

1.^a SECÇÃO:

*Direito Romano, Direito Canônico
e História do Direito*

COMISSÃO:

*Profs. Dr. Elpidio Ferreira Paes
e Pe. Dr. Afonso Schmidt*

VELHAS EXPERIÊNCIAS
E NOVAS DOUTRINAS JURÍDICAS

GAETANO SCIASCIA

Livre Docente da Universidade de Roma. Professor
contratado em São Paulo.

— I —

1 — É universalmente sabido que o tecnicismo moderno, enquanto constrói esquemas lógicos de grande valor para a aplicação do direito, afasta sempre mais a norma jurídica da essência das relações humanas que o próprio direito deve regular. As abstrações dos teóricos encontram exatamente seu limite na imprescindível necessidade de corresponder às verdadeiras exigências da vida prática.

Assim, em face de herméticas formulações da doutrina, não será inútil mostrar como o direito romano nos oferece instrutivas experiências práticas, aproveitáveis não apenas nas aulas das escolas para a educação do senso jurídico dos discentes, mas também úteis aos legisladores que, incumbidos da grave tarefa de ditar as normas para o futuro, podem ensaiar naquelas experiências a bondade de suas previsões.

O vasto acervo de exemplos que poderei citar e ilustrar seguindo as obras que tratam do chamado direito comercial dos Romanos, não contém nenhuma referência a uma notável analogia entre o direito romano e o direito moderno. O interesse dela no que diz respeito ao direito comercial me decide a comunicá-la ao Congresso da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul.

2 — Os romanistas e os civilistas, a meu saber, nunca consideraram o paralelismo que existe, no quadro da ordem jurídica, entre a libertação do escravo e o ato constitutivo da pessoa jurídica. De um lado, os cultores do direito romano, analisando o instituto da alforria, tiveram presente apenas suas formas e efeitos, sem encará-los na teoria dos atos jurídicos, de certo modo estranha à ciência romanística pura; de outro lado, os civilistas, preocupados com a construção teórica do conceito de ente moral, que não teve na Compilação de Justiniano elaboração completa, esqueceram que o direito romano proporcionava na manumissão um interessante precedente.

Sabe-se que no sistema romano o escravo está na condição de coisa, objeto de relações jurídicas, suscetível de qualquer relação patrimonial — propriedade, direitos reais, posse, direitos de obrigação, disposições de última vontade. A lei Aquília do III século a.C. sanciona do mesmo modo a morte do escravo e a destruição da coisa. Qualquer aquisição do escravo pertence ao senhor. Diz-se que *servile caput nullum ius habet* (D.4,5,3,1 Paulo) e, assim como não tem relações familiares e, por consequência, direitos sucessórios, o escravo carece de patrimônio, não pode contrair créditos nem dívidas, pois, *in personam servilem nulla cadit obligatio* (D.50,17,22 pr. Ulpiano). Ele não pode agir nem ser réu em juízo, pois *cum servo nulla actio est* (D.50,17,107 Ulpiano).

Ora, prescindindo do fato de a personalidade do escravo, como tal, não ter demorado, por influências das doutrinas filosóficas gregas, em ter reconhecimento jurídico, o *servus* se torna sujeito de direitos em virtude da manumissão.

Destarte, a manumissão origina efeitos que vão além dos comuns dos outros atos jurídicos. Quanto ao senhor, o ato tem por fim imediato extinguir direitos, e sob este aspecto é encarado pelos jurisconsultos romanos que o assimilam à morte ou, pelo menos, a um ato de liberalidade; mas, quanto ao escravo, a manumissão constitui na ordem jurídica o que na ordem natural é o nascimento do homem.

No direito, em virtude da alforria, uma coisa se torna pessoa; cria-se um novo sujeito de direitos, promove-se à classe de pessoas um ente que pertencia à classe das coisas; comunicam-se as duas noções de objeto e de sujeito de direito, mostrando que, também na ordem jurídica, assim como na ordem da natureza, as categorias, mesmo as mais firmes e tradicionais, não são compartimentos estanques e que as barreiras que as separam podem despedaçar-se e destruir-se. Não é por simples acaso que os manuais romanos de institutos, embora indiquem, nos paradigmas e nas fórmulas, o escravo como a coisa por excelência (cf. Gaio, livros 2, 3 e, *passim*),

tratê-lo e de sua condição na matéria que ilustra o direito das pessoas (cf. Gai, livro 1, *passim*).

Querendo examinar mais particularmente como e porque a libertação do escravo por parte do senhor tem tal força criadora, não devemos esquecer que, quanto às leis da natureza, o escravo sempre foi homem e o ato jurídico que o alforria nada altera ou muda quanto a mesma realidade natural.

Portanto, o fato de se tornar a coisa uma pessoa, não estranha os jurisconsultos romanos que sempre têm presente aquela natureza. Sirva para ilustrar esta observação e para passar à analogia, que aqui interessa, a máxima resumida das fontes clássicas por um tardio jurisconsulto romano: *Hominum causa omne ius constitutum est* (D.1,5,2 Hermogeniano).

3 — Pois é exatamente sobre este princípio que se devem fundar tôdas as doutrinas relativas ao conceito de pessoa jurídica, qualquer que seja seu tipo, i. é, associação ou fundação.

Prescindindo aqui das várias tentativas de explicar o conceito — teoria da ficção ou da realidade, teoria orgânica, teoria da personificação do fim ou do patrimônio, teoria de Carnelutti que, embora violenta e repetidamente criticada, tem o mérito de inegáveis intuições — a lei atribui a personalidade humana a um ente concebido à imitação do homem e portanto sujeito de direitos e de deveres.

Destá forma o ato constitutivo de uma sociedade, por exemplo, cria um novo sujeito de interesses e relações jurídicas, que tem capacidade de direitos e de agir própria, que tem vontade e responsabilidade patrimonial.

Note-se que não somente na fundação, mas também na associação há um patrimônio. Na fundação os bens constituem evidentemente o elemento indispensável de sua existência; na associação, em que podem faltar os bens materiais, deve sempre existir a combinação de esforços e recursos visando um fim. A moderna ciência econômica encara os esforços como bens, bens imateriais objeto de direitos, cousas, no sentido romano de *res*.

Sendo assim, na constituição do ente moral se apresenta um processo análogo ao que se dá na manumissão. Em ambos os casos atribui-se espírito à matéria. E que outra coisa é a liberdade senão espírito?

4 — Na analogia há porém um lado interessante, em que os termos se apresentam como que invertidos, sem entretanto atenuar o valor da semelhança.

O objeto dos direitos, que se torna ente moral, fica evidentemente, quanto às leis da natureza, um objeto; é apenas no direito

e para êle que se transforma de coisa em pessoa. Na manumissão acontece o inverso.

Assim, querendo representar matematicamente a analogia, diremos, falando em alforria, que o homem pessoa (anteriormente à manumissão) como homem homem (posteriormente à manumissão); e falando em pessoa jurídica, a proporção será a seguinte: coisa coisa (antes da constituição) como coisa pessoa (depois da constituição).

A inversão, porém, é apenas aparente; pois é sempre a ordem jurídica que regula e sanciona a diferença entre os dois primeiros termos ou os dois segundos das proporções indicadas, como também é sempre a lei da natureza que afirma e confirma a identidade dêles.

Aliás, as analogias subsistem verdadeiras em várias aplicações. Eis uma breve lista longe de estar completa:

a) Para criar uma fundação os bens da dotação devem ser *livres* (art. 24 C. C.); a manumissão do escravo, objeto de direito real de outrem, não tem o efeito de criar o sujeito, pelo menos do direito clássico (Ulpiano Reg. 1, 18 e 19);

b) Tanto na constituição dos entes morais, quanto na *iusta ac legitima manumissio* há a intervenção, de várias formas, do poder público (registro ou autorização, art. 18 C. C.; *manumissio vindicta* perante o magistrado, *manumissio censu* no recenseamento público, *manumissio testamento*, acolhendo a doutrina de Jhering de o testamento originário ser uma *lex publica* votada nos comícios);

c) O ato que cria o sujeito tem valor constitutivo, quer no registro ou autorização quer na declaração do pretor (*addictio libertatis*). Aliás nós, quanto à *manumissio vindicta*, lutamos com as mesmas dificuldades dos civilistas sobre este ponto. No processo de reivindicação da liberdade (*an liber sit*) a ação parece ser apenas declaratória.

d) A pessoa jurídica termina sua existência quando atinge seu fim; inversamente, mas em correspondência, as fontes afirmam que *libertas ad tempus dari non potest* (D.40,4,33 Paulo). A extinção da pessoa jurídica não passa da morte do liberto. Note-se que no direito quiritário o patrono é legítimo sucessor do liberto e, no direito clássico, o manumissor toma, *mortis causa*, os bens do Latino Juniano.

5 — Ainda mais notável que estas semelhanças é a regulamentação, depois da alforria, dos atos praticados anteriormente pelo escravo, de um lado, e a regulamentação, depois da constituição da pessoa jurídica, dos atos praticados pela mesma quando era apenas comunhão. Pensamos na transformação de uma sociedade de fato em sociedade regular, não esquecendo que os problemas se po-

dem apresentar quando uma sociedade regular se transforma numa sociedade de fato, ou, pela analogia, quando uma pessoa livre se torna escrava.

No direito romano, neste campo, as discussões e as controvérsias refletem, queria dizer, precedem, as que se fazem hoje no setor do direito comercial.

Com o intuito de oferecer as soluções romanas agrupo resumidamente algumas:

a) Gai.4,77: Se o escravo se tornou livre, pode-se propor ação de indenização diretamente contra êle; cf. D.9,4,24 Paulo: caso do escravo que foi incitado a fugir e depois foi manumitido; êle é co-réu de quem o incitou a fugir; Paulo Sent.2,31,8: caso do escravo ladrão que foi alforriado.

b) D.47,2,17,1 Ulpiano: Quem foi o senhor não pode propor ação contra o escravo depois de tê-lo alforriado.

c) D.47,10,30 pr. Ulpiano: Ao alforriado não cabe ação pela ofensa recebida durante a escravidão.

d) D.47,2,46 pr. Ulpiano: Se o escravo fôr subtraído por um ladrão e depois alforriado por um terceiro, o antigo senhor conserva a ação de furto contra o ladrão; cf. D.9,2,15,1 Ulpiano, quanto ao escravo ferido por outrem e depois falecido liberto.

e) Entre o escravo e o senhor pode haver uma *obligatio naturalis* (D.12,6,13 pr. Paulo; D.h.t.64 Tryphonino); mas o senhor não tem nenhum direito contra o alforriado, a não ser existindo um pecúlio (D.33,8,6,4 Ulpiano).

f) D.44,7,56 Pompônio: Depois da manumissão o patrono conserva as ações contra os terceiros que adquiriu por intermédio do escravo; D.45,3,40 Pompônio: o mesmo se dá se a estipulação feita pelo escravo fôr condicional (*sic*) cf. D.50,17,18 Pompônio.

g) Os atos praticados pelo escravo, por própria conta, com terceiros originam obrigações naturais do alforriado, D.44,7,14 Ulpiano; D.15,1,50,2 Papiniano.

Deixo aos comercialistas a aplicação das soluções no setor das sociedades de fato; eu não tenho a competência para fazê-lo; mas recomendo a prudência que sempre é necessária nestas aproximações cheias de linfa fecunda.

6 — Mais uma interessante aproximação entre o direito romano e o moderno, no campo do direito mercantil, pode-se fazer com referência a algumas normas que dizem respeito ao pecúlio dos escravos e ao dos filhos de famílias.

Também aqui os romanistas, visando frisar antes de mais nada a grande influência que o pecúlio exerceu como fator de desenvolvimento da capacidade patrimonial das pessoas *alieni iuris*, raramente consideraram o aspecto vivo da regulamentação do instituto.

Entre os antigos, tomei nota das citações de Dietzel, *Die Commanditem Gesellschaft und die actio tributoria* em Goldschmidt's *Zeitschrift fuer Handelsrecht* II (1859) pág. 1 e segs. e de Bekker, *ibidem* IV (1862) pág. 506 e segs.; mas não me foi possível alcançar os escritos originais. Dos modernos, apenas dois autores, aliás dois grandes juriconsultos, fazem referência ao pecúlio ilustrando-lhe a função prática.

P. F. Girard, no seu *Manual elementaire de droit romain* (8.^a ed. de Senn), Paris 1929 p. 106 diz: "...l'esclave, à la difference de toutes les autres choses, est considéré non pas uniquement comme un objet de droit, mais comme un instrument d'action juridique. Seulement cette aptitude est reconnue à l'esclave dans l'intérêt du maître et par représentation du maître; et elle trouve là ses limites". Com efeito, as normas relativas ao pecúlio, não são ditadas no interesse de quem é encarregado da gestão, *filiusfamilias* ou *servus*, mas unicamente no do dono do mesmo pecúlio, titular da *patria* ou *dominica potestas*, o *paterfamilias*.

Ainda com maior senso prático e referindo-se ao direito moderno se exprime W. W. Buckland no seu *Text-book of roman law* (2.^a ed.) Cambridge 1932 pág. 65 nota 8: "Thus the rich Roman could safely invest in trade without engaging in it. There were no limited companies, and Stat contracts which admitted of "sleeping partners" would not cover the ground. There were risks in appointing free *institores* to manage businesses and in sleeping partnerships in private concerns. The *actio de peculio* limited liability which could be cut short at any time by mere expression of intent, subject only to rights of existing creditors".

O próprio Buckland, junto com Mc Nair, na obra *Roman law and common law*, Cambridge 1936, frisa a importância prática do instituto do pecúlio, observando como no direito romano a responsabilidade limitada aparece numa forma que nada tem a ver com as sociedades (cf. pág. 25 e 229). Mais recentemente, Egon Weiss nas suas *Institutionen des roemischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart* (2.^a ed.), Basel 1949 pag. 269, trata do pecúlio com referência à *responsabilidade limitada*.

Sob este ponto de vista pode ser fecunda a analogia que em seguida tentamos ilustrar.

7 — É norma comum dos sistemas jurídicos positivos que o devedor responde pelo adimplemento das suas obrigações com todos seus bens presentes e futuros. Os casos em que o legislador, por ra-

zões de oportunidade, subtrai à execução promovida pelo credor um bem ou uma parte dos bens do devedor, ou também nega a responsabilidade quanto à determinadas obrigações, são de certo modo excepcionais.

No direito civil brasileiro podemos enumerar alguns casos:

— O bem de família fica isento da execução por dívidas dos cônjuges posteriores ao ato da constituição (art. 70 C. C.);

— O cônjuge, adotando o regime de comunhão universal ou parcial, não responde pelas dívidas do outro anteriores ao casamento (art. 262, 264, 270. I C. C.);

— O dote não responde pelas dívidas cuja causa não corresponda ao destino para o qual é constituído (art. 299 C. C.);

— O gravado numa obrigação real, i. é, numa obrigação que onera o sujeito em virtude numa situação em que ele se encontra com a coisa, pode, às vezes, limitar sua responsabilidade ao valor da própria coisa, desde que lhe é permitido abandoná-la (art. 604 C. C.: abandono da coisa achada; art. 687 C. C. abandono do terreno por parte do enfitêuta; art. 701 C. C.: abandono do prédio por parte do dono do prédio serviente). Parece-me que no direito civil brasileiro não pode-se enumerar entre estes casos o do penhor e hipoteca, dada a natureza pessoal, junta à real, desta forma de garantia);

— O herdeiro necessário responde pelos legados nos limites da quota disponível (art. 1.727 C. C.);

— O herdeiro responde pelas dívidas do falecido não superiores às forças da herança (art. 1.587 C. C.);

— Os bens vinculados com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade ficam isentos da execução pelas dívidas do dono (art. 1.676 C. C.);

— Há responsabilidade limitada em todos os casos de aceitação convencional dela (por ex., fiança parcial, art. 1.487 C. C.) ou de exclusão total ou parcial numa responsabilidade legal (por ex., art. 1.107).

Mas há um setor, no direito privado, em que a responsabilidade limitada constitui a aspiração constante dos que agem no seu âmbito. Isso se dá exatamente no direito comercial.

O direito mercantil, pode-se dizer, é o direito do risco. Mesmo na parte do direito civil que mais coincide com o direito comercial, i. é, as obrigações, se observa uma discrepância entre a atividade do comerciante e a do não comerciante. O primeiro especula, i. é, subordina seus atos a avaliação futura, medindo seu interesse na diferença entre o valor presente e o valor futuro dos bens; o não comerciante, pelo contrário, contrai uma obrigação antes de mais nada para satisfazer sua necessidade atual e se configura a avaliação fu-

tura, talvez, apenas na sua consciência, de modo negativo; i. é, êle será solicitado ainda mais a satisfazer sua necessidade atual com a perspectiva de, se demorar, poderá ser constringido a enfrentar sacrifício maior que o presente. O elemento aleatório, que no direito civil dá lugar à negação ou pelo menos à atenuação da proteção jurídica (cf. art. 1.118 C. C.; art. 1.477 C. C.), nas relações comerciais está sempre presente.

Como conciliar o interêsse pela responsabilidade limitada, próprio dos que arriscam, dos comerciantes, com o interêsse pela responsabilidade integral, próprio dos que, não sendo comerciantes, estão com êles em relação de negócios?

O direito moderno oferece para isso vários tipos de sociedade em que a responsabilidade de cada sócio é limitada. O direito romano tem o instituto do pecúlio.

8 — O conceito de o *peculium* implicar num patrimônio separado está na própria definição de Tubero: D. 15, 1, 5, 4 Ulpiano: *Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permisso separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.*

A subtração do crédito do próprio dono frisa ainda mais a distinção entre o pecúlio e o patrimônio restante do titular. Êste, perante os bens peculiares, embora seja dono, se comporta como um estranho.

Os textos literários testemunham que habitualmente o pecúlio não é pequeno; Ulpiano em D. 15, 1, 5, 3 fala ainda de *pusilla pecunia* e de *patrimonium pusillum*, mas quer apenas explicar a origem do termo.

Assim como nas sociedades comerciais, o pecúlio consiste num conjunto de bens, uma *universitas* com vida própria. A êste propósito há nas fontes uma interessante imagem referida por Marciano em D. 15, 1, 40 pr.: *Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo elegantes Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini.* A eficacíssima comparação de que os Glossadores mofaram (*homini et asino!* *Accursio*), nos mostra que a distinção entre objeto e sujeito de direito não é tão profunda como as modernas linhas dogmáticas nos indicam.

Não há nas fontes referência expressa ao destino comercial a ser dado a tal conjunto de bens; mas não há dúvida de que tóda a regulamentação do instituto se encara nos direitos patrimoniais e que grande importância para o mundo dos negócios tiveram as normas nesta matéria.

Nada existe de claro quanto à opinião de que há no pecúlio, co-

mo nas sociedades comerciais, a distinção entre patrimônio e capital. A distinção entre conjunto de ativo e passivo que em certo momento constituem a situação financeira do ente, de um lado, e o conjunto dos bens com os quais podem contar os credores, de outro lado, não se apresenta necessária no instituto romano, visto que a contabilidade do pecúlio pode ser tida quer pelo dono quer pelo escravo, quer por ambos conjuntamente e o dono concorre na *actio tributoria* com os outros credores peculiares.

9 — Pode-se objetar que no pecúlio há um só titular, i. é, o dono do escravo, ao passo que nas sociedades há vários sócios interessados. Nem sempre é assim.

Exatamente para dar uma eficaz demonstração da analogia, limito-me a relatar o conteúdo de alguns textos que apresentam casos em que há dois ou mais titulares do pecúlio; i. é, casos em que o escravo, administrando o pecúlio, é propriedade de dois ou mais donos.

Também aqui indico apenas as soluções das fontes, deixando aos comercialistas a perspectiva das analogias com as sociedades em que os sócios têm responsabilidade limitada.

= D. 15, 1, 27, 8 Gaio: Quem contratou com o escravo de dois ou mais senhores, pode acionar *in solidum* qualquer um dêles, pois seria iníquo dar-lhe apenas ações parciais por ajustes feitos com um só indivíduo. E constitui garantia dos credores não somente a quota do pecúlio que pertence ao réu, mas também a dos outros co-proprietários do escravo, visto que o réu tem ação de regresso contra os outros em virtude da sociedade ou da comunhão que o liga a êles.

= D. 15, 1, 37, 2 Juliano: O comprador duma parte do escravo não responde pelas dívidas peculiares anteriores à compra, nem responde o vendedor, se fôr acionado depois de um ano da venda.

= D. 10, 3, 8, 4 Paulo: O consorte condenado, tem a ação que deriva do condomínio para obter indenização.

= D. 14, 3 13, 2 Ulpiano: Os consortes respondem solidariamente pela administração do pecúlio feito pelo escravo comum. Entre êles há porém o juízo da sociedade ou da comunhão.

Casos mais complexos apresentam outros textos (D. 15, 1, 6 Scaevola; D. 45, 3, 1, 2 Juliano; D. 15, 1, 15 Ulpiano). Mas a diretriz é sempre a mesma: responsabilidade solidária dos consortes, limitada ao montante do pecúlio, e ações de regresso entre êles.

Os comercialistas poderão ver, melhor do que eu, as analogias com institutos jurídicos que passam por novas invenções da técnica jurídica moderna.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: ELPÍDIO FERREIRA PAES

Sob a epígrafe — “Velhas experiências e novas doutrinas jurídicas” —, o professor Gaetano Sciascia, das Universidades de Roma e de S. Paulo, apresentou, como colaboração ao Congresso Jurídico atualmente reunido nesta Capital, um excelente trabalho sobre a influência do Direito Romano na solução de alguns dos problemas jurídicos atuais. Nesse trabalho, por todos os títulos interessante, o ilustre romanista sugere, como temas de estudo, dois aspectos em que a vetusta Roma poderia, quiçá, auxiliar a explicação de institutos ainda não satisfatoriamente esclarecidos.

Em primeiro lugar, foca o paralelismo que, no seu entender, ocorre entre “a libertação do escravo” e “o ato constitutivo da pessoa jurídica”. Parte o autor da situação do “servus”, que, na legislação romana, “estava na condição de *coisa*, objeto de relações jurídicas, suscetível de qualquer relação patrimonial”, e, como tal, impossibilitado de constituir patrimônio próprio, de exercer as relações familiares, e, ademais, como *coisa*, protegido pela sanção da Lex Aquilia”. Nessa condição vinha encontrá-lo a manumissão para dar-lhe personalidade, e, portanto, reconhecer-lhe a qualidade de sujeito de direito. Assim, no direito romano, acrescenta o professor, “em virtude da alforria, uma *coisa* se torna *pessoa*”. Lembra, ainda, o autor o fato de a lei romana reconhecer a natureza humana do “servus”, que, outrossim, lhe assanhalava certas regalias no tratamento de “coisa”.

Pensa o autor que é exatamente neste princípio que se firma a doutrina da pessoa jurídica ou moral, “em cuja constituição se apresenta um processo análogo ao que se dá na manumissão, pois em ambos os casos atribui-se *espírito à matéria*”. Reconhece, entretanto, que, na pessoa jurídica, “o objeto dos direitos, que se torna ente moral, fica, evidentemente, quanto às leis da natureza, um *objeto*; é apenas no direito e para ele que se transforma de coisa em pessoa”. Procura, em seguida, estabelecer o paralelismo estrutural entre a manumissão e a criação da pessoa moral.

Na segunda parte, o autor estabelece um símile (agora no direito mercantil) entre o *peculium servi* e o patrimônio comercial. Aqui, mais propriamente, o autor formula o problema e o submete ao exame dos especialistas.

Naturalmente, a forma concisa em que o autor focaliza as duas hipóteses pode determinar repulsa aos símiles estabelecidos, quando encarados superficialmente, sobretudo o que se refere à pessoa moral;

estudo mais detido, porém, mostra que ao autor assiste certa razão. A expressão matemática do fenômeno é que, parece-nos, deveria ser formulada de modo diverso:

servus: homo-res — ante manumissionem
homo-personam — post manumissionem
entidade moral: res — pura e simples antes de constituída a pessoa
res-persona — depois da constituição

As sugestões do professor Sciascia parecem-nos de real interesse como base para estudos mais profundos tendentes a esclarecer a natureza de institutos jurídicos modernos; e, por isso, opinamos pela sua inclusão nos Anais do Congresso.

Pôrto Alegre, 17 de agosto de 1950.

ELPÍDIO FERREIRA PAES — relator
Pe. AFONSO SCHMIDT