

O Pretor

(Fragmento)

Roma não tem uma noção nitida, que essa aliás é moderna, do principio da divisão do poder publico e do equilibrio politico como uma consequencia da limitação rigorosa da esphera de accção de cada magistratura. Desde, porém, que banio a realeza, desmembrou a autoridade civil da autoridade religiosa, e investio daquella os consules, inaugurando dest'arte a forma collegiada de governo na rotação de sua existencia politica. Os consules deixam de ser vitalicios como os reis. Exercem a magistratura apenas por um anno. Em virtude do *imperium* e da *potestas*, deferidos, um pelas centurias, e a outra pelos curias, elles governam o Estado, exercem o poder judiciario e o poder executivo; enfeixam entre as mãos uma força consideravel. Naturalmente receioso da extensão desse poder, o Senado entendeu restringir a variedade das suas attribuições. Primeiro appareceram os dois questores, prepostos á

administração do thesouro; depois os censores, que zelam desde á susceptibilidade da consciencia publica, a honra e os bons costumes, até o orçamento da despeza (*ultra tributo*) e o da receita (*vectigalia*); e, finalmente, no anno de 387 pela lei Licinia surge o pretor urbano, investido como os consules, do *imperium*, com as attribuições restrictas á cidade. *Qui urbanus appellatus est, accentua Pomponius, quod in urbe jus redderet.* Mommsen observa que pelo seu lado formal, a pretura não é um cargo independente, mas uma ampliação do consulado (*Direito Publico*). Collega dos consules, exercendo a segunda dignidade da Republica, após a destes, do momento em que os seus companheiros se affastavam da cidade, cabia ao pretor urbano a presidencia do Senado, o direito de convocal-o e aos comicios, formular projectos de lei e propol-os; presidir a marcha do processo, acompanhando a sua primeira phase, o processo *in jure*, offerecendo aos particulares, *supplendi juris civilis gratia*, recursos juridicos que o *jus civile* de cuja applicação e pureza era elle o nume tutellar, não lhe permitia empregar para affirmação das suas pretensões. Não sendo um legislador, por isso que ao contrario da lei, que vigora em toda a circumscripção territorial do imperio e que é eterna, o seu edito só pode ser invocado na annuidade do exercicio do magistrado que o pronunciou, na orbita da sua competencia, dir-se-ia que elle legisla, tanto o edito, “por suas vias obliquas de processo, chega com tanta segurança ao seu fim, como a lei por suas disposições directas; e, no caso do conflicto, é elle que prevalece.”

Cabem-lhe, pois função de um verdadeiro legislador, mágrado o seu edito directamente não abrogar a lei, cuja insufficiencia procura apenas supprir, cujas injustiças corrige promettendo dar aos seus jurisdicionados as estipulações pretorianas, as *missiones in possessionem*, os interdictos, as excepções, *restitutiones in integrum*, prescripções, etc. E assim elle dizia: *Ratum non habebo; interdicam; iudicium dabo; agere permittam, in integrum restituiam; in duplam iudicium dabo*. Administrando a justiça, o pretor melhorava a natureza das leis que regulavam a sua distribuição, flexibilizando-as, amenizando-as com medidas de effeito pratico que respondiam perfeitamente ás necessidades da sociedade do seu tempo. Marcianus diz, com propriedade, desse sentimento de equidade, desse traço humano que elle insufflava ao direito, dando-lhe a mobilidade de um lençol vivo. *Viva vox juris civilis*.

O *jus civile*, o direito dos pontifices e das XII Taboas, era uma legislação severa, simplista, erigida de arestas, estreita, inadapta da aos factos e aos phenomenos novos que surgiam com a evolução da cidade, transformada de um centro de cultivadores num emporio do commercio intenso. Laconica, rude e selvagem, chama-o o sempre admiravel Ortolan. Misturam-se com os costumes e a religião as relações do credor com o devedor, as relações de familia, do patrono com os clientes, do marido com a mulher. Ora essas regras condiziam com a simplicidade da Roma dos primeiros tempos.

Pouco a pouco ella se desenvolve. As instituições juridicas primitivas não bastam a esse

estado de desenvolvimento, de uma população avida de riqueza e de poder, envolvida em negócios com quasi todo o mundo antigo, della então conhecido. Explica-se o largo surto do direito das obrigações em Roma por essa mesma abundancia de negócios que dominavam a vida agitada da cidade. O principio juridico da obrigação não existia nos primeiros tempos, em Roma. A obrigação como as servidões confunde-se com a propriedade. Os direitos de credito começam a apparecer, destacados da propriedade, independentes, quando as relações commerciaes entram a desenvolver-se, as terras multiplicam-se, as cidades prosperam, e a constituição aristocratica do Estado subverte-se, alargando o seu acanhado campo de applicação e assegurando-lhe um cunho de perfeição incomparavel.

O commercio actuou em Roma como em toda a historia como um dissolvente da sua phisionomia politica e sociologica. Modificou-lhe inteiramente a estrutura e os caracteres primitivos. Aliás é esse, o seu "manifesto destino." O commercio, observa um sociologo austriaco, vence todas as barreiras do Estado, tornando-se creador do cosmopolitanismo. *Der Verkehr überwindet alle staatlichen Schranken, er wird der Schöpfer des kosmopolitanismus.* Onde elle chega, a politica das raças, da religião e da familia acha-se em cheque. Foi em Roma. E' hoje ainda.

As ideas da philosophia grega entram por sua vez a dominar na cidade, e Roma começa a perder aquelle patriotismo rude, feito de ordem e disciplina, aquelle aspecto conservador e tradicionalista, substituindo-os a hu-

manidade, virtude que torna o coração mais brando, temperando-o de doçura; qualidade encantadora, diz Boissier, na qual ha de conjuncto um mixto de elevação d'alma e de distincção de espirito.

Foi ao seu sopro generoso que a escravidão principiou a derrocar-se nos alicerces. Impunha-se observa Renan, o advento, na antiguidade, de uma grande força humanitaria, capaz de romper os obstaculos oppostos pelo patriotismo local ás propagandas idealistas da Grecia e da Judea. Roma exerceu este papel extraordinario.

O pretor vem a ser o commentador avisado desses acontecimentos, que eliminando os padrões ethicos e juridicos de velha organização quiritaria, transformam o direito nacional, augmentam-lhes quadros novos, á proporção que, sob a influencia e o contacto das civilizações exoticas, os factos juridicos exigem actos correspondentes e que as causas novas reclamam a consagração de direitos tambem differentes. A jurisprudencia opera reformas consideraveis nesse estado de cousas. Os editos do pretor, que Cicero apresenta como o fundamento do ensino do direito, se não fizeram tanto, agiram com a maior sagacidade. O pretor demonstra um tacto seguro e alerta como o instincto. Elle é um innovador, e até mesmo um inventor ousado, mas que se conduz com uma prudente reserva. E' assás innovador para que não deixe de ser um revolucionario; mas não é assás revolucionario para ferir a opinião: elle cunha juridicamente só aquellas innovações, que as suggestões da pratica e da experiencia já aconsellham e que a utilidade ge-

ral inspira. E' o que encanta nessa figura rara de psychologo, de jurista com a intuição prompta, a sensibilidade expontanea, natural, de um legislador de vinte seculos de cultura: a malleabilidade, o *savoir-faire* do seu tacto; a penetração com que enxerga no dualismo do *jus gentium* e do *jus civili* (aqui sobretudo o pretor peregrino), os phenomenos que cumpre fixar; a lucidez destribuída mercê da qual elle vê com clareza para somente construir com solidéz e não esterilmente, no ar. Obra a sua, traduzindo a penetrante sagacidade de um espirito, que não querendo conformar-se com o estado actual do direito formalista, que era de seu dever applicar, procura em todo o caso compor-se com elle, guardando-lhe as apparencias. Assim por exemplo, não dirá ao devedor obrigado por dolo que elle não deverá mais. Não. Elle continua devedor obrigado *jure civili*. Somente avisa nas conclusões do seu edicto: *Exceptionem dabo*. E' o quanto basta. Neutralisa a lei civil omissa naquelle ponto.

Mas a acção do pretor se dilata sobretudo com o processo formulario. Desde a lei *Æbutia*, de data incerta, que a evolução já iniciada, se precipita. O direito civil estava cheio de imperfeições, que a sua applicação continuada tornava cada vez mais sensiveis "á delicadeza dia a dia maior dos sentimentos juridicos" dos romanos. A lei *Æbutia* e as leis *Juliae* vieram preencher uma enorme lacuna, operando uma modificação radical, que nem a habilidade dos praxistas, nem a lei *Vallia* nem as leis que introduziram a *condictio*, no caso de acção pessoal, em vez do *sacramentum*,

lograram empregar. Em virtude della o magistrado deixa de representar aquelle papel meramente passivo do processo *in jure*. Elle intervem com uma efficiencia maior. O *imperium*, que significa para Mommsen, o poder eminente do Estado sobre os cidadãos, permite-lhe intervir no processo, com uma attitude activa, concedendo estipulações pretorianas, *restitutiones in integrum*, interdictos e *missiones in possessionem*.

E' o momento culminante de sua autoridade. O *jus honorarium* desenvolve-se ainda no Imperio, de Augusto a Adriano; mas o pretor fica meio em penumbra. A iniciativa do Senado, da lei e do commentario dos juriconsultos substitue-se á delle. Seculo e meio de regimen imperial, com o qual não podia ser compativel este consideravel poder no dominio do direito privado, reduziram-lhe a faculdade de iniciativa, a independencia e o espirito creador a uma sombra. As constituições e os senatus consultos entorpeceram-lhe o sentimento innovador. Subsistia o *jus edicendi*, simplesmente em nome. Adriano marmorizou em um corpo de doutrina os editos do Pretor, coordenando-lhe as disposições principaes. O Senado confirmou-o. Esse texto passou a ser o edito official. Por todos os respeitos, diz com proposito Eduardo Cuq, mereceu elle o nome de perpetuo...

E' sob os Cezares que á cidade se enche de delatores, e a juventude, sem o Forum, então mudo e deserto, se entrega á arte, sobre todas a mais cobarde, da delação. Os principes recompensam os serviços dessa natureza com distribuição de consulados, de preturas e

de edilidades aos delatores. As altas dignidades civicas passam a ser exercidas por uma esquadra de malsins, que as exploram como doces instrumentos da sua fortuna.

Glissez mortel...

O direito pretoriano é um direito subsidiario mas que teve uma actividade extraordinaria. O pretor personifica o espirito de equidade no direito romano; é o agente e o depositario da maior força de iniciativa e de progresso desse direito até o Imperio. Elevando-se acima do direito positivo do seu tempo, nivela-se ás aspirações que o dominam, vae ao encontro das suas necessidades, plasmando regras, vitalizando, disposições, sancionando tendencias que sendo ainda internas ou fluctuando apenas os costumes aos quaes de facto correspondiam, não tinham recebido ainda uma precisão legal.

O pretor possui um senso da medida, que é a garantia mais segura dos direitos individuaes e da estabilidade do edificio scientifico. E o que elle não faz, entretanto! A *hypotheca* só chega a tomar uma coloração juridica depois da sua sancção; quasi todas as excepções visando abrandar o aspecto vigoroso do direito civil são obra sua; usando de um poder discrecionario promete no edito restituções, declarando insubsistentes, os actos realizados segundo todos os mandamentos da lei; contra o *systema* da sucessão legitima das 12 taboas, dá a *bonorum possessio ab intestato unde liberi, unde cognati, unde legitimi, unde vir et uxor*, chamando a recolher heranças herdeiros excluidos por aquella lei.

A posse é uma relação de facto, mas porque

o pretor a protege, dando-lhe interdictos, por isso ella confere um direito, se bem que esse direito esteja destinado a succumbir no usurpador, raquelle que tem uma posse viciosa *ab adversario*.

Por onde se vê, que elle não trabalha em quasi nada que seja especificamente novo.

Modela formas d'arte numa substancia juridica existente, individualizando-as em instituições que aperfeçoam ou rematam typos caracterisados já.

Agora, explica-se porque o instrumento mais agudo de uma missão dessa natureza haja sido numa determinada epocha, o Pretor. Esse magistrado, devia fazer a applicação do direito. Tinha que executar-o praticamente. Ora o direito vale pela sua realização objectiva. Consagra-o mais facilmente o magistrado que o applica do que a lei que o estatue. O segredo do exito das modificações introduzidas no direito romano d'antiguidade, decorre precisamente da influencia dos editos dos magistrados na sua applicação, dessa arte, que os romanos "maravilhosamente comprehenderam, de conciliar a pratica nova com as theorias antigas." A tradição ajustava-se ás necessidades presentes, e, maogrado respeitall-a, ora a equidade, ora o interesse da ordem publica, levavam o Pretor a abandonall-a, desde que a estriicta observancia da lei ia ferir a um daquelles sentimentos.

Na sociedade romana o Pretor fica assim um factor engenhoso e subtil da civilização, um introductor diplomatico, polido e gentil, dos habitos exoticos, que elle nacionaliza com a adaptação, o bom gosto exquisito e aquella

qualidade, que entre todos, o romano perdia em derradeiro lugar, a gravidade.

Os factores psychologicos imponderaveis, que estimulavam o desenvolvimento do direito, eram attrahidos por esse iman, que os coordenava e applicava, na esphera larga de sua jurisdicção.

A. Chateaubriand.