

Annuaire II - Comptes rendus

CURSO ELEMENTAR

DE

DIREITO ROMANO

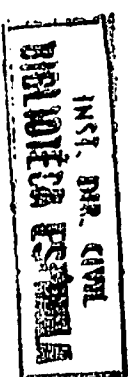
PELO

DR. REYNALDO PORCHAT

LENTE CATHEDRÁTICO DA FACULDADE DE DIREITO DE S. PAULO

VOLUME I

(1.ª PARTE)



S. PAULO
DUPRAT & C.ª - RUA DIREITA, 14
1907

364

pgs 400
Mur

cipio classificador, porque tal classificação não foi adoptada nem nas obras dos juriconsultos nem na legislação romana.

Não é verdadeira essa razão; e como observámos, houve uma ordem systematica que foi praticamente adoptada pelo proprio Gaio, e tambem por Justiniano nas suas Institutas.

Entretanto, reconhecemos que a classificação romana não é perfeita: o—*jus personarum* encerrando apenas o conjunto de regras attinentes á capacidade da pessoa, fica para a parte onde se trata das cousas quasi toda a materia do direito privado. Essa distribuição não satisfaz as conveniencias de uma boa exposição, nem mesmo offerece vantagem alguma quanto ao ensino do direito.

E' porisso que não hesitamos em deixala de parte, adoptando o systema de classificação allemã, para a qual anteriormente já manifestamos as nossas preferencias. (§ 9.º)

CAPITULO III

DA JUSTIÇA. DA ÆQUITAS. DA JURISPRUDENCIA

§ 15. Da justiça

224. Justiniano começa as suas Institutas dando a definição de justiça — *est constans et perpetua voluntas jux suam cuique tribuens* ⁽¹⁾.

Parece que assim principiando essa obra destinada ao ensino, pondera um escriptor, elle quer advertir aos estudantes que a exposição do direito que se vai seguir tem por base a justiça.

Substituida apenas a palavra—*tribuendi* por *tribuens*, essa definição é a mesma que se acha no fr. 1º princ.—*de just. et jure* (1-1), tal como a formulára Ulpiano, e revela, de modo evidente, o alto conceito em que os romanos tinham o sentimento da justiça, que, desde Platão, já era considerada como o complexo harmonico de todas as virtudes, e para Aristoteles era a pratica das virtudes manifestada por actos externos em relação aos outros homens.

225. E' preciso que nos colloquemos no mesmo ponto de vista em que se collocára Ulpiano,

(1) *J. princ.—de just. et jure* (1-1) ed. de Krueger. 1902.

para podermos comprehender a razão porque definiu elle assim a justiça, dando a idéa de que não era apenas a conformidade dos actos humanos com a lei, mas sim a *vontade constante e perpetua de dar a cada um o que é seu*. E' que Ulpiano se influenciava pela escola estoica, cujas idéas foram introduzidas em Roma por Cicero, Seneca e outros philosophos, dominando geralmente o espirito dos juristas consultos.

Chamando a justiça — *constans et perpetua voluntas* —, elle empregou esta expressão no mesmo sentido em que a tomavam os estoicos, como uma *virtude*, isto é, uma impulsão firme e consciente para o bem, em opposição a — *libido* ou *cupiditas* ⁽¹⁾.

Na escola de Zenon, em que o homem tinha por dever — *viver conforme a natureza* —, sob o dominio de uma *razão universal* que governa todas as cousas, o principio de uma rigida moral era lançado como base de todos os seus actos; de modo que, dentre todas as cousas contingentes e mutaveis, a unica permanente e constante era a virtude ⁽²⁾.

Do principio superior da *razão natural*, que se deriva daquella *razão universal* que domina o mundo, dimanaram todas as idéas que deviam inspirar o homem na pratica da vida; e o homem, amigo do homem, ⁽³⁾ não podia distinguir nacionalidades ou circumscripções territoriaes, mas, dominado pelo principio supremo da moral universal, os seus sentimentos deviam abrangar fraternalmente a todos os in-

⁽¹⁾ Cicero — *Tuscul* — disput. IV.6.

⁽²⁾ Carle — *La vita del diritto*. — n. 72.

⁽³⁾ "*Homo hominis res sacra*"

divíduos que constituem a humanidade, podendo elle dizer como mais tarde dissera Marco Aurelio — *civis sum totius mundi*.

Assim orientados por essa philosophia, os estoicos tomavam como fundamento de suas acções aquella regra que Ulpiano adoptou como o primeiro dos preceitos juridicos — *honeste vivere*.

Ora, se para cumprir o seu destino na vida tinha o homem de *viver honestamente*, necessitava elle, ao mesmo passo, de educar a sua vontade, fortalecendo-a; porque, muito mais do que a intelligencia, era a vontade a verdadeira força propulsora do bem; por ella é que se praticava o honesto e o justo.

No conceito da escola, a justiça era, pois, anterior a toda a legislação, era aquillo que se podia chamar o — *jus naturale*; era a fonte de onde dimanava o direito, e onde os juriconsultos e os legisladores deviam inspirar-se para a formação das leis.

Dahi o lemma de philosophia traduzido na linguagem de Cicero — *ubi non est justitia, ibi non potest esse jus* ⁽¹⁾.

Essas idéas tão alevantadas encontraram terreno fértil para o seu desenvolvimento no caracter dos juriconsultos romanos, entre os quaes Ulpiano foi um dos que mais se deixaram por ellas influenciar, de onde resultára essa preoccupação de imprimir sempre nas suas definições fundamentaes um cunho philosophico.

Para o seu espirito, não bastava, pois, que a justiça fosse considerada como a conformidade dos

⁽¹⁾ Cicero — *de republica*, III.37.

actos do homem com a lei civil—*justitia forensis*—mas era preciso que fosse uma *vontade constante e perpetua*, uma energia moral, uma virtude. Porisso não hesitava em chamar aos juriconsultos de *sacerdotes da justiça* ⁽¹⁾.

226. Analysando os termos da definição citada, pretenderam alguns commentadores enxergar uma redundancia no emprego dos adjectivos—*constans e—perpetua*, dizendo que uma vez que a vontade fosse constante, não seria preciso exigir que fosse perpetua.

Justifica-se, porém, o uso desses dois vocabulos como o meio seguro para bem traduzir a idéa do juriconsulto, para quem a virtude da justiça não é apenas uma vontade que se manifesta num dado momento, mas sim aquella que se mantem na disposição permanente de dar a cada um o que é seu: justo não é o homem que apenas pratica um acto de accôrdo com a justiça, mas sim aquelle que persevera no sentimento de pratical-o firme e constantemente. Actos accidentaes de justiça isolados entre actos justos, não bastam para se qualificar um homem de justo; é preciso, para isso, que elle tenha o habito de praticar constantemente a justiça ⁽²⁾.

Ortolan entende que foi por um mecanismo de linguagem, muito commum no genio da lingua latina, que se personificou de algum modo a vontade dizendo—*perpetua voluntas*, quando a expressão ver-

(1) Ulpianus, fr. 1 § 1—*de just. et jur.* (1.1)

(2) Accarias—*obr. cit.* v. 1 n.º 2.

dadeira seria—*voluntas perpetuo jus suum cuique tribuendi*. ⁽¹⁾

Já havia dicto Cicero que a justiça era uma—*affectio animi*. ⁽²⁾

Ulpiano, porém, parece que se não satisfez com essa expressão, porque, significando ella um simples sentimento, não encerra a idéa de praticabilidade como a palavra—*voluntas* acompanhada dos adjectivos—*constans e perpetua*, com a qual o juriconsulto exprime a virtude em acção, exigindo a justiça interna e externa, que Heinecio denomina espiritual e terrestre.

O mesmo Cicero já considerava tambem a justiça como uma virtude, definindo-a—*justitia porro ea virtus est, sua cuique tribuit* ⁽³⁾.

227. Mas nem só os juriconsultos e os philosophos assim pensavam da justiça. Os imperadores usavam tambem de linguagem mui elevada quando a ella se referiam.

Em a nov. 30 cap. 9 § 1.º, Justiniano, dirigindo-se a João, prefeito dos pretorios do oriente, determinou que era preciso dirigir todos os seus actos ao cumprimento da lei, governar com pureza e integridade, e respeitar a justiça— a virtude mais formosa entre os homens e a mais agradável a Deus e ao imperador—*qua nihil est inter homines fortius atque pulchrius quodque commendare Deo et imperatori magis valeat*. E ainda em a nov. 69,

(1) Ortolan—*Explic. des Instit.* v. 1 n.º 12.

(2) Cicero—*de finib.* v. 23: *Justitia est animi affectio suum cuique tribuens et hanc societatem conjunctionis humana mirifice et optime tuens*. Id. *Una virtus est consentiens cum ratione et perpetua constantia*.

(3) Cicero—*de repub.* III.—37.

são dignas de attenção as palavras com que, no prefacio, o mesmo imperador se dirige aos habitantes de Constantinopla: «A mais perfeita de todas as virtudes, segundo o commun sentir dos homens, é a que distribue os direitos entre todos, e se chama justiça — *unam quidem esse omnium perfectissimam virtutem arbitrandum est hominibus, quæ jura omnibus distribuit: hoc est ex causa cognominata justitia*.—Não ha mesmo nenhuma virtude, diz ainda Justiniano, se não fôr acompanhada da virtude da justiça.

Por essas expressões, vê-se o alto sentido em que os romanos tinham a justiça, que era, para elles, o principio supremo de onde se derivavam todos os preceitos do puro direito, não sendo de extrahar, por isso, que Ulpiano houvesse dicto, no fr. 1 princ.—*de just et. jur.* (1.1) que o direito provém da justiça—*est autem a justitia appellatum*.

228. Não estaria completa, porém, a definição dada no texto, se constasse ella tão sómente dessa primeira parte, que vimos analysando, e que contém o genero proximo da definição; porisso acrescentou-lhe Ulpiano a differença especifica com as expressões—*jus suum cuique tribuendi*.

Sendo o direito, como já vimos, a linha de conducta que limita reciprocamente as acções dos homens na sociedade, a justiça consiste exactamente na convicção que todos devem ter, da necessidade de respeitar o direito de cada qual, dando a cada um o que é seu.

Dahi essa restricção á idéa geral do texto, determinando o juriconsulto expressamente o fim da justiça, com as palavras—*jus suum cuique tribuendi*.

229. Divisão da justiça. — Alguns autores, de accordo com Grotius, dividem a justiça em —*attributrix* e —*expletrix*. A primeira significa a justiça encarada sob o ponto de vista exclusivamente moral, isto é, aquella que procura conhecer da legitimidade dos motivos, que produziram a pratica do acto chamado justo. A segunda é a justiça tomada em sentido restrictamente juridico, concretizando-se em actos que correspondem aos denominados *deveres feitos ou coactivos*.

230. Outros adoptam a distincção escolastica de Aristoteles (1) em justiça *commutativa* ou *correctiva* e justiça *distributiva*, sendo aquella a que nos fornece as normas de proceder attendendo ao *quantitativo*, e se determina por uma «*relação arithmetica*»; e esta a que nos fornece attendendo ao *qualitativo*, em uma «*proporção geometrica*». Pela primeira, distribue-se a cada um o que é seu, sem consideração ás posições ou circumstancias differentes em que se achem as pessoas, como, por exemplo, quando um commerciante vende pelo mesmo preço a mercadoria, tanto ao pobre como ao rico; pela segunda, faz-se a distribuição attendendo ás condições especiaes em que as pessoas se acham na sociedade, como, por exemplo, se são menores, ou enfermos, ou do sexo feminino, ou ignorantes, ou rusticos.

Essas distincções, porém, não se apoiam no texto de Ulpiano, onde a noção de justiça nos é apresentada em seu significado synthetico e puro, como a entendiam os juriconsultos romanos.

(1) Aristoteles—*Ethica* V-5.

§ 16. Da *æquitas*

231. A primeira observação que cumpre fazer, ao iniciar-se o estudo da—*æquitas*, é que não devemos traduzir essa expressão romana pelo vocabulo correspondente em portuguez, porquanto a nossa *equidade* não dá a idéa perfeita do conceito em que era tida a—*æquitas* pelos romanos.

As muitas obras escriptas sobre a equidade em geral, cortando o assumpto de extravagantes distincções e subtilezas, não têm produzido os necessários esclarecimentos sobre a materia, cujo estudo ainda atormenta os espiritos exigentes.

Roussell adverte que tantas são as accepções em que pôde ser tomada a equidade, e tantas são as theorias dos escriptores a respeito, que é impossível de todo definil-a. E Demangeat ⁽¹⁾ pondera que a equidade é uma dessas expressões que poucas pessoas entendem do mesmo modo, accrescendo que são poucos os que têm della uma idéa nitida.

Diz, porisso, acertadamente Martins Junior — «que a equidade considerada em abstracto, independentemente das condições de tempo e logar em que surgiu e medrou, não passa de mero—*flatus vocis*; é flor exquísita e inodora que os philosophos idealistas e os juristas podem continuar a cultivar

⁽¹⁾ Demangeat — *Cours Élém. de Droit Rom.*, pags. 8 e 9.

No artigo do saudoso lente Dr. Frederico Abranches, onde são feitas apreciações philosophicas sobre o assumpto, encontram-se diversas definições da equidade, dadas por varios autores. (*Rev. da Faculdade de Direito de S. Paulo*, v. 4, pag. 105).

no jardim de sua phantasia; mas onde se póde falar de uma equidade, com existencia não só subjectiva, mas tambem objectiva, é no direito romano, em cujo *Corpus Juris* circulam profusamente a idéa e o sentimento da—*æquitas*—*que paribus in causis paria jura desiderat*, na phrase de Cicero. ⁽¹⁾

232. Sendo o nosso intuito apenas determinar o verdadeiro sentido da *æquitas* romana, deixaremos de parte quaesquer considerações puramente philosophicas, e, forrando-nos á tarefa de criticar as opiniões dos escriptores, que não nos parecem verdadeiras, procuraremos sómente nos prender ás fontes, para surprehender o pensamento dos jurisconsultos e legisladores romanos.

Como observa o conceituado Sumner Maine, não é possível dizermos que conhecemos grande cousa ácerca da historia antiga da—*æquitas* entre os romanos. ⁽²⁾

233. Entretanto, com um golpe de vista geral sobre a evolução e as modificações por que passou o conceito da—*æquitas*, podemos desumir esta conclusão: — que, entre os varios significados a que o vocabulo se teve de adaptar, duas accepções principaes prevaleceram e se conservaram nas fontes, na epoca da jurisprudencia classica: uma correspondente á accepção moderna e vulgar da nossa equidade; outra, a accepção classica.

234. No primeiro sentido, — *æquitas* significa tudo aquillo que é conforme ao espirito e ao fim da

⁽¹⁾ Martins Junior — *Dissertação de concurso* apresentada á Faculdade de Direito do Recife — 1888 — pags. 8 e 9.

⁽²⁾ Sumner Maine — *L'Ancient Droit* — 1884 — pag. 163.

lei, ou de um contracto, ou de qualquer disposição obrigatoria. ⁽¹⁾ Ella faz com que, ao decidir as questões judiciaes, se attenda ás consequências do acto, tomando em consideração a qualidade, as condições particulares das pessoas nelle envolvidas, ou as circumstancias da cousa a que o acto se refere.

E' neste sentido que se afirma ser a *aequitas*. um abrandamento do direito rigoroso, daquillo que os romanos chamavam—*jus strictum*. Pode dizer-se que, neste concepto, equivale mesmo á—*benignitas* ou á—*humanitas*. A applicação da—*aequitas* em casos taes, é resultante da posição desigual que os individuos occupam na sociedade, em virtude da qual se faz, ás vezes, necessario observar certas circumstancias de ordem moral ou material, que muito podem influir para uma conveniente decisão.

Neste caso, diz Huber, a *aequitas* não é mais do que uma benigna e humana interpretação do direito escripto—*nilhil quam benigna et humana juris scripti interpretatio est pro diversitate singulorum, non ex verbis, sed ex mente legislatoris facta*. ⁽²⁾ E' o espirito da lei—*mens legis*—prevalecendo sobre as suas palavras—*verba legis*.

Cabe aqui a definição de Cujacio in lib. de *Fendis*: «*Aequitas enim nihil aliud est, quam jus quod lex scripta praetermisit*».

Assim, quando a disposição de uma lei fôr demasiado rigorosa, deve o juiz procurar suavisa-la temperando-a com o influxo da—*aequitas*.

⁽¹⁾ Glück—*Alle Pandette*—trad. ital. v. 1 § 26.

⁽²⁾ *Apud Glück*—v. 1 § 26.

Modestino, no fr. 13 § 2—de *excusat*. (27—1), nos offerece frisante exemplo de um caso em que a—*aequitas* eficazmente influe na applicação da lei. Tratando o jurisculto, nesse texto, de indicar os prazos concedidos, pela constituição de Marco Aurelio, ás pessoas que quizessem apresentar razões de excusa de tutela, faz ver que a disposição legal é exigente e defeituosa, dando um resultado em virtude do qual muitas vezes as pessoas que se acham mais distantes do centro da cidade, podem ter um prazo menor do que as ali residentes. Se é verdade que esta intelligencia está contida nas palavras da lei, diz Modestino, entretanto, é evidente que outra cousa é que estava na mente do legislador; por isso Cervidio Scevola, Julio Paulo e Domício Ulpiano, os *coryphaeus da jurisprudentia*, ensinam que todas essas particularidades relativas aos prazos, devem ser interpretadas conforme o espirito da lei, de modo que ao ausente seja sempre concedido um prazo pelo menos igual ao presente na cidade.

E', como se vê, a—*aequitas* quebrantando o rigor da letra da lei, para que a sua applicação seja feita de modo mais benigno, attendendo á vontade do legislador.

Assim o aconselham—Celso no fr. 18—de *leg. (1—3)*:—*benignius leges interpretande sunt, quo voluntas earum conservetur*—e Marcello no fr. 183—de *reg. jur.* (50—17)—*etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subvertendum est*.

E da mesma forma prescreveram os imperadores Leão e Antemio, na const. 5 § 1.º—de *bonis* (6—61):

—*quia consequens est ambiguae atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis juris moderamine temperare.*

A acção do juiz vai até ao ponto de apreciar os elementos subjectivo e objectivo, que compoem a relação jurídica, para legitimar a invocação da —*aequitas* suavisando o —*jus strictum*. Não pôde elle, porém, arbitrariamente deixar de cumprir a lei escripta, só pelo facto de ser a mesma rigorosa. Em defeza da autoridade desta, já escrevera Ulpiano no fr. 12, § 1 —*qui et a quibus manum. (40-9) — quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est.*

235. Vejamos agora o conceito puro e philosophico da —*aequitas* romana.

Foi no tempo em que teve maior desenvolvimento o estudo da philosophia, em Roma, que começou a accentuar-se a verdadeira significação scientificia da —*aequitas*, bem differente da maneira pela qual era ella vulgarmente entendida.

Nas obras de Cicero, entre algumas accepções secundarias e fluctuantes, ⁽¹⁾ encontramos a —*aequitas* considerada não mais como um simples abrandamento das regras do direito estricto, mas como o *principio supremo inspirador do direito universal*. Assim é ella definida — *quod naturalis ratio persuasit*, isto é, aquillo que é aconselhado pela razão natural. ⁽²⁾

Segundo este modo de entender a —*aequitas*, é ella reconhecida como uma força que sustenta a su-

⁽¹⁾ Krueger—*Man. des Antiq. Rom.*—trad. de Brissaud. pag. 166.
⁽²⁾ Cicero *Tópica*. Porisso Papiniano pôde dizer, no fr. 95 § 4 —*de solut*—(46-3), que a obrigação natural é um *vinculum aequitatis*.

premacia do espirito, da razão e do direito natural na organização do —*jus scriptum*.

Moriani, ⁽¹⁾ em seu estudo ácerca da philosophia do direito no pensamento dos jurisconsultos romanos, diz que o —*legitimus* entre os povos, encadeado e restringido pela letra ferrea das leis, tem e deve ter sempre contornos infinitos de luz no —*bonum—aequum* da razão natural, pois que o —*aequum*, espirito secreto que anima todo o —*jus*, permanece sempre como o —*jus* do universo, o direito commum a toda a humanidade, a sempiterna lei entre os homens.

Essas palavras, onde revê intenso o entusiasmo do escriptor, mostram-nos justamente a maneira pela qual os jurisconsultos romanos conceituavam a —*aequitas*.

Com effeito, o estudo, o desenvolvimento e as grandes conquistas do direito romano desde os seus primitivos tempos, consistiram sempre no esforço constante com que os jurisconsultos, legisladores e magistrados procuravam approximar as leis escriptas de tudo aquillo que era dictado pelo —*bonum—aequum*. E basta attentar no resultado maravilhoso da acção dos pretores, e nas obras prodigiosas da jurisprudencia, para reconhecer que, no libertar o direito escripto das suas regras excessivamente rigorosas, foi a —*aequitas* o magico inspirador, assentando as largas bases para o immortal monumento da sabedoria juridica latina.

O —*jus gentium*, escreve Padelletti, se não creou,

⁽¹⁾ *Apud Ferrini*, em seu bello Appendice no § 26 v. 1 das *Pandette* de Glück.

ao menos ampliou o conceito da boa fé, da—*aequitas*, da natureza abstracta do direito-(¹)

A—*aequitas*, na sua accepção pura, no conceito classico, é, pois, esse supremo principio inspirador do direito, e, sem receio de cair em exaggero, podemos dizer que a—*aequitas*, differente do—*jus strictum*, e muitas vezes a elle opposta, (²) identifica-se com o—*jus naturale* e com a justiça ideal, (³) que é a fonte onde o legislador deve procurar os elementos para formular as regras do direito civil. Porisso dissera Cicero que o—*jus civile est—aequitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas.* (⁴) E foi, de certo, neste sentido, que elle collocou a—*aequitas* entre as fontes do—*jus civile.* (⁵)

Ulpiano, quando definiu a justiça como uma—*constans et perpetua voluntas*, apreçou-a sob um ponto de vista mais subjectivo; mas toda a vez que é ella encarada em sua feição objectiva, apresenta-se, em frente dos textos, e do pensamento dos juriconsultos e philosophos romanos, visivelmente identificada á—*aequitas*.

E' certo que nem todos os escriptores chegam a esta conclusão; mas não nos arrecejamos de ado-

(¹) — Padelleiti—*Storia del Dir. Rom.* p. 417.

(²) — Ihering—*Ob. cit.* v. 2, pag. 90. Cicero — *pro Cae.* 23, 36, 65, 104, *Partit.* 28, 100, *Brutus* 39, 145.

(³) — Cicero — *Topica*, 23, diz que ha tres espécies de *aequitas*: a primeira relativa aos deuses, chama-se *pictas*; a segunda, referente aos homens, chama-se *sanctitas*; a terceira, concernente aos homens, chama-se *justitia aut aequitas*.

(⁴) — Cicero — *Top.* 2

(⁵) — Id. 5.

ptal a, porque nos parece seguramente fundada nas fontes.

236. Innumeros são os textos que nos auxiliam na demonstração do enunciado. Basta, porém, que indiquemos alguns.

O fr. 1 de Ulpiano — de *just. et jur.* (1.1) — definindo o direito, diz que o—*jus est ars boni et aequi*. Para esse juriconsulto, portanto, o direito, que, segundo elle mesmo, se deriva da justiça—*est a justitia appellatum*,—tem por fundamento o *bonum et aequum*.

No fr. 11 *h. t.* Paulo escreve:—*Jus pluribus modis dicitur. Uno modo cum id quod semper aequum ac bonum est, jus dicitur: ut est jus naturale*. Vemos aqui ainda uma definição de direito natural, em que o juriconsulto não julgou necessario fazer referencia alguma á justiça, satisfazendo-se com assignalar-lhe para fundamento o—*bonum et aequum*.

Gaio, no fr. 9 *h. t.*, tambem aponta como o fundamento do direito commun a todos os povos, a—*naturalis ratio*, que não é mais do que o sentimento da—*aequitas* ou da justiça ideal, fonte suprema do direito.

O citado Paulo, no fr. 2 § 5.º—*de aqua* (39.3) referendo-se aos recursos de que, em certos casos, se podem lançar mão, para evitar os damnos produzidos pelas aguas pluvias provenientes da ruptura de um marachão do predio visinho, diz que, segundo Labeão, o prejudicado poderia usar de uma acção util ou de um interdico para evitar o mal, recurso esse que é suggerido pela *aequitas* na falta

do—*jus strictum* a respeito — *hec æquitas suggerit, et si jure deficiamus*.⁽¹⁾

Ulpiano, no fr. 1, — *de minoribus* (4-4), referindo-se ao edicto que assegura protecção aos menores de 25 annos, declara que o pretor o estabeleceu inspirado na—*æquitas naturalis*. O mesmo jurisconsulto, no fr. 32 pr. *de peculio* (15-1), tratando da acção do credor sobre o peculio, reconhece que, embora o direito stricto ordene de um modo, a—*æquitas* determina de modo diverso—*sed licet hoc jure contingat, tamen æquitas dictat judicium* (2), no que está de accordo com o pensamento de Gaio quando diz:—*sæpe enim accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari*.⁽³⁾

No fr. 5 § 2, — *de agnosc.* (25-3), liga Ulpiano as expressões—*æquitas* e *caritas sanguinis*, para mostrar que ali está a fonte da obrigação que têm os filhos de socorrer os seus ascendentes maternos quando necessitados ou enfermos. E no § 16 declara que o fundamento dessa obrigação é a—*ratio naturalis*.

Tambem Gaio, no fr. 2, — *unde cognati* (38-8), apresenta como fundamento da *bonorum possessio* a—*æquitas naturalis* e a *sanguinis ratio*.

Pomponio proclamando, no fr. 206, *de reg. jur.* (50-17), que ninguém deve locupletar-se com o prejuizo de outrem, accrescenta que isso—*jure naturæ*

(1) Em muitos outros casos se encontram soluções dadas pelos jurisconsultos fundando-se exclusivamente no *bonum et æquum*. Vide por ex: Celsus, fr. 32. *de reb. cred.* (12-1), Africanus, fr. 22, *de manum. test.* (40-4), Gaius, fr. 30—*de noxal. action.* (9-4), Papinianus, fr. 17 — *de iniusto rupt.* (28-3), Ulpianus, fr. 5 § 5, *de his, qui effud.* (9-3), e fr. 8, *de cap. minutis* (4-5).

(2) Semelhantemente dispõe no fr. 52 § 3, — *de pactis* (2-14): *neque jure nullo, neque æquitate, tale desiderium admitti*.

(3) — Gaius—Inst. IV—116.

æquum est, reconhecendo que essa maxima juridica assenta no—*bonum et æquum*.

Todos esses textos, e muitos outros que deixamos de citar por não extender demasiado este parographo, patenteiam que, tomando a—*æquitas* em sua accepção classica, os jurisconsultos a antepunham ao—*jus strictum*, equiparando-a ao—*jus naturale* e á—*justitia* (1).

Da mesma fórma a conceituavam os imperadores, como se vê, por exemplo, na const. 2, — *ne fiscus rem* (10-5), onde Honorio e Theodosio prohibem ao fisco que annulle uma venda já realisada por ser isso contrario á razão da—*æquitas* e da honestidade (*æquitatis et honestatis ratio*), e na nov. 97 cap. 1, onde Justiniano declara que a egualdade do dote e da doação—*propter nuptias* tem por base a justiça e a—*æquitas* (*justitia et æquitatis ratio*).

237. Essa unificação da—*justitia* e da—*æquitas* bem explica porque em algumas inscripções, com que os romanos pretenderam prestar homenagem aos sentimentos de justiça de certos imperadores, se lê v. g. — *æquitas Antonini*, *æquitas Severi*. (2), etc.

Savigny não deixou de perceber essa noção romana da—*æquitas*, e é por isso que, referindo-se ao elemento geral derivado da natureza ethica do direito, usa, em sua obra, para traduzir a mesma idéa, das expressões — *æquitas* ou — *naturalis ratio* (3).

(1) Ferrini—*App. cit.* pag. 160, Krueger—*ob. cit.* pag. 167.

Para um estudo aprofundado desta materia, sobretudo no ponto de vista historico, deve ser consultada a obra de Voigt—*Jus naturale. æquum et jus gentium*.

(2) Bonfanti — *Dir. Rom.* cap. II n. 2.

(3) Savigny — *ob. cit.* § 15 p. 77.

Bonjean, depois de dizer que a—*aequitas* é uma palavra difícil de definir, conclue reconhecendo que «ella parece confundir-se com o direito natural considerado como o typo ideal do direito e da justiça. Dahi o oppor-se muitas vezes o direito propriamente dicto à—*aequitas*, o que levou Quintiliano a dizer: —*pugnare jure aut aequo*.⁽¹⁾

A' mesma conclusão chegou Demangeat, para quem a—*aequitas* exprime uma especie de percepção instinctiva da justiça, que não differe do direito natural.⁽²⁾

E Windscheid diz que, recebendo a—*aequitas* o seu conteúdo do sentimento juridico e da consciencia juridica de um povo inteiro, ella traga o ideal do direito que o povo deve procurar realisar.⁽³⁾

É verdadeira, pois, a observação de Martins Junior, quando pondera que o primitivo conceito da—*aequitas* «era acanhado demais para o periodo subsequente em que veio pompear o—*jus naturale*, architectado sobre largos e generosos alicerces philosophicos. A—*aequitas* teve de transformar-se e transformou-se de facto, deixando de ser uma simples necessidade logica de ordem juridica, para ser um factor philosophico e moral.»⁽⁴⁾

238. Exposta a noção que nos parece verdadeira acerca da—*aequitas*, equiparada à—*justitia*, cumpre-nos, entretanto, fazer uma indispensavel ad-

(1) Bonjean—*Explic. des Instit.* 1878 v. I n. 5.

(2) Demangeat—*ob. cit.* pag. 9.

(3) Windscheid—*Diritto delle Pandette* (trad. ital. 1902) v. I § 28.

(4) Martins Junior—*Dissert. cit.* pag. 21.—Cf. Scialoja—*Del diriti. posit. e dell' Equità*—1880.

vertencia a respeito dos adjectivos—*aequus* e *justus*, cuja significação é mui differente.

Os romanos empregavam o adjectivo—*aequus*, em geral para qualificar tudo aquillo que estava de accordo com os puros preceitos da justiça e da—*aequitas*;⁽¹⁾ e usavam do adjectivo—*justus* para indicar tudo aquillo que é simplesmente legal, isto é, conforme ao—*jus civile*.

Não se deve, portanto confundir—*justus* e *injustus* com—*aequus* e *iniquus*.⁽²⁾

Porisso encontramos nas fontes a expressão *juste nuptiae* para significar sómente o casamento contrahido de accordo com a lei civil; a expressão —*justus filius* para significar o filho oriundo de justas nupcias;—*justum testamentum*, *justa hereditas*, *justa servitus*, etc., para designar o testamento, a herança, a escravidão, etc. conforme o direito civil.

A despeito de ser este o sentido geralmente adoptado nos textos, é preciso, no entanto, reconhecer que, na epoca imperial, depara-se, algumas vezes, o—*justus* empregado para traduzir a conformidade com o sentimento da justiça, como se vê, por exemplo, no fr. I—*ex quib. caus. major*. (4-6), onde Ulpiano qualifica de—*justissima* a causa do edicto do pretor estabelecendo a restituição em prol dos ausentes, e na linguagem de Justiniano quando falla das suas constituições, dizendo—*justissime constitutiones*.

(1) Vide a expressão—*aequissimum est*—usada por Ulpianus no fr. 26 § 9—*ex quib. caus. major*. (4-6).

Para Tacito Ann. III—27, a lei das *Dote Tutoris* é—*finis aequi juris*.

(2) Vide, para exemplo da antithese entre *justum* e *aequum*, o princ. das Instit.—*de except.* (4-13) e o princ. e §§ 1 e 2—*de replic.* (4-14).

Usavam ainda os romanos a palavra—*legitimus*, que parece ter tido, nos primeiros tempos, uma acceção mais restricta do que—*justus*, pois, algumas vezes, excluía o direito pretoriano,—*judicium legitimum*, *legitima hereditas*, *legitimus tutor*, *legitimum dominium*, (1) etc..

239. A—*aequitas*, no sentido classico que acima procurámos fixar, era tida pelos romanos na mais alta consideração, e invocada constantemente para resolver as duvidas e difficuldades na applicação do direito.

Jurisconsultos e imperadores a recommendavam sempre. Assim, Paulo no fr. 90—*de reg. jur.* (50-17), aconselha que, em todas as cousas, mas principalmente no direito, deve ser attendida a—*aequitas in omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est.* (2) Do mesmo modo, resolvendo um caso de purgação de móra, no fr. 91 § 3—*de verb. oblig.* (45-1), opina que tal questão deve ser decidida segundo o—*bonum et aequum*, porque nessa materia se tem muitas vezes errado de modo pernicioso por seguir-se o rigor do direito—*esse enim hanc questionem de bono et aequo: in quo genere plerumque erratur*. Scevola, *toritate juris scientia perniciosae erratur*. Scevola, no fr. 14—*de div. temp. praescrip.* (44-3), referindo-se á accessão da posse, diz que nada se pode ahí determinar de modo geral e perpetuo, por quanto as verdadeiras regras assentam só na—*aequi-*

(1) Bonfanti—*ob. cit.* cap. II n. 2.

(2) Segundo o testemunho de Cícero—*Philipp.* 9—, o maior elogio que se fizera ao merito de Servio Sulpicio, foi o dizer-se que elle tanto consultava o direito como a justiça, e que subordinava o direito civil á—*aequitas*.

tas—de accessionibus possessionum, nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate.

De harmonia com essas idéas, o imperador Constantino proclamára depois, na const. 8—*de judiciis* (3—1), o preceito geral de que em todas as cousas deve preferir-se a razão da justiça e da—*aequitas* á do direito estricto—*placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem.*

240. Alguns commentadores enxergam uma antinomia no confronto dessa disposição com a const. 1—*de leg.* (1-14), em que o mesmo Constantino preceitua que sómente ao imperador compete fixar a interpretação nos casos de duvida entre a—*aequitas* e o *jus—inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis, et oportet et licet inspicere.*

Desapparece, porém, qualquer difficuldade, desde que se attente em que a primeira das constituições citadas está sob o titulo—*de judiciis*, e encerra um conselho dirigido pelo imperador aos juizes; e a segunda se acha sob o titulo—*de legibus*, e refere-se á funcção do legislador, que era, nessa epoca, exclusivamente o principe.

Glück (1) e Savigny (2) dizem ainda que esta const. 1.^a foi promulgada para resolver uma causa judicial, em que uma parte invocava um preceito da—*aequitas* contra uma regra do—*jus scriptum*. E se é certo que o juiz, que tinha de julgar o feito, devia

(1) Glück—*obr. cit.* § 26 not. 65.

(2) Savigny—*obr. cit.* vol. I § 47.

attendere à—*equitas*, entretanto elle não podia, com a sua decisão, derogar o direito escripto. Eis porque Constantino consultado, respondera declarando que, nos casos em que a—*equitas* fosse invocada contra o—*jus*, sómente ao imperador competia dar a verdadeira interpretação.

§ 17. Jurisprudencia

241. Pela derivação etymologica do vocabulo—*jus* e *prudencia*—vê-se, desde logo, que a jurisprudencia é a sciencia do direito.

Mackelley a define «a sciencia das regras de direito segundo seus principios e suas fontes»; e acrescenta que o simples conhecimento do direito e das leis em vigor em um Estado, não basta para constituir, por si só, a jurisprudencia, pois, o conhecimento do direito não merece o nome de sciencia, senão quando está ligado á philosophia e á historia do direito. Assim, a jurisprudencia abrange o estudo da dogmatica juridica, pela qual se sabe qual é o direito existente em um certo Estado, da historia do direito pela qual se indaga como se formou o direito, e da philosophia do direito pela qual se examina se o direito é conforme á razão ⁽¹⁾.

Glück considera a jurisprudencia em dois sentidos: no sentido objectivo, comprehende ella um systema de doutrinas, que têm por objecto os direitos e as obrigações; no sentido subjectivo, é a noção scientifica das leis, ligada á capacidade de ap-

⁽¹⁾ Mackelley—*obr. cit.* § 9.

plicar-as aos casos concretos. Ella envolve uma theoria e uma pratica, intimamente associadas, que, não devem jamais separar-se ⁽¹⁾.

Ulpiano, definindo-a, no fr. 10 § 2—*de just. et jur.* (1-1), diz que a jurisprudencia é o conhecimento das cousas divinas e humanas e a sciencia do justo e do injusto,—*divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia*.

242. Se essa definição, que se acha reproduzida no § 1 das Institutas *h. t.*, constasse apenas da sua segunda parte,—*justae atque injustae scientia*,—nenhuma difficuldade teria despertado o espirito dos commentadores, estando todos de accordo em que, com effeito, a jurisprudencia é a sciencia que estuda o justo e o injusto.

Mas o primeiro membro que ella encerra,—*divinarum atque humanarum rerum notitia*,—exigindo o conhecimento de todas as cousas divinas e humanas, amplia de tal maneira a esphera do objecto definido, que os autores se têm esforçado por applical-o convenientemente, dando logar á formação de varias theorias.

Dizem uns que Ulpiano tomou para fundamento da sua definição, a divisão das cousas em—*res divini juris* e *res humani juris*, a qual, segundo Gaio, era, no direito romano, a—*summa rerum divisio* ⁽²⁾; e assim o fez com o intuito de mostrar que a jurisprudencia devia ter por base um conhecimento geral de todas as cousas existentes.

⁽¹⁾ Glück—*obr. cit.* v. 1 § 27.

⁽²⁾ Gaius, fr. 1, *de div. rer.* (1-8).