

DIREITO ROMANO

(Para uso dos alumnos do 1.º anno do curso juridico)

PARTE I

Generalidades

CAPITULO I

Do Direito

§ 1.º—Accepções do vocabulo *jus*—Direito objectivo e direito subjectivo

A palavra—*jus*—direito—que, segundo todas as probabilidades, parece vir do sanscrito—*iu*—, raiz,— que significa uma idéa de ligação, de vinculo, como se nota nos vocabulos *jūgum*, *jūgere*, (1)—é empregada, nos textos romanos, com diversas accepções, como adverte PAULO no fr. 11 *de just et jure* (1-1), quando diz:—*jus pluribus modis dicitur*.

Dessas varias accepções, as mais importantes são aquellas pelas quaes o direito é indicado ou como uma lei—*norma agendi*, ou como um poder—*facultas agendi*, exprimindo aquillo que os juristas costumam

(1) IHERING, *L'Esprit du Dr. Rom.*, I, pag. 219 (trad. de MEULENAERE, 1886, 3.ª ed.)—ED. CUQ., *Inst. jur. des rom.*, I, pag. 54 (ed. 1891).

denominar—direito no sentido objectivo, e direito no sentido subjectivo. No primeiro sentido, o direito se manifesta como a lei emanada do poder competente, como a regra com a qual devem os homens conformar todos os seus actos juridicos na vida social.

Desde que o homem exerce a sua actividade ao lado de outros individuos eguaes, que coexistem na mesma sociedade, necessita sujeitar o exercicio de suas faculdades aos limites traçados pelas condições necessarias á vida e ao desenvolvimento do individuo e da associação, condições que constituem a substancia das regras de conducta, as quaes passam depois a ser formuladas, pela autoridade competente, em verdadeiras leis juridicas destinadas a reger o povo. A estas leis adjectiva o poder publico o predicado da coacção material, para que os individuos sejam forçados a obedecelas, não lhes sendo possivel qualquer transgressão.

E' neste sentido de lei, de instituições juridicas, que se vê a expressão *jus*—empregada, por excellencia, na linguagem romana, em sua generalidade. Essa é a significação dos *præcepta juris* (2) de ULPIANO, que, abrangem, em sua comprehensão, todas as normas do direito positivo dos romanos, apresentando-o, exclusivamente, na sua feição objectiva, de norma, ou de preceito. O mesmo ULPIANO usa da expressão *jus* no fr. 9 de *legibus* (1-3), restringindo o seu significado para indicar apenas o preceito legislativo emanado da autoridade romana:—*non ambiguitur senatum jus facere posse*, mostrando não ser duvidoso que o senado, no seu tempo, pudesse fazer lei. E' neste sentido ainda que se usa da expressão *ipso jure*, para traduzir aquillo que decorre immediatamente da lei, sem necessidade da intervenção de um acto do homem (3).

(2) FR. 10 § 1 de *just. et jur.* (1-1).

(3) GLÜCK, *Alle Pandette*, § 1.º

No sentido subjectivo, o direito é empregado como o poder da pessoa, a faculdade que tem o homem de obrar, exercendo a sua actividade sobre as cousas que o cercam, ou mesmo sobre actos dos seus semelhantes. Dotado desse poder, o homem é livre de praticar todos os actos, emquanto não perturbe o poder igual que compete a cada homem na sociedade. As liberdades de todos os associados devem harmonisar-se, de modo que a esphera de liberdade de cada um, isto é, o seu poder de agir, seja limitado pelas espheras eguaes de liberdade dos outros (4).

O homem, pois, se reconhece, na vida social, como um ente dotado desse poder de fazer o que queira, sob os limites acima referidos. O poder publico protege-lhe a acção, assegurando-lhe a liberdade de agir, e demarcando, ao mesmo tempo, em fórmulas precisas, as linhas que traçam os limites que não devem ser transpostos. Essa faculdade do homem, garantida, em sua manifestação, pelas normas juridicas, constitúe o direito no sentido subjectivo, o qual, como diz SAVIGNY, mais claramente se patenteia, quando, sendo negado ou atacado por outrem, a autoridade judiciaria intervem para reconhecer-lhe a sua existencia e extensão (5).

Ao direito, assim considerado, corresponde sempre um dever geral de respeito por parte de todos os outros individuos, que existem na sociedade, o que deu logar a dizer-se que *jus et obligatio sunt correlata*.

Releva notar, porém, que este brocardo só contém um cunho de verdade, desde que se tome a *obligatio*, não no sentido restricto do direito romano, mas no daquella obrigação geral, que todos têm de respeitar o direito de outrem.

(4) SPENCER, *Justice*, cap. VI—Trat. CASTELOT, 1893, KANT.

(5) SAVIGNY, *Trait. de Dr. Rom.*, trad. GUENOUX, 1855, pag. 7.

O *jus*, nessa accepção de faculdade ou poder, encontra-se constantemente usado na linguagem romana, como se vê, por exemplo, nas expressões—*jus pignoris*, *jus venandi*, que indicam o poder juridico sobre o objecto do penhor, ou a faculdade que o homem tem de caçar,—e *jus quiritium* designando a reunião dos direitos privativos do cidadão romano.

Com o mesmo significado, parece usar ULPIANO da palavra *jus*, na sua definição de justiça, exprimindo com ella o direito que cada um tem na sociedade. (6)

A epigrapha do liv. 1.º tit. 8 das Institutas—*de his qui sui vel alieni juris sunt*—apresenta-nos o *jus* tambem considerado sob o ponto de vista de um poder. (7)

Porisso, no mesmo titulo se dividem os homens em *sui juris e alieni juris*, referindo-se a primeira classe áquelles que são de seu proprio direito, isto é, que não se acham sob o poder de ninguem, e a segunda, áquelles que são dependentes, isto é, que estão debaixo do poder de outrem—*in potestate parentium* ou *in potestate dominorum*.

Além dessas duas accepções principaes, de que temos tratado, encontra-se ainda o *jus*, nos textos, traduzindo significações differentes: ora indica a norma que, por traduzir uma obrigatoriedade relativa, é considerada como tendo força de lei, tal como a disposição testamentaria feita por um cidadão livre—*uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*—(8), ou a sentença pronunciada por um juiz competente—*JUS ex sententia judicis fieri* (9); ora refere-se á praxe segundo a qual tem sido adoptada uma opinião—*quo*

(6) Fr. 10 de just. et jur. (1-1) *Inst. princ* h. t. (1-1).

(7) D. L. 1 Tit. 6.

(8) XII Tab.—V—III.

(9) Fr. 17 § 1 de *inoff. test.* (5-2).

jure utimur (10); ora aponta a relação moral sobre que se fundam alguns direitos e obrigações entre certas pessoas—*nonnunquam JUS etiam pro necessitudine dicimus: veluti Est mihi JUS cognationis, vel affinitatis* (11); ora mostra simplesmente as qualidades da coisa objecto do direito—*JURA prædiorum: bonitas, salubritas, amplitudo* (12); ora equivale ao titulo que dá logar á aquisição de um direito real—*si quis diuturno usu, et longa quasi possessione, JUS aquæ ductendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est* (13); ora designa o logar onde o magistrado exerce a sua jurisdicção—*in jure*,—contraposto áquelle onde o *judex*, examinando o facto, applicava o direito que lhe era indicado—*in judicio* (14); ora exprime a forma do processo, ou a organização judiciaria, distinguindo-se o *jus ordinarium* e o *jus extraordinarium* conforme o processo obedecesse á ordem commum estabelecida, ou dispensasse algumas das formalidades existentes—*quæ non habent JURIS ordinarii executionem* (15); ora diz respeito á forma de testar prescripta pela lei, como se vê nas phrases—*testamentum JURE factum* e *non JURE factum* (16); ora circumscreve a idéa apenas ao *jus civile*, distinguindo-o do direito pretoriano, como se vê nesta disposição:—*et parvi refert utrum jure sit constitutus usufructus, an vero tuitione prætoris* (17); ora é empregada em um sentido mais elevado, para significar a sciencia do direito ou a jurisprudencia; é essa a idéa que se con-

(10) Fr. 27 § 1 de *pactis* (2-14).

(11) Fr. 12 de *just. et jur.* (1-1).

(12) Fr. 86 de *verb. signif.* (50-16).

(13) Fr. 10 princ.—*si serv. vind.* (8-5)—Fr. 26 de *aqua, et aquæ pluviæ* (39-3).

(14) Fr. 1 § 2 de *postulando* (3-1)—Fr. 3 § 1 *ne quis eum* (2-7)—D. L. 2 Tit. 4,—L. 11 Tit. 1.

(15) Fr. 178 § 2 de *verb. signif.* (50-16).

(16) Fr. 24 de *his quæ ut indig.* 34-9).

(17) Fr. 1 *quibus mod. ususfr.* (7-4) Fr. 1 § 5 *quod fals. tut.* (27-6).

tém na epigraphe do Digesto e das Institutas—*de justitia et jure* (1-1), e na definição de direito que se acha no fr. 1 princ. desse titulo. Dahi a denominação de *juris consulti* (18), *juris prudentes* (19), *juris periti* (20), para designar os que cultivam o estudo da sciencia juridica.

Dessa indicação, summariamente feita, das principaes accepções em que é usado o vocabulo *jus*, nos textos romanos, sem se acompanhar de qualificativo algum, vê-se a necessidade que tem sempre o interprete de, no estudo das controversias apresentadas, firmar bem seguramente o verdadeiro sentido daquella palavra.

§ 2.º—Conceito do direito entre os romanos

Muito elevada era a idéa que os jurisconsultos romanos formavam do direito; e, ao passo que o reconheciam como uma necessidade pratica, indispensavel á vida do individuo e á do Estado, contemplavam-no tambem pelo lado philosophico, dando-lhe a feição das virtudes moraes.

Abrindo-se o Digesto, no titulo—*de justitia et jure*—, os frags. dos jurisconsultos, que ahi se encontram, confirmam patentemente a verdade do enunciado. Logo no frag. 1.º *princ.*, as palavras de ULPIANO nos mostram o direito em uma significação das mais alevantadas, definindo-o, como o fizera CELSO, *ars boni et æqui*. E tão distincta é a funcção de cultivar o direito, que, aos encarregados dessa tarefa, não vacilla em denominar sacerdotes, os quaes cultivam a justiça, e professam a sciencia do bom e do equita-

(18) Fr. 10 pr. de grad. (38-10).

(19) Fr. 2.º § 5.º quis ordo in poss. (38-15).

(20) Fr. de *excusat.* (27-1).

tivo, distinguindo o justo do injusto, o lícito do ilícito, e procurando tornar os homens bons, não só pelo temor das penas, mas também pela esperança das recompensas, segundo o determina uma verdadeira e não simulada philosophia (21).

Este alto concepto do direito, que é um consectorio natural da influencia exercida pelos principios da escola estoica sobre o espirito dos jurisconsultos romanos, acha-se, do mesmo modo, manifesto, quando ULPIANO nos dá a definição da justiça, da jurisprudencia, e estabelece quaes sejam os preceitos do direito.

A justiça não é simplesmente o—*jus suum cuique tribuendi*, mas é, necessariamente, uma—*constans et perpetua voluntas* (22). Mais do que uma *affectio animi*, segundo a definição de CICERO (23), o jurisconsulto romano entendia que ella era uma *voluntas*, no sentido da escola de ZENON; isto é, uma impulsão firme e consciente para o bem, opposta á *libido* ou á *cupiditas*. Era, portanto, uma virtude, como já o reconhecia o mesmo CICERO, dizendo:—«*Iustitia porro ea virtus est, quæ sua cuique tribuit*» (24).

Tambem não basta á jurisprudencia ser a *justi atque injusti scientia*, mas é necessario que seja a *divinarum atque humanarum rerum notitia* (25).

Os jurisconsultos, como os sabios, deviam ter um conhecimento de todas as cousas divinas e humanas, para poderem attingir a sciencia do justo e do injusto.

A jurisprudencia estava, pois, quasi elevada á classe da sabedoria, como a conceituavam os estoicos:

(21) Fr. 1.º, § 1.º, de *just et jur.* (1-1).

(22) Fr. 10 pr. h. t.

(23) CICERO—*de finib.* V—23.

(24) Id. *de rep.* III cap. XXXVII.

(25) Fr. 10 § 2.º h. t.

«*Quidam sapientiam ita finierunt, ut dicerent eam divinarum et humanorum scientiam*» (26).

E ao compendiar as regras jurídicas, vasando-as todas no molde formado pelos tres preceitos fundamentaes, ULPIANO, dominado sempre pelo impulso nobre de uma alta philosophia, lançou, em primeiro lugar, o lemma—*honeste vivere*, (27) como advertindo aos homens que o *alterum non lædere*, e o *suum cuique tribuere* só se podem exercitar na vida social, tendo elles os olhos fitos no fanal inextinguivel do *honestum*.

Se ULPIANO deixou-se arrebatado a tão grande altura para emittir a idéa que formava do direito, PAULO lhe não ficou em nada distanciado, quando escreveu que o direito natural é—*quod semper æquum ac bonum est* (28).

E GAIO, que se ateu quanto possivel dentro nos limites da observação historica, pôde, todavia, apontar como o fundamento daquelle direito de que todos os povos usam, a *naturalis ratio* (29), não se elevando, entretanto, á alta expressão das formulas philosophicas de ULPIANO e de PAULO.

§ 3.º—Distincção entre o direito e a moral

Por definirem estes jurisconsultos o direito como o *bonum et æquum* e por haver JUSTINIANO, acolhido taes definições, dando-lhes logar proeminente no Digesto e nas Institutas, poder-se-á concluir que os romanos não distinguiam a moral do direito?

Embora os preceitos moraes e os juridicos se não manifestassem muito distinctos, nos primeiros tempos,

(26) SENECA—Epistola LXXXIX.

(27) Fr. 10 cit.

(28) Fr. 11 h. t.

(29) Fr. 9 h. t., fr. 1 de adq. rer. dom. (46-r).

devido ao estado de homogeneidade e confusão, que dominam as regras de conducta, no alvorecer da vida de um povo (30), todavia, o destaque de umas e outras normas se vai produzindo lentamente, e os característicos differenciaes se apresentam de modo a não poderem passar despercebidos aos juriconsultos.

Os romanos, pois, dotados daquella maravilhosa faculdade para a comprehensão dos estudos juridicos, incorreriam na justa censura que se lhes irrogasse, se não déssem mostras de descortinar a differença entre o que é da esphera da moral, e o que pertence ao dominio do direito.

Os textos citados de ULPIANO e de PAULO, não rebatem a censura, e apenas nos autorizam a registrar confusão manifesta.

Porisso ACCARIAS (31) declara que os juriconsultos nem sempre souberam resguardar-se da confusão entre o direito e a moral. Entretanto, a despeito dos citados textos, que indicam a maior despreocupação no tocante ao differençar a moral do direito, o mesmo PAULO nos offerece a mais cabal advertencia, declarando francamente que nem tudo o que é licito é honesto—*non omne, quod licet, honestum est* (32), e, por consequencia, demonstrando que havia uma idéa clara entre aquillo pue é legal ou de direito, e o que pertence á moral. Convém observar, com os commentadores, que PAULO, não quiz indicar, com o frag. citado, uma opposição existente entre as normas moraes e juridicas, mas a palavra—*licet*—por elle empregada, significa que o direito, embora não autorize, é, ás vezes, indifferente a que se cumpram certos preceitos, que a moral condemna.

(30) COGLIOLO, *Fil del Dir. Priv.* pag. 25 (ed. Barbéra).

(31) ACCARIAS, *Precis de Dir. Rom.* n. 1.

(32) Fr. 144—*de reg. jur.* (50-17).

A mesma differença entre o *licito* e o *honesto* encontra-se no texto de MODESTINO [(33)—*semper in conjunctionibus, non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit.*

Póde dizer-se, pois, que os romanos não desconheciam a distincção entre a moral e o direito, embora não haja um texto preciso, que nos dê nitida idéa dessa differença.

Antes, o que se observa no corpo do direito, é um conjuncto de innumerados dispositivos em que, ao lado de certa confusão que as palavras permitem, se estabelece aquella harmonia intima e necessaria, que deve ligar a moral e o direito, e que é a resultante derivada do magno preceito:—*honeste vivere.*

E' porisso que diz PAPIANO:—*quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt: nec facere nos posse credendum est* (34); e POMPONIO indica, como preceito de direito das gentes, o amor a Deus, a obediencia aos progenitores e á patria, (fr. 2 de *just et jur* (1-1).

Convem ainda citar, em abono de ULPIANO, para se não poder inferir que elle permittia ao direito invadir a esphera da moral, o fr. 18—*de pænis* (48-19) em que prescreve que ninguem póde ser punido pela simples intenção.—*Cogitationis pænam nemo patitur.*

Dessas considerações desume-se que, se ha textos sobre os quaes póde assentar alguma duvida quanto á maneira de entender a moral e o direito, todavia, elementos existem que nos autorisam a concluir que os jurisconsultos romanos descortinavam a distincção entre os preceitos moraes e juridicos.

DR. REYNALDO POCHAT.

(Continúa)

(33) Fr. 42—*deritu* (*nupt.* 23-2).

(34) Fr. 15—de cond. institut (28-7).