

Sumario II - Complementos

CURSO ELEMENTAR

pp. 1-100

1100

DE

DIREITO ROMANO

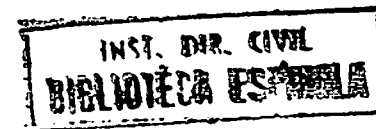
PELO

DR. REYNALDO PORCHAT

LENTE CATHEDRATICO DA FACULDADE DE DIREITO DE S. PAULO

VOLUME I

(1.^a PARTE)



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

367

§ 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 necessarios esclarecimentos sobre a matéria, 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 impossivel de todo definil-a. E Demangeat ⁽¹⁾ pondera que a equidade é uma dessas expressões que poucas pessoas entendem do mesmo modo, accrescentando 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 exquisita e inodora que os philosophos idealistas e os juristas podem continuar a cultivar

(1) Demangeat—*Cours Elem. 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. 195).

no jardim de sua phantasia; mas onde se pôde 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—quæ 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 possivel 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 consequencias 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 affirma ser a *æquitas*, 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—*æquitas* 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 *æquitas* não é mais do que uma benigna e humana interpretação do direito escripto—*nihil quam benigna et humana juris scripti interpretatio est pro diversitate singularium, 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 Feudis*: «*Æquitas enim nihil aliud est, quam jus quod lex scripta prætermisit*.

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

(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—*æquitas* efficazmente influe na applicação da lei. Tratando o jurisconsulto, 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 ahi 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 Domicio Ulpiano, os *corypheus da jurisprudencia*, 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—*æquitas* 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 interpretandæ sunt, quo voluntas earum conservetur*—e Marcello no fr. 183—de *reg. jur.* (50—17):—*etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est*.

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

—*quia consequens est ambiguas 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* suavizando 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 concepto 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 scientifica 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 *Topica*. 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 acerca 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 enthusiasmo 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 Apendice ao § 26 v. 1 das *Pandette* de Glück.

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

A—*æquitas*, 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—*æquitas*, 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—æquitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas.*(⁴) E foi, de certo, neste sentido, que elle collocou a—*æquitas* entre as fontes do—*jus civile.*(⁵)

Ulpiano, quando definiu a justiça como uma—*constans et perpetua voluntas*, apreciou-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 jurisconsultos e philosophos romanos, visivelmente identificada á—*æquitas*.

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

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

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

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

(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 æqui*. Para esse jurisconsulto, portanto, o direito, que, segundo elle mesmo, se deriva da justiça—*est a justitia appellatum*,—tem por fundamento o *bonum et æquum*.

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

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

O citado Paulo, no fr. 2 § 5.º—*de aqua* (39-3) referindo-se aos recursos de que, em certos casos, se podem lançar mão, para evitar os damnos produzidos pelas aguas pluviaes provenientes da ruptura de um marachão do predio visinho, diz que, segundo Labeão, o prejudicado poderia usar de uma acção util ou de um interdicto para evitar o mal, recurso esse que é suggerido pela *æquitas* na falta

do—*jus strictum* a respeito — *hæc 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 estricto 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 ahí 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, acrescenta que isso—*jure natura*

(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 injusto 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 ullo, 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 difficil 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 á—*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 conteudo do sentimento juridico e da consciencia juridica de um povo inteiro, ella traça 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 ácerca da—*aequitas*, equiparada á—*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 dirit. 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 *justa nuptia* 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 emtanto, 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. 1—*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—*justissimae 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 *Doze Tabas* 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, sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur.* Scevola, no fr. 14—*de div. temp. praescrip.* (44-3), referindo-se á accessão da posse, diz que nada se pode ahi 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—*Philip.* 9—, o maior elogio que se fizera ao merito de Servio Sulpício, 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.

attender á—*aquitas*, entretanto elle não podia, com a sua decisão, derogar o direito escripto. Eis porque Constantino consultado, respondêra declarando que, nos casos em que a—*aquitas* 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.

Mackeldey 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⁾ Mackeldey—*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, justis atque injustis scientia*.

242. Se essa definição, que se acha reproduzida no § 1 das Institutas *h. t.*, constasse apenas da sua segunda parte,—*justis atque injustis 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 explicitar-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).