

O PENSAMENTO JUSNATURALISTA NO DIREITO ROMANO

A. Santos Justo*

RESUMO: Em Roma, o pensamento jusnaturalista é fortemente tributário da filosofia estoica. Todavia, os jurisconsultos romanos nunca puseram o problema da lei injusta, porque, para eles, o direito é sempre “*ars boni ae aequi*”. Não deixaram, todavia, de humanizar o direito romano, inspirando-se em valores como a *aequitas*, a *bona fides*, a *pietas*, a *amicitia* etc.

Palavras-chave: Pensamento jusnaturalista. Jurisconsultos romanos. Direito positivo.

1 ANTELÓQUIO

Se acolhêssemos a sábia lição de Terêncio segundo a qual “*nullum est iam dictum, quod non sit dictum prius*”¹ e nos deixássemos impressionar pela observação de Wieacker que vê no direito natural uma espécie de “demónio” socrático que adverte mais do que ordena, que inquieta mais do que adormece a consciência com um sistema saturado de valores², o presente estudo não teria grande

* Licenciou-se em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em que também prestou provas de Mestrado, de Doutoramento e de Agregação em ciências jurídico-históricas. Fez sucessivamente concursos para Prof. Associado e para Prof. Catedrático. Foi Presidente do Conselho Científico e do Conselho Pedagógico e foi Director da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É também membro do Conselho Directivo da Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, sediada em Oviedo; faz parte do Conselho de Redacção da Revista Brasileira de Direito Comparado, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, com sede no Rio de Janeiro; e é membro da Sociedade Científica da Universidade Católica e da Academia Portuguesa de História.

¹ Cf. **Eunuco**, prólogo 41.

² Vide Franz Wieacker, **Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion** na *RFDUM* 12 (1968) 123.

sentido: muito, quase tudo, já foi dito; e o direito natural continua a inquietar, ontem e hoje, sobretudo quem, preocupando-se com o problema da justiça, persiste na corajosa ousadia de questionar a legitimidade do direito positivo, como se assistíssemos ao diálogo entre o sofista Calicles e Sócrates, de quem Michel Villey diz que “*ha perduto battaglie, ma non ha perduto la guerra*”³.

Mas não é menos sábia a sentença de que não há livro, por mais gasto que esteja, que não consinta nova leitura. E, por outro lado, o homem nunca deixou de perguntar por que deve obediência ao poder e à lei. O pensamento positivista do direito não responde, porque não existe, no seu entendimento, outro direito além do direito positivo⁴.

É certo que, nos nossos tempos, crescem as críticas a este modo de pensar o direito. Há mesmo quem, como Mitteis, o considere “o pior abuso do pensamento jurídico que se conhece na história do direito alemão”⁵; e não faltam outras críticas, igualmente incisivas, de que destacamos a insuficiência da lei⁶, a recusa da atitude acrítica do juiz na realização do direito⁷ e o apelo a uma dimensão axiológica constituída por valores que se devem procurar “no fundo ético da nossa cultura, neste nosso momento histórico”⁸.

³ Vide Michel Villey, **Il concetto “classico” di natura delle cose** em *JUS XVIII* (1967) 46.

⁴ Vide Guido Fassò, **Il diritto naturale** (ERI, Edizioni Rai /Turim, 1972) 7; e A. Santos Justo, **Introdução ao estudo do direito**⁵ (Coimbra Editora / Coimbra, 2011) 111-113.

⁵ Vide Rommen, Wieacker e Welzel apud Justo, *ibidem* 123¹.

⁶ Vide A. Castanheira Neves, **Escola da exegese** em *Digesta II* (Coimbra Editora / Coimbra, 1995) 190-191; Luis Legaz y Lacambra, **Filosofía del derecho**⁵ (Bosch, Casa Editorial, S.A. / Barcelona, 1979) 98; e Fernando José Bronze, **Lições de introdução ao estudo do direito**² (Coimbra Editora / Coimbra, 377-457).

⁷ Vide A. Castanheira Neves, **O papel do jurista no nosso tempo** em *Digesta I* (Coimbra Editora / Coimbra, 1995) 42-46; Francisco Amaral, **Direito civil. Introdução**⁷ (Renovar / Rio de Janeiro – São Paulo, 2008) 53-60; e Bronze, *ibidem* 345-446.

⁸ São palavras de Castanheira Neves, **A unidade do sistema jurídico**: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen) em *Digesta II*, cit. 134-140.

Todavia, apesar destas críticas que alimentam a ideia de que o positivismo é “flor de um dia”⁹, o pensamento positivista do direito ainda persiste e, por isso, não surpreende que se continue a olhar para o irredutível direito natural. Afinal, há ainda “*un nombre de questions qui attendent encore et attendront peut-être à jamais une solution définitive*”¹⁰ e não se extinguiram as vozes que, no labirinto intrincado da jurisprudência moderna, pedem “*la vuelta a lo elemental, al examen sossegado de los conceptos medulares del Derecho*”¹¹.

A tarefa não é e nunca foi fácil. Observa-se que, apesar da sua longa história, ainda não foi possível chegar à noção definitiva de direito natural e que “*le svariate dottrine finiscono com l’ avere in comune soltanto la terminologia*”¹². Por outro lado, o jusnaturalismo tem servido de bandeira de ideologias conservadoras e revolucionárias que necessariamente o fragilizam.

No entanto, a ideia jusnaturalista, discutida por filósofos e por juristas¹³, mantém-se actual, quer porque a justiça humana continua a ser frágil, quer porque o positivismo jurídico não responde satisfatoriamente ao problema da legitimação do direito positivo¹⁴, quer porque o problema da lei injusta ainda não foi resolvido, quer porque o direito positivo, na versão positivista, é incapaz de resolver os novos e delicados problemas que o progresso cria.

Neste contexto, importa olhar também para a filosofia grega e para o direito romano. Com efeito, a ideia jusnaturalista constitui uma resposta aos problemas do direito que somente serão devidamente

⁹ Vide Miguel Sancho Izquierdo / Javier Hervada, **Compendio de derecho natural I** (Eunsa / Pamplona, 1980) 116.

¹⁰ São palavras de P. W. Kamphuisen, **Le droit naturel et les jurisconsultes romains** em *RHDFÉ* 11 (1932) 411.

¹¹ São palavras de A. Fernández-Galiano, **Conceptos de naturaleza y ley en Heraclito** em *AFD V* (1957) 259.

¹² São palavras de Biondo Biondi, **La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana** em *RIDA IV* (1950) 130.

¹³ Vide Biondi, *ibidem* 129.

¹⁴ Segundo Alvaro D’Ors, A legalidade é humana, enquanto a legitimidade depende do direito natural. Vide Alvaro D’Ors, **Direito e senso comum**, trad. de Miguel J. A. Pupo Correia (DIEL / Lisboa, 2011) 37.

compreendidos se conhecermos a sua história e o pensamento filosófico da antiga Grécia que os reflectiu; e se olharmos para a singela e criadora sobriedade clássica do direito romano que nos oferece um “laboratório” fecundado pela experiência de um positivismo jurídico, ainda que fragilizado por um direito superior: exactamente o direito natural.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

2.1 A POSITIVIDADE DO DIREITO

Importa, antes de mais, dar resposta ao problema da positividade como essência ou não do direito, pois dela depende a consideração do direito natural como verdadeiro direito¹⁵.

Na verdade, há quem responda afirmativamente àquela questão para retirar a conclusão de que o direito natural não passa dum moral ou simples ideia de justiça. É, v.g., a posição de Kelsen, que vê no pretense direito natural uma mera “ideologia, ou seja, uma máscara ao serviço de interesses”¹⁶. Mas há também quem, como Del Vecchio, recuse que a positividade seja nota essencial, porque constitui um dado da experiência e o conceito de direito é prévio¹⁷; e quem, como Cathrein, entenda que o direito natural é um verdadeiro direito positivo, porque existe e é válido¹⁸.

Creemos que podemos acolher a observação de Legaz y Lacambra de que “*todo Derecho está destinado, por su propia esencia, a ser Derecho vigente [...] Positividad y vigencia son términos estrechamente vinculados. Pero así como la idea de vigencia versa sobre el hecho actualmente realizado, la positividad se refiere a la posibilidad de la misma*” e, por isso, “*podríamos decir que la positividad es la vigencia en latencia y potencia, así como la vigencia es la positividad actual*”¹⁹.

¹⁵ Vide Luis Legaz y Lacambra, o.c. 298-301.

¹⁶ Vide Kelsen apud Legaz y Lacambra, o.c. 299; e Justo, **Introdução ao estudo do direito**, cit. 108-110.

¹⁷ Vide Del Vecchio, apud Legaz y Lacambra, o.c. 301.

¹⁸ Vide Cathrein, apud Legaz y Lacambra, o.c. 301.

¹⁹ Transcrevemos Vide Legaz y Lacambra, o.c. 297.

À luz deste entendimento, o direito natural que, ainda segundo Legaz y Lacambra “*no es Derecho por ser forma efectiva de vida social con sentido de justicia, sino por ser el sentido puro de justicia de una forma vivible o posible de vida social, o sea, de un proyecto de vida social que por su valiosidad intrínseca demanda su actualización, ou sea el convertirse en Derecho positivo*”²⁰. Isto é, não se exclui a positividade que, pelo contrário, reclama para que o seu sentido de justiça se concretize como direito que efectivamente se vive.

Nestes termos, o direito natural não é pura moral²¹, porque “*vive y se realiza como Derecho en las formas de la vida social con sentido de justicia, sin agotarse en ninguna de ellas ni en la suma de ellas*”²².

Relativamente ao direito romano, esta doutrina aparece defendida por Biondo Biondi e por Carlo Alberto Maschi que mostram inequivocamente a actualidade do direito de Roma. Também aqui, a *libertas* do homem implica justificação e o pensamento jusnaturalista recorre à ideia de justiça.

Com efeito, Biondi observa que, na época clássica, o direito natural é mais orientação do que ordenamento: fornece ao legislador directivas, como a igualdade, o respeito pela liberdade, a dignidade, a fraternidade e a afirmação do parentesco sanguíneo com todos os seus efeitos jurídicos²³. Biondi reduz o direito positivo ao direito natural, que o legislador reconhece e desenvolve²⁴; e considera esta intervenção necessária porque, sem a precisão, a concretização, o direito natural corre o risco de cair na incerteza²⁵.

E Maschi recusa a doutrina de Levy sobre a inferioridade do direito natural, considerando que nem é superior nem inferior. É, na

²⁰ Voltamos a transcrever Legaz y Lacambra, o.c. 302.

²¹ Segundo Legaz y Lacambra, o.c. 309, a ideia de que o direito natural é uma pura moral tem sido defendida por diversos autores e mesmo na tradição escolástica. Mas a consequência é tirá-lo do campo do direito.

²² De novo transcrevemos Legaz y Lacambra, o.c. 319.

²³ Vide Biondi, o.c. 447-448.

²⁴ Vide Biondi, o.c. 133 e 141.

²⁵ Vide Biondi, o.c. 142.

época clássica, um critério de valoração que está na génese das normas jurídicas, permite a sua crítica e, assim, promove o progresso do direito²⁶.

2.2 A NATUREZA DAS COISAS

O pensamento jurídico que recorre à natureza das coisas encontra grandes dificuldades, chegando a afirmar que encerra um sentido vago, indeterminado, cuja invocação tem servido para tudo²⁷; que “nada tem a ver com as coisas”²⁸; que o direito não é produto da natureza, mas do espírito do homem²⁹; e que “não será possível ver no ser o critério do normativo”, porque “a decisão axiológica fundamental não segue o conhecimento lógico-material, mas precede-o”³⁰.

Com efeito, têm sido assinaladas diversas versões à expressão “natureza das coisas”, desde a organicista (que concebe o cosmos como um grande “organismo”, ou seja, animado por um princípio intrínseco (denominado razão ou *logos*), princípio que actua como lei que faz com que o mundo seja um *cosmos* harmónico e coerente), a mecanicista (que considera a natureza ou conjunto como um “mecanismo”, ou seja, algo cujas manifestações se produzem de modo

²⁶ Vide Carlo Alberto Maschi, *Il diritto naturale come ordenamento giuridico inferior?* em **L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker II** (Dott. A. Giuffrè – Editore / Milão, 1954) 427, 432-433 e 436.

²⁷ Servem de exemplo as palavras de Michel Villey: “*Il nostro Presidente della Repubblica [...] usa questo tipo di argomento in tutti i suoi discorsi. Noi francesi lo abbiamo sentito basare sulla ‘natura delle cose’ questa conclusione: che l’Algeria doveva restare associata alla metropoli; o un po’ più tardi questa conclusione: che la ‘natura delle cose’ imponeva la sua indipendenza*”. Vide Villey, o.c. 30.

²⁸ Vide Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial* In: **O problema da empresa como objecto de negócios** (Coimbra, 1967), 864-857. Este Autor refere que “para se extrair uma norma jurídica da ‘natureza das coisas’ introduz-se nas coisas uma tensão jurídica que necessariamente transmuda a sua fisionomia empírica”.

²⁹ Vide Villey, o.c. 31.

³⁰ Transcrevemos Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). In: **A crise** (Livraria Almedina / Coimbra, 1967) 720 e 722.

regular por virtude de um princípio que não se encontra inserido nas coisas, mas opera de fora, qual razão divina que transcende a natureza) e a historicista (que vê no *cosmos* uma realidade sujeita a evolução, a um dinamismo e que, portanto, tem história)³¹.

Fala-se também da concepção metafísica de Aristóteles que considera “natureza das coisas” o modo de ser de cada ente ou espécie. Particularmente, a natureza humana é constituída por faculdades naturais e instintos e caracteriza-se pela racionalidade e sociabilidade. Daí, a necessidade de atender às tendências e o entendimento de que o direito é produto imanente da razão humana³².

Recuando ao antigo pensamento filosófico grego, a natureza das coisas é vista como “*unidad objetiva que muestra la normalidad esencial de los seres en su unidad y comprensión*”³³. Por isso, Aristóteles considerava que o direito natural “*deve essere ricavato dalla natura, dall’osservazione della natura*”³⁴.

Entendida como “*medida de orden y proporción*”, a natureza das coisas constituiria “*el fundamento y el origen del derecho natural*”³⁵, e “*la fonte fondamentale del diritto*”³⁶.

Assim se compreende que o pensamento da natureza das coisas tenha sido considerado uma doutrina do direito natural³⁷ e se chame a atenção para a necessidade de o direito positivo o observar para não se afastar das tendências da natureza humana aí reconhecidas³⁸.

Todavia, se parece inegável que o direito é produto do espírito do homem, não podemos ignorar a “utilidade da natureza das coisas

³¹ Vide Antonio Fernández-Galiano, **Derecho natural: Introducción filosófica al derecho** (Artes Gráficas Benzai, S. A Madrid, 1983) 73.

³² Vide Fernández-Galiano, *ibidem* 76-77.

³³ Transcrevemos Fermin Camacho Evangelista, “Ius naturale” en las fuentes jurídicas romanas em **Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suarez** (Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid / Madrid, 1978) 54-55.

³⁴ Transcrevemos Villey, o.c. 38.

³⁵ São palavras de Izquierdo / Hervada, o.c. 56.

³⁶ São palavras de Villey, o.c. 42.

³⁷ Vide Villey, o.c. 40.

³⁸ Vide Fernández-Galiano, o.c. 77.

sobretudo como um ‘projecto’ de adequação do jurídico ao real, um modelo teleológico”, como adverte Orlando de Carvalho³⁹. Afinal, foi o que os jurisconsultos romanos fizeram quando procuravam, na *natura rerum*, a justificação das suas respostas (*responsa*) e dela deduziam princípios e institutos jurídicos.

3 O PENSAMENTO JUSNATURALISTA GREGO

3.1 PRELIMINARES

Tem sido frequentemente afirmado que os jurisconsultos romanos não eram filósofos, mas não deixaram de receber os contributos da filosofia grega. Daí, a necessidade de procurar nos filósofos da antiga Grécia as influências sentidas nos meios culturais romanos, sobretudo quando, nos cenáculos, reuniam pretores, prudentes e oradores que se tornaram receptores dum largo movimento humanista⁴⁰.

Poder-se-á dizer que, na Grécia, esteve presente, desde muito cedo, a ideia jusnaturalista que se observa em vários aspectos. Destacamos a ideia de que acima das leis humanas há princípios superiores, a que o legislador deve sujeitar-se⁴¹; de que o direito é um dom divino (Zeus, Thémis, Díkê) que o impõe aos homens, através dos vocábulos *basileus*, *thémistes* e *díkaion*⁴²; de que a razão (*logos*), comum à natureza e ao homem, é o princípio do mundo e essência da realidade; de que o direito natural provém da observação da natureza; e, embora só num segundo momento, a preocupação de discutir a justiça das leis do Estado.

³⁹ Transcrevemos Orlando de Carvalho, o.c. 864-865.

⁴⁰ Vide Félix Senn, De l'influence grecque sur le droit romain de la fin de la république (les principes du droit) em **Atti del congresso internazionale di diritto romano**. Roma I (Prem. Tipografia Successori F. Fusi / Pavia, 1934) 104.

⁴¹ Neste sentido, vide Fernández-Galiano, o.c. 176 e 182.

⁴² Vide Sebastião Cruz, **Ius. Derectum (directum)** (Ed. do Autor / Coimbra, 1974) 26-27 e 31-35; e Reginaldo Pizzorni, **Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino** (Pontificia Università Lateranense Città Nuova Editrice / Roma, 1978) 17.

A necessidade de sermos breves impõe que excluamos o pensamento dos Cínicos⁴³, da Escola Cirenaica⁴⁴, da Escola Epicurista⁴⁵ e dos Cépticos⁴⁶ e reservemos algum desenvolvimento para as correntes consideradas mais importantes.

3.2 A CONCEPÇÃO COSMOLÓGICA

A concepção cosmológica do universo com os seus diversificados elementos (animados e inanimados) surge nos primeiros tempos da filosofia grega, defendida pelos chamados *pré-socráticos* que procuram explicar o conjunto das coisas com uma ideia considerada genial: a de que deve haver um princípio comum ou lei que impera no cosmos, regendo-o e dando-lhe harmonia⁴⁷.

⁴³ Fundada por Antístenes (anos 444-365 ? a.C.), discípulo de Sócrates, embora o seu maior representante tenha sido Diógenes de Sínope (anos 413-324), a Escola Cínica, cujo nome cínico deriva de canino porque viviam e gostavam de viver como os cães, sem casa, sem pátria, vagabundeando de um lado para outro, protestando contra os convencionalismos da sociedade que os rodeava. Não reconhecem valor à lei humana e, enfatizando o contraste entre a natureza e a lei, proclamavam um retorno excessivo à natureza: à vida animal. Foram alvos de chalaça e fala-se de um jusnaturalismo tosco. Vide Fernández-Galiano, o.c. 193-194.

⁴⁴ Esta Escola foi fundada por Aristipo de Cirene (anos 435-360 a.C.) e os seus representantes consideram o Estado e as suas leis artificiais, fictícias ou convencionais e proclamam a necessidade de obedecer às normas da *physys*. Não tiveram, no entanto, intervenção política. Vide Fernández-Galiano, o.c. 194.

⁴⁵ Fundada por Epicuro (anos 341-271/270 a.C.), natural de Samos, esta Escola instalou-se em Atenas numa casa dotada de amplo jardim (daí o nome de Escola do Jardim) e professa uma filosofia materialista, negando a imortalidade da alma e a existência de sanção ultraterrena. No entanto, a sua ética conserva uma certa dignidade, elegendo como regra suprema da moral o prazer sereno e a imperturbabilidade perante o sofrimento. Na natureza, exclusivamente constituída por matéria (número infinito de átomos) e sujeita a causalidade mecânica, não há lugar para o justo ou injusto. O direito é puramente convencional e as leis, que carecem de valor, são um mal menor; por isso, o homem deve observá-las. Falam de um estado natural primitivo de hostilidade feroz e de um pacto social que o afastou. São considerados os primeiros positivistas do direito. Vide Fernández-Galiano, o.c. 207-209.

Esta primeira atitude do pensamento filosófico grego não durou muito tempo. Logo no século V a. C. surgiu Heráclito⁴⁸, que animou o cosmos, iniciando-se a marcha do primitivo naturalismo para o idealismo⁴⁹.

Também denominado “o obscuro” pelas dificuldades, reconhecidas por Sócrates, de conhecer a sua obra⁵⁰, Heráclito defende a teoria do eterno devir (tudo flui, nada permanece) e considera que o cosmos é regido por uma lei ou *logos* divino personificada em Díkê, que alimenta as leis humanas⁵¹.

Por isso, o direito do Estado é natural como a natureza e o homem contempla e reflecte o Universo⁵². Ou seja, abriu-se a via que iria conduzir à concepção antropológico-racional, desenvolvida por sofistas e por Sócrates⁵³.

⁴⁶ Fundada por Pirro (anos 3365/360-275/270 a.C.), esta corrente da antiga filosofia grega apregoava a desconfiança nos dados dos sentidos, sustentando que não conhecemos a verdade. Na natureza, não há belo ou feio nem justo ou injusto e os homens e as leis humanas são puras convenções. Carnéades, um dos seguidores do ceticismo, combateu, em Roma (no ano 155 a.C.), a doutrina estoica que afirmava a existência duma ideia de justiça, apresentando, como exemplo, a famosa “tábua de Carnéades”: se apenas um dos dois naufragos agarrados a uma tábua se pode salvar e porque ambos têm direito à vida, onde está a justiça? Para Carnéades, não há direito natural, mas só direito positivo. De novo estamos perante o positivismo jurídico. Vide Fernández-Galiano, o.c. 209-210.

⁴⁷ Vide Fernández-Galiano, **Conceptos de naturaleza y ley en Heraclito** em *AFD* V (1957) 273.

⁴⁸ Heraclito (século IV a.C.) é de origem nobre, aristocrática. Homem controverso, pessimista e de moral austera, desprezava o vulgo que considerava ignorante; e a guerra, a mãe de todas as coisas

⁴⁹ Vide Luís Cabral de Moncada, **Filosofia do direito e do estado em Clássicos jurídicos I²**, reimpressão (Coimbra Editora / Coimbra, 2006) 12, para quem “este idealismo tinha, ainda nos seus pressupostos, muito de naturalismo, no sentido de nele ficarem ainda absorvidos o homem e a sua vontade na substância dum todo indistinto, perante cuja lei, de natureza física ou intelectual, as leis do direito e do Estado não conservavam nenhuma espécie de autonomia”.

⁵⁰ É conhecida a ironia de Sócrates: “O que entendi é excelente e o que não entendi também o é provavelmente”. Transcrevemos Fernández-Galiano, **Derecho natural: Introducción filosófica al derecho**, cit. 185.

3.3 A CONCEPÇÃO ANTROPOLÓGICO-RACIONAL

3.3.1 Os sofistas

Considerados um grupo de “*intelectuais*” que nasceram em Atenas na segunda metade do século V a. C., os Sofistas constituem uma corrente importante da antiga filosofia grega cuja característica principal é a afirmação do racionalismo, ou seja, a tendência de submeter à crítica da razão o conhecimento, os valores, os institutos, para discutir a sua validade com uma medida puramente humana, prescindindo de qualquer pressuposto religioso ou tradicional⁵⁴.

Todavia, não se trata duma corrente filosófica homogénea. Pelo contrário, há grandes discordâncias, observando-se posições claramente positivistas, que recusam o direito fundado na natureza, ao lado de posições jusnaturalistas teológicas, naturalistas e racionalistas: a primeira, quando consideram que esta lei resulta duma vontade superior; a segunda, quando entendem a natureza no seu aspecto biológico, ou seja, consideram que o mais forte deve prevalecer sobre o mais fraco; e a terceira, quando sustentam que, por natureza, o semelhante é consanguíneo do semelhante, enquanto a lei, tirana dos homens, muitas vezes a violenta⁵⁵.

Nesse ambiente heterogéneo, dominado por grande crise espiritual, há também quem distinga as leis que expressam a ordem cósmica e, por isso, são válidas em toda a parte; e as leis que só têm validade temporalmente, porque fruto de convenções⁵⁶. Nesta linha,

⁵¹ Vide Fernández-Galiano, **Conceptos de naturaleza y ley en Heraclito**, cit. 263, 268-270, 279 e 290-298; e Sergio Cotta, **Diritto (principio e concetto)** em *ED XII* (1964) 634.

⁵² Vide Fernández-Galiano, **Derecho natural: Introducción filosófica al derecho**, cit. 184-185 e *ibidem* 273 e 277; e Moncada, o.c.11-12.

⁵³ Vide Fernández-Galiano, **Derecho natural: Introducción filosófica al derecho**, cit. 186.

⁵⁴ Vide Guido Fassò, o.c. 23-24, que vê a atitude dos Sofistas muito semelhante à que se difundiu na Europa, no século XVIII, denominada Iluminismo.

⁵⁵ Vide Fassò, o.c. 24-25.

⁵⁶ Vide Cotta, o.c. 636; e Fassò, o.c. 24.

“o direito da cidade foi despojado da sua auréola racional e divina”, escreve Cabral de Moncada, para quem “a contingência das leis humanas contrapôs-se à imutabilidade das leis da natureza e foi à luz destas que se passou a fazer a crítica daquelas”⁵⁷.

Há também quem tenha perdido a fé numa verdade de valor universal e, portador duma crítica dissolvente, considere que o Estado e o Direito não existem na natureza: a sua origem encontra-se num acto de vontade humana, ou seja, numa convenção ou contrato. E, vendo nas leis do Estado a expressão dos interesses dos mais fortes, proclame o seu desprezo⁵⁸.

Essas posições divergentes permitem considerar os sofistas ora os primeiros positivistas do direito⁵⁹, ora uma espécie de jusnaturalistas revolucionários e anárquicos⁶⁰. Tal posição poder-se-á ver em Protágoras para quem Zeus pôs no homem um instinto moral, um sentido de direito natural e, porque a natureza humana é idêntica, devem cessar as diferenças entre os homens⁶¹; em Trasímaco e Calicles, que consideram que a única lei verdadeira emana da natureza e a lei humana não passa de um cruel sarcasmo, invenção para legitimar a situação

⁵⁷ Transcrevemos Moncada, o.c. 13.

⁵⁸ Neste sentido, vide Villey, **Filosofia do direito**, trad. de Márcia Valéria Martinez de Aguiar (Martins Fontes / São Paulo, 2003) 407; e Milan Bartosek, Sulla concezione “naturalistica” e materialistica dei giuristi classici em **Studi in memoria di Emilio Albertario II** (Dott. A. Giuffrè – Editore / Milão, 1953) 499 e 509. Este Autor vê na doutrina dos sofistas “*quale filosofia dei bassi estrati sfruttati del popolo greco, filosofia che esprimeva la resistenza contro gli oppressori e che rivelava – in punti decisivi esattamente – la sostanza classistica e la transitorietà dello Stato, del diritto e della schiavitù.*” Vide também Moncada, o.c. 22- 23, que vê na doutrina dos sofistas a do contratualismo ou do contrato social, “por meio do qual os homens saíram do estado natural, de desordem e anarquia, para darem um ordenamento social jurídico, político”.

⁵⁹ Assim, Moncada, o.c. 14.

⁶⁰ Assim Rommen, citado por Fernández-Galiano, **Derecho natural: Introducción filosófica al derecho**, cit. 190. Vide também Dario Composta, **Natura e ragione** (Pas-Varleg / Zurique, 1971) 22.

⁶¹ Neste sentido, vide Composta, *ibidem* 21.

antinatural de opressão de poucos sobre muitos⁶²; e em Antifonte quando afirma que por natureza todos somos iguais em tudo e, por isso, devem cessar as diferenças entre gregos e bárbaros e entre livres e escravos⁶³.

Apesar das suas contradições, os sofistas deixaram-nos alguns legados: o descrédito do direito como justiça; a distinção entre os direitos natural e positivo; e a consideração da natureza como medida da conduta humana⁶⁴. Neste aspecto, abriu-se a porta à consideração do homem não tanto cidadão de uma cidade, como cidadão do universo⁶⁵.

3.3.2 Sócrates

Considerado inimigo acérrimo dos sofistas, mas partilhando com eles da filosofia antropológica do século V a. C.⁶⁶, Sócrates considera que, acima dos homens, existe um mundo de valores objectivos, entre os quais o da justiça. Este conjunto de valores, cognoscíveis pelos homens, articula a ordem imposta ao mundo pela divindade; por isso, se os homens quiserem actuar segundo os desígnios divinos, devem pôr em prática aqueles valores, incluindo o da justiça. As próprias leis humanas não são simples invenções ou convencionalismos dos homens para dominarem os outros, mas devem corresponder ao valor objectivo da justiça⁶⁷.

O Estado é uma realidade natural, não humana nem arbitrária e as suas leis encarnam o ideal objectivo da justiça, cujo eco se encontra na voz da consciência de cada homem⁶⁸.

Quanto às leis, distinguem-se as escritas (leis do Estado) e as não escritas, que constituem o fundamento daquelas. As leis não escritas são a lei natural, que se encontra gravada na alma, na consciência e é um reflexo de Deus⁶⁹.

⁶² Neste sentido, vide Fernández-Galiano, **Derecho natural**: Introducción filosófica al derecho, cit. 190.

⁶³ Vide e Pizzorni, o.c. 22; e Fernández-Galiano, o.c. 187.

⁶⁴ Vide Pizzorni, o.c. 24; e Izquierdo / Hervada, o.c. 85.

⁶⁵ Vide Moncada, o.c. 36.

⁶⁶ Vide Fernández-Galiano, o.c. 190.

⁶⁷ Neste sentido, vide Fernández-Galiano, o.c.191.

⁶⁸ Vide Fernández-Galiano, o.c.191.

Todavia, ninguém deve actuar nem contra a lei positiva nem contra o Estado: quem obedece às leis do Estado age justamente; quem desobedece, actua injustamente. Na defesa deste princípio, Sócrates foi uma vítima de grande coerência, morrendo com a consciência de que os seus juízes, depois da sua morte, devem prestar contas da sentença injusta com que foi condenado⁷⁰.

Sócrates é considerado “o novo fundador da crença na razão humana”, por ter procurado de novo estabelecer a ligação entre a lei humana e o princípio intelectualista da razão⁷¹. E, porque defendeu as leis do Estado, o seu jusnaturalismo tem sido considerado conservador⁷². Nas palavras de Cabral de Moncada, “Sócrates contrapôs a própria actividade intelectual que, superando a aparência sensível, consegue apreender os elementos essenciais da realidade e traduzi-los em conceitos. A verdade volta a ser uma coisa digna e respeitável, acima dos caprichos dos homens”⁷³.

3.3.3 Platão

Considerado o mais destacado discípulo de Sócrates, embora mais fiel à sua pessoa do que às ideias do Mestre⁷⁴, a doutrina jusnaturalista de Platão está em perfeita consonância com a sua teoria das ideias⁷⁵.

⁶⁸ Vide Fernández-Galiano, o.c.191.

⁶⁹ Vide Pizzorni, o.c. 20.

⁷⁰ Vide Pizzorni, o.c. 20; e Fernández-Galiano, o.c. 192.

⁷¹ Neste sentido, vide Moncada, o.c. 14.

⁷² Vide Fernández-Galiano, o.c.191.

⁷³ Vide Moncada, o.c. 15, que considera Sócrates “o verdadeiro fundador do Estado e do direito”.

⁷⁴ Neste sentido, vide Fernández-Galiano, o.c.195, para quem “*el genio platónico supo elaborar un sistema propio y original*”.

⁷⁵ Platão distingue dois mundos: o sensível das formas; e o supra-sensível das ideias. As percepções sensíveis são pura aparência e ilusão e só o mundo das ideias tem verdadeira realidade. É conhecido o mito da caverna: uns prisioneiros estiveram, durante toda a vida, encarcerados numa cova profunda e condenados a olhar só para o seu fundo, sobre o qual se projectam as

Com efeito, a justiça vive no mundo das ideias, e a lei natural, que a *recta ratio* apreende, realiza-a. Deus é considerado a essência da lei, a justiça é definida como conforme à natureza e a lei natural é a medida e o critério da justiça positiva⁷⁶.

No entanto, assinala-se que o Estado de Platão é totalitário: o indivíduo só existe e vive para o Estado; ainda não há direitos da pessoa humana⁷⁷.

Fundador da Academia⁷⁸, partilha, com os Sofistas, a ideia de que os sentidos não nos dão o conhecimento verdadeiro; com Sócrates, a validade do princípio intelectual representado pela razão humana; e, com os Eleatas, crê na realidade ontológica das ideias⁷⁹.

No entanto, já no fim da vida, Platão transige com a realidade empírica e mostra-se o antecessor e mestre de Aristóteles⁸⁰.

3.3.4 Aristóteles

Nascido em Estagiros no ano 384 a. C.⁸¹, Aristóteles conviveu com Platão durante quatro lustros e criou as bases do conhecimento do direito natural, sendo, por isso, considerado “o pai do direito natural”⁸².

sombras dos objectos que passam atrás deles. Estes homens julgariam certamente que as realidades autênticas eram as sombras. No entanto, se, rompendo as ataduras, algum deles saísse da cova, observaria, assombrado, que tais sombras, que julgava realidades, mais não eram do que cópias ou imagens das verdadeiras realidades. Vide Moncada, o.c. 17; e Fernández-Galiano, o.c.196, que seguimos de perto.

⁷⁶ Vide Pizzorni, o.c. 25; e Fernández-Galiano, o.c.197.

⁷⁷ Neste sentido, vide Moncada, o.c. 20.

⁷⁸ Este nome deriva do facto de a Escola ter sido fundada nas cercanias do herói Akademos. Vide Fernández-Galiano, o.c.195.

⁷⁹ Vide Moncada, o.c. 17.

⁸⁰ Neste sentido, vide Moncada, o.c. 19.

⁸¹ Aristóteles é filho de Nicómaco, médico de Amintas II, rei da Macedónia. Com dezasseis anos de idade foi enviado para Atenas para completar a sua formação iniciada na corte macedónica. Foi preceptor de Alexandre Magno. De regresso a Atenas, fundou a sua Escola nas proximidades do templo de Apolo Likáios e, daí, o nome de Liceu. Vide Fernández-Galiano, o.c.199-200.

Confrontado com duas tendências opostas – a especulativa, para a qual as coisas sensíveis individuais não são objecto do conhecimento – e a empírica – para a qual a autêntica realidade e único objecto do conhecimento são as coisas sensíveis –, Aristóteles colocou o naturalismo ao lado do idealismo⁸³, substituindo a ideia platónica pela noção de forma, princípio metafísico que, juntamente com a matéria que informa, constitui o ser⁸⁴. As ideias passam a chamar-se formas e, na colaboração com a matéria dos sentidos, chamam-se conceitos. Nas palavras de Cabral de Moncada, “as ideias são como que apeadas do pedestal olímpico onde viviam hipostasiadas e baixam à terra”⁸⁵.

Observando a natureza, onde vê uma harmonia que rege o curso dos astros, as estações, os climas, a vida (animal e vegetal) e as instituições sociais, o homem descobre que a natureza dita as dimensões racionais da cidade; quer a *polis* diversificada e que o governo mude de mãos; e previu cidadãos ocupados e desocupados, livres e escravos e a família com os poderes marital e paternal⁸⁶.

Existe, na natureza, uma ordem natural de justiça, um justo natural, ou seja, uma lei natural que indica o fim a que o homem tende e, porque não nasce do arbítrio, confere legitimidade ao direito positivo⁸⁷. Em contraste com este, que é relativo, acidental e mutável, o direito natural é absoluto, essencial e imutável⁸⁸.

⁸² Vide Michel Villey, **Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité** em *RHDFÉ* 31 (1953) 478; e Izquierdo / Hervada, o.c. 92.

⁸³ Vide Moncada, o.c. 23.

⁸⁴ A forma aristotélica representa um papel análogo ao da ideia platónica quanto à constituição dos seres concretos, com uma diferença importante: enquanto a ideia tem uma existência separada e independente das coisas, a forma está inserida na matéria de modo que, tão intimamente ligadas, constituem as substâncias concretas. Por isso, diz-se que Aristóteles pôs as ideias platónicas dentro das coisas, fundando uma teoria imanentista. Vide Fernández-Galiano, o.c. 200-201.

⁸⁵ Vide Moncada, o.c. 25.

⁸⁶ Vide Villey, **Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité**, cit. 480.

⁸⁷ Vide Pizzorni, o.c. 26-27; e Miguel Reale, **Filosofia do direito**²⁰ (Editora Saraiva / São Paulo, 2002) 98.

⁸⁸ Vide Pizzorni, o.c. 27-28; Fernández-Galiano, o.c.201; e Villey, *ibidem* 408.

Ligado à natureza do homem, o direito natural é expressão das inclinações racionais que não são simples paixões, mas “paixões bem dispostas”, ou seja, encerram energias positivas. E a partir destas “paixões bem dispostas” constroem-se normas ético-jurídicas fundamentais⁸⁹.

Também o Estado é obra da natureza, não do capricho dos homens, e, juntamente com o direito positivo, constitui um meio por que o homem alcança o completo desenvolvimento da sua natureza⁹⁰.

Embora seja ocasional, circunstancial, a lei escrita (da cidade) pode divergir da lei natural, mas não contrariar, porque deriva dela. Aristóteles não hostilizou as leis do Estado e, por isso, o seu jusnaturalismo tem a marca conservadora.

Com a morte de Aristóteles, a filosofia centra-se na ética, adquirindo uma dimensão prática. Surge uma nova época com a predilecção por temas morais⁹¹.

3.4 A CONCEPÇÃO TELEOLÓGICO-TRANSCENDENTAL: O ESTOICISMO

Se Aristóteles é considerado o “pai do direito natural”⁹², o estoicismo constitui a primeira grande doutrina jusnaturalista que iria exercer um influxo imenso nas doutrinas posteriores, sobretudo no direito romano⁹³.

Fundada por Zenão⁹⁴ no ano 306 a. C. e seguida por outros filósofos com destaque para Cleantes⁹⁵, Crisipo⁹⁶, Possidónio⁹⁷ e, em

⁸⁹ Vide Composta, o.c. 25.

⁹⁰ Vide Moncada, o.c. 27 e 30.

⁹¹ Neste sentido, vide Fernández-Galiano, o.c. 205-206, que aponta, como causa, a quebra do Estado-Cidade, (a *polis*) substituído por uma visão cosmopolita (*cosmopolis*). O indivíduo vê-se só e, aniquilado perante um poder imenso, sente que já não pode intervir na gestão da coisa pública e passa a ocupar-se da sua própria felicidade.

⁹² Vide supra, n.º. 3.3.4.

⁹³ Vide Fassò, o.c. 26.

⁹⁴ Zenão começou a ensinar sob um pórtico, Stoá (em grego), donde provêm o termos “pórtico” e “estoico”. Vide Fernández-Galiano, o.c. 210-211.

Roma, Cícero⁹⁸, Séneca⁹⁹ e Marco Aurélio¹⁰⁰, esta corrente da antiga filosofia grega passou por três épocas, com características próprias: a antiga, que manifesta grande hostilidade ao cepticismo; a média, que abandonou o rígido dogmatismo da época anterior, tornando-se mais flexível e eclética; e a nova, já romana, que se estende ao longo dos séculos I e II da nossa era e constitui uma doutrina moral mais humanizada¹⁰¹.

O estoicismo caracteriza-se pelos seguintes temas: 1) compreende unitariamente a natureza como a totalidade dos seres, penetrada por um princípio espiritual e divino que a torna uma natureza viva, divinizada e racional (visão panteísta do mundo); 2) nega a escravidão, porque considera todos os homens iguais por natureza; 3) afirma a fraternidade dos homens que os obriga à prática da filantropia; 4) tem uma visão cosmopolita do mundo, entendendo que os homens são cidadãos de um estado universal, não passando as diferentes nações de puramente adjectivas e circunstanciais¹⁰².

O seu ponto de partida é a ordem do mundo, dinâmica, dirigida por uma lei universal, racional, eterna, divina e imanente que o homem descobre na sua consciência. Dessa lei, considerada alma do mundo, *logos* ou *recta ratio*, derivam a lei natural do mundo físico e a lei natural das acções humanas, ou uma lei com duas faces: lei e norma¹⁰³. O homem deve viver segundo a *recta ratio*, ou seja, segundo a natureza e, por isso, deve dominar as paixões¹⁰⁴.

⁹⁵ Viveu entre os anos 331-232/1 a.C. Vide Fernández-Galiano, o.c. 211.

⁹⁶ Viveu entre os anos 281/77-208/5 a.C. e é considerado o maior representante do estoicismo, a ponto de Diógenes Laércio ter afirmado: “Se Crisipo não tivesse existido, não teria existido o Pórtico”. Vide Fernández-Galiano, o.c. 211.

⁹⁷ Viveu entre os anos 185/80-112/110 a.C. e é considerado um viajante infatigável, escritor muito fecundo e um dos homens de saber enciclopédico, a ponto de ter sido comparado com Aristóteles. Vide Fernández-Galiano, o.c. 211.

⁹⁸ Vide infra, n.º. 4.1.2.

⁹⁹ Vide infra, n.º. 4.1.3.

¹⁰⁰ Foi Imperador romano entre os anos 172 e 180. Antes, foi co-imperador com o seu irmão Lúcio Vero, entre os anos 161 e 172. Marco Aurélio considerava que todos os homens são irmãos porque são filhos de Deus. No entanto,

Quanto às leis humanas, são justas se congruentes com a lei da natureza¹⁰⁵. No entanto, desvalorizaram o Estado: o seu campo era mais moral do que político e a sua ideia é a de um reino universal de todos os homens iguais pela razão¹⁰⁶.

Se agora procurarmos determinar as diferenças que separam a lei natural da filosofia estoica do direito natural de Aristóteles, observar-se-á: 1) enquanto aquela tem uma dimensão vincadamente moral¹⁰⁷, este tem carácter jurídico. Haja em vista que os estoicos se interessavam pela moral e não tanto pela política; 2) enquanto, para Aristóteles, a natureza é uma ordem compreensível essencialmente penetrada pelo espírito humano, os estoicos não analisam tanto a natureza que para eles é inexplicável; 3) enquanto o sistema jurídico de Aristóteles é realista, porque parte da observação dos factos, a lei estoica tem grande carga utópica, querendo um mundo em que todos os homens são livres iguais¹⁰⁸.

Apesar (ou talvez por isso) de a filosofia estoica ter uma amplitude marcadamente moral em contraste com as correntes filosóficas anteriormente analisadas, especialmente de Aristóteles, exerceu grande influência no direito romano, sobretudo através de Cícero. E constitui também o ponto de partida das grandes construções escolásticas.

aceitou a instituição da escravatura, defendendo que é necessário aceitar, sem resistência, o Estado e a sociedade escravagista. Ficou famosa a sua frase: “Porque sou Antonino, a minha pátria é Roma; por ser homem, a minha pátria é o mundo”. Vide Fernández-Galiano, o.c. 213. Pizzorni, o.c. 48; e Barsotek, o.c. 504.

¹⁰¹ Vide Fernández-Galiano, o.c. 211.

¹⁰² Vide Fernández-Galiano, o.c. 212; e Pizzorni, o.c. 31.

¹⁰³ Vide Fernández-Galiano, o.c. 213-214; e Pizzorni, o.c. 30-32.

¹⁰⁴ Vide Fernández-Galiano, o.c. 214-215; e Pizzorni, o.c. 30.-31 e 33.

¹⁰⁵ Vide Fernández-Galiano, o.c. 215.

¹⁰⁶ Vide infra, nota seguinte.

¹⁰⁷ Segundo Villey, **Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité**, cit. 489, “*la loi naturelle des stoïciens n'est encore loi que par image, ne saurait être que morale, que relative à la vertu individuelle*”.

¹⁰⁸ Vide Villey, *ibidem* 487-490. Este Autor não deixa de referir que “*il ne s'agit pas de nier les services considérables que le mouvement du stoïcisme, dans son ensemble, rendit au droit romain*”.

4 O PENSAMENTO JUSNATURALISTA ROMANO

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

4.1.1 Introdução

Os romanistas estão de acordo em recusar a Roma uma filosofia própria, mas, embora haja discordâncias, parece irrecusável a influência da filosofia grega, sobretudo estoica¹⁰⁹. Refere-se, a propósito, o modo de ser do povo romano caracterizado pela praticabilidade que os tornava pouco aptos para a especulação filosófica¹¹⁰.

Por outro lado, como observa Villey, “o direito civil romano, na sua configuração do fim da República, não saiu da boca de um Deus, modo como Minos teria introduzido a sua legislação em Creta. O direito civil é obra jurisprudencial”¹¹¹. Com efeito, embora tivessem a sua religião, a vontade criadora do *ius civile* foi a dos homens e não a dos deuses, apesar de atribuírem à divindade (sucessivamente a Júpiter e a *Iustitia*) a custódia do direito¹¹²: em Roma, *ius est quod iudex dicit*.

Não se contesta o uso do método casuístico que fez a grandeza da *iurisprudencia* romana: cada caso é um caso e, por isso, deve ser estudado e resolvido, não através do sistema dedutivo duma norma ou princípio, mas da ponderação das soluções que o ordenamento jurídico oferece e, quando não existem, por meio da criação da solução adequada, ou seja, justa, porque pensada exactamente para o problema lacunoso. E, sempre que houvesse uma norma de cuja aplicação

¹⁰⁹ Neste sentido, vide Sebastião Cruz, **Direito romano (*ius romanum*): I. Introdução. Fontes**⁴ (Ed. do Autor / Coimbra, 1984) 287, para quem “o estoicismo penetra e difunde-se em Roma muito mais do que as doutrinas de Aristóteles”. Acresce que as obras de Aristóteles foram ignoradas em Roma durante muito tempo. Vide Villey, *ibidem*, 483.

¹¹⁰ Vide Fernández-Galiano, o.c. 216; e Alberto Burdese, **Il concetto de “ius naturale” nel pensiero della giurisprudenza classica** em *RISG LX* (1954) 412.

¹¹¹ Transcrevemos Villey, **Filosofia do direito**, cit. 286.

¹¹² Vide Cruz, **Ius. *Derectum* (*Directum*)**, cit. 38-42; e Cotta, o.c. 636-637.

resultasse uma injustiça, a sua correcção era prontamente realizada. Como Ulpiano recorda, as funções do pretor eram “*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis*”¹¹³.

Estas situações levaram o nosso Mestre, Sebastião Cruz, a ensinar que “a *iurisprudentia* não é uma ciência de pura lógica, mas de justiça”, porque “os princípios e as regras de Direito Romano nunca se aplicam mecanicamente, com uma lógica pura, inflexível”. E conclui: “Os juristas romanos são verdadeiros artífices em deduzir consequências das premissas. Não tiram todas as consequências que em pura lógica silogística podiam deduzir-se, mas só aquelas que eles julgam oportunas, justas”¹¹⁴.

Mas se os jurisconsultos romanos não cultivaram a filosofia especulativa¹¹⁵, não deixaram de receber da filosofia grega o que lhes era dado. A própria noção de *ius civile*, de *ius gentium*, de *ius naturale*, de *iustitia* e de *iurisprudentia* são, como observa Villey, “*au moins pour la plus grande part littéralement empruntés à des philosophes*”¹¹⁶.

Haja em vista que, segundo as palavras de Ulpiano, “a jurisprudência é a ciência do direito, partindo do conhecimento de certas coisas divinas e humanas”¹¹⁷. E, como ensina Sebastião Cruz, o jurista, para “conseguir o seu fim, parte de certos pressupostos metajurídicos indiscutíveis: uns de ordem teológica (as *res divinae*), outros de ordem filosófica (as *res humanae*) os quais informam a ordem social dum povo”¹¹⁸. E tais conhecimentos eram “dados” por teólogos e filósofos, cultores, respectivamente da ciência das coisas divinas e humanas.

¹¹³ D. 1,1,7,1: “interpretar, integrar e corrigir o direito civil”.

¹¹⁴ Transcrevemos Sebastião Cruz, **Direito romano (*ius romanum*)** I. Introdução. Fontes⁴, cit. 288.

¹¹⁵ Ainda segundo Cruz, *ibidem* 287, a *iurisprudentia* serviu-se da filosofia pragmática e moral e não especulativa.

¹¹⁶ Transcrevemos Villey, *Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité*, cit. 476.

¹¹⁷ D. 1,1,10,2: “*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*”.

¹¹⁸ Transcrevemos Cruz, *ibidem* 286.

Clarificada a posição da *iurisprudentia* romana, as dificuldades não acabam. A noção de *ius natural* é obscura e há quem o considere ora “*une pièce essentielle du Droit romain*” ora “*un ornement inutile*”¹¹⁹. Mesmo nos nossos tempos, observam-se atitudes diferentes que separam os romanistas: há quem veja no *ius naturale* o desempenho de um papel muito modesto na doutrina clássica que, todavia, se tornou importante na compilação de Justiniano; quem considere que, até na época justinianeia, teve um lugar muito modesto, mesmo desprovido de valor jurídico; e quem reduza o *ius naturale* a um direito inferior¹²⁰.

É neste cenário que nos iremos mover, começando pela referência necessariamente breve a alguns Autores que, embora não tenham sido juristas, foram representantes da filosofia estoica: Cícero e Sêneca.

4.1.2 Cícero

Considerado um dos maiores jusnaturalistas do mundo pagão, Cícero “*elaboró la más acabada doctrina sobre la ley natural*”¹²¹. A sua obra evidencia uma formação estoica, o que se compreende perfeitamente, desde logo, se não ignorarmos que assistiu às lições ministradas na Escola estoica fundada em Rodes por Possidônio¹²². A lei é um produto da razão (*ratio*) que a elaborou em conformidade com a natureza. Deus identifica-se com a natureza e com a razão: são uma só coisa¹²³. Mas ouçamos Cícero:

Há uma lei verdadeira que consiste na recta razão, conforme à natureza, universal, imutável e eterna [...]

¹¹⁹ Transcrevemos Villey, *ibidem* 475.

¹²⁰ Vide Jean Gaudemet, **Quelques remarques sur le droit naturel à Rome** em *RIDAI* (1952) 446-449.

¹²¹ Transcrevemos Fernández-Galiano, o.c. 217-218.

¹²² Vide Fernández-Galiano, o.c. 217-218.

¹²³ Estamos perante o panteísmo estóico, para o qual Deus, natureza e razão são uma só coisa. Vide Pizzorni, o.c. 41; e Fassò, o.c. 28.

esta lei não se pode anular nem derogar no todo ou em parte e nem sequer, pela autoridade do Senado ou do Povo podemos ser dispensados da mesma [...] Não é uma lei diferente em Roma e em Atenas, nem é uma agora e outra depois [...] e regerà todos e em qualquer tempo¹²⁴.

Esta não é uma lei escrita, mas inata, já que não a aprendemos nem nos submetemos a ela por nossa vontade [...] mas a obtemos da própria natureza, donde a extraímos. Não temos sido educados e instruídos nela, mas criados e imersos na mesma¹²⁵.

Como se observa, a lei natural é universal, imutável, eterna¹²⁶ e está conforme com a natureza¹²⁷. É também uma lei inata, cujo conhecimento se obtém observando as inclinações naturais dos homens¹²⁸.

Cícero fala ainda de força inata (*quaedam innata est*)¹²⁹; de luz natural (*lumen naturae*)¹³⁰; de voz da natureza (*vox naturae*) e de voz da verdade¹³¹; de duas sementes (*semina*) que germinam (*germina*) ou cintilam (*scintillae*); de virtudes naturais; de ideias morais fundamentalmente inatas; e de princípios fundamentais da natureza que produzem a virtude.

O homem, cuja essência é a racionalidade, deve viver segundo a lei natural; e, para viver racionalmente, deve racionalizar os impulsos naturais: a conservação e os prazeres nobres¹³².

¹²⁴ Seguimos Fernández-Galiano, o.c. 219, que transcreve este texto retirado do livro III do tratado *De republica*, conhecido através da transcrição de Lactâncio, nas suas *Divinae Institutiones*.

¹²⁵ De novo seguimos a transcrição de *Pro Milone*, de Fernández-Galiano, o.c. 219.

¹²⁶ Vide Pizzorni, o.c. 39 que vê na eternidade do direito natural um fundamento religioso. Vide também: Bartosek, o.c. 506.

¹²⁷ Vide Pizzorni, o.c. 39 que vê na *lex aeterna* a ordem cósmica difundida em todas as coisas.

¹²⁸ Vide Pizzorni, o.c. 48.

¹²⁹ Cf. *De inventione* II,53-54.

¹³⁰ Cf. *Tusculanae* III,1,2.

¹³¹ Cf. *Tusculanae* I,13,30; -15,35.

O direito positivo deve concretizar a lei natural que dirige as condutas dos homens e é superior; por isso, não a pode derrogar nem dispensar o seu cumprimento¹³³. Neste pressuposto, Cícero afirmou que “*legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*”¹³⁴.

Nota-se, em Cícero, a preocupação política que o levou a dar um passo mais em relação à filosofia estoica: tomou posição sobre a lei humana vinculando-a à lei natural de cujo cumprimento ninguém está dispensado.

Esta ideia valeu-lhe a crítica de que misturou confusamente a lei moral estoica com os problemas do direito e da política¹³⁵. A que se junta a de que não apresenta nenhuma concepção original do mundo, mas uma mescla de ideias alheias¹³⁶.

No entanto, ficam, como elementos positivos, a racionalização dos impulsos naturais que lhes confere uma dimensão ética e a afirmação de que o direito positivo deve necessariamente concretizar os valores do direito natural, pois, de contrário, não deve ser acatado.

4.1.3 Sêneca

Natural de Córdoba, onde nasceu no ano 3, Sêneca é considerado um dos máximos expoentes do estoicismo, além de ter sido cônsul (no ano 56) e preceptor do imperador Nero¹³⁷.

Considera que a lei natural tem por fundamento a razão que se identifica com Deus e com a natureza e, por isso, proclama que devemos viver segundo a natureza que ensina o justo método de vida¹³⁸. E, identificando-se com a natureza, a lei natural está inserida em todos os homens que são membros do mesmo corpo e, portanto, irmãos¹³⁹.

¹³² Vide Pizzorni, o.c. 43.

¹³³ Vide Bartosek, o.c. 506.

¹³⁴ Cf. *Pro Cluentio* LIII,146.

¹³⁵ Vide Villey, *Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité*, cit. 492.

¹³⁶ Vide Bartosek, o.c. 505.

¹³⁷ Vide Armando Torrent, *Diccionario de derecho romano* (Edisofer, S.L. / Madrid, 2005) 1166.

¹³⁸ Cf. *Epistulae* IV,12(41).

¹³⁹ Vide Pizzorni, o.c. 45.

Na mesma linha estoica, observa que existe um direito comum a todos os animais, incorrendo na confusão entre leis instintivas dos animais e leis da conduta humana¹⁴⁰.

Partindo da natureza humana, que é igual em todos os homens, considera que a escravidão é contra o direito natural¹⁴¹ e critica o desprezo e os maus tratamentos infligidos a escravos¹⁴². No entanto, atento à ineliminável instituição da escravidão, procura conciliar a sua recusa distinguindo, no escravo, o corpo súbdito e a alma livre¹⁴³.

Sêneca descreve também duas idades da história da humanidade: a primeira, da humanidade originária; a segunda, da humanidade decadente. Os primeiros homens seguiram, incorruptos, a natureza; depois, corromperam-na e foram necessárias leis ditadas por sábios¹⁴⁴.

Como Cícero, também Sêneca mostra a amplitude marcadamente moral da filosofia estoica e, daí, a influência humanitária que terá exercido no pensamento jurídico romano.

4.1.4 Jurisconsultos romanos

Continuando no âmbito das considerações preliminares, já referimos o método casuístico que os jurisconsultos romanos utilizaram na aplicação do direito romano. Aí se manifesta a fina intuição fortalecida pela experiência dos mestres do saber jurídico. Por isso, se compreende a afirmação de Juan José Gil Cremades de que “*concretamente, el Derecho clásico es intuición y experiencia*”¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Vide Izquierdo / Hervada, o.c. 120, para quem Ulpiano parece ter incorrido na mesma confusão. Vide infra 5.3.1²⁷⁵.

¹⁴¹ Vide Kamphuisen, o.c. 406.

¹⁴² Vide Guzmán, o.c. 36.

¹⁴³ Vide Bartosek, o.c. 504.

¹⁴⁴ Cf. *De Consolatione ad Marciam* XIV, 2(90).

¹⁴⁵ Vide Juan José Gil Cremades, **Que es derecho natural clásico?** em *Temis* 23 (1968) 58. Este autor entende (o.c. 56) que “*lo “clásico” del jurista romano no puede adscribirse ni a la axiomática ni a la tópica*” e considera que “*casuística no equivale a tópica*”, porque “*es fruto [...] de intuición, es decir, de un proceso que da con la solución justa mediante una aprehensión*”

Contrariamente à doutrina estoica (sobretudo de Cícero)¹⁴⁶, não puseram o problema da lei injusta, aliás em grande parte desnecessário atenta a circunstância de, no exercício da sua função de comporem o “*ius sine scripto*”¹⁴⁷ e considerando que o *ius est ars boni et aequi*¹⁴⁸, procurarem adequar constantemente o *ius* à *iustitia*¹⁴⁹.

Adequação que permitiu também humanizar o velho e rígido *ius civile* com os valores da *aequitas*, da *bona fides*, da *pietas* e da *amicitia*¹⁵⁰, como teremos oportunidade de observar¹⁵¹.

Não falta quem, numa atitude que ultrapassa a filosofia estoica¹⁵², recuse qualquer influência da filosofia grega ou porque os jurisconsultos romanos não são filósofos¹⁵³ ou porque o seu método casuístico não consente especulações filosóficas¹⁵⁴ ou até por serem porta-vozes da classe governante, cuja ideologia propagavam¹⁵⁵.

Todavia, seria muito estranho que, participando nos cenáculos onde os homens cultos (filósofos, magistrados, retóricos etc.) discutiam as ideias filosóficas vindas da Grécia¹⁵⁶, os juristas romanos

inmediata, que no necessita servirse del argumento racional, ya que se apoya en el sentimiento jurídico, en la experiencia”.

¹⁴⁶ Vide supra 4.1.2.

¹⁴⁷ D. 1,2,2,5: “... *hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus...*”.

¹⁴⁸ D. 1,1,1,1: “*Cuius eleganter Celsus definit, ius est ars boni at aequi*”.

¹⁴⁹ Vide Pizzorni, C 36 e 54.

¹⁵⁰ Vide Justo, **Direito privado romano** – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos⁵ em *Studia Iuridica* 50 (Coimbra Editora / Coimbra, 2011) 35 e 38. Contra, considerando que “*a un giurista romano fino a tutta l’epoca classica e postclassica poco o niente poteva interessare la concezione – che Cicerone (De rep. 3,22,23) aveva desunto della filosofia stoica – della “recta ratio”...*”, vide Cotta, o.c. 636.

¹⁵¹ Vide infra 5.1.

¹⁵² Vide Villey, **Deus conceptions du droit naturel dans l’antiquité**, cit. 493, que, a propósito da lei natural estoica, considera que “*la solution des juriste romains fut de la reléguer au musée des antiquités*”.

¹⁵³ Vide Pizzorni, o.c. 55.

¹⁵⁴ Vide Pizzorni, o.c. 56; e Burdese, o.c. 416.

¹⁵⁵ Neste sentido, vide Bartosek, o.c. 494.

¹⁵⁶ Vide Pietro De Francisci, **L’azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano** em *AG XCIII* (1925) 184.

não as utilizassem no campo da ciência do direito e do direito positivo. E as influências são referidas pela maioria dos cultores do direito romano que destacam que “*l’ambiente culturale, in cui si sviluppava questo diritto, era determinato dalle potenti correnti filosofiche greche*”¹⁵⁷; que “*les grands mouvements spirituels des premiers siècles de notre ère (le stoïcisme et le christianisme) n’ont pas manqué d’influencer le droit romains*”¹⁵⁸; que “*les jurisconsultes vers la fin de l’époque classique, sous l’influence de la philosophie hellénistique sont arrivés à l’idée que notre mentalité individuelle, note raison (ratio) est une partie de la mentalité (rasion) universelle et que c’est cette “raison” universelle (communis ratio) qui gouverne le monde, et par consequence, aussi la vie sociale humaine*”¹⁵⁹; etc.

Pormenorizando a influência da filosofia grega, referimos alguns exemplos: a definição de *iustitia* que se atribui a Ulpiano (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*)¹⁶⁰ encontra-se em Cícero como virtude (*virtus*)¹⁶¹; a ideia de que o direito natural é próprio da natureza animal que encontramos em Ulpiano (*ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium*)¹⁶² remonta à escola pitagórica, a Sócrates, Platão, Aristóteles e aos estoicos¹⁶³; a concepção de *ius gentium* comum a todos os povos em contraposição ao *ius civile* que lemos em Gaio¹⁶⁴ já se encontra em Aristóteles¹⁶⁵; a

¹⁵⁷ Transcrevemos Bartosek, o.c. 509.

¹⁵⁸ Transcrevemos Kamphuisen, o.c. 390.

¹⁵⁹ Transcrevemos J. de Koshembahr-Lyskowski, *Naturalis ratio en droit classique romain* em **Studi in onore di Pietro Bonfante III** (Fratelli Treves Editori / Milão, 1930) 484-485.

¹⁶⁰ Cf. D. 1,1,10pr.

¹⁶¹ **De legibus** 1,17,45: “...*sic constans et perpetua ratio vitae, quae virtus est, itemque inconstantia, quod est vitium*... Vide Félix Senn, **De la justice et du droit** (Recueil Sirey / Paris, 1927) 9.

¹⁶² Cf. D. 1,1,1,3.

¹⁶³ Vide Senn, *ibidem* 58-60.

¹⁶⁴ Gaio I,1: “*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*”.

referência que a *iurisprudencia* romana faz frequentemente a *bonus vir* e de que falava Catão referindo-se ao bom agricultor, constitui uma lição grega, agora em sentido mais lato¹⁶⁶; o recurso à *aequitas* e ao *aequum* remonta à escola pitagórica¹⁶⁷; a retórica e a arte de formular definições provêm da filosofia grega¹⁶⁸; o relevo jurídico atribuído à vontade nos negócios jurídicos *inter vivos* e *mortis causa* é uma herança do pensamento grego¹⁶⁹; etc.

5 O DIREITO NATURAL ROMANO

5.1 ÉPOCA CLÁSSICA

Durante a época clássica¹⁷⁰, os jurisconsultos convocam ora a natureza das coisas ora a natureza humana. Vejamos as fontes:

Gaio 3,97: “*Si id quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel*

¹⁶⁵ Cf. *Rhet.* 1373b. Vide D’Ors, **Derecho privado romano**⁹ (Eunsa / Pamplona, 1997) § 32.

¹⁶⁶ Vide Senn, De l’influence grecque sur le droit romain de la fin de la republique (les principes du droit) em **Atti del congresso internazionale di diritto romano. Roma I** (Prem. Tipografia Successori F. Fusi / Pavia, 1934) 104.

¹⁶⁷ Vide SENN, ibidem 106.

¹⁶⁸ Vide SENN, ibidem 109.

¹⁶⁹ Vide JUSTO, **Nótuas de história do pensamento jurídico** (história do direito) (Coimbra Editora / Coimbra, 2005) 14; e A vontade e o negócio jurídico no direito romano: Breve referência aos direitos português e brasileiro em **Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano** (Fortaleza/Brasil, 2002) 59-93.

¹⁷⁰ Esta época decorre entre os anos 130 a.C. e 230 d.C. e caracteriza-se pelo desenvolvimento da ciência jurídica e, em consequência, do direito romano que atinge o seu máximo esplendor. Vide Cruz, **Direito romano**, cit. 46-47; e JUSTO, **A evolução do direito romano** no vol. comemorativo do 75º. tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD) (Coimbra Editora / Coimbra, 2003) 53-61.

*religiosum quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur*¹⁷¹.

Gaio considera que não se pode cumprir uma obrigação de *dare* (transferência da propriedade) que a natureza não permite. E exemplifica com a obrigação de dar um escravo que afinal era livre ou tinha morrido ou um lugar que, na verdade, era sagrado. A referência a *natura* serve para justificar uma impossibilidade natural em que o jurisconsulto se apoia para a considerar também jurídica.

D. 4,4,16,4 (ULPIANO): “*Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*”¹⁷².

Ulpiano invoca a natureza para sustentar a licitude do *bonus dolus*, ou seja, a possibilidade de o vendedor ou o comprador concluir a compra e venda nas condições mais vantajosas sem, todavia, levar a outra parte a um engano reprovável e susceptível de conduzir à destruição do negócio, nomeadamente por meio duma *restitutio in integrum ob dolum*¹⁷³.

D. 14,6,1pr. (ULPIANO): “*Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: “Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne qui, qui filio familias mutuam pecuniam*

¹⁷¹ Gaio 3,97: “Se o que estipulamos que nos seja dado é de tal (natureza) que não pode ser dado, a estipulação é inútil, como, v.g., se alguém estipula que se lhe dê um homem livre que julgava que era escravo ou um escravo morto crendo que estava vivo ou um lugar sagrado ou religioso que pensava ser de direito humano”.

¹⁷² D. 4,4,16,4: “O mesmo Pompônio diz que no preço da compra e venda é naturalmente lícito aos contraentes enganarem-se”.

¹⁷³ Vide Cruz, **Direito romano**, cit. 317; e Justo, **Direito privado romano – I. Parte geral**, cit. 432-435.

*dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri*¹⁷⁴.

D. 14,6,10 (PAULO): “*Quia naturalis obligatio manet*”¹⁷⁵.

O senatusconsulto Macedoniano tem, na sua gênese, a conduta de um *filiusfamilias* chamado Macedo que, devido ao dinheiro que obtinha em empréstimos, se entregava à prática das maiores imoralidades, chegando mesmo a perpetrar o assassinio do seu *pater* “para mais depressa ficar *sui iuris* e receber a herança¹⁷⁶”. O Senado não impediu os *filiifamilias* de receberem empréstimos pecuniários, mas considerou que as obrigações contraídas para a prática de fins imorais são *obligationes naturales*, ou seja, desprovidas de *actio* para os credores poderem demandar esses devedores.

No fragmento de Ulpiano, refere-se que, por natureza, Macedo era inclinado para a prática de crimes e, no de Paulo, contrai uma *obligatio naturalis* que, desprovida de *actio*, só pode assentar numa relação de confiança do credor para com o devedor¹⁷⁷ que também

¹⁷⁴ D. 14,6,1pr.: “As palavras do senatusconsulto Macedoniano são estas: “como Macedo, entre outras causas de crime, que já a sua natureza sugeria (quer dizer, já era por sua natureza inclinado ao crime, um “desequilibrado-criminoso”), também empregasse dinheiro emprestado e, como isso muitas vezes é que facilitava os seus maus hábitos de pecar, para que ninguém daí em diante emprestasse dinheiro contando com créditos futuros, acordou-se que não se concedesse acção nem petição a quem tivesse emprestado dinheiro a um *filiusfamilias*, nem mesmo (se concedesse a *actio*) depois da morte do seu *pater* sob cujo poder tivesse estado, a fim de que todos, que emprestassem dinheiro com juros (a filhos de família) dando assim um péssimo exemplo (por concorrerem para a desmoralização e para a prática de crimes), soubessem não poder exigir de nenhum *filiusfamilias* esse crédito (*nomen*) como válido e seguro, esperando a morte do *pater*”. Nesta tradução, seguimos Cruz, **Direito romano**, cit. 260-251³¹¹.

¹⁷⁵ D. 14,6,10: “Porque permanece a obrigação natural”.

¹⁷⁶ Transcrevemos Cruz, **Direito romano**, cit. 261.

¹⁷⁷ Neste sentido, vide Koschembahr-Lyskoski, o.c. 472.

faz parte da *natura hominum*. Numa palavra, a intervenção do Senado apoiou-se na normalidade que se observa na natureza humana: no primeiro caso, para proibir os empréstimos pecuniários a quem não era normal (inclinação para o crime); no segundo, para justificar a obrigação natural.

D. 16,1,2,2 (ULPIANO): “*Verba itaque senatus consulti excutiamus prius providencia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus inbecillitatem multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis*”¹⁷⁸.

O senatusconsulto Veleiano proibiu as mulheres de intercederem a favor de homens, garantindo as suas dívidas. Isto porque, abusando da ingenuidade ou falta de experiência das mulheres, os homens conseguiam, principalmente com promessas de casamento, que garantissem as suas dívidas que depois eram obrigadas a pagar. As mais das vezes, as mulheres ficavam na miséria e os homens não cumpriam as promessas de casamento.

Para proteger as mulheres, o Senado interveio, justificando a sua intervenção com a *natura mulieris*: o sexo frágil. A decisão do Senado apoia-se, portanto, na natureza humana (das mulheres).

D. 43,16,1,27 (ULPIANO): “*Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius matura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licet*”¹⁷⁹.

Neste fragmento, cuja autenticidade parece segura¹⁸⁰, Cássio justifica a legítima defesa num direito que se funda na natureza, ou seja,

¹⁷⁸ D. 16,1,2,2: “Examinemos, pois, as palavras do senatusconsulto, uma vez louvada a providência do excelentíssimo senado por ter protegido as mulheres seduzidas e enganadas em muitos casos deste tipo por causa da debilidade do seu sexo”.

¹⁷⁹ D. 43,16,1,27: “Escreve Cássio que é lícito repelir violentamente a violência e que este direito se funda na natureza, de que resulta, diz, que é lícito repelir as armas com as armas”.

no direito natural. E, de facto, trata-se duma situação de perfeita normalidade, atenta a tendência de o homem (e de os restantes seres animais) defender a sua vida e, em consequência, preservar a sua *natura hominis*.

D. 45,1,2,1 (PAULO): “*Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur; quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut auolibet vas...*”¹⁸¹.

Paulo justifica a impossibilidade de se cumprirem obrigações cujo objecto seja uma coisa naturalmente indivisível. É claro que a indivisibilidade duma servidão predial de passagem é jurídica. Todavia, trata-se duma questão de pura razoabilidade: se fosse divisível, sacrificaria o fim de proporcionar a utilidade ao prédio dominante, para que tinha sido criada. Portanto, a impossibilidade jurídica não deixa de ser também uma impossibilidade natural.

D. 45,1,35pr. (PAULO): “*Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non*

¹⁸⁰ Com efeito, não nos parece que os compiladores (ou alguém anteriormente) tenham alterado um texto de um jurisconsulto e deixado a opinião de outro que aí se refere. A interpolação implicaria a sua eliminação.

¹⁸¹ D. 45,1,2,1: “Algumas (obrigações) podem cumprir-se parcialmente, como quando estipulamos que se nos dê dez mil sestércios; outras, não, como sucede com as que são indivisíveis pela sua natureza, como quando estipulamos uma servidão de *via* (passagem para transportar materiais), *iter* (passagem a pé ou a cavalo) *actus* (condução de gado ou carro). Algumas admitem, por sua natureza, um cumprimento parcial, mas se não se cumpre todo o prometido, não fica cumprida a estipulação, como se estipulou um escravo genericamente ou um prato ou qualquer vaso...”.

*potest: nisi per quem stetit, quo minus facere id possit*¹⁸².

Na mesma linha, o jurisconsulto considera que não é possível alguém obrigar-se a cumprir uma obrigação que tenha por objecto um *facere* naturalmente impossível. Tal como não se pode criar uma obrigação de dar (transferência da propriedade) o que não pode ser dado. Também esta impossibilidade jurídica tem por fundamento a impossibilidade natural, entendida como limitativa da liberdade negocial. Ou seja, de novo a *voz naturae* se impõe ao direito.

D. 45,1,35,1 (PAULO): “*Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio, veluti si sororem nupturam sibi aliqui stipuletur: quamquam etiamsi non sit perpetua causa, ut reccidit in sorore adoptiva, idem dicendum dis, quia statim contra mores sit*”¹⁸³.

Paulo entende que existem obrigações cujo objecto está definitivamente proibido pela lei. E invoca a impossibilidade do casamento com uma irmã, mesmo adoptiva porque, se deixar de o ser, persiste a impossibilidade. Tratando-se de irmã consanguínea, a proibição assenta na defesa da própria natureza humana como a ciência médica assinala. No caso de a irmã ser adoptiva, esta justificação não serve, mas apoia-se na moral que assenta também num princípio ligado a exigências impostas pela natureza humana.

¹⁸² D. 45,1,35pr.: “Se estipulo que se faça o que é naturalmente impossível fazer, no vale mais a estipulação do que quando estipulo que se dê o que não se pode dar, a não ser que a possibilidade dependa do próprio promitente”.

¹⁸³ D. 45,1,35,1: “Assim mesmo, não há obrigação se o seu objecto está proibido pelas leis sem possibilidade de que deixe de o estar; por exemplo, se se estipula casar-se com a própria irmã, por mais que deva dizer-se que pode deixar de estar legalmente proibida, como ocorre com uma irmã adoptiva (a qual pode deixar de ser irmã por adopção), pois a estipulação resulta imoral no mesmo momento de ser feita”.

Além da natureza, há também referências à *ratio naturalis*, como vemos nas seguintes fontes:

Gaio, 1,189: “*Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit, quia id naturale rationi conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur....*”¹⁸⁴.

Gaio invoca a razão natural para justificar a tutela dos impúberes em qualquer Estado. A razão natural é a própria natureza humana e, por isso, não difere de Estado para Estado.

Com efeito, quem ainda não chegou à idade adulta, não tem a necessária experiência de vida que lhe permita cuidar dos seus bens como normalmente cuida quem ultrapassa essa idade. Por isso, é necessário que seja protegido através da figura dum tutor que se ocupa da sua educação e aconselha-o e autoriza-o, com a sua *auctoritas*, a celebrar os negócios que o ordenamento jurídico romano permite.

Trata-se, como é óbvio, duma imposição da natureza humana que o direito positivo não podia (como continua a não poder) deixar de ter em atenção.

D. 25,3,5,16 (ULPIANO): “*Parens quamvis ali a filio ratione natural debeat, tamen aes alienum eius non esse cogendum exsolvere filium rescriptum est*”¹⁸⁵.

É também uma exigência da natureza humana que os descendentes alimentem os seus ascendentes, mas já não o é a obrigação de aqueles pagarem as dívidas destes. Tratando-se duma herança paterna, o direito romano clássico concedeu aos *heredes sui* a possibilidade de se absterem (*ius abstinendi*) para, assim, não

¹⁸⁴ GAIO 1,189: “No que se refere aos impúberes, acontece que, segundo o direito de qualquer Estado, estão sob tutela, pois por razão natural é conveniente que aquele que não chegou à idade adulta se seja pela tutela de outro...”.

¹⁸⁵ D. 25,3,5,16: “Ainda que o filho deva, por razão natural, dar alimentos ao seu ascendente, no entanto, em algum rescrito foi dito que não deve ser obrigado a pagar as dívidas deste”.

responderem por dívidas do *de cuius*¹⁸⁶. Ulpiano está em sintonia com este princípio, que é uma exigência de justiça; e, relativamente à obrigação de prestar alimentos, é uma imposição da natureza (*ratio naturalis*), atenta as possibilidades económicas dos filhos e a impossibilidade de os pais se alimentarem: a conservação da *natura hominum* assim determina.

Há também referências à *aequitas naturalis*. Destacamos o seguinte fragmento:

D. 38,16,1,4 (ULPIANO): “*Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod natural aequitate contingit...*”¹⁸⁷.

Ulpiano ocupa-se de um herdeiro *sui iuris*¹⁸⁸ que deixou de estar sujeito ao poder do *de cuius* (ou porque faleceu ou, porque, por outra causa, tornou-se *alieni iuris*)¹⁸⁹. Neste caso, são chamados à herança os seus filhos, netos ou netas do *de cuius*, que recebem a parte que caberia ao seu *pater*. O jurisconsulto invoca a *aequitas naturalis* que se compreende: privados do seu *pater*, é justo que disponham de bens necessários à sua subsistência. De novo a *natura hominum* impõe esta solução.

Relativamente ao *ius naturale*, os romanistas observam que são raras as suas referências na jurisprudência clássica e suspeitam de interpolações nas poucas que existem¹⁹⁰. Mas vejamos as fontes:

¹⁸⁶ Cf. D. 29,2,71.

¹⁸⁷ D. 38,16,1,4: “Se o filho deixar de estar na situação de poder herdar de próprio direito, sucedem na sua parte todos os netos e netas nascidos dele e que permanecem sob o poder (do avô). Isto é de equidade natural”.

¹⁸⁸ Como sabemos, são os filhos, as filhas, a mulher (*uxor in manu*) e os netos ou netas, filhos ou filhas de um filho pré-falecido. Todos estavam sujeitos ao poder da pessoa falecida (*de cuius*). Vide Cruz, **Direito romano**, cit. 227.

¹⁸⁹ Vide Justo, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)* em **Studia Iuridica 97** (Coimbra Editora / Coimbra, 2009) 27-28.

¹⁹⁰ Vide Gaudemet, o.c. 458.

D. 1,1,11 (PAULO): “*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*”¹⁹¹.

Segundo Burdese, este texto “*non va esente da gravi incongreunze e sospetti*” porque “*non vedo quale affidamento si possa fare, a parte la sua genuinità, sulla portata pratica del concetto ivi espresso de um ius naturale quod sempre bonum et aequum est*”¹⁹².

Há quem veja neste fragmento a influência da distinção aristotélica entre *dikaíon physikón* e *dikaíon nomikón*¹⁹³ e acentue a raiz ética do *ius naturale*¹⁹⁴; e quem considere que apresenta uma noção mais certa de direito natural, não fora a existência do advérbio *semper* que, no entanto, não se deve interpretar no sentido de imutabilidade dos seus preceitos¹⁹⁵.

De todo o modo, Paulo (considerado o mais filósofo dos juristas romanos) refere-se ao direito natural que, sendo sempre justo e bom, está acima dos caprichos e das injustiças dos homens, ou seja, na linha do pensamento filosófico grego, corresponde à natureza humana.

D. 1,1,6pr. (ULPIANO): “*Ius civile est, quod neque in totum a natural vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuris communi, ius proprium, id est civile efficitur*”¹⁹⁶.

¹⁹¹ D. 1,1,11: “A palavra direito utiliza-se em várias acepções: uma, quando se chama direito ao que é sempre justo e bom, como é o direito natural”.

¹⁹² Transcrevemos Burdese, o.c. 418.

¹⁹³ Neste sentido, vide Fernández-Galiano, **Derecho natural**: Introducción filosófica al derecho, cit. 221.

¹⁹⁴ Neste sentido, vide Voci, o.c. 59.

¹⁹⁵ Neste sentido, vide Bonfante, o.c. 21, para quem “*ninguna institución de derecho se sustrae a la ley de la evolución. Sólo se puede decir que los principios de derecho natural son mucho más estables, toda vez que no tienen razón de variar para adaptarse mejor al fin, para hacerse más ecuos*”.

Ulpiano refere que o *ius civile* não se afasta do direito natural, embora nem sempre se conforme com ele. Ou seja, reconhece que o *ius naturale* é um direito superior, mas não afasta a possibilidade de divergir do direito civil, quando não se ponham em causa as superiores exigências da natureza.

D. 1,5,24 (ULPIANO): “*Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit*”¹⁹⁷.

Neste fragmento, Ulpiano atribui aos filhos que nascem fora do matrimónio, o *status* jurídico da mãe. Também esta solução se compreende em atenção ao princípio romano “*mater sempre certa est*” e de que o pai, não sendo o marido, é naturalmente incerto.

D. 1,8,2pr. (MARCIANO): “*Quaedam natural iure communis sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur*”¹⁹⁸.

Marciano apresenta-nos uma classificação das coisas e justifica as que são comuns invocando o direito natural. Sabemos que as *res communis omnium* são insusceptíveis de apropriação, exactamente porque pertencem a todos os homens; e não são bens económicos, porque se encontram em quantidade que excede, em muito, as nossas necessidades¹⁹⁹. Permanecendo no estado natural, ao pensamento

¹⁹⁶ D. 1,1,6pr.: “É direito civil o que não se afasta totalmente do (direito) natural ou das gentes, nem se conforma totalmente com ele. Assim, quando acrescentamos ou subtraímos algo ao direito natural, tornamo-lo direito próprio, ou seja, civil”.

¹⁹⁷ D. 1,5,24: “É lei da natureza que quem nasce fora de legítimo matrimónio siga a mãe, a não ser que uma lei especial disponha outra coisa”.

¹⁹⁸ D. 1,8,2pr.: “Algumas coisas são comuns a todos por direito natural, outras são da colectividade, outras de ninguém e as demais são dos particulares, as quais são adquiridas para cada um por várias causas”.

¹⁹⁹ É o caso, v.g., do ar, da água corrente, do mar e, no direito justiniano, das praias. Cf. D. 1,8,2,1; -50,16,96pr.; -50,16,112; I. 2,1,3. Vide Justo, **Direito privado romano** – I. Parte geral, cit. 162.

jurídico é impossível afectá-las a alguma ou algumas pessoas, privando as outras.

D.1,8,3 (FLORENTINO): “*Item lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore invenimus, iure natural nostra statim fiunt*”²⁰⁰.

Neste fragmento, Florentino fala-nos de coisas cuja propriedade adquirimos por direito natural. Trata-se de coisas sem dono (*res nullius*) que se adquirem por ocupação, situação natural, porque de absoluta normalidade.

D. 4,5,8 (GAIO): “*Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalis iura corrumpere non potest, itaque “de dote” actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis diminutionem*”²⁰¹.

Gaio refere que as obrigações naturais não se extinguem com a *capitis deminutio* porque não pertencem à esfera do *ius civile*, mas do *ius naturale*. Se o credor não dispõe de *actio* para exigir o seu cumprimento; se depende exclusivamente do devedor o seu cumprimento; e se os próprios escravos contraem obrigações naturais, também a mudança de *status* não as extingue. Há uma coerência lógica nestes aspectos que se integram no regime jurídico das *obligationes naturales*. A própria acção de dote subsiste, porque o dote está intimamente ligado à mulher casada, acabando mesmo por ser reconhecido sua propriedade. O *ius civile* teve em atenção a especificidade destas obrigações que se fundam na confiança do credor para com o devedor, confiança que se baseia na conduta normal deste.

²⁰⁰ D. 1,8,3: “Por sua vez, as pedras preciosas, as pérolas e as demais coisas que encontramos nas costas fazem-se nossas sem mais por direito natural”.

²⁰¹ D. 4,5,8: “É evidente que aquelas obrigações que contêm uma prestação natural não se extinguem com a *capitis deminutio*, porque o direito civil não pode alterar os direitos naturais; assim, a acção de dote subsiste ainda depois da *capitis deminutio* porque se refere ao que é bom e justo”.

D. 9,2,50 (ULPIANO): “*Qui domum alienam invito domino demolit et eo loco balneas exstruxit, praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam damnia dati nomine actioni subicitur*”²⁰².

Ulpiano responde ao problema de um arrendatário que demoliu a casa arrendada e, sempre sem autorização do dono, construiu um balneário. Independentemente da responsabilidade por danos, o jurisconsulto refere que o balneário pertence ao dono do terreno, por direito de superfície que atribui ao direito natural.

O direito de superfície foi criado pela *iurisprudencia* romana para afastar as consequências antieconómicas do conceito romano de *dominium*, dominado pelo princípio da absorção, segundo o qual pertence ao proprietário tudo o que for acrescentado ou incorporado no seu *fundus*²⁰³. Essas dificuldades económicas fizeram-se sentir intensamente, sobretudo numa sociedade dominada por um grupo restrito de proprietários. Daí o recurso ao *ius naturale* para fortalecer um instituto que sabiamente foi criado para responder a um problema particularmente grave.

D. 12,6,64 (TRIFONINO): “*Si quod dominus servo debuit, manumissio solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas natural iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in donciditione naturaliter intellegenda est*”²⁰⁴.

²⁰² D. 9,2,50: “Quem derrubou a vivenda alheia contra a vontade do proprietário e naquele lugar constituiu banhos, à parte o direito natural de que o edificado pertence ao dono do solo, fica também sujeito à acção de dano causado”.

²⁰³ Vide Justo, *Direito privado romano – I (direitos reais)*, reimpressão, em **Studia Iuridica** 26 (Coimbra Editora / Coimbra, 1997) 210-211.

²⁰⁴ D. 12,6,64: “Se um dono pagou a sua dívida ao seu escravo depois de manumitido, ainda que o fizesse crendo (erradamente) que aquela dívida lhe podia ser pedida por alguma acção, não poderá repetir, pois cumpriu uma obrigação natural. Como a liberdade é de direito natural e a escravidão foi

Trifonino fala duma obrigação natural que o devedor cumpriu e não pode repetir. É o seu regime jurídico. Todavia, refere que a liberdade pertence ao *ius naturale* e considera que a razão do devido ou indevido pertence à natureza.

A ligação da liberdade ao direito natural é uma lição da filosofia defendida por sofistas e estoicos que penetrou em Roma e vemos convocada por Trifonino para justificar a liberdade. Do mesmo modo, a explicação do que é ou não devido é remetida para a natureza da obrigação natural.

D. 23,2,14,2 (PAULO): “...unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est: contra pudorem esta utem filiam uxorem suam ducere”²⁰⁵.

Paulo justifica a impossibilidade de um pai casar com a filha ilegítima invocando o direito natural e a moral. A natureza humana sairia debilitada se tal matrimónio fosse permitido e a moral, que nela se apoia, seria fortemente posta em causa. Ou seja, a impossibilidade jurídica apoia-se na observação da *natura hominum*.

D. 38,6,4 (PAULO): “Liberi et capite minuti per edictum praetoris ad bonorum possessionem vocantur parentium, nisi si adoptivi fuerint: hi enim et liberorum nomen amittunt post emancipationem, sed si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent ius naturale liberorum”²⁰⁶.

introduzida pelo direito das gentes, na *condictio* a razão do devido ou indevido deve entender-se por natureza”.

²⁰⁵ D. 23,2,14,2: “... donde se deduz que o pai natural não pode casar-se com a sua filha ilegítima, porque para contrair matrimónio deve respeitar-se o direito natural e a moral e é imoral casar-se com uma filha”.

²⁰⁶ D. 38,6,4: “Pelo edito do pretor são chamados à posse dos bens dos seus ascendentes os descendentes ainda que tenham sido emancipados, salvo se foram adoptivos, pois estes, sendo emancipados, deixam de ser descendentes, enquanto os filhos de sangue e os dados em adopção, ao serem emancipados, conservam o direito natural de descendentes”.

Neste fragmento, Paulo ocupa-se da herança prevista no *ius praetorium*, denominada *bonorum possessio*. São chamados à sucessão os filhos de sangue mesmo emancipados, porque, embora não estivessem sujeitos à *patria potestas* do *de cuius*, conservam o seu direito natural de descendentes. Enquanto o vínculo agnático é jurídico, o de sangue é natural e, por isso, subsiste, quando aquele se perde. Impera, aqui, a *natura hominis*.

D. 44,7,58(59) (RUFINO): “*Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure natural obligatur*”²⁰⁷.

A resposta de Rufino de que não contrai nenhuma obrigação, nem sequer por direito natural, o pupilo que recebeu um empréstimo pecuniário (*mutuum*), está de acordo com a *vox naturae* que exige que quem não atingiu a idade adulta deve ser acompanhado por um tutor.

D. 47,2,1,3 (PAULO): “*Furtum est contrectatio rei fraudolosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere*”²⁰⁸.

Paulo convoca a *lex naturalis* para justificar a definição de furto. Trata-se duma disposição jurídica que se apoia na normalidade da vida dos homens em sociedade: se o furto fosse permitido, a vida seria impossível.

D. 50,17,32 (ULPIANO): “*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure natural, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*”²⁰⁹.

²⁰⁷ D. 44,7,58(59): “Quando um pupilo recebe dinheiro em mútuo, não se obriga nem sequer por direito natural”.

²⁰⁸ D. 47,2,1,3: “Furto é a subtracção fraudulenta com intenção de lucro, seja da mesma coisa, seja também do seu uso ou da sua posse, o que a lei natural impede fazer”.

Em coerência com outros jurisconsultos, Ulpiano refere que, segundo o *ius naturale*, os escravos são pessoas porque todos os homens são livres. Como já observámos, estamos perante o pensamento filosófico grego de sofistas e sobretudo estoicos, para quem, na natureza, todos os homens são iguais.

D. 50,17,206 (POMPÓNIO): “*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detriment et iniuria fieri locupletioem*”²¹⁰.

Não é possível, segundo o *ius naturale*, o enriquecimento injusto, ou seja, em que alguém se locupleta à custa alheia, sem a mínima causa jurídica. Por isso, Pompónio afirma que essa prática é proibida. Facilmente se observa, nesta proibição, um elementar princípio retirado da normalidade e absolutamente necessário à convivência dos homens em qualquer sociedade.

Fora do Digesto, há também referências ao direito natural. Seleccionamos o seguinte texto:

Gaio, 1,156: “...*At hi qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur non sunt agnati, sed alias natural iure cognati*...”²¹¹.

Uma vez mais se afirma que o parentesco oriundo da mãe é de direito natural, não jurídico. Como a experiência romana demonstrava, a mãe é sempre certa e, sendo difícil determinar o pai se não fosse casada, é preferível olhar para a *natura* que determina o parentesco consanguíneo.

²⁰⁹ D. 50,17,32: “Pelo direito civil, os escravos não são pessoas, mas não por direito natural, pois, pelo que respeita ao direito natural, todos os homens são iguais”.

²¹⁰ D. 50,17,206: “É justo por direito natural que ninguém se enriqueça com prejuízo e lesão de outro”.

²¹¹ “Mas aqueles cujo parentesco se estabelece através de pessoa de sexo feminino não são parentes agnáticos, mas o seu parentesco é de direito natural...”.

Analisadas estas fontes que nos parecem clássicas, importa retirar algumas conclusões. Não se dirá que os juriconsultos romanos foram escravos da natureza (das coisas e dos homens) que lhes retirou toda a liberdade na criação e no desenvolvimento do direito. Mas, dotados do indispensável bom senso, invocaram-na frequentemente para justificar as suas soluções e imprimir a necessária subsistência ao longo dos tempos.

Da natureza retiraram, também, princípios jurídicos sólidos a que sucessivamente se recorreu na resolução dos problemas. E, nestes casos, não surpreende que, cautamente, tenham percorrido sucessivas etapas que passam pela extracção e aplicação do princípio jurídico na solução do caso prático *sub iudice*; na aplicação desse princípio a grande número de casos; e, finalmente, na sua formulação como princípio geral²¹².

Assim, terão sido elaborados vários princípios, de que destacamos: várias pessoas não podem ser possuidores da mesma coisa (várias posses e não uma posse com diversos compossuidores); a estipulação sujeita a condição impossível é nula; o usufruto tem por objecto coisas não consumíveis pelo uso; a *capitis deminutio* não destrói o parentesco natural; a *superficies solo cedit*; os filhos naturais seguem a condição da mãe não casada; todos os homens são livres; não se pode dar uma coisa que não existe; ninguém pode transferir para outro mais direitos do que teria; etc.

Na época clássica, o apelo à *natura rerum*, à *natura hominum*, à *naturalis ratio*²¹³ e ao *ius naturale* constitui um apoio sólido a decisões, princípios e institutos jurídicos elaborados pelo pensamento jurídico romano. Porém, o direito natural não é considerado um ordenamento jurídico, mas tão-só um critério de valoração que fundamenta decisões concretas, princípios gerais e institutos jurídicos e, ao mesmo tempo, promove o progresso do direito²¹⁴.

²¹² Vide Koschembahr-Lyskowski, o.c. 476.

²¹³ *Ratio naturalis* tem o sentido de “cálculo natural”, ou seja, cálculo que tem em conta a natureza das coisas. Vide Koschembahr-Lyskowski, o.c. 469-476.

²¹⁴ Neste sentido, vide Biondi, o.c. 132; e Masci, o.c. 431-433 e 436.

Como refere Biondi, “*natura per gli antichi è realtà, essenza, normalità*” e, “*trasportata nel campo giuridico, denota quella realtà dele cose, quella necessità ineluttabile, che è presa in considerazione dal diritto*”. Todavia, a natureza é “*vista con occhio non di naturalista ma di giurista*”²¹⁵. Por isso, “*il diritto naturale più che come ordinamento si presenta come orientamento; non è racchiuso in un codice che contenga precise e tassative norme di condotta, ma esprime direttive per la legislazione umana*”²¹⁶.

5.2 ÉPOCA PÓS-CLÁSSICA

Nesta época²¹⁷, assinala-se o desenvolvimento extraordinário das ideias cristãs, que transformaram o direito natural num ordenamento absoluto, eterno, dado pela Providência Divina. Foram os ecos do racionalismo estoico²¹⁸.

A natureza deixou de ser vista como realidade objectiva, mas criação da vontade de Deus. E prepara-se o apogeu do novo direito natural, reflectindo o influxo da nova mentalidade.

Inicialmente, desenvolveu-se uma literatura cristã de carácter predominantemente apologético e catequístico. São os tempos da Patrística, cujos autores adoptam posições antagónicas, ora procurando conciliar a nova fé com a velha filosofia, ora prescindindo desta para se ocuparem da pura fé²¹⁹. Mas o Cristianismo aceitou o que há de

²¹⁵ Transcrevemos Biondi, o.c. 132-133.

²¹⁶ Continuamos a transcrever Biondi, o.c. 141.

²¹⁷ Decorre entre os anos 230 e 530. Numa primeira fase (até ao ano 395, quando o Império Romano se cindiu definitivamente em dois Impérios: o do Ocidente e o do Oriente), assinala-se a progressão da decadência com a confusão de terminologia, de conceitos, e de instituições. Na segunda fase, a confusão progride no Ocidente e é combatida no Oriente, graças às Escolas de Beirute, Alexandria e Constantinopla, cujos professores eram conhecidos por “*mestres ecuménicos do saber jurídico*”. Vide Cruz, **Direito romano**, cit. 48-51; e Justo, **A evolução do direito romano**, cit. 61-67.

²¹⁸ Vide Cotta, o.c. 636; e Fernández-Galiano, **Derecho natural: Introducción filosófica al derecho**, cit. 22.

²¹⁹ Seguimos de perto Fernández-Galiano, *ibidem* 227.

verdade na filosofia pagã²²⁰, considerando os autores cristãos que a fé enriquece e potencia a razão, não a substitui²²¹.

Observa-se que o Cristianismo trouxe três coisas fundamentais: o conceito de pessoa; a noção exacta de Deus; e a afirmação da dignidade do homem. E com estes princípios revolucionou o direito natural²²².

Particularmente importante é a doutrina de São Paulo²²³ cuja Epístola aos Romanos teve influência decisiva na aceitação, como verdade, da lei natural. O homem surge como ser racional, como pessoa, expressão da imagem de Deus. Filhos de Deus, os homens são irmãos, o que implica que as distinções sociais não nascem da natureza humana. Ao mesmo tempo, a lei natural não é só a lei da natureza, é também a lei de Deus e, por isso, deve prevalecer sobre a lei positiva: é preciso obedecer a Deus antes que aos homens²²⁴. E se a lei humana for contrária aos preceitos da lei natural (lei de Deus), não é lei²²⁵.

A doutrina de São Paulo fixou uma série de princípios que foram seguidamente desenvolvidos por filósofos cristãos: há uma lei natural escrita nos corações; esta lei manifesta-se na consciência; o seu conteúdo é o mesmo que o da moral escrita na lei mosaica, isto é, no Decálogo²²⁶.

Também importante é o entendimento de São Paulo de que “*non est potestas nisi a Deo*”²²⁷. Desta afirmação deduziu-se que Deus reina através do rei e, portanto, o homem deve inclinar-se perante o poder terreno. Só que, nos séculos III e IV, pôs-se em dúvida que a vontade do rei, sendo humana, correspondesse sempre à vontade de

²²⁰ Vide Izquierdo / Hervada, o.c. 123.

²²¹ Vide Izquierdo / Hervada, o.c. 123.

²²² Vide Izquierdo / Hervada, o.c. 122.

²²³ Sobre São Paulo jurista, vide D’Ors, **Varia romana**. I. San Pablo, jurisconsulto em *AHDE XXI-XXII* (1951-1952) 1273, que vê na Epístola aos Romanos “os *cunabula* do *ius naturale catholicum*”.

²²⁴ Vide Izquierdo / Hervada, o.c. 124-126.

²²⁵ Vide Izquierdo / Hervada, o.c. 126 e 138; e Cotta, o.c. 641.

²²⁶ Vide Izquierdo / Hervada, o.c. 128.

²²⁷ Cf. Epístola *ad Romanos* XIII,1-7.

Deus²²⁸ e, em consequência, passou a questionar-se a sua correspondência à lei natural²²⁹.

Importante é ainda a doutrina de Santo Agostinho, considerado “o mais filósofo dos Padres da Igreja” que combinou o voluntarismo cristão com o racionalismo estoico, reassumindo três fermentos doutrinais: a teologia cristã, a filosofia jurídica romana, especialmente a ciceroniana e o neoplantonismo²³⁰. Para Santo Agostinho, a *lex aeterna* “*ratio divina aut voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*”²³¹; e considera que “*omnis natura non potest esse nisi a summo et vero Deo*”²³².

Assinalam-se, nesta época, poucas aplicações dos termos *natura* e *naturalis*, em contraste com o grande número de vocábulos como *aequitas*, *aequum*, *iniquitas*, *fides*, *fides bona*, *malitia*, *dolus*, *favor*, *beneficium*, *boni mores*, *iustus*, *ratio* e outros²³³.

Entretanto, verifica-se um desenvolvimento das fontes do direito tendente à sua unificação. Como regra suprema, dotada do máximo valor, o direito natural situa-se no vértice²³⁴.

²²⁸ Vide Cotta, o.c. 641.

²²⁹ Vide Juan de Churruca, **Actitud del cristianismo ante el imperio romano** (Editorial Comares / Granada, 1999) 53, para quem a tradição cristã atribui a solene afirmação deste princípio a São Pedro e a João Zebedeu. Ainda segundo Churruca (ibidem 55), este princípio enunciado por São Pedro “*tenía claros precedentes en la tradición judía, sobre todo en momentos decisivos de los conflictos con las pretensiones de los reyes seléucidas en el campo religioso*”.

²³⁰ Vide Composta, o.c. 105; Kamphuisen, o.c. 395; Izquierdo / Hervada, o.c. 130; e Cotta, o.c. 640, que transcreve o seguinte texto de *Contra Faustum*, XXII,27: “*lex aeterna est ratio divina aut voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*”.

²³¹ Vide Cotta, o.c. 640, que transcreve este texto retirado de *Contra Faustum*, XXII,27.

²³² Vide Biondi, o.c. 137, que transcreve este texto retirado de *De nat. Boni* 1. Segundo Biondi, esta concepção passou sucessivamente à Patrística, à Escolástica e foi reformulada por São Tomás (1,2Q,93).

²³³ Vide Guglielmo Nocera, **Jus naturale nella esperienza giuridica romana** (Dott. A. Giuffrè – Editore / Milao, 1962) 62-63.

²³⁴ Vide Nocera, ibidem 64.

As fontes apresentam ecos do novo *ius naturale*, como podemos observar nos seguintes *constitutiones*:

C. 1,3,36(37),2 (ano 484): “*Omnes praeterea virorum clarissimorum provincias moderantium sententiis absque ulla privilegii differentia (qui tamen praesidali iurisdictioni subiecti sunt, sive episcopi vel quilibet clerici aut monachi aut cuiuslibet sint condicionis) pariter respondere decernimus: nulla in posterum viris clarissimis provinciarum rectoribus ad loca, in quibus incusatae personae consistunt, perneniendi necessitate penitus imponenda, cum non solum legibus, verum etiam natural quoque iuri conveniat, quos res exegerit, iudicialibus ad iudicium vocati sententiis, non ipsos iudices, quod dici etiam iniustum est, ad subiectos deduci...*”²³⁵.

Nesta constituição, o Imperador Zenão determina que todos, sem distinção (bispos, clérigos ou monges) estão sujeitos à jurisdição dos governadores das respectivas províncias e determina que se devem apresentar nos tribunais dos governadores, em vez de estes se deslocarem às terras onde vivem. Como justificação desta *constitutio*, invoca-se o *ius naturale*, perante o qual os homens são iguais. A influência cristã começou a impor-se.

C. 6,61,5,1 (ano 473): “*Quamvis ergo significatione nominis maritus vel uxor post coeptum matrimonium*

²³⁵ C. 1,3,36(37),2: “Mandamos que, no futuro, todos (sejam os que estão sujeitos à jurisdição do governador, sejam bispos ou quaisquer clérigos ou monges ou de qualquer condição) respondam igualmente, sem diferença alguma de privilégio, nas províncias dos mui esclarecidos governadores de províncias; sem que, no futuro, se imponha, de nenhuma maneira, aos mui esclarecidos governadores das províncias, a necessidade de se apresentarem nos lugares em que moram as pessoas acusadas, pois é conforme não só às leis, mas também ao direito natural, que sejam chamados a juízo por providências judiciais aqueles que o caso exigir, não que os mesmos juízes, o que é até injusto dizer-se, sejam levados ante os súbditos...”.

intellegatur, ex quo videlicet inducta est dubietas, attamen, quia consequens est ambíguas atque legum diversa interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis iuris moderamine temperare, non piget nos in praesenti quoque negotio, de quo sublimitas tua suggesti, aequitati convenientem Iuliani tantae existimationis viri atque disertissimi iuris periti opinionem sequi, qui cum de dotali praedio tractatu propósito idem ius tam de uxore quam de sponsa observare arbitratus sit, licet lex Iulia de uxore tantum loquatur: qua ratione tam sponsaliciam donationem quam hereditatem, quam memoratus sponsu suam sponsam lucrari voluit, non adquiri patri, sed ad eam perveniri benignum esse perspeximus”²³⁶.

Em causa está o problema de saber se a referência da *lex Iulia* a *uxor* também compreende a *sponsa* para efeitos de saber se uma disposição gratuita (doação nupcial ou herança) feita pelo noivo à noiva, pertence, à morte do noivo, à noiva ou ao pai do disponente.

Os Imperadores Leão e Antémio consideram que a interpretação das questões ambíguas e duvidosas deve ser feita favorável e moderadamente como determina o direito natural e invocam também a *auctoritas* de Juliano que defende a solução equitativa de tratar a noiva como se fosse esposa.

²³⁶ C. 6,61,5,1: “Assim, pois, ainda que pelo significado da palavra se entenda que há marido ou mulher depois de iniciado o matrimónio, do qual, por certo, nasceu a dúvida, no entanto, como é consequente que as questões ambíguas e as duvidosas por diversas interpretações das leis sejam resolvidas favoravelmente e com a moderação do direito natural, não vacilamos em seguir, também no caso presente, que a tua sublimidade nos submete, a opinião ajustada à equidade de Juliano, varão de grande reputação e mui ilustre jurisconsulto. E, como este, no tratado escrito sobre o fundo dotal, estimou que se observasse o mesmo direito assim relativo à mulher como à esposa, ainda que a lei Júlia fale somente da mulher, por esta razão, vimos que é equitativo que tanto a doação sponsalícia como a herança que o mencionado esposo quis que a sua esposa lucrasse, não sejam adquiridas pelo pai, mas que vão para o poder desta”.

A referência à equidade e, sobretudo à moderação do direito natural, permite retirar a conclusão de que este direito é invocado para justificar o afastamento da rudeza e da injustiça da interpretação puramente literal.

C. 9,47,17 (ano 315): “*Si quis in metallum fuerit pro criminum deprehensorum qualitate damnatus, minime ei eius facie scribatur, quum et in manibus et in suris possit poena damnationis una scriptione comprehendī, quo facies, quae ad similitudinem pulchritudinis est coelestis figurata, minime maculetur*”²³⁷.

Promulgada por Constantino, esta *constitutio* assinala a influência humanizadora que as ideias cristãs determinaram ou incentivaram. Vão desaparecendo as antigas disposições lesivas da dignidade humana²³⁸.

Finalmente, merece particular referência a moralização que a obediência a Deus produziu nos decadentes costumes do Império Romano²³⁹.

5.3 ÉPOCA JUSTINIANEIA

5.3.1 Análise geral

Nesta época²⁴⁰, consolida-se a doutrina teológico-cristã que considera o direito natural um ordenamento absoluto, eterno, dado pela Providência Divina, como observamos no seguinte texto:

²³⁷ C. 9,47,17: “Se alguém tiver sido condenado às minas pela qualidade dos seus crimes descobertos, de maneira nenhuma seja marcado no rosto, porque a pena da condenação pode pôr-se com uma única marca, assim nas mãos como nos músculos dos braços, com a qual não se manchará de modo nenhum a cara que está formada à semelhança da beleza celestial”.

²³⁸ Neste sentido, vide Biondi, o.c. 147.

²³⁹ Neste sentido, vide Izquierdo / Hervada, o.c. 136. Segundo estes Autores, (o.c. 127), os primeiros cristãos não desprezaram as leis do Estado romano.

²⁴⁰ Decorre entre os anos 530 e 565 (ano da morte do Imperador Justiniano). É dominada por influências da filosofia helénica e pela reacção (denominada

I. 1,2,11: “*Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, sempre firma atque inmutabilia permanente...*”²⁴¹.

Trata-se inequivocamente da concepção teológico-cristã que o direito de Justiniano acolheu. Como refere Fernández-Galiano, “*la vieja tesis iusnaturalista del pensamiento greco-romano se ha insertado ya con los dogmas del cristianismo*”²⁴². Ou, nas palavras de Nocera, “*la canonizzazione del diritto naturale quale cardine dell’ordine giuridico è opera indubbia di Giustiniano*”²⁴³. Foi o culminar duma longa evolução, no fim da qual o direito natural atinge o seu apogeu, apresentando-se como categoria dogmática de *ius*²⁴⁴.

Como bom classicista²⁴⁵, Justiniano não pôs de parte os textos dos jurisconsultos da época clássica²⁴⁶ que não comprometiam a nova concepção do direito natural; e, se não estivessem em conformidade, ordenou que fossem alterados²⁴⁷.

classicismo) que procurou travar a progressão da vulgarização do direito romano. Vide Cruz, **Direito romano**, cit. 51; e Justo, **A evolução do direito romano**, cit. 67-68.

²⁴¹ I. 1,2,11: “Na verdade, as leis naturais, que se observam igualmente em todos os povos, estabelecidas por certa providência divina, permanecem sempre firmes e imutáveis...”.

²⁴² Vide Fernández-Galiano, **Derecho natural: Introducción filosófica al derecho**, cit. 221. Vide também: Kamphuisen, o.c. 402-403.

²⁴³ Vide Nocera, o.c. 28. Este Autor destaca a “*colorazione religiosa que l’idea di diritto naturale assume nel pensiero e nella política del principe illirico, preoccupato di tenere specialmente l’impero d’Oriente, che era privato di coesione etnica, saldamente unido col vincolo della ortodossia religiosa*” e a “*più viva e tenace influenza che la tradizione greco-orientale esercita sulla cultura giuridica del legislatore*”.

²⁴⁴ Neste sentido, vide Villey, **Deux conceptions du droit naturel dan l’antiquité**, cit. 463.

²⁴⁵ Vide Cruz, **Direito romano**, cit. 651.

²⁴⁶ Vide Koschembahr-Lyskowski, o.c. 497; e Nocera, o.c. 8 e 79.

²⁴⁷ Vide Bartosek, o.c. 494, para quem a concordância com a base materialista e social foi substituída por um direito eterno e absoluto que era também a vontade do legislador. Ainda segundo este Autor, “*per i giustinianeî, la*

Mas continuemos a observar as fontes que seleccionamos:

1,2pr.: “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreation et education: videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censi*”²⁴⁸.

Este texto corresponde ao fragmento que, no Digesto, é atribuído a Ulpiano²⁴⁹ e constitui, na opinião de filósofos e romanistas, uma verdadeira *vexata quaestio*, chegando a considerar-se uma *frase desafortunada*²⁵⁰ e uma “*fonte, soprattutto nel medioevo, di tanti equivoci e di tante confusioni sulla nozione di diritto naturale, e che purtroppo tuttora permangono*”²⁵¹. De todo o modo, esta ideia de um direito natural cuja influência estoica parece presente, embora porventura mal interpretada, foi acolhida nas *Institutiones* de Justiniano que, como sabemos, foram redigidas para o estudo do direito romano e, portanto, proporcionar aos estudantes a noção de natureza comum a homens e animais.

natura non è più la realtà obbiettiva, ma “quella natura che proviene dalla volontà divina e che, appunto per tale provenienza, presenta carattere di inderogabilità”. No mesmo sentido, Pizzorni, o.c. 57, escreve que “*la natura nel pensiero de Giustiniano [...] è Dio senz’altro: “natura, id est Deus”*”.

²⁴⁸ I. 1,2pr.: “Direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais. Com efeito, este direito não é próprio só do género humano, mas de todos os seres animados que nascem no céu, na terra ou no mar. Daqui deriva a união do macho e da fêmea que denominamos matrimónio; daqui a procriação e a criação dos filhos. Notamos, na verdade, que os demais animais estão também habilitados na prática deste direito”.

²⁴⁹ Vide infra, nota 275.

²⁵⁰ Vide Izquierdo / Hervada, o.c. 120.

²⁵¹ Transcrevemos Pizzorni, o.c. 50.

I. 1,5pr.: “... *Quae res a iure gentium origine sumpsit, utpote, cum iure natural omnes liberi nascerentur...*”²⁵².

Apesar de a velha filosofia estoica, que o Cristianismo acolheu e procurou reforçar, considerar que os homens são iguais, quer porque têm a mesma natureza quer, depois, porque são filhos de Deus, a escravidão manteve-se no Império Romano e, atravessando a Idade Média e a Idade Moderna, chegou até ao século XIX e, como assinala Alejandro Guzmán, é praticada “*aún por ciertos pueblos en nuestros días*”²⁵³.

Nem sequer o Imperador Marco Aurélio que, seguindo a filosofia estoica, considerava que “*todos os homens são irmãos*”²⁵⁴, conseguiu afastar esta instituição porque a sociedade em que viveu e governou não estava preparada para viver sem escravos. No entanto, por influência daquela filosofia, assistiu-se, em plena época clássica, à moderação das relações entre donos e escravos que se foram tornando cada vez mais humanas²⁵⁵.

²⁵² I. 1,5pr.: “Isto [a manumissão] tem a sua origem no direito das gentes, porque por direito natural todos os homens nascem livres...”.

²⁵³ Vide Guzmán, o.c. 17.

²⁵⁴ Vide Pizzorni, o.c. 48.

²⁵⁵ Neste sentido, vide Biondi, o.c. 156. Em contraste com o tratamento romano da escravidão, Guzmán assinala, ainda no século XVIII, um certo tipo de justificação da escravidão negra, servindo-se dum texto em que Montesquieu manifesta a sua ironia. Transcreve-se: “*Si yo tuviera que defender el derecho que hemos tenido los blancos para hacer esclavos a los negros, he aquí todo lo que diría: exterminados los pueblos de América por los de Europa, estos últimos han debido esclavizar a los de Africa para servirse de ellos en el desmonte de tantas tierras. El azúcar sería demasiado caro si no se hiciese trabajar la planta que la produce por medio de esclavos. Estos de los que aquí se trata son negros de los pies a la cabeza, y tienen la nariz tan aplastada, que es casi imposible compadecerlos. No se concibe que Dios, un ser tan sabido, haya puesto un alma, y sobre todo un alma buena, en un cuerpo enteramente negro [...] Es imposible suponer que tales seres sean hombres*”. Guzmán considera que este texto “*refleja com sentido crítico un tipo de argumentación que era corriente en la Europa del siglo XVIII para justificar la escavitud negra*” E conclui: “*Tal tipo de argumentación, que*

Todavia, sempre foi concedida, aos donos, embora por vezes com algumas restrições²⁵⁶, a faculdade de concederem a liberdade aos seus escravos, através de um acto (*manumissio*) previsto no *ius civile* ou no *ius praetorium*. E foi uma prática facilitada que implementou significativamente o *favor libertatis*²⁵⁷.

Regressando ao direito de Justiniano, as *Institutiones* referem que a manumissão é uma figura do direito das gentes, exactamente porque no direito natural não há escravos. Por outras palavras, reconhece-se que a escravidão é uma figura convencional e não derivada da *natura hominis*, perante a qual os homens são iguais e, portanto, livres²⁵⁸.

1,15,1: “...*At qui per feminini sexus personas cognationes iunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati...*”²⁵⁹.

sepamos, no ha passado jamás por la mente de los juristas romanos”. Vide Guzmán, o.c.41-42.

²⁵⁶ O elevado número de escravos que, libertos, se tornavam cidadãos romanos, constituiu, em determinado momento, um perigo ao predomínio político das classes governantes, aconselhando uma política protectora da romanidade. Assim, no ano 2, a *lex Fufia Caninia* fixou limites ao número de manumissões feitas por um dono; e a *lex Aelia Sentia* impôs uma diferença de idades mínima entre donos e escravos, ressaltando situações de justa causa devidamente reconhecidas. Vide Justo, **Direito privado romano**: I. Parte geral, cit. 127-128.

²⁵⁷ Vide Biondi, o.c. 156.

²⁵⁸ Já no tempo de Aristóteles a escravidão era uma questão debatida entre quem a considerava uma instituição natural e quem, pelo contrário, a atribuía a um acordo (convenção) dos homens. Este problema tinha consequências necessariamente diferentes: se fosse natural, a natureza consagrava uma desigualdade; se fosse convencional, seria injusta, porque *contra naturam*. Ainda na antiga Grécia, o sofista Alcidas proclamava a igualdade dos homens, enquanto, segundo parece, Aristóteles considerava que naturalmente os homens podiam ser escravos. Em Roma, o estoicismo considera os homens iguais e, portanto, livres e os juristas romanos [(v.g., FLORENTINO (D.1,5,4pr.-1), TRIFONINO (D. 12,6,4) e ULPIANO (D. 1,1,4)] entendem que a escravidão pertence ao direito das gentes (*ius gentium*). Trifonino (D. 1,5,4,1) chega mesmo a afirmar que é *contra naturam*. Vide Guzmán, o.c. 17-40.

Acolhendo a posição do direito clássico que distinguia o parentesco jurídico (civil) do parentesco de sangue ou cognatício e considerava que os filhos ilegítimos tinham o estatuto da mãe, com base no vínculo de sangue, o presente texto reforça a ideia de que na natureza humana só há lugar para o parentesco consanguíneo, por isso, dito *ex iure naturali*. Também aqui não há nenhuma alteração ao direito clássico.

I.1,15,3: “*Sed adgnationis quidem ius omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam adgnatio iuris est nomen. cognationis vero ius non omnibus modi commutatur, quia, civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalis vero non utique*”²⁶⁰.

A mesma ideia se repete neste texto. Constituindo a *cognatio* um vínculo não jurídico, mas natural (parentesco consanguíneo), a mudança de *status (capitis deminutio)* não produz aqui os seus efeitos, como sucede na *adgnatio*. Se esta é exclusivamente *ex iure civili*, só no âmbito deste *ius* essas alterações se podem produzir. Trata-se de doutrina clássica consolidada.

I. 1,20,6: “*Impuberes autem in tutela esse naturali iuri conveniens est, ut is, qui perfecta aetatis non sit, alterius tutela regatur*”²⁶¹.

²⁵⁹ I. 1,15,1: “... mas os que estão unidos em parentesco por pessoas do sexo feminino não são agnados, mas cognados, ou seja, parentes por direito natural...”.

²⁶⁰ I. 1,15,3: “Mas o direito de agnação, na verdade, extingue-se as mais das vezes por todos os modos de *capitis deminutio*, pois a agnação é um vínculo do direito (civil). Mas o direito de cognação não se altera do mesmo modo, porque a lei civil pode destruir certamente os direitos civis, mas não os naturais”.

²⁶¹ I. 1,20,6: “É conforme ao direito natural que os impúberes estejam sob tutela de sorte que quem não tem idade suficiente (para cuidar de si) seja regido pela tutela de outro”.

Como já observámos²⁶², a tutela é um instituto que se destina a proteger quem ainda não atingiu a idade adulta. Se os homens não têm a necessária experiência para cuidar da sua vida, carência que corresponde à *natura hominum*, a natureza humana exige que sejam acompanhados por pessoa idónea (*tutor*). Ou seja, a tutela é um instituto do *ius naturale* que o direito civil consagra.

I. 2,1,18: “*Item lapilli gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, iure naturali statim inventoris fiunt*”²⁶³.

De novo estamos perante uma disposição do direito clássico, que o direito de Justiniano reproduz fielmente. Trata-se da aquisição da propriedade por ocupação de *res* encontradas no litoral marinho que não têm dono. Não há hipótese de conflitualidade entre proprietários e, portanto, justifica-se a *occupatio*. São situações normais que os juristas justificam recorrendo ao *ius naturale*.

I. 2,1,40: “*Per traditionem quoque iure natural res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est natural aequitatti, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transfere, ratam haberi...*”²⁶⁴.

Também a aquisição da propriedade por *traditio* do proprietário antigo ao novo é uma situação normal, que corresponde às suas vontades. Enquanto modo de aquisição da propriedade, a *traditio* dependia do cumprimento de diversos requisitos²⁶⁵ que conferiam à

²⁶² Vide supra 5.1.

²⁶³ I. 2,1,18: “Da mesma maneira, as pedras preciosas e os demais objectos que se encontram no litoral marinho tornam-se, por direito natural, de quem as encontra”.

²⁶⁴ I. 2,1,40: “Segundo o direito natural adquirimos também o domínio das coisas por meio da entrega (*traditio*), porque nada é tão conforme à equidade natural do que a verdadeira vontade do proprietário que quer transferir a outro uma coisa sua...”.

²⁶⁵ Destacamos: 1) a legitimidade (em obediência ao princípio *nemo plus iuris ad alium transfere potest, quam ipse habere*); 2) a capacidade de exercício

translatio dominii a autenticidade e a necessária segurança²⁶⁶. Havia normalidade que a invocação do *ius naturale* manifesta.

I. 3,1,11: *Namque naturales emancipati beneficio praetoris gradum liberorum reinent, licet iure civil perdunt; adoptivi vero emancipati et iure civil perdunt gradum liberorum et a praetore non adiuvantur. Et recte: naturalis enim iura civilis ratio peremere non potest nec, quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiaeve aut nepotes neptesve esse...*²⁶⁷.

Este texto é claro na afirmação de que o *ius civile* não pode destruir os vínculos naturais; por isso, os filhos de sangue emancipados não deixam de ser filhos naturais e, portanto, ocupam, no direito sucessório romano, disciplinado pelo *ius praetorium*, a mesma posição que, no *ius civile*, ocupavam antes de serem emancipados. Não assim com os filhos adoptivos que, sendo parentes por virtude do direito (parentesco jurídico ou agnático), deixam de o ser se este vínculo se quebrar.

do *tradens*); 3) o objecto: devia ser coisa corpórea, *nec Mancipi*, (enquanto esta classificação se manteve) e encontrar-se *in commercio*; 4) a alienação não ser proibida por lei, magistrado ou vontade das partes (na época clássica, as proibições voluntárias apenas tinham eficácia pessoal. O direito de Justiniano admitiu alguns casos de invalidade: D. 2,14,61; C. 4,51,7); 5) vontade das partes; 6) *iusta causa traditionis* (o negócio jurídico que a *traditio* executa). Vide Justo, **Direito privado romano** – III (*direitos reais*), cit. 99-100.

²⁶⁶ Note-se que, ainda hoje, alguns direitos (v.g., brasileiro e alemão) atribuem à compra e venda efeitos obrigacionais. A propriedade não se transfere por efeito do contrato, mas por acto subsequente (a *traditio* de coisas móveis; o registo de imóveis). Em causa está a necessidade de se transmitir segurança jurídica que a publicidade pretende assegurar. Vide Justo, **Direitos reais**³ (Coimbra Editora / Coimbra) 35-37 e 275-277.

²⁶⁷ I. 3,1,11: “Portanto, os descendentes adoptivos têm menos direitos do que os naturais. Com efeito, emancipados estes, mantêm, por benefício do pretor, o grau de descendentes, ainda que por direito civil o percam. Mas os adoptivos emancipados perdem também por direito civil o grau de descendentes e não são auxiliados pelo pretor. E com razão: porque o direito civil não pode destruir os vínculos naturais e, ainda que deixem de ser *heredes sui*, não podem deixar de ser filhos ou filhas, netos ou netas...”.

I. 4,1,1: “*Furtum est contrectatio rei fraudulosa vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*”²⁶⁸.

Estamos perante a mesma disposição que já observámos num fragmento atribuído a Paulo²⁶⁹. Nada mais natural do que atribuir a proibição do furto ao *ius natural*. Nenhuma sociedade subsistiria se o furto não fosse proibido.

C. 5,12,30,1: (ano 529) “*Volumus itaque eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut, sive ex natural iure eiusdem mulieris res esse intellegantur vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam perveniesse, per utramque viam sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur*”²⁷⁰.

Durante vários séculos, a propriedade dos bens dotais foi atribuída aos maridos que, por isso, dispunham de poderes quase ilimitados²⁷¹. Todavia, depois de uma longa evolução, tais bens foram considerados, segundo parece já na época clássica, propriedade das mulheres, desempenhando os maridos a função de administradores ou gestores. E, para garantir os danos e a restituição após a dissolução do

²⁶⁸ I. 4,1,1: “O furto é a subtração fraudulenta de uma coisa, seja a própria coisa, seja o seu uso ou posse, o qual está proibido por direito natural”.

²⁶⁹ Vide supra, nota 208.

²⁷⁰ C. 5,12,30,1: “Assim, queremos que ela tenha a acção real como sobre tais bens próprios e que possua a hipotecária com preferência a todos, para que se entenda que, por direito natural, são da própria mulher os bens, já que, conforme à subtileza das leis entraram na propriedade do marido, se atenda plenissimamente ao interesse dela por uma e outra via, ora pela acção real ora pela hipotecária”.

²⁷¹ Na época clássica, a *lex Iulia de adulteriis* proibiu a alienação e a hipoteca dos *fundi* dotais situados em Itália, sem o consentimento da mulher. Vide Justo, Direito privado romano – IV (direito da família) em **Studia iuridica** 93 (Coimbra Editora / Coimbra, 2008) 129 e as fontes aqui citadas (129⁸²⁰).

matrimónio por morte do marido ou divórcio, as mulheres gozavam duma garantia real legal sobre os bens dos maridos. No direito justiniano, nem com o consentimento das mulheres os maridos podem alienar ou hipotecar os *fundi* dotais, para que “*a fragilidade do seu sexo não se converta em prejuízo do seu património*”²⁷². A atribuição às mulheres duma acção real (*rein vindicatio*) que lhes permite obter a restituição das *res* corpóreas dotais marca o ponto final desta evolução²⁷³. Ao lado desta *actio*, as mulheres continuam a dispor da acção hipotecária que tutela a garantia real sobre os bens dos maridos.

De novo, invoca-se a *fragilitas sexus* na protecção das mulheres e justifica-se a propriedade dos bens dotais, que a antiga subtilidade das leis tinha atribuído aos maridos, com a estabilidade e a superioridade do *ius naturale*.

N. 12,1 (ano 535): “*Sancimus igitur, de cetero, si quis illicitas et contrarias naturae (quas lex incestas, et nefandas, et damnatas voca) contraxerit nuptias [...] mox ei suarum rerum casum imminere [...] et nocuerit autem et generi, egerit vero quae impia sunt et scelestas, et talia concupierit, qualia plurima etiam irrationabilia amovent animalia, sitque ei poena non confiscatio solum, sed etiam cinguli privatio et exsilium [...] quatenus discat caste vivere et intra naturam se continere, non autem delectari et amare ultra terminum traditum nobis a natura...*”²⁷⁴.

²⁷² I. 2,8pr.: “*se sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur*”.

²⁷³ Vide Justo, *ibidem* 127-131.

²⁷⁴ N. 12,1: “*Ordenamos, pois, que, no futuro, se alguém tiver contraído núpcias ilícitas e contrárias à natureza (as quais se chamam incestuosas, nefandas e condenadas), [...] seja ameaçado, desde logo, com a perda dos seus bens [...] e prejudicou também os seus descendentes e fez coisas que são ímpias e malvadas e desejou tais coisas que repugnam ainda a muitos animais irracionais e haja para eles pena não só do confisco, mas também a privação do cingulo e desterro [...] para que aprenda a viver castamente e a conter-se dentro dos limites da natureza, mas não a deleitar-se e a amar fora dos termos que nos foram concedidos pela natureza...*”.

Nesta Novela, Justiniano combate energicamente as relações incestuosas, que considera *contra naturam*, para que os infractores aprendam a viver castamente dentro dos limites concedidos pela natureza. A referência à natureza que, criada por Deus, é regulada pelo *ius naturale*, justifica a rudeza das sanções (confisco, privação do cingulo e desterro).

D. 1,1,1,3 (ULPIANO): “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerī*”²⁷⁵.

Este fragmento atribuído a Ulpiano tem sido alvo de graves críticas, que o consideram ora uma “*definizione difettosa*” que é necessário abandonar²⁷⁶, ora uma “*frase desafortunada*”²⁷⁷, ora que é “*extraña a la tradición jurídica*”²⁷⁸, ora uma redacção não feliz²⁷⁹. Há ainda quem entenda que se trata duma “*legge intuita e praticata dagli uomini allo stato di natura, ma poi dimenticata e sostituita dalle leggi degli Stati*”²⁸⁰; e também quem observe, aqui, uma visão corrente entre os filósofos de que “*l’homme et la bête ont, sous*

²⁷⁵ D. 1,1,1,3: “O direito natural é aquele (direito) que a natureza ensinou a todos os animais, pois este direito não é próprio do género humano, mas comum a todos os animais da terra e do mar, também é comum às aves. Daí deriva a união do macho e da fêmea que denominamos matrimónio; daí, a procriação dos filhos e, daí, a sua educação. Pois vemos também que os outros animais, incluindo os selvagens, parece que têm conhecimento deste direito”.

²⁷⁶ Vide Pizzorni, o.c. 51¹⁰³.

²⁷⁷ Assim, Pollock, apud Izquierdo / Hervada, o.c. 120.

²⁷⁸ Assim, Jolowicz apud Izquierdo / Hervada, o.c. 120.

²⁷⁹ Vide Kamphuisen, o.c. 404.

²⁸⁰ Transcrevemos Pasquale Voci, **Istituzioni di diritto romano**⁵ (Giuffrè Editore/Milão, 1996) 59.

*certaines rapports, una nature commune, qu'il y a des lois auxquelles les hommes aussi bien que les animaux sont soumis de par nature, telles la coniungio, la creatio, l'educatio des petits” e, la loi de la nature, donc, ne s'applique pas exclusivement aux hommes, mais aussi aux animaux*²⁸¹.

De todo o modo, estamos perante uma formulação de influência estoica²⁸² que também surge em Cícero²⁸³. No entanto, sendo difícil pensar que Justiniano tenha entendido que as leis que regem os animais irracionais são direito²⁸⁴, há quem entenda que o texto teria sido alterado por influência bizantina que lhe atribui valor meramente teórico²⁸⁵. Neste sentido, o *ius naturale* dirige a *natura rerum* que, criada por Deus, está acima dos homens e do próprio legislador. É a doutrina teológico-cristã que Justiniano consagrou.

D. 1,1,1,4 (ULPIANO): “*Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a natural recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*”²⁸⁶.

Estamos, de novo, perante o pensamento jurídico clássico, que Justiniano manteve no Digesto. Aí se distinguem o *ius naturale* do *ius*

²⁸¹ Transcrevemos Kamphuisen, o.c. 406-407, para quem não podemos reprovar Ulpiano.

²⁸² Vide Pizzorni, o.c. 42 e 51¹⁰³; e Izquierdo / Hervada, o.c. 120.

²⁸³ Cf. *De leg.*, 1,12,33; -1,13,35. Vide Kamphuisen, o.c. 405.

²⁸⁴ Neste sentido, vide Izquierdo / Hervada, o.c. 120, que referem a inexistência, no *Corpus Iuris Civilis*, de passagem alguma em que os animais sejam considerados sujeitos de direito.

²⁸⁵ Neste sentido, vide Guglielmo Castelli, Intorno a una fonte greca del fr. 1 § 3 D. 1,1 em **Studi in onore di Silvio Perozzi** (Arti Grafiche G. Castiglia – Editore /Palermo, 1925) 55-57 que vê neste fragmento “*non un parto della fantasia di Ulpiano, o dei compilatori, ma l'infelice adattamento di un concetto, elaborato da retoricisti ellenici, sopra un tenue spunto di filosofia pitagorica*”.

²⁸⁶ D. 1,1,1,4: “O direito das gentes é aquele (direito) que todos os povos humanos usam. O qual pode entender-se facilmente que se distingue do (direito) natural porque este é comum a todos os animais e o das gentes unicamente aos homens entre si”.

gentium, porque, seguindo a orientação do fragmento anterior atribuído a Ulpiano, aquele é comum a todos os animais, enquanto este é próprio do género humano e, portanto, comum apenas aos homens. Nas palavras de Gaio, “*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*”²⁸⁷.

No entanto, importa completar este texto com o fragmento seguinte, também atribuído a Ulpiano:

D. 1,1,4 (ULPIANO): “... *Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote quum iure naturali omnes liberi nascerentur, nec esse nota manumissio, cum servitus esset incognita*”²⁸⁸.

Com efeito, é na *natura hominis* que aqueles direitos (natural e das gentes) se distinguem: naquele, todos os homens são iguais e, portanto, livres; neste, há homens livres e homens escravos e, por isso, a *manumissio* é uma figura *iure gentium*. No entanto, a relação entre estes dois direitos tem suscitado alguns equívocos, porque as fontes ora os identificam, ora os distinguem. Basta observar os seguintes textos:

I. 2,1,11 “*Singolorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nasciscimur iure naturali, quod sicut diximus, appellatur ius gentium...*”²⁸⁹.

²⁸⁷ Gaio 1,1: “... Em contrapartida, o que a razão natural estabelece entre todos os homens e é observado com carácter geral por todos os homens é chamado direito das gentes, isto é, como se fosse o direito que todos os povos usam”.

²⁸⁸ D. 1,1,4: “A qual [manumissão] procede do direito das gentes, pois, por direito natural, todos os homens nasciam livres e era desconhecida a manumissão, por não se conhecer a escravidão...”.

²⁸⁹ I. 2,1,11: “As coisas tornam-se dos particulares de muitos modos: com efeito, adquirimos o domínio de algumas por direito natural, chamado, como temos dito, direito das gentes...”. Cf. igualmente: I. 2,1,41; D. 1,1,6pr.; -16,3,31pr.; -18,1,1,2; -19,2,1; -41,1,1pr.; -50,17,84,1. Vide Gaudemet, o.c. 462; Koschembahr-Lyskowski, o.c. 480; Kamphuisen, o.c. 405-406; e Voci, o.c. 59.

I. 1,2,2: “...*Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam, usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae. Iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur...*”²⁹⁰.

Esta contradição, que tem levado alguns romanistas a falar ora de equívocos e de incoerência²⁹¹ ora de interpolações que afastam a sua autenticidade clássica²⁹², ora duma tendência na equiparação do *ius naturale* ao *ius gentium*²⁹³, relaciona-se com o problema da possível bipartição clássica (*ius civile* e *ius gentium*) e da tripartição bizantina (*ius civile*, *ius naturale* e *ius gentium*)²⁹⁴, sustentando-se que os bizantinos teriam transformado aquela nesta²⁹⁵.

²⁹⁰ I. 1,2,2: “O direito das gentes é comum a todo o género humano. Pois as nações estebeleceram entre si certas leis, exigidas pelo uso e por necessidades humanas: apareceram as guerras e com elas o cativo e a escravidão, que são contrárias ao direito natural, pois por este direito todos os homens nasciam livres”. Cf. igualmente: I. 1,5pr.; D. 1,1,4; 1,5,4pr.-1; 12,6,64; -16,3,31pr.; -50,17,32. Vide Gaudemet, o.c. 462; Koschembahr-Lyskowski, o.c. 481-482, 489 e 496-497; Burdese, o.c. 417; e Mario Talamanca, **Istituzioni di diritto romano** (Dott. A. Giuffrè Editore / Milão, 1990) 51-52.

²⁹¹ Neste sentido, vide Gaudemet, o.c. 462 e 466.

²⁹² Vide Castelli, o.c. 55; e D’Ors, **Derecho privado romano**⁹, cit. § 32, para quem “*la distinción entre derecho de gentes y derecho naturel es clara en el pensamiento cristiano, y se delata en algunas interpolaciones.*”

²⁹³ Vide Burdese, o.c. 416.

²⁹⁴ Vide Pizzorni, o.c. 51.

²⁹⁵ Vide Castelli, o.c. 55; Fernández-Galiano, **Derecho natura: Introducción filosófica al derecho**, cit. 219-221; e Guaman, o.c. 24, para quem “*se partió del presupuesto que la tricotomía ius naturale-ius gentium-ius civile [...] no era clásica, y que los juristas de esta última época sólo conocieron una dicotomía entre ius gentium y ius civile [...]. En el interior de esta dualidad, la servidumbre se les habría presentado a los clásicos como perteneciente al ius gentium y, por tanto, como natural; tan sólo en la época postclásica, por influencia cristiana, la consideración de la esclavitud como algo natural habría parecido repugnante, y de ahí el establecimiento de la*”

De qualquer modo, e considerando que assim terá sido, como defendem os romanistas italianos²⁹⁶, quer a bipartição quer a tripartição só têm valor descritivo, nada dizendo sobre a concreta operatividade de uma norma quer pertença ao *ius civile*, ao *ius gentium* ou ao *ius naturale*²⁹⁷.

Regressando à pretensa confusão entre o *ius naturale* e o *ius gentium*, cremos, com D'Ors, que “*la distinción entre derecho de gentes y derecho natural es clara en el pensamiento cristiano*”²⁹⁸ O que vincula e reforça a ideia de que *ex iure naturali* todos os homens são iguais e, portanto, livres. A escravidão é um instituto do *ius gentium* e, por isso, praticada entre os diversos povos.

D. 1,1,6pr. (ULPIANO): “*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*”²⁹⁹.

Quanto à relação entre o *ius civile* e o *ius naturale*, Ulpiano refere que nem sempre se confundem, porque aquele pode ser acrescentado ou subtraído. Estamos perante situações de indiferença perante o *ius naturale* ou, no mínimo, que não o contrariam substancialmente, como ocorre sobretudo em matérias de carácter processual, cujas normas acentuadamente técnicas podem ser naturalmente indiferentes, ou, como observa Biondi, há “*zone di*

tricotomía, frente a la cual la esclavitud, todavía atribuída al ius gentium, perdía, sin embargo, su carácter natural y adquiría uno meramente convencional. En consonancia con la nueva visión, se habría procedido a interpolar los textos que hemos analizado, para hacerlos decir lo que actualmente dicen”.

²⁹⁶ Vide Bonfante, **Instituciones de derecho romano**⁵, cit. 19.

²⁹⁷ Neste sentido, vide Talamanca, o.c. 52.

²⁹⁸ Transcrevemos D'Ors, **Derecho privado romano**⁹, cit. §32.

²⁹⁹ D. 1,1,6pr.: “O direito civil é o [direito] que nem se afasta totalmente do direito natural ou das gentes nem se conforma totalmente com ele. Assim, quando acrescentamos ou subtraímos algo ao direito comum, tornamo-lo direito próprio, isto é, civil”.

*rapporti, che formano oggetto di regolamentazione da parte dello Stato, rispetto alle quali il diritto naturale resta muto*³⁰⁰.

Um exemplo de que o *ius civile* pode afastar-se do *ius naturale* é apresentado no seguinte fragmento:

D. 16,3,31pr. (TRIFONINO): “*Bona fides quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium, an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? Veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda, an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit, restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet*”³⁰¹.

Se alguém que fez um depósito, foi depois deportado e os seus bens confiscados, estes bens deviam ser restituídos ao depositante, segundo o *ius naturale*. Mas, se considerarmos o *ius civile*, reverterem para o tesouro público para que esta sanção sirva de prevenção geral.

D. 1,5,4pr. (FLORENTINO): “*libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*”³⁰².

³⁰⁰ Vide Biondi, o.c. 152.

³⁰¹ D. 16,3,31pr.: “A boa fé que se exige nos contratos requer a máxima equidade. Mas estimamo-la segundo o mero direito das gentes ou com sujeição aos preceitos civis e pretórios? Por exemplo: um réu de pena capital depositou, em ti, cem mil sestércios; foi deportado e os bens confiscados. Temos de os devolver ao mesmo ou de os levar ao tesouro público? Se apenas tivermos em conta o direito natural e o das gentes, temos de restituir a quem os depositou; se o direito civil e a ordem legal, temos de os levar ao tesouro público, porque o castigado publicamente deve padecer necessidade para que, com o seu exemplo, afaste os demais dos crimes”.

³⁰² D. 1,5,4pr.: “A liberdade é a faculdade natural de fazer o que se quiser com exceção do que é proibido por força maior ou pela lei”.

A definição de *libertas* que Florentino nos oferece como a faculdade natural de fazermos o que quisermos, contanto que a força maior ou a lei não poiba, remete-nos para a concepção de Cícero de que “*legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*”³⁰³. Na concepção justinianeia, obedecer à lei positiva é obedecer ao direito natural que o concretiza.

3,12,1: “*Erat ex senatus consulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per senatus consultum amittebat et cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes et a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus*”³⁰⁴.

Esta disposição mostra a diferença de concepções entre a época clássica e a de Justiniano. Enquanto naquela se impôs a condenação da mulher ao estatuto de escrava do dono do escravo com quem mantivesse relações sexuais e, em consequência, os seus bens seriam adquiridos pelo *dominus servi*, porque se considerava, primeiro, “o rebaixamento dum pessoa livre unindo-se à miséria dum escravo”; e agora, por influência cristã, invoca-se “a necessidade de tutelar a moral sexual”³⁰⁵.

Ressalta também, a ideia de igualdade dos seres humanos (mulher e homem) e a indignidade de perpetuar uma solução que, ofendendo-a, não pode deixar de ser *contra naturam*.

N. 134,8 (ano 556): “*Et illud vero praevidimus pro subictorum ulititate corrigere, ut, si qua mulier crediti*

³⁰³ Cf. *Pro Clentio* LIII,146. Vide Pizzorni, o.c. 41.

³⁰⁴ I. 3,12,1: “Havia também, em virtude do senatusconsulto Claudiano, uma aquisição universal miserável, quando uma mulher livre, dominada pelo amor a um escravo, perdia, pelo dito senatusconsulto a liberdade e, com ela, os seus bens: o qual, julgando nós ser indigno dos nossos tempos, mandamos que fosse abolido na nossa cidade (Estado) e que não se inserisse no nosso Digesto”.

³⁰⁵ Transcrevemos Cruz, Direito romano, cit. 225.

*instrumento consentiat proprio viro aut scribat, et propriam aubstantiam aut se ipsam obligatam faciat, iubemus, nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, se dita esse, ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt*³⁰⁶.

Justiniano conservou a proibição que remonta ao tempo de Augusto e de Cláudio de as mulheres intercederem a favor dos seus maridos, generalizada posteriormente pelo senatusconsulto Veleiano a todos os homens³⁰⁷. Não se invoca, agora, a fragilidade do sexo feminino³⁰⁸, mas também não se afasta: esta *ratio* mantém-se.

Na sua Epístola aos Romanos, São Paulo afirma que todo o poder vem de Deus. Rapidamente o Imperador foi considerado “*la legge incarnata, con tutti gli attributi dela providentia, della firmitas, dela immutabilitas della divinità monocratica, perche egli solo è il visibile legislatore, giudice, amministratore e interprete supremo del diritto*”³⁰⁹. O imperador é um intermediário entre o céu e a terra, entre natureza e humanidade e, deste modo, considera-se a justiça por excelência³¹⁰.

Por isso, a sua missão de humanizar o direito era importantíssima, apesar de nem sempre ter ultrapassado as desigualdades *contra naturam*, como sucedeu, v.g., com a escravidão,

³⁰⁶ N. 134,8: “E também nos pareceu conveniente corrigir, para utilidade dos súbditos, isto que, se num documento de empréstimo lhe prestasse alguma mulher o seu consentimento ao marido, ou subscrevesse e obrigasse os seus próprios bens ou se obrigasse ela mesma, mandamos que de modo nenhum tenha validade ou subsista nada disto, quer se algo semelhante é feito pela mesma coisa uma só vez, quer se muitas, seja a dívida ora privada ora pública e seja o mesmo que não se tiver escrito, a não ser que se prove manifestamente que o dinheiro foi gasto em utilidade da mesma mulher”.

³⁰⁷ Vide Cruz, *ibidem* 234.

³⁰⁸ Vide *supra*, nota 178.

³⁰⁹ Transcrevemos Nocera, o.c. 10.

³¹⁰ Vide Biondi, o.c. 141.

desigualdades que justificam a afirmação de que o *ius naturale* se manteve modesto³¹¹.

5.3.2 Transformações e contradições

Observando, mais em concreto, as influências do pensamento jusnaturalista cristão no direito romano de Justiniano, encontramos transformações mais ou menos profundas e algumas contradições graves, ou seja, figuras jurídicas que, embora abertamente contrárias à *natura* e ao *ius naturale*, não foram afastadas. Relativamente àquelas, destacamos alguns preceitos fundamentais derivados da *natura* ou do *ius natural*³¹²:

a) Igualdade entre os homens: reconhecida por juristas romanos e imperadores, como preceito do direito natural³¹³, por força deste princípio exclui-se o enriquecimento injustificado³¹⁴; e impõe-se o princípio do *iustum pretium* que a figura de *laesio enormes* (ou *ultra dimidium*) permite assegurar³¹⁵;

b) Respeito pela liberdade e dignidade humana: traduz-se, v.g., na abolição do senatusconsulto Claudiano³¹⁶; na abolição da marca na cara³¹⁷ e na punição da castração³¹⁸;

c) Fraternidade humana: observa-se no *beneficium competentiae* que é concedido ao devedor insolvente, a quem é deixado sempre o suficiente às suas necessidades vitais³¹⁹; e nas relações entre cônjuges, onde o espírito de fraternidade é mais vivo³²⁰;

³¹¹ Neste sentido, vide Gaudemet, o.c. 466.

³¹² Seguimos de perto Biondi, o.c. 145-158.

³¹³ Cf. D. 1,5,4,1; -50,17,32; C. 7,24,1; -8,37(38),13,2; I. 1,2,2; -1,3,2.

³¹⁴ Cf. D. 50,17,206.

³¹⁵ Cf. C. 4,44,2; -4,44,8.

³¹⁶ Cf. I. 3,12,1; C. 7,24,1pr. Vide supra, nota 304.

³¹⁷ Vide supra, nota 237.

³¹⁸ Cf. N. 142.

³¹⁹ Cf. C.7,75,6; I. 4,6,40.

³²⁰ Cf. D. 24,3,22,7: tendo um dos cônjuges enlouquecido, determina que o outro não pode pedir o divórcio se aquele tiver intervalos lúcidos ou, sendo a demência perpétua, for tolerável.

d) Maior penetração da ética no ordenamento jurídico: sucede, v.g., no fundamento e desenvolvimento das obrigações naturais que, enquanto na época clássica são relações consagradas na lei, agora constituem um dever moral ou de consciência elevado a dever jurídico; por isso, estando o credor privado de *actio* para exigir o seu cumprimento, a sua expectativa de ser satisfeito assenta na confiança que o credor tem no devedor, ou seja, no sentido de responsabilidade à palavra dada³²¹;

e) Dever de o homem actuar segundo a natureza que Deus lhe assinalou: o homem deve ter em atenção o que os seus instintos ou impulsos naturais sugerem ou afastam. Do princípio de que devemos seguir a nossa natureza, a que Ulpiano se refere falando de *procreatio* e de *educatio*³²², derivam alguns impedimentos matrimoniais, como: a eliminação de antigas proibições civis que já não correspondem à sua natureza; a condenação de uniões contra a natureza³²³; a repressão do incesto³²⁴; o respeito pela vontade na interpretação dos contratos³²⁵; e o *naturalis stimulus* que impele os genitores *ad liberorum suorum educationem*³²⁶. Do mesmo modo, determina-se que as mulheres devem ser afastadas dos litígios, por virtude da sua *pudicitiae*³²⁷; a proibição de o pai, mãe, avô, avó, bisavô ou bisavó deserdar o filho, filha ou outro descendente, salvo se estes incorreram em ingratidão³²⁸; a sucessão da mãe é regulada atendendo aos vínculos naturais e ao perigo de morte que muitas vezes o parto provoca, deixando de depender do clássico *ius liberorum*³²⁹ etc.;

f) Moderação: o Imperador Leão recomenda que as disposições legais ambíguas e duvidosas devem ser interpretadas

³²¹ Vide Justo, **Direito privado romano** – II (direito das obrigações), cit. 222-224.

³²² Cf. D. 1,1,1,3.

³²³ Cf. C. 9,9,30.

³²⁴ Cf. N. 12,1.

³²⁵ Cf. C. 8,41(42)8,1.

³²⁶ Cf. C. 5,13,1,5c.

³²⁷ Cf. C. 2,55(56)6.

³²⁸ Cf. N. 115,3.

³²⁹ Cf. I. 3,3,4.

*benigne atque naturalis iuris moderamine temperare*³³⁰. Justiniano determina que os juros não devem exceder o duplo do capital e, tratando-se de danos, recomenda aos juízes que não se deixem levar por maquinações, pois “*scimus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae cum competente moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur*”³³¹. Finalmente, destacamos a exigência de moderação com que os pais devem tratar os filhos. Com efeito, da *patria potestas* inicial que continha o direito de vida e de morte dos filhos (*ius vitae et necis*), o direito de os vender como escravos (no estrangeiro) ou *in mancipio* (em solo romano), o direito de entregar o *filiusfamilias*, autor de um acto ilícito, ao lesado (*ius noxae dandi*) e o direito de expor ou abandonar o filho recém-nascido (*ius exponendi*), restam: a faculdade de correcção que deve ser feita com moderação³³²; a restrição do *ius vendendi* a casos de extrema pobreza, gozando os pais da faculdade de recuperarem os filhos abandonados mediante o pagamento de um resgate³³³; a extinção (justinianeia) do *ius noxae dandi*, porque a *patria potestas* “*in pietate debet, non atrocitate consistere*”³³⁴; e o *ius exponendi*, tolerado na época clássica, foi combatido pelos Imperadores cristãos³³⁵.

Quanto às figuras jurídicas que, embora abertamente contrárias à *natura* e ao *ius naturale*, não foram afastadas, destacamos:

a) Escravidão: se, desde a filosofia grega, sobretudo sofistas e estoicos, afirmavam a igualdade natural dos homens e, portanto, a liberdade, posição que vemos em Roma sustentada por Cícero, Séneca e pelo próprio Imperador Marco Aurélio e, ainda, por alguns

³³⁰ Cf. C. 6,61,4,1.

³³¹ C. 7,47,1: “... sabemos que é conforme à natureza que se exijam somente as penas que se proferem com a competente moderação ou que por leis são estabelecidas dentro de certos limites”.

³³² Cf. D. 48,9,5.

³³³ Cf. C. 4,43,2.

³³⁴ D. 48,9,5: a *patria potestas* “deve consistir na piedade, não na atrocidade”.

³³⁵ Cf. C. 8,51(52),2.

jurisconsultos na época clássica, posição que o Cristianismo fortaleceu considerando que todos os homens são filhos de Deus que não os fez escravos, mas livres, o certo é que a escravidão não foi afastada no mundo romano nem mesmo na época de Justiniano, representante de Deus no seu Império. O mesmo sucedeu com as desigualdades entre *honestiores* e *humiliores*, *ilustres*, *spectabiles*, *clarissimi*, *perfectissimi*, *egregii*, *decuriones*, *milites*, *possessores*, *coloni*, *opúices* etc. e depois entre *christiani* e não *christiani*, que levaram alguns romanistas a considerar o *ius naturale* universal e eterno, inspirado na bondade e na equidade, um *vacuum et superfluum nomen*³³⁶.

É certo que, desde os tempos clássicos, diversas disposições legislativas foram feitas para humanizar o tratamento dos escravos e facilitar a concessão da liberdade, alargando significativamente o *favor libertatis* e combatendo a rudeza, a violência, os maus tratos e o abandono de escravos doentes. Mas, apesar de São Paulo ter proclamado a igualdade dos homens, a escravidão não foi abolida, persistindo a exploração de quem está condenado a adquirir, não para si, mas para o seu dono³³⁷; o não reconhecimento do matrimónio, mas o degradante *contubernium*; e, mesmo depois da sua libertação, aos deveres de *reverentia*, de *operae* e de *bona*³³⁸ e até a posição sucessória dos patronos³³⁹.

³³⁶ Neste sentido, vide Nocera, o.c. 70.

³³⁷ Vide Nocera, o.c. 18, para quem não basta proclamar a liberdade; é também necessário proporcionar os meios do seu efectivo exercício. Tal como nenhum meio é concedido para recuperar a liberdade perdida.

³³⁸ O dever de *reverentia* (de *obsequium* ou de *honor*) consiste no dever de respeitar o seu patrono, como se fosse *pater*. O de *operae*, de prestar determinados serviços ao patrono, como administrar os bens, cuidar dos filhos, realizar trabalhos manuais, etc. E o de *bona*, na obrigação (recíproca) de prestar alimentos, no caso de necessidade. Vide Justo, **Direito privado romano** – I. Parte geral, cit. 112.

³³⁹ A sucessão dos libertos, que remonta à Lei das XII Tábuas, obedecia, na época clássica, à seguinte ordem de chamamento; 1º.- filhos e descendentes do liberto; 2º.- patrono, patrona, agnados e *gentiles* do patrono; 3º.- parentes consanguíneos do liberto; 4º.- membros da família do patrono não

São marcas que contrastam vivamente com a igualdade reconhecida na *natura hominum* e que, por isso, permitem contestar a representatividade divina dos Imperadores romanos que, nesta situação, toleraram um instituto manifestamente *contra naturam*³⁴⁰. Mas que não afastam a crítica com que, sob a bandeira do *aequum ac bonum*, foram demolindo paulatinamente a escravidão³⁴¹;

b) Divórcio: raro na época antiga e frequente nos finais da República e nos primeiros anos do Principado, apesar da legislação limitativa de Augusto, o divórcio só foi verdadeiramente dificultado a partir da época pós-clássica, por influência do Cristianismo que defendeu a indissolubilidade do matrimónio. Destaca-se a legislação de Constantino que fixou causas e sanções, reforçadas, na época justinianeia, sob influência cristã, com o conseqüente aumento das dificuldades. Justiniano chegou a proibir o divórcio consensual, mas o seu sucessor, Justino II, rapidamente se encarregou de o permitir, porque a proibição do tio ofendia as convicções e a prática secular da sociedade romana que considerava o divórcio um facto privado e livre³⁴².

Em conclusão: embora a doutrina cristã do *ius naturale* combatesse o divórcio, porque o homem não pode separar o que Deus uniu, o direito romano não o proibiu totalmente; limitou-se a fixar causas limitativas com sanções dissuasórias. A velha tradição romana de liberdade que explica a formação de contratos e a sua dissolução resistiu, embora com limitações, à nova visão religiosa do matrimónio como sacramento. Sem esquecer que, na opinião de Nocera:

compreendidos no segundo grupo; 5º.- patrono ou patrona e seus descendentes, do patrono liberto; 6º.- marido ou mulher; 7º.- parentes não agnados do patrono ou da patrona.

Vide Justo, Direito privado romano – I (direito das sucessões e doações) em *Studi Iuridica* 97 (Coimbra Editora / Coimbra, 2009) 301-302.

³⁴⁰ Vide Nocera, o.c. 29-37.

³⁴¹ Vide Maschi, o.c. 436.

³⁴² Vide Justo, O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português em **Anais do XIII Congresso Internacional y XVI Congresso Iberoamericano de Derecho romano: O direito de família. De Roma à actualidade** (Belém - Brasil, 2011) 145-175.

[...] *il divorzio, con la disciplina dei casi di ammissione [...] rivela un'unica preoccupazione: quella di sostenere la posizione della donna, almeno della donna di determinati ceti social, in un ambiente che, pur pervaso di nuova morale religiosa, non garantisce altra difesa della personalità, specie femminile, che quella fondata sulla proprietà e sulla morale che vi è connessa*³⁴³.

6 CONCLUSÃO

Pudemos observar que o jusnaturalismo romano não é uniforme: variou, sobretudo, ao longo de duas épocas: antes e depois da influência cristã.

A influência da filosofia grega é certa, especialmente da corrente estoica, quiçá por se relacionar mais com a moral. Os jurisconsultos romanos, verdadeiros fundadores do direito romano, foram sensíveis às suas exigências, mas não foram filósofos e tão-pouco o seu método de desenvolvimento do direito se prestava à especulação filosófica.

Mesmo assim, antes da afirmação do Cristianismo, com particular intensidade nos séculos II e III, utilizaram noções como *natura rerum*, *natura hominum* e, mais tarde, *ius naturale* no apoio das suas soluções. Outros valores, como a *aequitas*, a *bona fides*, a *benignitas*, a *clementia*, a *humanitas*, a *moderatio*, serviram igualmente de conforto.

Todavia, não viram no *ius naturale* um ordenamento diferente, com existência *a se*, fruto da divindade (pagã), acima do *ius positivum* e, portanto, a que este devesse obediência, sob pena de as suas disposições se considerarem injustas. Tal *ius* (como a *natura rerum aut hominum*) constituiu tão-somente uma orientação, um valor que os jurisconsultos invocavam e pelo qual o legislador se orientava, pondo-o em prática. Por isso, a intervenção do legislador (e dos *iurisprudentes*) era necessária, porque, sem ela, o *ius naturale* não passava de simples ideia de justiça, sem concretização na realidade da

³⁴³ Vide Nocera, o.c. 17.

vida social. Ou seja, *ius naturale* era também *ius positivum*, porque traduzido nas leis do Estado romano de que servia de inspiração; por isso, não havia lugar para a lei injusta.

Depois, com a afirmação do Cristianismo, o *ius naturale* foi considerado um direito criado por Deus para reger a natureza (igualmente criada por Deus). Com um legislador divino e constituído por princípios superiores que lhe conferem o carácter de *semper bonum ac aequum*, o direito natural tornou-se um verdadeiro ordenamento de que é representante, na terra, o Imperador romano. Continuou, por isso, a servir de inspiração na elaboração das *constitutiones* imperiais, explicação que afasta o problema da *lex iniusta*, ou seja, da não correspondência entre a legislação imperial cristã e o *ius natural*.

Todavia, este problema acabou por se pôr quando, mais tarde, o pensamento jurídico se deu conta de que as leis humanas nem sempre correspondiam aos ditames do *ius naturale*. São Tomás percorreu esta via, sustentando que a lei injusta não é direito, posição que, no entanto, já encontramos, séculos antes, no estoicismo grego e romano³⁴⁴.

The Roman thought of natural law

ABSTRACT: In Rome, the Natural Law thinking was largely based on Stoic philosophy. The Roman juriconsults, however, never discussed the possibility of injustice of a law because, in their eyes, the Law was always *ars boni et Aequi*. They did not ignore, however, the humanization of Roman law, based on values such as *aequitas*, the *bona fides*, *pietas* to *amicitia* etc.

Keywords: Natural Law thinking. Roman Juriconsults. Positive Law.

Artigo recebido em 31/01/2013 e aceito para publicação em 26/02/2013.

³⁴⁴ Vide Biondi, o.c. 156-158.

ABREVIATURAS

AFD	Anuario de Filosofia del Derecho (Madrid)
AG	Archivio Giuridico “Filippo Serafini” (Módona)
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español Madrid)
BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra)
C.	<i>Codex (Corpus Iuris Civilis)</i>
D.	Digesto (<i>Corpus Iuris Civilis</i>)
ED	Enciclopedia del Diritto (Milão)
GAIO	GAIO. Instituições de Direito Privado Romano, tradução de J. A. Segurado e Campos (Ed. Fund. Gulbenkian/ Lisboa)
IURA	Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (Nápoles)
JUS	Rivista di Scienze Giuridiche (Milão)
N.	<i>Novellae (Corpus Iuris Civilis)</i>
NNDI	Novissimo Digesto Italiano (Turim)
RISG	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (Milão)
RFDUM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid (Madrid)
REHJ	Revista de Estudios Historico-Jurídicos (Valparaíso)
RHDFE	Révue Historique de Droit Français et Étranger (Paris)
RIDA	Révue Internationale des Droits de l’ Antiquité (Bruxelas)
TEMIS	Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Saragoza (Saragoza)