

RUI BARBOSA E O DIREITO ROMANO

José Carlos Moreira Alves

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo:

A matrícula de Rui Barbosa na Faculdade de Direito do Recife, os estudos do jurista com relação à disciplina de Direito Romano, a transferência para a Faculdade de Direito de São Paulo, a fim de cursar o terceiro ano em que umas das cadeiras era a de Direito Civil Pátrio, com análise comparativa com o Direito Romano. O professor que a lecionava era José Bonifácio, o moço, pelo qual tinha grande admiração manifestando o apreço em famosa conferência no ano de 1886.

Abstract:

The school registration of Rui Barbosa in the Law school of Recife, the studies of the jurist with relation to discipline Roman law, the transference for the Law school of São Paulo, to course the third year where ones of the chairs was the Patriot Civil law, with comparative analysis as Roman law. The professor who teach it was Jose Bonifácio, “junior” for which had great admiration revealing appraises it in famous conference in the year of 1886.

Unitermos: Faculdade de Direito do Recife e de São Paulo; Direito Romano; obras constantes nos três volumes de catálogo da livraria de Rui Barbosa.

1. Em 1866, matriculou-se Rui Barbosa na Faculdade de Direito do Recife, onde no primeiro ano já havia, como segunda cadeira, a de Institutas de Direito Romano, que nela fora criada pelo Decreto n. 1.386, de 28 de abril de 1854, vinte e sete anos depois da organização dos cursos jurídicos. Quem a lecionava nessa época era o Dr. José Bento Da Cunha Figueiredo, que se transferira para ela na vaga decorrente do falecimento do primeiro lente que fora o desembargador Manoel Da Cunha Azevedo. A

respeito de Cunha Figueiredo, que teve destacada atuação política como presidente das Províncias de Alagoas, Pernambuco, Minas Gerais e Pará, chegando a ministro do Império no Gabinete de 15 de junho de 1875, e que foi agraciado com o título de Visconde de Bom Conselho, as informações que dele se colhem em seus traços biográficos noticiados por Sacramento Blake¹ Neto Campello² e Clóvis Bevilacqua³ nada dizem sobre sua atuação como professor, a não ser que se submeteu ao primeiro concurso que se realizou em Olinda, em 1834, para lente substituto, juntamente com Paula Baptista, João Capistrano Bandeira de Mello, Francisco Joaquim das Chagas e Trigo Loureiro, tendo sido, por se haver classificado, nomeado no ano seguinte substituto provisório, tornando-se depois efetivo, e vindo a ser catedrático em 1836, já figurando como lente de Direito Romano em 1861. De qualquer sorte, deveria ensinar essa cadeira seguindo, como era costume na época, o manual então adotado, as *Institutiones Iuris Civilis Heineccianae emendatae atque reformatae*, de autoria de Jo. Pedro Waldeck⁴ que fora professor em Göttingen e publicara a primeira edição dessa obra, em 1788, passando ela, desde logo, a ser utilizada naquela cidade alemã como fundamento das lições desse direito. Embora se tratasse de obra adotada como compêndio na Universidade de Coimbra a partir de 1805, e cuja adoção fora determinada, no Brasil, pelos Estatutos, de 2 de março de 1825, do Visconde da Cachoeira, era, na verdade, um manual seco e de difícil compreensão pelos alunos, tanto que, em 1845, Manoel Maria da Silva Brushy publicou, pela Imprensa da Universidade de Coimbra, três volumes intitulados “Anotações a Waldeck” destinados a afastar o “quanto medo incutem a proverbial aridez do Direito Romano, e o ímprobo trabalho, que se requer para entender o compêndio de Waldeck”⁵

Sobre os estudos de Rui Barbosa com relação a essa disciplina, nesse seu primeiro contato com ela, não há notícia. É de presumir-se que a tenha estudado com bastante seriedade, sabendo-se, pelo depoimento do filho do Sr. Purcell, o inglês

1. Dicionário Bibliográfico Brasileiro, 4ª v., pp. 336/337, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1898 (reimpressão de 1970, Conselho Federal de Cultura).

2. *Os Seis Lentes ou Professores de Direito Romano*, in *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, ano XXXV (1927), 2ª ed., pp. 520/522, Recife, Typ. Empresa Diário da Manhã, S.A.; 1937.

3. *História da Faculdade de Direito do Recife*, 2ª ed., pp. 35/36, 39, 44, 102 e 128. Instituto Nacional do Livro, Rio de Janeiro, 1977.

4. Cfr. Clóvis Bevilacqua, ob. cit., p. 103.

5. P. IV. Antônio Luiz de Souza Henriques Secco em seu *Manual Histórico de Direito Romano* (Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848, p. 73), aludindo a essa obra, a qualifica de “preciosa”

proprietário da modesta pensão em que se hospedara Rui, quando começou a freqüentar a Faculdade de Direito do Recife, que este, “sempre esquivo e taciturno, às voltas com os livros”; “quando não andava pela Academia, freqüentando as aulas, é porque estava em seu quarto estudando”⁶

Em 1868, transfere-se Rui Barbosa para a Faculdade de Direito de São Paulo, a fim de cursar o terceiro ano, em que uma das cadeiras era a de Direito Civil Pátrio, com análise comparativa com o Direito Romano, sendo seu professor José Bonifácio, sobre quem, em 1886, proferira em São Paulo famosa conferência, onde manifesta a admiração que tinha desde os tempos da Academia por esse mestre. São suas estas palavras de recordação:

“Discípulo, como fui, de José Bonifácio, seria orgulho se não fosse

gratidão, vaidade, se não fora dever; dar-vos aqui testemunho do seu magistério. Foi em 1868, quando comecei a ouvi-lo. Vinha ele dessa memorável sessão parlamentar, em que a onipotência da Coroa, por imperscrutável mistério de sua graça, houve por bem, depois de Humaitá, vitimar à reabilitação de Timandro o partido de cujas simpatias populares o dinasta se valera para a campanha do Prata. Quando José Bonifácio assomou na tribuna, tive pela primeira vez a revelação viva da grandeza da ciência que abraçávamos. A modesta cadeira do professor transfigurava-se: uma espontaneidade esplêndida como a natureza tropical borbulhava dali nos espíritos encantados; um sopro magnífico animava aquela inspiração caudal, incoercível, que nos magnetizava de longa na admiração e no êxtase. Lembra-me que o primeiro assunto de seu curso foi a retroatividade das leis. Nas suas preleções, que a hora interrompia sempre inopinada como dique importuno, a suma filosofia jurídica, A

6. Cfc. Luís Viana Filho, *A Vida de Rui Barbosa*, 8ª ed., p. 30, Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1977.

*Jurisprudência Romana, os códigos modernos, a interpretação histórica, o direito pátrio passavam-nos pelos olhos translumbrados em quadros incomparáveis, inundados na mais ampla intuição científica, impelidos por uma dialética irresistível. E uma memória miraculosa, uma dessas memórias capazes de reconstruir; como a de Scalígero, a Iliada e a Odisséia, como a de Macaulay o Paraíso Perdido, como a de Pascal tudo o que ele tivesse lido uma vez, arrastava em catadupa leis, datas, fatos, brocardos, algarismos, idéias, fragmento mínimos de minério precioso e enormes massas aluviais de saber, que não se imagina como aquela Niagara pudesse carrear sem alteração de sua majestade, nem prejuízo de sua limpidez”*⁷

É do tempo em que cursou a Faculdade de Direito de São Paulo que se encontram, em trabalhos estudantis seus, citações de textos e de doutrina de Direito Romano. Assim, na dissertação de prática forense do n. 36, intitulada *Ninguém pode ser obrigado a demandar em juízo*, depois de citar, com relação ao processo civil, a observação de Pereira e Sousa de que “ninguém regularmente pode ser obrigado a propor ação em juízo contra sua vontade” salienta que esse princípio não é preceito de lei positiva, mas axioma fundado no bom senso “já formulado em todo o seu rigor nessa legislação admirável que mereceu a designação de – razão escrita –. O Cod. L. III, T. VII o consagra expressamente nos seguintes termos: – *Invitus agere vel accusare nemo cogatur*”⁸. Adiante, contestando as três exceções que o Compêndio dizia existir a esse axioma do processo, relembra que a disposição que se encontra nas Ordenações L. 3, T. 2, § 4 “tem sua origem em uma lei romana que os glosadores ampliaram, dando-lhe uma extensão muito mais vasta. A lei antiga rezava assim: *Diffamari statum ingeniorum, seu errore, seu malignitate, iniquum est* (Cod., L. 7, T. 14, § 5)”⁹ Por fim,

7. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XIII, 1886, tomo II, *Trabalhos Diversos*, pp. 270/271, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1962.

8. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. I, 1865-1871, Tomo I, *Primeiros Trabalhos*, p. 179, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1951.

9. *Idem*, p. 181.

examinando a segunda aparente exceção, cita o Dig. L. 46, T. 1º, frag. 28¹⁰. Em outra dissertação também de prática forense do n. 36, intitulada *Da prova plena e semiplena*, há referências ao Direito Romano¹¹

Ambas essas dissertações foram escritas respectivamente em junho e em setembro, de 1870, quando Rui Barbosa cursava o quinto e último ano do curso jurídico.

2. Doze anos depois de formado, em 13 de abril de 1882, Rui, como relator da Comissão de Instrução Pública, apresenta à Câmara do Império seu parecer sobre a reforma do ensino secundário e superior. Nele, na parte concernente à apreciação das faculdades de Direito, não faz nenhuma alusão à disciplina de Direito Romano. No projeto, porém, que a comissão propôs fosse adotado para reger o ensino superior, as disciplinas ensinadas nas faculdades de Direito constituem dois cursos: o de ciências sociais e o de ciências jurídicas. Neste último, figura no currículo o Direito Romano que deve ser ensinado no segundo ano, ao lado da primeira cadeira de direito civil e da primeira cadeira de Direito Criminal. Em anexo a esse parecer¹² a título de crítica ao ensino como então ministrado, foi reproduzida a 39ª lição de Direito Romano dada, em 27 de junho de 1877, pelo professor substituto José Maria Correia de Sá e Benevides, na Faculdade de Direito de São Paulo, e reproduzida em apostila da época¹³. Em nota, Rui Barbosa fez estas considerações candentes:

“A lição de Direito Romano(!), que aqui se transcreve, é o corpo de delito da falta de seriedade que lavra em grande escala no ensino superior, entre nós. Não qualificamos a filosofia, a ciência e a crítica de que esse documento é revelação. O fim da publicidade que ora se lhe dá, é expor ao país a incrível amostra de um ensino, em que se trata de tudo menos de assunto que corre ao lente o dever de professor. Uma lição de Direito Romano, em que ao Direito Romano nem

10. Idem, p. 181.

11. Idem, pp. 196/197.

12. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. IX, 1882, Tomo I, *Reforma do Ensino Secundário e Superior*, pp. 307/314, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1942.

13. No exemplar dessa apostila que existe na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (a indicação do catálogo é: 08-20-4), consta como sendo 27 de junho (e não julho) de 1877 a data em que foi proferida essa aula.

remotamente se alude! Este método de ensinar as Pandectas, endeusando o Syllabus, e caricaturando a ciência moderna, devia vir a lume, para que os bons espíritos toquem a chaga que denunciemos, e contra a qual propomos severas medidas. Fazemos justiça aos lentes de mérito, que as nossas Academias contêm; mas o ensino em geral tem descido de um modo incalculável. Parece impossível baixar mais.

Costumam os estudantes de S. Paulo reproduzir pela litografia as lições professadas ali. É uma dessas litografias que trasladamos na integra essa inimitável lição de Direito Romano.

Note-se que ela é a trigésima nona do curso, e que alude a outras nas quais o professor se ocupou tanto das Institutas, do Digesto e do Código, quanto nesta”¹⁴

Sá e Benevides, em artigo publicado no *Correio Paulistano* (São Paulo) e no *Jornal do Brasil* (Rio de Janeiro) replicou a esse ataque, salientando que a matéria versada na aula em questão era o § 19 do compêndio então adotado pela Faculdade – as *Institutiones Juris Romani Privati*, de Warnkoenig –, o qual tratava de assunto puramente filosófico (a definição de Direito Natural e a afirmação de que o Direito Positivo emana da autoridade pública), razão por que a aula teve por objeto matéria própria à disciplina ensinada¹⁵

A réplica não ficou sem resposta. Em sessão de 20 de outubro de 1882, Rui, respondeu em discurso na Câmara. Do conteúdo desse discurso guardou-se um resumo, onde se lêem estas passagens:

“Se o aluno estuda por aqui (mostra o orador a lição de que se trata), foi perfeitamente exata a comissão procurando atrair a atenção da câmara

14. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. IX, 1882, tomo I, *Reforma do Ensino Secundário e Superior*, p. 307, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1942.

15. Esse artigo está reproduzido em *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. IX, 1882, tomo II, *Discursos e Trabalhos Parlamentares*, pp. 285/320, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

para este documento, com o fim de provar que a falta de seriedade no ensino dá de si estas provas.

Esta lição, pondera ao orador, que se intitula de Direito Romano, não se ocupa em uma só de suas linhas, em uma só de suas palavras com este assunto.

O parágrafo do compêndio servia, é verdade, de pretexto à defesa do Dr. Benevides, mas é da maior evidência que o fato de haver no compêndio de Direito Romano uma apreciação de Direito Natural não autorizava o professor a ocupar a atenção de seus alunos com uma revista geral de filosofia que começa em Pitágoras, Aristóteles, Platão, Leucipo, Epicuro, Demócrito, etc. e vai acabar em Spencer, Littré, Augusto Comte, Cousin, etc., em que trata do racionalismo, do catolicismo, do positivismo, do socialismo, do espiritismo, etc.”¹⁶

3. João Mangabeira, em *Rui – O Estadista da República*, analisando-o como jurista, acentua que *“até no campo jurídico tenho visto, ultimamente, tentarem diminuir-lhe o renome, sob o pretexto de que não escreveu um livro geral sobre Direito, quando, só para falar de mortos, nem Teixeira de Freitas, nem Lafaiete, reunidos, examinaram ou resolveram tanto e tão complexos problemas jurídicos, nem tanto influíram em nossa educação jurídica, quanto Rui Barbosa”*¹⁷

Realmente é impressionante a produção de Rui, quer no tocante ao Direito Público, quer no concernente ao Direito Privado, em pareceres, discursos, artigos arazoados, petições e recursos, na incessante atividade que desenvolveu, ao lado da política, como jurista e advogado.

Nesses trabalhos não-só sobressaem suas qualidade de poderoso argumentador e lógico, mas também demonstram a notável erudição de seu autor. Aliás, foi

16. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. IX, 1882, tomo II, *Discursos e Trabalhos Parlamentares*, p. 130, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

17. 2ª ed., p. 20, Livraria Martins Editora, São Paulo, 1946.

Rui Barbosa quem, no Brasil, adotou o modelo, que permanece até nossos dias, constando inclusive em seus trabalhos jurídicos que não apenas pareceres, valer-se exuberantemente dos autores mais abalizados para demonstrar o apoio doutrinário de suas afirmações. Antes dele e em sua época, juristas notáveis como Teixeira de Freitas, Lafaiete Rodrigues Pereira e Clóvis Bevilacqua, para referir alguns, mesmo em pareceres ou se limitavam a emitir sua opinião sem qualquer alusão à doutrina sobre a matéria, ou a citavam com grande parcimônia.

Graças a esse sistema por ele seguido, é possível verificar-se a profundidade e a diversidade de sua cultura jurídica, haurida nos melhores autores dos diferentes ramos do Direito, inclusive no terreno do Direito Romano, subsidiário das Ordenações Filipinas, que vigoraram entre nós, com as modificações da legislação extravagante, até a entrada em vigor do Código Civil, em 1917.

4. Em estudo publicado à guisa de prefácio dos três primeiros tomos – infelizmente a publicação parou neles até os dias que correm – do catálogo da biblioteca de Rui Barbosa com os 35 mil volumes que a compõem, observou com inteira propriedade Homero Pires, depois de haver acentuado que ele foi a vida inteira o homem do livro, que viveu do livro, com o livro e para o livro:

“Falar pois dos livros de Rui Barbosa, não dos que escreveu, mas dos que ajuntou no decurso de cinqüenta e dois anos, o mesmo é que falar dele próprio, da sua índole, do seu gênio, da sua formação mental. Penetrar-lhe na biblioteca eqüivale a penetrar-lhe do caráter e na inteligência, a lhe investigar os elementos da cultura, a lhe descobrir os recursos da erudição, a lhe reconhecer as energias que lhe alimentaram e retemperaram o ânimo, a lhe explorar as tendências e preocupações não relevadas da sua vasta curiosidade espiritual”¹⁸

Seu apreço ao Direito Romano se revela especialmente na qualidade das obras que se encontram em sua biblioteca.

Afora as citações de muitas outras que não se acham nesses três volumes que abarcam os autores catalogados em ordem alfabética até a letra “H”, há neles mais

18. *Catálogo da Biblioteca de Rui Barbosa*, v. I (A – B), p. VIII, Casa de Rui Barbosa, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1944.

de uma centena de títulos de Direito Romano. Ai se destacam os devidos a romanistas clássicos franceses como Accarias (*Précis de Droit Romain*, em 2 volumes), Caurroy (*Institutes de Justinien Nouvellement Expliquées*, em 2 volumes, Cuq (*Les Institutions Juridiques des Romains*, em 2 volumes), Demangeat (*Cours Élémentaire de Droit Romain*, em 2 volumes), Girard (*Manuel Élémentaire de Droit Romain. e outro exemplar na tradução para o italiano de Carlo Longo*). Entre os italianos, Arangio Ruiz (*Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I), Bonfante (*Istituzioni di Diritto Romano, Lezioni di Storia del Diritto Romano, Scritti Giuridici Varii*, I e II), Biagio Brugi (*Istituzioni di Diritto Privato Romano*, em 2 volumes, *Le Dottrine Giuridiche degli Agrimensori Romani comparate a quelle del Digesto*), Cogliolo (*Storia del Diritto Privato Romano*, em 2 volumes), Emilio Costa (*Corso di Storia del Diritto Romano dalle Origine alle Compilazione Giustinianee*, em 2 volumes, além de outras obras como Cicerone Giureconsulto, Papiniano, em 4 volumes, e *Storia delle Fonti del Diritto Romano*), Ferrini (*Il Digesto e Manuale di Pandette*). Os alemães estão representados por Arndts (*Lehrbuch der Pandekten* e sua tradução italiana *Trattato delle Pandette* por Serafini, em 3 volumes), Krueger (*Histoire des Sources du Droit Romain*), Glück (*Commentario alle Pandette*, em 49 volumes), Hölder (*Istituzioni di Diritto Romano*), Hugo (*Histoire du Droit Romain*), Puchta (*Vorlesungen über das Heutigen Römische Recht*, em 2 volumes), Mommsen (*Le Droit Penal Romain*, em 3 volumes, e *Le Droit Public Romain*, em 8 volumes), Savigny (*Traité de Droit Romain*, em 8 volumes).

Dos romanistas mais antigos, acham-se S. Cocceius (*Jus Civile Controversum*, em 4 volumes), Donellus (*Opera Omnia*, em 12 volumes, 1762/1770), Faber (*Rationalia in Pandectas*, em 5 tomos em 4 volumes), Heineccius (*Opera Omnia nunc denuo Edita*, em 9 volumes, 1771), Huberus (*Praelectionum Juris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, em 3 volumes, 1838/1839) e Vinnius (*In Quattuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, 1761).

Mas a biblioteca de Direito Romano de Rui Barbosa não é apenas rica nessas obras gerais, mas também em monografias e teses várias de romanistas de renome, como Arnò, Audibert, Baviera, Bonjean, Bouché-Leclerq, Brini, Bounamici, Cogliolo, Collinet, Cornil, Emilio Costa, Fadda, Flach, Gaspery, Girard, para citar alguns.

Há ainda obras que demonstram que o interesse de Rui pelo Direito Romano não era de simples dileitante, mas ia muito além, como o demonstram o *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae iussu Instituti Savigniani Compositum*, tomo II, fasc. I e II), o *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romains*, em 9 volumes, sob

a direção de Daremberg Et Saglio, o *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum*, de Dirksen, as revistas especializadas (*Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1889/1912, 30 volumes; e *Archivio Giuridico*, 1868/1909, 81 volumes), e as diversas coleções de fontes romanas (*Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, de Riccobono, Baviera, Ferrini; *Digesta Iustiniani Augusti*, de Bonfante, Fadda, Ferrini; *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt edidit* F. P. Bremer; *Fontes Iuris Romani Antiqui, pars prior*, editada por Bruns; *Manuale delle Fonti del Diritto Romano secondo i risultati della più recente critica filologica e giuridica*, de Cogliolo; *Le XII Tavole dell'Antica Roma* de Goodwin, trad. de L. Gaddi; *Institutiones ad Codicis Veronenseis apographum Studemundianum, novis curis auctum in usum scholarum*, de Gaius, editadas por Krueger e Studemund; *Corpus Iuris Civilis Romani cum notis integris D. Gothofredi; e Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae* a R. J. Pothier, na trad. Bréard-Neuville, em 24 volumes).

Além dessas obras que constam dos três volumes de catálogo da livraria de Rui, é ela integrada por várias outras, entre as quais se destacam as de autores antigos como Voet, Lauterbach, Binkershoek, Cujacius; as Pandectas de Regelsberger (em alemão) e de Windscheid (na tradução italiana); os manuais ou cursos de Mackeldey, De Crescenzo, Wårkoenig, Milone, Maynz; a *Doctrina Pandectarum* de Mühlenbruch; o *Droit Public et Administratif Romains*, em 2 volumes, de Serrigny; e o *Corpus Iuris Civilis* editado por Momsen, Krueger e Schöll, em 3 volumes.

Biblioteca digna, sem dúvida alguma, de um especialista em Direito

Romano.

5. Nos escritos jurídicos de Rui Barbosa, é freqüente a utilização das obras dos mais ilustres romanistas antigos e modernos e das fontes romanas.

Examinando-se os volumes de suas *Obras Completas*, editados pela Fundação Casa de Rui Barbosa e dedicados a seus *Trabalhos Jurídicos*, vê-se que, no início, essas citações são escassas, aumentando, porém, com o correr do tempo.

Assim, nos escritos forenses e pareceres produzidos logo depois de formado, nos anos de 1872 a 1874, nenhuma referência a Direito Romano se encontra. Só num dos artigos sobre *Crime contra a Propriedade Industrial*, publicados no Diário, Jornal e Correio da Bahia há uma alusão indireta a ele nesta frase “*Dolus malus abesto et jurisconsultus*, diziam maliciosamente os romanos”¹⁹

19. V. II, 1872/1874, tomo I, p. 104, Ministério da Educação e Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1984.

Em 1896, em parecer sobre filiais de companhias estrangeiras estabelecidas no Brasil, tratando das associações dotadas de personalidade jurídica, anota: “A associação revestida desses caracteres é assimilada às pessoas naturais, aos indivíduos. *Personae vice jungitur* L. 22 D. *de fideicomis.* (XLVII) *Personae vicem sustinet – Privatorum loco habentur* L. 16 D. *de verb. Signif.* (4, 16)”²⁰ Depois, em parecer sobre as concessões de serviços municipais pelo Estado e situação deste ante a concessionária, examinando o conceito de força maior ou caso fortuito, vale-se da definição romana encontrada na L. 2, § 7, D. *de adm. Rer ad civ.*, acrescida da alusão a obstáculo impossível de vencer que se acha na L. 15, § 2, D. *de locat.* Cond.²¹ E, em parecer sobre a apuração do julgamento da Corte de Apelação em face da Lei n. 221, de 20.11.1894, aproxima do sistema processual brasileiro o pensamento de Ulpiano (“*Judex, postquam semel sententiam dicit, judex esse desinit*” L. 55, D., *de re judic.*, XLII, 1)²²

No ano seguinte, nas razões de apelação no feito sobre a concessão de Burgos Agrícolas, tratando de cessão de crédito, traça, em linhas sumárias, a evolução do instituto em Roma, valendo-se, entre outras, das obras de Windscheid e de Serafini²³; em parecer sobre a palavra *cerca* numa escritura de venda, vale-se do Direito Romano para sustentar que o erro relativo ao número, medida ou peso não-anula o contrato (Fr. 4, § 1 *de act. empti vend.* (XIX, 1))²⁴; em alegações forenses sobre a abolição do *forum rei*, cita Ulpiano (Fr. 1 D. *de judiciis.* V. I.) acerca do foro do contrato, e, mais adiante, utiliza-se de vários textos do Digesto e do Código (F. 4 D. *de exc. re judic.*, XLIV, 2; F. 11, § 7, D. eod.; Fr. 3, D. eod.; Fr. 1, D. eod.; L. 2, Cod. VII, 56; L. 2. Cod. *de pactis pign.* VIII, 36; Fr. 63. D. *de re judic.*, XLII, 1)²⁵; em outro trabalho forense, na defesa do comendador João Leopoldo Modesto Leal, invoca o Fr. 2 D. *de testibus* (XXII, 5): “*Testes, qui adversus fidem suam vacillant, audiendi non sunt*”²⁶; em impugnação a artigos de

20. V. XXIII, 1896, tomo IV, p. 184, Ministério da Educação e Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1976.

21. Idem, pp. 246/247.

22. Idem, p. 258.

23. V. XXIV, 1897, tomo II, p. 142, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1952.

24. Idem, p. 210.

25. Idem, pp. 222, 243 e 244.

26. Idem, p. 276.

exceção de incompetência, refere que a instituição do chamado e nomeação à autoria era conhecida pelos romanos como *auctoritas*, e cita Fr. 76 D. *de evict.*, XXI, 2, e Paulo, *Sentent.*, II, 18, §§ 1 e 3²⁷; em parecer referente a recurso extraordinário, observa que é de existência imemorial a regra de que as leis que alteram a competência não retroagem sobre as causas pendentes, e invoca o Fr. 30, D., *de just.*, V. 1²⁸; e, em outro parecer sobre instituição de herdeiros, acentua que desde os romanos o erro quanto à causa da liberalidade testamentária só acarreta a nulidade desta quando a causa é final, tendo-se como tal a que se enuncia sob a forma de condição, invocando o Fr. 17, §§ 2, 3, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, XXXV, 1, e o § 31 Inst. *De legalis*, II, 21²⁹

Em 1898, no opúsculo *Leis Retroativas e Interpretativas no Direito Brasileiro*, há citações do Código³⁰, e, em parecer sobre *Culpa Civil do Estado*, do Digesto³¹ Escrevendo sobre a *Culpa Civil das Administrações Públicas*, alude à deturpação, em proveito dos soberanos, de uma instituição romana de Direito Privado, a *noxae deditio*, salientando que já no século XVII se cessara de invocar essa falsa analogia entre a situação dos arrematantes de contribuições públicas em Roma nas extorsões cometidas pelos seus escravos e a da administração pública nos excessos dos seus empregados, e acentuando que “*admitida à situação legal do funcionário o caráter da relação instituída, a simples aplicação do Direito Romano conduzia necessariamente à idéia atual da responsabilidade da administração pública pela culpa dos seus agentes*” não deixando de dar exemplos tirados de textos romanos³²

No ano seguinte, em parecer sobre *rescisão de contrato*, cita passagens de vários romanistas (Pothier, Serafini, Voët, Maynz, Mackeldey, Warnkönig e Glück) a respeito de despejo, no Direito Romano, pela falta de pagamento do aluguel durante dois anos, e, em seguida, com base em Voët, adita que o Direito Romano não admitia nesse caso a *purgatio morae* que o Direito Canônico veio a admitir, sendo por isso preferido³³

Mais tarde, em 1904, em razões de apelação em inventário, relativamente à questão da necessidade de, não-concordando os louvados, se dever nomear terceiro

27. V. XXIV, 1897, tomo III, p. 229, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1955.

28. Idem, p. 252.

29. Idem, p. 265.

30. V. XXV, 1898, tomo IV, pp. 138 e 150, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

31. Idem, pp. 171 e 229.

32. V. XXV, 1898, tomo V, pp. 50/51, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

33. V. XXVI, 1899, tomo I, pp. 90/91, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1949.

que desempate, cita lição de Ulpiano no Digesto, Fr. 17, § 6, *de receptis* (IV, 8): “*Debet praetor cogere arbitros, si non consentiant, tertiam certam eligere personam, cujus auctoritati paraetur*”³⁴ e acentua que, quando há maioria e minoria, não há que se falar em desempate, como se colhe de texto do D.: “*si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum, si praesens fuerit et tertius*”³⁵ Adiante, usa de dois textos do Digesto (um deles de Paulo) para sustentar que não se aplica a analogia (a *regula iuris* dos romanos) em ponto *de jus anormale*³⁶

No ano de 1905, em parecer sobre *aquisição pelo testamenteiro dos bens deixados pelo testador* vale-se, a respeito da incapacidade para ser testamenteiro com relação ao administrador de bens alheios, de Van Wetter, e cita texto do Digesto³⁷; ademais, alude aos elementos importantes do Direito Romano quanto à testamentária, citando Maynz e De Crescenzo e invocando fragmentos do Digesto³⁸; mais adiante, acentua que já no Direito Romano, embora ainda não distintamente formulada, era transparente a equiparação do executor testamentário ao mandatário comum, apoiando-se no texto correspondente do Digesto³⁹

Em 1906, em trabalho forense – razões de apelação –, traz o Direito Romano, como subsidiário, para dizer que na culpa extracontratual as leis romanas não discerniam graus (cita texto do Digesto com comentário de Serafini, Warnkönig e Cogliolo) e que onde se distinguia entre a culpa grave e a leve era na execução dos contratos (para isso, vale-se das lições de Cogliolo e de Serafini, bem como de texto do Digesto com comentário de Castellari em artigo publicado no *Archivio Giuridico*), concluindo, depois de citações de Arndts, Dernburg, Serafini, Warnkönig e Van Wetter, no sentido de que “*sob o Direito Romano, em uma palavra, o dano obriga à responsabilidade, seja qual for o grau da culpa, e sujeita o responsável a compor, não-só o damnum emergens, mas também o lucrum cessans*”⁴⁰; em parecer sobre aforamento de terreno de marinha, apoia-se em Mackeldey.⁴¹

34. V. XXXI, 1904, tomo III, p. 268, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1953.

35. Idem, p. 270.

36. Idem, p. 284.

37. V. XXXII, 1905, tomo II, p. 204, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1964.

38. Idem, p. 205.

39. Idem, ibidem.

40. V. XXXIII, 1906, tomo II, pp. 52/56, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1964.

41. Idem, pp. 223/224.

Em parecer de 1908, sobre interpretação de cláusula contratual, socorre-se do Direito Romano, ao salientar que “*é mister então buscar o rastro da vontade dos contraentes, onde quer que ela ressaia, em relação direta com o contrato, clara, precisa, concludente. Sempre vestigia voluntatis sequimur*” L. quidam 5 pr. C. de necessar. serv. haered. instit., 6, 27.⁴²

Em 1909, em parecer em litígio judicial, começa por citar texto do Digesto sem muita fidelidade na forma, mas retratando o seu conteúdo;⁴³ adiante, refere fragmento de Ulpiano sobre não atingir a coisa julgada a terceiro,⁴⁴ e, logo após, sobre o mesmo tema, alude a texto do Código.⁴⁵ Ainda nesse parecer, mais para frente, cita a definição de herança atribuída a Gaio⁴⁶ e dois textos sobre universitas;⁴⁷ outro texto do Código VII, 56, 3 (*Juris manifestissi est, et in accusationibus his, qui congressi in iudicio non sunt, officere non posse, si quid forte praeiudicii videatur oblatum*) é utilizado mais abaixo.⁴⁸

Em 1911, em discurso proferido no Instituto dos Advogados Brasileiros, depois de invocar discurso de Montezuma, que se valera de texto do Código de Justiniano, para entoar louvores ao trono, prossegue:

*“Nesse expressivo tópico do nosso
Corpus Juris o Imperador romano que,
seguramente, para os entusiastas da sua corte, era
o Hermes Trismegisto daquele tempo, depois de
equiparar os lutadores do foro, cujos trabalhos
resolvem pelo direito a incerteza dos litígios como
na categoria dos benfeitores da humanidade, aos
que pela pátria vertem o sangue dos combates,
advocati qui dirimunt ambigua fata
causarum ... non minus providente humano generi,*

42. V. XXXV, 1908, tomo II, p. 163, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1963.

43. V. XXXVI, 1909, tomo III, p. 92, Ministério da Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1993.

44. Idem, p. 97.

45. Idem, p. 98.

46. Idem, p. 100.

47. Idem, p. 101.

48. Idem, p. 102.

*quam si proeliis atque vulneribus patriam
parentesque salvarent,*

*proclama não militarem somente os
que lidam com o gládio, o escudo e a couraça, mas
também os advogados. Estes militam, realmente,
nas pelejas gloriosas da tribuna, defendendo os
direitos, alimentando a esperança, e salvando a
vida ao seus semelhantes.*

*Nec enim solos nostro imperio
militare credimus illos, qui gladiis clupeis et
thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: militant
namque causarum patroni, qui gloriosae vocis
confisi munimine laborantium spem vitam et
posteris defendunt”⁴⁹*

Referências ao Direito Romano se acham em pareceres produzidos em 1912. No que ofereceu sobre rescisão de contrato por arbítrio do governo contraente, invoca texto de Digesto sobre juros de mora nos contratos de boa-fé e a opinião de vários romanistas.⁵⁰ Em outro sobre obrigações assumidas entre o Estado e a Pessoa de Direito Privado, cita, no tocante à noção de contrato, fragmento do Digesto e se apóia em lições de Molitor e de Arndts.⁵¹ E no que versa questão relativa a disposição de última vontade, cita Arndts sobre ser a execução testamentária um mandato desde o Direito Romano.⁵²

Em 1913, em parecer relativo a imposto de transmissão de imóvel, serve-se de dois textos do Digesto;⁵³ em parecer sobre usucapião invoca passagem do Código;⁵⁴ em parecer sobre nulidade e rescisão de sentenças, dizendo que a venda é filha da troca, refere dois fragmentos do Digesto⁵⁵ e, adiante, um outro do título de reg.

49. V. XXXVIII, 1911, tomo II, p. 67, Ministério da Educação e Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1979.

50. V. XXXIX, 1912, tomo II, pp. 17/18, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1963.

51. Idem, p. 56.

52. Idem, pp. 127/128.

53. V. XL, 1913, tomo II, p. 143, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1962.

54. V. XL, 1913, tomo III, p. 25, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1964.

55. Idem, p. 142.

Juris.⁵⁶ Em 1916, cita, em parecer sobre a interpretação do art. 72 da Constituição §§ 6º e 7º; vários textos do Digesto;⁵⁷ e em parecer sobre pactos sucessórios, sua validade como convenção, utiliza, sobre doações mortis causa, das obras de Girard, Donelo, Voet e Ronga, bem como de fragmento do Digesto.⁵⁸

Também em outras obras de Rui Barbosa não falta a invocação do Direito Romano. A título de ilustração, indicam-se, a seguir, algumas delas.

Em 1900, publicou ele opúsculo com os artigos estampados no Jornal do Comércio sobre a posse de direitos pessoais. Aí se encontra larga referência a obras de romanistas ilustres e a fontes jurídicas romanas.⁵⁹

Em Limites entre o Ceará e o Rio Grande do Norte, em razões finais produzidas, em 1904, cita Rui as Institutas, de Justiniano sobre o *commodum possidentis* e se apóia em Arndts para salientar que *“não há título possível de propriedade contra o possessor, cuja ocupação da res nullius se consolidou em perfeito domínio pela apropriação diuturna e imemorial da coisa”*⁶⁰ E, no final desse ano, em parecer sobre delito militar, invoca, de início, texto do Código (C. IX, 3, 1) sobre critério de classificar um crime como tendo essa natureza,⁶¹ e, mais adiante, salienta que, entre os romanos, a ação de escravidão, prescrevia em 10 a 20 anos, mas a ação de liberdade, ao contrário, não-prescreve nunca, citando, para demonstrar essa assertiva final, o C. VII, 22, 3.⁶²

Em 1910, na contestação à ação sobre o direito do Amazonas ao Acre Setentrional, ao examinar as preliminares, vale-se de texto do Digesto e se utiliza da obra de vários romanistas; no mérito, socorre-se de passagens também do Digesto e

56. Idem, p. 194.

57. V. XLIII, 1916, tomo II, p. 188, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1965.

58. Idem, pp. 218/220..

59. Obras Completas de Rui Barbosa, v. XXIII, 1896, tomo III, pp. 70, 79, 80, 89/90, 96/101, 103, 105 e 109/111, Ministério da Educação e Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1976. Esse opúsculo foi reproduzido nesse volume das Obras Completas relativo ao ano de 1896, porque os artigos que o integram foram estampados no Jornal do Brasil nesse ano.

60. Obras Completas de Rui Barbosa, v. XXXI, 1904, tomo V, p. 170, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1957.

61. Obras Seletas de Rui Barbosa, X (Trabalhos Jurídicos), p. 251, Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1961.

62. Idem, p. 275.

de texto das *Setentiae*, de Paulo sobre transação, bem como cita romanistas, utilizando ainda das *Institutas*, de Justiniano.

Em *As Cessões de Clientela e a Interdição de Concorrência nas alienações de Estabelecimentos Comerciais e Industriais*, escrito de 1913, salienta que “o princípio comum a todas as vendas é, não há dúvida nenhuma, que a ação *ex empto* compete ao comprador, ainda que o vender senão compromettesse especial à evicção: *non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta, ex empto competere acionem*” e esclarece: “mas isto era porque o comprador tem direito, na totalidade, à coisa vendida, e, por este motivo, *sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem (D. 21.2.1)*”⁶³

Mais tarde, em 1915, na inicial da ação de nulidade entre Espírito Santo e Minas Gerais, invoca Pothier em Direito Romano; para sustentar que causa de ordem pública não admite arbitramento e apóia-se em textos do *Digesto* e do *Código*.⁶⁴ Ainda nesse ano, em *Limites Interestaduais*, utiliza-se de textos do *Digesto* sobre arbitramento e compromisso.⁶⁵

Em 1916, em razões de apelação perante o Supremo Tribunal Federal, utiliza-se, várias vezes, de fragmentos do *Digesto* e da obra de romanistas.⁶⁶

Em *Cláusula Enquanto Bem Servir*, em 1921, contesta Rui a Serrigny que no *Droit Public et Administratif Romains* pretende que o ato de nascimento do Ministério Público não faz no direito que regia as atribuições dos *advocati fisci* e dos *procuratores Caesaris*.⁶⁷

6. Conclusão. – Se é certo que Rui Barbosa não foi, nem pretendeu ser, propriamente um romanista, é indubitável, igualmente, que de Direito Romano tinha sólido conhecimento, haurido nas fontes e nas obras que compunham sua biblioteca

63. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XL, 1913, tomo I, p. 140, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

64. Opúsculo intitulado *Ação de Nulidade de Arbitramento*, movida pelo Estado do Espírito Santo contra Minas Gerais na questão de limites entre os dois Estados – Petição inicial, pp. 61, 64, 67 e 139, Papellaria Americana, Rio de Janeiro, 1915.

65. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLII, 1915, tomo I, p. 68, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1964.

66. Opúsculo intitulado *Nulidade de Arbitramento por Excesso dos Poderes Arbitrais – Razões da Apelação do Estado de Minas Gerais para o Supremo Tribunal Federal*, pp. 36/37, 117, 119 e 123, Typ. Do “*Jornal do Comércio*”, de Rodrigues Cia., Rio de Janeiro, 1916.

67. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLVIII, 1921, tomo I, p. 77, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1966.

com o que de melhor havia em sua época a respeito desse direito, de que, aliás, se utilizava, quer como elemento subsidiário antes do Código Civil, quer como ponto de referência de doutrinas jurídicas, após a entrada em vigor dessa codificação, em 1917.

De qualquer sorte, é oportuno destacar esse aspecto inexplorado em sua atuação como notável advogado e jurista.

São Paulo, outubro de 2001.