

# Jus Commenticium

*Prof. JOSE' SOBREIRA AMORIM*  
(Docente livre de Direito Romano)

A conferência, agora publicada, que o professor Villey proferiu na Sorbona, sugeriu estas linhas.

Este notavel mestre da Faculdade de Direito de Estrasburgo, apreciando o *Jus in re do Direito Romano ao Direito Moderno*, mostra, em apendice, diversos e valiosissimos significados do termo Jus, refletindo, até certo ponto, originalidade.

E, a esse proposito, é bem conhecida a lei de Paulo, Digesto, 1, 11, em que o enciclopedico jurista e tambem crítico do século III alude a varias significações de Jus.

Nem Paulo, nem Villey, todavia, explicam a expressão de nossa epigrafe, e, daí, esta modesta contribuição, com o devido acatamento, segundo informes de Gothfredus, Budaeus, Bynkershoek e Cuq.

O termo Jus Commenticium está na Lei 20, Digesto, 48, 19, do proprio Paulo, que escreveu: "Si poena alicui irrogatur, receptum est *commenticio jure*, ne ad heredes transeat; cujus rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum, quae, mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit".

Transportou-se a doutrina para as Institutas de Justiniano,

4, 12, 1, observados os casos específicos, segundo fossem ações *penais, reipersecutorias* ou *mixtas*, onde se considera “*certissima regula juris ex maleficiis poenalis actiones in heredem rei non competere*”.

Aí se encontram dois elementos básicos, porquanto, como vemos, segundo Paulo, a pena não se transmite aos herdeiros, devendo ser considerada um *jus commenticium*, e, no dizer de Justiniano, representa uma “*certissima regula juris*”.

Esta passagem lembra as interpretações que discutiremos.

Para Gothfredus, esse *jus commenticium* será um *jus non novum sed antiquissimum*; Budaeus considera-o *jus novum et recens excogitatum*; Bynkershoek esclarece ser um *jus quod jurisconsulti disputationibus suis finxerunt et commenti sunt contra juris civilis regulas*.

Ora, se compararmos as explicações ou interpretações dos dois primeiros escritores do Direito, verifica-se que há uma flagrante contradição entre esse Direito antiquíssimo — *sed antiquissimum*, de Gothfredus, e essa ficção recente, de Badaeus, *recens excogitatum*, a menos que situemos o primeiro quanto ao tempo e o segundo quanto à atividade jurídica ou quanto à elaboração do Direito, estando, então, em consonância com Bynkershoek.

Mas, dir-se-á, se existe esse concenso, haverá, não obstante, reconhecida disparidade entre a doutrina de Bynkershoek e o § 5º de Pomponio, em Digesto, 1, 2, quando este autor romano ensina, a proposito da *disputatio fori*, que esta “*disputatio et hoc jus, quod sine escripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua, non appellatur ut ceterae partes juris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus; sed comuni nomine appellatur jus civile*”.

Eduardo Cuq, decisivo e esclarecedor, vê no *jus commenticium*, sobretudo, uma oposição ao *Jus Constitutum*.

Ora, para Cuq, como aliás já ensinara Caio, o *Jus Consti-*

tutum tem por fontes a lei, o plebiscito, o senatus consulto, as constituições imperiais, os editos dos magistrados e as respostas dos prudentes. Nota-se, apenas, que Cuij completou Caio com as Institutas de Justiniano, citando também o costume.

O Jus Commenticium, entretanto, revela originariamente aspecto diverso, ainda que possa tornar-se um direito constitucionalmente estabelecido, ou seja, um Jus constitutum, como logo diremos.

Evitamos minúcias linguísticas, e traçamos as características evolutivas do termo: *commenticium* provem de *commentus*, forma participial de *comminisci*: pensar, meditar, refletir, enfim o resultado dessa reflexão, isto é, o imaginado, ou seja, a ficção.

Cícero, escritor e jurisconsulto, usou do termo com o sentido que Budaeus apresenta: recente, novo; assim, no De Natura Deorum, fala em COMMENTICIUM, como oposto ao real, logo, no sentido de irreal, imaginário, fictício.

Não será difícil encontrar o devido encadeamento semântico entre o aspecto material do termo e a realidade moral, que se pode facilmente comprovar.

O Direito Romano revela duas características imanentes à sua estruturação evolutiva conformadora; formalismo estrito e rigoroso, e um insistente e reiterado processo de ficção, que Dekkers nos transmite de Ihering, em La Ficción Jurídica: *Konstruktionsapparat*.

A expressão do eminente romanista alemão traduz admiravelmente o aspecto originário do caso vertente. É que, após a fase esotérica da jurisprudência romana, isto é, com a secularização do Direito, ou com a chamada jurisprudência leiga, surgem para o público os salutares efeitos da atividade dos prudentes, cuja função consistia nos termos tão conhecidos desses quatro elementos fundamentais: Respondere, agere, cavere, scribere. E Gaio com Justiniano definem as Respostas como

“sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat jura condere”.

Dentro dessa orbita renovadora da fisiologia anterior do Direito, aparecem as *Responsa* ás partes litigantes, a *Disputatio Fori*, os *Consilia* aos Magistrados, as *Defesas*, e os *Scripta*.

Todavia, de início, como sabemos sobejamente, ou pelo menos como está assentado e qual se depreende das fontes jurídicas de produção e conhecimento, não possuíram os Prudentes a autoridade advinda do *jus condere* ou do *jus respondendi*, o que vamos encontrar, somente, a partir de Augusto, pois, até então, a doutrina dos jurisconsultos seria de caracter privado, não oficial, portanto.

Pois bem, essa produção jurídica dos Prudentes podia ser rejeitada e conservar-se na esfera particular mas também podia ser acolhida pelos demais jurisperitos ou magistrados, quando, então, se tornaria no *Jus receptum* de Paulo, ou no *Jus Certum*, de Gaio, desde que legitimada por uma *ratio juris*, por uma *ratio utilitatis*, ou por uma *ratio equitatis*. Antes disso, porém, ensinava Cuj, era *Jus Commentium*, isto é, um direito fictício. Daí, pois, chamar-se direito fictício também ás ficções do direito quanto aos seus institutos, por analogia, certamente, com essa elaboração privada dos Prudentes durante o período republicano e parte da época imperial.

Vê-se, portanto, que, se *commenticium* significa imaginado, fictício, *jus commenticium* significará direito fictício, ficção jurídica.

No aludido passo de Paulo, que citamos de início, entende-se, conseqüentemente, que se a pena ultrapassa a pessoa do delinquente, não pode transmitir-se aos herdeiros, considera-se, então, irreal, uma ficção do Direito.

Conclui-se que a expressão *Jus Commenticium* traduz:

1º — A atividade privada dos Prudentes a que poderíamos denominar *Direito Plastodinamico*.

2º — Uma ficção jurídica, no âmbito do direito substantivo ou adjetivo.

Objetar-se-á que o Jus Commenticium parece frustaneo, inexpressivo ou perfunctorio, por isso que, dentro dos elementos ordenadores que o caracterizam, poderia reduzir-se a jus scriptum, uma vez acolhida oficialmente com a promulgação da autoridade constitucional, ou a jus non scriptum, equivalente, portanto, de Mos, costume, direito consuetudinário.

Tal raciocínio seria ilógico e injusto, porque falso em seu desdobramento, pois, se a sanção imperial é posterior, pressupõe aquela elaboração de caracter pessoal, e, por outro lado, o costume com valor jurídico, e é juridicamente que o estamos considerando, pode equivaler a jus non scriptum, mas o inverso não é verdadeiro, isto é, nem sempre o jus non scriptum será necessariamente Mos.

Além disso, e aqui pecaria pela base a objeção, Mos e Jus non scriptum seriam jus constitutum, e, ao jus commenticium, como elaboração de natureza privada, faltará, certa e necessariamente, esse atributo fundamental que poderia rechassá-lo porventura da categoria do Jus.

Mas, dir-se-á, mesmo assim, que de utilidade ou singularidade nessas considerações?

Evidentemente nosso esforço deve visar ao progresso da especulação científica nessa esfera de labor subjetivo, de molde a promovermos o processo das operações jurídicas.

Não se trata apenas de discernir ideias principais ou acessórias, e, ademais, encaramos com o devido relativismo esse aspecto da elocubração de sentido utilitarista, em nossas atividades. Vê-se, com os devidos elementos de comparação e comprovação apreciados, que o termo Jus Commenticium corresponde, em última instância, às seguintes conveniências:

1º — Preenche um claro, sentido por alguns estudiosos,

no que concerne às investigações do Direito, na sua estrutura histórico-fisiológica;

2º — Preceitua e determina uma *facies* inconfundível, no

sentido do Direito Dogmático;

3º — Corresponde a uma necessidade científica na ordem da metodologia jurídica.