

DE IUSTITIA ET IURE

ANÁLISE DE QUATRO NOÇÕES DO DIGESTO, 1,1.

ALOYSIO FERREZ PEREIRA

Quem estuda o direito romano segundo os programas usuais, encontra uma dificuldade que o espreita bem no limiar do curso: entender certas noções fundamentais; a menos que as possa criticar à luz da história da filosofia do direito. Os manuais, (1) em sua maioria, abrem com tais noções, no que seguem afinal o exemplo do Digesto. (2) Com efeito, no início deste se alinham definições como, por exemplo, as de direito, justiça, jurisprudência e direito natural. Na elucidação desses conceitos, o estudioso, desarmado daquele conhecimento histórico-filosófico, é facilmente conduzido a certas falácias, entre as quais a uma comparação entre o direito romano clássico e o moderno em que o primeiro lhe aparece como inferior. Essa não é porém a única dificuldade que o romanista enfrenta. Outras se vão apresentando no trato das fontes de cognição e no confronto com um direito moderno como o brasileiro. Observa que, entre um e outro, nem tudo são paralelismos. Estas correspondências não passam, muitas vezes, de aproximações verbais ou de similitudes entre institutos apenas quando considerados isoladamente. Freqüentemente, entrevê o romanista, aqui ou ali, divergências de importância, que parecem derivadas de princípios. Pode então ocorrer-lhe a suspeita

de que o espírito do direito romano difere do espírito do direito em que ele se formou e cujas categorias o condicionam tão completamente. Instruído na disciplina jurídica de sua época, tende a considerar e a julgar unicamente com os critérios aprendidos os resultados e os procedimentos do trabalho jurídico dos romanos. Esse modo impróprio de estudar o que se poderia chamar — com certo abuso de linguagem — de **sistemas** romanos (entre os quais avulta o direito clássico) é responsável por várias distorções. Felizmente já vai adiantado, em nossos dias, o exame de tais distorções e a avaliação de suas conseqüências. (3) De dúvidas como essas surgiu, para o autor, a necessidade de investigar a verdadeira significação das noções mencionadas acima. Por isso, entre os resultados desta investigação, estará uma resposta a dificuldades que encontrou no direito romano.

Mas no espaço que mediou entre os problemas que o motivaram e a conclusão a que chegou, o autor procurou dissipar suas dúvidas pelo estudo da história do direito e da história da filosofia jurídica.

Este trabalho contém parte do resultado desses estudos, que, a seu juízo demonstra a necessidade de uma **repetição** da teoria clássica do direito natural.

Mas a esta opção chega o autor somente depois de afastar várias outras alternativas, que lhe ofereciam as teorias modernas do direito. Com esse fim uma de suas tarefas consistiu em refazer a crítica do pensamento filosófico-jurídico que presidiu à formação do direito moderno. Só assim, ao termo desses estudos, parece-lhe possível retomar a leitura do Digesto para interpretar de modo coerente o texto em exame. Mas, para delimitar o assunto considerem-se apenas, entre as fundamentais, aquelas quatro noções: *ius, ius naturale, iustitia e iurisprudentia*.

1. O direito, *ius*, é tomado, em primeiro lugar, em sentido genérico e como um objeto. (1) É entendido como o justo, aquilo que é justo, a relação justa, o estado de coisas que aparece como justo: **bonum et aequum**; é também o que é útil: **quod utile est**. Ademais, o gênero *ius* comporta várias espécies: direito natural, das gentes, (2) civil... (3) Em segundo lugar, o termo *ius* tem ainda várias significações de menor importância (*locus in quo ius redditur*...). Mas em correlação com o objeto *ius*, sobreleva, entre todos os demais significados, *ius* enquanto conhecimento, discernimento do que é justo, ação de separar o que é justo do que é injusto; a arte do justo: **ars boni et aequi**. (4) Por outro lado, quem é capaz de reconhecer o que é justo, distinguindo-o conseqüentemente do que é injusto; o que sabe descobrir esta relação: o que é obje-

tivamente bom, justo, útil; e age para realizar nas coisas e entre as pessoas o que é justo — tal homem se qualifica igualmente como justo, é um homem justo. Ele pratica e cultiva a justiça, *iustitiam colit*.

2. *Iustitia* é essa vontade firme e continuada, esse modo de ser de uma pessoa que consiste em querer sempre dar a cada um o que é seu. ^(N) No homem que discerne e realiza, com firmeza e permanência, o que é justo, atribuindo a cada um o que é seu; nesse homem assim constituído, assim disposto, e que assim age habitualmente na sociedade em que vive, se reconhece esta vontade, esta intenção, esta virtude: a justiça.

As ações de quem consolidou e mantém em si (transformando-a pois em hábito) a disposição de atribuir aos outros o que lhes cabe e compete são ações em geral e provavelmente justas. Sim, porque pode acontecer que aquele que tem o firme hábito da justiça, isto é, de distinguir e conceder a cada qual o seu, possa enganar-se na atribuição efetiva das cotas, ao ensejo da partilha social. Assim, embora sua vontade se tenha desenvolvido e orientado como justiça, nesse caso de erro involuntário, não terá agido com justiça, pois a atribuição efetiva, resultante de uma determinada ação do homem justo, não consistiu em dar o seu a cada um. Ao contrário, o homem injusto por hábito (que tem o vício da injustiça) pode — atribuindo o seu a cada um — numa dada situação concreta, e até contrariamente à sua intenção viciosa, agir com perfeita justiça, pois fez efetivamente o que era justo, bom e útil. Porque o seu ato foi adequado e apenas consagrou um estado de coisas considerado justo em si mesmo; porque não alterou ou então restabeleceu uma situação ou uma relação objetivamente boa, útil, bem proporcionada, em suma, justa, por isso mesmo esse ato é justo. Um momento embora, seja por erro, por interesse, acaso ou capricho, agiu com justiça, pois a sua atribuição de algo a alguém foi perfeitamente adequada à boa e justa situação, isto é, à ordem natural das coisas. De onde se tira que a justiça é um *medium rei* ^(P) ou mesmo *medium in rebus*, é um justo meio nas coisas. Pelo menos, esta justiça de que aqui se fala no Digesto. Da conformidade de um juízo à ordem natural de justiça advém-lhe, e a quem o pronuncia, a qualificação de **justo**. Há, portanto, uma justiça que pertence predominantemente à moral individual e que qualifica o homem dotado da virtude da justiça e que existe nele, mesmo quando comete injustiças sem o querer. Mas a justiça de que se trata num livro de direito como o Digesto tem um sentido particular, onde predomina a característica de objetividade. O juiz foi justo quando soube reconhecer aquela mediedade entre pessoas e coisas que repousa na ordem natural. Seu julgamento é justo porque se conformou ou simplesmente exprimiu uma

proporção objetiva, talvez preexistente, em que as coisas exteriores já se equacionavam antes do seu conhecimento delas e da sua sentença.

3. **Iurisprudentia**. Entre os que praticam a justiça, entre os justos, há os que dela se ocupam de modo eminente e a cultivam por ofício, a promovem entre os demais e até mesmo a encaram como um valor, por assim dizer de religião. **Cuius merito quis nos sacerdotes appellet**. São os jurisconsultos, **iurisprudentes**. Junto à virtude de justiça, coexiste neles a virtude da prudência; os conhecimentos gerais, tanto de caráter prático e teórico como de ordem espiritual; os conhecimentos especializados de jurista, isto é, a tecnologia do direito; e o saber rigoroso do justo e do injusto. A jurisprudência ⁽¹⁰⁾ é, portanto, uma virtude desenvolvida em um conjunto de conhecimentos teóricos e práticos com o fim de descobrir ⁽¹¹⁾ cientificamente o justo e realizá-lo num meio social dado.

4. No mesmo texto encontra-se o termo **ius naturale**, que indica uma espécie, como se viu, do gênero direito em sentido objetivo. Mas eis que aí se apresentam coisas precisamente equívocas, isto é, que têm de comum apenas o nome, o qual porém designa, no texto, três noções diversas. Pela ordem de entrada em cena destas noções no Dígesto, há primeiro a definição de Ulpiano, ⁽¹²⁾ tão surpreendente em aparência com seu forte traço de naturalismo estóico, reduzindo essa idéia à sua expressão material mais simples. Em seguida, vem a noção de **ius naturale** subsumida na definição de **ius gentium**, ⁽¹³⁾ pois esta contém a idéia, quase supérflua no contexto, de **razão natural**. Por último, a definição de direito natural que parece apenas acrescentar ao conceito genérico e objetivo de direito examinado acima, uma idéia de imutabilidade, ⁽¹⁴⁾ no tempo, ou no espaço, que talvez esteja em contradição com os atributos de dinamismo, criatividade, flexibilidade em se ajustar a sucessivas situações, que bem caracterizam o direito romano. Se se quisessem perquirir outros lugares nas fontes romanas, haveria que registrar novas noções, como aquele direito natural de aspecto mítico que os romanos situam nas origens da história dos povos e segundo o qual "todos os homens nasciam livres desde o começo"; ⁽¹⁵⁾ ou aqueloutro "constituído por uma espécie de providência divina", ⁽¹⁶⁾ que traz já o sinal do império cristianizado.

Este título do Dígesto tem tido um curioso destino entre as mãos de juristas, filósofos e teólogos. Os romanistas consagram-lhe sempre algumas páginas em seus manuais e comentários. Entre eles tem-se encontrado ultimamente o preconceito de que constitui peça acessória, quase um ornamento postiço, pórtico de aparato, floritura filosófica. ⁽¹⁷⁾ Em nossos tempos mereceu, porém, a monografia de F. Senn. ⁽¹⁸⁾ Com ele não faltam autores que lhe reconhecem importância essencial, como a melhor

introdução ao direito romano, sùmula da filosofia ou das filosofias desse direito, verdadeiro tratado resumido da teoria geral que o estrutura. (1^o) O enunciado mesmo do título, "sobre a justiça e o direito", foi muitas vezes repetido em obras célebres, acabando por designar, no decurso dos séculos, um conjunto de problemas clássicos sobre os princípios do direito. (2^o) O texto ora examinado, possui, além do caráter de aporia, dificuldade que suscita indagação, como acima se disse — apenas a significação de um ponto de partida.

Com efeito, esse trecho dá algumas indicações para uma orientação. Entre nós, R. Porchat (3^o) deteve-se cuidadosamente no seu estudo. E em sua tradução das Institutas de Justiniano, S. Vampré (4^o) mostra bem o acicute de um dos problemas que lhe colocava Ulpiano: "O texto diz claramente que os animais têm direitos e que o direito natural é comum aos homens e aos animais". E exclama: "Doutrina absurda e insustentável perante o direito moderno". Comenta: "Os intérpretes procuram explicar o conceito do direito natural dizendo que o texto significa que há certos direitos derivados da natureza animal do homem, como a procriação, a legítima defesa, etc. e que por isso são chamados naturais; mas o texto é claro e não deixa dúvidas". Em seguida Vampré assinala a contradição entre a definição de Ulpiano e uma passagem de Hermogeniano: "O Fr. 2 de *statu hominum* declara que todo o direito é constituído por causa dos homens". Alvitra uma saída para salvar a coerência de Justiniano: "Os romanos não viam contradição entre esse texto e o das Institutas, porque entendiam que o direito natural não é constituído, mas preexistente ao homem". Isto é, Vampré quer dizer: não é constituído pelo homem para os homens, mas constituído pela natureza para todos os animais (inclusive os homens). E não deixa de professar suas convicções que são as do tempo: "Excusado é dizer que o conceito do direito natural é inadmissível modernamente: só há direito entre homens; o direito é produto da luta e da cultura, nasce segundo causas necessárias, porém, não naturais, no sentido de independentes da vontade humana".

Mas a explicação de Vampré, em seu final, é inteiramente condicionada por seus pressupostos filosóficos. E por isso é limitada e incompleta. Não situa a definição de Ulpiano em seu contexto histórico, afastando-se assim dos dados indispensáveis à sua exata compreensão.

Reconheça-se como insustentável, perante o direito moderno, a "doutrina" que inspirou a definição de Ulpiano. Embora! Absurda ou não, ela ocupa um lugar obrigatório entre as noções tradicionais do direito natural. (5^o) Ainda mais: oriunda da primeira metade do século III, introduz

numa fonte da importância do Digesto preocupações teóricas que vinham de longe na filosofia grega e na experiência jurídica romana e que se destinavam a permanecer, talvez para sempre, no pensamento ocidental. Formulou claramente ponto de vista que se incorporaria em nossa época a certos matizes do sociologismo jurídico. ⁽²⁴⁾ Significa o texto que o comportamento instintivo da espécie humana obedece aos mesmos mecanismos biológicos do mundo animal, onde se observam as regularidades próprias dos fenômenos naturais. Tais regularidades, interpretadas como normas, reduzem as relações instintivas dos animais sociais a uma legalidade em que se assimilam processo biológico, costumes sociais e regras ético-jurídicas. O direito aparece nessa doutrina como lei natural da conduta gregária, estrutura rudimentar do corpo social, seja animal, seja humano. Essa concepção, que exprime a crença do **ubi societas, ibi ius**, procura explicar a vida social e surpreende o direito ordenando a sociedade. Mas não encara a possibilidade de uma sociedade anterior à existência do direito. Não considera a hipótese de agrupamentos de que seja ausente o fenômeno jurídico. Entretanto, como já se tem assinalado em sociologia jurídica, acompanhando as pesquisas de várias ciências humanas, pode-se supor existam sociedades sem direito, instintivas, como sociedades animais. ⁽²⁵⁾ Todavia, as conclusões deste tipo, por sedutoras que sejam, comportam sérias atenuações. Esses estudos devem ser tratados com cautela, para evitar que “se **humanizem** em nosso espírito as sociedades animais”. ⁽²⁶⁾ Nesta classe de concepções pode-se incluir a definição de Ulpiano. E pelas razões expostas convém afastá-la do presente exame. Contudo, se esse gênero de pesquisas e conjecturas pode parecer ousado, é imprescindível dizer que ele tem avatares instalados milenarmente sobre fundamentos (se é que de fato os tenha) talvez mais frágeis.

Também antecedentes conjecturais constituem a concepção, inspirada nas religiões, na lenda e na poesia, daquele direito natural que se pretendeu existir numa fase inicial ou obscura do passado humano. ⁽²⁷⁾ Em Roma, nos tempos clássicos, filósofos e poetas idealizam uma primitiva idade de ouro, onde viveria uma comunidade perfeita. Mais tarde os Pais da Igreja vão recordar o paraíso terrestre, “estado primitivo anterior ao pecado em que se teria desconhecido a propriedade privada”. ⁽²⁸⁾ O mito da cidade ideal será uma constante ao longo da história, concorrendo com a lenda do bom selvagem e tantas outras utopias. ⁽²⁹⁾ Seja como for, é quase impossível descrever-se o direito pré-histórico ou conhecê-lo com rigor o antigo direito das grandes civilizações. ⁽³⁰⁾ A esta categoria de concepções pertence, sem dúvida, a que se contém nas Institutas de Justiniano e segundo a qual os homens nasciam livres. ⁽³¹⁾

Pelas características que acima se evidenciam também esta noção de **ius naturale** se excluirá das presentes considerações.

Podem-se em seguida aproximar duas noções: a de Paulo e a de Justiniano. Têm ambas em comum o atribuírem ao **ius naturale** a imutabilidade no tempo. Diz a primeira: *o que é sempre justo e bom*. E a segunda: *que é sempre firme e imutável*. Distinguem-se ambas, porém, em que Justiniano faz os preceitos de direito natural “constituídos por uma espécie de providência divina”. Uma e outra diferem, obviamente, da definição de **ius civile**, que cada nação constitui para si, útil a todos ou à maioria e que se muda por consenso ou por lei. ⁽³²⁾ O **ius naturale**, nesses dois passos, aparece, portanto, como imutável também no espaço. Mas Justiniano sugere ainda que essa imutabilidade tem sua origem na vontade de Deus. E esta concepção estava destinada a uma posteridade que dura até hoje. Parece inscrever-se no pensamento teológico do direito natural. Qualificando-se como cristão esse conceito justinianeu do **ius naturale**, divinamente constituído, refoge ao âmbito milenar do direito romano anterior e não padece comparação com as noções vigentes no período clássico. Por isso deixar-se-á de lado essa inflexão teológica do **ius naturale**. Por último, definição convizinha às precedentes, a de Gaio. Para ele há, junto ao direito civil, um outro comum a todos os homens, observado de igual modo por todos os povos e que se denomina, por ser de uso entre toda gente humana, direito das gentes. Ao mesmo tempo diz-nos Gaio que o **ius gentium** é constituído pela **ratio naturalis**. Intervindo a razão natural, fica bem claro que no seu entender **ius gentium** e **ius naturale** são termos equivalentes a designar a mesma coisa: esse direito natural de que se trata. Sem analisar tudo o que implica a expressão **ratio naturalis**, deve-se salientar que, se o direito natural — das gentes de Gaio está presente em todos os povos, não diz que é eterno (semper) como o fazem Paulo e Justiniano. Gaio obtém o seu conceito de direito das gentes — natural induzindo-o da observação das sociedades juridicamente organizadas. Verificou que, em cada povo, uma parte de seu direito apresentava características comuns ou iguais às que podia registrar também em todas as outras nações. De onde a ilação: há um direito comum a todos os homens. Considera-o, portanto, universal mas não o qualifica de eterno. Sua filiação à escola sabiniana, que se admite de formação estoica, pode explicar o recurso à idéia de razão natural, **logos** ou ordem da natureza física, ou ainda vontade divinizada, criadora e ordenadora. De resto, por seu aspecto de providência (pró-nóia) a **ratio naturalis** permite aproximar, de certo modo, a definição de Gaio à imediatamente anterior, das Institutas de Justiniano. Seja como

for, a ordem jurídica natural resulta aqui de um ato de razão. Deriva do princípio racional da natureza, que a criou e a governa. Do exposto pode-se concluir que as principais concepções de *ius naturale* não se identificam nem se harmonizam nos textos romanos, embora esta ou aquela apresentem um ou outro elemento comum. Um resultam apenas de observação, a que outras acrescem a generalização. Gaio verifica que o direito natural é o mesmo das gentes, que se observa entre todos os povos e todos os homens: uma forma universal de ordem social, de um lado, e de ordem humana, de outro. Imutável apenas no espaço. Ulpiano generaliza: um direito comum a todos os animais. Subordina o social e o humano aos determinismos biológicos. Sua ordem jurídica natural, sem nenhuma referência a qualquer caráter de invariabilidade espaço-temporal, reveste-se de necessidade. Com a noção de um direito natural originário, próprio de uma fase inicial da sociedade, ele aparece como uma etapa encerrada da história, que precedeu a ordem jurídica positiva. Em oposição a um direito eterno, apresenta-se, portanto, como um direito que pereceu. Mas se Paulo o concebe invariável no tempo, é somente na isolada definição de Justiniano que o direito natural, fundado vagamente na providência divina, exsurge como firme e imutável no tempo e no espaço. Aqui e ali, nas noções examinadas mostram-se expressamente ou deixam-se deduzir com clareza o conceito filosófico ou teológico, a crença profunda, o pressuposto, em suma, que serve de princípio de explicação ou de justificativa moral. A natureza, a razão natural, alguma providência divina... Tal é, precisamente, do ponto de vista da presente investigação, o aspecto que interessa. O leitor atento desses raros textos redigidos pela mão sóbria dos juristas romanos, percebe logo que por trás das frases quase elípticas — que escondem muito mais do que revelam — encontram-se não só tantas convicções caras ao povo romano, como também um variado pensamento dificilmente sistemático, mas decerto haurido nas fontes helenísticas da filosofia. Caberia ao historiador, empregando os recursos das ciências sociais, retrazar a significação daqueles pensamentos e crenças. O presente estudo, porém, pertence apenas à história da filosofia do direito.

NOTAS

- (1) Cf. **Correia, A. e Sciascia, G.**, Manual de Direito Romano, Rio, s. data, §§ 3-5; **Moreira Alves, J. C.**, Direito Romano, 3ª ed., 1ª v., Rio, 1971, §§ 62-66 e 71; **Cretella Jr., J.**, Direito Romano, 2ª ed., S. Paulo, §§ 7-14; **Kaser, M.**, Romisches Privatrecht (Ein Studienbuch), 5. Auflage, München u. Berlin, 1966, §§ 3, 4, Romisches Privatrecht, §§ 5, 6, 13 II, 48-50, 52, 66 I), II), 196 III-IV, 197, 198 I; **Di Marzo, S.**, Istituzioni di Diritto Romano, 5ª ed., Milano, 1968, §§ I. V-VII.
- (2) Cf. D. 1, 1. De iustitia et iure.
- (3) **Stroux, J.**, Römische Rechtswissenschaft u. Rhetorik, Eduard Stichnote, Potsdam, 1949; **Buckland, W. W. and Mc Nair, A. D.**, 2nd., ed., Cambridge 1952 1st. ed. 1936.
- (4) D. 1,1,11. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius

civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra *ius honorarium*. praetor quoque *ius reddere* dicitur etiam cum inique decernit, relatione acilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem *facere convenit*. alia *significatione* ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicunque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.

- (5) D. 1,1,1, § 4: *ius gentium est, quo gentes humanae utuntur: quod a naturali recedit, facile inteligit licet: quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*
- (6) D. 1, 1, 6, *Ulpianus libro primo institutionum*: *ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile, efficitur.*
- (7) D. 1,1,1. *Ulpianus libro primo institutionum*: *iuri operam daturus prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. §1. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus: et boni et aequi notitiam profiteamur: aequum ab iniquo separantes: licitum ab illicitum discernentes: bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes.*
- (8) D. 1,1,10. *Ulpianus libro primo regularum*: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. §1. iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*
- (9) A expressão encontra-se em S. Tomás. Corresponde à justiça como virtude estrangeira, de Aristóteles, estranha ou exterior à subjetividade.
- (10) D. 1,1,10, §2. *iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia: iusti atque iniuste scientia.*
- (11) Berger, A., Dictionary of roman law, jurisprudentia.
- (12) D. 1, 1, 1 §3. *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit, nam ius istud num humanis generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur; avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque foeminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim caetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris peritiam censerit.*
- (13) D. 1,1,9. *Gaius libro primo institutionum*. *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est: vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*
- (14) V. supra, p.2, n.1.
- (15) Inst. 1,2, §2. *Bella etenim orta sunt, et captivitates secutae et servitutes quae sunt naturali iuri contrariae. Iure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur.*

- (16) Inst. 1,2, §11. Sed naturalia quidem iura quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutati solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.
- (17) Cf. Lee, R.W., *The elements of roman law*, Londres, 1946.
- (18) Senn, F., *Les origines de la notion de jurisprudence*, Paris, 1926.
- (19) Villey, Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1962, pp. 227-238. P. 227: "on sait que les compilateurs du Digeste ont rassemblé au Titre 1 (De iustitia et iure) la substance des introductions aux manuels de l'âge classique".
- (20) Cf. São Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, 2-2, q. 57, intr.: De iure; 2-2 q. 58 intr.: De iustitia. De Soto, D., *De iustitia et iure*, 1.556. Molina, Luis de, *De iustitia et iure*, lições de cátedra, 1.577-1.578 e 1.581-1.582.
- (21) Porchat, R., *Curso elementar de direito romano*, 2ª ed., S. Paulo, 1937, §§ 13, 15-17, 20-24. P. 122: "É preciso que nos coloquemos no mesmo ponto de vista em que se colocara Ulpiano, para podermos compreender a razão por que definiu ele assim a justiça, dando a idéia de que não era apenas a conformidade dos atos humanos com a lei, mas sim a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu".
- (22) Vampré, S., *Institutas do imperador Justiniano*, traduzidas e comparadas com o direito civil brasileiro, S. Paulo, 1915, p.5, n.6.
- (23) Porchat, R., *ibidem*, p. 156: "Não se conclua, porém, que Ulpiano pretendia dizer que os animais inferiores têm direitos como os homens. As palavras do jurisconsulto devem ser entendidas de acordo com o sistema da sua teoria, e é ele mesmo quem diz que os animais não podem fazer injúria porque lhes falta o senso — nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret. (Ulpiano, fr. 1 §3 — si quadr., 9-1)". Porchat observa ainda: "Ulpiano, como pondera Donellus, não atribui aos animais relações jurídicas, mas vê entre eles alguma coisa de semelhante. O filósofo observou esse fundo comum que existe em a natureza do homem e de todos os animais, e sobre essa observação verdadeira assentou a sua teoria do direito natural batendo o caminho por onde, séculos após, houvera de passar Spencer, encontrando, nas sociedades animais, elementos de uma justiça que chamou *sub-humana*, e que lhe serviu de base para a formação do conceito da justiça humana".
- (24) Gurvitch, G., *La vocation actuelle de la sociologie*, Paris, 1950; *Déterminismes sociaux et liberté humaine*, Paris, 1955.
- (25) Dauvillier, J., *Problèmes juridiques de l'époque paléolithique*, Mélanges Henri Lévy — Bruhl, Paris, Sirey, 1959, p. 351-359.
- (26) Amselek, P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, 1964, p. 173-175.
- (27) Rousseau, J.J., *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Première Partie.
- (28) Ourliac, P. e De Malafosse, J., *Histoire du droit privé, Les Biens*, Paris, 1961, p.61.
- (29) Mucchielli, R., *Le mythe de la cité idéale*, Paris, 1960.
- (30) Kaeser, M., *Römisches Privatrecht*.
- (31) V. supra: (15).
- (32) V. supra: (16).