir.

Mas como observa Warnkoenig em seos commentarios, esta regra, ditada pela rasão natural, encontra entretanto muitas difficuldades quando se trata de applical-a aos casos particulares. As questões de retroactividade das leis, encerrão o que os escriptores chamão *conflictos de leis no tempo*. Defacto, assim como se dão *conflictos de leis no espaço*, isto é, entre leis de diversos paizes, podem dar-se tambem *conflictos no tempo*, isto é, entre leis anteriores e posteriores de um mesmo

paiz, como no caso em que os effeitos de uma lei tenham de alterar relações de direito nascidas sob o imperio de outra lei.

Portanto, é exactamente no caso de retroactividade de uma lei que tem logar o chamado *conflicto de leis no tempo*.

A não retroactividade das leis é a regra; a retroactividade só tem logar por excepção. A razão disto é a que assignalámos: as leis, em regra, só obrigão para o futuro, por isso mesmo que só podem ter força obrigatoria, depois que são publicadas, isto é, conhecidas.

Entretanto como ha casos em que o legislador pode pretender, com uma lei nova, rectificar ou alterar os effeitos juridicos de uma lei anterior, surge a hypothese da retroactividade que encerra grande numero de questões e de difficuldades. A razão de taes difficuldades provém de que as leis que se encontram em conflicto no tempo não são da mesma natureza, assim como os factos a que se referem a lei nova e a lei antiga não são tambem da mesma natureza; d'onde devemos concluir que conforme varia a natureza das leis e dos factos varia tambem a regra juridica.

Nestas condições podem ser levantadas ou suscitadas aqui as seguintes questões:

O Direito Romano firmou o principio da não retroactividade como garantia das relações juridicas nascidas á sombra da lei? A não retroactividade das leis é regra que se pode applicar indistinctamente a todas as leis e a todas as relações de direito? Em outros termos, é universal a autoridade do principio da não retroactividade, quer se trate de leis ou relações de interesse publico, quer de leis ou relações de interesse privado?

Não pode entrar no plano do nosso *Curso* discutir e resolver detalhadamente todas estas questões. Procuraremos, porém, fixar os principios geraes que, segundo os mestres da sciencia, devem dominar a materia.

Warnkoenig ( *Commentarios* vol. 1.º pag. 156 e seguintes ), depois de notar que a legislação jus-

tiniana não fornece elementos completos e decisivos que sirvão de regra nas questões de retroactividade, passa a indicar certos preceitos que, segundo declara, podem encontrar justificação em dita legislação.

Eis os preceitos ou regras que elle estabelece:

« *a.* Si uma nova forma se estabeleceu a respeito d'algum negocio, a lei não invalida aquellas cousas que antes della se realisarão, ainda que por ventura tenham de produzir effeitos depois.

« *b.* Aquelles direitos que decorrem d'alguma lei, uma vez adquiridos, não são alterados por uma nova lei que abrogue a outra, direitos taes como a herança transmittida, a prescripção terminada, a capacidade da idade legal.

« *c.* Os effeitos d'algum negocio determinados por uma lei anterior, mas, em cujo vigor foi o negocio feito, não são mudados por uma nova lei que disponha outra cousa, si esta não ordena expressamente que aquelles effeitos devem ser annullados.

« *d.* Uma lei que prohibe factos ou negocios não rescinde aquelles que anteriormente forão acabados ou resolvidos.

« *e.* As leis que dizem respeito á ordem dos juizes e modo do processo rapidamente se destroem ( revogão-se ), de modo que os negocios contrahidos sob o imperio d'uma lei anterior, devem entretanto ficar sujeitos á norma da nova lei.

« *f.* Si porém uma nova lei estatuiu alguma cousa a respeito de causas pendentes e de negocios terminados, nunca deve se tornar extensiva áquelles negocios que são acabados ou extinctos por solução, transacção ou cousa julgada, nem áquelles que pendem de appellação.

« *g.* As leis interpretativas de leis anteriores applicão-se aos casos passados, mas não rescindem a cousa julgada.

Neste genero dever-se ha observar, na applicação d'um preceito de direito, que as leis não devem estender-se aos casos passados, afim de que os direitos adquiridos por cada um sob o regimen d'uma lei anterior nunca sejam abolidos por uma

nova lei ; salvo si esta manda o contrario em rasão da utilidade publica ».

A explicação e desenvolvimento de cada uma dessas proposições de Warnkoenig demandaria um grande numero de paginas, pois são muitas as questões que não só em theoria, como em face dos textos romanos, se podem suscitar na explanação deste assumpto. Por esta razão é-nos impossivel entrar na analyse detalhada de cada uma das referidas proposições.

Observaremos, porém, que Warnkoenig, enunciando aquelles principios, mostra pertencer ao numero dos que dão extraordinaria latitude ao principio da não retroactividade.

Ora, este principio, com ser geralmente admitido como regulador da materia, nem por isso deve ser tido como absoluto. E' assim que a maioria dos romanistas segue neste assumpto as idéas de Savigny, que se colloca em um ponto de vista menos rigoroso que o de Warnkoenig.

O grande jurisconsulto no 8.º volume de seu *Tratado de Direito Romano* faz, antes de tudo, uma divisão das regras juridicas, distinguindo as que têm por objecto a aquisição, das que têm por objecto a existencia dos direitos.

Com relação ás primeiras elle admite e justifica o principio da não retroactividade ; mas quanto ás segundas diz que tal principio não pode ter applicação.

Eis as suas proprias palavras relativamente ás regras que versão sobre a *existencia* dos direitos :

« As regras sobre a existencia dos direitos são antes de tudo relativas ao contraste entre a existencia ou não existencia de uma instituição de direito ; taes são as leis que supprimem inteiramente uma instituição, e aquellas que sem abolir inteiramente uma instituição modificão essencialmente sua natureza e desde logo estabelecem regras differentes.

« Nós dizemos que todas essas leis não poderiam ser submettidas ao principio da manutenção dos direitos adquiridos ( a não retroactividade ) ;

porque assim entendidas as leis mais importantes desta especie perderião toda sua significação ».

Coherente com estes principios Savigny estabelece em seguida duas formulas, que resumem a sua doutrina sobre esse ponto e que são as seguintes :

— As leis novas, pertencentes áquella classe ( a da *existencia* dos direitos ) têm um effeito retroactivo ;

— As leis novas pertencentes á dita classe não devem manter os direitos adquiridos.

Como se vê, o profundo jurisconsulto simplifica e esclarece o assumpto com essa distincção fundamental.

Vejamos quaes as conclusões a que elle chega relativamente á outra classe de leis, isto é, ás leis concernentes á *adquisição* de direitos.

Em contraposição ás duas formulas referentes ás leis que versão sobre a *existencia* dos direitos, offerece então Savigny duas outras que são as seguintes :

— As leis novas não têm effeito retroactivo ;

— As leis novas não devem offender os direitos adquiridos.

Desenvolvendo e justificando estas proposições Savigny observa, quanto á primeira, que ella não pode ser tomada no sentido litteral, e sim que o effeito retroactivo de que alli se falla deve ser entendido moralmente. Feita esta observação, elle sustenta que o principio da não retroactividade recusa absolutamente á lei nova toda acção sobre as consequencias dos actos anteriores.

Quanto á segunda formula, que exige o respeito dos direitos adquiridos e a manutenção das relações de direito com a sua natureza e a sua effi-  
cacia primitivas, Savigny declara que ella não é mais do que o mesmo principio contido na primeira formula, mas encarado sob um aspecto diferente.

De tudo isto decorre que o ponto de vista do jurisconsulto citado é mais amplo e mais philosophico do que o de Warnkoenig.

Resta-nos agora encarar a questão á luz da legislação romana, e ainda o faremos de accordo com Savigny.

Encontramos no Cod. L. 1, T. 14 *de legibus* a const. 7 do imperador Theodosio, cujo texto já transcrevemos acima.

Esta constituição « que tem exercido a influencia mais decisiva, tanto sobre a legislação como sobre a pratica e sobre a doutrina dos autores » é o fundamento positivo ou legal da não retroactividade das leis, pois diz que « as leis novas applicão-se a todos os actos juridicos ulteriores, não aos actos passados » ( *non ad facta præterita revocari* ).

O principio fundamental, que essa lei de Theodosio exprime sob sua forma geral, é reconhecido em diversas outras constituições, de que citaremos as seguintes: const. un. Cod. L. 5, T. 13; const. un. Cod. L. 7, T. 6; const. 29 Cod. L. 6, T. 23; Nov. 22., cap. 1.º; Nov. 66, cap. 1.º §§ 4 e 5.

Todos os autores têm reconhecido dito principio, variando apenas as opiniões no tocante ás questões incidentes. Weber, Bergmann, Struve e outros escreverão largamente sobre o assumpto, e Savigny faz judiciosas observações a respeito das opiniões e doutrinas desses autores.

Accrescentaremos ainda que é ao direito das cousas que se faz applicação mais pura e mais completa do principio da não retroactividade. Assim por exemplo si o direito de propriedade é transmitido por simples contracto sob o imperio de uma lei que admite esse modo de transmissão, a propriedade é irrevogavelmente adquirida, quando mesmo uma lei posterior exija a tradição. Reciprocamente, sob o imperio de uma lei que exija a tradição, não se transmite a propriedade quando mesmo uma lei nova declare o simples contracto sufficiente.

As servidões, o penhor e muitos outros *jura in re* prestão-se da mesma forma a applicações do principio da não retroactividade.

Este principio tem sua rasão de ser e justifi-

ca-se facilmente. Compreende-se bem que, admittida neste caso a retroactividade das leis, as consequencias que d'ahi resultarião serião inaceitaveis, por isso que serião absurdas e injustas. Veriamos, então, serem annullados, a bel prazer do legislador, os actos mais serios e mais notaveis; desappareceria das relações juridicas a confiança; não haveria estabilidade nas instituições de ordem legal; finalmente seria impossivel contar com a segurança e com a bôa fé dos contractos.

Na ordem criminal dar-se-hião inconvenientes graves, porque as penas a que fossem condemnados estes ou aquelles individuos poderião ser arbitrariamente aggravadas ou diminuidas, conforme aproovesse ao legislador.

Resta-nos agora, como complemento deste capitulo, dizer quando termina a obrigatoriedade da lei, isto é, tratar dos modos de cessação da fôrça obrigatoria das leis.

No seo § 113 diz Warnkoenig :

« As leis annullam-se por abrogação ou derogação, ou por tempo, quando ellas havião sido ordenadas até certo tempo; outrosim pelo desuso. Abroga-se a lei, que é annullada *in totum* por nova lei; deroga-se a lei, da qual uma parte é cassada por outra lei nova ».

O referido escriptor basea esta doutrina nos textos seguintes :

Fr. 102 Dig. L. 50, T. 16 que diz : « *Derogatur legi, aut abrogatur. Derogatur legi, cum pars detrahitur; abrogatur legi, cum prorsus tollitur* : » § 3 do titulo preliminar ou primeiro do Livro das Regras de Ulpiano, em que se distinguem — *abrogare, derogare, subrogare e obrogare* do modo que se segue : « *Lex aut rogatur, id est, fertur; aut abrogatur, id est, prior lex tollitur; aut derogatur, id est, pars prima legis tollitur; aut subrogatur id est, adjicitur aliquid primæ legi; aut obrogatur, id est, mutatur aliquid, ex prima lege* » ; o § 11 das Insts. L. 1, T. 2, que diz : « *Ea vero quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent* » ; e finalmente o § 1 do fr. 32, Dig. L. 1, T. 3, nas palavras :

« *Quare rectissimè etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* ».

E' claro que as leis são e devem ser mudaveis; não se comprehendem leis perpetuas, isto é, que obriguem para sempre os membros de uma sociedade, quaesquer que sejam as circumstancias em que elles se achem.

Portanto as leis precisão ser revogaveis ou annullaveis, isto é, precisão ser susceptiveis de um limite no tempo, da mesma forma que tem limites no espaço. Estes limites devem ser impostos ou reconhecidos pelo mesmo Poder que fez a lei ou que é competente para fazel-a.

Ha dous modos principaes de limitar a força obrigatoria das leis, e são elles: — a *abrogação* e a *derogação*, como se vê no trecho citado de Warnkoenig.

Chama-se *abrogação* a cessação completa da força obrigatoria de uma lei; chama-se *derogação* a cessação da obrigatoriedade em alguma ou algumas das disposições da lei, sem que ella fique prejudicada nas disposições restantes.

Entretanto alguns autores não fazem distincção entre abrogar e derogar, e os modernos empregão de preferencia a palavra *revogação* para significar a cessação da obrigatoriedade, quer esta cessação tenha lugar para toda a lei, quer somente para alguma de suas disposições, dizendo-se neste ultimo caso — *revogada em parte*.

A revogação das leis pode ser *tacita* ou *expressa*, isto é, pode provir ou do facto de uma lei declarar a outra anterior sem effeito, ou do facto de uma lei posterior consagrar disposições contrarias ás da primeira.

E' para estes casos que prevalece sempre a regra de que a lei posterior revoga a anterior (*posteriora prioribus derogant*).

Mas diz ainda Warnkoenig que as leis cessão tambem pelo *tempo* e pelo *desuso*.

Diz-se que o tempo é causa de cessação da força obrigatoria de uma lei, quando essa lei foi promul-

gada para vigorar somente dentro de um certo periodo; pelo que, terminado este, a lei cessa de obrigar (109).

O *desuso*, isto é, a falta de observancia das respectivas disposições por longo e diuturno espaço de tempo deve tambem fazer cessar a força obrigatoria das leis. E' signal de que ellas não correspondem mais ás necessidades sociaes, e nestas condições não ha rasão para que continuem a existir. (110)

São estes os modos de cessação da obrigatoriedade das leis. Por qualquer delles as disposições leaes perdem o seu valor ou a força em virtude da qual os cidadãos erão obrigados á observancia de suas prescripções.

### CAPITULO XIII

**Necessidade do conhecimento das leis. Erro e ignorancia de direito. A quem aproveita, quando e de que modo.**

I. As leis existem, mas não basta que existão para obrigar; é necessario, além disto, que sejam publicadas. Já vimos no capitulo anterior que esta-

---

(109) Quando se diz que a lei cessa pelo tempo ou em rasão do tempo não se quer dizer que a continuidade do tempo faça com que uma lei desapareça perdendo sua força obrigatoria; pois que, como se sabe, a longa duração de uma lei, por via de regra, justifica pelo contrario a bondade da lei. Warnkoenig quando diz que as leis annullão-se pelo tempo, se forão promulgadas por uma certa epocha ou periodo, refere-se ás leis temporarias, que são estabelecidas para vigorar dentro de um certo espaço de tempo, findo o qual deixão de ser obrigatorias.

Podemos apresentar como exemplo dessas leis temporarias, as de orçamento de receita e despeza publica, de fixação de forças, de prohibição de exportação de generos durante o tempo de sua carestia etc.

(110) O uso ou costume, revestido de certos requisitos, tambem tem força de lei, como veremos quando d'elle nos occuparmos em um dos capitulos seguintes.

« As leis, ( diz o proprio Warnkoenig em seos commentarios ) cessão tambem pelo costume contrario. E' claro que a força da lei não cessa pels simples não uso, mas não se pode negar que cessando as causas pelas quaes se fez a lei, esta nenhum valor mais tem ».

belecida a lei, deve tornar-se publica e o seu conhecimento estar ao alcance de todos aquelles que tem de pautar os seus actos de conformidade com ella, porque ninguem pode respeitar um principio ou preceito que não conhece.

Warnkoenig, dizendo em suas *Institutiones*, (primeira parte do § 112) « *Omnes item publicatas leges scire unumquemque oportet* » isto é, que convém ou é necessario que cada qual conheça as leis que hão sido publicadas, não faz senão enunciar um corollario da doutrina que já expendemos acerca da autoridade e obrigatoriedade das leis. Vimos que o fim das leis na sociedade é estabelecer regras obrigatorias, cuja observancia deve determinar na sociedade a ordem, que é o objectivo do Direito. Sendo esse o fim das leis, é visto que ellas devem ser observadas por todos, e, portanto, desde que ellas sejam regularmente publicadas, se estabelece a presumpção legal de que todos as conhecem.

Se apesar de publicada a lei, e findo o praso depois do qual se torna obrigatoria, fosse a alguém permittido allegar erro ou ignorancia a respeito della, graves seriam as perturbações que d'ahi resultariam para a ordem social, pois que a todo o momento seriam os direitos individuaes violados, porque o violador teria sempre meios de provar o seu erro ou a sua ignorancia.

Comprehende-se facilmente que isto não podia ter lugar, e que com todo fundamento aquella doutrina perfeitamente racional de Warnkoenig, devia ter sido como foi, consignada expressamente na Constituição 12, Cod. L. 1, T. 18, onde se lê: « *Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus* », isto é, a ninguem permittimos ignorar, nem dissimular as constituições imperiaes.

E', pois, um principio geral do Direito Romano como do Direito Philosophico, que as leis supõem-se conhecidas, desde que são publicadas e findos os prazos, que, no conceito do legislador, parecem sufficientes para que o conhecimento da sua disposição chegue a todos.

Esta materia, que a primeira vista é simples e facil por ser racional e assentar em texto claro, que não dá logar a controversias, pode, entretanto, em alguns casos, offerecer algumas difficuldades.

E' possivel que a presumpção legal do conhecimento da lei tenha de ceder á verdade, isto é, que, apesar de publicada a lei e começado o tempo de sua obrigatoriedade, haja alguem que realmente a não conheça, e conseguintemente a vióle sem sciencia de transgredir um preceito legal.

Procuraremos explanar o assumpto, tratando primeiramente de conhecer o valor das expressões: *Erro ou ignorancia* do Direito.

II. Sob o ponto de vista psychologico as expressões — erro e ignorancia do Direito — traduzem um estado analogo do espirito; porque, tanto o que erra com relação a alguma cousa, como aquelle que a ignora, tem o seo espirito em estado de imperfeição com relação á cousa. Mas, si procurarmos caracterisar o estado da nossa alma quando erra ou ignora, verificaremos uma differença essencial, porque o que ignora, como diz Cujacio, não tem o sentido da cousa, pois se acha delle privado; ao passo que o que erra não se acha no mesmo estado; tem um conhecimento imperfeito da cousa — *perversa rei scientia*. Vê-se, pois, que existe differença entre *ignorancia* e *erro*, comquanto os seus efeitos sejam identicos sob o ponto de vista psychologico.

No ponto de vista juridico tambem se equiparão perfeitamente os efeitos da ignorancia ou erro do Direito, sendo entretanto a expressão *erro* segundo Savigny, mais frequentemente empregada com relação ao Direito do que a expressão — *ignorancia*, a qual é mais frequente com relação ao facto.

Mas nas fontes encontramos constantemente expressões que denotão haver duas especies de *erro* e *ignorancia*. Citaremos a rubrica do Tit. 6, do L. 22 do Dig. a do Tit. 18, L. 1 do Cod. e outras disposições, onde se encontrão as expressões « erro e ignorancia de facto ou de direito.

Vemos, pois, que o erro ou ignorancia pode

ser de *facto* ou de *direito*. Dá-se a ignorancia de *facto*, quando absolutamente não temos conhecimento de um *facto*, e dá-se o erro de *facto* quando temos conhecimento do *facto*, mas um conhecimento erroneo, acreditando nós, por exemplo, que o *facto* se deo de tal modo, revestio-se de certas circumstancias e condições, ao passo que as condições e circumstancias forão outras.

Com relação ao erro e ignorancia do Direito, a noção não nos é immediatamente indicada em vista das expressões que a determinão. E' assim que quando se diz erro e ignorancia de direito allude-se não ao Direito subjectivo, mas ao Direito objectivo.

O Direito objectivo, como já se sabe, é uma regra de acção, é uma lei; por consequencia ignorar o Direito objectivo é não ter conhecimento de que uma lei existe; e errar, com relação ao Direito objectivo, é suppôr que uma regra de Direito deve ter antes uma intelligencia do que aquella que effectivamente tem.

Sob o ponto de vista, pois, da adhesão da nossa rasão ao direito ou ao *facto*, verificamos a mesma cousa; quer quando erramos quanto ao *facto*, quer quanto ao Direito, temos sempre uma falsa noção, e quer quando ignoramos o *facto*, quer quando ignoramos o Direito temos sempre ausencia ou falta de conhecimento.

Algumas vezes a ignorancia ou erro que existe em nosso espirito, não é de Direito objectivo, porém de Direito subjectivo. Mas não é debaixo desta relação ou desta accepção que se estabelece o problema da influencia da ignorancia ou erro do Direito sobre as acções do homem na sociedade.

Effectivamente é possível que um individuo tenha uma faculdade legal e não conheça no emtanto que a tem; e tambem é possível que forme da faculdade legal, que tem, um juizo erroneo.

Mas essa ignorancia ou erro do Direito subjectivo importa sempre ou em uma ignorancia de Direito objectivo, ou em uma ignorancia de *facto*.

Do que temos dito se deduz não só que o erro

ou ignorancia podem ser de direito e de facto, como tambem que as expressões *erro* e ignorancia são equivalentes nesta materia.

A distincção entre o erro de facto e o erro de Direito acha-se expressamente estabelecida no fr. 1.º de Paulo, Dig. L. 22, T. 6, *de juris et facti ignorantia*.

Logo no começo diz o citado jurisconsulto : « *Ignorantia vel facti vel juris est* » ; em seguida enumera casos de erro de facto ou de direito, e casos que podem ser ao mesmo tempo, de facto e de direito. Diz por exemplo que « se a pessoa chamada para succeder nos bens de alguém ignorar a sua morte, o tempo fixado para pedir a posse dos bens não corre contra ella ».

Vemos que aqui se allude ao erro de facto ; porém ( accrescenta ainda o texto do Digesto ) « si o individuo souber que o fallecido é seo parente, mas ignorar que a posse dos bens lhe pertence na qualidade de parente mais proximo, ou se ignorar que sendo elle instituido o pretor lhe dará a posse dos bens, o tempo corre contra elle, porque ahi a ignorancia é de Direito ».

Esse texto de Paulo, portanto, deixa fóra de duvida que, em face do Direito Romano, o erro ou ignorancia de facto é desculpavel, ao passo que o do Direito não o é.

No § 2.º desse mesmo fragmento citado, Paulo allude a um caso que pode ser ao mesmo tempo, de facto ou de direito, conforme as circumstancias. Diz elle : « aquelle que ignora si é cognado de outrem, algumas vezes erra de direito, outras vezes de facto ; porquanto si sabe que é livre e conhece seo pae e mãe, mas desconhece os direitos de cognação que lhe competem, commette um erro de Direito ; porém si alguém, tendo sido exposto, não conhece qual o seo pae e sua mãe, mas serve alguém, julgando-se escravo, erra de facto, antes que de Direito ».

Portanto quem não sabe quaes são seos paes e julga-se em condição de escravo, não sabendo por essa rasão que é cognado com relação a um indivi-

duo, erra com relação a um facto; mas si o individuo conhecer perfeitamente a sua condição social e seos parentes, e não souber que é cognado de um parente seo, é porque desconhece as regras de Direito, que presidem as relações de cognação.

Vemos, pois, que conforme as circumstancias, pode um mesmo caso constituir ora erro de Direito, ora erro de facto.

Nos achamos assim de posse dos dados precisos para podermos comprehender as discussões travadas entre os jurisconsultos sobre tão importante assumpto.

Como regra geral devemos estabelecer que o erro e ignorancia não aproveitão quando sejam de Direito, e isto em virtude da consideração que já fizemos, de que aquelle que ignora, ou que erra, traz seo espirito em um estado de imperfeição que devia ser evitado.

O Direito deve ser conhecido por todos aquelles que vivem na sociedade, e, portanto, aquelle que não conhecer o Direito, ou aquelle que o conhecer, tendo porém d'elle uma noção falsa ou diversa daquella que realmente lhe compete, é culpado d'uma negligencia, e não pode allegar o estado imperfeito de seo espirito, isto é, a ignorancia do preceito legal.

Com relação ao facto, porém, cumpre distinguir si se trata de um facto proprio ou alheio, porque comprehende-se que o facto sobre que versa a ignorancia ou erro, póde interessar directamente ao individuo que allega a ignorancia, ou pode ser um facto alheio.

Não se podem apreciar ambas as hypotheses sob a mesma relação de igualdade; porquanto um facto que nos diz respeito, deve ser por nós perfeitamente conhecido; ao passo que não temos obrigação de conhecer os factos que se referem a outros individuos.

No Direito Romano considera-se pouco frequente o erro de direito, e isto porque quando não se possuísse os dados precisos para bem conhecer as leis, podia-se consultar Jurisconsultos, que ex-

plicavão a verdadeira significação das leis. Por esse motivo o erro de Direito era sempre filho de uma negligencia, porque só ignorava a lei quem não procurava consultar áquelles que podião habilital-o com as noções que ignorava.

Do que fica dito se conclue facilmente que o principio dominante nesta materia é que o erro e a ignorancia, sejam de direito ou de facto, não são admissiveis e desculpaveis; ou, como diz Mackel-dey, que « nenhuma reclamação fundada em erro pode ser admittida; prejudica sempre aquelle que age ».

Entretanto não se pode dar tal principio como uma regra absoluta. Comprehendendo isto foi que Savigny, depois de ter estabelecido como um principio geral que « o erro é inadmissivel quando resulta de uma grande negligencia », acrescentou: « Este principio geral apresenta esta differença em sua applicação: para o erro de facto a negligencia deve ser provada; para o erro de direito ha uma presumpção de negligencia, presumpção que não pode ser destruida senão pela existencia de circumstancias extraordinarias. Assim, pois, estas duas especies de erro são submettidas á mesma regra, mas a obrigação da prova é differente.

Quem allega a ignorancia ou erro de facto, não precisa demonstrar que é justa, porque tem por si tal presumpção; aquelle a quem ella prejudica é que deve demonstrar que foi culposa, isto é, que foi filha de uma negligencia culposa, não podendo, portanto, favorecer a quem a allega. Quanto porém ao erro e ignorancia de Direito, quem os allega é que deve provar que são da natureza daquelles que o Direito permite, isto é, que ignora o direito ou erra sobre elle, porque não sendo versado em conhecimentos juridicos, achava-se na occasião em posição tal, que não podia consultar a uma pessoa habilitada que o esclarecesse.

Pode-se ir ainda mais longe e dizer que, para o erro de direito não só a ausencia da negligencia como tambem a existencia mesma do erro é mais

difficil de admittir do que para o erro de facto; e isto porque o erro como facto intellectual, é raramente susceptivel de ser provado completamente pelos meios ordinarios.

Outros fundamentão essa doutrina no character certo do Direito e no character vacillante do facto; dizem que quando sobre um ponto de Direito torna-se difficil apprehender o seu verdadeiro sentido, pode o individuo recorrer a um jurisconsulto que o esclareça devidamente; entretanto que o mesmo não se dá com relação aos factos, pois que não podem ser apreciados com o mesmo gráo de segurança, dependendo muitas vezes o conhecimento perfeito de um facto do exame acurado das varias circumstancias que o acompanharão, e que escapão á observação, mesmo dos mais avisados.

Como quer que seja, aquelle principio, si não é absoluto, é, pelo menos, dominante, conforme ha pouco dissemos.

Por consequencia podemos dizer com o autor citado que, em geral, aquelle que se engana a respeito dos seus proprios actos, ou sobre sua propria capacidade de direito, não pode invocar esse erro, porque neste caso o erro suppõe uma grande negligencia.

E' essa com effeito a presumpção, ainda que excepcionalmente a posição particular do individuo que erra, ou as circumstancias especiaes do facto, possão determinar um julgamento em sentido contrario.

Essas circumstancias a que alludimos, bem como a posição particular de certos individuos, dão logar a todas as excepções que, ao principio acima indicado, encontramos não só na legislação romana, como na doutrina dos autores. ( 111 )

---

( 111 ) Os principios relativos ao erro e ignorancia de Direito estão incluídos nas questões geraes que podem ser estudadas na introdução do Direito, porque envolvem a verificação da autoridade da lei, visto como se trata de saber se algumas vezes a obrigatoriedade da lei deve cessar por um caso excepcional; quando, porém, se trata de erro ou ignorancia de facto, vemos que esta

Acompanharemos Mackeldey na exposição, que elle faz, das excepções e distincções relativas a esta materia.

III. O *erro de direito* prejudica toda vez que se reconhece que elle poderia ser evitado consultando-se um jurisconsulto (*error juris nocet*). E' o que se infere dos seguintes textos: fr. 9, pr. § 3 D. 22,6; fr. 10 D. 37,1; Const. 9, Cod., 1,14; Const. 12, Cod. 1,18.

Mas, si aquelle que invoca o erro, é desculpavel porque não se pôde esclarecer sobre seo direito (*si copiam jurisconsultis non habuit*), então é preciso distinguir: ou o erro faz perder ao que erra um proveito ou vantagem qualquer (*lucrum*), e neste caso subsiste a regra geral; ou o erro acarreta para o que o commette a perda de uma parte de sua fortuna adquirida (*damnum*) e então, por um lado elle não pode repetir o que já pagou por erro de direito (*damnum rei amissæ*), por outro lado não é obrigado a prestar o que prometteo por erro (*damnum rei amittendæ*).

Isto quanto ao erro de direito. Relativamente ao de facto, em regra geral elle não prejudica, nem quando se trata de lucro, nem quando se trata de perda.

E' preciso, porém, que elle não repouse sobre uma negligencia grosseira, imperdoavel.

Os textos seguintes confirmão esta asserção: fr. 3.º § 1.º; fr. 6.º; fr. 9 § 2, D. 22,6; fr. 5 § 1.º D. 41,10; fr. 15 § 1.º D. 18,1. (112)

questão não pode ser tratada na parte introductoria do Direito. O erro e ignorancia de facto, viciando o consentimento, o seo estudo tem logar apropriado na parte em que se trata das convenções e das questões que lhe são relativas. Consequentemente constitue uma questão que deve ser ventilada e tratada de modo completo na theoria das obrigações, porque, se em regra geral o erro ou ignorancia de facto aproveita, a consequencia é que aquelle que se obrigou em virtude delle não é obrigado a cumprir o estipulado.

(112) Em geral se dizem erro ou ignorancia excessiva ou grosseira quando se referem a factos proprios.

No cit. fr. 3 pr. Dig. L. 22 T. 6 lê-se: « ha muita differença entre o que ignora factos alheios e o que ignora o Direito que tem ». Ora, embora o texto diga « Direito que tem », vemos que

Voltando ainda ao erro de direito devemos observar que ha algumas classes de pessoas a que o Direito romano concede favores excepçionaes. Quando se trata de *menores*, de *mulheres*, de *soldados* ou *militares*, de *rusticos* ou *camponios*, os textos romanos apresentam excepções francas dos principios que temos estabelecido, favorecendo muito mais aos individuos d'aquellas categorias do que a outros quaesquer.

Nada mais justificavel do que essa condescendencia com que o Direito Romano trata aquellas classes.

Fallemos primeiramente dos menores.

---

elle não se refere á ignorancia de Direito, porque o « Direito que tem », é o Direito considerado como faculdade, e não o Direito objectivo; e o Direito como faculdade, quando se ignora a sua existencia é porque ignoram-se os factos d'onde deve resultar esse direito.

Savigny apresenta essa theoria sem estabelecer excepção. Outros autores, porém, baseados no fr. 22 do Dig. L. 27 T. 6 e em considerações racionaes, estabelecem excepções a essa excepção. Dizem que, si se trata de um facto antigo ou insignificante da vida de um individuo que tem fraqueza de intelligencia, não deve elle ser considerado no caso de uma ignorancia grosseira, e por tanto não se pode considerar como culpado dessa ignorancia, embora isso diga respeito a factos proprios.

Consequentemente entendem os alludidos autores que não se pode considerar como ignorancia grosseira aquella que decorre da fraqueza das faculdades intellectuaes, da insignificancia dos factos e do lapso de tempo. Algumas vezes ainda o erro ou ignorancia de facto não é grosseiro, e provem de certas circumstancias especiaes em que um individuo se acha collocado. Ha circumstancias em que o individuo não pode apreciar os factos com toda imparcialidade e tranquillidade de espirito, como quando se acha sob o influxo de certos sentimentos, como da dôr, da paixão ou do medo, que fazem apreciar os factos vendo nelles circumstancias que não observaria se se achasse em estado normal, livre da pressão de taes sentimentos; d'onde resulta que o erro ou ignorancia de facto aproveita em geral; porém não aproveita, quando é filho de uma ignorancia excessiva, isto é, quando refere-se a factos proprios, salvos os casos que ficão exceptuados.

Com relação ao erro e ignorancia de direito, vemos o contrario dessa regra, porque á ninguem aproveita. Entretanto existe no citado fragmento de Paulo uma porta aberta ás excepções, quando elle diz que raras vezes acontece que um individuo, podendo informar-se do theor de uma regra de Direito, não o tenha feito.

E' sabido que em materia de transacções licitas, isto é, feita abstracção dos delictos, os menores podem, em geral invocar o beneficio de restituição nos casos em que tenham soffrido um prejuizo. Este principio geral, segundo diz Savigny, tem as consequencias mais importantes relativamente ao erro.

Assim os maiores não achão protecção contra o prejuizo resultante de seo erro, senão em certos casos especiaes; os menores, porém, achão essa protecção em todos os casos. Os maiores nunca são protegidos contra um erro resultante de uma grande negligencia, e por consequencia contra o erro de direito; os menores podem, porém, invocar o erro de Direito. A protecção só é concedida ao maior, quando tendo commettido um erro, elle não o fez scientemente; ao menor ella é concedida mesmo nesta hypothese.

Os textos reconhecem a protecção de que acabamos de fallar. Elles a concedem ao menor que empresta dinheiro a um *filius familias*, ao que admite uma caução judiciaria não valida, ao que deixa passar o praso da *bonorum possessio*, etc.

A esta classe de pessoas, *quibus jus ignorare permissum est*, pertencem tambem as mulheres, como já dissemos.

Até o anno 469 o favor concedido ás mulheres pelas leis era tão illimitado quanto o concedido aos menores. Naquelle anno, porém, o imperador Leão restringio dito favor aos casos em que as leis anteriores fazião delle uma applicação especial.

Depois da Constituição do citado imperador os casos em que as mulheres podião invocar a ignorancia de direito, ficarão sendo :

— Aceitação de uma caução judiciaria não valida ;

— A falta de producção de peças justificativas;

— A omissão das formalidades a preencher em caso de gravidez, após a dissolução do casamento ;

— O pagamento de uma divida contra a qual existia a *exceptio senatus consulti Veleiani*, si o paga-

mento tivesse sido feito na ignorancia do senátus-consulto ;

— A violação, por ignorancia, de uma lei penal inteiramente positiva, como na hypothese do *incestus juris civilis*, etc.

Os rusticos ( rustici ), isto é, os que vivem retirados das cidades e occupados com os trabalhos do campo, completamente desprovidos de educação, podião, como as mulheres, invocar a ignorancia de direito ; mas isto só em casos limitados, como estes :

— Quando havião deixado passar o praso da *bonorum possessio* ;

— Quando, em um processo, descuidavão-se de produzir documentos ;

— Quando tivessem commettido actos prohibidos por uma lei penal positiva, como no caso de desobediencia a uma *in jus vocatio*, etc.

São varios os textos que sanccionão essas excepções ; entre outros podem ser citados o fr. 1.º § 5.º do Dig. L. 2, T. 13 e Const. 8.ª do Codice L. 6, T. 9.º ( 113 ).

Vejamos agora os soldados. Estes erão cercados de grandes favores por dous motivos : 1.º por que se reconhecia que em geral o seo genero de vida os impedia de adquirir o conhecimento do

(113) Alguns textos tratão conjunctamente da *rusticidade* e da *impericia*, considerando esses dous casos como identicos. Cumpre advertir, com Cujacio, que nem sempre a expressão — impericia — traduz o mesmo pensamento que a expressão — rusticidade.

Não ha duvida que a rusticidade produz uma impericia, em vista da qual os que vivem no campo não podem facilmente conhecer as leis, nem têm meios faceis de consultar peritos. Neste caso essa rusticidade é, no sentido geral, uma impericia ; mas a impericia pode ter outra accepção geral, pode ser relativa a uma certa profissão, e, pois, si quizermos entendel-a por esse modo, teremos de amplificar a excepção. Ha bons industriaes que, em relação a certos assumptos são imperitos, e o mesmo se dá com pessoas que dispõem de maior cultura ; sendo assim que, nem todos se podem considerar, provavelmente, peritos na arte de relojoeiro.

Por consequencia cumpre assentar ou estabelecer definitivamente que a impericia se pode considerar como exprimindo o mesmo que rusticidade, mas em sentido geral, denotando uma incapacidade para os negocios communs da vida.

direito; 2.º porque era preciso animar com privilegios a profissão de soldado.

Os principaes desses privilegios erão as excusas da ignorancia de direito, produsindo para elles o beneficio de restituição, na hypothese seguinte:

— Expiração do praso da *aditio hæreditatis* ou da *agnitio* de uma *bonorum possessio*. (114)

Outro importante privilegio apparece no tempo de Justiniano, como uma instituição regular. Os soldados gosavão de taes privilegios, com relação á facção testamentaria activa que, ou por ignorancia das leis que regulavão o modo de testar, ou por outro qualquer motivo, pelo qual não tivessem testado de conformidade com as regras estabelecidas pelo Direito, seo testamento era valido. Bastava, por exemplo, que o soldado escrevesse o nome do herdeiro com o seo sangue na folha da espada ou no escudo, ou traçasse-o na area do campo, ou o declarasse perante duas testemunhas, para que prevalecesse a sua vontade, quando entretanto nos casos communs, as formalidades rigorosas do Direito não podião ser omitidas.

Essa disposição com o character de especialidade, já se achava completamente estabelecida, no tempo de Justiniano, em favor do soldado, como uma instituição regular, segundo se pode ver no L. 2 T. 44 da Inst., que se inscreve *De militari testamento*.

Si vemos um dos primeiros privilegios concedidos aos militares elevado mais tarde, com os progressos do Direito, á altura de uma instituição regular; entretanto sob o ponto de vista, em que procuramos justificar esta excepção á regra que estabelecemos, vemos que aos militares era tambem a certos respeito permittido ignorar o Direito, sem que d'ahi lhes proviesse prejuizo.

Com relação a essas pessoas privilegiadas, quanto á ignorancia de direito, diz um romanista celebre:

---

(114) Não aproveita porém aos militares a ignorancia das leis militares.

« Se se reúnem sob um ponto de vista commum estas differentes classes de pessoas, vê se que ellas gosão de um favor particular relativamente á ignorancia de direito e que, para ellas esta ignorancia é assimilada á ignorancia de facto, mas em differentes grãos; de sorte que na pratica não ha uma regra geral commum áquellas quatro classes de pessoas. Independentemente do favor que lhes é concedido, é preciso tambem admittir o principio que evidentemente lhe serve de base; para aquellas pessoas a ignorancia do direito é de facto ou effectivamente supposta até a prova do contrario ».

O autor desta judiciosa consideração, que aliás não é outro senão o grande Savigny, ensina que em dous casos deve a ignorancia do direito servir de excusa, como tambem acontece no Direito moderno: 1.º quando a regra é objecto de uma controversia; 2.º quando a regra pertence ao direito particular.

O notavel romanista allemão justifica a sua doutrina com as rasões seguintes:

« Si por exemplo, um principio dividia duas seitas de jurisconsultos, o juiz que tomava por erro de direito a opinião de uma das partes, não podia entretanto condemnal-a por negligencia em informar-se do direito, visto que os *diversæ scholæ auctores* tambem erão considerados jurisconsultos. ( 115 )

« Quando a regra pertence ao direito particular, a necessidade da excusa não é menos justifica-

---

( 115 ) Se o erro ou ignorancia de Direito a ninguem aproveita, porque o individuo podia consultar um jurisconsulto sobre o ponto que ignorava, vê-se que esta rasão não prevalece, quando se trata de uma questão controvertida, porque tendo a regra de Direito duas ou mais intelligencias differentes, pode o erro provir de seguir o individuo a opinião de um jurisconsulto de preferencia a de outro.

Consequentemente o individuo que aceita uma ou outra opinião, pode involuntariamente incorrer n'um erro de Direito, erro que, segundo Savigny e Cujacio, é inteiramente attendivel, porque, se os jurisconsultos vacillão sobre a verdadeira significação de uma lei, com maioria de razão podião os cidadãos ser levados a duvidas e erros.

vel ; porque o conhecimento deste direito não é tão vulgarisado e accessivel como o do direito geral, sobretudo si o direito local é um direito costumeiro, cuja existencia é sempre mais difficil de demonstrar do que a existencia de uma lei ».

Achamos sensatas as considerações de Savigny. Por isso, dando como explicada a 2.<sup>a</sup> parte do § 112 de Warnkoenig, fechamos este capitulo em que procuramos dar a theoria geral sobre erro e ignorancia de Direito existente na legislação romana, sem penetrarmos de modo algum no emaranhado labyrintho das questões particulares e nos complicados detalhes de tão importante materia.

#### CAPITULO XIV

##### Interpretação das leis, especies e regras principaes

I. O fragmento 17 do jurisconsulto Celso, contido no Dig. L. 1, T. 3, exprime-se deste modo : *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* ( Saber as leis não é conhecer as suas palavras, mas sim a sua força e poder ).

Este pensamento do jurisconsulto romano, que se tornou uma regra de Hermeneutica, mostra perfeitamente a razão de ser da interpretação.

Com effeito as palavras da lei não são mais do que o vehiculo do pensamento do legislador, o modo de manifestação da idéa existente no espirito do autor da lei ao formular-lhe o dispositivo.

Ora, para applicar esse dispositivo aos casos occorrentes faz-se necessario apprehender o pensamento do legislador, o fim que elle teve em vista quando organisou a lei. D'ahi a razão de ser da interpretação, bem como da Hermeneutica ou arte da interpretação, que os autores costumão definir *um systema de regras para a interpretação das leis.*

Definamos, porém, a interpretação. Segundo o grande romanista Savigny ella é — *a reconstrucção do pensamento contido na lei* ; segundo outros autores, a sua verdadeira definição consiste na — *exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por*

*defeitos de sua redacção, ou duvidosa com relação aos factos occorrentes, ou silenciosa.*

Cada uma destas definições tem em seu apoio textos do *Corpus Juris*, o que dá logar ainda hoje a divergencias relativamente a este assumpto.

Pela definição de Savigny o papel da interpretação é extraordinariamente lato: todas as leis, ainda as mais claras, necessitam da interpretação. Eis como se exprime o referido jurisconsulto justificando a sua definição :

« Sendo destinada a fixar uma relação de direito, toda lei exprime um pensamento simples ou complexo que põe essa relação de direito ao abrigo do erro ou do arbitrio. Para que a lei alcance tal fim é preciso que seo pensamento seja apanhado inteiramente e em toda sua pureza por aquelles que têm de ser attingidos por aquella relação. Estes devem então transportar-se ao ponto de vista do legislador, reproduzir artificialmente suas operações e *recompor* a lei pelo pensamento. Tal é o processo da interpretação ».

Em outro ponto do seo *Tratado* acrescenta Savigny: « Esta operação ( a da interpretação ) não é restricta, como alguns pensão, ao caso accidental de obscuridade na lei; a obscuridade é uma imperfeição da lei; e para procurar-lhe o remedio é preciso antes de tudo estudal-a em seo estado normal ».

O modo de ver de Savigny acha apoio e justificação no fr. 1 de Ulpiano § 11, Dig. L. 25, T. 4.º que diz: *Quamvis sit manifestissimum edictum prætoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus.*

Mas, como já fizemos notar, outros textos protestão contra a latitude do fragmento de Ulpiano e favorecem antes a definição de interpretação que é opposta á de Savigny. Temos, por exemplo a conhecida regra, deduzida do fr. 137 § 2, Dig. L. 45, T. 1, que diz: « *quando verba sunt clara non admittitur mentis interpretatio* », e mais ainda o fr. 25 de Paulo § 1.º Dig. L. 32, *de legatis III*, no qual se lê: « *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.*

O finado Conselheiro Paula Baptista, que em seo *Compendio de Hermeneutica Juridica* regeitou a definição de Savigny, oppoz-lhe entre outras esta consideração: « Uma semelhante doutrina, tão vaga e absoluta, pode fascinar o interprete de modo a fazel-o sahir dos limites da interpretação para entrar no dominio da formação do Direito ».

Sem termos a pretensão de resolver a contenda dos autores sobre este ponto, diremos que a definição de Savigny é preferivel n'um ponto de vista abstracto e philosophico, ao passo que no ponto de vista pratico é preferivel a outra definição.

Feita esta observação passemos a tratar das especies da interpretação.

II. As especies de interpretação podem variar, e varião, de facto, conforme o ponto de vista ou relação sob que considerarmos o processo interpretativo.

Os jurisconsultos têm considerado a interpretação sob tres relações diversas: a da sua *origem*, a dos seus *elementos* e a de seus *effeitos*.

Relativamente á *origem* podem ser admittidas, com a generalidade dos autores, as tres especies de interpretação enumeradas por Warnkoenig nos seus *Commentarios* (Tom. 1 pag. 158) e que são as seguintes: *authentica*, *doutrinal* e *usual*. Chama-se interpretação *authentica* aquella que emana do proprio legislador, e que por isso tambem é chamada legal. Interpretação doutrinal é a que provém dos juizes ou administradores como inherente á applicação e execução positiva das leis, e dos jurisconsultos como simplesmente consultiva ou instructiva. ( 116 )

Warnkoenig define-a deste modo: « E' aquella que é instituida pelos prudentes segundo os preceitos da arte e do direito.

Dá-se o nome de interpretação *usual*, tambem

---

( 116 ) E' conveniente lembrar que os jurisconsultos e magistrados romanos tiveram por muito tempo o *jus edicendi* e o *jus jurandi*, e que portanto interpretavão as leis, como se fossem legisladores.

chamada *publica*, á que é feita pelo uso forense e autoridade das cousas julgadas.

A interpretação *authentica* tem recebido tambem a denominação de interpretação *por via de autoridade*; isto em virtude do seu character distinctivo, que é provir da propria autoridade formadora da lei. Da mesma forma a interpretação doutrinal tem sido chamada já interpretação *privada*, já interpretação *por via de sciencia*.

Alguns autores incluem a interpretação *usual* na *authentica* ou *publica*, reduzindo assim a duas as principaes especies de interpretação, isto é, *authentica* e *doutrinal*.

Algumas passagens de varias constituições imperiaes, encontradas no *Codigo*, ensinão-nos que em Roma a interpretação *authentica* devia partir do principe. Quando alguma lei era obscura, diz Warnkoenig nos commentarios citados, devia apresentar-se a causa da duvida ao imperador, que costumava como *summo* juiz resolver as ambiguidades.

A resolução da duvida nessa hypothese, ou por outra, o acto de interpretação fazia-se por este modo: o legislador definia, por meio de uma nova lei, o seu pensamento contido na lei anterior.

Nos ultimos tempos do Imperio era esta especie de interpretação — a *authentica*, que vigorava na maior parte dos casos entre os romanos. Por esta razão de certos textos de Justiniano inferem alguns romanistas que esse Imperador prohibira qualquer outra interpretação que não fosse aquella.

Esta opinião não parece verdadeira. Analysando bem as Constituições de Justiniano se vê que o fim dellas era unicamente o seguinte: — não permittir ao juiz segundo o seu arbitrio, moderar uma lei de todo obscura, ou cuja applicação fosse tão iniqua que parecesse oppor-se ao bem publico ou á propria vontade do legislador. Nada mais justo que isso.

Vejam as especies de interpretação, em relação aos seus elementos. Nesse ponto de vista a interpretação pode ser *logica* ou *grammatical*.

A interpretação *logica* é a que tem por objecto o pensamento da lei (*mens legis*) e versa sobre a decomposição do pensamento do legislador e relação logica das materias da lei.

A *grammatical* é a que tem por objecto a linguagem da lei (*verba legis*) e versa sobre a construcção textual e as diversas accepções das palavras.

Caracterisando o papel de cada um destes *modos* de interpretação ( 117 ), escreve o grande jurisconsulto Ihering, em sua celebre obra — *L'Esprit du Droit Romain* ( 118 ):

« A interpretação *grammatical* subtrahes se ao serviço que se lhe pede, prende-se ás *palavras*, como a expressão bem o indica. As palavras são para ella o que não são, o que não podem jamais ser, isto é, o proprio pensamento tornado visivel e *objectivo*, ou o que vem a dar no mesmo o unico *succedaneo* do pensamento que deva ser tomado em consideração.

« A interpretação *logica*, ao contrario, se conforma com a verdadeira essencia da *communição* das idéas e, para me servir aqui d'uma expressão bem significativa da linguagem, passa por cima das palavras, isto é, se transporta á alma daquelle que falla e vae buscar o pensamento por assim dizer até mesmo em sua sede. A alma do que falla, eis o *theatro* de sua actividade. O *theatro* da interpretação *grammatical* é a palavra simplesmente. Para ella, tudo quanto não está nas palavras, tudo quanto não se lhes incorpora, não existe. Prende-se, como se diz habitualmente, á *lettra morta*, assim chamada porque não lhe serve para reproduzir o pensamento daquelle que falla, nem para chamal-o a uma existencia nova, mas

---

( 117 ) Dizemos *modos* de interpretação porque achamos razoavel a opinião dos escriptores que não considerão a interpretação logica e *grammatical* verdadeiras especies de interpretação, e sim modos ou meios particulares de interpretar.

( 118 ) Versão franceza por O. de Meulenaere, 3.<sup>a</sup> edição ( 1887 ) tomo 3.<sup>o</sup> pag. 139.

é por si mesma a mascara mortuaria do pensamento. Ella não se occupa senão de traduzir as palavras, como taes, segundo o sentido que lhes dá o uso da lingua ou a grammatica ; que este sentido corresponda ou não a verdadeira intenção daquella que falla, não lhe importa ; não tem mesmo de se preoccupar com isso se não quer dar um desmentido a si mesmo ».

Ao lado dos elementos logico e grammatical Savigny aponta, nos processos interpretativos, estes dous outros elementos : o *historico* e o *systematico*. O primeiro é aquelle que tem por objecto a historia da lei ; o segundo é o que estuda as relações da lei interpretada com as demais.

Alguns autores, porém, reúnem os elementos historico e systematico em um só elemento a que chamão *scientifico*.

Esta denominação de *elementos* que Savigny dá aos processos *grammaticul*, *logico*, *historico* e *systematico* de interpretação, dá a entender, como já fizemos observar na nota antecedente, que a interpretação *grammatical* e *logica* não são especies distinctas, que em uma classificação rigorosa devão figurar, por exemplo, ao lado da interpretação *authentic*, *doutrinal* e *usual*.

Em todo caso, como a linguagem commum dos autores tem consagrado aquelle modo de dizer não insistiremos sobre este ponto, que reputamos de pequena importancia.

Falta-nos fallar da interpretação, considerada quanto aos seus effeitos.

Sob essa relação ella pode ser ; *extensiva*, *restrictiva* e *declarativa*.

Chama-se interpretação *extensiva* aquella que autorisa a applicação do texto a casos que não estando incluídos na significação de suas palavras, estão todavia incluídos no seu espirito. ( 119 ) Inter-

---

( 119 ) Além destas diversas denominações devemos mencionar a que Warnkoenig emprega no § 118 das suas *Instituições* e que é a *interpretação util* ou *extensiva*, ou *produção de direito analogico*.

pretação *restrictiva* é a que recusa a applicação do texto a casos que, parecendo estar incluídos na significação de suas palavras, contrastão evidentemente com o seu espirito. Interpretação *declarativa* é a que indica simplesmente o sentido do texto para ser applicado ao mesmo caso de que elle trata e tal qual tem sido determinado por suas palavras.

Convém notar que estas diversas especies de interpretação a que nos temos referido não resultão das fontes legaes; são obras da escola, dos expositores de Direito Romano.

Além disso quer dos antigos, quer dos modernos escriptores, muitos têm impugnado as denominações a que alludimos, e Savigny chama *extranhas* a algumas dellas.

Passemos, porém, a nos occupar das regras de interpretação.

III. Não é facil, não cabe mesmo neste Curso, enumerar e classificar as multiplas regras de interpretação que se encontrão nos Compendios de Hermeneutica; é tambem impossivel formular regras para todos os casos particulares em que se possa fazer necessaria a interpretação.

Os autores costumão dividir as regras de interpretação em *geraes* e *especiaes*. As primeiras são aquellas que se applicão a toda e qualquer especie de interpretação; as segundas são as que se empregão em certos casos ou para certas leis, unicamente.

Nas fontes do Direito Romano encontramos dous textos que são tomados ordinariamente como as regras mais geraes applicaveis á interpretação das leis. Eil os:

---

Não é uma especie nova ou differente; e para proval-o reproduzimos aqui o que della diz o citado autor:

« Usamos do direito ou lei nas causas, a que elle principalmente pertence. Mas quando nem as leis nem os direitos possão ser escriptos, e constituidos de maneira que seião comprehendidos nelle todos os casos, que por ventura acontecem, deve o juiz, quando a intenção da lei é manifesta, proceder segundo os casos semelhantes; e quando uma só vez foi estatuida alguma cousa utilmente, deve por igual razão applicar o mesmo direito ás causas semelhantes ».

« *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* ( cit. fr. 17 Dig. L. 1, T. 3 ).

« *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitalisque, quam stricti juris rationem* ( Constituição 8, Cod. L. 3, T. 1 ).

Estas duas regras dominão todas as outras que possão ser apresentadas.

Na impossibilidade de discriminal-as tão inteira e perfeitamente, como fôra para desejár, vamos fazer de accordo com os citados commentarios de Warnkoenig, a enumeração das principaes, distribuindo-as em dous grupos: regras para a *interpretação grammatical* e regras para a *interpretação logica*.

*Interpretação grammatical.*

« *a.* Deve-se seguir aquella interpretação das palavras que está aceita em direito, ou que o legislador costuma admitir; a não ser assim devemos nos restringir ao sentido vulgar das palavras. Assim tambem deve-se aceitar sempre o sentido das palavras que estava em uso em quanto se escrevia a lei, e não antes ou depois de publicada.

« *b.* Não é d'uma qualquer parte da lei, mas de toda a lei bem considerada que se deve deduzir o sentido della; por isto é preciso attender não só áquellas palavras, em que se contém a sancção da lei, mas tambem á rasão daquellas por meio das quaes o legislador indicou o fim e a causa da lei.

« *c.* Nenhuma palavra se deve ter na lei como superflua, collocada inutilmente ou accrescentada *ex abundanti*; salvo se isto se poder provar por argumentos evidentissimos. Se porém, se perguntar: a especie accrescentada ao genero a respeito do qual se estatue, restringe a disposição da lei? deve-se responder que ahi a especie é considerada superflua ou *ex abundanti*.

« *d.* Si se encontrar na lei alguma disposição restricta a certos casos nomeadamente, deve-se concluir que os outros casos nella não estão comprehendidos, argumento este que se chama a *contrario*. Assim a lei que dispensa algnuma cousa no passado, prohibe para o futuro. Como esta inter-

pretação seja muitas vezes perigosa, só se deverá admittir, quando a vontade do legislador se provar por meio de razões certissimas e necessarias.

*Interpretação logica.*

« *a.* Sempre que fôr certo que o legislador entendeu e quiz estatuir cousa differente da que está comprehendida nas palavras da lei, devemos seguir não as palavras mas a vontade do legislador. Si porem não se pode provar que a intenção do legislador se oppõe á disposição escripta da lei, devemos restringir ás palavras desta, d'ahi dizer-se: « nas palavras claras não ha questão de vontade ».

« *b.* Qual foi a vontade do autor de uma lei, conhecemos ou deduzimos do fim a que elle se propoz, das causas que o moverão, das manifestações de sua vontade antecedentes, subsequentes e outras; das fontes d'onde elle extrahio a lei, das leis anteriores, e finalmente ( mas raras vezes ) de que seria absurdo suppor uma interpretação contraria. Mas devemos restringir-nos inteiramente á certeza; pois, como não se possa apresentar a razão de todas as cousas que são estatuidas, não convém que nos afastemos das que são certas, aliás tudo se subverteria.

« *c.* Si as palavras d'alguma lei são ambiguas ou obscuras, o sentido deve sempre ser deduzido da vontade do legislador, ou seja esta evidentemente provada, ou conste por presumpções. Esta interpretação diz-se estricta ou lata, conforme as palavras ambiguas seguem um sentido mais estricto ou mais lato; a respeito de uma e de outra devem ser examinadas as consequencias. A uma lei obscura deve-se applicar aquella interpretação que não tenha defeito e sustente a força da lei, e que seja mais adaptada á materia de que se tratar.

Finalmente deve-se preferir o que fôr mais benigno e ter como maior a razão de equidade, do que a de direito estricto.

« Deve se observar que as leis correctorias ( que corrigem outras ) quando se afastão do direito usado, devem ser admittidas o menos possivel,

somente no caso em que se possa crer que o legislador quiz afastar-se do direito recebido, e a utilidade evidente isto aconselha ».

## CAPITULO XV

**Elementos ou formas principaes do Direito não escripto. Condições e autoridade dos costumes; da jurisprudencia dos tribunaes ( auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum ) e das opiniões dos jurisconsultos.**

I. Em capitulos anteriores deste *Curso* occupámo-nos da divisão do Direito em escripto e não escripto, bem como da indicação dos elementos ou formas do Direito escripto.

Deixámos tambem definido o Direito não escripto, que, conforme dissemos ( pag. 118), é o direito que não foi expressamente promulgado, mas que tem sido comprovado pelo uso; vamos agora occupar-nos das formas principaes sob que o Direito não escripto pode revelar-se.

No § 9.º das *Institutas* de Justiniano, L. 1, T. 2, encontramos indicados n'uma expressão generica, os elementos do direito não escripto: *Ex non scripto jus venit quod usus comprobavit*, dizem as citadas *Institutas*.

Si decompozermos, porém, essa expressão, acharemos que os alludidos elementos são os seguintes: 1.º os costumes ( *mores, consuetudo, usus*); 2.º as respostas dos prudentes e os edictos dos magistrados até o tempo de Adriano; 3.º a *jurisprudencia dos tribunaes* ou cousas perpetua e semelhantemente julgadas ( *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* ).

Todas estas formas juridicas constituem o *jus moribus constitutum*, ou aquillo que os escriptores denominão hoje direito *consuetudinario* ou *costumeiro*, e que pode ser dividido em *direito popular, scientifico* e *honorario*, conforme tiver sido originado das praticas constantes do povo, das obras ou investigações dos jurisconsultos e das determinações ou decisões dos magistrados.

*Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*, disse Ulpiano.

Os costumes são, pois, os usos antigos, introduzidos pelo consentimento tacito do povo, comprovado por essa mesma antiguidade do uso.

A vontade popular é consequentemente a fonte da autoridade dos costumes, e isto mesmo reconhecia Justiniano, seguindo ao jurisconsulto Juliano.

No fr. 32, § 1.º Dig. *de legibus* se lê o seguinte: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptæ sunt; merito et ea quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?* » ( Os costumes inveterados são tidos com razão como leis, e é este o direito que se diz constituído pelos costumes. Porquanto se as leis obrigão pela vontade do povo, aquillo que o povo approvar deve obrigar a todos da mesma forma; visto como, que importa que a vontade do povo seja declarada por *actos* ou por intermedio do *suffragio*? ).

Este texto combina com o § 9 das Insts. *de jure naturali*, que diz: « *Diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* ».

Os autores distinguem diversas especies de costumes, como sejam os *interpretativos*, os *complementares* ou *suppletorios*, e os *revogatorios*.

O jurisconsulto Callistrato falla-nos no Digesto dos costumes interpretativos, quando diz: *optima est legum interpretatio consuetudo*. E por aqui vê-se que não só elle considerava um costume capaz de servir á interpretação de uma lei, como até achava *optimo* esse elemento de interpretação.

Ainda no Dig., e no mesmo Titulo *de legibus* ( frs. 32 e 38 ) encontramos admittidos os costumes *complementares* ou *suppletorios* das leis, que são os que se observão e se applicão nos casos especiaes, não previstos litteralmente pelo legislador, e que servem para completar os textos vagos ou ambi-

guos das leis e supprir-lhes ou preencher-lhes as lacunas.

Finalmente os *costumes abrogatorios*, que são os que « autorisào a fazer o que a lei prohibe e a não fazer o que a lei ordena », tem o seo fundamento não só no fr. 32 do Dig. *de legibus*, acima citado, como em outros textos das Institutas e do Codigo.

E' assim que nas Institutas, § 7 L. 4, T. 4 *de injuriis*, se lê que a pena da *Lei das Doze Taboas* contra os que injuriào cahira em desuso, e no § 10 da Const. 1.<sup>a</sup> do Cod. L. 1, T. 17 o legislador romano falla em leis *quæ per desuetudinem abierunt*.

Apesar, porem, destes textos a verdade é que ainda hoje controvertem os escriptores estas questões de saber se ha *usos revogatorios* das leis, se o *desuso revoga as leis*, etc.

O que dá origem a essa controversia, é a contradicção apparente que existe entre os citados textos do *Digesto*, *Institutas* e *Codigo*, e um outro texto do *Codigo* em que o Imperador Constantino deixou expresso que a autoridade de um longo costume não póde ir até o ponto de prevalecer sobre a lei.

Eis as palavras do Imperador :

« *Consuetudinis, ususque longævi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem* ( Constituição 2, Codigo L. 8, T. 53 ).

Desde Averani até Savigny, isto é, desde os mais antigos commentadores até os escriptores modernos, tem-se procurado conciliar a referida disposição contida no Codigo com as outras que em contrario citámos.

Savigny diz a proposito da antinomia de que fallamos :

« Não se imaginão quantas difficuldades têm levantado e quantas interpretações têm provocado este texto » (o da citada constituição 2.<sup>a</sup> do Codigo).

Depois de ter confessado isto, o illustre romanista allemão passa a conciliar o dito texto com os que parecem oppor-se-lhe.

Segundo elle, o *consuetudinis ususque longævi*,

de que falla Constantino, é um costume local, que não pode prevalecer sobre uma lei ou costume geral.

E de facto, estudando-se o conjuncto das *Constituições* que sob aquella rubrica (*quæ sit longa consuetudo*), vêm reunidas no Código, vê-se que a de que se trata acha-se entre duas outras, das quaes uma occupa-se de um *costume local* da cidade onde reside o *præses provinciæ*, e a outra dos *costumes locais* relativos aos officios, curias, cidades, etc.

Além disto, vê-se que todo o titulo 53 do Código só trata dos costumes locais, e que, portanto, a citada Constituição de Constantino não pode deixar de versar também sobre costumes locais.

Consequentemente é aceitavel a opinião de Savigny, e deixa de haver antinomia, por esse modo, entre os textos em questão.

Quando, porém, continuasse existente essa antinomia, ahí estava a Novella 89 cap. 15 ( que é posterior á disposição do Código, e por isso a revoga ) para provar que o *desuso revoga a lei*.

E' esta a opinião mais geralmente admittida sobre esta materia, e Namur diz que « collocando-nos no ponto de vista de que a vontade do povo deve fazer a lei, essa mesma opinião é a mais conforme ao rigor dos principios ». ( 120 )

Tudo o que temos dito até aqui prova a autoridade immensa de que o direito costumeiro gosava entre os romanos ; vejamos agora quaes as condições ou requisitos dos costumes.

Tratando deste assumpto, Warnkoenig diz unicamente no § 116 de suas *Instituições* o seguinte :

« O costume tem vigor de lei quando consta que elle fôra observado em cousas identicas por longo tempo, como regra de direito, e não vae de encontro aos bons costumes ou á razão ».

Estas linhas, porém, não bastão para dar uma idéa de todas as condições ou requisitos dos costumes, em Direito Romano.

---

(120) Sobre outro modo de interpretar a citada constituição, vide Mackeldey, nota 5.<sup>a</sup> ao § 7.

Na opinião de Puchta ha uma condição geral e dominante para todo o Direito costumeiro: é que os actos praticados pelo povo se apresentem com o character de uma regra juridica tacitamente aceita por todos.

Lauterbach e outros autores, aprofundando a materia, não se limitão a essa condição geral e procurão estabelecer os requisitos de que se devem revestir aquelles actos praticados pelo povo, isto é, os costumes.

Segundo esses autores, a primeira condição a exigir é que aquelles actos sejam *multiplos*, isto é, constituão uma pluralidade, não sendo necessario, nem mesmo possivel, fixar-lhes um numero.

Em segundo lugar devem os actos reveladores do costume ser *uniformes e constantes*.

A terceira condição é que o costume seja mantido ou observado por *um longo* espaço de tempo ( *consuetudo... frequenter et tenaciter servata, per annos plurimos observata*, como se lê nas fontes ).

Não havendo texto que precise o espaço de tempo necessario para que um costume possa ser reputado como lei, as opiniões dos commentadores varião a respeito do praso a estabelecer. Pensão uns que tal praso deve ser de 100 annos, visto encontrar-se no *Corpus Juris* um texto em que a palavra *longævum* signific ao espaço de 100 annos; outros, porém, sustentão que basta o periodo de 20 e até de 10 annos.

O unico meio de sahir da difficuldade neste ponto, é conceder ao juiz a faculdade de decidir, em cada hypothese, si tal ou tal costume, praticado ou observado por um certo lapso de tempo, pode ser considerado *inveterado*, ou como a *longa consuetudo* de que nos fallão as fontes.

Como quarta condição dizem os escriptores que os actos significativos do costume, *devem revelar uma necessidade juridica*. Savigny é desta opinião, e ella justifica-se por si mesma.

Outra condição que, segundo a nossa enumeração, vem a ser a 5.<sup>a</sup>, é a seguinte: que o *costume*

não seja filho do erro. Um texto do Digesto diz expressamente :

*Quod non ratione introductum, sed errore primum deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet.* ( fr.39, L. 1, T. 3 ).

São estas as condições ou requisitos de que principalmente fallão os commentadores. Podemos e devemos dizer ainda o seguinte :

— Deve o costume ter em seu favor tacito consentimento do povo ( *tacitus consensus populi* ).

— A pratica do costume deve ser de ordem a fazer com que os observadores delle estejam persuadidos de que o uso a isso os obriga.

— O costume deve finalmente ser *comprovado*, *rasoavel* e estar de accordo com os principios da moral.

A respeito desta ultima condição, a que aliás se refere Warnkoenig, como vimos, dous textos romanos são bastante expressivos :

Um ( do Dig. L. 28, T. 7, fr. 15 ) diz o seguinte: *quæ contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*; o outro ( Nov. 134, cap. 1 ) resa assim. *malæque consuetudines neque ex longo tempore... confirmantur.*

Quanto a certas outras condições de que fallão alguns commentadores, como sejam: a de que o costume tenha sido sancionado por algum ou alguns julgados, e a de que os actos reveladores do costume sejam publicos; não as incluímos na enumeração que acabámos de fazer; porque, quanto á primeira, não a consideramos como um requisito do costume, e quanto á segunda achamol-a demasiadamente vaga, por força do sentido pouco preciso que pode ser attribuido á palavra — *publicos*.

Tratando da autoridade do costume, desde que elle se apresente revestido dos requisitos que acabamos de assignalar, os autores são accordes em dizer que elles tem o vigor e o caracter de uma lei.

« Tamanha é a autoridade do Direito costumeiro ( diz Warnkoenig ) e tão extensa a sua appro-

vação, que não foi necessario guardal-o em escriptura ».

A respeito de tal autoridade eis como se expressa Savigny :

« Quanto aos effeitos do costume, o Direito Romano assenta como principio que elle tem força de lei, *legis vicem*... O Direito costumeiro tem não só a autoridade como tambem a generalidade de uma lei ».

Passemos a nos occupar da jurisprudencia dos tribunaes.

II. Começemos por notar que a palavra *jurisprudencia* é aqui empregada em uma accepção especial e moderna, e não na significação propria que os romanos lhe attribuião.

Effectivamente, não nos temos de occupar com a *divinarum atque humanarum rerum notitia, justitiae atque injustitiae scientia*, de que nos fallão Ulpiano e Justiniano. A jurisprudencia de que agora nos occupamos, é a sciencia de julgar as acções dos homens segundo a lei ( *habitus practicus recte judicandi de actionibus hominum secundum leges* ).

Os romanos não empregarão, nem conhecerão aquella palavra com tal significação ; conhecerão, porém, e empregarão uma expressão differente que, entretanto traduz a mesma idéa. E' a expressão — *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*. — que é encontrada em dous textos : no fr. 38 Digesto L. 1, T. 3 e na Const. 1.º, Cod. L. 8 T. 53.

Decorre d'ahi que as *cousas perpetuae et semelhantemente* julgadas, ou, em outros termos; as *res judicatae*, gosavão de grande importancia no Direito Romano.

E não podia deixar de ser assim. As normas do Direito devendo ser applicadas a relações que todos os dias se modificão, e a lei não podendo ser casuistica, isto é, não podendo prever todas as hypotheses para adaptar-lhes uma regra peculiar, é claro que o principio abstracto formulado pelo legislador deve ser interpretado e applicado pelo juiz, formando as respectivas decisões ou sentenças um corpo de doutrina scientifica e de direito

suppletorio, cujo valor não pode ser contestado. O magistrado romano devia seguir strictamente a lei quando ella era clara ; mas si a lei era obscura o magistrado tinha de interpretal-a e si era omissa, tinha de supprll-a, recorrendo a tudo que podesse fundamentar e justificar a sua decisão.

Um dos elementos a que, então, os magistrados podião e devião recorrer para firmar o direito era o que elles conhecião com o nome de *præjudicium* ou *præjudicia*.

*Præjudicium dicitur res, quæ cum statuta fuerit, affert judicaturis exemplum, quod sequatur*, diz Ascon, citado pelo illustre romanista Maynz.

Os *præjudicia* vierão com o tempo a formar ao lado das leis esse deposito de usos, de maximas, de decisões e de doutrinas, a que os modernos chamão jurisprudencia dos tribunaes.

Diz um escriptor: « Desde que a influencia dos jurisconsultos manifestou-se no Direito Romano, o que teve logar logo depois da publicação do *jus ælianum*, a influencia dos casos julgados tornou-se tambem predominante ; pois realmente quando uma lei era omissa ou defectiva, não podia o interprete soccorrer-se de melhor auxilio, na applicação della a um caso determinado, do que consultando os prejulgados (*præjudicia*), procurando conhecer o modo pelo qual se tinham julgado os casos identicos, interrogando a *auctoritas rerum similiter judicatarum*, como mais tarde disse Callistrato. Por esta rasão os casos julgados forão logo considerados como uma fonte do Direito, e Cicero, que escreveo no fim do 2.º periodo da Historia do Direito Romano, dá do Direito Civil uma noção que comprehende os casos julgados. « *Jus civile id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratruum, more, æquitate consistat* ».

O fr. 38 do Dig. L. 1, T. 3 e a Const. 1.ª do Cod. L. 8.º, T. 53, que já citamos, são dous textos decisivos a respeito da autoridade dos casos julgados.

Devemos, porém, observar que os *præjudicia*

não são obrigatorios quando contrarios ás leis, consultas imperiaes, sentenças dos prefeitos e de outras grandes dignidades. Isto demonstra que os casos julgados só têm valor por traduzirem o Direito costumeiro sob uma forma scientifica.

Por isto mesmo que as *res judicatæ* têm tão intima relação com o Direito consuetudinario, costumão os escriptores exigir como requisitos da jurisprudencia dos tribunaes os mesmos que são exigidos para o costume. Além destes, porém, ha tres condições expressamente exigidas pelo fragmento citado de Callistrato.

Eil-as : 1.<sup>a</sup> Existencia de casos julgados em certo numero que mostre constante repetição das mesmas questões ; 2.<sup>a</sup> serem os referidos *casos* fundados *perpetuamente* nos mesmos principios ou regras, de modo que não haja contradicção entre elles ; 3.<sup>a</sup> uniformidade ou semelhança nas especies ou causas a que se applicão os mesmos principios ou regras.

Tambem são commumente considerados pelos autores como requisitos da *cousa julgada*, e isto até no Direito moderno, os que são apontados nos frs. 12, 13 e 14 do Digesto, no titulo que se inscreve — *de exceptione rei judicatæ*.

São estes: *identidade de objeto, identidade de causa, identidade de pessoas ( Personæ, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis )*.

Dito isto sobre a jurisprudencia dos tribunaes fallemos das opiniões ou respostas dos jurisconsultos ou prudentes.

III. Já tivemos occasião de nos occupar desta materia sob um ponto de vista menos restricto. Agora, porém, o que importa fazer exclusivamente é estudar as *responsa prudentum* como elemento do Direito não escripto. Este assumpto é tanto mais interessante quanto é certo que as mesmas *responsa prudentum* fazem tambem parte do Direito escripto, como já dissemos em um dos capitulos anteriores ( Vide cap. X. pag. 158 ).

De facto, quer nas Institutas de Gaio ( 1, § 2 ), quer nas de Justiniano ( L. 1, T. 2 § 3 ), quer no

Digesto ( L. 1, T. 1, fr. 7 § 1 ) encontramos classificadas as respostas ou opiniões dos jurisconsultos como elementos do Direito escripto ( *Scriptum jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum* ).

E' certo que o fr. 2.º de Pomponio ( Dig. L. 1 T. 2 ) incluye as respostas dos prudentes entre as fontes do Direito não escripto; mas a verdade é que este texto sob o ponto de vista legal, não pôde ser vantajosamente contraposto aos outros que citámos e que encerrão doutrina contraria.

D'aqui nasce a difficuldade que ha em bem explanar este assumpto.

Felizmente é possível conciliar os referidos textos desde que nos utilisemos do criterio historico. Este criterio permite-nos chegar á conclusão de que as opiniões dos jurisconsultos ou respostas dos prudentes devem ser consideradas como elementos quer do Direito escripto, quer do Direito não escripto.

Com effeito o texto citado de Pomponio refere-se a um periodo da historia do Direito Romano, que não é o mesmo de que tratão os outros textos tambem citados.

Na epocha a que se refere Pomponio ( tempos anteriores ao Imperador Adriano ) as *responsa prudentum* erão consideradas como *jus receptum*, tendo porém mera autoridade de opinião. Portanto a *interpretatio* e a *disputatio* dos prudentes erão tidas como *jus non scriptum*. Mas a partir do Imperador Adriano ( tempos a que alludem as Institutas L. 1, T. 2 § 3.º e o Dig. L. 1, T. 1, fr. 7 § 1 ) as *responsa* começarão a ter força de lei ( *legis vicem* ) em virtude de um rescripto do dito Imperador, e por consequencia tiverão de ser consideradas como *jus scriptum*.

Ha, além disso, a observar que as *responsa* forão das fontes do Direito Civil, uma das mais sujeitas a variações no correr dos tempos, quanto á respectiva autoridade. Por isto alguns escriptores costumão estudal-as em 4 epochas differentes: 1.ª em quanto forão simplesmente *officiosas* ;

2.<sup>a</sup> quando se tornarão officiaes por ter o Imperador Augusto privilegiado alguns jurisconsultos com o *jus respondendi publicè*, e se tornarão *obligatorias* por determinação de Adriano ; 3.<sup>a</sup> quando forão limitadas por Theodosio 2.<sup>o</sup> pela *Lei das Citações*; 4.<sup>a</sup> quando servirão de base á legislação de Justiniano.

Incontestavelmente, porém, as duas phases principaes das *responsa prudentum* no correr do desenvolvimento do Direito forão aquellas que primeiramente indicámos. Eis como um illustre professor de Direito Romano se refere á autoridade que, a partir de Augusto, começarão a ter as opiniões dos jurisconsultos. ( 121 )

« A influencia dos jurisconsultos romanos converteo se em autoridade durante o reinado de Augusto, que deo este passo levado antes pelo temor que lhe inspirava o grande prestigio e autoridade de que gosavão os jurisconsultos, do que pelo desejo de distinguil-os e consideral-os.

« Dando autoridade legal ás opiniões dos jurisconsultos não tinha o sagaz imperador outro intento que não fosse o diminuir-lhes a autoridade moral de que estavam de posse ; pois, na verdade era uma ameaça ao seo poder conservar tão grande autoridade popular, na classe mais distincta da aristocracia, que elle despojara do prestigio politico ; e para não ferir de frente tão importante corporação, ideou um meio indirecto que, plantando o ciume e a emulação em um corpo tão forte pela união, produzisse o consequente effeito da divisão e o desejado resultado do enfraquecimento. O meio de que Augusto lançou mão foi conceder simplesmente a um pequeno numero de jurisconsultos dos mais acreditados a faculdade de responder a consultas de direito, em nome da autoridade imperial, e tão obligatorias como se dellas emanassem. Posto que por esta forma se elevasse o ministerio dos cultores de direito, equiparando o á

---

(121) Dissertação apresentada em 1872 a Faculdade de Direito de S. Paulo pelo Dr. Francisco Antonio Rodrigues.

dignidade de uma funcção publica, era este um privilegio que chegava a poucos, e o que os escolhidos ganhavam em prestigio não compensava a grande quantidade de jurisconsultos que o perdião.

« Tiberio completou a idéa politica de Augusto, ainda que levado por sentimento diverso, porquanto procurou aviltar a profissão do jurisconsulto, pois não a animava senão na parte que era puramente mercenaria.

« Alguns historiadores explicão por este rebaixamento da profissão os suicídios que nesta epocha se tornarão frequentes entre os jurisconsultos, provavelmente influenciados pelos principios da philosophia stoica ( Giraud. Hist. du Droit Romain pag. 271 ).

« Posteriormente, Adriano inspirado por mais amor da sciencia do que seus predecessores, nobilitou a classe dos jurisconsultos privilegiados, restituindo-lhes a consideração que havião perdido, especialmente nos reinados de Calligula e Nero; e exigindo provas prévias de capacidade daquelles que querião gosar do privilegio conferido por Augusto, determinou, que quando a opinião dos jurisconsultos que tinham o *jus publicé respondendi* fosse unanime sobre um ponto de direito, teria sua decisão força de lei, e somente quando houvesse divergencia, tinha o juiz a faculdade de preferir a opinião que lhe parecesse mais conforme ao direito e á equidade ».

Foi este ponto culminante do desenvolvimento e autoridade das opiniões dos jurisconsultos. D'ahi por diante ellas começarão a perder muito de sua força. O imperador Theodosio 2.<sup>o</sup> promulgon uma lei ( conhecida por *Lei das Citações*; anno 426) que supprimia a autoridade das opiniões dos prudentes, com excepção das de Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino. Nessa lei determinou o Imperador que no caso de haver divergencia entre os cinco jurisconsultos por elle indicados, devia o juiz seguir a opinião da maioria, sendo que no caso de empate prevaleceria a opinião de Papiniano.

De Theodosio por diante as *responsa prudentum* vão gradualmente perdendo a autoridade, e esta quasi desapareceo no meio da ignorancia geral e sob a pressão do despotismo dos imperadores. Justiniano, porém, reconheceo aquella autoridade e pela Constituição *Deo Auctore* mandou que os escriptos dos jurisconsultos servissem de base á compilação do Digesto. Foi esta a marcha historica das *responsa prudentum*.

Vemos, portanto, que na sua primeira phase, isto é, até Adriano ellas forão um elemento do Direito não escripto, constituindo Direito Costumeiro a que os romanistas dão o nome de *Direito Scientifico*. E' sabido que o Direito consuetudinario pode ser *popular*, *scientifico* ou *honorario*, conforme as fontes de onde procede. Isto importa dizer que ao lado dos *costumes* propriamente ditos e da *jurisprudencia dos tribunaes* as opiniões dos jurisconsultos, isto é, dos cultores da sciencia do Direito, appareção como direito subsidiario, como uma especie de *jurisprudencia* particular, servindo para preencher as lacunas do Direito escripto.

A importancia e autoridade desse elemento do direito não escripto está na sua propria natureza, e evidencia-se, como já mostramos, da Historia do Direito Romano, estando aliás sufficientemente comprovada pelo fr. 2.<sup>o</sup> de Pomponio ) Dig. L 1, T. 2), a que alludimos em começo.

## CAPITULO XVI

**Justificação resumida da classificação do Direito Privado Romano em Direito das pessoas, das cousas e das acções.**

I. No fim do Cap. VIII, pags. 94 e 95, quando nos occupámos das Divisões do Direito Romano, dissemos: Encarando o objecto do Direito privado, Gaio e Justiniano fazem uma classificação, que, como diz Didier Pailhé, fez fortuna e foi admittida pelo Codigo Civil Francez. E' a distribuição de materias contidas neste texto: *Omnes autem jus quo utimur, vel ad personas, vel ad res, vel ad*

actiones pertinet ( Gaius, 1,8; Inat. L. 1, T. 2, *De jure naturali*, § 12 ).

Esta classificação encontra-se também no Digesto L. 1, T. 5, fr. 1, e a proposito della tem surgido entre os escriptores larga discussão, já sobre a necessidade das classificações jurídicas, já sobre o valor das que têm sido propostas até hoje.

Como quer que seja, a verdade é que o primeiro problema que assalta o espirito daquelle que começa a estudar o Direito é o seguinte :

Todas as relações de Direito Privado serão, ou não, sujeitas a uma divisão ou classificação?

No caso affirmativo qual o principio que deve seguir o espirito humano na exposição daquellas relações?

Diz um professor de Direito Romano :

« Por dous modos ensina a logica que podemos estudar um todo, separadamente ou por meio de uma divisão, que é a distribuição de um todo em suas partes, ou por meio de uma classificação, que é a separação em grupos distinctos daquellas cousas que são dominadas por ideas geraes diversas. O Direito Privado apresenta certas idéas geraes que autorisão agrupamentos differentes nas relações desse Direito. A classificação, porém, do Direito Privado póde variar, segundo os intuitos classificadores, pois que pode a classificação ser feita em um interesse exclusivamente scientifico, e tal é a distribuição nos livros de *Jurisprudencia*, ou pode ser feita por um interesse pratico, e tal é a que se faz nos Codigos, os quaes não são tratados scientificos, feitos para consignar verdades de *Jurisprudencia*, mas para dar regras praticas aos cidadãos.

Assim separados os dous intuitos que podem determinar uma classificação, comprehende-se logo que a tarefa dos escriptores doutrinarios deve unicamente ser a investigação do melhor methodo de classificação das materias do Direito, de conformidade com as necessidades scientificas ».

A nossa tarefa é que tem de ser forçosamente mais modesta e menos importante. Tendo apenas,

segundo o nosso programma, de expôr e justificar a classificação citada a principio, procuraremos fazel-o, accrescentando unicamente uma noticia ligeira das diversas opiniões manifestadas pelos escriptores a proposito das classificações juridicas.

A citada classificação de Gaio, que Justiniano adoptou e que se encontra nas *Institutas* e no *Digesto*, isto é, o texto que considera as materias do Direito Romano Privado distribuidas em tres grandes classes: *Direito das pessoas*, *Direito das das cousas* e *Direito das acções*, tem sido vivamente criticado pelos romanistas modernos. Alguns destes dizem que parece fóra de duvida que não houve idéa normal de systema no fr. 1.º de Gaio, Dig L. 1, T. 5.º, e para demonstral-o apresentão a seguinte consideração: — Todo o systema é um principio pratico de exposição, e, portanto, se no texto de Gaio havia um principio methodologico, o Direito Romano devia resentir-se dessa influencia.

Entretanto o proprio Gaio nas suas Insts. e na sua obra «*Res quotidiana*» não seguiu essa divisão; Florentino tambem não a seguiu, nem tão pouco Justiniauo nas *Institutas*; o *Digesto* divide-se em 50 livros, que não revelão observancia desse methodo; o *Codigo* por seu turno divide-se em tres partes — *a de Direito Publico*, *a de Direito Privado* e *a de Direito Quasi Publico*.

Savigny concorda com essas observações e vae mais longe, demonstrando que o texto de Gaio não tem mesmo valor scientifico, não serve de ponto de partida para uma classificação (122).

---

(122) O illustre romanista allemão a que nos referimos não só criticou a classificação de Gaio, como propoz uma classificação nova, para abranger todo o quadro do Direito.

A referida classificação tem tido grande voga entre os jurisconsultos romanos modernos e por este motivo achamos conveniente dar aqui uma exposição resumida da doutrina que a esse respeito apresentou Savigny.

Observemos, porém, que antes deste autor, Hugo já tinha assentado as bases geraes da alludida classificação.

Eis o resumo da opinião de Savigny sobre a materia:

« Considerando que as relações juridicas são caracterisadas pelo dominio da vontade livre, e que a vontade livre do homem

Diz elle que no primeiro ramo da classificação encontramos as pessoas, mas se quizermos esgotar o estudo das pessoas teremos abrangido todas as materias do Direito, porque não é possível encontrarmos uma relação de Direito sem a pessoa, etc.

Tambem o *Direito das cousas* e o *das acções*, cada um de per si, podem abranger todo direito privado, uma vez que se entenda por *cousas* tudo quanto pode ser objecto dos direitos, e por *acções* os modos ou meios de fazel-os respeitar, pois não se póde conceber a existencia do direito sem um objecto a que se applique, e sem meios ou modos de o fazer valer ou tornar effectivo.

Ao systema das Institutas e do Digesto oppõem-se ainda as duvidas que tem suscitado a designação do logar em que devem ser collocados os direi-

---

recahe, ora sobre seu proprio ser, ora sobre os seres extranhos a si (sendo neste ultimo caso os seres de duas naturezas — *seres livres e fataes*) e reconhecendo que, quando a vontade livre do homem recahe sobre seres iguaes a si, sobre seres livres, pode recahir por um de dous modos — ou dominando os actos da vontade livre dos nossos semelhantes, filhos das circumstancias peculiares em que nos achamos collocados no seio da humanidade, resultantes da propria constituicão humana, como são as relações de casamento, patrio poder e parentesco, que se comprehendem no Direito de familia; ou dominando os actos filhos de um contracto que resulta da propria liberdade dos seres com quem convivemos, relação que se chama — *obligatio*; Savigny parte desta analyse para estabelecer a classificação da ordem privada, e como as primeiras relações que indicamos, isto é, as relações do homem com seo proprio ser escapão ao Direito, elle tão somente adjudica as relações juridicas ás relações do homem com o mundo externo.

Mas a vontade livre do homem, dominando no mundo externo, encontra seres de duas ordens, seres fataes e seres livres.

A primeira relação, pois, do homem com a natureza não livre que o cerca, comprehende as primeiras relações da ordem juridica — o *Direito das Cousas*.

As relações do homem com os seres livres ou são relações provenientes da posição defectiva e n que se achão os individuos no seio da humanidade, isto é, relações de familia, ou são relações resultantes de contractos, de actos livres estipulados entre os homens, isto é, *Direito das obrigações*. Vemos, pois, que da analyse de Savigny decorrerão essas três ordens de relações — *Direito das cousas*, *Direito da familia* e *Direito das obrigações*.

Mas Savigny, examinando as diversas relações que o homem entretem na sociedade, verifica que ha uma ordem de relações

tos relativos as obrigações, dizendo uns que pertencem á terceira parte, isto é, a introduccão ao tratado das acções, porque as acções, como garantias dos direitos, baseão-se nas obrigações em que o individuo está de fazer a reparação do damno resultante da violação delles.

Estas e outras accusações têm sido repetidas por quasi todos os escriptores actuaes sob diversas formas.

A autoridade do grande philosopho e notavel jurisconsulto Leibnitz levanta-se tambem contra o texto de Gaio nestes termos: « *Institutionum methodus per personas, res et actiones primum superflua est.* ( 123 )

Além disto no proprio Digesto L. 1, T. 5 fr. 2,

---

chamada *Direito de successão*, que ora suppõe *Direito de pessoas*, ora suppõe *Direito de cousas*.

Effectivamente, a analyse conscienciosa da theoria da successão fornece esse resultado; — as successões não têm sempre a mesma natureza, ora baseão-se no Direito da familia, ora atende-se na successão ás cousas que se transmitem. Por consequencia o Direito de successão é de natureza mixta, ora é Direito de pessoas ora é Direito de cousas, e attendendo a essa consideração Savigny o classifica em uma 4.ª classe. De sorte que para Savigny todos os direitos da ordem privada pertencem a uma destas 4 categorias — *Direito de cousas, Direito de familia, Direito de obrigações e Direito de successão*. Mas, attendendo Savigny a necessidade de bem comprehender as relações da ordem privada, considera que ha certos elementos indispensaveis para o conhecimento dessas relações que devem preceder ao seo estudo. Por isso entende elle que uma classificação scientifica das materias do Direito privado deve ser dividida em uma parte geral e em uma parte especial, comprehendendo-se na parte geral todas as noções indispensaveis para o conhecimento das relações que se discutem e compendião na parte especial. A parte geral, pois, tratará da theoria geral das pessoas, das cousas e das acções, e depois de assim conhecer os principios geradores do Direito e determinadores da sua classificação, se passará a tratar da parte especial, seguindo-se então a ordem estabelecida e que já conhecemos — *Direito das cousas, Direito de familia, Direito de obrigações e Direito de successão*.

(123) Leibnitz foi o primeiro que, na obra *Nova Methodus*, censurou severamente a classificação do direito romano. Segundo elle, « a jurisprudencia não tratando senão dos *direitos*, e todos os direitos presuppondo uma pessoa que os exerça e uma cousa que é o objecto delles, é um methodo vicioso fallar separadamente das pessoas, depois das cousas e das acções ».

encontra-se um texto de Hermogeniano em que se lê: *Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit...* e d'aqui se tira argumento para provar que todo Direito é relativo as pessoas, o que quer dizer que as expressões de Gaio — Direito das cousas e Direito das acções — não têm rasão de ser. ( 124 ).

E não são estas as unicas objecções feitas e que se podem fazer a classificação de que fallamos.

Além da objecção fundada na circumstancia de cada um dos membros da classificação poder abranger todo o Direito, accrescem outras.

Assim Hugo entende que o tratado das pessoas só encerra a doutrina da capacidade de Direito e as condições relativas a triplice *capitis deminutio*; entretanto, como diz o Conselheiro Ribas acompanhando Savigny, tal idéa não se harmonisa com a natureza da materia contida no 1.º livro das Institutas de Justiniano e de Gaio, pois a tutela, de que ellas tratão, nenhuma relação tem com a capacidade de adquirir direitos, e sim apenas com a de exercel-os, e ellas não definem, nem desenvolvem as divisões relativas ao estado de cidade ».

Sobre as acções e obrigações, a que já nos referimos ligeiramente, convem ainda fazer notar que ao passo que Hugo, fundado na autoridade de Theophilo, considera as obrigações como introdução ao tratado das acções, e portanto como pertencendo á terceira parte, outros as classificão na segunda parte, qualificando-as de *res incorporales* e um dos elementos do direito dos bens. Oppõe-se, porém, a isto Vulteius, o qual considera as obrigações como elementos do Direito das pessoas, e portanto as inclue na primeira parte da classificação.

Nestas condições, sendo incontestavelmente

---

( 124 ) Convém não esquecer tambem que o proprio Justiniano, no texto em que consagra a classificação de Gaio (Inst. L. 1 T. 3 pr. ou, segundo outras edições, L. 1 T. 2 § 12) declara implicitamente que *todo direito é constituido por causa das pessoas ( Nam parum est jus nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur )*.

uma boa classificação das materias do Direito, não só uma necessidade, como um trabalho honroso que solicita a attenção de todos os jurisconsultos, muitos autores têm procurado offerecer novas e differentes classificações.

O Conselheiro Ribas em seo *Curso de Direito Civil Brasileiro* faz a indicação das principaes dessas classificações, seguindo para isso a exposição de Blondeau, no seo trabalho -- *Des methodes de classification*.

Ha a classificação de Vulteius, a de Conradus Lagus, a de Vigelius, a de Althusius, a de Domat, a de Savigny, a de Ortolan, etc.

De todas ellas as mais notaveis, ou, pelo menos, aquellas que hoje preoccupão mais os jurisconsultos são : a de Savigny, que com ligeiras modificações é geralmente adoptada pelos actuaes escriptores allemães, e a de Ortolan, que é a conhecida classificação em Direito *reaes e pessoaes* ( 125 ).

Ao lado destas duas encontra-se ainda hoje, respeitada e defendida por espiritos elevadissimos, a propria classificação de Gaio, que é conhecida

---

( 125 ) Como já demos uma exposição synthetica da classificação de Savigny, resumiremos tambem aqui a de Ortolan.

Eil-a :

« A todo o Direito corresponde uma obrigação, não no sentido do Direito Romano, mas uma obrigação geral de respeito. Assim, pois, a analyse dos direitos e das obrigações nos deve conduzir ao estabelecimento de uma mesma classificação, porque ambas essas idéas são constitutivas da relação juridica. Ora analysando as diversas obrigações juridicas, productos dos direitos na sociedade, verificamos que essas obrigações são necessariamente de uma de duas naturezas : ou são obrigações das quaes uma pessoa apparece como sujeito passivo do Direito, obrigado a dar, fazer, ou prestar alguma cousa ao titular, ou são obrigações, em que não encontramos entre a pessoa titular do direito e a cousa, objecto delle, esse sujeito passivo, individualmente obrigado a dar, fazer ou prestar alguma cousa. Assim Ortolan e outros autores considerão como Direitos pessoaes os da primeira categoria, isto é, aquelles em que ha uma pessoa determinada mente obrigada para com o titular, e Direitos reaes aquelles em que não ha obrigações de determinada pessoa. Em todo direito encontramos pessoa como sujeito e cousa como objecto, e essa classificação reconhecendo esta verdade attende somente à natureza das pessoas obrigadas ».

pela denominação de romana, e sobre a qual versa o presente capitulo.

Effectivamente, apesar das criticas, aliás justas que lhe têm sido feitas, a classificação dos velhos commentadores romanos permanece de pé. E si já hoje não se pode atirar aos que a combatem a palavra rude (*ineptissimi*) com que Cujacio os atacava, não é menos verdade que, sob um certo ponto de vista pratico, a dita classificação pode não só ser justificada, como até offerece certas vantagens sobre outras.

De facto os jurisconsultos romanos não se reportarão as idéas geraes philosophicas; mas seguirão um methodo na exposição de suas doutrinas. Este methodo, que é o contido no alludido texto de Gaio e que affirma pertencer todo o Direito ou ás *personas*, ou ás *cousas*, ou ás *acções*, tem uma certa significação pratica.

Analysando as variadas relações da ordem privada, verificarão os referidos jurisconsultos que essas relações erão de pessoa a pessoa, ou relações de pessoa a coisa, em rasão das quaes o homem sujeitava ao seo dominio as cousas necessarias á satisfação de suas necessidades, com exclusão dos outros seres iguaes a si; verificarão mais que havia meios pelos quaes se podião tornar effectivos os direitos quando fossem violados ou lesados. E deste modo concluirão que as relações privadas podião ser consideradas ou em relação ás *personas*, que nellas intervêm, ou em relação ás *cousas* que fazem objecto das relações juridicas, ou, sob outro aspecto, em relação ás *acções* por meio das quaes podemos tornar effectivos os nossos direitos.

Ora, de tudo isto se deduz que a classificação de Gaio é justificavel. O que é necessario para isto é que nos colloquemos no ponto de vista sob que ella foi estabelecida.

Se considerarmos que a dita classificação não foi feita com um criterio philosophico, e tem antes um character objectivo do que subjectivo, si, além disso, attendermos bem para as palavras de Gaio e comprehendermos todo o valor daquella expressão

*quo utimur* ( que denota ter sido a intenção daquelle jurisconsulto consagrar um costume antigo entre os romanos ), chegaremos facilmente a esta consequencia : que a classificação a que nos referimos teve e tem rasão de ser.

Isto mesmo reconhece Ortolan, que, adoptando, aliás, outra classificação, confessa a importancia historica e as vantagens praticas dessa divisão consagrada nas *Institutas*.

Demais é forçoso admittir com Belime que « o principal merito de uma classificação juridica é o de facilitar o conhecimento do direito », e sob este ponto de vista é innegavel que a classificação em Direito das *personas*, das *cousas* e das *acções* é superior a qualquer outra.

Eis como a respeito deste assumpto se manifesta Accarias, em seo *Precis de Droit Romain*: « E' facil mostrar que esta classificação ( a romana ) está impregnada de um verdadeiro bom senso pratico. Nós começamos por encarar as pessoas independentemente de suas relações com as cousas ; estudamos os papeis variados que ellas podem representar na sociedade, taes como os de escravo e liberto ; seo estado, isto é, sua situação como membros de tal nação ou de tal familia ; sua capacidade, isto é, sua aptidão a ter direitos e a exercel-os. Depois, introduzindo as pessoas no meio do mundo inanimado, nós vemos as cousas, consideradas em suas relações com o homem, tornarem-se *bens* quasi todas, e as pessoas adquirirem direitos sobre esses bens ; quer direitos immediatos como a propriedade ; quer mediatos como o credito. Emfim nós assistimos ao espectáculo dos direitos offendidos, e sob o nome de *acções* estudamos o processo estabelecido para fazel-os respeitar. De sorte que, em ultima analyse, a theoria das pessoas tem por objecto os direitos não apreciaveis em dinheiro ; a theoria das cousas os direitos que compõem o patrimonio, e a theoria das acções a sancção pratica de todos estes direitos ».

Vê-se, como diz o mesmo Accarias, « que ha ahi uma concatenação de idéas que por não ser

absolutamente mathematica nem por isso pode ser negada ou considerada arbitraria, e vê-se mais que a referida classificação junta á vantagem incontestavel de ser romana, o merito de ser tambem a mais commoda para a intelligencia progressiva das diversas materias do direito ».

Estas palavras do douto professor da Faculdade de Paris justificão do melhor modo a divisão de Gaio e das Institutas de Justiniano.

Accresce que outros romanistas como Demangeat e Didier-Pailhé abundão em considerações da mesma natureza.

O primeiro destes autores declara, em seu *Cours de Droit Romain*, que si a ordem das Institutas de Gaio e de Justiniano é imperfeita, nenhuma outra lhe é realmente preferivel.

Didier-Pailhé, por sua vez, escreve :

« Quem quer ir ao sentido rasoavel das palavras reconhece que esta classificação ( a de Gaio ) nada têm de contrario á verdade pratica. Com effeito o estudo das pessoas considera-as, abstrahindo suas relações com as cousas, em seu estado e capacidade, isto é, em sua situação de nacionalidade e de familia. O estudo das cousas nol-as mostra em suas relações com as pessoas que ficão investidas de direitos immediatos e mediatos sobre ellas. Emfim o estudo das acções é o complemento necessario dos dous outros ; elle suppõe lesados os direitos precedentemente estudados, e traça os caminhos a seguir para obter-lhes a effektividade ».

Bastão estas considerações para ficar provado que a classificação trichotomica indicada nas *Institutas*, é uma classificação aceitavel. ( 126 )

---

( 126 ) Por mais de uma vez tornamos sensivel no texto que essa classificação, que se attribue aos jurisconsultos romanos, tem sido, sob o ponto de vista especulativo ou scientifico, justamente criticada por não se encontrar nella um principio classificador, como disto ainda nos convence Theophilo paraphraseando o texto das Institutas, pois declara que em todas as relações juridicas encontramos por causa das pessoas *cousas*, e, por causa das *cousas acções* para defendel-as ; d'onde se conclue que os termos

Comprehendendo isto Warnkœnig adoptou-a em suas Instituições de Direito Romano Privado, dividindo-as em Direito das pessoas, das cousas, das obrigações e das acções, abrangendo no Direito das pessoas os direitos de familia, no Direito das cousas o dominio, seos desmembramentos, as obrigações e as successões e estudando por ultimo as acções.

Como se vê, esta divisão ou classificação não é essencialmente differente da divisão ou classificação romana; porque no seo primeiro membro ha uma parte relativa as pessoas e ao direito de familia puro e applicado; no Direito das cousas ha a propriedade com seos desmembramentos, as obrigações e as successões; finalmente no Direito das acções os meios de defeza e reconhecimento dos direitos precedentes, ficando assim esgotado o quadro de todos os direitos privados.

---

da proposição de Gaio e de Justiniano não são taes que se excluão; mas tambem observámos e demonstrámos que sob o ponto de vista pratico, em que se collocarão os alludidos jurisconsultos, essa divisão, como se exprimem os textos romanos, ou essa classificação ou methodo de exposição do Direito privado, como dizem muitos interpretes ou commentadores da legislação romana, é digno de aceitação por ser conciso, antigo e por isso mais conhecido no Direito Romano.

# INDICE

DAS

## MATERIAS CONTIDAS NESTE VOLUME

Ao Leitor .....	III
Allocução proferida na abertura do curso em Março de 1838..	V
Cap. I Do Direito Romano; quaes as suas divisões; extensão e utilidade do seo estudo.	
Methodo a empregar neste	1
Cap. II Noção da historia do Direito Romano e de suas divisões. Resumo e character dominante dos periodos em que se divide a historia externa do Direito Romano.	8
Cap. III Litteratura juridica romana. Obras descobertas e vulgarisadas no principio do nosso seculo.....	18
Cap. IV Fontes do Direito Romano. Descrição e apreciação do <i>Corpus Juris</i> . Valor de cada uma de suas partes.....	25
Cap. V Do direito. Suas principaes accepções; direito subjectivo e objectivo. Obrigação: sentido vulgar e technico dos romanos; distincção entre obrigações civis e naturaes.....	38

Cap. VI	Preceitos do direito ; signifi- cação da ordem em que são enumerados.....	60
Cap. VII	Definições de Justiça e Ju- risprudencia ; sua justifi- cação ; accepções moder- nas dessas palavras .....	68
Cap. VIII	Noção do Direito Publico e Privado ; seos caracte- res ; relações entre um e outro. Do Direito Publico interno e externo. Divi- sões do Direito Privado e indicação das materias que formão o seo objecto.	80
Cap. IX	Rasão de ser e justificação da subdivisão do Direito privado dos romanos. Di- reito natrnal : idéas roma- nas sobre esse Direito com- paradas com as modernas	95
Cap. X	Do Direito escripto e do Direito não escripto. Ele- mentos ou formas princi- paes do Direito escripto...	114
Cap. XI	Noção completa da Lei em sentido geral, sua natureza, origem e fim. Divisão das leis em absolutas e supple- tivas, de direito commum e singular .....	165
Cap. XII	Caracteristico geral da lei : obrigatoriedade ; quando esta começa e quando ter- mina.....	183
Cap. XIII	Necessidade do conheci- mento das leis. Erro e igno- rancia de direito. A quem aproveita, quando e de que modo.....	199
Cap. XIV	Interpretação das leis, es- pecies e regras principaes.	213

Cap. XV	Elementos ou formas principais do Direito não escripto. Condições e autoridade dos costumes ; da jurisprudencia dos tribunaes [ <i>auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum</i> ] e das opiniões dos jurisconsultos	222
Cap. XVI	Justificação resumida da classificação do Direito Romano em Direito das pessoas, das cousas e das acções .....	234

---

### OBSERVAÇÃO

Deixamos de fazer *errata*, porque alguns erros typographicos como, por exemplo, a pag. 204 possuisse em vez de possuissem, a pag. 229 magistratuun em vez de magistratum, a pag. 234 *omnem* em vez de *omne* etc. são faceis de ser suppridos pelo leitor.

