LUÍS CABRAL DE MONCADA
Professor de História do Direito Romano na Universidade de Coimbra

ELEMENTOS

DE

HISTÓRIA DO DIREITO ROMANO

(FONTES E INSTITUIÇÕES)



COIMBRA EDITORA, L.DA
(ANTIGA CASA FRANÇA & ARMÉNIO)
LIVRARIA
R. Ferreira Borges, 63
OFICINAS
Avenida do Arnado
COIMBRA — 1923

PREFÁCIO

Com o presente volume dou à publicidade a primeira parte dos meus ELEMENTOS DE HISTÓRIA DO DIREITO ROMANO. *Contêm-se neles, em grande parte, matéria já exposta nas lições dadas na Faculdade de Direito de Coimbra desde o ano lectivo de 1920-1921.*

Como o seu título indica, o carácter desta publicação, que não pretende ser considerada como um trabalho original (estão tão atrazados, infelizmente, em Portugal, os estudos romanísticos!), é predominantemente histórico. Tendo deixado de vigorar há muito no nosso país como direito positivo, o direito romano é e continuará a ser estudado apenas como um simples ramo, embora o mais conspícuo e rico, da história jurídica. É como tal justamente que êle é e continuará sendo também, não só entre nós como lá fóra, o mais consumado e perfeito instrumento de cultura histórica e scientífica do direito, cabendo-lhe por isso mesmo ainda hoje um largo papel educativo na formação do espírito e do pensamento jurídicos modernos.

Contudo e não obstante êste carácter fundamentalmente histórico, visando o estudo das origens e causas de transformação do direito, esta publicação procurará também dar ao estudante uma vista de conjunto, tão

completa quanto possível, das principais instituïções jurídicas dos romanos, sobretudo na configuração definitiva que elas receberam na última fase histórica dêsse direito. Cumular-se-hão assim nela, nos seus dois volumes, os dois pontos de vista, o histórico e o dogmático, que no ensino desta disciplina costumam andar separados em alguns países estrangeiros, dando origem às duas cadeiras distintas de Institutas *e de* Pandectas, *isto é, o estudo sumário e sintético e o estudo analítico e detalhado do direito romano. E é por isso também que os presentes* Elementos *merecem antes ser classificados dentro do tipo de Manuais a que se dá lá fóra mais pròpriamente o nome de* Histórias gerais do direito romano.

Pobre como é a nossa literatura jurídica portuguesa em trabalhos desta ou outra índole sôbre o direito romano, ouso esperar que a sua publicação venha assim a preencher uma importante lacuna e ao mesmo tempo a ser de alguma utilidade aos estudantes das nossas escolas de direito, aos quais principalmente é destinado.

Coimbra, Natal de 1922.

Cabral de Moncada.

PRELIMINARES

A vida social é constituída por um conjunto de relações entre os indivíduos, cuja disciplina, visando a satisfação de necessidades e a realização dos principais fins humanos (o homem é um ser social), é regulada por leis. Entre essas leis da vida social, leis de carácter finalista, pois se dirigem a regular relações entre sêres conscientes e inteligentes, avultam, entre outras, as da moral, as da religião e as do direito.

Entende-se por direito, objectivamente considerado, como lei da convivência entre os homens e facto social, o conjunto dessas normas ou regras reguladoras de relações sociais de que o Estado assume a tutela, impondo coactivamente aos indivíduos a sua actuação e respeito (1). Essas relações entre os indivíduos ou gru-

(1) Subjectivamente, entende-se por direito a faculdade que tem o indivíduo de, de harmonia com a lei, praticar actos (*facultas agendi*) que sirvam a crear para êle as situações concretas que esta justamente quis definir e tutelar, chamando-lhes direitos O direito subjectivo é o aspecto prático, individual e dinámico que reveste o direito ou a lei objectivamente considerada (*norma agendi*), realizando-se na vida social. Esta distinção meramente conceitual exprime-se admiràvelmente na língua inglêsa pelos termos *law* (direito objectivo) e *right* (direito subjectivo). Também já se tem definido o direito subjectivo como o interesse jurídicamente protegido mediante uma vontade que o representa ou o poder de agir, para a satisfação dos próprios interesses, garantido pela lei. *Vid.* Michoud, *Théorie de la personalité morale*, pág. 99, e Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, pág. 3.

pos sociais são por isso mesmo chamadas *relações jurídicas*. Aos modos como essas normas se formam, aos órgãos políticos e sociais que as formulam e definem, e emfim ainda, aos textos e monumentos legislativos em que se contêm, chama-se técnicamente *fontes de direito*. Finalmente, dá-se a designação de *instituições jurídicas* a certos grupos sistemáticos de relações jurídicas que, pela grande afinidade que mantêm entre si, constituem no mapa da vida e da sciência jurídica como que grandes unidades ou grupos de fins humanos, individuais e sociais, possuindo uma individualidade própria. Se assim, por exemplo, as relações dos cônjuges no matrimónio ou as relações entre pais e filhos são relações jurídicas, porque reguladas pelo direito, e se o código ou lei por que se regulam constitui uma fonte, no último sentido desta palavra, o conjunto dessas relações e das normas que as regulam constituem, ao lado de outras afins e visando como elas o mesmo fim humano e social, uma instituïção jurídica que se chama a família (1).

Conceito e objecto da história do direito Romano

Ora o direito romano, definido no seu conceito mais simples e geral, não é senão o conjunto das normas de carácter jurídico porque se regeu a vida da sociedade romana. O seu estudo é conseqüentemente o estudo que tem por objecto a exposição histórica e metódica do conjunto das fontes e instituïções jurídicas dessa sociedade, ou seja, primeiro da pequena cidade latina que foi Roma; mais tarde, convertida esta na capital do vasto império que se sabe, da maior parte do mundo antigo.

(1) A classificação das relações jurídicas, assente neste critério, e hôje geralmente aceite, tal como a constituiu a sciência pandectista germânica ou escola dos pandectistas alemães, divide as relações jurídicas em relações ou *direitos de família*, *direitos reais*, *obrigações e sucessões*, correspondendo os termos desta classificação às instituïções que o direito civil regula. E não é só na exposição doutrinária e dogmática do direito civil que esta classificação scientífica triunfa hôje, mas ainda na legislação, assentando nela o plano dos mais recentes códigos civis (alemão, 1900; suíço, 1912; brasileiro, 1916).

Abrange assim a história do direito romano um período que se estende através de cêrca de treze séculos, indo desde a fundação da cidade, no século VIII antes de Cristo, até pouco mais de meados do século VI da nossa era, momento em que tem lugar a sua fixação definitiva com a obra codificadora de Justiniano (527-565). E como êste direito sobreviveu ainda à sociedade romana e entrou mais tarde, como importante património de idéas legado por ela, na história da civilização européa e moderna, daí o compreender também o seu estudo, embora só como complemento do seu objecto principal, o estudo das mais importantes vicissitudes por que passaram, desde o século VI até aos nossos dias, a sua influência como direito aplicável e a sua integridade como doutrina e objecto de sciência.

Utilidade do estudo do direito romano

Três ordens de consideração, pelo menos, abonam a utilidade do estudo do direito romano, ainda nos nossos dias, no quadro geral dos estudos jurídicos.

Em primeiro lugar, o direito romano é ainda hoje, sem discussão, a mais importante fonte do direito moderno. A legislação romana e o prestígio dos seus monumentos não se extinguiram com a vida da sociedade romana. Mas êsse direito sobreviveu a Roma, não só como uma das mais belas manifestações da antigüidade clássica, conservada imutável na letra dêsses monumentos, senão ainda como um direito vivo que, transformado e adaptado pouco a pouco às condições da sociedade européa, veiu assim a ser durante séculos o direito comum da Europa ocidental e a influir

considerávelmente sôbre as legislações de todos os povos modernos (1). Ora o conhecimento dêste direito não pode assim também deixar de ser de uma grande utilidade no estudo dessas legislações e no exercício das diversas profissões jurídicas, podendo concorrer muitas vezes para uma melhor inteligência das leis modernas na determinação do sentido de muitas das suas disposições (2).

Além disso, uma outra razão mais forte aconselha ainda o estudo do direito romano. Esta é, independentemente já de qualquer interesse prático e imediato, no ponto de vista da interpretação do direito moderno, o interesse geral que, no ponto de vista scientifico, reside também no seu estudo. É que o direito romano é indiscutivelmente, como já se tem dito, o ponto de partida

(1) Em Portugal foi o direito romano direito positivo e aplicável, embora com limitações, pode dizer-se que até à publicação do código civil. Desde o código visigótico e das primeiras *leis gerais* da monarquia (direito romano ante-justinianeu), até às Ordenações de D. Afonso V, D. Manuel e Filipe I (direito justinianeu), para falar só das mais importantes fontes, foi a sua influência que constituiu a base de toda a nossa evolução jurídica. E essa influência não foi só indirectamente que se exerceu, inspirando a estrutura e o pensamento das principais instituições jurídicas portuguesas; foi também directamente, constituindo direito positivo e aplicável. O direito romano foi, com efeito, o direito subsidiário expressamente declarado nas Ordenações para regular os casos não previstos na lei; e, como tal, embora restringido e limitado pela lei da Bôa Razão, de 18 de Agosto de 1769, e pelos Estatutos da Universidade, de 1772, que impuseram o chamado *usus modernus pandectarum*, foi que êle chegou, como direito aplicável, até ao código civil. E êste herdou, pode dizer-se, o seu fundo romanista, já da anterior legislação portuguesa que lhe serviu de fonte, já do código civil francês de 1804, também indirectamente inspirado, sobretudo através de Pothier, na jurisprudência romana. *Vid.* Guilherme Moreira, *Instituições*, I, pág. 31, 50 e seg.

(2) As instituições jurídicas que ainda hoje se acham mais influenciadas pelo direito romano, não só no nosso código civil, como em todos os códigos modernos, são a das obrigações e a dos direitos reais. O direito das obrigações e dos contratos, a fiança, o penhor

de todo o estudo scientífico do direito (1). O jurisconsulto encontra aí uma escola consumada de lógica e de raciocínio jurídico. A jurisprudência romana é o modêlo de todas as jurisprudências. Foram os seus jurisconsultos que fundaram, pode dizer-se que definitivamente, a sciência do direito; e de uma maneira tal, que a tornaram válida para todos os tempos e lugares. Com efeito, a coordenação sistemática das relações jurídicas elaborada por esses jurisconsultos, a definição rigorosa das diferentes categorias do pensamento jurídico por êles creada, o vigor e a subtileza das suas noções sôbre as coisas do direito e, emfim, a perfeição da sua técnica e da sua terminologia jurídicas, tudo isso constitue ainda hôje, nos seus elementos fundamentais, e diga-se o que se disser, o quadro de todo o estudo verdadeiramente scientífico do direito em si mesmo, e não só — note-se bem — do direito dos povos latinos modernos, como ainda de todo e qualquer direito (2).

Finalmente, o estudo do direito romano é ainda — e

e a hipoteca, o conceito individualístico da propriedade, as servidões, o usufruto e a enfiteuse são ainda hoje, fundamentalmente, direito romano. No direito de família a sua influência é menor, como, em geral, no direito das pessoas. Mas no direito sucessório quantas influências se não conservam ainda, no conceito de sucessão hereditária, na instituïção de herdeiro, no sistema da sucessão legítima, etc.? Quanto ao valor do direito romano para o estudo do moderno, como seu elemento de interpretação, deve porém notar-se que êsse valor existe só no que respeita ao direito justinianeu, sendo portanto limitado o valor dêste argumento quando referido ao estudo do mais antigo direito romano.

(1) Ed. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1917, pág. 2.

(2) Os conceitos e os termos de pessoa, coisa, direito subjectivo *(facultas agendi)*, os de obrigação *(obligatio)*, contrato, culpa, dolo, coacção *(metus)*, êrro, domínio, posse, prescrição, direitos reais e pessoais, acção, as principais divisões do direito em público e privado, comum e singular, etc., vêm-nos do direito romano. *Vide* Walton, *Introd. à história do direito romano* (trad. dr. Merêa), pág. 18.

êste novo aspecto do seu valor pedagógico não é o menos importante — um excelente meio e instrumento de cultura histórica e filosófica do direito. Com efeito, através de um tão vasto período, como é o dos mil e trezentos anos que leva a percorrer a evolução jurídica de Roma, desde os primórdios da cidade até aos últimos momentos de uma civilização já caduca e envelhecida, nós não conhecemos até hoje, nem porventura conheceremos jámais, a história de nenhum outro direito que se compare com o romano, no que respeita a uma tão rica variedade de fases de desenvolvimento e a um tão grande número de elementos de informação de toda a ordem.

Ora, isto faz justamente com que seja também o estudo do direito romano o melhor terreno de observação histórica que existe para poder conhecer as leis a que se encontra sujeito o fenómeno jurídico em cada uma das suas manifestações e transformações, sempre em correspondência com as várias condições da vida social. O historiador e o legislador, o político e o filósofo das coisas sociais encontrarão aí necessàriamente um campo riquíssimo e sempre aberto às suas investigações, quer estas se destinem a averiguar as causas da grandeza e decadência dos estados, quer as condições impreteríveis a que estão sujeitos todos os progressos do direito, o valor e a eficácia social das suas diferentes fontes, quer emfim se destinem a sondar o sentido das grandes leis históricas que presidem à evolução jurídica da humanidade (1). E estas simples considerações, tantas vezes formuladas e repetidas, bastam, cremos nós, para justificar a utilidade do estudo do direito romano no quadro actual das disciplinas jurídicas, utilidade, de resto, tão reconhecida hôje, que — diga-se de passagem — até os países, cuja história jurídica tem decorrido mais

(1) *Vid.* Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (6 ediç., 1918), pág. 5 e 6 e nota 1.

ao abrigo de todas as influências romanas, o teem introduzido, como a Inglaterra, a Rússia, os Estados Unidos e o Japão, no ensino sempre aperfeiçoado das suas universidades.

Períodos da história do direito Romano

Mas o direito romano, por isso mesmo que o seu desenvolvimento se protrae através de um tão grande número de séculos, atravessou vários períodos e revestiu durante êles, como era natural, caracteres muito distintos. Importa por isso considerá-lo em cada uma das fases do seu desenvolvimento, introduzindo assim no estudo da sua história um certo número de divisões e quadros cronológicos que sirvam a facilitar a melhor compreensão das suas sucessivas transformações (1).

O direito, como todas as outras manifestações da vida dos povos, como a arte e a literatura, sendo simultâneamente um produto da consciência colectiva e das

(1) Diversos são os critérios de divisão geralmente adoptados no estudo da história externa do direito romano. Uns dividem-na em três períodos principais, fundando-se num critério exclusivamente político; esses períodos são: a Realeza, a República e o Império, subdividindo depois o período republicano em dois outros períodos separados pelo código das XII Tábuas, e o imperial também em dois, separados pelo advento da monarquia absoluta, com Diocleciano, em 284 (Girard e dr. Pedro Martins). Outros, adoptando um critério também político e jurídico, tomam como limite do primeiro período as XII Tábuas, do segundo o fim da República, e do terceiro o fim do período clássico (morte de Alexandre Severo) ou o advento de Diocleciano (Petit, Salkowski, etc). Outros ainda adoptam um critério fundado no carácter mais ou menos histórico das fontes romanas, como Pacchioni, dividindo a história jurídica romana em dois grandes períodos; até 390 (invasão gaulesa) e depois de 390, subdividindo êste último, segundo um critério político, em quatro períodos que coincidem pouco mais ou menos com os das divisões anteriores. Outros, finalmente, como Bonfante, G. May e Cornil, dividem a história do direito romano em três períodos, fundando a sua divisão num critério político e económico, o

condições de existência e desenvolvimento das sociedades, modifica-se e varia constantemente em função das modificações que a cada momento se produzem em todos os outros factores da vida social. E assim o direito varia no tempo e no espaço, à proporção que variam e se desenvolvem também os sentimentos, as crenças, as necessidades, as condições de civilização de uma sociedade, etc. A história do direito deve pois ser estudada dentro de um certo número de divisões que correspondam às principais *étapes* produzidas no movimento geral de uma sociedade.

Ora a sociedade romana, olhada de alto a sua evolução histórica, política e social, atravessou sucessivamente pelo menos três épocas ou três períodos bem diferenciados e que, separados uns dos outros por dois momentos críticos, decisivos, na história da sua civilização, comunicaram — pode dizer-se — ao conjunto das ideas e instituições nelas compreendidas uma fisionomia completamente distinta e característica. Esses momentos são: um — o primeiro — o constituído pela série de factos e acontecimentos que transformaram, desde os princípios do II século a. Cr., a pequena cidade romana num grande império, herdeiro das mais florescentes civilizações da antiguidade; outro — o segundo — o constituído pelo advento à civilização romana dos povos bárbaros, determinando a decomposição lenta do génio latino e a sua substituição pelo génio helénico e oriental no espírito preverti-do dessa mesma civilização romana. E assim os três períodos que, separados por êsses dois momentos culminantes na história de Roma, nós podemos considerar existirem também na história do seu direito e a que correspondem três sistemas jurídicos distintos e bem caracterizados são: 1.º) — o período do mais antigo direito ou do *direito quiritário (jus Quiritium)*; 2.º) — o período do *direito romano universal (jus Gentium)*; e 3.º) — o período do *direito romano oriental* ou helénico romano.

O primeiro é, como dizemos, o período do mais antigo direito. Corresponde êle a um sistema jurídico próprio de uma sociedade ainda rudimentar e estreitamente nacionalista, como, sobretudo quanto a êste último aspecto, foi Roma desde a fundação da cidade até cêrca de fins do III século antes da nossa era. Êste período é caraterizado por um direito que é a expressão de uma vida social ainda muito simples e restrita; em que o poder político se acha ainda, em parte, distribuído por certas organizações pre-estatuais, dividido entre a *familia* e a *civitas*; em que no direito predominam as normas relativas às relações de proprietários rústicos e aos interesses da agricultura; e em que, finalmente, todos os actos jurídicos se revestem de um formalismo material, solene e arcáico. O direito romano, pode dizer-se, não nos oferece neste período nenhuma originalidade, assimilhando-se antes ao direito de outros povos em idêntico grau de desenvolvimento social e encontrando a sua mais elevada expressão no código das *XII Tábuas*.

O período seguinte é o que corresponde à primeira

---

do alargamento do Estado romano e das relações políticas e comerciais com os outros povos da antiguidade, e fazendo corresponder a esses três períodos três fases completamente diferentes do direito, o direito nacional, o direito universal e o direito oriental. Como se vê no texto, é esta a divisão que preferimos por ser a mais simples e a que julgamos corresponder melhor à índole das mais profundas transformações sofridas pelo direito romano. Dentro dela, obtém-se seguramente uma visão sintética mais integrada de toda a evolução jurídica romana e evita-se o inconveniente de um grande número de repetições inúteis. De resto, êste critério de divisão, como qualquer outro, tem igualmente alguma coisa de artificial, pedido pelas exigências de síntese imaginativa do historiador, que é preciso não perder nunca de vista. Como diz Cornil, é preciso constantemente rectificar pelo esfôrço do pensamento as imperfeições do método sincrónico ou cronológico, tendo sempre presente que os pontos de intercepção entre os diferentes períodos são apenas aproximativos e que as transformações que nos aparecem no direito, dentro de cada um deles, foram na realidade o resultado de uma evolução lenta e constante. *Vide* Cornil, *Droit romain*, Bruxelles, 1921, pág. 3.

transformação importante da sociedade romana, logo após as guerras púnicas (1). A expansão imperialista, militar e económica de Roma, que tem lugar neste período, imprime também ao seu direito um carácter e uma fisionomia totalmente diferentes dos anteriores. Então o antigo direito civil romano (*Jus civile*) deixa de ser o único direito da sociedade romana. Ao lado dêle, envolvendo-o por todos os lados e penetrando-o, constitue-se pouco a pouco um outro direito com uma esfera de aplicação mais larga e apto a reger a vida de uma sociedade muito mais vasta do que a primitiva. O direito regulador das relações comerciais passa a predominar sôbre o direito regulador das relações entre os simples proprietários rústicos d'outrora. E ao mesmo tempo que se produz esta tendência para a universalização da vida jurídica dos romanos pela formação do direito romano das gentes (*Jus gentium*), o direito vai-se despindo também do seu formalismo rígido e material, tornando-se mais humano e equitativo, mais expontâneo nas suas faculdades de renovação e mais flexível, com a creação jurídica do pretor (*Jus honorarium*) e os novos horizontes abertos à consciência jurídica romana pela jurisprudência e pelos imperadores. Este período prolonga-se até Constantino (306-337) (2)

(1) A primeira guerra púnica tem lugar de 264 a 241 a. Cr. e estas datas devem ser aproximadas da data da creação do pretor peregrino em Roma, em 242, facto que mostra a importância que assume já nesse momento a afluência de grande número de peregrinos dentro da cidade, como conseqüência da sua expansão militar económica e comercial. Daí até ao fim das guerras púnicas (146) e fins do segundo século antes da nossa era, preparam-se, com efeito, todas as condições sociais que dão a êste segundo período da história jurídica romana a sua individualidade inconfundível pela creação do *Jus gentium* ou direito romano universal.

(2) Na maior parte das histórias do direito romano costuma tomar-se como fim dêste período o reinado de Diocleciano (284-306), e não o de Constantino (306-337). Tomamos, porém, como ponto

e encontra a sua mais elevada expressão no *Edito do Pretor* e na obra reformadora da jurisprudência clássica.

Finalmente — e êste é o terceiro período — o sincretismo de ideias e de civilizações que se produz desde os fins do III século, com a vacilação das fronteiras do império, sob a pressão constante dos povos bárbaros, e sobretudo com o contacto mais estreito com o Oriente, a partir de Constantino, determinam uma desnacionalização progressiva do direito romano. Com a transferência da capital de Roma para Constantinopla, o direito romano como que se desromaniza. O génio helénico e oriental imprime então um carácter novo à restante evolução jurídica. O direito clássico adapta-se à nova sociedade. Muitas ideias e instituïções jurídicas antigas perdem a sua função e, ou se transformam, ou morrem; outras subsistem, mas são informadas por concepções novas e diferentes. Emfim, ao estreitamento da unidade moral e política do império corresponde uma tendência mais acentuada ainda do direito para a sua universalização, revestindo um carácter abstracto e humanitário. Mas, ao mesmo tempo que esta unidade se afirma exteriormente e oficialmente na constituïção política do Estado e na letra rígida dos códigos, as tradições jurídicas nacionais das diferentes partes do império (sobretudo no Oriente, na Síria e no Egito) vão-se afirmando também; e, combinadas com o direito romano, vão dando origem aí a outras tantas formações jurídicas ou direitos locais (*direito romano vulgar*). O direito encontra neste pe-

de referência o reinado dêste último, porque foi êle, não só quem completou as reformas introduzidas pelo seu antecessor na constituïção do Estado romano, dando-lhe o carácter de uma monarquia absoluta, como transferiu definitivamente para Constantinopla a capital do Império, facto da maior importância para a posterior evolução do direito romano.

ríodo a sua mais elevada expressão no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Plano de exposição adoptado

Adoptada esta divisão da história do direito romano nos períodos que ficam indicados, ainda isto não basta para fundamentar o critério de um método de exposição que seja ao mesmo tempo lógico e vantajoso no estudo de que nos vamos ocupar. Tendo, com efeito, a estudar a história das fontes e das instituições do direito romano, e não sendo estas duas partes do fenómeno jurídico mais do que dois aspectos, que a nossa imaginação separa, de uma única realidade orgânica: a vida jurídica, o direito emfim — precisamos de saber até que ponto convém estudá-las em separado e em que medida o estudo de umas deve servir de introdução ao estudo das outras, sem perigo de quebrar essa unidade orgânica do desenvolvimento jurídico.

Ora, é exactamente, partindo do sentimento desta unidade da vida do direito, que nos parece inaceitável, por contrário à realidade e à lógica, todo o método de exposição que separe em absoluto o estudo das fontes do estudo das instituições. O estudo histórico das instituições sem o estudo paralelo das fontes é inscientífico e ultra-dogmático, porque equivale, em parte, ao estudo dos efeitos sem o das suas causas. E, por outro lado, o estudo das fontes sem o constante acompanhamento da correspondente evolução das instituições é incompleto, puramente histórico e nada jurídico, porque, como diria Leibnitz, dêste modo êle *non ipsam jurisprudentiae substantiam ingrediretur*, o que seria absurdo.

Mas, por outro lado, não é menos certo que impossível se torna também estudar em conjunto as fontes e as instituições jurídicas, com o desenvolvimento que o estudo de umas e outras requer, sem confundir muitas vezes factos e ideias, causas e efeitos de muitos fenómenos

sociais e jurídicos, que justamente é missão da sciência descriminar e classificar dentro de quadros lógicos e claros. Fazer o estudo da história do direito romano ou doutro qualquer direito, sem de algum modo estabelecer aquela separação lógica fundamental, seria o mesmo que estudar à mistura história, economia, política, religião e direito, isto é, todos os factores da vida social que podem ter uma repercussão no campo jurídico e determinar o seu relêvo; e isto, certamente, com grave prejuízo da clareza da exposição e do método. Seria o mesmo ainda que estudar a propósito de cada instituição, e a querer fazer um estudo histórico, toda a condicionalidade histórica e social que a determina nas suas fontes: e, como não é para nós concebível a exposição histórica destas últimas fóra do chamado método cronológico ou sincrónico (1), seria isso ainda o mesmo que caír na necessidade de aplicar êste método ao estudo das instituições e assim caír em constantes e inúteis repetições no estudo das instituições do direito privado. Em resumo: impõe-se pois não separar em absoluto, mas, por outro

(1) O método cronológico ou sincrónico é, como método histórico de exposição, o método que consiste em dividir toda a história do direito num certo número de períodos ou épocas, de harmonia com um certo critério, e em estudar depois, dentro de cada um dêsses períodos, as transformações das diferentes instituições jurídicas em conjunto, ligadas à acção das mesmas causas sociais, económicas e políticas. É o método adoptado neste volume para a exposição da história externa do direito romano e que costuma ser geralmente seguido no estudo das instituições jurídicas de direito público. O método analítico ou monográfico, que se opõe a êste, consiste no estudo isoladamente feito das transformações sofridas historicamente por cada uma das instituições jurídicas. É o método mais geralmente seguido no estudo das instituições do direito privado e que será adoptado no segundo volume dêste trabalho.

A combinação dêstes dois métodos, pela forma por que o fazemos, esperamos que permita ao aluno evitar êstes dois escolhos em que geralmente naufraga entre nós o ensino desta disciplina, isto é, ou perder-se no estudo de factos puramente de história política,

lado, não juntar também demasiadamente o estudo das fontes e o das instituïções jurídicas.

Para isso é que justamente o presente trabalho será dividido em duas partes. Na primeira parte ou primeiro volume tratar-se-há da história das fontes e simultâneamente também da das instituïções, segundo o método cronológico, a fim de mostrar desde logo, e a propósito de cada período da história do direito romano, a índole das suas instituïções privadas, no que elas podem oferecer de mais geral, como uma conseqüência dos restantes factores da evolução histórica e social. Só dêste modo, com efeito, enquadrados no movimento geral da sua civilização, é que o direito e as suas transformações poderão ser compreendidos à luz da história, como um autêntico produto da evolução social da vida romana. É aquilo a que Ihering chamou o método da *causalidade* e da *homogeneidade interna* de todos os elementos que constituem o direito dentro de uma mesma época (1). Na segunda parte ou segundo volume, a que o primeiro serve assim de introdução, tratar-se-há exclusivamente das instituïções, mas desta vez com maior desenvolvimento e dentro de uma orientação não já exclusivamente histórica mas prevalentemente dogmática, adoptando o método monográfico. Como quadro de uma sistematização scientifica dos factos jurídicos, porém, será adoptada, a própria divisão que os romanos

externa, e sem nenhuma utilidade de aplicação no estudo das restantes disciplinas do seu curso jurídico (é o caso mais frequente); ou o de encetar o estudo de um direito, que é puramente histórico, sem o conhecimento das origens e condições históricas dêsse direito. Se o estudo da história romana, sem o direito, de nada vale na cultura jurídica, o estudo do direito romano, sem a história, é meramente empírico, por falta de um verdadeiro critério scientifico e filosófico. O método que se adopta parece-nos ser aquele que melhor harmonisa estas exigências e concilia os pontos de vista histórico e jurídico.

(1) *Vide* Ihering, *Histoire du développement du droit romain* (œuvre posthume), trad. Meulenaere, Paris 1901, pág. 5 e 6.

fizeram do direito, com leves alterações, ou seja, a divisão em direito das pessoas, das coisas e das acções. Nestes termos, êste volume será assim, como não podia deixar de ser, repetimos, uma simples introdução que servirá a abrir o caminho e a preparar para o estudo histórico do direito romano.

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

Período do Direito romano quiritário ou nacional

(753 a. Chr. — 241 a. Chr.)

Por direito romano quiritário, direito dos *quirites* (*jus Quiritium*), deve entender-se o primitivo direito civil romano, tomado êste, na sua acepção mais restrita, como o direito exclusivamente próprio dos cidadãos de Roma ou o seu direito nacional.

A primitiva Roma, como todas as sociedades antigas cuja vida se achou por muito tempo confinada dentro das muralhas de uma cidade (*urbs*), não conheceu nem teve, com efeito, durante todo êsse tempo, outro direito que não fôsse o exclusivamente próprio dos seus cidadãos, os membros da *civitas*, e do qual foram rigorosamente excluídos os membros de todos os outros Estados e agrupamentos políticos. O direito era então, como a religião, o culto e a vida pública, privilégio exclusivo de um grupo social restrito, a cidade; e daí vinha justamente a êsse direito o nome de direito civil (*jus civile*), isto é, direito de uma cidade, e o de direito quiritário (*jus*

quiritium), isto é, direito dos cidadãos romanos ou *quirites* (1).

Ora foi êste direito, estreitamente nacionalista, privilégio de um pequeno grupo social e político, que justamente prevaleceu durante os cinco primeiros séculos da vida romana, resistindo através dêsse período à penetração de todas as influências e sistemas jurídicos estrangeiros, e imprimindo a todas as instituições romanas uma fisionomia própria e inconfundível. O seu nacionalismo estreito, o seu espírito comunitário, reflexo da primitiva constituição social e económica de Roma, o seu formalismo material e intolerante na interpretação do valor dos actos da vida jurídica, são algumas das suas qualidades mais características. E estas qualidades e esta fisionomia deixam surpreender-se fàcilmente, tanto no conjunto das suas instituições políticas e sociais, como na história das suas fontes e no sistema das suas instituições privadas.

1—Instituições políticas e sociais

Pequeno foi o número das instituições fundamentais que serviram de quadro histórico à vida política da primitiva sociedade romana.

Os romanos aparecem-nos a primeira vez na história como um pequeno povo de agricultores e de pastores, organizados dentro de formas de um viver social de tipo comunitário e patriarcal. A sua vida económica, com

(1) Segundo a etimologia geralmente adoptada, o termo *quirites* deriva de *curis* (lança), arma e símbolo do cidadão Romano. O mesmo significa *curis*. (*Vid.* Festo, *hoc verb*).

Para Niebuhr, porém, o termo viria de *Curium* ou *Quirium*, cidade sabina, com cuja população os romanos se teriam fundido na fundação da cidade; e para outros ainda, de *Quirinus*, nome por que era designado Rómulo, o fundador e primeiro rei de Roma.

efeito, mal transpunha ainda, nos séculos oitavo e sétimo antes da nossa era, a fase do puro comunitarismo agrário e a sua vida política mal se elevava ainda à noção de Estado, quando em Roma começaram de ferir-se as primeiras lutas sociais e civis de que a história nos conserva ainda a memória. Pelo contrário, o poder político, longe de se encontrar integrado desde então num órgão único, achava-se dividido a princípio por uma série de organizações pre-estatuais, as *familias* e as *gentes*, de cuja fusão resultou só mais tarde a fundação do estado romano e a da verdadeira *civitas*, no ano 754 a. Cr. (1). Essas organizações, as famílias, as *gentes*, e mais tarde a *civitas*, constituem assim os quadros políticos e económicos fundamentais sôbre que assentava a primitiva vida romana e a sua importância foi tamanha que dêles, e principalmente dos

(1) A primitiva Roma parece ter sido um pequeno recinto fortificado (*Roma quadrata*) e situado apenas a alguns quilómetros da foz do Tibre, na sua margem esquerda, sôbre o monte Palatino. Ela serviria de núcleo e cidadela a um agrupamento de tríbus latinas de pastores e agricultores, espalhadas ao redor, num pequeno território para o sul do rio. Essas tríbus seriam originàriamente três (a dos *Titles* ou *Tilientes*, a dos *Ramnes* ou *Ramnenses*, e a dos *Luceres*), sendo da sua fusão política que, segundo a tradição, teria resultado a fundação do Estado romano. Com efeito, o número *três*, tomado como unidade, aparece-nos na base de muitas instituições romanas desde os primeiros tempos, como que a indicar a presença de três elementos, senão étnicos, pelo menos sociais, na origem da cidade; assim as primeiras trinta cúrias (à razão de dez por cada tríbu), os três *tribuni militum*, os três *tribuni celeram*, os três pontífices, etc. *Vid.* Mommsen, *Römische Geschichte*, I, 42 e 43. Seja, porém, qual fôr o grau de atendibilidade que possam merecer estas tradições que nos falam da fundação da cidade e quer tenham sido três os elementos que lhe deram origem, quer apenas dois (o latino e o sabino), como parecem atestá-lo os últimos vestígios arqueológicos encontrados de duas cidades primitivas, uma no Palatino, outra no Quirinal (*vid.* Binder, *die Plebs*, cap. I e II e Pelham, *Rom. History*, cap. II), o certo é que a primitiva Roma resultou, na sua origem, da fusão de vários elementos e que na sua composição entraram pelo menos tríbus latinas e sabi-

dois primeiros, resultaram influências ancestrais que dominaram através de séculos a estrutura e o pensamento de muitos dos seus principais institutos jurídicos.

A família

A família era um grupo social com um carácter e uma composição bastante diferentes dos que esta instituição tem hoje para nós (1). Tinha ela um carácter político acentuado, constituindo um verdadeiro estado em ponto pequeno. O parentesco *(agnação, adgnatio)* era nela, não tanto um vínculo de pura consanguinidade, mas um vínculo simultâneamente de consanguinidade só por linha masculina, religioso e de sujeição política dos seus membros a um chefe único que era um chefe absoluto, o *pater* ou *paterfamilias* (2). E também na sua

nas, senão talvez etruscas também (Mommsen, *ibid*, pág. 52 e seg.). Fundada a cidade, é, porém, certo que as tríbus, que naturalmente a precederam, se tornaram mais tarde apenas subdivisões locais da *urbs*, absorvidas na sua organização administrativa e política.

Quanto à data pela tradição assinada à fundação da cidade no ano 754 a. Cr., bastará notar que o seu fundamento é também bastante convencional, representando a cronologia de Varrão e Cícero, que distancia êsse facto quatro anos para lá da data que lhe é atribuída por Políbio, Diodoro e T. Lívio. *Vide*, quanto à cronologia romana, os trabalhos de Ideler e Mommsen, respectivamente: *Handbuch der mathem. und technischen Chronologie* (1826) e *Die röm. Chronologie bis auf Caesar* (1859).

(1) *Jure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae* (Dig. 50, 16, 195).

(2) Gaio, I, 156 e Dig., 26, 4, 7. O termo *pater*, de resto, não significa o mesmo que pai na acepção natural de progenitor. Para traduzir esta idéia usavam os romanos do termo *genitor*. *Pater* era o chefe da família, o *paterfamilias*, que podia muito bem não ser pai no sentido natural, servindo esta expressão mais tarde para designar ainda o mesmo que homem, pessoa, sujeito de direitos, prova manifesta de que, no mais antigo direito, só os *patresfamilias* contavam como unidades sociais na vida jurídica, aqueles para os quais exclusivamente o direito existia *(mens, voluntas paterfamilias, paterfamilias instituit, legat, diligens paterfamilias*, etc.).

composição não se diferençava ela menos da família moderna, pois além da mulher e dos filhos, o *pater* contava aí ainda, como verdadeiros súbditos, sujeitos à sua *potestas*, não só os outros descendentes, qualquer que fôsse a sua idade e condição, mas ainda os adoptados e adrogados, os livres vendidos a êle ou pessoas *in mancipio*, os clientes, os *hospites* e os escravos (1). Sôbre todas estas pessoas exercia o chefe da família um poder absoluto, com o direito de vida e de morte (*jus vitae ac necis*) (2); e, se na esfera das relações pessoais entre os membros da *domus*, o *pater* era um verdadeiro soberano, aliando às suas funções políticas também as judiciais e as religiosas como juiz e sacerdote da família, na esfera patrimonial, era essa soberania ainda mais evidenciada com o ser êle o único proprietário de todos os haveres das pessoas a êle sujeitas (3).

(1) Acêrca das pessoas que se achavam sujeitas à *potestas* do chefe da família, *vide* Gaio, *Inst.* I, 51, 52, 55, 97, 108 e 116. Os *clientes* eram os livres que, sem serem cidadãos (foragidos e membros de outras cidades ou libertos, que não podiam encontrar segurança fóra dessa situação), se acolhiam à protecção do *paterfamilias* e viviam junto dêle permanentemente, prestando-lhe serviços. *Hospites* eram os estrangeiros que, passando por Roma e não podendo encontrar aí protecção legal, se acolhiam transitòriamente à de um cidadão em virtude de um pacto ou tratado *(hospitium privatum)* pelo qual também o cidadão romano encontraria a mesma protecção na cidade ou na pátria dêsse estrangeiro.

(2) Sôbre os extraordinários poderes de *paterfamilias*, *vid.* Gaio, I, 55: *fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus*». Cfr. XII Táb. IV, 1 e 2 e *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, IV, 8, 1.

(3) Gaio, II, 86 e 87: *adquiritur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate, manu, mancipiove habemus.*

Mais adiante, quando estudarmos os direitos de família entre as relações jurídicas de direito privado, voltaremos a referir-nos a esta matéria com maior desenvolvimento. Aqui é o carácter de organismo político soberano e autónomo, que a família romana reveste, que há a pôr em todo o relêvo, como instituição política e social, a família romana *principium urbis* e *seminarium reipublicae*, como lhe chamou

A gens

Acima da família, constituindo um grupo social mais largo, estava a *gens*. Esta parece ter sido constituída por um número ainda maior de pessoas, talvez originàriamente de famílias, que descendiam ou se supunham descender de um antepassado comum. Posto a sua importância pareça ter sido grande na primitiva organização económica, em que lhe pertenceria talvez a propriedade colectiva de terra, contudo nos tempos históricos o interêsse desta instituição consiste apenas em ser ela o fundamento de uma forma de parentesco civil (*gentilitas*) de que dependem ainda certos efeitos jurídicos, sobretudo no campo do direito sucessório. Os *gentiles* eram parentes afastados que à circunstância de um nome e de um culto comum fazia crer descendentes do mesmo tronco (1).

Cícero (*De officiis*, I, 17). Mas este carácter político da família, como grupo autónomo e anterior à *civitas* e não já apenas como grupo patriarcal e órgão político-administrativo do Estado, tem sido, no estudo da história do direito romano, assunto de viva controvérsia. Posto a opinião que lhe atribui aquêle carácter se deva considerar já antiga e como remontando, na Itália, a Vico e Filangieri, contudo cabe ao ilustre romanista italiano Bonfante o mérito indiscutível de a ter revigorado nos últimos anos com um grande número de argumentos novos, desenvolvendo-a e esclarecendo com pleno êxito, à luz que dela resalta, muitas particularidades e pontos até aí obscuros de muitas outras instituições jurídicas romanas, principalmente no campo do direito sucessório. Vejam-se particularmente a êste respeito os trabalhos de Bonfante: *La «gens» e la «familia»* e *«Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive»*, publicados no *«Bullettino dell Istituto di Dir. romano*, ano 1888, pág. 236 e seg. e na *Rivista ital per le scienze giuridiche*, 1915, vol. 55, respectivamente. Estes trabalhos foram reproduzidos na recente obra do autor, *Scritti giuridici varii*, I, vol. (1916) cap. I e II. Ver também, do mesmo autor, *Diritto romano*, 1900, pág. 151 e seg. Contra esta opinião, que é hoje dominante na Itália e encontra também fóra dela numerosos partidários, *vid.* De Sanctis, *Per la scienza dell'antichità*, 1909, pág. 414, Ed. Meyer, *Geschichte des Alterthums* e *Forschungen zur alten Geschichte*, II, 1899, e Arangio Ruiz, *Le genti e la città*, 1914. Cfr. também Brichetti, *La natura originaria della famiglia rom. nella tradizione giur. italiana*, na *Rivista italiana di sociologia*, vol. 24, 1920, pág. 269 e seg.

A civitas

Finalmente, acima das famílias e *gentes*, estava a *civitas*, conceito êste que correspondia à totalidade do povo romano organizado como sociedade política. Era o conjunto dos cidadãos constituídos em sociedade política ou Estado. Mas êste Estado, como já dissemos, foi a princípio não tanto um verdadeiro estado, completamente integrado, no sentido que hoje ligamos a esta palavra, em que, isto é, aos seus órgãos pertencesse exclusivamente a totalidade do poder público, mas apenas um órgão da vida política de Roma, primeiro ao lado, depois acima das famílias e *gentes*, representando a superior coordenação de todos os interesses da colectividade (2).

(1) *Vide* Cícero, *Top.*, 6, 29: *«gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt... qui ab ingenuis oriundi sunt... quorum majorum nemo servitutem servivit...»*; e Ulpiano, no Dig. 50, 16, 195, 4.: *item appellatur familia plurium personarum quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine profisciscuntur (sicuti dicimus familiam Juliam) quasi ex fonte quodam meriae.* Estas opiniões, identificando quási os conceitos de *gens* e de família, somadas aos ensinamentos do direito comparado, no que toca principalmente à *gens* grega e ao *clan* dos celtas, bem como a instituições correspondentes da Índia e da Rússia, convencem de que a *gens* fôsse realmente um prolongamento da família, com uma função importante nos tempos anteriores à fundação da cidade, e de que só ficaram, como vestígios, os direitos e o culto da gentilidade, nos tempos históricos.

Pelo contrário, deve ser em absoluto repudiada a opinião de Niebuhr que vê na *gens* uma subdivisão política da cúria, formada por dez famílias, como esta o era por dez *gentes* e a tribu por dez curias. Cfr. Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, 6, 1, pág. 72 e seg. e *Röm. Geschichte*, I, pág. 60.

(2) *Vid.* Mommsen, *obr. cit.*, pág. 62 e Walton, *Introd. ao estudo do direito rom.*, pág. 74. Como nota êste escritor, foi justamente a fundação precoce da *civitas* que obstou a que o sistema gentílicio tivesse em Roma um papel que de longe se assimilhasse ao que desempenhou na história de alguns povos árias e, especialmente, entre os

E essa coordenação era garantida na primitiva constituição romana por três órgãos fundamentais: o rei, o senado e os comícios.

O Rei O rei *(rex)* era o supremo magistrado da *civitas*, mas magistrado electivo e vitalício, saído dos comícios por eleição popular e sob proposta de um membro do senado (1). Era, pode dizer-se, o chefe da *civitas* quási nos mesmos termos em que o *pater* o era da família. E êste facto, assim como a natureza dos seus poderes, dão à realeza romana um carácter essencialmente patriarcal. O rei, além das funções militares na guerra, que desempenhava como chefe dos cidadãos armados, tinha ainda a seu cargo a administração da justiça civil e criminal e a direcção do culto do Estado; era o supremo juiz e o sumo sacerdote. Os seus poderes não eram, porém, os de um rei absoluto, mas eram rigorosamente limitados, não só pelos preceitos da religião e do costume, as regras do *fas* e do *mos*, senão ainda, constitucionalmente, pelos dois outros órgãos da *civitas*, o Senado e os Comícios.

celtas. Mas esta sobreposição da *civitas* ao sistema gentilício e o seu desenvolvimento, tomando como ponto de partida os anteriores elementos de organização política, explicam-nos também, por outro lado, o carácter patriarcal que durante muito tempo conservou o primitivo Estado romano.

(1) É bastante incerta a organização do poder real na primitiva Roma. Segundo conjectura Mommsen (*Röm. Staatsrecht*, I, 205), a proposta para a eleição do rei partia do *interrex*, que seria um membro do senado, nomeado por êle, e substituído todos os cinco dias, durante a vacatura da magistratura real, para administrar provisòriamente a *civitas*. Cfr. Girard, *Organisat. judic.*, 10 e seg. e Binder, *Die Plebs*, 551.

O Senado O primeiro, o senado, era um corpo consultivo permanente, constituído por cem, mais tarde por trezentos membros, escolhidos talvez pelo rei de entre os chefes das famílias, ou talvez ainda, originàriamente, formado pelos chefes das diversas *gentes* por virtude de direito próprio. As suas funções limitavam-se, a princípio, a aconselhar o rei em todas as questões importantes que interessávam o Estado, sem que, porém, aquele fôsse obrigado a seguir o seu conselho. O senado correspondia na família ao conselho dos parentes próximos que muitas vezes o *pater* devia ouvir antes de resolver sôbre certas questões do interesse dêsse grupo (1).

Os comícios Finalmente, eram os comícios assembleas de todo o povo romano distribuído e organizado dentro de certos quadros ou divisões territoriais, administrativas e militares, a fim de tomar conhecimento também de um certo número de questões interessando a vida do Estado e se pronunciar sôbre elas. Eram o elemento democrático na vida do Estado romano. Virtualmente, era neles que residia já, em última análise, a soberania ou o poder político.

Foram três as espécies ou formas destas assembleas populares que tiveram na história de Roma o nome de comícios, consoante os quadros de organização que lhes serviram de base foram a *cúria*, a *centúria* ou a *tribu*. A *cúria*, que servia de base aos *comitia curiata*, era uma divisão ou quadro simultâneamente administrativo, eleitoral, político e religioso. O primitivo povo romano

(1) Veja Mommsen, *R. Staatsrecht*, I, 50. A mais importante função do senado, durante a realeza, além das suas funções consultivas junto do *rex*, seria a de ratificar com o seu *placet* as resoluções dos comícios, que só depois desta formalidade podiam vigorar. Era ao que se chamava a *auctoritas patrum*.

achava-se dividido em trinta cúrias, à razão de dez por cada uma das três tribus que o formavam *(Tities, Ramnes, Luceres)*, e era a sua reünião, compreendendo todos os cidadãos capazes de serviço militar, sem distinção entre os *patres* e os *filhos-famílias*, que constituia êstes comícios (1). Convocados pelo rei no interior da *urbs*, quando o entendia necessário, êstes comícios, posto não exercessem ainda verdadeiras funções legislativas (2), eram contudo já o elemento preponderante na vida do Estado. Sem êles, sem o seu voto de autorização, nada podia ser modificado nas instituïções romanas; a êles pertencia autorizar toda e qualquer modificação que se pretendesse introduzir na constituïção legal das famílias,

(1) As cúrias eram, fundamentalmente, divisões territoriais, espécie de bairros ou freguezias, como se diria hoje, do *ager romanus*. Conhecem-se os nomes de algumas delas: *Foriensis, Rapta, Velitia, Velitia, Titia, Faucia* e *Acculeia*. Dentro dêstes quadros se dividia todo o povo romano e não só o dos patrícios como o dos plebeus e clientes. Cada cúria tinha o seu culto, as suas festas religiosas e o seu templo próprios, contribuindo, além disso, com um certo número de homens para o exército. À frente dela estava um *curio*, assistido de um *flamen curialis*, assim como um *curio maximus* presidia à reünião das trinta cúrias. Discutível é, pelo contrário, se os plebeus já eram admitidos nos comícios que tinham por base as cúrias, como parece à primeira vista, desde que a cúria era uma divisão territorial do *populus*. Este facto, porém, assim como as passagens de alguns escritores latinos (Cicero, *pro plan.*, 3, 8; *pro dom.* 14, 38; *pro Corn.* 24 e Dionisio de Halic., VI, 89, IX, 41 e X, 4) assim o indicam. Mas, se é assim, como explicar o que a tradição ensina acêrca da longa luta entre a plebe e o patriciado para a conquista da igualdade política? Esta questão não pode julgar-se ainda suficientemente esclarecida, devendo apenas considerar-se como provável que os plebeus interviessem já nestes comícios que, de resto, não tinham funções legislativas propriamente ditas. Veja Walton, *obr. cit.*, pág. 79 e seg.

(2) Os comícios não podiam tomar a iniciativa de nenhuma reforma; respondiam apenas sim ou não às propostas que lhes eram apresentadas pelo rei, que a êles presidia, carecendo ainda as suas resoluções da *auctoritas* do senado para constituirem lei. *Vid.* Aulo Gellio, *noctae attic.* V, 19, 4-6, 8 e 9.

sancionando as adrogações e os testamentos pelos quais eram mais freqüentemente alteradas a composição normal e a ordem de sucessão legal dêsses grupos. Além disso, eram êles que dispensavam do cumprimento das penas e que, presumìvelmente, elegiam também o rei.

Os comícios das centurias surgem também, um pouco mais tarde, como uma outra forma de assemblea popular na vida do Estado romano. Êstes constituem uma assemblea cujo corpo, ao mesmo tempo que corpo eleitoral e legislativo, é simultâneamente um exército (*exercitus Servianus*). À sua creação prende-se com toda uma importante série de reformas introduzidas na constituïção romana, segundo a tradição levadas a cabo no tempo do rei Sérvio Túlio (1), e cuja principal conseqüência foi, de um modo geral, a participação de um número maior de cidadãos na vida política do Estado. E o critério dessa participação passou então a ser a fortuna de cada um determinada pelo *censo*, fixando a capacidade tributária do cidadão, e, de harmonia com ela, as suas obrigações como soldado e os seus direitos políticos como eleitor e membro dos comícios (2). A *centúria*, subdivisão da *classe*, como grupo de cidadãos da

(1) T. Lívio, I, 43 e Dionisio de Halic., IV, 16 e 17, e VII, 59. Cfr. Cicero, *de repub.*, II, 22.

(2) O censo era o registo dos cidadãos, fixando as suas obrigações como contribuintes, segundo a fortuna imobiliária de cada um (mais tarde a fortuna mobiliária foi também levada em conta). Ora foi, fundando-se no censo e na divisão do *ager romanus* em tribus territoriais, que todo o *populus*, patrícios e plebeus, foi dividido pela constituïção chamada de Sérvio Túlio em cinco classes. A primeira compreendia todos os cidadãos possuindo uma fortuna avaliada em vinte geiras de terra ou em 100.000 asses; à segunda pertenciam os que possuissem ao menos quinze geiras ou 75.000 asses; à terceira os que possuissem dez geiras ou 50.000 asses; à quarta os que possuissem cinco geiras ou 25.000 asses, e à quinta, finalmente, os que tinham duas geiras ou 11.000 asses. Fóra destas classes, o resto da população, incapaz de se armar, prestaria apenas no exército serviços

mesma capacidade económica, era a base desta organização e era dela que vinha o nome a esta forma de assemblea política e eleitoral que desempenhou na máquina do Estado romano, durante toda a época da República, o mais importante papel (1). Com efeito, não só exerceram êstes comícios uma parte do poder legislativo, aprovando as leis apresentadas perante êles por certos magistrados, como ainda foi a êles que pertenceu o direito de eleger os cônsules e o de partilhar com os comícios das tribus o poder judicial pelo conhecimento da *provocatio ad populum* ou faculdade de dispensar os cidadãos da aplicação de certas penas graves, como eram as penas capitais (2).

---

auxiliares. É o que resulta de um quadro da constituição serviana que nos é descrito pelos escritores dos fins da República (*vid.* nota anterior) e donde se vê que esta constituição teve uma base essencialmente militar e fiscal.

(1) A centúria era uma subdivisão da classe. Todas as diferentes classes acima referidas se subdividiam num certo número de centúrias; a primeira compreendia oitenta (quarenta de *juniores*, com menos de quarenta e seis anos completos, e quarenta de *seniores*, com mais do que essa idade); a segunda, vinte, também de *juniores* e *seniores*; e assim também a terceira, a quarta e a quinta, cada uma delas com vinte, vinte e trinta centúrias respectivamente. E além disto, havia ainda fóra dêstes quadros mais dezoito centúrias de cavaleiros e cinco de músicos, artistas e pessoas auxiliares (*accensi velati*), formando ao todo 193 centúrias. Era êste conjunto que constituia o exército (*exercitus servianus*) e simultâneamente o corpo eleitoral ou assemblea dos comícios das centúrias. Carácter peculiar desta organização comicial era a sua índole mais plutocrática do que democrática. Com efeito, dado o maior número de votos que tinha a primeira classe, a dos mais ricos proprietários (cada centúria representava um voto), desde que, começada a votação pelas centúrias dos cavaleiros, a primeira classe votava no mesmo sentido, estava terminada a operação e obtida a maioria (18 + 80 = 98, isto é, mais do que metade de 193). Cfr. Cicero, *de republ.*, II, 22, 39 e 40: *suffragia non in multitudinis, sed in locupletium potestate essent.*

(2) Quanto às suas funções, eram estas simultâneamente legislativas, eleitorais e judiciais. Os comícios das centúrias promulgavam

Além dêstes, as tribus, como circunscrições territoriais e administrativas forneceram ainda pelos começos da República a base para a creação de uma terceira espécie de comícios que foram os *comícios das tribus*, reuniões de todo o povo romano compreendendo patrícios e plebeus e convocadas pelos cônsules ou pelos pretores. A especialidade característica dêstes comícios estava, porém, no modo como neles era feita a votação a qual, em vez de ser feita dentro de uma pequena unidade de voto, a centúria, como nos anteriores, era feita dentro de uma unidade mais vasta, a *tribu*, contando-se depois separadamente os votos das trinta e cinco tribus em que, a partir de 241 a. Cr., se dividiu o *ager romanus* (1). A sua competência estendia-se igualmente,

---

leis, nomeavam os magistrados, decidiam sôbre a paz e a guerra e funcionavam como tribunal de apelação em todas as causas que envolviam a morte natural ou civil como pena aplicada ao cidadão romano. Quanto às funções legislativas, deve notar-se, porém, que êstes comícios não as exerceram antes da República, devendo ter-se como não atendível a informação de Dion. de Hal. (IV, 10, 13, 25 e V, 2) que atribúe a Sérvio Túlio cincoenta leis sôbre contratos e delitos votadas já nestas assembleas. *Vid. infra*, a propósito das *leges regiæ*.

(1) Como diz Walton (*obr. cit.*, pág. 135), o povo vota sempre organizado em grupos. Estes grupos é que podem consistir, ou na reünião de pessoas da mesma freguezia (*curiæ*), ou na de pessoas da mesma fortuna organizadas militarmente (*centúrias*) ou ainda na das pessoas que são proprietárias dentro de certos bairros ou divisões territoriais mais vastas (*tribus*). A votação é sempre o resultado de uma maioria, não de individuos votantes, mas de grupos, primeiro trinta, mais tarde (241), trinta e cinco.

Acêrca dêstes últimos comícios, no que diz respeito à sua origem e relação em que se acham com os *concilia plebis*, é êste ainda assunto de muitas discussões. *Vid.* Mommsen, *Römische Forschungen*, I, pág. 134 e seg. e *Röm. Straatsrecht*, 3, 322. Todavia a *lex Quinctia de aquaeductibus*, reproduzida por Frontino, *de aquis urbis Romae*, c. 129, mostra-nos bem na sua *praescriptio* a existência de uma assemblea comicial das *tribus*, reünida no *Forum*, e compreendendo patrícios e plebeus. *Vid. infra*, § *concilia plebis* e cfr. Pacchioni, *Corso di dir. rom.*, I, pág. 43 e 44.

como a dos outros comícios, a matéria judiciária, eleitoral e legislativa. Conheciam de certos delitos pela *provocatio ad populum*; elegiam certos magistrados e, finalmente, votavam certas propostas de lei que os tribunos e os pretores lhes apresentavam. Com o decorrer do tempo, porém, e pelo fim da República, com a decadência dos comícios das cúrias e sobretudo das centúrias, foram estes comícios o órgão mais importante da função legislativa na vida do Estado romano.

Patrícios e plebeus

Todas estas instituições políticas dos romanos, conquanto fundamentais para a compreensão da sua evolução jurídica privada, seriam, porém, insuficientes para nos explicar o sentido dessa evolução durante êste primeiro período, se não conhecessemos alguma coisa mais acêrca da sua primitiva organização social e, nomeadamente, a condição social e jurídica de duas classes distintas da população romana cuja oposição entre si constitúe, no decorrer dos cinco primeiros séculos, o fulcro, pode dizer-se, sôbre o qual gira toda a sua história política e jurídica. Essas duas classes são o patriciado e a plebe.

A primitiva população de Roma não era a princípio, com efeito, uma população politicamente homogénea.

Nem todo o habitante de Roma era por êsse facto cidadão romano e numerosa, pelo contrário, era a classe ou camada dessa população que se achava excluída de participação na vida do Estado e, mais do que isso, privada de participação na comunidade jurídica ou na vida do direito. Essa classe era a plebe (1).

Contraposta a ela, o patriciado era, pode dizer-se, a

(1) Os escritores latinos dão a distinção entre patrícios e plebeus como remontando aos primórdios da cidade. Por ex., Cícero, *de repub.*, II, 9, 16 e Dionísio, II, 9, 2.

parte da população romana que se achava organizada dentro dos quadros políticos que vimos de indicar: era, em resumo, o conjunto dos cidadãos membros das diversas *gentes*, possuindo um culto doméstico e tradições de família. Só êles eram membros da *civitas* com direitos políticos; só êles, porventura, constituíam o povo das *cúrias* com voto nos comícios: só êles eram membros do senado, elegíveis para as diferentes magistraturas do Estado; só êles, emfim, podiam participar plenamente na vida do direito, gosando de personalidade jurídica, podendo contrair matrimónio, serem *patresfamilias*, proprietários, etc. (1). E se no patriciado devemos ver, incontestàvelmente, uma aristocracia agrária cujo fundamento, independente da riqueza, está sobretudo no vínculo étnico, social e religioso, que o prende à primitiva população conquistadora das três tribus origi-

(1) A designação de patrícios *(patricii)* abrangia os *patres* ou *patresfamilias* pertencentes às diversas *gentes* e os seus descendentes livres; de modo que *patricii* eram os descendentes ou os dependentes dos *patres*, à excepção dos escravos e clientes. O termo *patricius* está para *pater*, como *deditítius* está para *deditus*, *plebeus* para *plebs*, etc.; é um seu derivado. Cfr. T. Lívio, X, 8; Cícero, *de rep.*, II, 12, 23 e Festo, v. *patricius*. É certo que também nos aparecem referências a *gentes* plebeias (Cícero, *de domo*, 13, 35). Mas estas seriam porventura posteriores às patrícias e decalcadas artificialmente sôbre elas. Quanto à condição da plebe, a opinião tradicional, exposta no texto, é a que a exclúe por completo da vida política e jurídica da primitiva *civitas*. Todavia já atraz vimos as dúvidas que se levantam acêrca da admissão dos plebeus aos comícios das cúrias. Assim há também quem julgue exagerada essa opinião no que diz respeito à sua nenhuma participação na vida jurídica privada dos primeiros tempos, atribuindo-lhes pelo menos o *jus commercii*, ou a faculdade de praticar actos da vida civil, com excepção do casamento *(jus conubii)*, sujeitos à protecção do direito. *Vid.* Cornil, *Droit rom.*, pág. 9, e sobretudo Bloch, *La République romaine* (Paris, 1913) pág. 30, para quem os primeiros plebeus não eram senão latinos domiciliados em Roma e gozando portanto dessa condição, o *nomen latinum*, sem que se tornasse necessário conferir-lhes um estatuto especial.

nárias de Roma, na plebe devemos vêr antes, posto a sua origem seja de difícil determinação, porventura a multidão não organizada dos descendentes de uma mais antiga população subjugada pelos *quirites*, e seguramente engrossada depois, pouco a pouco, pelas mil causas que determinam em todas as cidades o desenvolvimento da sua população e o advento das democracias. Essas causas são o desenvolvimento do comércio e a imigração de elementos estrangeiros, criando novas formas de actividade e de fiqueza, cujo predomínio vai pouco a pouco minando e destruindo o prestígio da antiga organização social aristocrática e exclusivista (1).

Ora a oposição entre estas duas classes da população de Roma, de que há notícia desde a sua origem, foi a causa de intermináveis lutas no seio dessa sociedade, lutas que se prolongaram durante séculos para só terminarem no século III a. Cr. com a conquista definitiva por parte da plebe da igualdade política e civil com o

(1) O problema da origem da plebe é um dos mais debatidos e sujeitos a dúvidas que existem na história de Roma. Fundamentais sôbre esta matéria são, além da obra de Vico, *Opere* (ediç. de Milão, 1836) vol. V, pág. 84 e seg., a obra de Niebuhr, *Röm. Geschichte*, vol. I, pág. 235, da ediç. Isler, e, além destas, e mais recentemente, as de Binder, *die Plebs* (1909), Oberziner, *Origine della plebe romana* (1909), Bloch, *La plèbe romaine*, na *Revue historique* (1911) vol. 106-107 e *La République romaine* (1913); e Ridgeway, *Companion to latin studies*, n.º 30, *Early age of Greece*, I, 257. As mais recentes teorias, fundadas em dados arqueológicos e palentológicos relativos aos antigos habitantes da Itália, como as de Binder e Ridgeway, afirmam que a mais antiga distinção entre patrícios e plebeus tem uma significação etnológica. Para Binder os patrícios descenderiam dos elementos sabinos que entraram na composição de Roma, ao passo que os plebeus seriam os descendentes das *gentes* latinas. Para Ridgeway, os patrícios eram sabinos, mas os plebeus seriam ligures. Como se vê, o problema destas origens continua a ser bastante duvidoso, não havendo, a nosso modo de ver, razão para afirmar sequer que a distinção entre as duas classes tivesse tido algum significado étnico. Cfr. Walton, *obr. cit.*, pág. 74 e seg.

patriciado E se essas lutas imprimiram por vezes uma feição e orientação bem definidas à constituïção e às instituïções políticas de Roma, fornecendo-nos a chave da sua evolução social, deve notar-se que não foi menor a influência que tiveram sôbre as demais instituïções jurídicas, explicando-nos assim também por vezes mais do que um ponto obscuro na evolução do seu direito privado (1).

Transformações políticas e sociais neste período

As mais importantes transformações políticas e sociais que se produziram na sociedade romana ainda dentro dêste primeiro período da sua história e que, modificando-lhe profundamente a constituïção, são também indirectamente a origem de importantes modificações na história do seu direito privado, foram a já referida *reforma de Sérvio Túlio* e a *implantação da República*, no ano 510 a. Cr. Além destas transformações, deve ainda mencionar-se a resultante da *primeira secessão* da plebe no ano 494 a. Cr. e, finalmente, o *Decenvirado*, em 451, de que resultou a primeira codificação do direito romano. Todas estas transformações foram, porém, em última análise, aspectos e conseqüências da luta entre o patriciado e a plebe ou, pelo menos, factos que, como o advento da República, embora pròpriamente estranhos na sua origem a êsse conflito, contudo só assumiram para a história do direito verdadeira importância pela relação em que vieram a achar-se com êle e assim a preparar e determinar a sua solução.

Acêrca da reforma de Sérvio Túlio já atraz se disse

(1) Para Ihering as lutas entre a plebe e o patriciado constituem uma das *impulsões extériores* que exerceram uma influência mais decisiva nas transformações históricas do direito romano. *Vide Hist. du développement du droit rom.* (trad. Meulenaere) Paris, 1900, pág. 34.

o bastante, a propósito dos comícios das centúrias, para se compreender que foi essa reforma indiscutivelmente o primeiro triúnfo obtido pela plebe na esfera dos direitos políticos do cidadão. A plebe, privada até aí de participar na vida do Estado, adquire com a nova remodelação dos quadros políticos e administrativos da cidade, tomados como base do exercício do direito de voto, o direito de tomar parte nas assembleas populares ou comícios, exercendo aí o poder eleitoral. Mas isto era bem pouco ainda, porquanto, mesmo assim, a verdade é que ela continuava excluída de toda a autoridade efectiva, excluída das magistraturas, do senado e da vida do direito.

A República e as novas magistraturas

Ora a República, conquanto a sua fundação pareça ter sido antes o resultado de um movimento aristocrático do que democrático, e posto os órgãos do poder político continuassem a ser quási os mesmos que já existiam no período real, contudo veio a ser por sua vez ainda o ponto de partida de uma série de reformas cuja última consequência, modificada a breve trecho a distribuição de todo o poder político, veiu afinal a redundar numa considerável melhoria de situação para a plebe.

Implantada, segundo a tradição, no ano 510 a. Cr. (243 u. c.) (1), os reis vitalícios cedem então o seu lugar aos cônsules também electivos mas anuais, quanto ao tempo por que exercem as suas funções; a unidade da magistratura real é substituída pela dualidade da magistratura consular e êste carácter temporário e dual da suprema magistratura do Estado, enfraquecendo a energia do seu poder, fortalece o do senado, que adquire sôbre os cônsules uma influência que não

(1) T. Livio, I, 60.

tivera sôbre os reis (1). E quem lucrava com isto era a plebe. Aumentados os poderes dos comícios a partir da fundação da República, criado até um novo tipo de assembléa comicial em que intervinham também os plebeus (comícios das tribus) e, por outro lado, perdido definitivamente o carácter religioso e sacral da suprema magistratura com a criação do *Rex sacrorum* (2), a plebe compreendeu, com efeito, que no dia em que tivesse forçado êsse primeiro reduto do patriciado, que era o senado, teria garantido o seu acesso a todas as magistraturas e alcançado assim a tão ambicionada igualdade política com o patriciado. A plebe consegue entrar no senado, segundo a tradição, logo desde os pri-

(1) As bases sôbre que assentou a nova magistratura foram a colegialidade e a duração temporária das suas funções. Para os cônsules, também chamados—*praetores* e *judices*, passaram todos os poderes do rei, à excepção dos religiosos. Cada um deles tinha o direito de *veto* relativamente a todos os actos praticados pelo outro, podendo anulá-los mediante a sua *intercessio* (*jus intercessionis*). Daí a limitação do seu poder introduzida nas próprias condições de funcionamento desta magistratura e que, somada ao princípio da responsabilidade exigida aos cônsules depois do exercício do seu cargo, representava a máxima garantia contra todos os abusos do poder. Os cônsules tinham a jurisdição civil e criminal, a administração do tesouro, o direito de convocar a milícia, de comandar o exército e de dirigir as relações com os outros povos, etc. Estes poderes exerciam-nos êles alternadamente todos os meses, ora um ora outro, assim como davam, além disso, o nome ao ano civil, pelo que são chamados magistrados *epónimos*. Eram nomeados ou eleitos nos comícios das centúrias. Cfr. T. Lívio, I, 60, 4, Dionísio, IV, 84 e Cícero, *de Rep.*, 2, 32. Para maiores desenvolvimentos, veja, por ex., Mommsen, *R. Gesch.*, I, 246.

(2) O rei, assistido pelo colégio dos pontífices, o mais elevado entre todos os colégios sacerdotais de Roma, era quem presidia anteriormente ao culto da cidade. As funções sacrais do rei foram depois transferidas, com a fundação da República, para o presidente dêsse colégio, o *pontifex maximus*. Mas como dessas funções algumas não podiam prescindir do carácter real da pessoa que as desempenhava, foi por isso creado um novo sacerdote possuindo êsse carácter, o *rex sacrorum*, que devia ser necessáriamente um cidadão patrício

meiros tempos do novo regime (1). Os patrícios iniciam então a defesa dos seus direitos privilegiados e, a fim de diminuirem a importância das primeiras conquistas da plebe, enfraquecem o consulado, retirando-lhe parte dos seus poderes e atribuições. São então criadas pelo patriciado novas magistraturas, outras tantas posições e baluartes que se torna necessário para a plebe conquistar uma a uma; com isto retarda-se assim a conquista por parte dela da igualdade política. Sem dúvida, os cônsules continuam a existir e a conservar a parte fundamental dos seus poderes civis e militares; comandam o exército, convocam os comícios e consultam o senado.

Mas, ao lado dos cônsules ,existem agora os *questores*, tendo por função especial a administração da jus-

nascido de um matrimónio contraído por *confarreatio*. A existência desta nova magistratura é um argumento irrefutável a provar-nos que anteriormente Roma tinha conhecido no seu govêrno um regime monárquico de que o *rex sacrorum* é uma sobrevivência histórica. *Vide* Cícero, *pro dom.*, 14, 38, T. Lívio, VI, 41, 9 e Gaio, I, 112. Esta magistratura, restaurada por Augusto mais tarde, chegou pelo menos até meados do século III da nossa era.

(1) T. Lívio, II, 1, 10-11, Dionísio, V, 13 e Tácito, *Annales*, XI, 25. Segundo grande número de historiadores, a designação *patres conscripti* (=a *patres et conscripti)* referir-se-ia a senadores patrícios e plebeus. Mas a verdade é que esta expressão se aplicava já aos senadores do tempo dos reis (Dionísio, II, 12), significando *conscriptos* aqueles que eram nomeados para o senado, em contraposição aos senadores por direito próprio (T. Lívio, II, 1). De resto, que os plebeus tivessem entrado no senado, senão tão cedo como quere a tradição, pelo menos nos primeiros tempos de República, prova-o o silêncio dos analistas, quando, referindo as lutas da plebe pela conquista das diferentes magistraturas, pouco nos dizem sôbre essa luta pela conquista do senado. É que necessàriamente esta conquista precedeu de muito a primeira. Em 354 já T. Lívio refere a existência de um senador plebeu (VII, 12); e, finalmente, pela lei Ovínia (318-312), que deu a nomeação dos senadores aos censores, tornou-se a entrada dos plebeus nessa assemblea um facto normal e regular. Cfr. Pacchioni, *Corso*, I, pág. 48 e seg.

tiça criminal e a guarda dos dinheiros públicos (1); os *censores*, criados, segundo a tradição, no ano 445, ou 443 a. Cr., e tendo por função a organização do censo ou lista dos cidadãos obrigados ao serviço militar e, mais tarde ainda, a nomeação dos senadores e a fiscalização dos bons costumes (2); os *pretores* urbanos, criados em 367 a. Cr., com o encargo de administrarem a justiça civil dentro da cidade e o *praetor peregrinus*, criado em 242, para a administrar entre os peregrinos em Roma ou nas relações entre estes e os cidadãos (3) e, finalmente, os *edis curuis*, criados também em 367 ou

(1) Este cargo existia já de há muito em Roma, remontando ao tempo dos reis (*quaestores parricidii*). Mais tarde (509) a lei Valeria ter-lhes-ia confiado a guarda e administração do tesouro público (*quaestores aerarii*), posto esta função repugnasse à sua índole primitiva de magistrados de investigação criminal. Eram da nomeação dos cônsules. Contudo, a partir de 447 teriam passado a ser eleitos nos comícios das tribus, e, como esta magistratura fôsse aberta à plebe em 421, e fôssem, a contar de então, nomeados novos questores a mais dos que já existiam, esta circunstância somada à creação de novos tribunais criminais, como as *quaestiones perpetuae*, fê-los decair de importância, tornando-se magistrados menores com funções meramente administrativas. Cfr. Landucci, *Storia del diritto rom. dalle origine fino a Giustiniano*, 2.ª ed., 1898, pág. 463, v. I.

(2) T. Lívio, IV, 8; Dionísio, XI, 63 e Cícero, *ad fam.*, 9, 31. A organização do censo tinha pertencido anteriormente aos reis e depois aos cônsules. Esta magistratura foi também aberta aos plebeus em 351, estabelecendo-se mais tarde (339) que um dos censores devesse ser sempre plebeu. Cfr. Landucci, *obr. cit.*, pág. 472.

(3) O pretor urbano era, como os cônsules, dos quais era considerado como um colega menor, nomeado pelos comícios das centúrias. Tinha, como os cônsules, o *imperium* e a *potestas*, sendo acompanhado, como êles, pelos litores (seis) com os feixes, símbolo do poder da República, e as suas funções duravam também um ano. *Vid.* T. Lívio, VI, 42 e Aul. Gell. 13, 15, 4. Quanto ao *praetor peregrinus*, creado em 242, êste cargo foi uma duplicação da magistratura judiciária tornada necessária pelo desenvolvimento das relações comerciais com o estranjeiro (*Vid* Dig. I, 2, 2, 28). Mas não se ficou por aqui; em 227, o número dos pretores foi elevado a quatro; em 197, a seis; e, pela lei Cornelia de 82, a oito. Mais tarde ainda, chegaram a ser

366, e a quem incumbia, com uma certa jurisdição, a polícia dos mercados e das estradas e ainda a organização e fiscalização das festas públicas (1).

Igualdade de direitos políticos Os poderes concentrados nos cônsules dividiram-se e distribuíram-se assim por uma série de outras magistraturas republicanas e, como fàcilmente se vê, quando os plebeus puderam ser cônsules, em virtude de uma lei Licínia de 367 (2), nem por isso puderam ser desde logo censores, pretores, edís curúis e muito menos ainda pontífices. Para isso foi necessário que decorresse mais um século e, conquistadas uma a uma em datas incertas estas diferentes magistraturas, foi só com a conquista do pontificado em 254, último reduto dos privilégios do patriciado, que se pôde considerar terminada esta luta histórica entre as duas classes e alcançada emfim em Roma a igualdade de direitos políticos (1).

Igualdade de direitos civis Se a igualdade da plebe com o patriciado foi tão demorada e difícil de conquistar no campo político, deve notar-se que não o foi tanto no campo do direito privado. Aqui pode dizer-se que ela estava de facto conseguida já nos meados do quinto século antes de Cristo com a publicação do primeiro código romano, publicado pelos decénviros em 450, ou a *Lei das XII Tábuas*. É êste mais um novo aspecto da luta entre os plebeus e os patrícios que claramente revela a importância dêste facto capital da história romana para nos explicar a sua evolução jurídica.

Como já se disse, a plebe não tinha a princípio uma plena participação na vida do direito civil (2). Embora possa ter tido desde os primeiros tempos o *jus commercii*, ou o direito de praticar actos de índole patrimonial sancionados pelo processo judiciário romano, contudo é que ela não tinha com certeza era o *jus conubii*, o direito de contrair um matrimónio legítimo ou de se cruzar com o sangue patrício. As instituições matrimoniais

---

dezaseis no tempo de César e dezoito no século II da nossa era, posto que nem todos tivessem as mesmas funções, e alguns dêles se limitassem a ter jurisdição em matéria de tutelas e fideicomissos ou a presidir a diferentes tribunais ou *quæstiones publicae*. Relativamente ao acesso da plebe à pretura, êle era um facto em meados do século quarto antes da nossa era, havendo quem sustente (Mommsen, *röm. Staatsrecht*, 2, 195), fundado em T. Lívio (VI, 35 a 42), que êsse acesso se deu no mesmo ano em que foi creada a pretura por uma das leis Licínias dessa data (367). Cfr. acêrca do pretor, Cícero, *de legib.*, 3, 3; *ad famil.*, 10, 12.

(1) *Vid.* T. Lívio, VI, 42. Este cargo (*aedili*) era também já antigo, existindo desde que em 494 tinham sido creados os dois edis plebeus ao lado dos dois tribunos (*vid. infra*, no texto). Mas tudo faz crêr que a creação desta nova magistratura fôsse mais uma compensação exigida pelo patriciado pela perda do consulado depois da lei Licínia de 397. Cf. Dig., I, 2, 2, 26 e Cícero, *de legib.*, 3, 3. Os edís curúis (*curuli*) tiravam o nome da *sella curulis* sôbre que se assentavam e que era reservada aos magistrados patrícios. Eram magistrados menores, sem *imperium*, mas tinham o *jus edicendi*, o *jus contionem habendi* e o *multae dictionis* e a seu cargo estavam a *cura urbis*, a *cura annonae* e a *cura ludorum* com a respectiva jurisdição, tendo também creado nos seus editos bastante direito, sôbretudo comercial. Quanto ao acesso da plebe à magistratura edilícia, êle operou-se também no decorrer da segunda metade do século IV, ou em 364 (vid. Festo) ou em 304 (T. Lívio, VII, 1 e Políbio, X, 4). Cf. Landucci, *obr. cit.*, pág. 479.

(2) T. Lívio, VI, 42 e Aul. Gel. V, 4, 30.

(1) Foi Tibério Coruncânio o primeiro pontífice máximo plebeu, de quem adiante se há de falar a propósito do papel que desempenhou na divulgação da sciência do direito. Acêrca da sucessão cronológica das diferentes magistraturas e data em que elas foram abertas aos plebeus, vejam-se, além de Mommsen, *Röm. Geschichte*, vol. I, Pais, *Storia di Roma*, vol. I e *Storia Critica* e De Sanctis, *Storia dei Romani*, vol. I e II.

(2) *Vid. supra*, pág. 39.

da plebe eram meras instituïções de facto, não reconhecidas pelo *jus civile*, e constituiam antes o que se chamava o *usus* plebeu, distinto do direito por que se regia o patriciado (1). Além disso, o direito civil era secreto. Apesar de consuetudinário e portanto patente a todos no processo da sua formação, todavia os pontífices e portanto o patriciado conservavam ciosamente o conhecimento de certas particularidades da sua aplicação prática, tais como as formalidades do processo, e o dos dias em que era lícito demandar em juízo *(dies fasti)*, por forma que, sem êsse conhecimento, a plebe pode dizer-se que desconhecia o direito (2).

Ora esta situação modificou-se desde o século V, logo após um conflito notável na história de Roma ocorrido entre as duas ordens, no ano 494 a. Cr., e de que resultaram: primeiro, a creação de duas instituïções plebeas destinadas a desempenhar um importante papel na defesa dos seus interesses — o *tribunado* e os *concilia plebis* — e, finalmente, um pouco mais tarde, a primeira codificação do direito e a igualdade civil entre as duas ordens.

Primeira secessão da plebe

Este conflito foi a chamada *Primeira secessão da plebe*, em 494. Com efeito, a plebe exasperada pela dura e violenta situação económica em que a tinham lançado as constantes guerras com o estrangeiro e a injusta distribuïção das terras públicas, carregada de dividas e sugeita a opressão dos seus credores patrícios, revoltou-se e abandonou Roma, resolvida a fundar uma nova cidade. Então os patrícios, na eminência do perigo, transigiram perante

(1) Cfr. Sr. Dr. Montenegro, *O antigo direito de Roma*, pág. 289 e Walton, *obr. cit.*, pág. 215 e 216.

(2) Veja Walton, *ob. cit.*, pág. 129.

as suas reclamações e consentiram na criação de uma magistratura plebea que foi o *Tribunado da plebe* (1).

Os tribunos, dois como os cônsules, foram os seus chefes e os seus *leaders*. Embora não possuissem o *imperium*, como os verdadeiros magistrados, contudo foram de facto uma nova magistratura criada na vida do Estado romano. Dotados do direito de *veto* e declarados sacrosantos e invioláveis, poderam de facto impedir a execução de todos os actos oficiais dos outros magistrados da República, praticados contra os interêsses da plebe (2). Foram êles, com efeito, quem a organizou e disciplinou. E, tendo começado por a reünir em verdadeiras assembleas públicas destinadas a discutir os interêsses da classe e a tomar resoluções relativas à sua política, foram êles também os verdadeiros criadores dos *Concilia plebis*, cujas deliberações, a princípio lei apenas para os plebeus, não tardaram a ser equiparadas como verda-

(1) T. Livio, II, 33 (I, 2, 3) e Cícero, *de rep.*, II, 33, 34. Sôbre a origem do tribunado da plebe vejam-se especialmente: E. Meyer, *Ursprung des Tribunats*, na revista *Hermes*, 30 (1895), pág. 18 e seg. e as obras já citadas de Pais e De Sanctis.

(2) T. Livio III, 55 (6, 7) e Cícero, *de legibus*, 3, 3, 9. Só os censores é que não estavam sujeitos ao *veto* dos tribunos. Quanto ao seu número, êste variou também. Sendo dois no principio, tantos como os cônsules (segundo alguns escritores, quatro ou cinco), elevaram-se mais tarde, a partir de 457, a dez. Os seus poderes, criados revolucionáriamente, assentavam todos nas duas prerogativas da inviolabilidade e do *jus intercessionis* ou direito de *veto*. Desenvolvendo pouco a pouco esses poderes e a esfera dessas prerogativas, os tribunos chegaram a ser o árbitro de todos os poderes do Estado, tomando a iniciativa da legislação nos comícios das tribus, acusando os magistrados prevaricadores, organizando a plebe e levando-a à conquista de todos os seus direitos. Só os plebeus eram elegíveis para esta magistratura e era nos comícios das tribus, pelo menos nos tempos históricos, que ela era provida por eleição. Cfr. Pacchioni, *Corso*, I, pág. 29.

deiras *leges*, pela lei Hortensia, de 287, às resoluções dos comícios (1).

Restava, porém, uma conquista a fazer; e essa era a do direito civil. Era preciso que o direito, até aí consuetudinário e impreciso, fôsse emfim declarado e tornado comum a patrícios e plebeus; que fôsse codificado e tornado de aplicação geral, garantindo-se aos plebeus protecção contra o arbítrio dos magistrados patrícios. Neste sentido começou por propôr, em 461, o tribuno da plebe Terentilius Arsa que se nomeasse uma comissão encarregada de redigir um código. Opôs-se a esta proposta, a princípio, o Senado e daí nasceu um novo conflito que se prolongou durante alguns anos, insistindo a plebe em nomear sempre durante êles os mesmos tribunos. Mas, ao cabo dêste novo conflito, o patriciado cedia mais uma vez; e em 451, depois de enviada talvez à Itália

(1) Aul. Gel. XV, 27: *Is qui non universum populum sed partem aliquam adesse jubet, non comitia sed concilium edicere debet. Tribuni autem neque advocant patricios, neque ad eos referre de re ulla possunt; ita ne leges quidem proprie, sed plebiscita appellantur, quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt.* Cfr. Gaio, I, 7. A plebe era convocada no *forum* pelos tribunos e repartida segundo as tríbus onde tinham o seu domicílio os plebeus. É possível que fôsse esta até a origem dos comícios das tríbus de que já foi tratado (*Vide* pág. 37, nota 1) e que eram convocados pelos cônsules ou pelos pretores. O que é certo, porém, segundo nós cremos, é que as duas assembleas, apesar de estreitamente aparentadas em virtude da sua composição (os plebeus deviam estar em maioria nos comícios das tríbus), contudo não devem ser confundidas, como se vê da lei Hortensia, de 286, que equiparou definitivamente os *plebiscita* às *leges* na sua obrigatoriedade para todo o povo romano. Esta equiparação já fôra decretada anteriormente, embora ao que parece sem resultado, pelas *leges* Valeria Horatia, de 449, e Publilia Philonis, de 339 a Cfr. (T. Lívio, III, 55, 3; VII, 12, 14 e Dionísio, XI, 45). Contra êste alcance da lei Hortensia, que aliás lhe é dado por Lívio, Dion Cassio, A. Gel., Plínio, Diodoro Sic., Gaio e Pomponio, vêr, porém, E. Costa, *La lex Hortensia de plebiscitis* (1912) e Baviera, *Il valore dell'aexequatio*, nos *Studi in onore di B. Brugi* (Palermo, 1910).

meridional uma comissão encarregada de estudar as leis helénicas, era emfim nomeada uma comissão de dez membros (*Decemviri legibus scribundis*) com a missão de codificar todo o direito consuetudinário. Suspendeu-se então a constituição romana. Os patrícios concordaram em que se suspendessem os cônsules, os plebeus em que se suspendessem os tribunos da plebe, concentrando-se provisòriamente nas mãos dos decénviros todos os poderes do Estado (1). Em 451 estava realizada uma grande parte da codificação e as leis elaboradas pelos decénviros eram finalmente, depois de votadas nos comícios das centúrias, gravadas sôbre dez táboas e afixadas no *forum* (2). Como êste trabalho não fôsse porém ainda completo, foram no ano seguinte nomeados novos decénviros, entre os quais teriam já figurado alguns plebeus, e, elaboradas por êles novas leis complementares das primeiras, estas foram também gravadas em mais duas táboas adicionais, completando-se assim o código ou a lei das XII Táboas (3). Com ela, completada ainda cinco anos mais tarde, em 455, pela *Lex Canuleia* (plebiscito saído de um *concilium plebis* por iniciativa de um tribuno Canuleius e ratificado pela *auctoritas* do Senado) permitindo os casamentos entre as duas classes (4), estava emfim conquistada pela plebe a igualdade civil.

(1) T. Lívio, III; Dionísio, X; Diodoro Sic., XII e Dig. 1, 2, 2, § 3 e 4. Os *Xviri legibus scribundis* conservaram-se no poder durante os anos de 451 a 449, sendo derrubados neste último ano por uma revolução.

(2) *Vide* mesmos autores: Lívio III, 9-57, Dion. X, 1-60, e ainda S. Isidoro *Origines*, V, I, 4, e Diod., XII, 24, 26, relativamente a todos os detalhes e episódios que acompanham esta tradição, tais como a tentativa de sedução e o processo de Virgínia, a queda do decenvirado, etc.

(3) *Vid. infra.*, no texto, o § *lei das XII táboas* a propósito das fontes de direito neste período.

(4) T. Lívio, IV, 1 e seg.; Dionísio, X, 60 e Cícero, *de rep.*, II, 37.

2 — Fontes de Direito

Muito embora a verdadeira fonte de todo o direito, no sentido lato e intrínseco de origem, sejam a vida social e as suas exigências interpretadas pela consciência colectiva de um certo momento histórico e geralmente traduzidas depois em normas de conduta que certos órgãos políticos e sociais (em Roma, os comícios, o senado, os magistrados, os jurisconsultos, os imperadores) teem por missão definir e declarar: — contudo dá-se técnicamente esta designação, como é sabido, já às formas por que o direito se revela e actúa, já, num sentido mais material e corrente, aos próprios textos e monumentos em que essas normas se contêm (1).

Assim se, no primeiro sentido, são fontes de direito o costume, a lei, a jurisprudência, a sentença do juiz, no segundo, cabe esta designação a tal ou tal lei, tal código, tal compilação. A lei das XII Tábuas é assim uma fonte de direito no mesmo sentido em que o são o código de Justiniano ou o nosso código civil. Nós tomaremos, porém, aqui a expressão «*fontes de direito*» sôbre tudo neste último sentido e procuraremos mostrar quais são os principais textos legais que nos restam dêste primeiro período da história do direito romano e qual a sua importância (1).

(1) No sentido de órgãos criadores do direito, são fontes no direito romano: os comícios ou assembleias populares, o senado, os magistrados, os jurisconsultos e os imperadores, e, além disso, de um modo mais geral, o povo ou a consciência colectiva por meio do costume. No sentido material de textos ou monumentos em que se contêm as normas do direito, as fontes do direito romano são, designadas técnicamente: as *leges*, os *plebiscita*, os *senatusconsulta*, os *edicta magistratum*, os *responsa prudentium* e as *constitutiones* ou *placita principum*. *Vid. Inst.* I, 2, 3.

O costume O costume ou o conjunto das normas consuetudinárias que se aplicam na prática diária e constante da vida social, inspiradas directamente nas condições e exigências dessa vida, constituem històricamente em Roma a primeira fonte de direito. Nêste primeiro período e até às XII Tábuas não teria existido sequer em Roma, segundo o testemunho de muitos escritores, outro direito que não fôsse o consuetudinário, o *jus non scriptum*, o costume, o *mos majorum*, elaborado inconscientemente pela consciência popular (*vox populi*) e que um jurisconsulto do tempo do Império, Ulpiano, definiu mais tarde como um *tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus* (2).

Como todos os povos que se encontram em idêntico estado de civilização, os romanos disciplinavam

(1) *Vid.* Gaio, *Inst.* I, 2; *Constant autem jura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui jus edicendi habent, responsis prudentium.* Cfr. *Inst. Just.* I, 2, §§ 3 e seg. e *Dig.* I, 3.

(2) *Vid.* Ulpiano, *lib. regularum*, I, 4. Cfr. *Inst. Just.*, I, 2, 3: *constat autem jus nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud graecos*; e *ibidem*, § 9: *ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* e ainda *Dig.* I, 7, 32, 1 e 36.

Êste fundamento atribuído ao costume, o tácito consenso do povo, é doutrina da época clássica ou do alto-Império formulada pelos jurisconsultos numa época em que o povo já não intervinha por meio dos comícios na elaboração do direito; e é por isso mesmo que ai se lhe atribui ainda, em teoria, uma certa participação nessa elaboração por meio do costume. Mas, em todo o caso, não era êste certamente o fundamento do costume como fonte de direito nas épocas anteriores. Na época mais antiga o costume era antes representado como tendo o seu fundamento na vontade dos deuses, imposta aos homens mediante a sanção de penas religiosas. *Vid.* Festo, v. *mos*.

a sua primitiva vida social apenas por meio de usos tradicionais, originados muitos deles na iniciativa individual, e difundidos depois, inconscientemente, já pela fôrça da autoridade, já da imitação, mas a cuja imperatividade obedeciam como se obedece às leis naturais. Numa palavra: numa época em que o Estado é ainda uma organização política débil, como sucede em Roma durante os primeiros séculos, êle não tem monopolizado ainda a declaração do direito e portanto a fonte dêste é exclusivamente ou preponderantemente a consciência social, revelada expontâneamente no costume.

A lei

A lei é, em sentido lato, a declaração solene das normas do direito feita pelos competentes órgãos do Estado. Desde que a crescente complexidade das relações sociais e o correspondente desenvolvimento do poder público, sob a forma de Estado, tornam o costume como fonte de direito insuficiente para traduzir com precisão e firmeza as múltiplas exigências da vida social, surge a lei. A incerteza do costume e a sua menor fixidez na expressão do direito, somadas à natural tendência do poder público constituído para monopolizar a declaração oficial das suas normas, são a origem da lei como fonte de direito. Nela adquire emfim o direito uma forma mais rigorosa e uma expressão mais estável; e se a êstes caractêres da lei pode corresponder, é certo, o perigo da sua tendência para a imutabilidade, fazendo paralizar o natural movimento da evolução jurídica, aparentemente enquadrado nas leis em fórmulas fixas e definitivas, a êste inconveniente faz por outro lado face um constante trabalho de readaptação do direito às condições reais da vida, trabalho efectuado principalmente pela interpretação dos textos legislativos, pelos magistrados e pelos jurisconsultos.

Ora a lei ou o direito escrito (*jus scriptum*) e oficialmente declarado por órgãos próprios investidos

do poder legislativo aparece-nos também em Roma desde os primeiros tempos da República, posto que não antes, ou só com um fraquíssimo desenvolvimento antes das XII Tábuas (1). Mas aqui temos já em vista, ao falar de lei, a lei pròpriamente dita, em sentido estrito, a *lex*, isto é, toda a resolução de carácter geral emanada dos comícios ou dos concílios da plebe sob proposta de um magistrado, *quod populus jubet atque constituit* (2). Só as resoluções emanadas dos comícios eram rigorosamente, a princípio, *leges* nêste último sentido. Todavia deve dizer-se que as resoluções da plebe, tomadas nos seus *concilia* sob proposta de um tribuno, ou *plebiscita*, foram também, como já dissemos, tornadas obrigatórias, mediante confirmação do Senado, para todo o povo romano e até mais tarde definitivamente equiparadas na sua obrigatoriedade às verdadeiras leis comiciais por uma lei Hortensia de 289 ou 286 a. Cr (3). Era a lei nêste sentido, compreendendo as

(1) É desconhecido o momento em que começou a haver *leges rogatae* em Roma, visto que as chamadas *leges regiae* são, como adeante se verá, apócrifas. Todavia a mais antiga tradição é unânime em afirmar que não houve em Roma leis pròpriamente ditas ou direito escrito antes das XII Tábuas. Todo o direito teria sido até então consuetudinário (*jus non scriptum, mos majorum*), o que faz descrer da data geralmente atribuída, mas muito duvidosa, da lei Valeria Horacia *de provocatione* como sendo de 509 a. Chr. e bem assim das outras anteriores às XII Tábuas.

(2) Gaio, *Inst.* I, 3. A natureza e o carácter da lei parecem ter sido nos primeiros tempos meramente contratuais. Era chamada lei, no seu mais lato sentido, toda a disposição obrigatória ou convenção que vinculava duas vontades ou duas pessoas entre si (*lex privata*). Quanto à lei, norma de direito obrigatória vinculando todos os cidadãos (*lex publica*), ela seria, não já uma expressão da vontade popular e soberana, como foi mais tarde pelos fins da República, mas sim o resultado de um acordo entre o magistrado que a propunha e o povo que a aprovava.

(3) *Vid.* Gaio, *ibidem: plebiscitum est quod plebs jubet atque constituit...; olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua*

leis dos comícios e os plebiscitos, que o jurisconsulto Capito definiu mais tarde chamando-lhe um *generale jussum populi aut plebis rogante magistratu* (1).

O processo de formação das leis consistia, sumàriamente, na apresentação de uma proposta feita pelo magistrado que presidia à assembléa das centúrias ou das tribus (*legislator*) a todo o povo (*promulgare legem, ferre legem*) e num pedido para a sua aprovação (*legem rogare*) (2). A apresentação era normalmente feita por meio da afixação da proposta durante certo tempo, o espaço de três semanas (*trinum nundinum*), em lugar público a fim de que o povo a conhecesse e podesse apreciar, sendo só depois que tinha lugar a *rogatio*

cautum est ut plebiscita universum populum tenerent: itaque eo modo legibus exaequatu sunt. (cfr. *Inst. Just.* I, 2, 4). Esta equiparação dos *plebiscita* às *leges* é, porém, provável que tenha tido lugar antes da *lex Hortensia*, de que fala Gaio, pois já, segundo T. Lívio (III, 55, 3 e VIII, 12, 15), as resoluções da plebe se tinham tornado obrigatórias para todo o povo (*id quod plebs tributim jussisset populum teneret*) por uma das leis *Valeriae Horatiae* (449 a. C.) e depois ainda por uma *lex Publilia* de 339 (*ut plebiscita omnes quirites tenerent*). A questão do momento em que os *plebiscita* se tornaram *leges* é pois duvidosa. O que parece é que esta evolução teria sido retardada até à lei Hortensia pela natural oposição do patriciado, tendo já havido até êsse momento diversas tentativas com mais ou menos eficácia para considerar lei as resoluções da plebe. Talvez mesmo que a novidade da lei Hortensia se limitasse só a dispensar daí por diante a ratificação do senado (*auctoritas patrum*) para a validade incondicional dos *plebiscita*. *Vide* especialmente sôbre esta questão Botsford, *Roman Assemblies*, V, pág. 235 e 314, Mommsen, *Römische Forschungen*, I, 208, Soltau, *Gültigkeit der Plebiscita* e Walton, *Introdução ao estudo do direito romano*, pág. 139 e seg.

(1) *In* Aulo Gellio, *noct. att.* X, 20, 2, 6 e XV, 27, 4.

(2) *Vid. Inst. Just.* I, 2, 4: *lex est quod populus romanus, senatore, magistratu interroganie, veluti consule, constituebat.* Sôbre as formalidades a que estava sujeito o processo de formação da lei veja sobretudo Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, pág. 425 e seg. e Mommsen, *Röm Staatsrecht*, III, 1, pág. 369 e seg., e um resumo em Walton, *Introd. ao estudo do Direito romano*, pág. 106.

perante a assembléa popular préviamente convocada. Lida a proposta e submetida à votação, a assembléa manifestava-se então aprovando-a ou rejeitando-a e respondendo ao magistrado ou *legislator* simplesmente por um sim ou um não (1); e isto feito, a lei existia (*lex rogata*), carecendo apenas ainda da confirmação do senado (*auctoritas patrum*) para se tornar executória (2). A isto seguia-se depois geralmente o seu registo e publicação por meio de afixação, sendo ainda uma cópia do seu texto depositada no *aerarium* (3).

O número das *leges* relativas ao direito privado neste primeiro período é relativamente pequeno, sendo maior o das leis relativas ao direito público, processual e criminal.

As leges regiae

Ao abordarmos, porém, o estudo dos mais antigos textos legislativos romanos que tem sido apresentados como verdadeiras *leges* e portanto como fontes de direito neste período, surgem-nos em primeiro lugar as chamadas *leges regiae* ou leis que, segundo a tra-

(1) *Vide* Aul. Gellio, *noct. att.*, V, 19, 4-6, 8 e 9: ... *ejus rogationis verba haec sunt: velitis jubeatis... ita vos quirites rogo?* A isto respondia a assembleia: *uti rogas*, se aprovava, ou *antiquo*, se rejeitava. Cfr. T. Lívio, VI, 385 e VIII, 37, 11.

(2) A ratificação ou sanção do senado, *auctoritas patrum*, foi com efeito necessária durante muito tempo, mas deixou de ser exigida por uma *lex Publilia*, de 339 a. Chr., depois do quê o *jussum populi* se tornava executório logo depois de obtido o resultado da votação, a não ser que se tivesse fixado na mesma lei um prazo para ela entrar em vigor. *Vid.* T. Lívio, VIII, 12, 14 e 15.

(3) A publicação parece não ter sido essencial para a validade da lei, pelo menos no que respeita aos mais antigos tempos. Contudo depois das XII Táb. a publicação era freqüente e algumas vezes determinada expressamente pela própria lei. Usava-se fazer a publicação das leis em tábuas de madeira e mais tarde em tábuas de bronze ou de pedra. *Vid.* Dionísio de Halic, III, 36 e Horácio, *ars poet.* pág. 396 e seg. Cfr. Krüger, *Fuentes y literatura del derecho rom.*, pág. 19.

dição, teriam sido votadas ainda nos antigos comícios das cúrias sob proposta dos reis e ratificadas pela *auctoritas patrum* (1). Não só, com efeito, chegaram até nós alguns fragmentos das referidas leis reproduzidos noutros textos (2), não só certos escritores romanos nos falam da existência de uma compilação dessas leis efectuada ainda no tempo dos reis ou nos começos de República por um certo S. Papírius, contemporâneo de Tarquínio Soberbo (*Jus Papirianum*) (3), como ainda outros há, como Dionísio de Halicarnasso, que não hesitam em atribuir ao rei Sérvio Túlio a iniciativa de um grande número de leis sôbre contratos e delitos que teriam sido votadas nos comícios das centúrias (4). A sciência e a crítica históricas são, porém, unânimes em repudiarem modernamente a verdade destas tradições. Com efeito, a maior parte das chamadas *leges regiae* são meras prescrições de carácter religioso e sacral que não podiam constituir objecto de um voto popular dos comícios (5), existindo ainda êsse carácter, fundamentalmente, a respeito também daquelas que versam matéria de direito

(1) Vid. Pompónio. (Dig. 1, 2, fr. 2, §§ 2 e 36); ... *et ita* (Romulo) *leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit; tulerunt et sequentes reges, quae ommes conscriptae extant in libro Sexti Papiri....* Cfr. T. Lívio, VI, 1; Paulo, no Digesto (50, 16, 144), Macrobio, *Sat.*, 3, 11, 5 e Servius, *ad Aen.*, 12, 836. De todos êstes autores só Pompónio, porém, considera as *leges regiae* como verdadeiras leis civis votadas nos comícios das cúrias.

(2) Dionísio de Hal., Plutarco, Festo, Lydus, Plínio, Marcellus e Servius. *Vide* os respectivos frag. na reconstituição das *leges regiae* de Dirksen, Voigt e Bruns, segundo Girard, *Textes de droit romain*, pág. 5 e seg.

(3) Pompónio, *ibidem* e Plínio, *Naturalis Hist.*, XIII, 13, 84 e 87.

(4) Dionísio, IV, 13, 25, 43. Segundo êste escritor, seriam em número de cincoenta as leis, relativas a contratos e delitos, que o rei Sérvio Túlio teria feito votar nos comícios das centúrias.

(5) Exemplos: «*Paelex aram junonis ne tangito; si tanget junoni crinibus demissis agnum foeminam caedito*». «*Vino rogum ne respargito*». «*Si hominem fulmen occisit ne supra genua tollito*», etc.

civil ou criminal (1). Na verdade, antigos preceitos tradicionais, talvez anteriores na sua origem à fundação da cidade e conservados pela jurisprudência sacerdotal, é o que essas leis parecem ser. A sua atribuição aos primeiros reis teria sido forjada muito posteriormente em tempos históricos para lhes dar maior autoridade. De resto, uma verdadeira legislação escrita sabe-se que só muito mais tarde foi conseguida pela plebe, quando da redacção do código decenviral, e isto em condições tais de agitação política e de resistência por parte do patriciado que bem mostram tratar se então de uma novidade que nunca se tinha visto em Roma até aí (2). E o mesmo se diga àcêrca da atendibilidade da tradição no que respeita à famosa colecção ou *Jus Papirianum*. Além de que nem todos os escritores romanos estão de acôrdo àcêrca do carácter das normas nela contidas (3), dá-se ainda a circunstância de ela só ser conhecida muitos séculos depois da época a que é atribuída a sua origem, o que de certo modo impõe a conclusão de que se trata antes também de uma publicação apócrifa dos fins da República ou dos tempos de Augusto (4).

(1) As leis reais que tratam matéria civil ou penal dizem respeito a algumas das mais importantes instituições familiares, como a *patria potestas*, o patronato, a exposição e venda dos filhos, etc., isto é, instituições estreitamente ligadas com a religião romana.

(2) O facto de não haver em Roma direito escrito até às XII Táb., segundo o testemunho da maioria dos escritores, é o principal argumento que invalida a autenticidade das *leges regiae*, motivo por que Pompónio se viu na necessidade de as julgar revogadas pela República logo depois da sua fundação.

(3) Dionísio, ao contrário de Pompónio, considera o *jus Papirianum* como uma colecção de preceitos da jurisprudência pontifical devida, não a uma personagem do tempo de Tarquínio, como também pretende o primeiro, mas dos começos da República.

(4) O *jus Papirianum* não nos aparece mencionado pelos escritores romanos antes de César ou de Augusto. Granius Flacus, citado por Paulo, teria sido o primeiro a mencioná-lo. De resto, para lá desta época nenhum escritor o conhece. Varrão e Cícero parecem

Lei das XII Tábuas

De uma maneira diferente devem ser acolhidas as tradições que nos restam àcêrca da *Lei das XII Tábuas*, ou código decenviral, a que já atrás nos referimos a propósito das lutas entre o patriciado e a plebe.

A êste respeito o que a tradição nos ensina é ainda hoje, fundamentalmente, e àparte muitas das narrativas que os primitivos escritores associaram à história dos decénviros (1), acatado como verdade histórica pela crítica mais moderna, não obstante as dúvidas e discussões que recentemente tem surgido àcêrca da data e da natureza precisa dêsse importante monumento legislativo. É verdade que estas dúvidas e discussões, levantadas sobretudo pelos professores Pais (2) e Lambert (1), conseguiram enfraquecer em muitos a fé na autenticidade dêsse código que Niebubr, Schwegler e Mommsen respeitaram na sua crítica aliás tão severa das primitivas tradições da história romana. Mas o que não sofre dúvida, — sem falar já nas numerosas razões de ordem histórica, filológica e jurídica que abonam essa autenticidade e que sobretudo Girard soube pôr recentemente e como ninguém em relêvo (2) — é que nós encontramos alusões ao código das XII Tábuas desde o primeiro alvorejar da literatura latina, não sendo crível por outro lado, como nota Cornil (3), que dois ou três séculos antes de Cristo, e numa época em que já a jurisprudência romana era alguma coisa, fôsse possível fazer recuar por uma mistificação a sua data para um ou dois séculos atrás.

Em resumo, o que a tradição nos ensina é, como já acima ficou dito, que nos anos 451-450 a. Chr. se procedeu por iniciativa da plebe à redacção e codificação do velho direito consuetudinário romano e que essa codificação, levada a cabo pelos decénviros e votada depois pelos comícios das centúrias, foi afixada publicamente no *forum* em doze tábuas de madeira ou de bronze e ficou constituindo a *Lex* ou lei por excelência pela qual se regeu durante séculos a vida jurídica dos romanos (4).

tê-lo desconhecido por completo e só posteriormente é que Tito Lívio, V. Flaco, Dionísio e os escritores seguintes se referem à famosa colecção.

(1) Estão neste caso a tradição da embaixada enviada à Grécia para estudar as leis daquele país e o emocionante episódio da tentativa de sedução de Virgínia pelo decénviro Apio Cláudio Cego. As similhanças e pontos de contacto com o direito helénico não precisam, com efeito, para serem explicadas da hipótese de uma embaixada à Grécia. Trata-se de afinidades de civilização e de tradições jurídicas que se explicam pela existência de um fundo étnico comum, indo-europeu, como se explicam as similhanças da sua língua e da sua religião, entre romanos e gregos

(2) Pais, *Storia di Roma*, vol. I, parte I, (1898) pág. 550, 606 e *passim*, e I, parte II, (1899), pág. 623, 635, 546 e seg.; e do mesmo autor, *Saxum Tarpeium*, pág. 17, na *Rivista di storia antica*, vol. 5.º, fs.º 2, e *l'Età della redazione e della public. delle XII tavole*, nos *Studi storici per l'antichità classica*, vol. 2.º, fas.º 1 (Pisa, 1909). Segundo Pais, as XII Táb., sendo verdadeiras leis, são muito posteriores à data que lhes é atribuída pela tradição, aprovadas em anos diferentes e modificadas pela sobreposição de diversas redacções oficiais. A redacção definitiva seria do ano 304 a. de Chr. e elas serão o mesmo substancialmente que o *Jus Flavianum*, publicado por Cn. Flávio naquela data.

Mas esta opinião, note-se bem, foi já abandonada pelo próprio Pais, que voltou a reconhecer a autenticidade das XII Táb. Veja os *Studi storici per l'antichità classica*, II, 3.

(1) Lambert, *La fonction du Droit civil comparé*, Paris 1903, pág. 552 e seg. Segundo Lambert, as XII Táb. não são verdadeiras leis nem constituem um código único. São um livro de direito, uma colecção de normas consuetudinárias organizada muito posteriormente à data da tradição e muito provavelmente devida a S. Aelio Peto (*Tripertita*), em 197.

(2) Girard, (*Histoire des XII Tables*) na *Nouvelle Revue historique*, vol. 27, 1902, pág. 131 e seg., trabalho reproduzido nas *Mélanges de droit romain*, I, pág. 1 e seg. (1909).

(3) Cornil, *Droit Romain*, Bruxelles, 1921, pág. 14.

(4) Tal é a tradição na antiguidade clássica, como se pode lêr em T. Lívio, livro III, Dionísio de Halic, livro IX, Diodoro Sículo, livro XII; e em Pompónio, no Digesto (I, 2, fl.ª 2. §§ 3—4). Voigt

Não chegou até nós infelizmente o texto primitivo das XII Tábuas. Porventura perdido durante o incêndio de Roma por ocasião da invasão gaulesa, no ano 390 a. Cr., e embora reconstituído mais tarde, como também a tradição nos ensina (1), o que é certo é que o seu texto só fragmentàriamente chegou até nós através das citações e referências dos jurisconsultos, gramáticos e historiadores latinos (2). Sabe-se que as XII Tábuas constituíram a base das mais antigas obras de direito civil romano (3) e que foi tal a sua importância que elas eram, no dizer de Cícero (4), aprendidas de cór nas escolas pelos estudantes e vigoraram ainda durante a época clássica e a seguinte sem que tivessem sido jamais objecto de uma revogação expressa até Justiniano. Nelas se encontravam, com efeito, regulados o processo civil, o antigo direito das obrigações, da família, das sucessões, o direito de propriedade e até uma parte de direito criminal e público, sendo, na linguagem de T. Lívio, consideradas como a *fons omnis publici privatique juris* (5). Isto mostra-nos a importância desta primeira fonte do direito romano que, como

coligiu as passagens de todos os autores antigos, latinos e gregos, relativos à tradição das XII Tab., como se pode ver na sua obra *Die XII Tafeln*, I, pág. 3-16.

(1) T. Lívio, VI, 1, 10.

(2) O número de fragmentos que possuímos do código dos decênviros é relativamente pequeno. Esses fragmentos, que são cerca de um cento, vêm-nos sobretudo atravez das obras de Cícero, de Aulo Gellio (II sec.) e do gramático Festo e ainda dêles deve dizer-se que só cêrca de quarenta nos aparecem reproduzidos nesses escritores como contendo o texto original das XII Taboas. Os restantes nem citações textuais são, mas apenas referências, ás vezes bem pouco detalhadas, ao sentido das suas disposições. *Vid.* esses frag. nos *Apêndices* onde damos o texto reconstituído das XII Tábuas, segundo Girard e Bruns.

(3) Ex.: o *jus Flavianum*, de 304, e a obra de S. Ael. Petus (298): o *jus Aelianum* e a *Tripertita*.

(4) Cícero, *de legibus*, 2, 4, 9 e 2, 23, 59.

(5) T. Lívio, III 34.

já alguém disse, pode com razão ser comparada, como síntese histórica, na linha de uma evolução de factos e de ideas, à redacção dos poemas homéricos na história da literatura helénica (1).

(1) Acêrca das XII Tábuas convém resumir aqui o estado e o valor actual dos principais argumentos que se podem apresentar a favor da sua autenticidade, separando desta, como questão distinta, a do valor das reconstituições do seu texto que tem sido até hoje tentadas.

Ora, quanto ao problema da autenticidade, não sofre dúvida que as ideias lançadas por Pais e Lambert, impugnando em absoluto essa autenticidade e atribuindo o código dos decênviros a uma data muito posterior à da tradição (*inclusivé* sobretudo a sua identificação, afirmada pelo primeiro, com o *jus Elavianum*), devem definitivamente ser consideradas como um exagêro da crítica histórica. O próprio Pais fez já justiça a essa negação, repudiando muitas das suas anteriores críticas para voltar a crêr na autenticidade das XII Tábuas, como já atrás se disse em nota. Esses argumentos, porém, são os seguintes: 1) — os mais antigos escritores latinos, gramáticos e jurisconsultos, como L. Aelio Stilo e S. Aelio Peto, ao contrário do que afirmam os adversários da autenticidade das XII Táb., referem-se a elas. O próprio Lambert se vê obrigado a reconhecer êste facto quando afirma que, no estado actual das nossas fontes, todo o argumento *a silentio* carece de uma decisiva eficácia. E se outros escritores ainda mais antigos do que êsses, como Plauto ou Terêncio, se não referem a elas, isso nada pode surpreender, visto que literatos e comediógrafos não tem que estudar nem que referir leis. 2) — o facto de existirem na linguagem das XII Táb. numerosos elementos arcáicos. É certo que em leis comiciais posteriores, conhecidas pela epigrafia, êsses elementos arcáicos são mais numerosos, parecendo a linguagem das tábuas mais recente do que a delas. Mas a resposta é óbvia; êsse carácter mais moderno da linguagem das XII Táb. explica-se fàcilmente em virtude da transmissão oral do seu texto, que importou pouco a pouco a sua modernização. De resto, há particularidades de estilo e de ritmo em algumas das suas disposições que nos indicam claramente tratar-se de normas que foram a fixação de antigas máximas e preceitos de direito consuetudinário anteriores ainda à codificação dos decênviros. 3) — o facto da existência nas XII Táb., para o qual Girard chamou recentemente a atenção, de grande número de disposições tratando de assuntos rurais, limites

Contudo deve dizer-se que nem todos os ramos de direito nem todas as matérias aí reguladas são tratados com igual desenvolvimento. As XII Táboas não podem ser consideradas, por êste lado, como uma codificação completa de todo o direito romano público e privado. O direito constitucional, por exemplo, está nelas pouco representado. As disposições relativas ao processo civil

dos campos, relações de vizinhança, servidões prediais, etc. Tal facto acusa claramente a existência de condições de vida social inteiramente diferentes das dos séculos II ou III e, pelo contrário, próprias de uma época em que os romanos viviam ainda exclusivamente da agricultura e da pastorícia. 4) — o facto de muitas disposições conterem um direito únicamente próprio de uma sociedade primitiva, como o revela sobretudo o direito comparado; estão neste caso: a pena de talião, os direitos deshumanos do credor sôbre o devedor, o carácter pessoal do vínculo das obrigações, a venda do devedor *trans Tiberim*, como se a margem oposta do Tibre fôsse ainda território estrangeiro ocupado pelos Etruscos, etc. E se é certo que outras disposições parecem revelar um direito mais moderno, como porventura as relativas aos funerais proibindo a inhumação ou a incineração dos mortos dentro da cidade, nada prova que essas disposições não tivessem uma origem e uma natureza meramente religiosas e sacrais relacionadas com os preceitos do culto dos mortos, 5) — finalmente, o facto de os *fastos capitolinos* (relação ou lista de todos os magistrados da República desde o seu início, organizado no tempo de Augusto sôbre outras relações mais antigas) referirem a existência dos decênviros no ano 450 a de Chr. constitui ainda um forte apoio dado à tradição dos analistas. Diga-se o que se disser acêrca da fraca atendibilidade de tal fonte que, evidentemente, pode e deve conter êrros e inexactidões quando considerada em todos os seus detalhes, contudo do que se não pode duvidar é, *grosso modo*, da sua veracidade essencial quanto à existencia real do decenvirado e à data histórica dessa magistratura. Integrados, como argumento acessório, no conjunto dos outros dados fornecidos pela tradição acêrca da história das XII Táboas, os *fastos capitolinos*, embora se restrinja consideràvelmente a credibilidade que lhes deve ser prestada, constituem mais uma forte presunção a favor da autenticidade do primeiro código dos romanos. E, uma vez firmada em tais bases a convicção histórica sôbre essa autenticidade, parece-nos que a questão relativa à natureza legislativa ou não legislativa dêsse monumento (se seria,

(instauração da acção, processo executivo e especialmente a execução sôbre a pessoa do reu) são as mais numerosas. Mas, com relação ainda ao direito privado, só aí figuram disposições de carácter geral e tão geral que elas deixam presupôr na prática da vida jurídica a existência de um direito consuetudinário sem dúvida muito conhecido e dispensando por isso mesmo talvez maiores

isto é, um código de verdadeiras leis ou seria antes uma colecção de velhas máximas e preceitos consuetudinários elaborada pelos pontífices ou por algum particular) deve ser resolvida também no sentido da tradição. Parece-nos injustificável subtileza querer distinguir demasiadamente estas duas questões. Depois do que sabemos àcerca da antiguidade dos comícios e da luta entre o patriciado e a plebe à volta da conquista da igualdade civil, de que nasceu a publicação dêsse primeiro código, repugna crêr que êle fôsse apenas uma colecção de máximas recolhidas por uma comissão de pontífices, como quere Pacchioni. O seu conteúdo seria porventura êsse ainda, em parte, e a sua primeira origem encontrar-se-á no direito consuetudinário romano talvez já formulado em máximas; mas o que a lógica dos factos desencadeados nêsse momento em Roma exigia, por certo, era a sua consagração superior e definitiva sob a forma da lei, e leis eram já então só as saídas dos comícios. Numa palavra, a história dêsses acontecimentos aparece-nos na tradição tão intimamente ligada e formando um bloco tão coêrente de verdade histórica, que querer tocar com a dúvida num só dos seus elementos essenciais, como são a autenticidade ou a natureza legislativa das XII Táboas, é condenar à maior incerteza todos os nossos conhecimentos sôbre a história romana ainda para cá da fundação da República até ao século IV.

Quanto à questão do valor que possam ter as reconstituições do texto das XII Táboas, desde a de Godofredo, no século XVII, até à de Voigt, de 1883, é essa uma questão diferente. De um modo geral, pode dizer-se que toda a reconstituição textual das XII Táboas é necessàriamente conjectural, ipotética e mais ou menos convencional. Só através da obra muito posterior dos jurisconsultos e gramáticos romanos, como S. Sulpício Rufo, Labeão e Gaio, Élio Stilo, Varrão, Cícero, Verrio Flaco e Pesto é que nós conhecemos alguma coisa, mas muito pouco, do seu texto. A maior parte das passagens contêm apenas simples referências ou apenas vagas alusões às disposições das XII Táb. Sabe-se que Gaio escreveu um comentário a êsse código, do qual possuímos fragmentos no Digesto, e que tal comentário cons-

detalhes na exposição do texto legal. E é por isso mesmo também que as XII Táboas são mais a fonte, no sentido de mais alta expressão e síntese, da primitiva vida jurídica dos romanos, como talvez T. Lívio quereria significar, do que um verdadeiro código de normas precisas e detalhadas regulando minuciosamente a vida civil e pública da mais antiga Roma.

Leges rogatae Além das XII Táboas, outras leis (1) teriam ainda sido votadas pelos comícios, segundo também a tradição, durante êste primeiro período da história do direito romano. Algumas são-nos apre-

tava de seis livros, versando provavelmente em cada um dêles matéria contida em cada grupo de duas táboas. Mas tudo isto é muito pouco para podermos atribuir afoitamente tal ou tal disposição a esta ou àquela táboa, nada nos assegurando, por outro lado, que uma lei começada em certa táboa não tivesse a sua continuação na seguinte. E ainda tudo que se tem feito no sentido de completar com uma linguágem arcáica os textos mutilados de algumas disposições, como tentou Voigt, não passa de um artifício mais ou menos engenhoso, mas em todo o caso de um valor sempre muito relativo e ipotético. *Vid.* no fim dêste volume a reconstituição das XII Táboas na disposição geralmente adoptada depois de Dirksen, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik u. Herstellung des Textes der XII Tafeln-fragmente, 1824.*

Sôbre a bibliografia mais recente a respeito da autenticidade e natureza das XII Táb. vêja-se Pacchioni, *Corso di diritto romano* vol. I, 2.ª ed. 1918, pág. 72, nota 92. Aí se encontra também um lúcido resumo do estado actual da questão, a respeito da qual o ilustre professor sustenta uma opinião intermédia, afastando-se igualmente dos exageros de Pais e de Lambert e da tradição dos analistas.

(1) As leis designavam-se pelo nome do seu autor ou autores na forma feminina do nominativo (*lex Canuleia* ou lei proposta por um magistrado chamado Canuleus). Se as leis eram consulares, isto é, apresentadas nos comícios das centúrias pelos cônsules, neste caso eram designadas pelo nome dos dois, como por ex. *lex Valeria Horatia, lex Papia Poppaea*, etc. O mesmo se deve notar dos plebiscitos que aqui são considerados como *leges*. A *lex* era, porém, composta de

sentadas como dos começos da República e ainda anteriores ao código dos decênviros, outras como posteriores, pôsto que também dos primeiros séculos. Mas a crítica histórica tem igualmente levantado justificadas dúvidas no que respeita já a sua origem, já à data do seu aparecimento. Mencionam-se aqui só algumas delas, que pela sua grande importância, relativamente ao direito privado e mesmo ao direito público, não devem ser esquecidas. É assim, entre outras: a *lex Junia tribunitia* (510), pela qual os reis foram substituídos por dois cônsules (1); a *lex Valeria Horatia de provocatione* (509?), que teria admitido a *provocatio ad populum* ou o direito de apelar para o povo nos casos de condenação em pena capital (2); a *lex Canuleia de connubio patrum et plebis* (445), que teria permitido o cruzamento pelas *justae nuptiae* ou o conúbio entre o patriciado e a plebe (3), a *lex Licinia Sextia* (367), que teria, entre

três partes distintas: a *praescriptio*, onde se designavam o nome ou nomes e títulos do seu autor ou autores, o dia e lugar da votação e a indicação da tríbu que tinha votado em primeiro lugar, se a votação tinha lugar nas tribus; a *rogatio*, que continha o seu texto; e a *sanctio*, ou parte da lei em que se continham as disposições para o caso de ela ser violada. Sob o ponto de vista da *sanctio*, os jurisconsultos dividiram mais tarde as leis em: *leges perfectae*, isto é, leis que anulam os actos praticados em contravenção das suas disposições; *leges minus quam perfectae*, que se limitam a ameaçar com uma pena os seus contraventores mas sem anularem os efeitos dos actos praticados contra as suas disposições; e, finalmente, *leges imperfectae* ou leis que nada determinam para o caso da sua violação e que portanto não teem *sanctio*. Esta distinção não respeita, porém, senão às leis de direito privado e relativas aos efeitos dos actos jurídicos. *Vid.* Krüger, *Historia y fuentes del d. rom.*, pág. 20 e 21. Ulpiano, *lib. regul.* I.

(1) *Vid.* Tácito, *Ann.*, XII, 22; T. Lívio, II. 1 e Dig., I, 2, 2, 3.

(2) T. Lívio, II, 8, III. 20 e X, 9; Dionísio, V, 19 e Cícero, *de rep.*, II, 35, 53.

(3) T. Lívio IV, 1 e seg., Dionísio, X, 60 e Cícero, *ibidem*, II, 37.

outras disposições, segundo Lívio, admitido os plebeus ao consulado (1); a *lex Poetelia de nexis* (326), que teria abolido os efeitos penais do antigo *nexum*, melhorando a condição jurídica e social dos devedores (2); as *leges Publiliae Philonis* (339), que teriam equiparado os *plebiscita* às *leges* emanadas das centúrias (3); a *lex Ovinia de senatu lectione* (318-316) transferindo para os censores a nomeação dos senadores e dos cônsules (4); a *lex Hortensia de plebiscitis* (286) conferindo de novo o valor de lei aos *plebiscita* (5); e a *lex Aquilia de damno dato* (286) relativa à responsabilidade por danos causados nas coisas de outrém (6). Relativamente a todas estas leis, porém, assim como a outras que nos abstemos de mencionar por menos importantes, deve apenas notar-se ainda que o seu texto não chegou até nós, sendo-nos conhecidas também só por referências contidas na obra dos jurisconsultos e dos historiadores

(1) Foi esta lei que, segundo a tradição, firmou definitivamente a igualdade entre o patriciado e a plebe, determinando que um dos cônsules fôsse sempre um plebeu e reconhecendo à plebe a elegibilidade para todas as magistraturas patrícias. Além disso, teria sido esta lei também a que criou a pretura, atribuindo-lhe a administração da justiça civil. *Vid.* T. Lívio, VI, 35 e 39, Aul. Gellio, *noct. att.* XVII, 21 e 27 e Diodoro, XII, 25. Relativamente à criação da pretura, *vid.* T. Lív. VI, 42 e Dig. 1, 2, 2, 27. Esta lei é assim, indiscutivelmente, a mais importante lei romana depois das XII Tábuas e a que maior revolução introduziu nas condições políticas e económicas da vida romana. Em virtude das numerosas inovações que introduziu sôbre os mais vários assuntos costuma designar-se também pela forma plural de *Leges Liciniae Sextiae*. Cfr. Landucci, *Storia del diritto romano*, I, pág. 85.

(2) *Vid.* T. Lívio, VIII, 28; Cícero, *de rep.*, II, 34 e Dionísio XVI, 5, 9.

(3) T. Lívio, VIII, 12 e Gaio III, 27 e IV, 22.

(4) *Vid.* Festo, *vb.*, *lectio senatus*.

(5) T. Lívio, *epit.* 11; Plínio, *Nat. Hist.* XVI, 10, 37; A. Gel. *noct. att.* XV, 27; Gaio, I, 3 e Dig. 1, 2, 2, 8.

(6) Cfr. Dig., 9, 2, 1.

e sendo certo até que verdadeiras leis comiciais sôbre matéria de direito privado nos não são atestadas com segurança antes do terceiro século antes de Cristo.

Jurisprudência A jurisprudência é outra fonte de direito que vemos aparecer em Roma desde o começo dos tempos históricos, embora o período áureo da sua actividade só venha a produzir-se pelos fins da República e começos do Principado.

Em Roma as normas do direito (*jus*) achavam-se a princípio, como em outros povos, estreitamente unidas com as normas da moral (*mos*) e as da religião (*fas*), não sendo mais do que preceitos de carácter religioso e sacral, como já vimos, aquelas normas ou colecção de disposições a que a tradição pretendeu dar uma origem legislativa, atribuindo-as aos primeiros reis de Roma com o nome de *leges regiae* (1). Mas, justamente e por isso mesmo, a maior parte das normas jurídicas que serviram a disciplinar a primitiva vida social dos romanos e que certamente tiveram por fonte, em parte, o costume devem-lhes ter sido impostas, — como nota Pacchioni — não já por magistrados láicos, pelo senado ou pelos comícios, mas sim sobretudo pelos homens mais prestigiosos e mais sábios da comunidade, ou seja, pelos pontífices, simultâneamente depositários dos pre-

(1) *Vid. supra*, pág. 57. Esta confusão entre as normas da religião, da moral e do direito, própria da infância de todos os povos, revela-se ainda nas definições de direito e jurisprudência correntes na época clássica e no direito de Justiniano, conservando aí ainda o valor de fórmulas tradicionais, filhas da antiga sabedoria romana. Cfr. *Inst.*, I, 1, 1 e 3: *jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* O *fas* era, como ensina S. Isidoro (*Origines*, V, 2), a *lex divina*, o *jus* a *lex humana*; ou, como ensina Servius (*ad George.* I, 269): *fas et jura sinunt, id est, divina humanaque cura permittunt, nam ad religionem fas, ad homines jura pertinent.*

ceitos religiosos do *fas* assim como dos do direito ou *jus* (1). E esta circunstância confere ao mais antigo direito romano, além de tudo, uma origem e uma natureza também religiosa e sacral. De facto, foram os pontífices os primeiros dos jurisconsultos romanos e a primeira jurisprudência romana foi uma jurisprudência pontifical, o que quere dizer, misteriosa, secreta, esotérica. *Omne jus in penetralibus pontificum repositum erat*, como diz a tradição (2).

Daqui resultava que eram também os pontífices a interpretar e a desenvolver o direito e a aconselhar não só os magistrados no exercício das funções jurídicas mas ainda os cidadãos. Dado o carácter ritual e formalista do primitivo direito, só êles, com efeito, podiam aconselhar o uso que devia ser feito das formalidades, actos e palavras, necessários processualmente para fazer valer os direitos; só êles podiam estender por analogia a aplicação de certas vias de direito à consecução de certos fins que o desenvolvimento da vida social iria impondo todos os dias de novo à tutela jurídica; só êles, emfim, organizadores e senhores do calendário

(1) Pacchioni, *Corso di diritto rom.* I, pág. 56. Cfr. Cícero, *de oratore*, 3, 124. Os pontífices (de *pons* e *facio*, etimològicamente, construtores de pontes, em memória da ponte *Sublicia*) constituíam uma das confrarias ou colégios, o mais elevado em gerarquia, do clero ou sacerdócio romano. Êsse colégio compunha-se de quinze membros presididos pelo grande pontífice ou *Pontifex Maximus* e entre as suas funções contavam-se, a de organizar o calendário romano determinando os dias fastos e nefastos, fiscalizar o culto nacional, e emfim dar aos cidadãos todos os informes necessários e que lhe fôssem pedidos sôbre o fundamento das suas pretensões jurídicas e o modo de as fazer valer por meio das acções da lei (*legis actiones*). Outros colégios sacerdotais, distintos do dos pontífices eram os dos *flamines*, dos *feciales*, dos *luperques*, dos *arvales*, dos *salii* e o das *vestais*. Cfr. Mommsen, *Römische Geschichte*, I, pág. 169.

(2) *Vid.* Cícero, *de orat.*, 3, 124 e T. Lívio, IX, 46. Cfr. Valério Máximo, II, 5, 2 e Pompónio, no Digesto (1, 2, 2, 7).

oficial e conhecedores do segrêdo fatídico das datas e dos números, podiam indicar os dias em que deviam ser intentadas as acções e celebrados os contratos, etc. Ora êste estado de coisas e o prestígio do pontificado, fundado no seu monopólio da sciência jurídica, mantiveram-se ainda depois das XII Táboas e até, aproximadamente, aos fins do século IV a. Cr.. Durante êste período foram os pontífices e só êles quem, posto que privados de uma verdadeira jurisdição, continuou a regular e a dirigir o processo, a redigir os actos privados e instrumentos da vida jurídica afim de acautelar os direitos dos cidadãos, e, emfim, a responder às consultas dos magistrados e particulares sôbre o modo de manusear as acções (*legis actiones*) e a interpretação do direito contido na lei (1). E foram, pode dizer-se, os pontífices quem, cultivando por estas três formas a sciência do direito, mais promoveu até quási aos fins da República o desenvolvimento dessa sciência, adaptando sempre aquele às condições da vida real, desenvolvendo-o e renovando-o incessantemente. (2) De algum

(1) Eram estas as três formas que revestia a actividade jurídica dos pontífices romanos. *Agere (actio)* era a sua actividade dirigida a aconselhar às partes os meios práticamente eficazes de fazerem valer em juízo os seus direitos. Era a sciência do processo com relação a todos os seus detalhes e circunstâncias de tempo, lugar, palavras e gestos sacramentais que era necessário conhecer e praticar para intentar validamente uma acção. *Cavere (cautio)* era a sua actividade dirigida a assistir às partes na redacção das fórmulas e actos escritos que tinham por fim acautelar os direitos e prevenir as contestações. Finalmente, *respondere* era o responder às preguntas e consultas dos cidadãos sôbre matéria de direito, esclarecendo o sentido das normas e máximas jurídicas, de que eram êles os depositários e supremos administradores, e interpretando-as a seu bel prazer, tarefa esta acompanhada de cuidados e fortes emoções, diz Cícero (*pro Murena*, II, 19). Cfr. *de officiis*, II, 19 e *de oratore*, I, 48, 212.

(2) Esta interpretação (*interpretatio*) do velho direito, realizada pelos pontífices, foi obra muito diferente da que realizaram mais tarde os jurisconsultos láicos e do que se entende hoje por interpre-

modo foram portanto os pontífices, nos processos da sua actividade profissional e creadora de direito, durante a maior parte do período republicano, os verdadeiros precursores do pretor antes da lei *Aebutia* (1).

O Jus Flavianum No fim do século IV a. Cr. um facto se produz, porém, que põe termo a êste monopólio da sciência jurídica pelos pontífices e marca o início de um novo período na história da jurisprudência romana. Cneu Flávio, o scriba de um certo Appius Claudius, pontífice e jurisconsulto romano dêsse século, teria, cêrca do ano 303 a. Cr. e segundo a tradição, publicado e divulgado num livro o conhecimento do calendário judicial e das fórmulas das *legis actiones*, isto é, das fórmulas necessárias para a actuação e persecução dos direitos em juízo (*Jus Flavianum*), rou-

tação do direito. Pode dizer-se que a actividade de interpretação jurídica dêstes primeiros jurisconsultos consistiu toda, não numa obra puramente intelectual de lógica jurídica, mas numa obra subtil e sofística de actualização e adaptação do direito civil às necessidades da vida real, estendendo a protecção jurídica de certas normas e preceitos à tutela de novos casos e situações primitivamente não previstas e não reguladas. Dêste modo os pontífices, como mais tarde o pretor, criaram depois das XII Táb. muito direito novo. É o caso típico da emancipação dos filhos-famílias. Como não existisse no antigo *jus civile* esta instituição, os pontífices teriam aproveitado uma disposição das XII Tábuas relativa à *patria potestas (si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto)*. Ora esta disposição, que continha apenas uma limitação ao pátrio poder, foi aproveitada para dela ser extraído o instituto da emancipação dos filhos. O pai vendia três vezes o próprio filho a outro cidadão; êste manumitia-o depois de combinação com o pai uma, duas e três vezes; e, se da primeira e da segunda, resultava o filho recaír de novo automàticamente sob a *potestas* do pai, à terceira já isso não sucedia em virtude da disposição referida. O filho ficava livre. Estava conseguido o fim e criado por meio de um expediente o instituto da emancipação dos filhos. Cfr. Pacchioni, *Corso*, I, pág. 58 e seg.

(1) Vid. *infra*, capítulo seguinte.

bando assim aos pontífices o monopólio e o exclusivo dêsses conhecimentos (1). Como se pode calcular, as conseqüências dêste facto foram consideráveis para a história do direito romano. A sciência do direito secularizou-se desde êsse momento, tornando-se uma sciência láica aberta à curiosidade de todos os cidadãos. Os simples particulares poderam desde então dedicar-se também ao estudo do direito, interpretá-lo e dar sôbre êle consultas e lições públicas. Quási simultâneamente também os plebeus tornam-se elegíveis ao pontificado em virtude da *lex Ogulnia*, de 299, e logo nesse mesmo ano ou pouco depois um cônsul plebeu, Tiberius Coruncanius (2), elevado a *pontifex maximus*, é também o primeiro a ensinar publicamente o direito (*publice profiteri*) perante numerosos ouvintes (3).

E foi enfim dêste modo que começaram a formar-se em Roma, desde então, essas gerações de jurisconsultos que, como se sabe, não tardaram em adquirir uma influência notável na vida do Estado e a fundar mais tarde, já nos começos do Império, essa sciência do direito à qual se consagraram durante dois séculos as melhores energias intelectuais do povo romano.

(1) Cfr. Pompónio, no Digesto (1, 2, 2, 36); e T. Lívio, IX, 46; Cícero, *de orat.* I, 41; *idem, ad Att.*, VI, 1, 8; *idem*, pro Murena, XI, 25; Val. Maximino, II, 52, e Plínio, *nat. hist.*, 33, 1, 17.

(2) Sabe-se que foi cônsul em 279 a. Cr.

(3) Dig. 1, 2, 2, 35 e 38. Acêrca do modo como seria ministrado esse primeiro ensino láico do direito, sôbre o qual há dúvidas, veja Krüger, *Fuentes y literatura del d. rom.*, pág. 54 e 55. A obra de Flávio, conhecida pelo nome de *Jus Flavianum*, e que teria sido uma obra de carácter processual, colecção de fórmulas das *legis actiones*, perdeu-se, supondo-se que o seu fundo teria sido aproveitado e absorvido numa obra de idêntica natureza aparecida cêrca de um século depois e também perdida, o *jus Aelianum*, de S. Aelius Peto. Vid. *infra*.

3 — Instituïções jurídicas

As primitivas instituïções jurídicas dos romanos reflectem fielmente o estado do seu desenvolvimento social e político que já ficou atrás descrito. Expressão do viver social de um pequeno povo simultâneamente agricultor e guerreiro, organizado nos moldes da cidade antiga, o seu sistema jurídico é também muito restrito a princípio. Informa-o, na sua essência, um conjunto de instituïções comunitárias. É estreitamente nacional e exclusivista. Além disso, as qualidades dominantes do génio romano, a muitas das quais Roma deveu mais tarde o segrêdo dos seus sucessos, estão também já profundamente gravadas, como é natural, no espírito das suas instituïções jurídicas do direito privado. O espírito conservador e supersticioso do romano, o seu profundo senso prático e utilitário, o amor da disciplina, a dureza instintiva do soldado, o seu espírito lógico e a propensão da sua inteligência, sem largos vôos, para formular só conceitos simples e bem delimitados das coisas, explicam, com efeito, a estrutura e o sentido de todo seu sistema jurídico.

O direito privado do período quiritário caracteriza-se assim, sem falar já na sua índole comunitária que lhe vem da constituïção económica e social, por um forte espírito tradicionalista que lhe faz aborrecer todas as inovações bruscas e violentas; por um grande senso prático que o leva a aproveitar constantemente antigas instituïções para regular com elas novas relações jurídicas; por uma admirável lógica indutiva que sabe extrair a regra, não de conceitos gerais e abstractos, mas das necessidades da vida social; enfim, por um formalismo rígido e severo, que é a expressão da férrea disciplina dessa sua mesma vida social, e um exclusivismo nacionalista que marca bem o limitado dos horizontes dela.

Com efeito, nada em Roma dêsse espírito largo, humanitário e especulativo que tornou grande a filosofia dos gregos; nada de sistemas de uma lógica abstracta e dedutiva, mas menos em contacto com a vida, como foram mais tarde as construções do pensamento bizantino ou romano-helénico. A ninguém, pelo contrário, repugnou jamais tanto como aos romanos aquilo a que hoje se chama os «princípios gerais», a «teoria geral» e a preocupação de uma excessiva simetria na dedução das ideas que se destinam a traduzir as exigências da vida real. Foi sôbre estas bases e com estes elementos morais e psicológicos que os romanos começaram a edificar, desde o século VIII a. de Cr., o sistema das suas instituïções jurídicas (1).

Personalidade jurídica

O velho direito romano não atribuía a todos os homens, como faz o direito moderno, a personalidade jurídica ou a susceptibilidade de direitos e obrigações (2). Em princípio, só ao cidadão ela era reconhecida, isto é, ao membro livre da

(1) Na exposição das instituïções jurídicas do direito privado romano que se segue, *no estudo dêste período*, mantém-se um critério puramente histórico e sumário, pondo em destaque apenas os caracteres mais gerais que elas revestem e pelos quais mostram relacionar-se mais orgânicamente com os restantes factores da evolução social, de que constituem o expoente jurídico. Só no segundo volume dêste *Manual* o seu estudo será feito com maior desenvolvimento e com um critério dogmático. O mesmo se diga do estudo das instituïções dentro dos restantes períodos.

(2) A personalidade ou susceptibilidade de direitos e obrigações *não* nos aparece definida no direito romano. O termo *persona*, em sentido próprio, significava a máscara de que se serviam os actores em scena para ampliarem a voz *(personare)* e o papel que desempenhavam. No sentido que a palavra veiu a tomar em direito, *persona* era, figuradamente, o papel que o indivíduo desempenhava também na vida social e especialmente na vida jurídica. A idea, porém, de sus-

civitas; só para êle existia o *jus civile,* assim como o culto e a religião romana. O estrangeiro, o indivíduo estranho à comunidade política e religiosa da *civitas,* não tinha direitos. A qualidade de pessoa ou sujeito de direito para êle coincidia com a qualidade de cidadão: carecendo de uma, estava privado da outra.

O estrangeiro (*hostis*) só podia encontrar em Roma protecção legal, sendo aí o hospede (*hospes*) ou o cliente de um cidadão (1). Fóra disso, penetrando em Roma, não só a sua pessoa podia ser reduzida à escravidão, como os seus bens, considerados *res nullius,* podiam ser apreendidos em propriedade pelo primeiro ocupante (2). Além disso, êste exclusivismo que faz da capacidade jurídica um privilégio do cidadão revela-se ainda no facto de, mesmo quanto a êste, ela só ser atribuída completa e perfeitamente àqueles que se acham isentos do poder jurídico ou *potestas* de outrém: isto é, aos *patresfamilias.* A completa capacidade de gôzo de

---

ceptibilidade de direitos, de sujeito de direito, que nós hoje traduzimos por *pessôa, personalidade,* traduziam-na os romanos pelo termo *caput.* Assim, por ex., *servus nullum caput habet* (Inst. I, 16, 4); *capite minui, deminui, capitis deminutio,* perda, diminuição da personalidade jurídica.

(1) Fóra do caso de existirem tratados especiais, não havia relações jurídicas algumas entre Roma e os estados ou cidades estrangeiras. As relações normais com esses estados eram portanto de guerra e só deixavam de o ser quando se fundavam em tratados de paz (*pax,* de *pacisci* = pactuar). Ora êstes tratados pelos quais se fixava um certo *modus vivendi* eram, ou de simples *amicitia* ou de *hospitium* ou de *foedus* (*aliança*). Veja Cícero, *de off.* 3, 15, 63; Tácito, *ann.* VI, 29 e Dig. 50, 16, 223, 1. Cfr. Mommsen, *röm. Staatsr.,* 3, 591. O *hospitium,* tanto podia ser privado, se por êle um cidadão tomava sob a sua protecção um estrangeiro, como público (*hospitium publicum*), se toda uma *civitas* estrangeira era acolhida sob a protecção de Roma. Sobre o *hospitium privatum* veja ainda especialmente T. Lívio, I, 45, XXX, 13 e XLII, 1 e F. Josefo, *antiquit. jud.,* 13, 9, 2.

(2) *Vid.* XII Táboas, táb. III, 7: *adversus hostem aeterna auctoritas esto* e Dig., 49, 15, 15, 5, 2.

direitos presupõe, portanto, ao lado da qualidade de cidadão, a qualidade de cidadão *sui juris* (1). E assim aqueles que a não tinham gozavam apenas de uma capacidade jurídica limitada, como sucedia com os filhos, qualquer que fôsse a sua idade, e, de um modo geral, com todos os *alieni juris.*

Estes conservavam a qualidade de cidadãos e todos os conseqüentes direitos políticos, o *jus suffragii* e o *jus honorum;* no campo, porém, do direito privado não podiam obrigar-se contratualmente, não podiam adquirir nem possuir em propriedade, nem contraír o matrimónio civil (*justae nuptiae*) sem autorização do *paterfamilias.* A sua personalidade existia sem dúvida, mas comprimida e latente, sendo nas mais importantes esferas da actividade social absorvida pela personalidade mais vigorosa do *pater.* As razões dêste exclusivismo na atribuição da personalidade no mais antigo direito romano são fáceis de determinar. Elas derivam da estrutura da sua organização social e política. Com efeito, se todo o direito era civil e a *civitas* era então a mais ampla forma que podia ser concebida da comunidade social, compreende-se a negação da personalidade jurídica ao estrangeiro; assim como, se as relações da vida social na primitiva Roma eram sobretudo relações entre grupos organizados comunitáriamente, como as famílias e as *gentes,* a regulamentação dessas relações, em função das quais era definido o direito, devia necessáriamente ter em vista, não tanto os indivíduos isolados, como os próprios grupos sociais em que estes se achavam por assim dizer absorvidos. E assim era, de facto; a completa capacidade jurídica atribuída exclusivamente aos *patresfamilias,* longe de representar nesse seu exclusivismo a negação intencional da qualidade de sujeito de direito aos *alieni juris,* o que representava,

---

(1) Gaio, I, 48 e seg., Dig., I, 6, 4, e Ulpiano, *Reg.,* IV, 1.

na sua essência, era a atribuïção dessa qualidade aos grupos de que aqueles eram os chefes, isto é, às famílias.

Isto é confirmado ainda pelo facto de nas relações jurídicas da vida política entre o Estado e os indivíduos, aí onde estes contavam como tais, isto é, como unidades activas e valores irredutíveis, como eleitores e como soldados, na substância — digamos assim — da *civitas*, aí também lhes foi reconhecida sempre a sua personalidade jurídica, gozando tanto os *patres* como os filhos-famílias, os *sui* e os *alieni juris*, dos mesmos direitos políticos (1). É que o individualismo e a dissolução dos velhos quadros comunitários da vida romana produziram-se mais cedo no campo do direito público do que no do direito privado, primeiro na constituïção política do Estado produzindo a democracia, do que na constituïção social produzindo o individualismo económico. As doutrinas do velho direito quiritário em matéria de personalidade jurídica são bem a prova disto.

Direito de família Se é o exclusivismo nacionalista que sobretudo vemos caracterizar as primitivas instituïções jurídicas romanas em matéria de personalidade, é o princípio comunitário e uma idea política que sobretudo as carateriza na sua organização familiar.

A família romana do período quiritário é bem, como já atrás vimos, um pequeno Estado dentro doutro Estado (2). Os poderes e as funções do seu chefe, o *paterfamilias*, sôbre as pessoas e as coisas sujeitas à sua *potestas* e ao seu *dominium*, são as de um pequeno rei (3). A família pode constituír-se independentemente

(1) *Dig.* 1, 6, 9: *filius familias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.*

(2) Vid. *supra*, pág. 28.

(3) *Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae... Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat. Dig.* 50, 16, 195, § 2.º.

da geração: a adopção e a adrogação correspondem assim à instituïção moderna da naturalização dos súbditos de um Estado noutro (1). Assim também o vínculo que prende entre si os membros de uma mesma família e é a base do parentesco civil é um vínculo simultâneamente religioso e político, a *agnação (adgnatio)*. Ser membro de uma família, ser parente ou agnado, é, fóra de quaisquer laços necessários de consangüinidade com ela, o facto de honrar o culto dos mesmos antepassados e de se achar sujeito à *potestas* do mesmo cidadão (2). E esta *potestas* que o *pater* tem e exerce sôbre os restantes membros da família, se é ilimitado no seu conteúdo, indo até ao direito de vida e de morte *(jus vitae ac necis)* (3), é-o também no tempo; o pátrio poder em Roma não cessava, como entre nós, com a maioridade, mas acompanhava os *alieni juris* até ao momento da morte natural ou civil do *paterfamilias*, se antes disso aqueles não saíam da família por virtude de um acto voluntário do seu chefe, como a venda deles *(mancipatio)* ou a sua emancipação. O pátrio poder não era uma instituïção de protecção aos filhos, como hoje, constituíndo por isso um encargo e uma obrigação do *pater*; era uma instituïção de protecção da família, constituíndo antes um direito desta. E o mesmo se diga da tutela e da curatela: estas também, em vez de

(1) Se a adopção era de um filho de família, chamava-se adopção pròpriamente dita ou *adoptio*; se, porém, era de uma pessoa *sui juris*, chamava-se *adrogatio*. Neste caso entravam na família do adoptante, não só o adoptado, como todas as pessoas que dependiam dêle e ficavam como êle sujeitas à *potestas* do novo *pater*. Pela adopção quebram-se todos os vínculos de parentesco entre o adoptado e a sua família de origem, cessando por isso todos os direitos que aquele aí podia ter. *Vid.* Gaio, 1, 97 e seg.

(2) Gaio, 1, 156 e *Dig.* 50, 16, 195, 2.

(3) Aul. Gellio, v, 19.

serem um encargo e um *munus publicum* no interêsse dos pupilos e dos incapazes, como foram mais tarde, eram um direito dos agnados e dos *gentiles* exercido no interêsse do agregado familiar, como o pátrio poder (1). Os bens dos filhos eram propriedade dos *patres*, como os bens da mulher, dos escravos e de todos os *alieni juris*. As suas aquisições patrimoniais, fôssem de que natureza fôssem, era sempre a favor do chefe da *domus* que revertiam, encorporando-se no património familiar (2). Dos bens entregues pelo *pater* aos filhos para seu govêrno só pertencia a estes a administração, assim como a respeito dos bens que êles grangeassem no exercício das armas ou dos cargos públicos (*pecúlios*) (3). Em resumo: a estrutura da família romana dos primeiros séculos mostra-nos a índole comunitária da primitiva constituição social e política de Roma. A ideia de direito individual aparece-nos ainda aí frouxamente desenvolvida e, pelo contrário, subordinada à idea do direito de outras unidades sociais de base corporativa, como eram as *gentes* e sobretudo as *famílias*. Estas são

(1) A tutela era a instituição que supria a falta do poder paternal com relação aos impúberes *sui juris*, sendo impúberes aqueles que, segundo mais tarde se fixou, não tinham atingido ainda os dôze ou os catorze anos, consoante se tratava das mulheres ou dos homens. Mas não eram só os impúberes *sui juris* que estavam sujeitos a ela; estavam-no também as mulheres púberes *sui juris*, porque a mulher era considerada como sujeita a uma tutela perpétua. Ora êste carácter primitivo da tutela revela-se, não só na sua íntima conexão com a sucessão hereditária, sendo deferida pela lei (tutela legítima) àquelas pessoas para quem passava o poder soberano sôbre a família, mas ainda nos vestígios que dela ficaram no conceito e definição dêste instituto no direito clássico (*tutela est vis sive jus ac potestas in capite libero ad tuendum eum*); *Dig.* 26, 1, 1, pr. e *Inst.* 1, 13, 1. Cfr. Gaio, 1, 143 e seg. E o mesmo se diga da curatela, relativa aos dementes e outros incapazes.

(2) *Vid.* Gaio, 2, 86.

(3) *Dig.*, 39, 5, 7, pr.: *non enim ad hoc ei conceditur libera pecutii administratio ut perdat.*

também organismos com uma estrutura política. A sua organização revela-nos uma origem pre-estatual cujos vestígios se teriam conservado estratificados ainda nos tempos históricos, como uma sobrevivência do passado. As suas novas funções desenvolvidas mais tarde não conseguiram nunca, como veremos, apagar-lhe por completo o carácter das suas origens (1).

Direitos reais O mesmo, pouco mais ou menos, há que dizer dos direitos reais ou direitos sôbre as coisas no primitivo direito romano. Aqui ainda o fraco desenvolvimento desta instituição, se por um lado nos mostra, na natureza dos poderes do homem sôbre as coisas, a mesma influência geral derivada da constituição social e familiar, mostra-nos por outro, no pequeno número de combinações de que a idea de tais direitos se mostra susceptível, o fraquíssimo desenvolvimento económico e comercial da vida romana.

O conceito de direito real é o de um direito, não tanto do homem, abstracta e individualmente considerado, sôbre o comum das coisas do mundo externo, como do *paterfamilias* romano sôbre a especial categoria de coisas que constituem o património habitual de uma família (2).

(1) É sobretudo no direito das sucessões que estes vestígios se conservaram, como adiante se verá.

(2) A noção de coisa não nos aparece definida nas fontes romanas. Contudo é posto que, em sentido lato, seja coisa (*res*) tudo que carece de personalidade e possa ser concebido pela nossa mente em virtude das nossas faculdades de abstracção e generalização, em sentido restrito, deve entender-se por coisa no direito romano toda a porção limitada do universo material sôbre que pode recair o poder do homem. Só coisas, neste último sentido de coisas corpóreas (*quae tangi possunt*), podem ser objecto de direitos reais. *Vid* Gaio, II, 13. É certo que os textos romanos (Gaio, II, 14) nos falam também de coisas incorpóreas (*incorporales*), e de coisas que não são porções limitadas de matéria e não podem ser apropriadas, como são as *res*

E como êste património e estas coisas reflectem na sua natureza a índole essencialmente agrária e rústica da primitiva vida dos romanos, sendo constituídos quási exclusivamente por terras, escravos e animais afectos à sua cultura, como: bois, cavalos, muares, burros, etc., animais *quae collo dorsove domantur* (1), dai o ser também a propriedade de tais coisas o quási único direito real conhecido das primitivas instituïções jurídicas romanas, ou, pelo menos, o único sujeito a um regime jurídico rigorosamente disciplinado. A propriedade das coisas imóveis, os prédios rústicos e urbanos e as coisas cujo valor social só se pode justamente definir e precisar em função daquelas (*res mancipi*), eis o primeiro direito real dos romanos neste primeiro período da sua história. O desenvolvimento da riqueza mobiliária é ainda frouxo em Roma nesta época. Mas se na natureza de tais coisas, como dizemos, se reflecte a índole agrária da vida romana, na extensão e natureza dos poderes do homem, o *paterfamilias*, sôbre elas reflecte-se a sua primitiva constituïção social.

O *pater*, único proprietário de todas as coisas da

communes omnium. Mas a verdade é que estas categorias de coisas e ainda outras aparecem fundadas em critérios diferentes e limitados, consoante o seu destino, a sua qualidade, etc., e não afectam o seu conceito fundamental como objecto possível dos direitos reais. Estes só podem recair sôbre coisas materiais. E, quanto a esta designação de «direitos reais», como qualificando um certo grupo de relações jurídicas, contraposto às obrigações ou direitos de crédito, note-se ainda que ela também não é das fontes romanas. Romano é simplesmente o seu conceito, o conceito dêste grupo de relações jurídicas, mas ainda assim formulado e definido aí, não tanto em função do objecto dêsses direitos (as coisas), como no direito moderno, mas em função da natureza das acções que serviam para os tutelar (acções reais, *actiones in rem*). Será mais romana, portanto, a designação de: direitos tendo por objecto coisas e defendidos por meio de acções reais, *jura in re*, garantidos por *actiones in rem*.

(1) Gaio, II, 14 (a).

família tem e exerce sôbre elas poderes tão ilimitados como os que exerce sôbre as pessoas que lhe estão sujeitas. O seu direito de propriedade, *mancipium, dominium*, corresponde, no conteúdo dos poderes e faculdades que o constituem, à sua *potestas* sôbre os *alieni juris;* é tão ilimitado como o são os poderes de que êle goza, como soberano da família, na esfera das relações pessoais entre os seus membros, podendo, por conseguinte, gozar, usar e abusar de todas as coisas que lhe pertencem *(frui, uti, abuti)* como lhe parecer, incluindo o direito de as destruir (1).

Se o direito de propriedade é assim absoluto e ilimitado no seu conteúdo, isto não quere porém dizer que o seja no seu exercício. Mas, quanto a êste ainda, as limitações que sofre são a princípio em pequeno número, representando, não o efeito de um critério geral sôbre a função e a utilidade social de um direito, mas o resultado das exigências inadiáveis impostas ao proprietário pelas relações de vizinhança e pelo interêsse público (2). E o mesmo que dizemos das *res mancipi* se diga também com maioria de razão das coisas de menor importância social, as *res nec mancipi*, quanto ao conteúdo do direito de propriedade sôbre elas, objecto também dêste direito,

(1) *Vid. Inst. J.* II, 4, 4, onde a propriedade, contraposta ao usufruto, se define como uma *plena in re potestas*. De resto, uma definição técnica pròpriamente dita do direito de propriedade ou uma enumeração sequer dos diferentes poderes e faculdades reconhecidas ao proprietário sôbre as coisas não se encontra nos textos romanos.

(2) Algumas dessas limitações achavam-se já determinadas na lei das XII Táb., constituindo verdadeiras servidões prediais estabelecidas por lei. Exemplos: o *iter*, isto é, a obrigação de não cultivar uma pequena facha de terreno na extremidade do próprio prédio a fim de garantir o direito de passagem e o acesso à via pública dos proprietários dos prédios vizinhos; o direito de os proprietários de prédios vizinhos poderem penetrar em certos dias do ano nos prédios uns dos outros para aí apanharem os frutos caídos das suas árvores, etc. *Vide* XII *Táb.*, *táb.* 7.

é certo, mas para cuja disciplina social reinaram desde cedo regras mais de facto que de direito (1).

O mesmo há que dizer acêrca dos modos de aquisição e transmissão da propriedade. Nas formalidades e ritos jurídicos dos mais antigos processos de transferir a propriedade civil sôbre as coisas, a *mancipatio* e a *in jure cessio*, revela-se também claramente, não só o éco de uma fase primitiva de inalienabilidade dos mais importantes elementos do património familiar, como ainda o formalismo solene e complicado do mais antigo direito e a tendência dos romanos a socorrerem-se da aplicação de certas instituïções mais antigas para suprirem com elas, indirectamente, a falta de meios jurídicos directos de operar a transferência da propriedade (2).

Outros direitos reais, direitos sôbre coisas de outrém (*jura in re aliena*), existiram ainda para os romanos neste período, tais como, as servidões prediais, o penhor e a hipoteca. Mas, além de que êstes são em pequeno número, revelando ainda um fraco desenvolvimento do sistema jurídico dos romanos, de todos êles se pode dizer, em suma, que a sua construção assentou toda

(1) *Vid.* Gaio, II, 17-21.

(2) A *in jure cessio* era uma reivindicação simulada da cõisa. O proprietário que a queria transferir em propriedade deixava-se citar pelo adquirente para vir a juízo. Uma vez aí e depois de proferida a fórmula da reivindicação pela outra parte, o verdadeiro proprietário da coisa calava-se deixando-se decair na acção. Por último, o magistrado adjudicava então a coisa ao adquirente que passava a ser o seu verdadeiro proprietário. *Vid.* Gaio, II, 24. A *mancipatio*, modo de transmissão da propriedade exclusivamente próprio das *res mancipi*, era, por sua vez, uma venda simbólica realizada na presença de cinco testemunhas, cidadãos púberes, e de um outro cidadão munido de uma balança de bronze (*libripens*). O adquirente devia declarar então que a coisa lhe pertencia em propriedade, adoptando uma fórmula solene, e, declarando que a comprava, batia na balança com um pedaço de bronze que entregava depois como preço à outra parte. *Vid.* Gaio, II, 119.

exclusiva e directamente sôbre o conceito de propriedade ou do *dominium*, não representando êles nada mais afinal do que outras tantas limitações mais ou menos amplas do exercício dêste último por parte do proprietário. Os diferentes direitos reais, subordinados todos à propriedade e presupondo-a, incidiam sempre, com efeito, sôbre coisas já apropriadas por outrém, recebendo por isso a designação de direitos *in re* ou, como mais tarde se disse, *jura in re aliena*. As servidões prediais são, neste sentido, o mais antigo direito real dos romanos, pertencendo à categoria das chamadas *res mancipi*, quando recaíssem sôbre prédios rústicos (1). Para a sua constituïção vigoravam já, como para a constituïção da propriedade por transferência, a *mancipatio* e a *in jure cessio*.

Finalmente, a mais antiga forma do penhor e da hipoteca, como direito real de garantia, era ainda, pode dizer-se, uma verdadeira forma de propriedade sujeita a uma condição resolutiva, a *fiducia cum creditore contracta* (2). Consistia na transferência para as mãos do

(1) Gaio, II, 14 (a). Por servidão predial entende-se um direito real que limita o domínio do proprietário de um prédio em benefício de outro prédio. Constituída ela, fica havendo um prédio *dominans* e um prédio *serviens* e assim uma relação jurídica especial, não só entre os proprietários actuais dos prédios no momento em que a servidão se constitui, mas entre todos os futuros proprietários deles enquanto a servidão existir. Já se tem dito, embora com exagêro, que a servidão é mais uma relação jurídica entre dois prédios do que entre duas pessoas; mas é nisso que justamente está o seu carácter de direito real.

(2) Evidentemente, damos aqui à designação de penhor e hipoteca o seu sentido mais lato, visto que o direito que mais restritamente ela exprime, direito real típico e específico, funcionando exclusivamente como garantia das obrigações, é muito posterior a êste período no direito romano. Mas a *fiducia* foi de facto a mais antiga forma que revestiu o penhor como garantia das obrigações, embora tivesse nesse direito muitas outras aplicações e fôsse um instituto relacionado com fins mais gerais.

crèdor, em propriedade, de uma *res mancipi* por meio da *mancipatio*, mas acompanhada de um pacto ou cláusula de revertibilidade (*lex fiduciae*), pela qual o crèdor se obrigava a restituir a propriedade da coisa logo que a dívida fôsse paga pelo devedor (1). E assim, em resumo, o que se deve notar a respeito desta instituïção no mais antigo direito romano é, além do pequeno número de outros direitos reais ao lado da propriedade, a extrema importância desta como único elemento positivo e central dentro de um sistema jurídico no qual os outros direitos reais não são considerados mais de que como simples restrições ou limitações mais ou menos temporárias dêsse direito, reduzindo ao mínimo a vantagem do seu titular.

Obrigações O direito das obrigações neste período reflecte também visivelmente a índole comunitária, o sistema restrito, a dureza e o formalismo a que estavam sujeitas as primitivas relações sociais desta natureza na vida romana. O mesmo predomínio do grupo familiar sôbre o indivíduo que explica as ideas sôbre a personalidade jurídica, a estrutura da família e a construção do sistema dos direitos riais, explica-nos também algumas das particularidades do antigo direito das obrigações.

A obrigação ou direito de crédito, como vínculo jurídico pelo qual uma pessoa pode ser compelida a uma prestação para com outra, sob pena de uma satisfação desta sôbre o seu património, é conceito de formação relativamente recente no direito romano. As primeiras obrigações romanas, emergentes de delitos ou de contratos, mas sobretudo de delitos (2), foram antes,

(1) Gaio, II, 60, III, 201 e Paulo, *Sentent.*, II 13, 1 a 6.
(2) Gaio, III, 88.

porventura, relações entre grupos ou famílias na vida social, disciplinadas por preceitos religiosos e morais (o *fas* e o *mos*), constituíndo uma espécie de direito internacional e tendo como sanção, não já uma obrigatoriedade puramente jurídica, mas uma obrigatoriedade de facto e violenta imposta pelos processos da vindicta privada. É, pelo menos, o que alguns vestígios do primitivo direito, deixados no código das XII Táboas, combinados com alguns elementos de direito comparado, deixam entrever (1). Mais tarde, embora todavia ainda cêdo na história do direito romano, êste grupo de relações sociais constituíu-se, sobretudo com a substituïção de penas pecuniárias aos meios violentos da vindicta privada nas obrigações *ex delicto* (2), com um carácter mais marcadamente jurídico e individualístico. Mas ainda então deve dizer-se que poucas foram destas relações de crédito, relações de deve e haver entre os indivíduos resultantes dos contratos, aquelas cuja obrigatoriedade pôde ser reclamada directamente do Estado pelas vias de direito. Afóra as obrigações *ex delicto* e algumas contratuais, como a promessa de contrair matrimónio sob a forma solene da *sponsio*, (3) a compra e

(1) Veja Girard, *Manuel*, (6.ª ed., 1918), pág. 401 a 402.
(2) Esta evolução do direito criminal pela qual à fase primitiva da vingança privada se substitúi uma segunda fase de composição pecuniária entre as partes, primeiro voluntária, depois legal, como forma de repressão dos delitos e modo de regular as relações sociais resultantes deles (obrigações *ex delito*), encontra-se também expressa em alguns vestígios deixados no antigo direito romano. Nas XII Táb. o delito de *injuria*, por exemplo, é reprimido em certos casos, como os de ofensas corporais mais comuns, com o sistema da composição legal em que a lei fixa a quantia que o autor do delito tem a pagar à vítima (*vid.* Táb. VII, 3 e 4), e é deixado à sanção da vindicta privada ou à composição voluntária quando a ofensa ou *injuria* consiste na fractura de um membro (*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*), *ibid.* 2.
(3) *Vid.* Mommsen, *röm. Geschichte*, I, pág. 150. A *sponsio* é a mais antiga forma da *stipulatio* possuíndo um carácter religioso, a

venda na forma da *mancipatio* (1) e o mútuo na forma do *nexum* (2), todas as restantes obrigações e relações de crédito possíveis na vida social continuaram a ser puramente sociais antes que jurídicas.

Além disso, outra particularidade do antigo direito romano das obrigações está no carácter não patrimonial, mas pessoal do vínculo entre o devedor e o crèdor. A primitiva *obligatio* romana, contraída segundo as formas

ponto de alguns autores a confundirem com o juramento prestado sôbre o altar de Hercules (Mommsen, I, 288 e Girard, 486). Consistiria numa pregunta dirigida em forma solene, usando palavras sacramentais, por um cidadão a outro e na resposta também solene dêste dada no mesmo acto (*spondesne centum dare?* resp.: *spondeo*). Vid. Gaio, III, 92-94. A *sponsio* servia, não só para celebrar tratados internacionais, como para concluir acôrdos ou pactos obrigatórios entre os cidadãos romanos. Acêrca da significação do verbo *spondere* veja Festo, *hoc verb.*; Varrão, L, l., VI, 7, 69; Tácito, *Ann*, II, 59 e *Hist.* II, 42. Cfr., acêrca das origens da *stipulatio* e sua relação com a *sponsio*, Pacchioni, *Corso*, II, 514.

(1) *Vid. supra*, pág. 84, nota 2. A primitiva *mancipatio* era originàriamente uma venda real, consistindo na entrega de uma *res mancipi* contra uma certa porção de metal que era pesado na balança do *libripens* e recebido como preço pelo vendedor, antes da introdução da moeda em Roma. Foi só mais tarde que a *mancipatio* se generalisou, como meio de transferência da propriedade das *res mancipi* por qualquer outro título, conservando porém a sua estrutura antiga e convertendo-se numa venda imaginária e puramente simbólica.

(2) A natureza e origem do *nexum* constituem ainda um problema muito controvertido. O que, porém, é certo é que foi o *nexum* o mais antigo negócio jurídico constitutivo de uma *obligatio*. Segundo a opinião ainda hoje mais geralmente aceite, era êle um contrato de mútuo, mas solene e parecido com a *mancipatio* pela formalidade exigida para êle assim como para esta da balança e do bronze; é um contrato *per aes et libram* assim como ela. Assim como o emprêgo da balança e do bronze com o emprêgo da fórmula respectiva produzia na *mancipatio* a transferência da propriedade da coisa vendida para o comprador, assim os mesmos actos, o mesmo ritual e a fórmula respectiva produziriam no *nexum* a obrigação jurídica do mutuário de restituir a soma mutuada. É muito provável que assim fôsse originàriamente; mas aqui também ter-se-ia dado posteriormente uma gene-

solenes do *per aes et libram* (*mancipatio* e *nexum*), surge-nos também como um estado de sujeição pessoal do devedor ou de alguém por êle ao crèdor, constituindo uma espécie de escravidão de facto (*nexi*) (1). Não eram o património ou os bens do devedor que respondiam pelo cumprimento da obrigação, mas a pessoa física ou o corpo dêsse mesmo devedor: e esta condição durava até que a obrigação fôsse cumprida. Finalmente, foi só mais tarde, depois de abolidos os efeitos do *nexum* (*lex Poe-*

ralização no emprêgo do *nexum*, em virtude da qual êste contrato, de um contrato específico (o mútuo), se teria convertido numa forma geral de contratar servindo para conferir eficácia e a obrigatoriedade jurídica a outras combinações e relações da vida social entre os indivíduos. E não só o *nexum* teria deixado de ser assim um mútuo típico, como a *mancipatio* deixou de ser uma venda típica, mas tornar-se-ia mais propriamente um negócio jurídico constitutivo de uma garantia especial, espécie de *wadiatio* do direito germânico, pela qual todas as relações de obrigação constituídas à sua sombra e por meio dêle assumiriam um carácter e uma obrigatoriedade também jurídicas. *Vide* a êste respeito Beinz, *der Begriff obligatio*, na *Zeitschrift für das Privat-und öffll. Recht der Gegenwart*, I, pág. 1-41, Perozzi, *Le obbligazione romane*, Bologna, 1903; Schlossmann, *Altrömisches Schuldrecht* e *Nexum*, Leipzig 1904 e Mitteis, *Über das Nexum*, na *Z. der Savigny Stift.* II, pág. 96 e seg. Cfr. Pacchioni, *Corso*, II, pág. 511 e Bonfante, *Istit.*, 432.

(1) Ás formalidades materiais do *nexum*, presença das partes contratantes, das cinco testemunhas, do *libripens* com a balança, e da pesagem do metal verdadeira ou simbólica, devia juntar-se uma declaração do credor, feita por meio de uma fórmula solene mas desconhecida, correspondente à da *mancipatio*, e na qual o credor fixava a natureza do acto e proferia uma *damnatio* contra o devedor para o caso em que a obrigação não fôsse cumprida. Era a *nuncupatio*. Por meio dela ficava o crédor com o direito de se apossar da pessoa do devedor por uma *manus injectio*, desde que êle não pagasse, seguindo-se os mais termos da execução sôbre a sua pessoa física nos termos em que a descrevem as XII Tábuas (táb. 3). Isto mostra-nos portanto que o contrato de *nexum* era acompanhado de uma cláusula executiva que lhe dava, caso a obrigação não fôsse cumprida, o efeito e o valor de uma condenação sumária. Cfr. T. Lívio, II, 26, 3 e Varrão, *de ling. lat.* 7, 105.

telia Papiria, 325 a Cr.) (1) e de criados outros modos ou fórmas de contratar, como a *stipulatio* (2) (eficaz para conferir obrigatoriedade jurídica, não só ao mútuo que até aí só podia celebrar-se por meio do *nexum*, mas ainda a outras espécies de contratos até aí talvez sem essa eficácia) que a responsabilidade do devedor como efeito da obrigação se transferiu da pessoa dêste para os bens, assumindo assim êsta também um carácter patrimonial e o respectivo vínculo um carácter puramente jurídico. E foi só então que a obrigação romana se aproximou do conceito desta instituïção nos tempos clássicos e no direito moderno, como um vínculo jurídico de carácter patrimonial impondo a uma pessoa uma prestação para com outra (3).

As obrigações foram, sem dúvida, a instituïção que no direito romano mais recente maiores transformações sofreu, a ponto de nela se não terem conservado mais tarde quaisquer vestígios desta primeira fase do seu

(1) *Vid. supra*, pág. 68. Foi esta lei que, segundo T. Lívio foi considerada pelos plebeus insolventes como o início de uma era de libertação... *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse...* VIII, 28. Cfr. Cícero, *de repub.* II, 34 e Dionísio, 16, 9.

(2) As origens da *stipulatio* assim como da *sponsio* (sua forma primitiva) são, como já se disse, obscuras. O mesmo se diga da data da sua introdução no sistema do direito romano. É porém plausível que essa introdução ou, pelo menos, o seu desenvolvimento coincidissem com a abolição do *nexum* pela lei Poetelia. Naturalmente, tendo começado por ser um sucedâneo do *nexum*, tornou-se depois um meio jurídico apto para constituir válidamente toda a espécie de obrigações, não só quando estas tivessem por objecto uma soma certa de dinheiro (*certa pecunia*), mas qualquer coisa certa (*certa res*) e, por último, qualquer prestação. Dig. 45, 1, 74.

(3) Deve-se notar que a lei Poetelia iniciou apenas, mas não completou a transformação do carácter pessoal em patrimonial do vínculo jurídico da obrigação. Esta transformação só se tornou completa no fim da República com a creação do meio executório patrimonial contra o devedor ou a *bonorum venditio*, venda do património em globo do devedor insolvente. Gaio, III, 79, 80, II, 154, 155 e IV, 35.

desenvolvimento histórico. Foi ela também o instituto jurídico que os romanos, como veremos, mais aperfeiçoaram e desenvolveram. Mas nesta primeira fase histórica estão bem gravadas nela, na sua estrutura e no modo de constituïção destas relações jurídicas, nos seus meios de sanção jurídica, as condições sociais da primitiva Roma, com o seu comunitarismo, a sua probreza de relações comerciais, a sua dureza de instintos que faz do devedor uma espécie de escravo do crèdor e, emfim, o seu formalismo solene e arcáico.

Direito sucessório O direito das sucessões no período quiritário está também estreitamente ligado com o direito de família. A primitiva sucessão hereditária (*successio*) é a sucessão dos filhos na condição jurídico-patrimonial do *paterfamilias* (*successio in locum, in locum et in jus defuncti*) (1). O desaparecimento dêste pela morte torna os primeiros *sui juris*, dotando-os com a plena personalidade jurídica; e quer todos êles continuem unidos na *domus* sob a direcção de um único escolhido por testamento, quer se separem constituindo outras tantas famílias autónomas, continuam de certo modo a personalidade do defunto e assumem todos a qualidade de herdeiros ou de chefes da respectiva casa ou família (2). Mas a sucessão do antigo direito romano tem isto de particular: é que a chamada do herdeiro a ocupar o logar do *de cujus* é, antes de mais nada, o seu investimento num título político e jurídico, o título de

(1) Dig. 50, 17, 62 e 50, 14, 24. *Nihil aliud hereditas est quam successio in universum jus quod defunctus habuit.* Cfr., Dig. 29, 2, 37: *heres in omne jus mortui, non tantum in singularum rerum dominium, succedit.*

(2) Segundo uma etimologia corrente, *heres* (herdeiro) derivaria do vocábulo *herus*, o senhor. Mas esta etimologia tem contra si uma lei da fonética latina, segundo a qual as vogais das sílabas radicais conservam ordinàriamente a sua quantidade de longas ou breves em todos os seus derivados e compostos.

herdeiro e chefe da *domus*. A idea de sucessão num património aparece ainda só num plano secundário e a idea que avulta na estrutura desta instituïção é antes a de uma sucessão na *potestas* ou na soberania da família e bem assim num complexo de relações jurídicas, substituíndo-se nelas o herdeiro, como sujeito de direito, ao defunto e ocupando o seu logar. O herdeiro sucede nos bens ou elemento patrimonial como conseqüência necessária de suceder primeiro no título ou na *potestas* do *pater*. E não é só no título de herdeiro e nessa *potestas* que êle sucede, nem, como conseqüência disso, só no património. Mas, porque passa a ocupar o logar e a posição jurídica do defunto, sucede também na sua boa ou má fé, nos seus débitos ou passivo, nos *sacra*, no *jus sepulcri*, no patronato; emfim, se herda o património é porque herda a família (1). E esta sucessão tanto pode fundar se e ter a sua causa na vontade do *de cujus*

(1) Esta doutrina acêrca da origem da *hereditas* romana derivada da concepção política da família, conquanto ipotética, é hoje, no todo ou em parte, geralmente aceite, não só na Itália como nos outros países onde o direito romano é cultivado com brilho, como na Alemanha. Remontando, pode dizer-se a Vico (*Principii di una scienza nuova*, liv. 2, sec. 3, ediç. 1913, a pág. 376 do vol. II) e a Sumner Maine (*Ancient Law*, trad. Courcelle de Seneuil, 1874, pág. 181), é porém ao insigne prof. Bonfante, de Pavia, que recentemente se deve o desenvolvimento e a popularidade que ela tem obtido. *Vide* os diferentes trabalhos do ilustre romanista italiano e, especialmente, os seus recentes *Scritti giuridici varii*, vol. I, *Famiglia e successione*, Turim, 1916, pág. 101 a 151 e 468 a 508 *et passim*. Doutrinas e opiniões similhantes ás de Bonfante sôbre a origem da *hereditas* romana defendem também Scialoja, *Le successioni in diritto romano* (lições de 1886-87), Emilio Costa, *Storia del diritto rom. privato* (1911), Mitteis, *Das römische Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians* (1908), Baviera, B. Donati, etc. Contra ela *vid.* especialmente Perozzi, *Istituzioni* (1908) vol. II, pág. 349 a 380 e Arangio Ruiz, *Le genti e la città* (1914) pág. 61. Mas, em resposta às críticas dêstes últimos, veja também Bonfante na obra e vol. citados, a pág. 188 e seg.. Cfr. Pacchioni, *Corso*, II pág. 673 a 677 e C. Moncada, *Reserva hereditária*, vol. 2, pág. 57.

(sucessão estamentária) como na lei (sucessão legítima).

A sucessão testamentária e, como sua conseqüência, parece, a liberdade de testar aparecem-nos, porém, desde o mais antigo direito como a fórma de sucessão por excelência no direito romano, achando-se já expressamente consagrada nas XII Táboas (*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*) e de certo lhes foi ainda anterior (1). Mas esta instituïção, que à primeira vista poderia fazer crêr na existência de uma tendência do mais antigo direito romano para o individualismo, em contradição com a índole comunitária das restantes instituïções jurídicas, não deve ser assim interpretada. Com efeito, a estrutura da família e tudo quê sabemos da organização económica e social da antiga Roma exclúi inteiramente a hipótese de uma liberdade de testar exercendo-se em prejuízo do grupo dos *sui heredes* e dos agnados. E, pelo contrário, tudo mostra no mais antigo direito que essa instituïção, exprimindo mais uma vez os amplos poderes do *paterfamilias*, foi no fundo apenas ou uma instituïção paralela à *adoptio* e à *adrogatio* ou um sucedâneo do direito de primogenitura na vida jurídica de outros povos. O testamento serviria, com efeito, as mais das vezes ao *paterfamilias* romano — tudo o faz crer — para provêr à continuação da família e do culto, no caso de não existência de filhos, ou para regular a sucessão entre êles evitando assim um

(1) *Vid.* XII Táb., táb. 5, lei 3. A lei em questão fala, é certo, em *legare* (*uti legassit*) e não em *testari*, não fazendo menção sequer da instituïção de herdeiro. Mas a isto deve notar-se que um jurisconsulto do século III da nossa era, Pompónio, via ainda nessa disposição a doutrina que consagrava a mais ampla liberdade de testar, quando escrevia estas palavras: *verbis XII Táb.*: uti legassit suae rei, etc. *latissima potestas tributa videtur... sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium*». Dig. 50, 16, 20.

excessivo desmembramento do património e da família, no caso de existirem (1).

Finalmente, a ordem da sucessão legítima ou deferida pela lei em caso de não haver testamento, sucessão *ab intestato*, põe ainda exuberantemente em relêvo a já conhecida organisação política da família romana. Chamados em primeiro logar à sucessão da herança eram, na falta de testamento, os *sui heredes*, isto é, aquêles que achando-se até aí sujeitos à *potestas* do mesmo *paterfamilias*, se tornavam por sua morte *sui juris*. Na falta de *sui heredes*, eram chamados pela lei os agnados (*adgnati*), aquêles que mais remotamente e se não fosse a morte de anteriores antepassados comuns, se achariam também sujeitos à mesma *potestas*. Por último, eram

(1) A questão da natureza e função do primitivo testamento no direito romano e das suas relações com a sucessão legítima tem sido e continúa sendo objecto de vivas discussões. Há quem sustente que o testamento tinha uma função puramente patrimonial e servia ao *paterfamilias* para regular da maneira mais livre possível a sua sucessão, precedendo a sucessão testamentária de uma maneira absoluta a sucessão legítima; é a opinião mais antiga fundada na interpretação literal das XII Táb. *Vid.* Girard, *Man.*, pág. 805 e Appleton *Le testament romain*, 82. Há também quem sustente, fundado no direito comparado, numa outra interpretação da mesma lei das XII Táb., no carácter solene e legislativo do antigo testamento *calatis comitiis*, e ainda na compropriedade familiar, que a liberdade de testar não existiu no mais antigo direito romano; segundo esta opinião, o testamento não teria sido aí um verdadeiro testamento, como nós hoje o entendemos, mas uma simples instituição contratual de herdeiro ou uma *adrogatio*, e a sucessão legítima teria precedido històricamente a testamentária. *Vide* Fustel de Coulanges, *Cité antique*, pág. 87; Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, pág. 415; Scialoja, *Le successioni in diritto rom.* (lições, 1886-87) pág. 45, 46 e 50; Cuq., *Manuel des Inst. juridiques des Romains*, (1917) pág. 682; Perozzi, Schirmer, Schulin, Sohm, Gans, etc. Se nem todos êstes escritores concordam no carácter a atribuir ao primitivo testamento romano, todos porém concordam em negar a precedência da sucessão testamentária sôbre a legítima e a liberdade de testar. Esta opinião tem contra si, porém, senão o próprio texto das XII Táb., visto que da sua letra (*si intestatus moritur cui suus heres nec escit...*) tanto se pode concluir a liberdade de testar como a sua negação, pelo menos a constante preferência dos romanos pela sucessão testamentária, o antigo *favor testamentorum*, e a idea que faziam os romanos dos tempos clássicos (*vide* nota anterior) da espécie de doutrina e de liberdade consagrada no texto do código decenviral. Finalmente, há ainda quem sustente, — e Bonfante é ainda o principal representante desta doutrina — que a sucessão testamentária teria sido a primeira e mais antiga forma de sucessão entre os romanos, mas que ela não seria aí praticada senão como um modo de regular especialmente a sucessão entre os herdeiros legítimos, substituindo o direito de primogenitura e procurando manter a unidade da família e do património através de mais do que uma geração. A liberdade de testar seria assim uma liberdade muito relativa e que só teria logar no que respeita à escolha do *suus heres* ou do agnado que deveria suceder ao *pater*, *Vide* Bonfante, entre outros dos seus trabalhos, no *Diritto romano* (1900) pág. 462 e seg., *Istituzioni*, pág. 523 e *Scritti giuridici varii*, vol. citado, pág. 324 e seg. e 469 e seg. A esta opinião adere também Pacchioni, *Corso*, II, pág. 704, nota, e aderimos nós. *Vid. Reserva hereditária*, vol. I, pág. 61 a 76 e, especialmente, nota 1 a pág. 72.

chamados os *gentiles*, agnados mais afastados, ou presumidos agnados, a quem a posse de um nome comum de família e um mesmo culto doméstico faziam considerar como parentes civis do defunto, embora não fosse possível provar por outro meio êsse parentesco (1). O parentesco, porém, fundado nos laços da pura consaguinidade, assim como não era base em que se fundassem os direitos de família, como vimos, assim também não podia servir de fundamento a qualquer direito de sucessão. Os filhos emancipados não herdavam, como não herdavam as filhas casadas com *manus*, nem os netos, filhos destas. Os filhos não sucediam às mães directamente, das quais não podiam ser considerados *sui heredes*, nem estas àquêles. A personalidade absorvente do *paterfamilias* e a agnação, resultante da sujeição a um mesmo pátrio poder, assim como fundavam exclusiva-

(1) XII Táb., táb. V, leis 4 e 5. *Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit gentiles familiam habento.*

mente o parentesco civil, assim eram também a base do direito de sucessão *ab intestato*.

O Processo O primitivo processo romano, ultrapassada a fase da vindicta privada, constitúi um sistema de transição ainda profundamente influenciado pelas concepções do sistema anterior (1). O processo judiciário e as acções eram o conjunto de fórmas e solenidades que deviam ser observadas na presença da autoridade pública, para que o cidadão podesse alcançar justiça fazendo vingar o seu direito. Com efeito, a vítima de um dâno não podia indemnisar-se ou tirar por suas mãos vingança do seu autor antes de fazer constatar publicamente a legitimidade da sua pretensão; e a solenidade ou conjunto de solenidades que servia para êsse fim, e do qual a presença do magistrado era justamente um dos elementos essenciais, chamava-se a acção (2). No fundo, era assim uma limitação da justiça privada que tinha logar, determinada pela intervenção do Estado, pois que, se o autor pretendia fazer valer uma pretensão contrária às leis civis ou religiosas, a negação do concurso do magistrado paralisava-lha negando-lhe a acção.

Mas o primitivo processo não se limitava só às solenidades que tinham logar na presença do magistrado judiciário. A distinção entre êste e a entidade encarregada de decidir e julgar os pleitos entre as partes, o juiz, foi e permaneceu durante séculos uma regra fundamental da organiação judiciária romana. Instaurado o processo

(1) Do sistema penal da vindicta privada e da composição voluntária como modos de extinção da responsabilidade criminal encontram-se ainda vestígios nas XII Tábuas. *Vide supra*, a pág. 87 nota 2.

(2) *Vide* Gaio, IV, 11. *Actiones, quas in usu veteres habuerant, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant, vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur.*

perante o primeiro e ligada por meio da sua presença a instância, estava terminada a fase *in jure* do procedimento e aberta a sua fase *in judicio*. Esta decorria perante o juiz que era geralmente um particular ou um árbitro escolhido a contento das partes e que julgava o pleito (1).

Se esta organização judiciária e sobretudo o papel puramente passivo do magistrado perante a contenda das partes revelam o fraquíssimo desenvolvimento que tinha ainda a autoridade pública, é porém na própria natureza das acções que se manifesta, no primitivo processo romano, a influência do sistema anterior da justiça privada. As acções chamadas da lei (*legis actiones*) só podiam ter logar nos casos previstos por ela e consistiam em solenidades e fórmulas sacramentais, compostas expressamente pelos pontífices para a defeza de cada direito, que deviam ser observadas e pronunciadas em voz alta pelas partes sob pena de nulidade do processo (2). A cada direito correspondia assim uma acção da lei e, se não havia acção da lei para o garantir, a respectiva pretensão deixava de ser direito.

Ora as *legis actiones*, conquanto fôssem numerosas, classificavam-se, segundo as suas analogias entre si, em cinco grupos que recebiam o nome do elemento preponderante da respectiva solenidade; eram: o *sacramentum*, a *judicis postulatio*, a *condictio*, a *manus injectio* e a *pignoris capio* (3). A primeira era o simulacro de um combate entre as partes que o magistrado interrompia até que se averiguasse qual delas tinha razão. Esta averiguação fazia-se por meio de um juramento (*sacramentum*) e de uma aposta. Cada uma das partes jurava

(1) Gaio, *ibidem*, 15 *et passim*.

(2) *Idem*, IV, 11 e 12; Dig. 50, 17, 27 e Cicero, *de inv.*, 2, 19.

(3) Idem; *lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem.*

a verdade das suas declarações e depositava uma soma que perdia a favor dos pontífices ou do Estado, no caso de decair. Averiguado depois disto quem tinha perjurado, se era o reu, o combate continuava, podendo o autor apoderar-se dêle pela *manus injectio*; no caso contrário, a luta terminava, perdendo o autor a aposta que tinha feito (1). Era a combinação do sistema da justiça privada com a justiça pública e era também esta a acção da lei de aplicação mais geral que era adoptada em todos os casos para os quais a lei não estatuia especialmente uma outra *actio*. A *judicis postulatio* era o pedido, feito ao magistrado pelas partes, de um juiz ou jurado; não tinha o carácter religioso do *sacramentum* e os seus efeitos resolviam-se nos da arbitragem (2). A *condictio* era uma notificação feita ao devedor pelo seu crèdor de uma quantia certa (mais tarde de qualquer coisa certa) para que êste, dentro de um certo prazo, viesse tomar um juiz à presença do magistrado (3). E finalmente, a *manus injectio* e a *pignoris capio* eram duas formas de execução, exercendo-se a primeira sôbre a pessoa, a segunda sôbre os bens do devedor, e que revelam bem claramente (sobretudo a primeira) uma influência do sistema anterior da justiça privada. Pela *manus injectio* o crèdor lança mão violentamente da pessoa do devedor na presença do magistrado mediante uma fórmula solene, muitas vezes sem julgamento prévio, podendo levá-lo para sua casa, enclausurá-lo, e mais tarde, como última consequência, matá-lo ou vendê-lo como escravo, se êle não pagava o que devia (4).

Numa palavra: são o formalismo extremo e meticuloso, a índole sumária e violenta dos meios, a fraca intervenção ainda do poder público e a subsistência de muitas formas próprias do sistema da justiça privada, e a maior indiferença pelo elemento subjectivo da vontade na realização dos negócios jurídicos que caracterizam o primitivo processo romano das *legis actiones* (1).

As instituïções jurídicas dos romanos são, pois, neste primeiro período da sua história, o mesmo que foram as suas instituïções sociais e políticas, isto é, formas de uma vida social ainda muito restrita, oferecendo bem pouca originalidade, e sobretudo caracterizadas por um forte nacionalismo hostil ao estrangeiro e cerrado a todo o comércio com os outros povos da antiguidade.

(1) Gaio, IV, 13.
(2) *Idem*, IV, 20.
(3) *id. ibidem*, 18 e 19.
(4) *id. ibidem*, 21 e 26.

(1) A indiferença pelo elemento subjectivo da vontade na celebração dos negócios jurídicos consistia em êstes serem reputados validamente contraídos e portanto dotados dos seus efeitos obrigatórios ainda que o consentimento das partes fôsse neles extorquido por dolo ou violência. Só mais tarde é que os pretores, dominados por considerações de equidade e moralidade, introduziram vários remédios, certas acções e excepções, para com êles anularem os actos jurídicos viciados pelo *dolus* e o *metus*. *Vide* Girard, *Manuel*, pág. 413 e seg. e *infra*, período do direito romano universal.

CAPÍTULO II

Período do Direito romano universal ou do Jus gentium

(241 a. Chr. — 284 d. Chr.)

Dá-se a designação de direito romano universal ou *Jus gentium* ao direito romano nacional modificado e ampliado na sua esfera de aplicação a uma outra sociedade mais vasta do que a primitiva sociedade romana.

O antigo *jus civile* não podia, com efeito, convir senão a uma pequena sociedade ocupando um território muito limitado. Desde que, porém, as guerras e as conquistas militares fóra da Itália, iniciadas no decurso da segunda metade do século III antes de Christo, tinham alargado as fronteiras do Estado e determinado a criação de relações íntimas e constantes com um grande número de povos, alguns dos quais até possuïdores de uma civilização superior à romana, é evidente que o seu direito, deixando de corresponder às necessidades do novo Estado, tinha necessáriamente que se modificar. E não foi só ainda a necessidade de adaptar o direito às novas condições políticas resultantes das conquistas de Roma que impoz essa transformação. A acompanhar de perto o

facto capital dessa expansão militar e política está toda uma série de importantes transformações de ordem social, económica e moral, operadas no interior da cidade e no espírito da sua constituição, que não impunha menos enérgicamente uma profunda modificação no seu direito.

Ora êsse direito que, em virtude das novas condições históricas, começou então a constituír-se por obra sobretudo dos pretores, dos jurisconsultos e dos imperadores romanos, e que, tomando como base as antigas instituïções nacionais, as foi pouco a pouco adaptando às necessidades de uma sociedade mais vasta e mais civilizada e à regulamentação de relações sociais mais variadas e complexas é o que chamamos direito romano universal ou direito romano das gentes (*Jus gentium*) (1).

Caracteriza-se, sumáriamente, dizendo que, além de ter uma esfera muito mais larga de aplicação, como a de um direito simultâneamente aplicável a cidadãos e peregrinos, se nota já nele o facto de influências estrangeiras, corrigindo alguma coisa do que nele havia de arcáico, e bem assim um espírito mais humano e equitativo, corrigindo o que nele havia também de excessivamente material e formalista.

Deve tomar-se como ponto de partida dêste segundo período da história jurídica romana o fim da primeira guerra púnica (241) e a criação do pretor peregrino em

(1) Convém notar que são duas as acepções em que a expressão *jus gentium* em geral é tomada. Com efeito, ora se designa por ela o direito comum aplicado no Estado romano simultâneamente aos cidadãos e aos peregrinos ou estrangeiros; é a acepção estrita. Ora ela serve a designar, numa acepção mais lata e geral, o direito comum a todos os povos por ser o mais conforme com a razão natural. É o sentido em que o toma Gaio, 1, 1. *Vid.* Girard. *Man.* pág. 2. Para nós o *jus gentium* é tomado aqui no seu sentido estrito. É justamente a sua elaboração como facto social que sobretudo caracteriza êste novo período histórico do direito romano.

Roma (242), factos a partir dos quais justamente se inicia a expansão militar desta última fóra da Itália e, por outro lado, se desenvolvem na própria cidade as relações jurídicas entre os peregrinos e os cidadãos.

1 — Instituïções políticas e sociais

Principais transformações da constituïção romana durante a República

A constituïção social e política de Roma, desde os fins do século III até à fundação do Principado, poucas modificações sofreu que mereçam ser aqui apontadas. As instituïções fundamentais conservaram-se na sua estrutura e modo de funcionamento as mesmas do período anterior. Á frente do Estado continuaram os cônsules, os questores, os pretores, etc. O poder legislativo continuou nos comícios. O senado continuou a ser, em teoria pelo menos, um corpo meramente consultivo (1). Por outro lado, consolidada a igualdade política e civil entre as duas ordens, o patriciado e a plebe, e terminada por êsse lado a luta entre elas com a conquista por parte da primeira, em 254, do pontificado (2), as lutas que então se ferem em Roma até aos fins da República têm antes um carácter económico e agrário que se torna particularmente intenso no tempo dos Gracos (134-123 a. Cr.), quando, suprimida a classe média e desenvolvido o proletariado por efeito das guerras e do desenvolvimento do capitalismo, se formúla em Roma com toda a acuidade e pela primeira vez a questão social.

Em todo o caso, e conquanto as principais magistraturas e os elementos essenciais da constituïção se

(1) Veja *supra*, pág. 33.
(2) *Idem*, pág. 47.

tenham mantido os mesmos, deve dizer-se que a esfera dos seus poderes e a importância e distribuïção do seu respectivo papel na vida do Estado é que sofreram um certo número de transformações no decorrer dêste novo período. Assim os cônsules, além das limitações já sofridas nas suas atribuïções com a criação das outras magistraturas que referimos, perdem ainda em importância, sobretudo quando lhes é retirado, no tempo de Silla, o comando da exército (1). Os censores juntam às suas anteriores funções a nomeação dos membros do senado (2). Os pretores, cujo número se eleva até dezoito (3), adquirem também poderes novos, vindo o pretor urbano a adquirir no século II a. Cr. uma notável influência no desenvolvimento do direito privado, a que

(1) A lei Pompeia, de 52 a. Cr., acabou por limitar as funções dos cônsules à cidade de Roma e, se continuaram a conservar até à fundação do principado a *suprema potestas*, o *majus imperium*, depois dêsse movimento essas funções não foram mais do que um título meramente honorífico. A partir de Augusto, o consulado deixou de ser uma magistratura anual. Os cônsules passaram a estar em exercício menos de um ano; depois do século III, só o estavam durante dois meses, chamando-se *consules ordinarii* os primeiros que eram nomeados no ano, e *suffecti* os dos outros meses seguintes. A sua nomeação foi atribuída por Tibério ao senado (Vell. Paterculo, II, 24), sendo depois confirmada por meio de uma proclamação (*renuntiatio*) do povo. Finalmente, quanto às suas funções, ficou aos cônsules apenas a presidência do senado, uma limitada jurisdição *extra ordinem* sôbre certas matérias, como fideicomissos e tutela, e o direito de serem eleitos exclusivamente para certos cargos imperiais. Mais tarde ainda foram nomeados pelo imperador, sendo a sua mais importante prerogativa o darem o nome ao ano civil. Cfr. Landucci, *Storia*, I, 467 e 468.

(2) Pela lei Ovinia, de 318-312; *vid. supra*, pág. 68.

(3) Dois a princípio, depois de criado o *praetor peregrinus* (242), os pretores foram quatro, a partir de 227, e seis, a partir de 197. Uma lei Cornelia, de 86, fixou o seu número em oito. Mais tarde foram ainda, no tempo de César, dez, catorze e dezasseis sucessivamente; e, finalmente, a partir do século II, dezoito.

mais adiante nos referiremos (1). Os comícios, embora conservando o poder legislativo e o eleitoral, são privados pelos fins da República da quási totalidade dos seus poderes judiciários (2). As funções comiciais das cúrias tornam-se quási de pura formalidade (3); e, quanto às centúrias e às tribus, reorganizadas aquelas em meados do século III, os resultados da votação numas ou noutras foi de tal modo aproximado, dando-se nelas a preponderância aos mesmos elementos políticos, que se tornou quási indiferente recorrer à consulta de qualquer destas assembleas populares (4). De resto, são

(1) Veja *infra*, Fontes de Direito, § *Edicto de Prætor*.

(2) *Vid. supra*, pág. 36 e 38. As funções eleitorais diziam respeito, como atrás se viu, à nomeação ou eleição dos reis, dos cônsules e dos outros magistrados ordinários maiores, como os pretores, os censores e os decênviros. As legislativas diziam respeito à aprovação das leis relativas ao direito público ou privado *(jussa populi)*. Finalmente, as judiciais exerciam-se mediante a *provocatio ad populum*. Mas, justamente, estas funções decaíram com a criação dos primeiros tribunais especiais com competência criminal, no século II a. Cr., ou as *quaestiones perpetuae*, grandes júris, geralmente presididos por um pretor, e aos quais foi dada a jurisdição relativa a certos crimes.

(3) Antes do século IV de Roma ou século V a. de Cr., já os comícios das cúrias tinham caído em desuso. Só ficou deles em vigor a *lex curiata de imperio*, lei pela qual os magistrados superiores, cônsules, pretores, etc., que possuíam o *imperium*, eram investidos e confirmados nele, logo que tomavam posse dos seus lugares. Mas ainda, quanto a êste ponto, nos fins da República não era já perante os verdadeiros comícios das cúrias, mas perante os trinta litores seus representantes, que era rogada a *lex curiata de imperio* relativa aos diferentes magistrados. E sob esta forma simbólica dos trinta litores *(comitia calata)*, estes comícios chegaram até ao II século da nossa era. Era ainda perante êles que se deviam celebrar as adrogações e fazer os testamentos com a aprovação formal do povo.

(4) Esta reorganização ou reforma da constituição serviana e dos comícios das centúrias a que se referem T. Lívio (I, 43), Cícero, *de rep.*, (II, 22) e Dionísio, (IV, 21) não nos é suficientemente conhecida nem na sua data precisa, nem quanto ao nome dos seus autores, nem ainda — o que é mais grave — quanto ao seu verdadeiro alcance.

os comícios das tribus, pela maior rapidez e menos solenidade nos seus processos de votação, aqueles que maior importância assumem no fim da República enquanto que decáem sensivelmente os das centúrias (1). Quanto ao senado, embora mero corpo consultivo como dantes, segundo o espírito da constituição, o certo é que foi êle de todas as instituições políticas da República aquela que, no mesmo período, mais activa influência conquistou no govêrno do Estado, em virtude já do novo processo do seu recrutamento, já das novas atribuições que usurpou, como por ex., a de determinar a maior parte

Pode apenas fixar-se que ela teve lugar entre 241 e 218 a. Cr., visto presupôr já a existência das 35 tribus do *ager romanus* e, por outro lado, ser dada como já realizada na terceira década de T. Lívio. Quanto ao alcance político da reforma, parece mais provável, de acôrdo com o que refere Dionísio, que ela tenha tido uma significação democrática. Ter-se-ía por meio dela tirado a preponderância política à primeira classe da constituição serviana, a dos cidadãos mais ricos, a qual, dividida em oitenta centúrias, tinha, quando somada às dezoito centúrias dos cavaleiros (*vide supra*, pág. 36), uma votação superior à de todas as outras classes também somadas. Ora, muito provàvelmente, a reforma das centúrias acabou com êste predomínio dos cidadãos mais abastados, relacionando estreitamente, porventura, as 5 classes servianas com as 35 tribus locais. Assim, cada uma das tribus forneceria duas centúrias para cada uma das cinco classes, vindo estas a ficar constituídas por um número igual (70) de centúrias, o que tornava mais igual a votação e a instituição mais democrática. Cfr. De Sanctis, *Storia di Roma*, pág. 15.

(1) Os comícios das centúrias foram sempre considerados como a mais importante forma de assemblea comicial, o comício por excelência *(comitiatus maximus)*, contraposto aos das tribus *(leviora)*. Cfr. Cicero, *de plantio*, 3. Todavia o facto de, desde os fins da República, serem admitidos neles os cidadãos italianos, aos quais ia sendo concedido pouco a pouco o *jus suffragii*, e o facto de, desde o século I, se terem desorganizado, como era natural os serviços do recenseamento em virtude do alargamento do Estado romano, explicam que se tivesse também perdido o sentido da divisão da população nas classes e nas centúrias e daí a decadência e obliteração desta assembleia popular, a mais notável na história da constituição política romana.

das propostas de lei apresentadas pelos magistrados ou as reformas introduzidas pelos pretores e a de dispensar os cidadãos do cumprimento das leis em certos casos ou de as anular por virtude de certos vícios de forma (1).

Finalmente, se é certo que a separação entre o patriciado e a plebe tinha perdido todo o significado político em virtude dos factos acima referidos, nem por isso deixou de existir também neste período em Roma uma forte aristocracia. Mas esta foi diferente, quanto à sua natureza e origem, da do patriciado: pois, extintas pouco

(1) O novo processo de recrutamento do senado, introduzido pela *lex Ovinia*, estabelecia, como já se disse, que fôssem senadores todos os cidadãos que tivessem desempenhado anteriormente funções curúis como magistrados, excluídos apenas aqueles que podessem ser julgados indignos dessa nomeação pelos censores (*ut censores ex omni ordine optimum quemque iurati in senatum legerent*), como diz Festo. Se com êste critério se não conseguia preencher todos os logares vagos, os censores nomeavam ainda quem entendessem até que os preenchessem todos. Com esta reforma, e uma vez que esta elegibilidade para o senado se estendeu mais tarde a todos os ex-magistrados mesmo não curúis, como os tribunos e os edís da plebe, os plebeus vieram também desde os fins do século IV a predominar no senado.

Quanto à competência e atribuições, o senado interveiu sempre mais ou menos na função legislativa mediante o uso da *auctoritas patruum*, em virtude da qual as leis votadas nas assembleas populares não eram válidas sem a aprovação dêsse corpo consultivo. Mas, como já se disse também, a *auctoritas* que, segundo a lei *Publilia Philonis* (339), passou a recair sôbre os projectos de lei ou *rogationes* antes da sua aprovação pelos comícios, foi depois de todo dispensada pela lei *Hortensia* (286) para as leis dos comícios das tribus e para os plebiscitos. Foi, porém, a decadência das assembleas comiciais que neste período, e ainda antes de completamente desenvolvido o poder soberano dos imperadores, deu ao senado verdadeiras funções legislativas que êle exerceu até ao século III da nossa era, sobretudo em matéria de direito privado. *Vid. infra*, transformações sob o principado. Quanto ao poder de anular as leis por vícios de forma e o de dispensar os cidadãos da sua observância, *vid.* Asconio, *In Cornel.* (Bruns, *Fontes* II, pág. 68) e Dion Cassio, 36, 39.

a pouco as antigas *gentes* patrícias, o que restou delas fundiu-se com elementos novos, dando assim origem ao que se chamou depois a *nobilitas*, onde entravam agora, como elemento mais importante, todos os que em Roma tivessem desempenhado qualquer magistratura curúl. É esta nova nobreza (*optimates, nobiles*), fundada no desempenho dos mais altos cargos do Estado e na riqueza, burocrática e plutocrática ao mesmo tempo, tomou o logar do antigo patriciado e constituiu-se como êle em verdadeira casta cerrada, forjando tradições e cultos de família imaginários, dirigindo exclusivamente a República e desprezando a multidão ou a plebe (*ignobiles, populares*) (1).

Transformações sob o Principado

As transformações sofridas pela constituïção romana durante êste período acentúam-se e desenvolvem-se principalmente sob o Império. Como é sabido, no ano 31 a. Cr., depois da batalha de Actium, Octávio, tornado único senhor de Roma pelo desaparecimento de Marco António, concentrou nas suas mãos todos os poderes do Estado e fundou o Império (2). Chama-se, porém, Império ou Principado,

(1) A *nobilitas* era constituída tanto por patrícios como por plebeus que tivessem desempenhado magistraturas curúis e esta condição e categoria estendia-se hereditàriamente aos seus descendentes. O primeiro membro de uma família que era investido numa magistratura curúl recebia a designação de *homo novus*. Era êle o fundador da *nobilitas* da família. Cfr. T. Livio, 37, 57, 12 e 39, 41; Cícero, *de lege agr.*, 2, 1, 3 e Salustio, *Jugurt.*, 63. Chamavam-se *ignobiles* os que não eram magistrados nem tinham nenhum magistrado na sua ascendência. Os *nobiles* tinham, entre outros direitos, o *jus imaginum* em virtude do qual conservavam nas suas casas, no átrio, em logar adequado (*armaria*), as imagens dos seus antepassados magistrados, o *jus anuli aurei*, etc. Cfr. Landucci, *Storia*, I, pág. 401.

(2) Alguns escritores fazem datar de alguns anos antes o início do novo regime político, como por ex. Mommsen, que faz terminar

não tanto a uma nova forma de govêrno que então se estabelecesse, mas ao govêrno pessoal de Octávio e dos seus sucessores, embora aparentemente nada fôsse modificado na estrutura e funcionamento das instituições romanas. Com efeito, os fundadores do novo regime político não formularam qualquer novo princípio de govêrno, reinando apenas segundo os princípios e as normas da Roma republicana. Mas, se as coisas são assim na aparência, deve também dizer-se que êsse novo regime não foi mais do que uma época de transição, durante a qual os novos senhores de Roma, embora afectando um profundo respeito pelas instituições da República, todavia as manobraram por forma que, sem ferirem os sentimentos republicanos tão imprudentemente como César, na verdade foi a monarquia que êles fundaram, a princípio disfarçada, mas que não tardou em converter-se num regime monárquico declarado e despótico.

Na nova constituição conservaram-se portanto mais uma vez as antigas instituições e magistraturas republicanas; subsistiram os cônsules, o senado e os comícios. Os pretores, os questores, os censores e os edis continuaram regularmente a exercer as suas funções como dantes. O Estado continuou a chamar-se República e os nomes do povo e do senado, SPQR (*senatus populusque romanus*), continuaram a figurar nos estandartes das legiões. Mas, ao lado de tudo isto, o novo senhor de

a República com a batalha de Munda, em 45 a. Cr., o que não deve admirar quando já Suetónio compreendia J. César na lista dos primeiros imperadores romanos. Mas a data de 31, assinalada pela batalha de Actium, é também já tomada na antiguidade como o último ano do regime republicano, por Dion Cassio. A organização constitucional do novo regime não data, porém, de antes do ano 27 a. Cr., ano em que o senado conferiu a Octávio o título de Augusto. *Vide*, para êste período, a obra fundamental de Dramann *Geschichte Rom's in seinem Übergang von der repub. zur monarch. Verfassung* (1844) e Tillemont, *Histoire des Empereurs* (1698).

Roma herdou também, como César, e embora como delegado do povo, todos os poderes, todas as funções e títulos do Estado; e assim foi também êle *imperator* (general vitorioso), *tribuno*, *censor*, *pontifex maximus*, *princeps* (o presidente do senado e o primeiro dos cidadãos) e até *augustus* (santo, divino), nome que se dava aos logares e às coisas consagradas pela religião romana. Fundamentalmente, tinha o *imperium* (1) e a *tribunitia potestas* (2); e daí lhe vinham todos os poderes que o tornavam imperador, príncipe e senhor absoluto do Estado.

(1) Por *imperium* entendiam os romanos desde os mais remotos tempos o poder político discricionário. *Potestas* era o poder administrativo de facto que resultava do *imperium* dentro dos limites da própria competência. Sob a realeza era aos reis que pertencia o *imperium*; sob a república, aos cônsules e aos magistrados que lhe eram equiparados em categoria, como os pretores; sob o império, enfim, era aos imperadores que pertencia êsse poder. O *imperium* era assim um poder independente de toda a atribuição relativa a quaisquer cargos determinados (*merum imperium*) (Vid. Dig. 2, 1, 3 e Cicero, *Pro Cecina*, 2) e concretizava-se sobretudo no *jus gladii* e no *jus animadvertendi facinorosos homines*. Os magistrados que os possuiam eram os precedidos pelos litores munidos dos feixes, símbolo dêsse poder de dispor da vida e da liberdade dos cidadãos. No tempo do Império os imperadores recebiam êsse poder (*imperium proconsulare*) do senado e do exército e ficavam por êle investidos no supremo comando militar das legiões, em virtude da aplicação do sistema da *prorogatio* e das promagistraturas, e no poder de celebrar tratados e de fazer a paz ou a guerra com outros povos. Mais tarde os poderes contidos no *imperium* foram ainda alargados, estendendo-se a matéria judiciária e financeira.

(2) Quanto à *tribunitia potestas*, o segundo dos poderes fundamentais do príncipe, êste era-lhe atribuído por um voto do povo mediante a *lex regia de imperio*, sendo êste poder também delegado. Em virtude dêle adquiria o príncipe a inviolabidade e o direito de *veto* dos tribunos da plebe. Foi a *tribunitia potestas* que constituiu nas mãos dos imperadores a arma mais eficaz para com ela firmarem as bases legais do seu despotismo. Cfr. Girard *Man.* pág. 49. Além disso, tiveram ainda os imperadores o poder dos censores, que lhes permitia completar e depurar o senado, e o poder religioso como o tinham tido os antigos reis de Roma.

Ora, em face dêste novo poder, introduzido à fôrça dentro da constituïção romana, compreende-se fàcilmente como todos os outros poderes e magistraturas, embora continuassem a existir e a desempenhar, ao menos aparentemente, as suas anteriores funções, contudo fôssem sendo pouco a pouco comprimidos, desvirtuados na sua acção política, e por fim asfixiados. E, com efeito, foi isto que aconteceu. As diferentes autoridades e cargos da República não tardaram a ser de nomeação indirecta do Imperador pela influência que êle teve nos órgãos que os nomeavam (1). Os cônsules, os questores, os tribunos, os edís e os pretores passaram a ser, dentro de pouco, meros funcionários civis ou municipais com um carácter político subalterno; os primeiros, nomeados para um exercício de seis, depois de dois meses, sem poderes militares nem jurisdicionais, quási se limitaram a presidir o senado (2). Os pretores perderam também pouco a pouco a sua independência, diminuída a sua iniciativa de criar direito novo, para só o criarem sob a impulsão dos imperadores ou do senado e se limitarem as mais das vezes a reproduzirem nos seus *edicta* automàticamente as doutrinas dos seus antecessores *(edicta translatitia)* (3).

Acima de todas estas magistraturas tradicionais estavam agora, em influência e poder, outras autoridades criadas de novo pelo Império, como delegados do príncipe, como eram o *prefeito da cidade*, o do *pretório*, o das *vigílias*, o da *anona*, etc. (4). Emfim, a influência e as atri-

(1) Tácito, *Ann.*, 4, 15; Dionísio, 9, 20 e Dig., 42, 1, 57 e 48, 14, 1, pr.

(2) *Vid supra*, pág. 103.

(3) *Vid. infra*, Fontes de Direito, § *Edicto do Pretor.*

(4) O *praefectus urbis* era uma magistratura também já do tempo dos reis, à qual era confiada a guarda da cidade (*custos urbis*) na ausência do rei (Tácito, *ann.* 6, 11 e T. Lívio, 1, 59, 12). Também sob a República o último dos cônsules que saía de Roma nomeava um senador com êste nome para, na sua ausência e na do seu colega, presidir o senado. Sob o Império, o *praefectus urbis* tinha a seu cargo a polícia da cidade, exercida anteriormente pelos edís, sendo uma espécie de governador civil ou autoridade administrativa superior. Tornado permanente e estável êste cargo a partir de Tibério, as funções do prefeito não tardaram também a alargar-se, vindo a adquirir atribuïções jurisdicionais dentro dos limites da sua competência administrativa. Mais tarde passou para êle toda a jurisdição criminal em Roma e numa área de cem milhas em volta. Vêr também Tácito, *Ann.*, 7, 11 e *Diction. des antiquités romaines*, vb. *custos urbis*. Quanto aos prefeitos do pretório, eram êles os chefes das coortes ou guarda pretoriana do Imperador. As suas funções, a princípio inteiramente militares, pois lhes pertencia o alto comando de todas as tropas da Itália, tornaram-se também, depois jurisdicionais, cabendo-lhes uma larga autoridade criminal em todo o Império e uma função geral de apelação com o direito de emanar editos com um valor quási legislativo. *Vide* Mommsen, *röm. Staatsrecht*, 2, 1058. Finalmente, o *praefectus vigilum* tinha a inspecção dos serviços e a polícia em matéria de incêndios, com a respectiva jurisdição administrativa e criminal; e o *praefectus annonae*, espécie de prefeito ou ministro das subsistências, como se diria hoje, criado por Augusto, tinha a fiscalização dos preços do grão e dos outros géneros e o encargo de provêr à sua distribuïção gratuita, também com jurisdição administrativa e criminal própria.

buïções dos comícios, acompanhando a decadência de todas as liberdades populares, decáem também ràpidamente. Privados por completo agora dos seus poderes judiciais, sem poder algum eleitoral desde Tibério, até os seus poderes legislativos desaparecem inteiramente desde os primeiros imperadores, não havendo já exemplo de qualquer lei comicial a partir de meados do século I da nossa era (1). O senado, pelo contrário,

(1) As últimas leis comiciais que se podem citar no tempo do Império são, além das leis do reinado de Tibério (*Junia Petronia*, *Visellia* e *Junia Vellaea*), a *lex Claudia* sôbre a tutela das mulheres, do tempo de Cláudio (41-54, d. Chr.), uma *lex Petronia* e uma lei agrária do tempo de Nerva *Vid.* Gaio, 1, 157, e Dig., 48, 8, 11, 2 e 47, 21, 2, 1. Cfr. também Tácito, *ann.*, 4, 16. Depois de Nerva e Trajano o poder legislativo dos comícios, posto que não abolido, contudo não voltou a exercer-se.

êsse manteve se durante mais algum tempo um órgão activo e influente na vida do Estado. As condições especiais em que fôra fundado o Império explicam êste facto, visto que Augusto se viu na necessidade de partilhar com êsse órgão todo o poder político. E assim, as suas atribuições que, como se viu, tinham constantemente aumentado durante os fins da República, não deixaram ainda de se alargar nos primeiros tempos do Império, herdando o senado os poderes retirados então aos comícios, o eleitoral, o judiciário e uma parte do legislativo, e partilhando com o príncipe a alta administração das províncias (1). Em todo o caso, e fôsse qual fôsse a importância constitucional e oficial dêste órgão do Estado, o certo é que os seus poderes fôram também ou não tardaram a ser puramente nominais, fingindo os príncipes mais consultá-lo e acatá-lo do que de facto, e sobretudo a partir de Augusto, o fizeram. É que a lógica dos factos e das ideas tendia cada vez mais, dentro do Principado, para eliminar todas as fontes do poder que não se resumissem na vontade do Imperador. A subsistência de um senado com fortes poderes, administrador e legislador, dentro do Império era uma contradição. Se existiu contudo nos dois primeiros séculos, foi isso, com efeito, o resultado de um compromisso transitório entre o espírito da velha constituïção republicana e o novo imperialismo romano. E foi justamente dessa partilha efémera do poder entre estes dois elementos, o Imperador e o senado, que veio ao novo regime e à constituïção de Roma, desde Augusto até Diocleciano, o nome de *diárquia*.

(1) As atribuïções do senado, já aumentadas nos fins da República, são agora, em matéria legislativa: determinar os magistrados a tomarem, em caso de urgência, certas medidas aguardando que elas sejam confirmadas pelos comícios; o direito de anular as leis ou de dispensar da sua observância os cidadãos, derogando-as temporàriamente; interpretar o direito; convidar os magistrados a editar regras novas; e, finalmente, o direito de declarar normas de direito civil, a partir do reinado de Adriano, como foram os célebres senatusconsultos Tertuliano, Orficiano e outros; no século II, pode dizer-se que a assimilação dos senatusconsultos às leis, no que diz respeito à sua eficácia, estava definitivamente fundada. *Vide* Cicero, *de legib.* II, 6, 14; Plutarco, *Tib. Graco*, 19; Cicero, *ad Att.* VI, 2, 7; e Dig., 1, 2, 2, 9. Cfr. Cuq., *Manuel*, pág. 25.

Expansão imperialista e conquistas de Roma

A outra ordem de causas de transformação social e política que, segundo já atrás foi dito, concorreu também neste período, e muitas vezes numa íntima conexão com a ordem de causas anteriormente referida, para provocar uma profunda transformação no espírito das instituïções jurídicas romanas, liga-se de perto com a expansão imperialista de Roma e a série de conquistas militares que foram a sua consequência. Foi sobretudo em virtude dêste facto capital na história romana que pôde constituír-se, ao lado do antigo direito civil romano (*jus civile*), o direito romano das gentes (*jus gentium*), segundo também já foi notado, como uma segunda formação jurídica mais recente.

Nesta altura não virá, porém, fóra de propósito recordar algumas datas culminantes da história romana que, representando as sucessivas fases dêsse desenvolvimento, constituam também um roteiro e um ponto de referência para avaliar dos progressos das suas instituïções jurídicas. E assim registaremos: — em 390, destruïção de Roma pelos gauleses de Breno; — em 338, dissolução da antiga confederação latina e sujeição de todo o Lácio a Roma; em 266, depois das guerras contra os Samnitas e Pirro, rei do Epiro, sujeição a Roma de toda a Itália; em 264-241, primeira guerra púnica e conquista da Sicília; em 222, conquista da Gália cisalpina; em 201, fim da segunda guerra púnica e sujeição da Espanha; em 190-146, conquista da Ásia Menor, Maçedónia e Grécia, terceira guerra púnica e conquista

da África cartaginesa; enfim, em 51, conquista definitiva da Gália.

Como se vê, Roma, a pequena e primitiva cidade do Lácio, encontra-se assim, ainda antes do fim da República, à frente do govêrno de um vasto Império, constituído por uma população heterógenea e possuïdora de instituïções jurídicas diversíssimas. Com êste facto veiu naturalmente a necessidade de fazer face às exigências de regulamentação de uma vida social muito mais rica e complexa do que a vida social da primitiva Roma ou mesmo da Itália. As necessidades da ocupação militar, do govêrno e exploração económica das províncias, única coisa com que Roma a princípio se preocupou, veiu juntar-se a necessidade de um regime jurídico mais adequado para disciplinar as relações sempre crescentes, já nas províncias, já em Roma, entre os estrangeiros ou peregrinos e os cidadãos. O comércio desenvolveu-se. Roma tornou-se pouco a pouco numa grande cidade cosmopolita e como que na metrópole comercial do mundo mediterrâneo. Mas, justamente, os estrangeiros não tinham, segundo o velho *jus quiritium*, direitos em Roma. O direito civil existia para os cidadãos e não para êles. Por outro lado, o solo e as coisas provinciais, estando situados fóra do *ager romanus* e mais tarde ainda, fóra da terra italiana, não podiam ser objecto de direitos.

Ora o génio romano, eminentemente prático e conservador, devia achar necessáriamente — e veremos mais adiante como de facto achou e qual — uma fórmula, uma solução para estas dificuldades, conciliando ao mesmo tempo o respeito das tradições quiritárias, nacionalistas e exclusivistas, com o sentido das novas exigências de uma vida social profundamente progressiva e universalista. E se a elaboração do direito romano das gentes, devida à obra dos pretores, dos jurisconsultos e dos imperadores, correspondeu a esta última necessidade, às necessidades do govêrno e exploração das nações conquistadas

correspondeu desde muito mais cedo a organização provincial.

As Províncias e a organização municipal

As nações e os territórios extra-itálicos conquistados por Roma durante as guerras dos últimos séculos da República foram organizados em províncias governadas por magistrados romanos anuais com poderes absolutos (governadores, pro-cônsules, pro-pretores).

Em princípio, porém, o território dessas nações era considerado como propriedade do Estado romano e só a título de mera posse podia ficar em poder dos seus originários proprietários de facto mediante o pagamento de um tributo ou *vectigal* (1). Quanto aos habitantes das regiões subjugadas pela fôrça das armas ou provinciais (peregrinos), êles ficavam na situação de súbditos de Roma, porém não de cidadãos. Geralmente vencidos só pelas armas, esses habitantes, depois da capitulação chamavam-se *dediticii (in ditione populi romani)*, isentos do serviço militar e apenas sujeitos ao tributo e à jurisdição civil e penal em última instância dos governadores (2). Pelo contrário, Roma desinteressava-se a princípio da organização da sua vida política, deixando-os sem estatuto e sem leis e só respeitando na medida

(1) *Vid.* Gaio, II, 7; *quia in eo solo (solo provinciali) dominium populi romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur*; e II, 21. Foi nesta condição jurídica do solo provincial que se fundou mais tarde a célebre distinção ou divisão das coisas, em coisas ou prédios provinciais e itálicos, distinção a que correspondia um regime jurídico diferente, que persistiu através de toda a época clássica e chegou até Justiniano que definitivamente a aboliu. (Cód. 8, 31, 1).

(2) *Vid.* Gaio, I, 14: *vocantur autem peregrini dediticii hi qui quondam adversus populum romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt.* Acêrca da fórmula da *deditio* ou rendição de uma província ao povo romano, vêr T. Lívio, I, 38.

das suas próprias conveniências os organismos políticos e administrativos por que êles de facto se regiam, as suas instituições locais e as suas crenças. O essencial para ela era assegurar o seu domínio nesses países; e para isso bastavam-lhe as medidas tomadas a fim de isolar umas das outras as populações mais perigosas para a sua política, a acção das colónias fundadas no meio das gentes estrangeiras e, finalmente, a construção de fortificações e estradas militares. A organização das províncias foi assim, durante a República, uma obra toda exclusivamente material e utilitária de dividir melhor para melhor dominar, de se instalar, de explorar, mas tudo isto sem preocupações de civilização ou de preparar os peregrinos para os fazer participar na vida do seu direito (1). Donde resulta que essa mesma obra foi ainda mais que tudo uma obra de improvisação levantada oportunísticamente à medida das necessidades variáveis de região para região, obedecendo únicamente

(1). Acêrca do estado de miséria material e moral das províncias no fim da República vêr Cícero: *in Verrem*, III, 89: — *lugent omnes provinciae; quaeruntur omnes liberi populi: regna denique iam omnia de nostris cupiditatibus et injuriis exoriuntur: locus intra oceanum iam nullus est, neque tam longinquus, neque tam reconditus, quo non, per haec tempora, nostrorum hominum libido iniquitas que pervaserit;* e *ibid.* 3, 207. Toda esta obra de Cícero acusando as concussões de Verres, como governador da Sicília, permite avaliar o que era, em geral, a administração de Roma nesses territórios e o que era a maior parte dos governadores que ela lhes mandava. Os governadores eram verdadeiros reis nas suas províncias e eram, em geral, escolhidos de entre os cônsules e pretores depois de terem servido êstes cargos, donde lhes vinha justamente o nome de *propraetores* e de *proconsules*. Munidos de um poder absoluto, o *imperium*, estes magistrados podiam publicar as medidas discricionárias que entendessem por meio dos seus editos. Dirigiam especialmente a justiça e a administração pública com direito de vida e de morte sôbre todos os habitantes, excepto os cidadãos romanos. E como o exercício dêste cargo permitia aos magistrados fazerem rápidamente fortuna à custa de toda a espécie de exacções e latrocínios, êle era muito procurado em Roma. Cfr. Landucci, *Storia*, pág. 654.

a uma idea de império militar, mas sem sistema de unidade e uniformidade administrativa (1). Só o Império pôde mais tarde retomar essa obra sob um novo critério, civilizando e romanizando os países conquistados, pondo têrmo às violências e exacções que oprimiam os povos, e emfim, restaurando por toda a parte o regime municipal e concedendo o direito de cidade aos peregrinos, instaurar uma nova época de paz e de igualdade entre as nações.

Esta obra de romanização e de incorporação das províncias no Estado romano não se fez, porém, num dia nem só duma vez; pode mesmo dizer-se que a

(1) Sob a República era o general que tinha dirigido a campanha quem, sob a direcção do senado, constituía e organizava militar, política e administrativamente a província. Cada província era constituída, como uma circunscrição independente, por meio de um senatusconsulto especial, sendo depois disso a sua organização criada por uma comissão de dez senadores de acôrdo com o general conquistador da região. Elaborada essa organização, depois de convenientemente estudadas todas as circunstâncias e condições particulares de cada caso, ela era depois transformada numa lei fundamental ou estatuto (*lex provinciae*) que recebia o nome do presidente da respectiva comissão que a tinha estabelecido. Destas *leges provinciae* pode vêr-se uma relação em Walter, *röm. Rechtsgeschichte*, 3, ap. 7. pág. 342. No estatuto eram fixados, primeiro que tudo, os limites geográficos da província, a sua divisão em distritos (*civitates*) e comarcas (*conventus*) — estas últimas tendo por fim facilitar a administração da justiça — o número das colectividades ou cidades aí compreendidas e os direitos e obrigações de cada uma, etc. *Vide* T. Lívio, 33, 31 e 45, 17 e 18. Cfr. Gaio, I 185; III, 122; I, 6, e Ulpiano, XI, 18.

As províncias romanas fundadas no tempo da República foram, na sua ordem cronológica: a *Sicília* (241), a *Sardenha* (231), a *Hispania citerior e ulterior* (197); *Illyricum* (a Ilíria) (depois de 197), a *Macedónia* (146), a *Achaia* (Grécia) (146), a *África* (146), a *Ásia* (133), a *Gallia Narbon.* (120), a *Gallia cisalp.* (81), a *Bithynia* (74), a *Cyrene* (74), *Creta* (67), a *Cilícia* (64) e a *Syria* (64). *Vid.* Marquardt *Röm. Staatsverwaltung*, I, pág. 493 e Mommsen, *Hermes*, vol. 28, pág. 599, 604. Destas províncias aquela cuja organização nos é melhor conhecida é a da Sicília, devido às preciosas informações contidas nas Verrinas de Cícero.

concessão do direito de cidade aos peregrinos foi o resultado de várias lutas, tão renhidas como o tinham sido as que serviram para arrancar, séculos antes, a mesma concessão a favor dos plebeus dentro da própria cidade. Aqui também marchou-se por *etapes* graduais e lentas; e foi só depois que êsse privilégio foi concedido aos latinos e aos italianos, após a *guerra social* no último século da República, que as províncias poderam emfim aspirar a entrar na cidade, conquistando por sua vez a igualdade política e civil. Para isso Roma adoptou a princípio o sistema das concessões isoladas do direito de cidade a certos indivíduos, a certas cidades peregrinas, a certas regiões e províncias; e só nos princípios do século III da nossa era o concedeu emfim de uma maneira definitiva e geral a todos os habitantes do Império (1). E, mais do que isso: antes de lhes dar o

(1) A organização das províncias sob o Império no seu aspecto territorial, administrativo, financeiro e político sofreu, mesmo independentemente do seu aspecto jurídico, que é o que sôbretudo se salienta no texto, importantes transformações. Assim, primeiro que tudo, o número e as divisões das províncias foram várias vezes remodelados. Muitas foram reagrupadas em novos distritos administrativos, outras divididas e subdivididas e outras reünidas formando províncias novas, etc.; no fim do século V da nossa era o número total das províncias do Império era de 120. Além disso, sob o Império, é claro que a formação e constituição das províncias bem como as normas da sua administração pertenceram, como era natural, ao Imperador. Mas o imperador, para em tudo se justificar o nome de *diárquia* dado ao novo regime (*vid. supra*), dividiu com o senado o govêrno e a administração das províncias. As províncias do imperador ficaram sendo, em geral, as mais afastadas de Roma e mais sujeitas aós ataques dos povos bárbaros; estavam sujeitas ao govêrno do príncipe, que as mandava governar por funcionários seus, *propretores* ou *legati augustales* (*legati Caesaris*) e pagavam um tributo (*tributum*) que era recolhido no tesouro imperial ou *fiscus*. As do senado, geralmente regiões já pacificadas, eram governadas por *proconsules* nomeados pelo senado, acompanhados de outros logares-tenentes e pagavam também um tributo (*stipendium*) que era, porém, recolhido no tesouro do povo

direito de cidade, Roma concedeu também primeiro a muitos deles, isoladamente, certos outros direitos e situações análogas mais ou menos priviligiadas que tinham já sido em parte criadas anteriormente para as populações da Itália e que, sem serem ainda a igualdade civil, contudo a preparavam, pois que constituíam outras tantas aproximações dela.

As cidades italianas antes da lei *Plautia Papiria* (89), que concedeu a todas o direito de cidade romana, dividiam-se, com efeito, em várias categorias, represen-

ou *aerarium*. Vid. Gaio, II, 21, Suetónio, *Octavius*, 47, Dion. 53, 12 e Strabão, 840). Originàriamente foram senatoriais dez das onze províncias do tempo da República enumeradas na nota anterior. Províncias imperiais foram, por ex. a Germânia, a Lusitânia, a Síria, o Egito, etc. Mas ainda aqui o imperador, que conservava o direito de conhecer em apelação das sentenças dos governadores de todas as províncias, incluídas as senatoriais, foi adquirindo também, segundo a lógica do desenvolvimento do seu poder dentro da constituição, uma ingerência cada vez maior no governo destas últimas. Além destas inovações, a organização provincial sob o Império diferençou-se ainda do sistema republicano pelas normas de uma mais profunda justiça e equidade que a inspiraram, por um carácter mais scientífico e por uma maior uniformidade. Augusto procurou dar ao Império fronteiras mais scientíficas que permitissem uma mais fácil defeza contra os ataques dos povos bárbaros, traçando-lhe como limites as linhas naturais do Reno, Danúbio, Eufrates, o deserto da Arábia, o Sara e o Atlântico. Organizou um regime tributário e fiscal mais equitativo, mandando proceder a cadastração de todos os territórios provincias afim de poder assentar sôbre ela uma melhor e mais razoável distribuição do imposto (*tributum* ou *stipendium*). Enfim, a aplicação das receitas fiscais foi tornada mais útil para as populações contribuintes; o poder dos governadores foi limitado e sujeito às reclamações e censuras dos *concilia* provinciais; foram realizadas nas províncias grandes obras de interêsse público, como a abertura de estradas monumentais, edificação de aquedutos, de teatros, banhos públicos, etc., e difundida largamente a língua latina.

Quanto às diferentes províncias fundadas sob o Império até 117, vêr Marquardt, *Röm. Staatsverfassung*, I, 489 e seg. e Mommsen, *Die römischen Provinzen*, vol. V, da *römische Geschichte*.

tando as mais diversas condições jurídicas (1). / Umas eram colónias de cidadãos romanos (*coloniae civium romanorum*) fundadas por Roma em geral no meio de populações inimigas com o intuito de as vigiar; os colonos, cidadãos romanos, estavam isentos do serviço militar e gozavam de vários privilégios e de uma grande independência (2). Outras eram municípios (*municipia*),

(1) A lei *Plautia Papiria*, que se seguiu à lei *Julia*, do ano 90 a. cr., foi a lei que pôs termo à *guerra social* ou guerra dos italianos contra Roma. Nos princípios do I século, com efeito, os povos da Itália, *socii* ou aliados de Roma, excluídos até então do direito de cidade e cançados da egemonia romana, tinham-se revoltado, pensando em substituir a essa egemonia talvez uma confederação de todas as cidades italianas à similhança das ligas das cidades helénicas. Foram, porém, vencidos; mas, não obstante a vitória de Roma no campo das armas, foi deles a vitória moral pela realização que obtiveram para as suas aspirações. A lei *Julia* concedeu o direito de cidade a todos os latinos e aos italianos que não tivessem pegado em armas contra Roma. Depois a lei *Plautia Pap.* concedeu-o a todos os povos domiciliados na Itália até ao Arno que o pedissem até passados 60 dias sôbre a aprovação da lei. Nesse dia estava terminada guerra social e fundada a Itália. Pouco depois ainda era o direito de latinidade estendido também, em 89, à Gália transpadana e, por fim, o direito de cidade estendido a toda a Gália Cisalpina, no tempo de César, em 49. *Vide* Cicero, *pro Archia*, 4, 7; T. Lívio, *Epit.* 80, Velleio Paterculo, II, 16, 17, e A. Gellio, IV, 4, 2.

(2) As *coloniae civium romanorum* ou colónias romanas de cidadãos, embora fôssem originàriamente fundadas com intuitos militares, foram-no também mais tarde, sobretudo depois dos Gracos, com o fim de resolver a questão económica e social, como meio de distribuir entre os cidadãos necessitados as terras do *ager publicus*. *Vid.* T. Lívio, I, 56; II, 34 e IV, 11 e Dionísio, II, 53, 54. Mais tarde, e especialmente sob o Império, a maior parte destas colónias obedeceu na sua fundação ao intuito de premiar os veteranos e soldados fieis pelos seus serviços militares. *Vid.* Vel. Patérculo, I, 15, 5 e Mommsen, *Die italischen Bürgerkolonien, in Hermes*, 18, pág. 161-213. Quanto ao modo de fundação, as colónias eram fundadas sempre em virtude de um acto público, uma lei, sob proposta ou aprovação do senado, ou, mais tarde, por uma constituição imperial. (T. Lívio, 32, 29; 34, 52; VI, 16; IX, 28; 37, 46 e 43, 17; V. Pat. I, 15 e Sérvio,

cidades originàriamente não romanas, mas incorporadas por Roma, tornando-se o seu território *ager romanus* e os seus habitantes cidadãos romanos em maior ou menor escala; a sua constituïção política, conservada ou creada de novo, oferecia sempre grandes analogias com a constituïção de Roma e gozavam também de uma larga autonomia (1). Outras ainda, eram cidades latinas ou colo-

ad Aen., I, 12). Nessa lei era nomeada uma comissão encarregada de fundar a colónia e de conduzir a ela os colonos. Originàriamente estes eram trezentos, trezentos *patresfamilias*; mas êste número foi mais tarde ultrapassado, admitindo-se a constituir a população da colónia ou quem quisesse pertencer a ela, ou, outras vezes, cidadãos em certas condições. Chegada ao local da colónia (que muitas vezes era já anteriormente uma cidade com população própria) a comissão de instalação, os agrimensores procediam logo, segundo as regras da sua arte, à divisão do terreno em lotes e esses lotes de terra arável e cultivável eram depois atribuídos em propriedade, já quiritária, se na Itália, já provincial, se a colónia era extra-itálica, aos colonos cidadãos. Sôbre todos estes pontos e a condição jurídica dos colonos, sua administração local, etc. vêr ainda T. Lívio, 8, 21; 22, 29; 34, 45, Dionísio, 2, 35, 53, e Aul. Gellio, 16, 3. Para uma lista de colónias *civium* desde os primeiros tempos, vêr Landucci, *Stor.* pág. 634, nota 5.

(1) Os habitantes destas cidades incorporadas ou assimiladas por Roma, posto obtivessem por êsse facto sempre a qualidade de cidadãos, separando-se rigorosamente dos peregrinos, contudo nem sempre obtinham uma situação idêntica. Se umas vezes essa assimilação era completa com a atribuição de todos os direitos políticos (*jus suffragii* e *honorum*), outras dizia só respeito ao direito privado, alcançando os habitantes ou *cives* e *incolae* apenas o *jus connubi* e *commercii*. Mas estes direitos adquiriam-nos sempre. Quando a atribuição do direito de cidade era completo, estendendo-se ao direito público, eram os seus habitantes integrados politicamente na divisão das *tribus* do *ager romanus*; eram estes os municípios chamados *foederata*, como Tusculum, Lanuvium, etc. Além dêstes, uma outra espécie de municípios, *municipia fundana*, seria o daqueles que, sem estarem necessàriamente sujeitos ao direito romano, só gozavam dêle desde que o tivessem expressamente aceitado, sendo a teoria desta organização excepcional ainda muito controvertida actualmente. O princípio geral e êsse indiscutível é o de que os habitantes dos muni-

nias latinas, isto é, cidades — as primeiras — gozando do direito do Lácio e portanto conservando as suas leis, as suas magistraturas, e cujos habitantes, latinos, sem serem absolutamente cidadãos romanos, tinham com estes o *jus commercii* e o *jus connubi* e podiam fàcilmente adquirir o direito de cidade estabelecendo-se em Roma (1); ou colónias — as segundas — fundadas por

cípios, assim como os das colónias *civium*, eram cidadãos romanos. Administrava-lhes justiça o pretor, não porém o pretor de Roma, que muitas vezes ficava distante, mas um seu representante ou delegado, o *praefectus iure dicundo*. E daqui justamente tiram o seu nome as prefeituras *(praefecturae)*, circunscrições compreendendo um certo número de municípios e de colónias, às vezes coincidindo também com um só município ou uma só colónia, e dentro das quais se administra a justiça aos *cives* desses agrupamentos judiciários.

O regime e a organização municipal desenvolveram-se sobretudo sob o Império, estendendo-se então largamente para fóra da Itália a todas as províncias do Estado romano, como um dos grandes agentes e veículos da sua civilização e cultura. Porém, foi só depois do século II e no decorrer do III que, equiparada definitivamente a organização administrativa da Itália à das províncias, o Império tendeu a ter em todas as suas diferentes partes uma organização municipal completamente uniforme. Cada cidade foi então uma pequena Roma com as suas magistraturas locais, similhantes às romanas, os seus *duumviri* e *quattorviri*, o seu senado ou *curia*, os seus comícios, as suas classes de população, os decuriões e a plebe, os seus questores, edís, o seu culto próprio, etc. Vêr a êste respeito sobretudo Marquardt, *röm. Staatsverwaltung*, I, pág. 21 e seg. onde se encontra uma bibliografia completa, Beloch, *Der Italische Bund*, Karlowa, *röm. Rechtsgeschichte* e Béchard, *Le droit municipal dans l'antiquité*.

(1) Cidades latinas eram originàriamente só as cidades do Lácio *(Latium, populi latini, nomen latinum)*, comunidades sociais possuindo o mesmo fundo étnico e instituições similhantes às de Roma e situadas na região ao sul do Tibre, entre o mar e os Apeninos, a que corresponde hoje a Campagna romana. Estas cidades e populações acharam-se, como já ficou dito, durante muito tempo gozando de uma situação de igualdade política nas suas relações com Roma e constituindo com esta uma liga ou confederação *(foedus cassianum, foedus aequum)* (510 *a. C.*) sôbre a qual Roma exercia, depois de destruída Alba Longa, a supremacia. E nesse tempo já os latinos tinham em

Roma, segundo o tipo das antigas colónias fundadas pela confederação latina antes de 338, e possuindo uma condição jurídica muito similhante às anteriores (1). Finalmente, outras cidades havia ainda na Itália a que os romanos davam também o nome de *foederatae* ou *sociae*, isto é, cidades estrangeiras mas aliadas do povo romano, cuja constituição dependia dos respectivos tratados cele-

Roma o *connubium* e os *jus commercii*. Mais tarde, porém, revoltados os povos latinos (guerra latina, de 340-338) e vencidos depois na batalha de Sinuessa, outras foram as relações entre essas cidades e Roma. Foi então dissolvida a antiga confederação latina (338) e em seu logar foram criadas novas relações políticas, de conteúdo vário, mas todas visando a estabelecer uma absoluta supremacia de Roma sôbre todo o Lácio. Algumas das cidades latinas foram então incorporadas no *ager romanus* e outras ligadas a Roma por meio de tratados de aliança da mais variada índole. Ora todas estas cidades conservaram, não obstante a variedade dos respectivos laços com Roma, um certo número de direitos e privilégios comuns que constituem justamente aquilo a que se chama a *latinitas* ou o *nomen latinum*. Conservaram as suas leis, as suas magistraturas, o direito de cunhar moeda, o de os seus habitantes poderem adquirir fàcilmente a qualidade de cidadãos estabelecendo-se em Roma, o *jus connubi* e *commercii* com os romanos, etc. Eram estes, em suma, os latinos a que os textos chamam *latini veteres*, *latini prisci*. *Vid.* T. Lívio, II, 33, Cícero, *pro Balbo*, 23, 53, Dionísio, 16, 90 e ainda também T. Lívio, 8, 14.

(1) Estas colónias, diferentes das colónias *civium*, eram ou colónias fundadas pela própria confederação latina antes da sua dissolução, em 338, e a sua situação foi também reguiada ou pela incorporação ou por tratados especiais (os seus habitantes eram também incluídos na categoria dos *vetares* ou *prisci*), ou colónias fundadas por Roma depois da dissolução do antigo *foedus*, mas segundo o modêlo daquelas, com o fim de estabelecer fóra dos seus muros a parte mais necessitada da sua população cada vez mais numerosa e de difundir dêste modo também a sua língua e o prestígio e a autoridade do seu nome. E eram os habitantes destas últimas cidades que eram chamados *latinii coloniarii*, sendo elas fundadas por processos e ritos similhantes aos adoptados para a fundação das *coloniae civium*. Quanto à organização interna e condição jurídica dos seus habitantes, estas colónias gozavam também de grande autonomia (*Vid.* T. Lívio 27, 9, e 29, 15 e Cícero, *pro Caecina*, 35, 102), governando-se por

brados com elas nas condições mais variadas, mas cuja condição, sendo também diversa de caso para caso, contudo lhes permitia também conservar os seus órgãos políticos e administrativos próprios e gozar do seu direito privado; sòmente, estas cidades não podiam fazer tratados ou guerras com outras sem autorização de Roma e deviam, pelo contrário, socorrer esta com tropas, navios e dinheiro, sempre que lho fôsse exigido (1).

leis próprias ou pelo direito romano, possuindo magistraturas e organismos próprios, embora sujeitas a encargos militares e tributários para com Roma, e emfim gozando também em Roma do *jus commercii* e, pelo menos, em muitos casos, do *jus connubii* e podendo adquirir com a maior facilidade o direito de cidade. Constituiam, emfim, um outro tipo de latinidade que se compreendia também no *nomen latinum* ou *jus latii* e que, por último, foi dado e generalizado também a muitos peregrinos vivendo nas proximidades de Roma (*Latium adjectum*) e a alguns povos italianos aos quais se quis criar, antes da lei *Plautia Papiria*, uma situação de favor. Eram estes os *latinos ficticios*.

(1) *Vid.* Marquardt, *rôm. Staatsverwalt.*, I, 75, n.º 10. Pertenciam a esta categoria a maior parte das cidades italianas no momento em que rebentou a *guerra social* ou guerra dos *socii* ou aliados contra Roma, nos começos do século I ant. Cr. A organização das relações políticas entre Roma e essas cidades peregrinas na infinita graduação dos direitos e encargos que lhes atribuiu nos respectivos tratados de aliança com elas foi uma das mais poderosas manifestações do génio político romano. Não era, porém, êste o único tipo de cidades estrangeiras ou peregrinas que existia na Itália antes da concessão do direito de cidade a todos os italianos. Ao lado das cidades confederadas de que se trata no texto, havia ainda cidades *sine foedere, liberae et immunes*. A sua condição era bastante parecida com as primeiras; gozavam também de autonomia na sua organização interna e no seu direito privado, embora se encontrassem em inferioridade de situação diante de Roma pela unilateralidade do acto que lhes reconhecia essa qualidade a título precário e revogável e que era sempre um senatusconsulto ou uma lei. Quando o território dessas cidades não era considerado *stipendiarius*, nesse caso diziam-se imunes (*immunes*) e ficavam isentas de impostos. *Vid.* T. Livio, 39, 37; Strabão, 17, 3; Políbio, 22, 6 e *Corpus Inscr. Graec.* (Berlim, 1822-1877, n.º 2222). Finalmente, outro tipo de cidades que exclusi-

Ora, foi aplicando e estendendo progressivamente numa vasta rêde de concessões isoladas estas diferentes fórmulas e combinações políticas às cidades peregrinas das províncias; ora, isto é, reconhecendo a qualidade de municípios a umas, o direito latino a outras (*nomen latinum, jus latii*) (1), ora celebrando com outras tratados de aliança, ora fundando colónias de cidadãos ou latinas, ora emfim reconhecendo-lhes, quanto à condição jurídica do solo, os direitos das cidades italianas (*jus italici*) (2),

vamente abundou nas províncias, foi o das chamadas *stipendiariae*. O maior número das cidades peregrinas das províncias estava nesta situação. Eram elas as cidades que tenazmente se tinham oposto à conquista romana com as armas na mão, mas que, vencidas, tinham feito *deditio*. O solo destas cidades era *ager publicus* e a sua administração local muito limitada; estavam sujeitas ao *stipendium*, *vectigal* e a uma ingerência e fiscalização muito apertadas por parte dos governadores. Eram as menos favorecidas de todas as cidades.

(1) O *jus latii* foi concedido, por ex., por uma lei *Pompeia*, de 88, à Gália transpadana e, mais tarde, por um edito de Vespasiano (69-79) a toda a Espanha. *Vid.* Plínio, *Hist.*, 3, 4. Estes novos latinos foram também latinos meramente fictícios, mas receberam a condição jurídica dos verdadeiros latinos, aos quais foram equiparados, podendo, como êles, adquirir fàcilmente o direito de cidade. Nêste ponto, porém, deve-se notar que esta aquisição do direito de cidade por parte dos latinos fictícios foi, sob o Império, um pouco dificultada. Ao passo que os outros latinos o adquiriam pelo simples facto de se fixarem em Roma (e ainda, quanto a estes, foi mais tarde exigida a condição de deixarem pelo menos um filho na sua terra natal; T. Lívio, 8, 18 e 41,8), para os latinos fictícios êsse privilégio, salvo o caso de uma concessão graciosa, só existia para aqueles que, ou tivessem sido magistrados na sua pátria (*minus Latium*), ou tivessem sido aí pelo menos membros do senado municipal ou decuriões (*majus Latium*). *Vid.* Gaio, I, 96.

(2) O *jus italici* ou *jus italicum* foi, como se disse já, o privilégio concedido pelos imperadores às cidades provinciais e quási sempre às colónias, em vistude do qual o seu território ficava isento do imposto predial e sujeito às regras da propriedade romana ou quiritária. Prende-se êle com a célebre distinção entre os prédios provinciais e itálicos. Este privilégio diz, porém, respeito, não à condição jurídica dos habitantes das cidades que o possuíam, mas à condição

que Roma pôde assim ir, sob o Império, preparando essa unidade moral e jurídica que havia de mais tarde fundar definitivamente a civilisação latina na Europa e permitir do século III em diante a existência de um verdadeiro Estado romano universal. No ano 212 da nossa era, Caracala, concedendo emfim o direito de cidade a todos os habitantes do Império por uma sua constituïção notável, como que traduzia já numa fórmula jurídica o que até aí se avançara nesta evolução, ao mesmo tempo que lhe dava um decisivo impulso para o seu triunfo nos séculos imediatos (1).

---

jurídica do solo, havendo municípios e colónias que tinham o direito de cidade sem terem o *jus italicum* e vice-versa, isto é, cidades com êsse privilégio e cujos habitantes não seriam cidadãos romanos. No entanto esta segunda hipótese é duvidosa. *Vid.* E. Cuq na *Revue critique d'histoire*, XX, página 343.

(1) A constituïção antonina ou de Caracala, do ano 212 da nossa era, posto que tenha atribuído, em princípio, a qualidade de cidadão romano a todos os habitantes livres do Império, não teve contudo o alcance que á primeira vista parece ter no sentido de uniformisar a condição jurídica de todos os seus súbditos. Não só, com efeito, essa medida, aliás importantíssima, nos aparece tomada por um príncipe que de resto por nada mais se notabilizou, afóra a sua crueldade, e com um carácter principalmente fiscal (ela foi introduzida a fim de estender a todos os habitantes do Império o imposto de cinco por cento que recaía sôbre a sucessão dos cidadãos, ou a *vicessima hereditatis*), mas nem sequer criou a unidade de legislação e de condição jurídica no ponto de vista do *status civitatis* entre êsses habitantes. A distinção entre cidadãos latinos e peregrinos continuou a existir depois dela, a propósito dos libertos, até Justiniano. Além disso, houve ainda também depois dela peregrinos por efeito de condenação penal; e ainda entre os ingénuos ou cidadãos livres de origem os diplomas militares falam constantemente de peregrinos a propósito dos soldados e das mulheres dêstes, sendo também considerados peregrinos os deditícios. *Vid.* referida constit. no Cod., 10, 61 (59), 1 e Dig., 50, 2, 3, 1. ¿Como explicar, porém, algumas destas restrições na aplicação da doutrina da constituïção e ainda outras, como a que respeita aos habitantes do Egito, não membros de cidades de tipo romano-helénico (Plínio, Epist. ad Traj., 6 e *C. Inscr. Lat.*, III, supl., 6627, pág. 1212), e a que respeita aos Latinos junianos (libertos manumitidos por processos não regulares)? A questão é de difícil solução e nem sequer a permite resolver o novo texto da constituïção contido no papiro de Giessen, publicado e comentado em 1910 por P. Meyer (*Vid. Textes*, de Girard, pág. 203), e que fala só de deditícios a propósito dos exceptuados do benefício concedido por Caracala, quando é evidente que nem os egípcios nem os latinos junianos eram deditícios. Vêr as explicações mais ou menos subtis de Meyer e de Mommsen, este último em *Hermes*, 16, pág. 474. Cfr. Girard, *Man.*, pág. 119, nota 1, e Gino Segrè, *Di nuovo sull' editto di Caracalla*, no *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, anno 33, fasc. I - IV.

2 — Fontes de Direito

De harmonia com as transformações económicas, morais e políticas produzidas na sociedade romana durante êste período, as fontes de direito acompanham gradualmente a crescente complexidade da sua vida social, e tornam-se portanto também mais variadas, mais complexas, mais produtivas e sobretudo mais inovadoras. O direito nasce e é formulado por órgãos mais conscientes também da sua missão de o criar. E como para êsse direito é maior agora a necessidade de se adaptar ràpidamente às novas condições que vão surgindo, acompanhando uma evolução também mais rápida e trepidante do movimento social, daí a necessidade de outras fontes de direito possuíndo uma maior mobilidade e mais em contacto com a vida, como foi sobretudo o Edito do Pretor.

Contudo as anteriores fontes de direito já mencionadas não deixaram de continuar em actividade durante êste período; e assim podêmos falar também aqui, primeiro que tudo, do costume, da lei e da jurisprudência. O costume conserva a sua função de fonte criadora de

direito, com o poder não só de criar direito novo mas de revogar o existente (1).

Mas são sobretudo a lei e a jurisprudência que constituem as principais fontes de direito do período do *jus gentium*, assumindo agora ambas elas formas novas e muito mais consistentes. Ao lado das *leges* em sentido estrito (*leges rogatae* e *leges datae*), surgem-nos a partir do Império outras formas da lei em sentido lato, como normas gerais decretadas oficialmente por órgãos competentes, o senado e os imperadores, como são os senatusconsultos (*senatusconsulta*) e as constituições imperiais (*constitutiones principum*). Ao lado da jurisprudência em sentido estrito, como sciência do direito, elaborada pelos jurisconsultos ou *prudentes* (no período anterior os pontífices), surge-nos sobretudo a sua elaboração prática pela obra dos magistrados láicos, principalmente os pretores, no exercício da sua jurisdição.

A lei

A lei, resolução emanada dos comícios ou da plebe nos seus *concilia*, atinge neste período consecutivamente o seu maior desenvolvimento e a sua máxima decadência, acompanhando nisto a sorte da democracia e das liberdades populares representadas por aquelas assembleas. Fonte de direito por excelência e quási única durante os séculos terceiro e segundo antes da nossa era, a sua importância decáe já sensivelmente no decorrer do primeiro com a perda gradual das liberdades populares, a partir das ditaduras de Sila e César, e extingue-se totalmente no primeiro século depois de Christo com as usurpações do senado e dos imperadores

(1) Dig., I, 3, 32, 1: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum... leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

no regime da *diarquia* (1). Contudo é dêste período, na parte dêle que acompanha os últimos dois séculos da República, que justamente nos resta um maior número de leis sôbre matéria de direito privado, de algumas das quais chegou até nós o texto mais ou menos completo, já através da obra dos escritores latinos, já através das inscrições em que ficou conservado (2). E assim destacaremos, como exemplos, entre as mais importantes *leges* dêste período as seguintes: — a *lex Cincia de donis* (204), restringindo o direito de fazer doações entre vivos (3); a *lex Aebutia*, de data incerta, mas muito provàvelmente de meados do segundo século antes de Christo, introduzindo ao lado do processo das *legis actiones* uma nova forma de processo muito mais simples e em que ao pretor foram atribuídos amplos poderes sôbre a sua organização (4); a *lex Voconia*

(1) *Vid. supra*, pág. 113.

(2) Quanto ás leis conservadas em inscrições, vêr o *Corpus Inscriptionum Latinarum*, Berlim, 1863 e anos segs. Quanto a uma enumeração completa, cronológica e sistemática das *leges* comiciais, vêr sobretudo o trabalho de Rotondi, *Leges publicae populi romani*, extraído da *Giurisprudenza italiana*, Milão, 1912, e também Landucci, *Storia*, I, §§ 21 e seg. e Pacchioni, *Corso*, I, pág. 170 e seg. e pág. 264.

(3) Dig. I, 3, 29 e *Fragmenta Vaticana*, 266 e seg. Proïbiu as doações em favor de magistrados; sujeitou as doações de *res mancipi* ás formalidades da *mancipatio* e as das *res nec mancipi* ás da *traditio*.

(4) *Vid.* Gaio, IV, 30-31, e A. Gellio, 16, 108. Acêrca da data que deve sêr atribuída a esta importante lei, vêr Girard, *Man.*, pág. 37 *Zeitschrift der Savigny-St.* (r. *Abt.*) XIV, 1893, art. intitulado *Sur la date de la loi Aebutia*, e ainda *Nouvelle Revue historique*, 1897, pág. 249-294. Voigt faz, porém, remontar a lei em questão a 241-237 a. Cr. (*röm. Rechtsgeschichte*, I, apend. 6); mas esta opinião não consegue explicar o facto de ainda em princípios e quási até meados do século II a. de Cr. o velho processo das *legis actiones* continuar a mostrar-se o único existente, como parece inferir-se das leges *Silia* e *Calpurnia*, também de data duvidosa, mas muito provàvelmente dos fins do século III. Vêr também Mitteis, *römisches Privatrecht*, pág. 52, nota 30.

(169) contra o luxo das mulheres (1); a *lex Plaetoria* (191), protegendo os menores de vinte e cinco anos contra as pessoas maiores que os ludibriassem na celebração de qualquer negócio jurídico e permitindo-lhes pedir a sua revogação (*in integrum restitutio*) (2); a *lex Atinia*, também do segundo século, proibindo a usucapião das coisas furtadas, já proibida pelas XII Tábua (3); a *lex Cornelia de edicto praetoris* (67), vinculando o pretor a administrar justiça segundo o seu próprio edicto (4); a *lex Falcidia* (40), garantindo ao herdeiro testamentário uma quarta parte do activo da herança (*quarta Falcidia*) contra os legatários contemplados no testamento (5), etc. etc.

A partir dos primeiros tempos do Império a decadência dos comícios determina, porém, a decadência da lei como fonte de direito. A actividade legislativa das assembleas populares, ainda importante no reinado de Augusto, poude ainda dar-nos as célebres leis sôbre matéria judiciária, as conhecidas *leges Juliae judiciariae*, que aboliram definitivamente o velho processo das acções da lei e completaram a reforma introduzida pela *lex*

(1) Proibiu aos cidadãos da primeira classe do censo (os que tinham uma fortuna de pelo menos 100:000 asses) instituir herdeiras as mulheres, limitando também a sua capacidade como legatárias. *Vid.* Cícero, *de senect.* 5, 14, e Gaio, II, 226 e 274. Referem-se também a esta lei: o mesmo Cícero, no *de repub.*, no *in Verrem*, no *de legib.*, no *pro Caecina*, Aul. Gellio, Paulo, a *Collatio leg. rom. et mosaicarum* e S. Agostinho, no *de civitate dei* (3, 21).

(2) *Vid.* Cícero, *de offic.* 3, 15; *de nat. deor.*, 3, 30. Pode vêr-se, acêrca da sua data, Costa, *Della data della Lex Plaetoria*, no *Bull. dell'Istituto di Dir. Rom.*, II, 1889, pág. 72 e Debray, *Contribution à l'étude de la loi Plaetoria*, nas *Mélanges Girard*, 1912, I, pág. 265.

(3) Gaio, II, 45 e Gellio, 17, 7, 2.

(4) Esta lei determinava: *ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent*, acabando com o abuso dos magistrados que, como Verres, *aliter atque ut edixerant decrevissent.*. *Vid.* Cícero, *in. Verr.*, II, 1, 46, 149.

(5) Gaio, II, 227; Ulpiano, 24, 32; Paulo, III, 8; Dion Cassio, 48, 43; *Dig.*, 35, 2; *Inst.* II, 22 e Cod., 6, 50.

Aebutia (1). Mais importantes do que estas fôram, porém, as leis, preparadas por Augusto e da sua iniciativa, sôbre direito matrimonial e sôbre manumissões de escravos, como a *lex Julia de maritandis ordinibus* e a *lex Julia de adulteriis* (18, a. Chr.) (2), a *lex Papia Poppaea* (3), a *Lex Fufia Caninia* (2, a

(1) Destas leis as mais importantes são: a *lex Julia judiciorum publicorum*, sôbre organização judiciária penal (Gaio, II, 10 e Ulpiano, 22, 19); a *lex Julia judiciorum privatorum*, reformando o processo civil e introduzindo definitivamente, como regra, o processo formulário; duas leis *Juliae de vi privata* e *de vi publica*, e a *lex Julia de bonorum cessione*, libertando da execução pessoal o devedor que tivesse cedido os bens aos credores. Estas três últimas leis são por alguns escritores atribuídas a César e até as leis *de vi privatu* e *publica* são por Mommsen identificadas com as primeiras *leges Juliae judiciariae* (Gaio, III, 78 e *Cod.* 7, 71, 4).

(2) Estas duas leis são da maior importância em matéria de direito privado e sobretudo de direito de família, constituindo a primeira legislação oficial romana a respeito desta instituição ou um verdadeiro código de direito matrimonial. Os fins principais que Augusto teve em vista foram: a moralização dos costumes romanos, o incitamento ao matrimónio e à procriação de filhos legítimos, combatendo o celibato e a infecundidade. Ambas elas são do ano 18 a. Chr. A primeira tratava determinadamente dos casamentos desiguais, de matéria de impedimentos e da necessidade do consentimento paterno para o casamento dos filhos. A segunda fazia do adultério um crime para que determinava penalidades e tratava ainda de outras matérias relacionadas com esta, como o lenocínio, o estupro, o incesto, e a inalienabilidade dos bens dotais. As notícias a respeito destas *leges* são bastantes fragmentárias. Todavia a sua importância foi tão grande que muitos jurisconsultos da época clássica escreveram sôbre elas comentários, de que possuímos fragmentos. *Vid.* Dion Cassio, 54, 16; Suetónio, *Octavius*, 34; Horácio, *carm. saec.*, 17-20; Gaio II, 62 e Paulo, 2, 31.

(3) A lei *Pap. Poppaea*, do ano 9, d. Chr., foi, segundo parece, um aditamento ou talvez inovação introduzida nas matérias já reguladas nas duas leis anteriores às quais serve assim de complemento. Isto explica que estas leis passassem assim a ser consideradas no seu conjunto como uma só, designada nas fontes posteriores como *lex* ou *leges Julia et Pap. Poppaea*. Foi também comentada por vários jurisconsultos clássicos, como Gaio, Ulpiano e Paulo.

Chr.) (1), a *lex Junia Norbana* (2), de data incerta, e a *lex Aelia Sentia* (4 d. Chr.) (3). Depois de Augusto, de poucas leis chegou até nós qualquer notícia. Devem, porém, ainda referir-se, do reinado de Tibério, as leis *Junia Petronia* (4), *Visellia* (5) e *Junia Vellaea* (6); uma

(1) Limitou a um certo número as manumissões de escravos que podiam ser feitas no testamento, regulando êsse número pelo número de escravos possuídos pelo testador, mas não permitindo nunca que êle fôsse superior a cem. *Vid.* Gaio, I, 42 e seg., e II, 228; Ulpiano, I, 24 e 25 e Paulo, IV, 14, 1; e Suetónio, *Augusto*, 40. A lei *Fuf. Caninia* só foi revogada por Justiniano (*Cod.* 7, 3, 7).

(2) Regulou a condição dos escravos manumitidos sem o emprêgo das formas solenes da manumissão, criando o tipo da latinidade juniana. A sua data é incerta, mas a lei é atribuída geralmente ao ano 19 da nossa era, ano em que há notícia de dois cônsules chamados Junius e Norbanus. *Vid.* Gaio, III, 56 e I, 22; Ulpiano, I, 10 e *Inst.*, I, 5, 3. Cfr. Pacchioni, *Corso*, I, pág. 265, nota 373.

(3) Proibiu que alguém com menos de vinte anos podesse manumitir escravos sem ser na forma solene da *vindicta* e depois de alegada uma *justa causa* que devia ser apreciada por um conselho especial. Por ela também os escravos que tivessem praticado crimes sujeitos a penas infamantes durante o estado de escravidão não podiam, embora regularmente manumitidos, tornar-se cidadãos romanos. Criou esta lei assim a categoria dos libertos peregrinos. *Vid.* Suetónio, *Octav.*, 40; Gaio, I, 15 e seg. e Ulpiano, I, 11. Outras leis do tempo de Augusto que não citamos por menos importantes podem vêr-se, entre outros lugares, em Landucci, *Storia*, I, § 32.

(4) Esta lei, designada *Junia Petronia de vindicatione in libertate* no Dig. 40, 1, 24, estabeleceu que, em caso de empate nos votos dos juízes, numa causa em que se discutisse a liberdade de alguém, devesse decidir-se *pro libertate*.

(5) Estabelecia penas para os libertos que se fizessem passar por ingénuos e concedia aos latinos junianos alguns modos de adquirirem uma completa liberdade. *Vid.* Ulpiano, 3, 5 e *Cod.*, 9, 21, *ad legem Visellium*.

(6) Determinava que podessem ser instituídos herdeiros os filhos não nascidos ainda ao tempo do testamento, contanto que nascessem em vida do testador, e igualmente os *sui* tornados tais depois da feitura do testamento em virtude da morte do pai. *Vid.* Gaio, II, 134 e Ulp. 22, 19.

do reinado de Cláudio, a *lex Claudia* (1); outra do reinado de Nero, a *lex Petronia* de 61 (2); e, finalmente, a última conhecida, a *lex Agraria* do reinado de Nerva (3). Daí por diante a actividade criadora de direito dos comícios cessa inteiramente e o seu logar é ocupado pelo senado e pelos imperadores como órgãos legislativos, não ficando ao povo, como último resto da sua actividade nesse campo, mais do que o direito de confirmar por meio de um simples voto de aclamação, a que ainda se dá o nome de lei (*lex regia de imperio*), a eleição de cada novo imperante proposta pelo senado (4).

A designação de *lex*, a partir de então, só se aplica ainda a uma das suas modalidades, também já do tempo da República, as chamadas *leges datae*, ou leis emanadas de certos magistrados — sobretudo dos imperadores, em virtude de uma suposta delegação do povo — que geralmente visavam a constituir e organizar as províncias e as colónias ou a conceder o direito de cidade a certos peregrinos e de que nos resta também em inscrições dêste

(1) Aboliu a tutela dos agnados para as mulheres ingénuas, dando assim um grande impulso à igualação na capacidade jurídica entre os dois sexos. *Vid.* Gaio, I, 157, 171 e Ulpiano, XI, 8.

(2) Negava ao marido, que tinha desistido uma vez de acusar por adultério a mulher, perdoando-lhe, o direito de apresentar mais tarde a acusação. *Vid. Cod.* 9, 9, 16, 2. Duvida-se se será esta a mesma lei a que se refere o Dig. 48, 8, 11. *Vid. Apend.* II no fim do volume.

(3) Dig. 47, 21, 3, 1.

(4) Como já ficou dito noutro lugar, já no tempo dos reis era ao povo que pertencia investi-los no *imperium* mediante a *Lex curiata* (Cícero, *de Rep.* II, 13, 17, 18, 20 e 21). No Estado romano o poder, o *imperium*, vinha do povo. Entre outros privilégios, esta lei conferia aos imperadores o direito de fazerem tudo aquilo que julgassem conveniente para bem do Estado. Votada pelo senado, a *lex regia* era depois ratificada pelo povo nos comícios das tribus. Uma dessas leis chegou até nós conservada numa tábua de bronze que foi descoberta em Roma no século XIV, e se refere à investidura do imperador Vespasiano (69-79). *Vid.* Girard, *Textes*, pág. 105. *Cfr. Cod.* I, 17, 1, 7.

período e sobretudo do Império um grande número de exemplos (1).

Os senatusconsultos Compreendidas na categoria geral de leis, em sentido lato, estavam também as resoluções do senado, o qual, segundo vimos, tinha igualmente assumido um papel dos mais importantes na vida do Estado romano entre os fins da República e os começos do Império (2). A decadência dos comícios e a política conciliadora e oportunista dos primeiros Césares tinham-lhe, com efeito, permitido conquistar, embora contra o espírito da constituição republicana, importantes funções eleitorais, judiciais e legislativas. O seu poder legislativo foi, como observa Girard (3), uma ponte entre o dos comícios, dos quais o herdára, e o dos imperadores a quem o ia transmitir; e, embora êsse poder tivesse encontrado a princípio resistências levantadas contra a

(1) A natureza das *leges datae* indicada no texto é a que lhes dá a maioria dos escritores, constituindo a opinião dominante nesta matéria. Segundo, porém, a opinião de Mommsen (*röm. Staatsrecht*, 3, 1, 310), entrariam nesta categoria todas a instruções de carácter geral emanadas dos magistrados em virtude dos seus poderes especiais, como por ex., os editos dos pretores. Contra tal opinião, Krüger, *Fuentes*, pág. 20, e Riccobono, *Fontes*, 1, pág. 127-130. A verdade é, com efeito, que os romanos não chamavam *lex data* ao edito dos prètores, mas *lex annua* (Cic. *in Verr.* 2, 1, 42, 109). Quanto a algumas *leges* desta espécie, merecem destacar-se: o decreto de naturalização concedido por delegação do povo pelo pai de Pompeu, em 89, a cavaleiros espanhóis como prémio do seu valor durante a *guerra social* (é a mais antiga *lex data* que se conhece) (*vid.* Girard, *Textes*, pág. 61); os fragmentos dos estatutos municipais dados à colónia de cidadãos romanos *Julia Genetiva*, no ano 43 a Chr.; e ainda os restos dos estatutos municipais das cidades latinas de Salpensa e Malaga, na Espanha, dos anos 81 a 84. Vêr estas e outras leis em Girard, *Textes*, de pág. 61 por diante.

(2) *Vid. supra*, pág. 105.

(3) Girard, *Man.*, pág. 56.

sua legitimidade (1), contudo pode dizer-se que ele estava definitivamente fundado desde, pelo menos, a segunda metade ou fins do século I (2). Os senatusconsultos tornaram-se então verdadeiras leis (3). Sòmente, não conseguiram conservar por muito tempo êsse valor e êsse carácter, visto que, depois dos fins do século II, êles perdem já o seu carácter legislativo autónomo. Mais importantes do que êles, como resoluções menos propriamente do senado, são com efeito, talvez a contar do imperador Adriano (117-138), as propostas (*orationes*) que os príncipes se põe no hábito de lhe apresentar e às quais, de uma certa altura em diante, êsse corpo consultivo não faz mais do que aderir sistemàticamente,

(1) Gaio informa-nos incidentalmente que a fôrça legal dos senatusconsultos foi a princípio contestada (*... quamvis fuerit quaesitum*). *Vide* nota seguinte e *Dig.* 1, 3, 9.

(2) Gaio, 1, 4: *Senatusconsultum est quod senatus jubet atque constituit; idque vicem legis obtinet quamvis fuerit quaesitum.* Cfr. *Inst.* II, 3 e 1, 2, 5 e *Dig.* 1, 1, 7, pr.; 4, 5, 7 e *Dig.* 1, 2, 2.

(3) Segundo Girard, *Man.*, pág. 57, o senado não teria tido ainda durante o primeiro século, uma competência francamente legislativa em matérias de direito privado, sendo só desde o reinado de Antonino Pio (138-161) que se póde falar de verdadeiros senatusconsultos-leis. Todavia o mesmo escritor apresenta, como primeiro senatusconsulto possuindo já êsse carácter, o snc. *Tertuliano*, do tempo de Adriano (117-138). E de resto, se antes de Antonino Pio os senatusconsultos não teem um carácter legislativo estrito e autónomo, quando é então que, segundo Girard, o terão tido, se por outro lado êste ilustre romanista afirma que desde Adriano (antecessor de Ant. Pio) as propostas dos imperadores apresentadas ao senado foram a única parte importante com carácter legislativo dos senatusconsultos? O mesmo equivaleria então a negar o carácter e o nome de *Diárquia* ao principado, visto que os poderes do senado, pelo menos no campo legislativo, não teriam nunca passado de uma ficção. Reconhecendo que é impossível fixar a época em que as resoluções do senado teriam assumido fôrça legislativa em matéria de direito privado, julgamos mais próxima da verdade a opinião de Lenel (*Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, pág. 49 e seg.) que a faz remontar a meados do sé-

deixando assim àquele a exclusiva iniciativa e a responsabilidade das medidas tomadas sob essa forma aparente mas mentirosa de resoluções suas (1). Quando isto sucedeu, os senatusconsultos converteram-se assim em simples e puras *orationes principis in senatu habitae*, designação pela qual passaram até a ser conhecidos oficialmente mais tarde. Era a absorção completa, mas natural e lógica, pelos imperadores do que restava ainda das antigas liberdades políticas e do espírito das velhas instituições da República (2).

culo I. Dessa época temos nós já os sncs. *Velleiano*, o *Trebeliano*, o *Neroniano* e o *Macedoniano*; sabemos que Cícero ia ainda mais longe e referia já (nos *Topic.*, 5) os senatusconsultos entre as fontes de direito, e tudo nos mostra, por outro lado, que, extintos os comícios e ainda não desenvolvido o poder legislativo dos imperadores, nem tendo nunca tido os pretores um poder legislativo expresso, era ao senado que êsse poder devia necessàriamente caber. Cfr. Petit, *Traité élém.* (1913), pág. 32 e Pacchioni, *Corso*, I, 261. De resto, conservando o senado sob o Principado os seus poderes políticos e administrativos a respeito das províncias senatoriais, necessàriamente êle emanaria senatusconsultos com o mesmo valor das *leges datae* do imperador com o fim de as governar e administrar.

(1) Veja *Dig.*, 27, 9, 1, 2, contendo a *oratio Severi*, em que o imperador adopta diante do senado, na sua proposta, uma linguagem francamente imperativa.

(2) *Dig.*, 5, 3, 40 e 23, 2, 60. Cfr. Ulp. *Reg.*, 26, 7 e *Frag. Vatic.*, 294. Êste uso de designar os senatusconsultos ou de citar em vez dêles as respetivas *orationes* do príncipe, estava estabelecido desde os fins do século II. De resto, antes do príncipe outros magistrados podiam apresentar ao senado projectos de senatusconsultos-leis. Êsse direito pertencia em geral ao magistrado que convocava o senado, cônsules ou, na sua ausência, os pretores e os tribunos. Apresentado o projecto ou proposta, o senado discutia-o amplamente e, votado, era então lido ou proclamado perante a assembléa. Depois de redigido o seu texto, era depositado no *Aerarium*. O senatusconsulto constava, como as leis, de uma *praescriptio* com a indicação do nome do magistrado proponente, do logar e da data da votação do *texto* dividido em capítulos, e da *sanctio*. A isto seguia-se a indicação dos nomes dos senadores presentes e do logar onde devia ser afixada.

De numerosos senatusconsultos chegou até nós notícia certa e de alguns nos resta também, como das *leges*, o texto conservado em inscrições do tempo do Império (1). Entre outros, mencionaremos aqui dos que mais interessam ao direito privado: o senatusconsulto *Velleiano* (46), estabelecendo a incapacidade das mulheres para afiançarem (2); o sc. *Trebeliano* (56) acêrca dos fideicomissos, considerando o fideicomissário como um herdeiro a título universal (3); o *Macedoniano* (do tempo de Vespasiano, 69-79), proibindo os empréstimos feitos aos filhos de família (4); o *Pegasiano* (também presumìvelmente do tempo de Vespasiano), criando a favor do herdeiro fiduciário uma espécie de legítima similhante à *quarta Falcidia* no caso de herança absorvida por legados (5); o *Tertulliano* (do tempo de Adriano), chamando a mãe à sucessão *ab intestato* dos próprios filhos, ainda que nascidos fora do matrimónio (6); e,

(1) Os senatusconsultos aparecem geralmente designados nos textos por uma fórma adjectivada derivada do nome de um dos cônsules sob cujo consulado êles são emitidos, ou seja, por ex., *snc. Trebellianum*, isto é, snc. emitido ou aprovado, sendo cônsules Trebellio Maximo e outro (*Vid.* Gaio, 2, 253). Outras vezes os senatusconsultos são designados pelo nome do imperador que os inspirou; ex.: *snc. Claudiano, snc. Neroniano*, isto é, votados *Claudio auctore* e *Nero auctore* (Gaio, II, 19, 7). E outras vezes ainda o seu nome vem-lhes do nome da personagem a respeito de quem foram votados, como sucede com o *Macedoniano*, do nome do particular *Macedo*, cuja conducta o originou (*Vid. Dig.*, 14, 6, 1, pr.). Finalmente, há ainda alguns sncs. que não teem nome algum especial, como o snc. de Adriano a que os comentadores mais tarde deram a designação de *Juventianum*. Quanto a uma enumeração cronológica e sistemática dos senatusconsultos, pódem vêr-se Landucci, *Storia*, I, §§ 36-39, Girard, *Textes*, pág. 128, e *Man.*, pág. 58 e Pacchioni, *Corso*, I, pág. 269. *Vid.* também *Apend.* III no fim do vol.

(2) *Vid. Dig.*, 16, 1, 2, § 1; *ad snc. Velleianum.*

(3) *Dig.*, 36, 1, 1, 1 e 2; *ad snc. Trebellianum.*

(4) *Dig.*, 14, 6, 1; *ad snc. Mac.*

(5) Gaio, II, 254-259 e Ulpiano, 25, 14 e 4, 3.

(6) *Dig.*, 38, 17, 26, 8; *ad snc. Tertul. et Orphit.*

finalmente, o *Orficiano* (178), chamando os filhos à sucessão intestada da mãe, com preterição dos agnados (1), etc. etc.

Constituições imperiais

Mas as resoluções do senado deviam em breve ser substituídas como fonte de direito pelas resoluções dos imperadores, segundo estava na lógica do sistema político inaugurado com o principado de Augusto. As resoluções dos imperadores destinadas a criar normas de direito objectivo foram, porém, as constituïções ou ordenações imperiais (2). É esta a última das modalidades da lei como fonte jurídica, em sentido lato, que temos a considerar e que foi, do século III em diante, pode dizer-se, a fonte quási única do direto romano do Baixo Império e o agente de todas as suas últimas transformações.

Com efeito, quando o Imperador se tornou o único poder no Estado, compreende-se que a sua vontade se tornasse a única fonte de direito e a manifestação dela a única origem da *lex*. Ora a fôrça e a autoridade desta acharam se justamente na razão directa do progresso da autoridade do príncipe no campo político. Sem carácter legislativo próprio, a princípio, no tempo de Augusto e dos primeiros imperadores que se lhe seguiram — visto que um tal poder se não continha nas atribuïções do príncipe, sujeito êle mesmo às leis pela

(1) *Ibidem* De entre os snes. conservados em inscrições sirva de exemplo o célebre snc. de 176 *de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis* encontrado numa tábua de bronze em 1888, na Bética. *Corp. I. Lat.*, II, pág. 1032, 2, 6278.

(2) Gaio, I, 5; *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituitur. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.* Cfr. *Dig.*, I, 1, 7; I, 4, 1, pr. e *Inst.*, I, 2, 3.

constituïção do Principado (1) — certas das suas resoluções não tardaram, porém, a assumir de facto êsse carácter

(1) A questão do poder legislativo dos imperadores romanos, desde Augusto, tem sido na história do direito romano muito debatida. Se tomarmos ao pé da letra alguns textos dos jurisconsultos romanos dos séculos II e III no estado em que êles nos chegaram, não há dúvida de que teremos de admitir a atribuïção ao príncipe, desde Augusto, do poder de legislar. É o que se depreende, por ex.: da passagem já citada de Gaio na nota anterior; de uma outra de Ulpiano no Digesto (I, 4, 1, pr.): *quod principi placuit legis habet vigorem*; de uma outra de Pompónio também no Dig. (I, 2, 2, 11), e de uma passagem de Dion Cassio (*Hist.*, 54, 12), para não citarmos senão as mais importantes. Segundo esta concepção, o poder legislativo seria atribuído ao príncipe com a *tribunitia potestas* pela *lex regia de imperio*. É o que ensina Ulpiano no fragmento citado e é ainda o que com alguma probabilidade se poderia também concluir da leitura da *Lex de imperio Vespasiani* que possuímos fragmentariamente, como já se disse (*Vid.* Girard, *Textes*, pág. 107). Mas à fôrça probatória de todas estas considerações outras devem opôr-se que levam antes a concluir que o príncipe não teve desde o princípio um poder legislativo estrito, no que respeita pelo menos a Roma e à Itália, e que foi só mediante o decurso de uma certa evolução, embora esta impossível de reconstituír com segurança, que ele veio a adquirir um tal poder, primeiro na ordem dos factos e mais tarde, depois do I século e sobretudo a contar do III, na ordem do direito. Com efeito, em primeiro logar, o carácter dos acontecimentos que acompanharam a fundação do Principado e levam a falar de *diárquia*, a propósito dos poderes atribuídos ao senado nessa conjuntura, não favorece a doutrina referida. Em segundo logar, ficaria sem explicação porque é que Augusto teriarecusado por três vezes consecutivas a *cura legum et morum* que lhe foi oferecida (*Mon. Ancyr.*, 3, 14 e D. Cassio, *loc. cit.*) e porque é que, se êle *legibus solutus est* (*Dig.* I, 3, 31), todavia tem necessidade de ser dispensado da observância das leis caducárias. Ora a verdade é que essa frase: *Princeps solutus a legibus*, tirada do comentário de Ulpiano sôbre as leis caducárias, não se refere senão à isenção do príncipe a respeito dessas leis, não tendo o alcance geral que mais tarde se lhe deu. Além disso — e em terceiro logar — não se infere da *lex regia* de Vespasiano a atribuição ao príncipe de um poder legislativo pròpriamente dito, mas sòmente do direito de êle fazer tudo que julgar útil ao bem público, no quê se não deve vêr mais do que um amplo poder discricionário no exercício de funções executivas. Restam os textos de Gaio, Ulpiano e Pompónio e a passagem de D. Cas-

desde fins do I século ou, quando menos, desde Adriano (117-138) (1).

São várias as categorias ou espécies de constituições imperiais de que os jurisconsultos romanos nos falam nas suas obras, como diferente é também o grau de autoridade e obrigatoriedade de que gozaram. As suas espécies mais importantes são: os *edicta*, os *rescripta*, os *decreta* e os *mandata* (2). Os primeiros são, como quaisquer outros éditos emanados dos magistrados munidos do *jus edicendi*, declarações de carácter geral precisando as regras pelas quais se há de conduzir o respectivo magistrado no exercício das suas funções; são como que o programa ou o manifesto da sua administração oficial, como hoje se diria. A sua obrigatoriedade é tão geral e estende-se tão longe como a autoridade do príncipe e, portanto, a todo o Império e durante a sua vida (1). Os rescritos (*rescripta*) têm uma autoridade mais limitada. São respostas dadas pelos imperadores sôbre consultas em matérias de direito a magistrados ou a particulares; no primeiro caso, chamam-se mais propriamente cartas (*epistulae*), no segundo *subscriptiones*, e tem a sua autoridade limitada à pessôa a quem são dirigidas ou ao caso concreto sôbre que versam (2). Os decretos ou decisões (*decreta*), usados pelo

sio. Mas a respeito dêstes deve notar-se que todos viveram e escreveram já numa época (sec. II e III) em que o poder legislativo dos imperadores estava fundado, sendo natural que tendessem a interpretar o passado pelo que viam ser o seu tempo a êsse respeito. E de resto, não só quanto aos frag. de Ulpiano e Pompónio, tem todo o logar a suposição de que tenham sido interpolados, mas ainda, quanto a Gaio, essa mesma suposição é hoje possível. *Vid.* Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, Cfr. *infra*, *Epoca classica*. A única competência legislativa que, desde o comêço do Principado, se pode atribuir aos imperadores é a que diz respeito ao govêrno e administração das províncias imperiais e aquela que êles exerceram mediante a decretação das chamadas *leges datae*, de que já ficou tratado. Cfr. Girard, *Man.*, pág. 60, Petit, *Traité*, pág. 33, Cuq. *Man.*, pág. 27 e Pacchioni, onde o assunto é tratado com bastante originalidade, no seu *Corso*, I, pág. 280 e seg.

(1) São do seu reinado e do seguinte Gaio e Pompónio, justamente os jurisconsultos que já reconhecem ao príncipe, como prorogativa sua indiscutível, o poder de fazer leis em conseqüência da investidura dada pela *lex regia*.

(2) *Vid.* Gaio, I, 5, já citado, e *Dig.*, 1, 4, 1, 1. Gaio refere-se aos rescritos sob a designação de *epistulae*, que aliás são apenas uma das suas modalidades. As epístolas são escritos dirigidos às autoridades e magistrados na fórma de cartas; quando dirigidas a particulares, as respostas dos príncipes eram redigidas na própria consulta e chamavam-se *subscriptiones*. Quanto aos *mandata*, nem Gaio nem Ulpiano falam dêles, talvez pelo seu carácter quási exclusivamente administrativo.

(1) *Vid. Dig.*, 48, 18, 8, pr. A maior parte dos editos imperiais, contendo comunicações ao público ou regulamentos, referem-se, sobretudo os últimos, a questões de ordem política ou administrativa. Pôde vêr-se uma enumeração dos principais editos em Cuq, *Conseil des Empereurs de Auguste à Dioclétien* (1884), pág. 458, e em Mommsen, *röm. Staatsrecht*, II, pág. 868. Todavia alguns há regulando matérias de direito privado, como os editos de Augusto e Claudio proibindo a *intercessio* das mulheres a favor dos maridos (*Dig.*, 16, 1, 2, pr.), outro de Adriano, atribuindo ao construtor de má fé a propriedade do edifício levantado em terreno de outrém (*Cod.*, 8, 10, 5), etc. Mas, como já se disse, a propósito do valor das constituições em geral, os editos não podiam a princípio ser fonte de direito civil tendo o valor das leis, pelo menos em Roma e na Itália. Eram lei apenas nas províncias quando se destinavam a elas e, em Roma, podiam ser apenas fonte de direito pretório ou *jus honorarium*, determinando a acção jurisdicional dos magistrados. Quanto à sua forma exterior e modo de publicação, *vid.* Krüger, *Fuentes*, pág. 90. Umas vezes eram apregoados publicamente *per praeconem*, outras afixados; *vid.* le Blant, *Actes des martyrs*, 263 e Josefo, *Antiq. Judaic.*, 19, 5, 3, *apud* Cuq, *Man.* pág. 28.

(2) Os rescritos, pareceres, opiniões, *responsa*, como os dos jurisconsultos, também não oferecem, em geral, sob os primeiros imperadores, interesse no campo do direito privado. Ordinàriamente, contêm regras destinadas aos magistrados e funcionários imperiais, encarregados do govêrno das províncias, como se póde vêr da correspondência entre Plínio e Trajano, e apenas, para o direito privado, poderão referir-se os rescritos de Tibério (*Dig.* 48, 5, 39, 10), de Claudio (*ibid.*, 40, 15, 4, 1) e os de Trajano (*Dig.*, 26, 7, 12, 1; 36,

imperador assim como por todo o magistrado armado do *jus decernendi*, são verdadeiros julgamentos ou sentenças, já em primeira instância, já em apelação, sôbre casos controvertidos e concretos levados perante o tribu-

I, 3, pr. e 5 e 48, 5, 1, pr.). Só a partir de Adriano (117-138) é que os rescritos teem por objecto fixar a interpretação da lei e do edito e fazer a sua aplicação; mas ainda então, e posto sejam estes os mais importantes na história das fontes de direito romano, nem todos teem êste carácter. É assim, uns são meramente pessoais, concedendo privilégios a pessoas determinadas (ex.: *Dig.*, 1, 4, 1, 2); outros, e são os mais numerosos, limitam-se a aplicar direito em vigor.

Quanto aos que interpretam as leis e desta forma criam por vezes direito novo, também a respeito deles se deve dizer o que já ficou dito dos editos e, de um modo geral, das constituições imperiais: os destinados às províncias tiveram desde o princípio o valor da lei; os outros só o obtiveram no decurso dos séculos II e III. Mas ainda aqui é preciso distinguir entre o valor das respostas dos imperadores na ordem dos factos e na ordem do direito. E o que dizemos sôbre o valor dos rescritos, em geral, refere-se à ordem do direito. Na ordem dos factos, compreende-se que desde mais cedo os *responsa* imperiais valessem para os magistrados o que valesse a autoridade pessoal dos príncipes, sendo difícil imaginar que aqueles e os particulares se lhes opuzessem, não já só a respeito do direito aplicável às espécies propriamente visadas nos rescritos, mas ainda a respeito das espécies ou casos análogos. É o que, segundo cremos também, se depreende com toda a evidência da frase *ut jure non rescriptis ageretur* com que Macrino ordenou, nos princípios do século III, que não valessem os rescritos dos mais antigos imperadores (*Vid.* Capitolino, *Vita Macrini*, 13, nas *Historiae Augustae*), e o que se depreende ainda, com idêntica evidência, do facto de algumas vezes os jurisconsultos também terem discutido e criticado certos rescritos (*Dig.* 22, 1, 17, pr. e *Dig.*, 48, 19, 8, 1) e de, quando os atacavam, dizerem, como diziam a respeito das opiniões dos prudentes: *eo jure utimur* (*Dig.* 49, 1, 14, pr.; XII, 6, 26, pr. e 28, 6, 4, pr.).

Relativamente à forma, os rescritos continham, primeiro que tudo, o nome do imperador ou imperadores que davam a consulta; depois o nome das pessoas ou autoridades a quem ela era dada, acompanhado de uma fórmula de saudação (*salutem habe*). Esta parte era a *inscriptio*. Seguia-se-lhe o texto e depois ainda a *subscriptio* contendo uma ou mais palavras escritas pelo punho do imperador, como *scripsi* ou *rescripsi*, ou *vale*. Finalmente, vinha o *recognovi* da chance-

nal do príncipe; a sua autoridade impõe-se naturalmente apenas às partes com a fôrça de caso julgado (1). Finalmente, os mandados (*mandata*) são instruções de carácter sobretudo administrativo, similhantes na sua função às nossas instruções e portarias ministeriais, dirigidas aos funcionários e autoridades determinadas sôbre vários pontos de govêrno e administração pública (2).

Nem todas estas diferentes categorias ou espécies de ordenações imperiais tem, porém, para nós, no ponto de vista do direito privado, igual interêsse. As mais impor-

leis, garantido a autenticidade do documento e a data. *Vid.* Krüger, *Fuentes*, pág. 92. Os rescritos não eram dados a capricho do imperador, mas preparados pelos secretários de Estado (*a libellis*) escolhidos de entre os jurisconsultos mais autorizados.

(1) Os *decreta* ou decretos, emanações do *jus decernendi*, como os *edicta* o são do *jus edicendi*, não se ligam directa nem necessàriamente ao exercício do poder legislativo. Contudo, em muitos casos, concorreram para criar direito novo, temperando o rigor das leis com a equidade ou decidindo controvérsias. *Vid. Dig.*, 34, 9, 18, pr. Quando decidem uma controvérsia do foro, formulam regras gerais aplicáveis aos casos análogos. *Vid. Dig.* 48, 7, 7. Mas a respeito do valor legislativo dos *decreta* deve pensar-se o mesmo que dos *rescripta*, distinguindo o facto do direito, a Itália das províncias e o Principado da Monarquia absoluta. Sòmente que, tendo os *decreta* o valor de decisões judiciárias ou sentenças, tiveram sempre, sem serem leis, o valor de lei entre as partes como os *decreta extra ordinem* de qualquer outro magistrado.

(2) Em geral, os *mandata* destinavam-se aos governadores das províncias imperiais sob a forma de cartas individuais (*Vid. Dig.*, 47, 11, 6, pr.). Mas há também exemplos de serem enviados aos procônsules das províncias senatoriais, devido à vigilância que os imperadores também aí tinham o direito de exercer. (*Inscr. de Pergamo*, *C. Ins. Lat.*, III, 1086). Apesar do seu carácter predominantemente administrativo, às vezes encontram-se neles também regras de direito civil e criminal e alguns foram até estendidos na sua aplicação por rescritos a Roma e à Itália (*Dig.*, 47, 22, 4, pr.). O desenvolvimento desta espécie de constituições chegou a ponto de algumas províncias elas constituirem um verdadeiro código mais administrativo que outra coisa, o *Liber mandatorum*, que os governadores cessantes deviam entregar aos seus sucessores.

tantes e de maior alcance como fonte de direito são, sem dúvida, os editos, que pela sua generalidade e sobretudo pelo seu valor absoluto como leis, pelo menos nas províncias, não sofriam limitação alguma; e o mesmo se diga do seu valor em Roma depois do século IV, como veremos. Quanto, porém, aos rescritos e decretos, sendo meras opiniões e decisões sôbre casos concretos e limitados, não tinham, em princípio, como já dissemos, o valor de leis. As sentenças dos imperadores, bem como as suas opiniões, valiam tanto, no começo, como as de qualquer outro magistrado ou jurisconsulto: ainda quando vinculavam os juízes e as partes a que diziam respeito, contudo só podiam constituir verdadeira fonte de direito quando viessem a constituir uma jurisprudência constante, visto que só então podia destacar-se delas uma *auctoritas rerum similiter judicatarum*. Todavia ainda aqui se compreende que, sendo assim de direito, contudo os rescritos e os decretos do príncipe viessem, de facto, a ser desde cedo fonte de direito e a ter também quási o valor de leis, tendendo a serem regulados por êles todos os casos similhantes, à medida que se desenvolvia a sua autoridade política; e isto não só nas províncias, onde essa autoridade foi desde o princípio absoluta, mas até em Roma. Finalmente, importa não esquecer que foi sobretudo através das constituições imperiais que se formou em Roma todo o direito civil novo *(jus novum)* do alto Império oposto ao velho *jus civile* das XII Tábuas, depois que, extinta a actividade criadora dos editos pretórios a contar de Adriano, os imperadores foram, inspirados nos mesmos critérios, os beneméritos continuadores da sua obra.

A jurisprudência A jurisprudência está representada neste período pela sciência do direito, ou jurisprudência propriamente dita, e pela jurisprudência dos tribunais ou judiciária, chamemos-lhe assim, cuja mais alta

expressão se acha no edito do pretor. Foram, com efeito, estas neste período, ou, mais determinadamante, entre o segundo século antes da nossa era e o segundo depois de Christo, as mais activas e importantes fontes do direito romano. A elas se deveu sobretudo a grande renovação que o direito romano então experimentou e em virtude da qual justamente é dada a êste período da sua evolução histórica a designação de período do *jus gentium*. É que, com efeito, foi então que o novo sistema jurídico mais propriamente designado por êste nome, contraposto ao do *jus civile*, se constituiu pela obra dos pretores e dos jurisconsultos e foi pouco a pouco invadindo o sistema dêste último direito.

Edito do Pretor Vimos já quem era o pretor e a que acontecimentos de ordem política se deveu a criação dêste cargo em Roma, no ano 367 antes de Christo (1). O pretor era o magistrado que presidia, dentro da cidade, à administração da justiça civil, depois que se tinham desdobrado por um certo número de outros magistrados as várias funções exercidas até aí pelos cônsules. Era, a princípio, um magistrado único, emquanto a justiça e os tribunais existiram em Roma, como um privilégio, só para uso dos cidadãos. Porém, no ano 242 a. Cr. foi, além disso, criado um segundo logar de pretor, ou o pretor peregrino, em virtude do grande número de estrangeiros que já viviam em Roma nessa ocasião e cujas relações jurídicas entre si ou com os cidadãos, posto que estranhas ao *jus civile*, contudo demandavam já urgentemente uma disciplina mais rigorosa e um fôro especial onde fôssem garantidas. Ao passo, assim, que o primeiro *(praetor urbanus)* devia administrar a justiça entre os cidadãos, o segundo *(prae-*

(1) *Vid. supra*, pág. 45.

tor peregrinus) devia administrá-la entre os peregrinos ou entre êstes e os primeiros nas suas relações sobretudo comerciais. Ora foi no exercício da suas funções de jurisdição que ambos êstes magistrados criaram muito direito novo; o último elaborando pouco a pouco o sistema do *jus gentium*, e o primeiro fazendo penetrar uma grande parte do espírito e das doutrinas desta nova formação jurídica no edifício do velho direito quiritário (1).

Deve, porém, notar-se que o pretor não teve nunca em Roma funções pròpriamente legislativas e que, se êle criou direito, como de facto criou, êsse direito não constou nunca de normas jurídicas por êle expressamente formuladas e declaradas. O pretor era o servidor da lei para a aplicar, nunca um legislador (2). A sua actividade juridicamente criadora consistiu única e exclusivamente nos extraordinários poderes que, sobretudo por fôrça de uma célebre lei já referida, a *lex Aebutia* (3), do segundo século ante de Christo, lhe fôram conferidos ou, pelo menos, confirmados e desenvolvidos sôbre a

(1) Gaio, I, 6: *jus autem edicendi habent magistratus populi romani. Sed amplissimum jus est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem praesides earum habent.*

(2) *Vid. Dig.*, 4, 5, 28, 2; 38, 14, 1, pr. e 6, 2, 12, 4. As medidas tomadas pelo pretor diferem, com efeito, da lei, tanto no fundo como na fórma. E assim é que, se êle fala em nome desta, exercendo um acto de jurisdição, essas medidas ou disposições revestem então uma fórma imperativa. Se, porém, as suas ordens se fundam no seu *imperium*, nêsse caso teem a fórma de um conselho ou de um aviso: *censeo ut. Vid. Dig.* 43, 2, 1, pr.; 8, 2, pr. e 30, 1, pr. Além disso, quando o pretor estabelece direito novo, não diz *jus esto*; diz *judicium, actionem dabo. Cfr.* Também Cícero, *in Verr.* II, 1, 42 e 109 e *de invent.* II, 22. Por estas e outras razões é insustentável a tese de Laaducci (*La lex Aebutia, Estratto dagli atti del regio Istituto veneto di scienze...* Turim, 8, série 7, pág. 1618-1646), segundo a qual a competência legislativa teria sido pela lei *Aeb.* tirada aos comícios e dada aos magistrados em todas as matérias de direito privado.

(3) *Vid. supra*, pág. 129.

organização do processo judiciário (1). Foi portanto só indirectamente e mediante o uso que o pretor poude fazer das acções, como meio de defeza dos direitos, que êsse poder inovador e criador, de facto, veio a existir e se revelou. E a forma como êle o exerceu e a eficácia que lhe soube dar compreendem-se desde que se tenham presentes as suas prerogativas gerais como magistrado munido de *imperium* (2) e alguma coisa também do mecanismo da sua jurisdição, como êle foi sobretudo a partir da mesma *lex Aebutia*.

(1) Acêrca da importância da *lex Aebutia*, como ponto de partida para os extraordinários poderes do pretor sobre a organização do processo, deve notar-se que a opinião exposta sobretudo em Girard e segundo a qual o pretor não podia, antes dessa lei, recusar a acção ou prometê-la para casos em que o direito civil a concedesse ou recusasse é impugnada por alguns escritores, como por ex., por Mitteis (*röm. Privatrecht*, pág. 52), Lenel e Wlassak. A verdade é, porém, que, no estado actual do conhecimento que temos das fontes, não é possivel demarcar com precisão o começo do progressivo desenvolvimento que teve o edito do pretor. Tudo o que se póde dizer com absoluta segurança é que a actividade reformadora deste magistrado, muito limitada a princípio, e exercendo-se porventura sòmente através das fórmulas dos *interdictos*, das *estipulações pretórias* e das *missiones in possessionem*, recebeu um grande impulso por virtude da lei *Aebutia* que simplificou o processo judiciário. E que mais ou menos assim sucedesse, infere-se de Gaio quando este diz (IV, 11): *tunc* (no tempo das *legis actiones*) *edicta praetorum, quibus complures actiones introductae sunt, in usu non erant*. *Cfr.* Girard, *Man.* pág. 39 e Pacchioni, *Corso*, I, pág. 177 e *vid.* também Gaio, IV, 30.

(2) Com efeito, não era só organizando os *judicia* que o pretor intervinha na administração da justiça. Ao lado dessa função que acabou por se tornar preponderante, o pretor usava também e, certamente já antes da lei *Aebutia*, de certos poderes gerais de mandar e dar ordens aos cidadãos, fundados no seu *imperium* de magistrado e dos quais se serviu, administrativamente, para por vezes disciplinar, acautelar e até decidir certos direitos e situações. Desenvolvidos depois os seus poderes propriamente judiciários, esses outros poderes gerais de origem administrativa e os meios ou vias de procedimento inspirados nêles, deram mais tarde origem a outras tantas acções propriamente ditas. É a essa categoria de vias de procedimento e pode-

Como magistrado munido do *imperium*, o pretor tinha, com efeito e em primeiro lugar, além de outros direitos, o *jus edicendi*, isto é, o direito de publicar e afixar editos em que declarasse o programa da sua administração e os princípios ou normas dentro das quais ela se deveria exercer. O edito do pretor era assim, como os editos de outros magistrados, a comunicação feita ao público e como que o manifesto do seu programa judiciário; e êsse edito, que o vinculava (*lex Cornelia*, 67), assumia o valor de um compromisso válido para todo o tempo do exercício das suas funções e para toda a área dentro da qual estas se exerciam (1). Em segundo lugar, o mecanismo da sua jurisdição, fundado na lei acima referida, consistia fundamentalmente em ser êle o magistrado a quem os particulares deviam ir pedir, como outrora aos pontífices, as acções e as fórmulas das acções ou meios processuais de fazer valer os direitos com as quais iam depois, ligada à instância,

---

res gerais do pretor fundados no seu *imperium* que se devem referir os chamados interditos (*interdicta*), isto é, ordens formais ou intimações emanadas do magistrado a pedido dos interessados e dadas a certas pessoas para fazerem ou deixarem de fazer alguma coisa e que eram depois a origem de complicadas averiguações e decisões a favor e contra as partes (ex.: os *interditos possessórios* na sua primeira fase; as *missiones in possessionem*, ou autorização dada a certas pessoas para se apoderarem de certos bens ou se instalarem nêles a fim de determinar outras a uma certa conduta; as *stipulationes praetoriae*, ou estipulações e acordos a que as partes se deviam prestar por ordem do magistrado a fim de regularem de certo modo imposto por êle certas situações e direitos; e as *in integrum restitutiones*, ou declarações com as quais êle tinha como não realizados certos factos ou actos jurídicos que, no seu entender, iam ferir injustamente interêsses e direitos de certas pessoas). Ora os pretores usaram de todos êstes meios para suprir, durante muito tempo, as lacunas do direito civil, exercendo assim uma justiça a que hoje se chamaria meramente administrativa. *Cfr.* Girard, *Man.* 39, Pacchioni, *Corso*, I, 183 e II, 879 e Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, pág. 640 e seg.

(1) *Vid. supra*, pág. 130.

debatê-los perante o juiz (1). Ora é evidente que, dispondo das acções que eram a chave dos diversos direitos, podendo por conseguinte dá-las ou não as dar, fazer delas um uso conforme ou não conforme com o rigor do direito civil, o pretor vinha dêste modo a influir consideràvelmente na elaboração e desenvolvimento do direito. E posto êle não pudesse a princípio afastar-se do rigor da lei, dando acções para a tutela de situações que não constituíam por lei direitos ou negando-as em casos em que a lei as conferia, contudo e de facto com o tempo assim veio a suceder, usurpando aqui êste magistrado e como que revolucionàriamente as maiores liberdades e direitos (2).

---

(1) O pretor ouvia as partes, cujo arrazoado, exposição de factos e invocação de direitos, não tinha já de ser feito necessàriamente em termos solenes e sacramentais, como no antigo processo das acções da lei. Ouvidas elas, tirava depois as suas conclusões dos factos e direitos alegados e acabava por conceder ou negar a acção ao autor e lhe dar a respectiva *fórmula*. Esta era uma pequena instrução escrita ou um relatório da questão, no qual o pretor resumia e fixava os termos da controvérsia entre as partes, delimitando os seus respectivos direitos, e em que nomeava um juiz que a devia resolver de harmonia com as indicações *de jure constituto* ou *de jure constituendo* aí contidas. A *fórmula* era assim alguma coisa de parecido com a relação dos *quesitos* elaborados pelo juiz nos nossos tribunais criminais e destinados ao júri. Fixava-se nela, como se fixa nestes, a questão de direito; ao juiz romano, simples particular, como aos nossos jurados, pertencia depois julgar de facto apreciando a prova, mas sem se afastar dos termos em que a questão tinha sido posta pelo magistrado. Esta divisão do processo romano em duas fases, uma decorrendo perante o magistrado, o pretor (*in jure*), e outra perante o juiz, simples particular, árbitro ou jurado (*in judicio*), caracteriza, de resto, tanto o processo das *legis actiones* como o novo processo formulário. *Cfr.* Girard, *Man.*, pág. 49 e Pacchioni, *Corso*, I, pág. 183 e *infra*, *Instit. jurídicas, Processo*.

(2) O direito dos pretores fôra introduzido, com efeito, como já o diziam os jurisconsultos clássicos, para consolidar, suprir e corrigir o direito civil. *Vid.* Dig., I, 1, 7, 1: *jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam. Cfr. Dig.* I, 1, 8. Ora, o que é

De forma que nos últimos tempos da República e primeiros do Império o pretor veio de facto a achar-se na situação de poder dispôr discricionàriamente das acções, negando-as ou concedendo-as em contradição com o *jus civile*, ampliando-as e como que torcendo-as para as aplicar a casos que o direito não contemplava com a sua tutela e dêste modo, emfim, alargando constantemente a esfera das relações jurídicas tuteladas, a criar muito direito novo (1).

E agora compreende-se fácilmente a importância da obra do pretor como fonte de direito. O seu *edictum* foi justamente o meio de que êle se serviu para realisar esta obra. Foi no *edictum* que o pretor se poz no hábito de comunicar ao público, ao tomar posse do seu cargo, quais os casos em que daria as acções, o uso que faria delas e emfim os modelos das fórmulas que lhes diziam respeito e que os particulares deviam

certo é que, se eles começaram por fazer da sua jurisdição o meio de consolidar e de suprir o direito civil, como era natural, acabaram por fazer dela o meio de principalmente o corrigir. E foi assim que justamente puderam renovar o direito romano e criar o *jus gentium*.

(1) As acções que o pretor concedia aos particulares que recorriam à sua jurisdição, bem como as respectivas *fórmulas*, podiam ser, com efeito, ou segundo o *jus civile* (se eram dadas nas condições em que êste já as dava e para a tutela de situações que ele já garantia) e diziam-se, nesse caso, *in jus conceptae* (nesse caso também o pretor concedia-as *juris civilis adjuvandi gratia*); ou eram dadas de harmonia com as declarações contidas no seu *edictum*, atendendo a condições a que o *jus civile* tinha ficado indiferente, e chamavam-se então *in factum conceptae* (eram concedidas quási sempre *jur. civ. supplendi vel corrigendi gratia*); ou ainda eram dadas para a tutela de situações nem reguladas no direito civil nem previstas no edito e chamavam-se também *in factum*. Ás vezes o pretor dava também aos particulares as acções já concedidas no direito civil, mas em condições diferentes, aplicando-as, isto é, a hipóteses para que não tinham sido criadas (*actiones utiles*) ou até partindo ficticiamente do presuposto que alguma das condições exigidas pelo direito civil se tivesse verificado (*actiones ficticiae*). Vêr-se há oportunamente esta matéria quando se tratar do processo.

pedir-lhe (1). Quando isto se fez, o *edictum*, afixado no *album* do magistrado e colocado no *fórum* à vista de todos, tinha assumido o valor de um quási verdadeiro código de processo civil (2).

Esta preponderância do pretor no desenvolvimento do direito, assegurada pela forma que acabamos de dizer, só por si não nos explica ainda as vantagens e o sentido progressivo que tal facto teve. É evidente que a grande influência dêste magistrado na evolução jurídica romana podia ser vantajosa ou não, consoante ùnicamente o critério de que ele se servisse para conceder ou negar as acções e fórmulas judiciárias que lhe eram pedidas. De facto, essa influência foi, porém, vantajo-

(1) O *edictum* chamado *perpetuum* ou permanente, isto é, dado para todo o tempo do exercício de funções do respectivo magistrado (em contraposição ao edito determinado por circunstâncias novas e supervenientes, *edictum repentinum*), constituía assim uma longa declaração de medidas e casos em que elas deviam valer, bem como de modelos típicos de *fórmulas*, que o pretor fazia ao público e diante do qual ficava dêste modo vinculado. Era uma espécie de código de processo civil em que se fixavam em termos gerais as vias de procedimento com relação aos vários direitos, acompanhado de um formulário dos modos de as pedir. Podem vêr-se numerosos exemplos em Gaio, IV, 30 e seg. Quanto ao modo como os pretores anunciavam quási sempre as suas novidades de doutrina e a protecção jurídica que prometiam para as diferentes situações por eles tidas em consideração, consistia nestas palavras: *judicium dabo, actionem dabo* ou *non dabo, dabo possessionem, promiti jubebo, in integrum restituam*. Vid. Girard, *Textes*, pág. 137 e seg. Como se vê, mais uma vez, não era esta a linguagem do legislador. Mas também o *edictum* não era o mesmo que a *lex*.

(2) A publicação do *edictum* era feita em tábuas de madeira pintadas de branco (*album*) e expostas, ou no *Forum*, ou, mais tarde, nas basílicas onde os pretores administravam justiça. O seu conteúdo dividia-se em títulos e rúbricas distribuídas segundo uma certa ordem que é lícito supor fôsse aquela mesma que seguiram depois os jurisconsultos nos seus comentários ao edito de Sálvio Juliano. Vid. Gaio IV, 46 *in fine*, *Dig.*, 2, 13, 1, 1 e Seneca, *Epistol.* 48, 1, 1 e 117, 30. *Cfr. Diction. des antiq. romaines*, verb. *Album*.

ssima. Os pretores foram em regra jurisconsultos ilustrados e espíritos cultivados ou pelo menos iniciados no conhecimento da filosofia grega que então começava a dominar em Roma (1). E êste facto somado da circunstância de o antigo direito civil romano se mostrar então, dia a dia, na ordem dos factos, cada vez menos apto a regular, na sua rigidez e exclusivismo, as novas relações da vida social, impunham-lhe, com efeito, a aplicação de critérios mais humanos e equitativos na distribuição da justiça e que melhor se adaptassem às novas concepções e às novas necessidades. E foi dêste modo que o pretor urbano poude assim transportar por meio dos seus editos para dentro do *jus civile*, estrito e formalista, os conceitos filosóficos do *jus naturale*, importados da Grécia pelos estóicos, e as doutrinas do *jus gentium* elaboradas em Roma e nas províncias, ao contacto dos direitos estrangeiros, pelo pretor peregrino e pelos governadores (2).

(1) A conquista da Grécia e a sua redução a província romana (Achaia) é, justamente, como se sabe, de 146 a. Chr.

(2) Segundo alguns escritores, o próprio processo formulário ou um processo parecido estava já em vigor na jurisprudência peregrina, como meio de aplicar o direito nas questões entre peregrinos ou entre estes e os cidadãos. A lei *Aebutia* não teria assim creado nada de novo, mas apenas transportado para a jurisdição e organização judiciária civil essa fórma mais simples de processo, subordinando-a a certos critérios de adaptação e de contemporização com certos elementos tradicionais da vida judiciária romana. Pódem vêr-se neste sentido: Wlassak, *röm. Privatrecht*, I, p. 62 e seg., Huschke, *Analecta literaria*, pág. 217; Bethman-Hollweg, *röm Civilprocess*, II, p. 15 e seg. e Voigt, *jus naturale und. j. gent. der Römer*, II, 194. No mesmo sentido, ver também Girard, *Man.*, pág. 1010 e 1011, que vae buscar os antecedentes e a ordem do processo formulário a instituições provinciais e a influências de direitos locais e, por conseguinte, estrangeiros. De resto, não era só em Roma, no tribunal do pretor, nem só na Itália, nas prefeituras (onde um *praefectus jure dicundo*, representante do pretor romano, administrava justiça), que este novo processo vigorava; era também nas províncias, onde, no tribunal dos governadores, os peregrinos e os cidadãos lhe vinham igualmente pedir as *fórmulas* das suas acções, também constantes dos seus *edicta* e afixadas nos seus *alba*. Isso habilita assim a relacionar ainda mais estreitamente a origem e o funcionamento desta fórma de processo com as instituições e os direitos estrangeiros.

A actividade criadora de direito exercida pelos pretores romanos não durou, porém, muito tempo depois da fundação do Império. Como sucedeu com as *leges* e os *senatusconsultos*, também aqui a lógica do sistema político imperial se mostrou incompatível ao cabo de algum tempo com outra forma de criação do direito que não fôsse a vontade do príncipe expressa nas suas constituições, única fonte de direito em actividade, como já dissemos, para cá do século III. A parte verdadeiramente original e criadora da jurisprudência pretória foi-se assim perdendo e definhando pouco a pouco. Depois de um largo período de renovação do direito pela obra do pretor (último século da República e primeiro do Império) o fundo de doutrina contido nos editos foi-se pouco a pouco fixando. À sua estratificação correspondeu naturalmente a sua reprodução textual e automática numa série de gerações de pretores (1). Também a vida social romana, depois de um período de intensa renovação, adaptada por fim às novas condições jurídicas, tinha-se de novo fixado dentro dos novos quadros e concepções políticas e sociais, ou tendia para uma nova estabilidade. E nestas condições, os extraordinários poderes dos pretores perdiam de facto a sua

(1) Era ao que se dava o nome de *edictum translaticium*, *pars translaticia*, a parte do edicto que tendia a tornar-se imutável e era o produto de uma grande soma de experiências anteriores que tinham dado bons resultados e daí tendiam a fixar-se em doutrina permanente, em oposição à *pars nova*, resultado dos *edicta repentina* dos últimos pretores. Segundo Girard, esse fundo imutável e definitivamente adquirido constituiria já, no fim da República, a maior parte do *Edictum* (*Man.*, pág. 42). Veja Cícero, *In Verrem*, 2, 1, 44, 114; 45, 116 e 117; e *ad. Att.*, 5, 21, 11.

razão de ser (1). Por fim, a traduzir êste estado de coisas, intervêm os imperadores; primeiro, para impô-rem ou aconselharem aos magistrados as reformas a introduzir no edito, e, por último, ordenando a sua codificação oficial.

O Edictum Perpetuum Entre os anos 129 e 138, o Imperador Adriano foi, porém, quem levou a cabo esta codificação, encarregando dela um dos mais notáveis jurisconsultos do seu tempo, o jurisconsulto Sálvio Juliano; e foi a êste novo código que se deu o nome de *Edictum perpetuum* (2).

(1) *Vid.* Seneca, *de tranquilit.*, 3: *praetor, adeuntibus adsessoribus, verba pronuntiat.* Todavia deve considerar-se exagerada a opinião daqueles que sustentam que, sob o Principado, e a partir de Augusto, os pretores perderam toda a iniciativa de introduzir inovações nos seus *edicta*, como sustenta Krüger (*Fuentes*, pág. 80). *Vid.* Karlowa, *röm. Rechtsgesch.*, pág. 628.

(2) Êste trabalho de unificação e fixação do *jus honorarium* fôra já tentado por Augusto, segundo informa Suetónio (*Jul.*, 44), e os seus projectos neste sentido parece terem tido até um começo de execução, visto o jurisconsulto Aulus Ofilius ter posto por ordem o edito do pretor *de jurisdictione* (*Dig.*, 1, 2, 2, 44). Quanto à codificação por Adriano e parte que nela teve o jurisconsulto Salv. Juliano, as principais informações que temos são as de: Eutrópio (séc. IV) (8, 9), Aurel. Victor (s. IV) (*de Caesar*, 19) e Justiniano, na sua constituição *Tanta*, § 18 (no Dig.). Atestado assim o facto, a sua data precisa é, porém, duvidosa. S. Jerónimo, na sua crónica (séc. V), atribúe-lhe o ano 131; mas esta data tem sido contestada (*Vid.* Girard, *Mélanges*, I, p. 214 e seg. e Krüger, *Fuentes*, p. 82). O certo é contudo que, não podendo ser anterior a 129, data em que Pompónio escreveu o seu *Enchiridium* (Dig. 1, 2, 2, 53 e 12) onde não faz referência a êste facto, êle terá de ser colocado entre essa data e a morte do imperador Adriano (138).

De resto, não ficam por aqui as dúvidas que, a respeito do *Ed. Perpetuum*, se levantam para a crítica histórica. Assim, ignora-se qual tivesse sido a extensão e a importância desta obra, com que critério ela foi feita; se teria tido um carácter puramente formal e sistemático de compilação, ou um alcance substancial pela introdução nela de doutrinas e princípios novos; se se teria limitado aos editos do pretor urbano, ou teria abrangido também os do pretor peregrino e dos edís curúis. Tudo quanto se póde dizer ácêrca dêstes pontos duvidosos é apenas o seguinte: — não é provavel e é mesmo quási inadmissível que o *Edictum* fôsse apenas uma compilação sem nenhuma originalidade. Tal hipótese não se compadece, nem com o carácter geral das reformas introduzidas por Adriano na administração judiciária da Itália, nem com a importância extraordinária que o seu Edito passou a ter aos olhos dos contemporâneos e da posteridade, nem com o prestígio do nome de Sálvio Juliano, nem, muito menos, com o facto de as fontes atribuirem a êste jurisconsulto uma importante cláusula edital, a que se refere o Digesto (37, 8, 3 e 37, 9, 1, 13) (*de conjungendis cum emancipato liberis ejus*). Estas considerações impõem, pelo contrário, que se veja na obra de Adriano e Juliano uma revisão e remodelação da obra anterior dos pretores, a qual teria assim sofrido eliminações, correcções e aditamentos de um carácter, mais que formal e sistemático, verdadeiramente substancial.

Quanto à extensão, a questão, isto é, de saber se no *Edictum perpetuum* teriam sido compreendidos os edictos do pretor peregrino, dos edís curúis e dos governadores das províncias, esta é ainda mais duvidosa do que a anterior. Não temos nenhuma informação directa a este respeito. A nós parece-nos, porém, que a hipótese de esses outros editos terem sido compreendidos na obra de Salv. Jul. deve ser posta de parte sem hesitação, posto seja uma questão diferente a de saber se, em todo o caso, esses editos não terão sido objecto de uma codificação idêntica ou parecida com a do edito do pretor urbano e realizada dentro da mesma orientação de uniformização do direito e subordinação dos seus órgãos aos imperadores. Mas nós julgamos que nem mesmo esta segunda opinião — que é de resto a geralmente adoptada — e excepção feita dos edís curúis, posse ter-se por demonstrada, visto fundar-se numa base meramente conjectural e ser apenas exigida por razões de uma lógica toda de simetria. A verdade é que a uniformização do edito do pretor urbano tinha lógicamente a sua principal razão de ser na reforma introduzida por Adriano na administração judiciária da Itália, uma vez que esta foi no seu tempo dividida

Esta fonte de direito, a segunda grande tentativa de codificação do direito romano, assim como a Lei das XII Tábuas, não chegou, porém, até nós. Tudo o que dela nos resta consta apenas de alguns fragmentos de comentários feitos sôbre o primitivo texto do *Edictum*

ou sôbre o próprio comentário de Salv. Juliano por alguns jurisconsultos da época clássica, com o auxílio dos quais se tem recentemente tentado fazer, e deve dizer-se que com sucesso, a sua reconstituïção (1).

---

em quatro distritos e sujeita à jurisdição dos *legati consulares*, como ensina Ael. Spartiano (*Hist. Aug.*, Adriano, 22, 13). Ora, o mesmo se não pôde dizer, pelo menos, dos éditos dos governadores provinciais, visto que esses se não viram a achar no tempo de Adriano — que nos conste — em condições de justificar uma reforma tão importante, mantendo-se ainda nesse tempo as províncias, em geral, como se mantinham, tão longe daquela unidade de vida política e jurídica que tiveram mais tarde no tempo de Diocleciano. Nem se diga que a obra perdida de Gaio, *Comentário ao edito provincial*, prova a existência de um *Edict. perp.* para os governadores, porquanto se não sabe se Gaio aí comentava um tipo abstracto e uniformizado de edito, se um edito particular de uma certa província. De resto, quanto ao edito do pretor peregrino em Roma, o que sabemos por Gaio é que êle se mantinha ainda em vigor no século II, ao lado do do pretor urbano, como edito diferente, sendo portanto grandemente para estranhar que, se êle tivesse sido objecto de uma codificação tão importante e similhante à do outro, contudo nenhuma notícia de tal facto tenha chegado até nós. Veja, em todo o caso, Girard, *Man.* p. 53 a 55 e Krüger, *Fuentes*, p. 82 e seg. Quanto à codificação dos edis curúis, quanto a esse sim, sabe-se que ela foi objecto de uma redacção oficial e se tornou um apêndice do edito urbano, tendo feito o mesmo mais tarde Alexandre Severo pelo que respeita aos éditos do prefeito do pretório. *Vid. Cod.* I, 26, 2.

(1) Êsses fragmentos acham-se compreendidos no Digesto e dizem respeito a tres dos principais comentários que foram compostos na época clássica sobre o *Edictum*. São êles os comentários do próprio Salv. Juliano, de Paulo e Ulpiano. Com êsses fragmentos e ainda os da obra de Gaio sôbre o edito provincial é que nós podemos conhecer o essencial do texto desta importante obra, visto que cada um dêles contém ainda na *inscriptio* a indicação do livro do Edito onde estava contida a doutrina objecto do comentário. Quando as indicações contidas nessas quatro obras concordam entre si, é evidente que por elas ficamos possuindo o conhecimento da ordem das matérias no próprio edito. Quando isto não sucede, deve então recorrer-se à ordem delas no mesmo Digesto a qual, como se sabe, reproduz no seu conjunto também a ordem do Edito. Assim, o *Edictum* dividia-se em quatro partes, compreendendo a 1.ª as regras relativas à marcha

A sciência do direito Mas de entre as fontes de direito não é só o edito do pretor que comunica a êste período um grande interesse. Ao lado dos pretores, os jurisconsultos desempenharam também um papel importante na formação do novo direito, sendo neste período, dentro do qual está compreendida a chamada época clássica (desde Augusto até à morte de Alexandre Severo em 235) (1), que a sciência do direito atingiu igualmente o seu período áureo de explendor.

Como vimos acima, a sciência do direito que fôra nos seus começos monopólio exclusivo dos pontífices, tinha-se secularizado e tornado acessível a todos os

---

do processo até à organização da instância (títulos 1-13); a 2.ª (14-24) talvez as regras relativas aos processos sujeitos ao *rerum actus*; a 3.ª (24-35) as relativas a outras vias de direito mais rápidas; e a 4.ª (36-42), as regras relativas à execução das sentenças e recursos. Cada uma destas partes contém editos e *fórmulas* correspondentes às acções creadas pelo pretor e fórmulas de acções para as acções civis. Por fim, o Edito contém ainda, em apêndice, um certo número de fórmulas de interditos, de excepções e de estipulações pretórias; divide-se em títulos designados por rúbricas e subdivididos em capítulos, contendo cada capítulo um certo número de cláusulas.

O *Edictum* foi aprovado pelo senado por meio de um senatusconsulto e assumiu deste modo um valor e uma autoridade ilimitados. Depois dêle nenhum pretor podia introduzir alterações no edito, embora continuasse tendo o *jus edicendi*. Só o imperador podia introduzir nêle as modificações que a experiência aconselhasse (*Vid. const. Tanta*, no Digesto), e assim a publicação do edito feita pelo magistrado ao tomar posse do seu cargo, não foi mais por último do que uma simples formalidade. Sôbre a reconstituïção do Edito, ver sobretudo as obras de Rudorff, *die Julianische Ediktsredaktion*, na *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, V e III, (1864) e *de jurisdictione edictum*, 1869 e Lenel, *Das Edictum perpetuum* (1883). *Vid.* Girard, *Mélanges*, I, pág. 177 e seg., *Textes*, pág. 137, e *Apend.* IV no fim do vol.

(1) Mais rigorosamente, costuma também dar-se a designação de época clássica à época compreendida nos reinados dos Antoninos e dos Severos, isto é, desde Nerva (96) até Maximino (235) e portanto ao século segundo e primeiras décadas do terceiro da nossa era.

cidadãos desde os princípios do III século antes da nossa era (1). Condicionada essa democratização da cultura jurídica pela publicação do já referido *Jus Flavianum* e iniciada com a actividade do primeiro pontífice máximo plebeu, Tibério Coruncânio, em 299, essa sciência desenvolve-se sobretudo com a contribuição de Sexto Élio Peto (197 ?), de M. Manilio (148?), P. Scaévola (132), Júnio Bruto e Rutílio Rufo (114 ?), dos quais sabemos terem publicado já algumas obras jurídicas (2). Destes foi, porém, Élio Peto o nome mais ilustre da primeira jurisprudência romana, pois a êle deveram os seus contemporâneos, além de uma vasta colecção de fórmulas das *legis actiones* ou o chamado *Jus Aelianum*, uma outra obra de maior folgo intitulada *Tripertita* e contendo, ao lado do texto das XII Tábuas, a *interpretatio* das mesmas e ainda uma colecção de fórmulas das respectivas acções, segundo nos informa Pompónio (3). E a importância desta obra é-nos atestada pela veneração de que foi objecto por parte dos jurisconsultos posteriores que, vendo nela a primeira obra scientífica do direito romano,

(1) *Vid. supra*, pág. 72.

(2) *Cfr.* Pompónio, *Enchiridium*, no *Dig.*, 1, 2, 2, 38 e seg., onde, além destes, são ainda mencionados M. Porcius Cato (234 a. Chr.), P. Mucius, Q. Mucius, A. Gallus, Balbus Lucilius, S. Papirius, G. Juventius, P. Aelius e P. Atilius. *Cfr.* Cicero, *de oratore*, 58, 246; *de legibus*, II, 19-21, Varrão, *de re rustica*, 2, 5, 11; 2, 3, 5 e 2, 4, 5, Suetónio, *Aug.*, 89 e Gaio, II, 35.

(3) *Ibidem*, § 7: *... augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum;* e § 38, *ibid.: S. Aelium etiam Ennius laudavit et extat illius liber qui inscribitur* tripertita, *qui liber veluti cunabula juris continet: tripertita autem dicitur, quoniam lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio; ejusdem essa tres alii liberi referuntur, quos quidam tamen negant esse ejusdem.* Cfr. Cicero, *Pro Murena*, 11. Alguns escritores identificam o *Jus Aelianum* com os *Tripertita*, como Karlowa, Lenel e Bremer.

lhe chamaram o berço da jurisprudência *(veluti cunabula juris)*, sendo fora de dúvida que foi ela o ponto de partida de todos os posteriores comentários ao primeiro código romano do tempo dos decênviros (1).

Jurisconsultos da República

A estes outros jurisconsultos se seguiram ainda no tempo da República, representando uma nova fase mais sistematizada na cultura científica do direito e cuja influência nos jurisconsultos da época clássica foi indubitável, como Q. Múcio Scaévola (81) autor de um *jus civile* que teria ao que parece inspirado mais tarde o de Masúrio Sabino (2), Aquílio Gallo (86), Sérvio Sulpício Rufo (43), considerado por Cícero como o maior jurisconsulto de Roma (3), Alfeno Varo (39), Aulo Ofílio, Aufídio Namusa, Trebácio Testa, Cascélio, Élio Túbero e Élio Gallo, todos estes dos últimos anos da República (4). De uma maneira geral, pode-se caracterizar a obra destes jurisconsultos dizendo que foram eles, sobretudo os do fim da República, que fundaram definitivamente a sciência do direito. Não rompendo bruscamente com

(1) Já se tem pretendido que fôsse a obra de S. Ael. Petus o primeiro modelo em que se teria inspirado o sistema de direito civil de Masúrio Sabino (Voigt, no vol. VII das *Abhandlungen der philol.-histor. Klasse der königl. sächsischen Gesellschft d. Wissenschaften*, Leipzig, 1875). Do pouco que sabemos acêrca do conteúdo dos *Tripertita* é, porém, mais verosímil que, como nota Pacchioni, e sendo êles um comentário às XII Tábuas, tenham sido antes o modêlo de todos os posteriores comentários dêsse género. *Vid.* Pacchioni, *Corso*, I, pág. 66 e nota 83.

(2) *Vid.* Pompónio, *loc. cit.*, no Digesto.

(3) *Vid.* Pompónio, *ibid.* e Cícero, 41, 152 e 153.

(4) Todos enumerados por Pompónio e alguns referidos no Digesto e nas Institutas (Vid. Dig. 5, 1 76 e Inst. II, 25, pr.). *Cfr.* também Suetónio, *Caesar*, 43, S. Isidoro, *Origines*, I, 5, 4 e Cícero, *de oratore*.

os métodos e tradições da antiga jurisprudência pontifical, continuando a *agere, cavere* e *respondere*, mas por outro lado afastando-se já da letra da lei e do fetichismo dos casos precedentes, estes jurisprudentes praticaram já uma dialética mais aberta a todas as exigências da razão e fundamentaram mais livremente os seus *responsa*. Em vez do exclusivo método da autoridade, admitiram e aplicaram também à sciência jurídica os métodos de indução e dedução, confrontando casos e factos para formular a lei geral e partindo desta para estabelecer distinções e excepções na matéria jurídica. E assim a sua literatura, em vez de constar apenas de áridos formulários ligeiramente comentados e de ingénua crítica, como o de Élio Peto, poude já apresentar colecções de decisões, de regras ou princípios, de definições e de distinções (1).

O período clássico Mas é sobretudo a partir de Augusto e até cêrca de meados do século III que a jurisprudência romana atinge o seu mais elevado grau de perfeição na chamada época clássica. É então que aparecem os maiores nomes dessa sciência e, entre outros, os de Lábeo, Cápito, Masúrio Sabino, Próculo, Cássio Longino, Sálvio Juliano, os dois Celsos, pai e filho, Nerácio Prisco (2), Sexto Pompónio (1), Gaio (2) e acima de todos, como os maiores nomes da jurisprudência romana, os de Papiniano, Paulo

(1) Uma notícia detalhada ácerca dos jurisconsultos da República, sua vida e suas obras, bem como das fontes históricas a seu respeito póde vêr-se em Landucci, *Storia*, I, §§ 55 e 56. *Vid.* também Pacchioni, *obr. cit.*, pág. 195 a 207.

(2) Acêrca de todos estes jurisconsultos contém ainda notícia o citado frag. de Pompónio, no Digesto. Para mais completa notícia sôbre os jurisconsultos clássicos e as suas obras, *vide*, porém, a obra já repetidas vezes citada de Krüger, *Fuentes*, pág. 131-211, de Landucci, *Storia*, §§ 57-62, o *Index Florentinus* junto ao Digesto na edição de Mommsen e as tábuas publicadas por Lenel na sua *Palingenesia juris civilis*, II, no fim do volume.

(1) Jurisconsulto fecundo, do século II, autor de um comentário de direito civil (*libri ad Sabinum*) e, além de outras obras, do mais vasto comentário *ad Edictum* de que temos notícia, bem como de uma história do direito (*Enchiridium*) de que já aqui foram citados alguns trechos e de que há um importante fragmento no Digesto.

(2) A autoridade e reputação de Gaio, como jurisconsulto, data da *lei das citações* (*vid. infr.*, 3.º período, § *jurisprudência*), onde o seu nome aparece, pela primeira vez, ao lado dos de Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino, gozando da mesma autoridade do que êles. Entre as suas obras, a mais notável das quais é o livro elementar de direito, chamado *Institutas*, figuram, além desta: os *rerum quotidianorum sive aeurorum libri VII*, desenvolvendo os pontos de direito de maior importância, talvez um complemento das *Institutas*; os 32 livros *ad edictum provinciale*, comentário dêste edito a que já atraz foi feita referência; um livro de regras (*liber regularum*), um comentário sôbre os fideicomissos, e outros comentários relativos à *bonor. possessio*, às *leges Julia e Pap. Poppaea* e sucessão dos libertos, etc. A sua obra mais importante para nós são, porém, as *Institutas*, cujo texto possuímos hoje quasi inteiro, depois da descoberta do palimpsesto de Verona (*vid.* mais adeante), e cuja autoridade foi desde o século V enorme, visto que um resumo delas fez parte da *Lex romana Wisigothorum* e foi portanto texto de direito romano muito generalizado nos países da Europa ocidental desde a Idade Media. Quanto, porém, à vida e individualidade de Gaio, nada sabemos senão através da sua obra, tendo isto dado origem a larga discussão e tendo já havido até quem tenha negado a sua existência com fundamento no nome, que parece ser um simples *praenomem* e que, para alguns, bem poderia ser o de Gaius Cassius Longinus. Vêr a êste respeito Girard, nos *Textes*, pág. 220-221, onde se consigna a opinião mais vulgarizada hoje de que Gaio, tendo vivido até os fins do século II, teria sido um professor de direito, vivendo numa das províncias gregas do Império, talvez, como quere Mommsen, na Ásia proconsular. A obra de Gaio caracteriza-se por uma grande clareza de exposição das instituições jurídicas, o emprêgo dos pontos de vista a que hoje chamamos históricos e comparativos no estudo do direito, olhando sempre ao passado das instituições e ao seu confronto com as dos peregrinos. Todavia Gaio, sendo um hábil sistematizador de doutrinas, careceu de originalidade e de profundidade.

e Ulpiano (1). Os dois primeiros fôram os chefes de duas escolas de jurisconsultos que, posto não sejam bem conhecidas as características doutrinárias que as diferençavam, chegaram até meados do segundo século da nossa era: a dos Proculeanos (do nome de Próculo, sucessor e discípulo de Lábeo) e a dos Sabinianos (do

(1) Estes três foram os maiores dos jurisconsultos romanos. Papiniano *(Aemilius Papinianus)* foi contemporâneo e amigo de Septímio Severo, tendo desempenhado os mais altos cargos do Estado até ao de prefeito do pretório, sob aquele imperador e sob Caracala, por quem foi morto (*Hist. Aug. Sever.*, 21, 8). Supõe-se natural da Síria, de Aemessa, e como sendo dêle temos notícia, entre outras obras, de um livro de *quaestiones (quaestionum libri XXXVII)* e de outro de *responsa (responsorum libri XIX)* (*Vid.* Girard, *Textes*, 371 a 376), do último dos quais possuímos, além dos fragm. do Digesto, um extracto também contido no fim da *Lex rom. Wisig.*, assim como de dois outros (dos livros V e IX), com notas de Paulo e Ulpiano, descobertos recentemente no Egito. Papiniano acentuou sobretudo, no modo de tratar o direito e de resolver as suas questões, uma grande preocupação moral. Há no Digesto 595 frag. extraídos da sua obra e a sua autoridade foi tão grande que foi sempre considerado, desde o século III, como o maior jurisconsulto romano. S. Jerónimo contrapunha-o, no campo do direito humano, a S. Paulo no campo do direito divino e Constantino, para realçar o seu prestígio, retirou todo o valor legal às notas de Ulpiano e Paulo sôbre as suas obras.

Paulo *(Iullus Paulus)* foi contemporâneo de Papiniano e viveu também no tempo de Sep. Severo e de Caracala, tendo chegado a prefeito do pretório sob Alex. Severo. Foi dos mais fecundos jurisconsultos. Além de vários comentários às obras de outros jurisconsultos, escreveu também 86 obras sôbre os mais variados assuntos de direito tanto público como privado, sendo assim um dos jurisconsultos mais aproveitados pelos compiladores de Justiniano para a elaboração do Digesto. Destas obras, muitas delas simples monografias, as mais importantes fôram o seu comentário ao edito *(ad edictum libri LXXX)*, um tratado de direito civil (*ad Sabinum libri XVI*), livro de *quaestiones* e de *responsa*, e, sobretudo, o mais popularizado, um livro de sentenças *(sententiarum libri V)*, obra elementar que adquiriu larga difusão na época post-clássica e chegou até nós numa fórma abreviada através também da *L. R. Wisig.* Paulo foi um escritor também pouco original e de estilo complicado e confuso, o que não obstou

nome de M. Sabino, sucessor e discípulo de Cápito) (1). Mas esta diferenciação dos jurisconsultos consoante a sua filiação nestas duas escolas é de menos importância ao lado de uma outra que nos aparece desde o tempo de Augusto e se funda no diverso grau de autoridade que foi atribuida aos seus *responsa*.

A autoridade das respostas e opiniões dos jurisconsultos romanos como fonte de direito, dada sobretudo a extraordinária importância que tinha assumido a jurisprudência nos fins da República, não podia, com efeito, escapar — segundo sempre a lógica do sistema político do Império — às tentativas de invasão e compressão

porém à sua consagração como um dos maiores jurisconsultos de Roma. *Vid.* Girard, *Textes*, pág. 377.

Ulpiano, finalmente, *(Domitius Ulpianus)*, natural da Fenícia (Tiro) e contemporâneo dos anteriores, com a mesma carreira que eles, forneceu para o Dig. mais de um terço dos fragm. de que êste é composto. Foi também um jurisconsulto abundante, mas a sua obra tem sobretudo um carácter compilatório e sistemático; o seu estilo é porém elegante e fácil, o que lhe deu em todos os tempos uma grande popularidade. Recentemente, os seus merecimentos como um dos maiores jurisconsultos romanos teem sido negados (Pernice, *Ulpian als Schriftsteller)*, o que não impede que das suas obras *(libri ad edictum, ad Sabinum, institutiones, opiniones*, etc.) seja justamente uma delas, o *liber singularis regularum*, uma das mais instrutivas que, a despeito de todos os êrros dos copistas e modificações, nos resta dos tempos clássicos. *Vid.* Girard, *ibid.* pág. 458.

(1) *Vid.* Pompónio, frag. do Digesto (1, 2, 2, 47 e seg.) já citado. Não se faz aí referência à origem das duas escolas de jurisconsultos. Todavia a opinião mais seguida é a de que, presumivelmente, as causas que as determinaram fôssem de natureza política. Cápito teria sido um fervoroso partidário de Augusto e do novo regime por êle inaugurado (*Vid.* Suetónio, *Aug.*, 54 e Tácito, *Ann.*, 3, 75) e Lábeo um republicano intransigente (*Vid.* Pernice, *Ant. Labeo. Das röm. Privatrecht im erst. Jahrh. der Kaiserzeit.*).

Seja como fôr, porém, a respeito desta razão de divergência inicial entre os dois jurisconsultos e as suas escolas, o que é certo é que, com a continuação do tempo, a ela se associou também uma certa diferença de critérios e de doutrinas propriamente scientíficas. Isto

por parte da autoridade do príncipe. A mesma causa que tinha ido pouco a pouco ferindo na sua livre actividade os comícios, o senado e os pretores actuava também aqui, com um critério mais ou menos político e contemporizador, para subordinar a si a jurisprudência e os jurisconsultos. Sòmente que aqui, como no caso do pretor, o respeito da tradição e o prestígio incomparável destas funções impunham que se caminhasse mais de vagar e se adoptasse para com elas uma política de atracção. Foi o que fez Augusto concedendo aos jurisconsultos que se mostravam favoráveis à sua política o *jus respondendi ex auctoritate principis* (1). Por êste privilégio os jurisconsultos contemplados viam a sua autoridade aumentada com todo o peso da autoridade do príncipe e, posto as suas respostas não tivessem o valor de leis, coisa que também as do príncipe não tinham, como já vimos, contudo valiam de facto o que estas valiam, decidindo casos concretos e contribuindo

mesmo se infere de Pompónio, quando nos diz que: *Ateius Capito in ea quae ei tradita fuerunt perseverabat, Labeo ... plurima innovare instituit*, dando assim a entender que a escola pos Proculeanos (derivada de Lábeo) se caracterizaria por um espírito mais inovador e reformador e a dos Sabinianos (derivada de Cápito) pelo seu espírito conservador, o que é confirmado, embora nem sempre dentro de limites muito concretos, pelo que se sabe àcêrca dos pontos de vista das duas escolas em face de muitas questões de direito. A recordação e o éco desta divergência de escolas chega até fins meados do século II. Acêrca dêste ponto, veja Krüger, *Fuentes*, pág. 136, Pacchioni, *Corso*, I, pág. 293 a 299 e Cuq. *Man.*, pág. 34.

(1) *Dig.*, 1, 2, 2, pr. 47 e seg.: *primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit ut ex autoritate ejus responderent.* E assim, se ficou havendo, como já havia, jurisconsultos que tinham o direito de dar *responsa* de sua própria autoridade pessoal, agora houve a mais outros que os davam *ex auctoritate principis* (oficialmente). As respostas dadas por estes jurisconsultos não eram dadas em nome do príncipe, mas tinham a mais do que as outras a autoridade do príncipe como garantia do seu maior prestígio.

assim para a formação de uma jurisprudência que ao fim valia tanto como a lei (1). Contudo nem por isso a jurisprudência deixou de continuar a ser uma actividade livre e independente.

Um passo mais importante no sentido da monopolização da jurisprudência pelos imperadores foi, porém, dado ulteriormente no tempo de Adriano com a constituição do *consilium principis*. Êste concelho foi um corpo consultivo composto dos mais notáveis jurisconsultos e desempenhando simultâneamente e de uma maneira estável funções de assistência e judiciárias junto do príncipe; devia aconselhá-lo no exercício do seu próprio *jus respondendi* e assistir-lhe no exercício da sua jurisdição *extra ordinem* e de apelação (2). Ora, uma tal instituição representava já indiscutìvelmente o declinar dessa independência e espontaneidade da sciência do direito que, de individual e livre, passa agora a achar-se sujeita aos dogmatismos de opinião de um alto

(1) Vid. Gaio, I, 7. *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiant, legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.* Daqui se conclui, em nosso modo de ver, e conquanto este texto tenha já sido diferentemente interpretado, que os *responsa*, mesmo reforçados com a autoridade do imperador, não tinham só por si força de lei antes de darem origem a uma jurisprudência constante.

(2) Além dos jurisconsultos mais notáveis possuindo o *jus respondendi*, o *consilium* era constituído ainda por senadores (*comites Augusti*) e pelos cônsules e pretores (*consiliarii Augusti*). A partir de M. Aurélio fizeram também parte dele o *praefectus urbi* e o *praef. pretorii*, cabendo a este último também mais tarde a presidência que antes pertencia ao imperador (*auditorium praefecti praetorio*). A competência do conselho foi sempre aumentando, até que êle se converteu no tempo de Constantino num verdadeiro Conselho de Estado e numa espécie de tribunal supremo. *Cfr.* Cuq, *le Conseil des empereurs* (1886) e Mommsen, *R. Staatsrecht*, II, pág. 948 e seg.

tribunal cuja obra oficial era toda colectiva e anónima e no qual o imperador dominava absolutamente (1)

De diversa natureza são as obras escritas pelos jurisconsultos clássicos, das quais, contudo, não chegaram até nós, na sua quási totalidade, mais do que os títulos e alguns fragmentos mais ou menos numerosos. Muitos dêstes mesmo não nos chegaram senão através da compilação justiniânea. Em todo o caso, o pouco que possuímos é ainda bastante para nos permitir conjecturar com segurança o que fôram a índole, a sistematização e o método adoptados nessas obras. E assim algumas delas sabemos que foram obras didáticas, destinadas ao ensino e tratando de uma forma elementar de todo o direito privado civil ou pretório, como as *Institutas ou libri Institutionum*, tais como as de Ulpiano, Marciano, Calístrato, Modestino e Florentino. As célebres *Institutas* de Gaio são, porém, nêste género, as únicas de que chegou até nós o texto quási completo (2). De carácter também

(1) A sciência do direito começa a decaír logo depois de Modestino (*Herennius Modestinus*), o último dos grandes jurisconsultos clássicos, de meados do século III, e que foi em 244 prefeito das vigílias em Roma. Com Modestino, com efeito, e não obstante a grande reputação que êle ainda conseguiu obter nos tempos post-clássicos, como grande jurisconsulto (é um dos cinco entronizados pela lei das citações), a decadência tinha já começado, substituindo-se por trabalhos de compilação todo o esfôrço original e criador dos anteriores mestres. Entre outras obras, Modestino escreveu um *Digesto* em 12 livros e um livro de *responsa* em 19, de que passaram para o Dig. de Just.º numerosos fragmentos.

(2) *Vid.* pág. 161, nota. As *Institutas* de Gaio contêm uma exposição histórica e metódica de todo o direito romano, tanto civil como pretoriano. Acham-se divididas em quatro livros ou comentários tratando nêles, sucessivamente, do direito das pessoas, das coisas e das acções. O primeiro livro começa por se ocupar sumáriamente das fontes de direito e do direito das pessoas, estudando os diferentes elementos da personalidade; o segundo e o terceiro estudam as coisas que podem constituir objecto de direitos e a sua transferência, ocupando-se também das sucessões e das obrigações (*res incorporales*), como elemento do património; e, finalmente, o quarto trata das acções. Este plano de sistematização parece ter já sido anteriormente seguido no estudo das instituições romanas pelos outros autores de *Institutas*, não sendo Gaio quem o creou. Contudo foi Gaio que o consagrou definitivamente no ensino do direito, tendo daí passado mais tarde para as Instituas oficiais de Justiniano.

Quanto ao valor que para nós tem o texto que possuímos, deve dizer-se que este é de todos os textos clássicos aquele que pode chegar até nós menos incompleto. Até ao princípio do século XIX êle só foi conhecido através dos extractos contidos em diferentes obras, tais como a compilação de Justiniano, a *Collatio leg. rom. et mos.*, as obras de Prisciano e Boécio, e sobretudo a *Lex Rom. Wisig.*, de que fazia parte um resumo em dois livros ou o *Epitome Gaii*. A obra, porém, foi descoberta em 1816 por Niebuhr na biblioteca capitular de Verona, reproduzida quasi na integra em um manuscrito palimpsesto, que tinha servido para nele serem copiadas as epístolas de S. Jerónimo, no século VI. E esta descoberta pôde considerar-se como um dos maiores factores de progresso no estudo do direito romano no século passado. O manuscrito em questão é do século V e apenas lhe faltam três folhas, uma das quais pode ser, no entanto, completamente reconstituída, graças ao auxílio prestado por outras fontes. E se é certo que a sua leitura encontrou a princípio grandes dificuldades na sua reconstituição deve dizer-se, que essa reconstituição é já hoje quási perfeita depois dos últimos trabalhos de Studemund. Além do texto de Verona, há também, descoberto em 1898, em Autun, um outro manuscrito palimpsesto achado por Chatelain que nos dá uma paráfrase das *Institutas* ou um comentário escolar da obra de Gaio, talvez do século V, mas que infelizmente pouco ajuda a esclarecer os pontos ainda duvidosos do manuscrito de Verona. *Cfr.*, Girard, *Textes*, p. 223 e 224. Finalmente, ¿será o texto de Gaio, reconstituído depois da descoberta de Verona, um texto que possa considerar-se como o da obra original de Gaio escrita no século II da nossa era? Ora a crítica histórica mais recente, posto que reconhecendo sempre que é essa a obra da jurisprudência clássica que nos chegou menos alterada, contudo admite hoje que no seu texto se acham também interpolações (interpolações prejustinianéas) e glossemas que são a expressão das adaptações que sucessivamente foi sofrendo o direito nele contido às condições da época post-clássica, representando deste modo êsse texto

didático e elementar são os livros de regras, *libri regularum et definitionum*, contendo colecções de definições e de regras resumidas dos princípios fundamen-

tais de direito, como as que compozeram Ulpiano e Papiniano (1).

Além dos trabalhos desta natureza compozeram também os jurisconsultos clássicos muitas obras de maior fôlgo com o intúito de exporem todo o direito em geral, tanto civil como pretório. Pertencem a esta categoria os chamadas *libri juris civilis* ou exposições sistemáticas em tratados de direito civil, como o de M. Sabino (que depois serviu de modêlo a todas as obras desta natureza,

uma sobreposição de fases históricas posteriores já ao século II. Contudo os trabalhos de investigação histórica tendentes a fixarem estas interpolações prejustinianeas e glossemas, não se acham ainda suficientemente adeantados para permitir formular conclusões seguras no que respeita à obra de Gaio. *Vide* Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius* (1910) p. 30 e seg. e *Gai Institutionum Comm.* (1911-1914); Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916 e a *rescenzione* deste trabalho, por Em. Albertario, no *Archivio giuridico*, vol. 86 (1921) pág. 244 e o artigo de Perozzi, intitulado *Gaio, I, 185, ed. I, 1, 20, 3*, publicado na mesma Revista e vol. a pág. 41. *Cfr.* também a este respeito Pacchioni, *Corso*, I, apend. 9, pág. CLXII. O texto das *Institutas* póde vêr-se em Girard, *Textes*, pág. 225 a 354.

(1) *Vid.* texto em Girard, *Textes*, pág. 460 a 487 e 372 a 376. O que nos resta desta obra reduz-se, além dos frag. contidos no Digesto e na *Collatio*, ao extracto abreviado dela que se contém em um manuscrito, talvez do século X, encontrado pela segunda vez, recentemente, no Vaticano. Ulpiano seguia nesta sua obra aproximadamente o plano das *Inst.* de Gaio. Mas o texto deste manuscrito está também mutilado, chegando só até à matéria das sucessões, que ainda contêm em parte, e omitindo portanto a das obrigações e acções, além do começo da obra. Ele é, portanto, um texto incompleto e já copiado sôbre um outro também incompleto e que não era já o texto primitivo da obra, mas um resumo, e êsse mesmo alterado, senão por interpolações ou adições conscientes, pelo menos por erros e falsa interpretação de abreviaturas técnicas. Sôbre este assunto, e inclinando-se para uma opinião mais radical, escreve Perozzi (*vid.* art. citado na nota anterior, pág. 58) que as *Regulae* não são porventura mais do que, como quere Albertario, uma colecção de fragmentos de Ulpiano amalgamados com extractos e ideas tiradas das *Inst.* de Gaio. *Cfr.* Pacchioni, *Corso*, I, apend. 9, pág. CLXIII.

Quanto aos fragm. dos *Responsa* de Papiniano, o que possuímos é, além dos frag. do Dig., da *Collatio* e dos *Fragm. Vaticana*, um extracto do livro I que fazia parte da *Lex Rom. Wis.* e alguns extractos mais extensos dos livros V e IX, com notas de Paulo e Ulpiano, que foram descobertos recentemente no Egito em um outro manuscrito em pergaminho. *Cfr.*, Girard, *ibid.* Uma relação de outros fragm. destes e outros jurisconsultos clássicos que chegaram até nós independentemente do Digesto, póde vêr-se na obra de Pacchioni, *apend.* 9, vol. I.

por isso também chamadas *libri ad Sabinum*), como as de Pompónio, Paulo e Ulpiano (1); os comentários ao edito, *libri ad edictum*, contendo exposições completas do direito pretório, como os de Ulpiano, Lábeo, Paulo e Gaio (2); e ainda, com mais vasto intúito, as obras tratando de todo o direito em vigor, verdadeiras enciclopédias jurídicas compreendendo o direito civil, pretório, público e penal e a que se deu o nome de *digesta* ou *libri digestorum*, como as de Celso e Sálvio Juliano (3). Finalmente, podem considerar-se como formando ainda uma terceira categoria de trabalhos jurídicos as colecções de *responsa*, de *quaestiones* ou *disputationes* versando casos isolados e concretos, as monografias versando assuntos especiais de direito e os comentários a certas leis determinadas, como a Lei das XII Táboas e outras (4).

(1) Só nos restam da obra dêstes jurisconsultos fragmentos incorporados no Digesto. Em todo o caso, com a ajuda dêsses fragmentos dos livros *ad Sabinum* tem-se procurado reconstituir o sistema adoptado por M. Sabino na exposição do direito civil e a ordem por que aí as matérias eram tratadas. *Vid.* Leist, *Versuch einer Geschichte der röm. Rechtssystheme* (1850) e Voigt, *Über das Aelius und Sabinus Systhem.*

(2) Também nos não restam senão os fragm. do Digesto e, fóra daí, alguns fragm. do livro 32 *ad edictum* de Paulo, correspondentes aos frag. 65 § 16 e 67 do Dig. (17, 1) e dois do comentário da mesma natureza de Ulpiano.

(3) Extractos ou frag. no Digesto. Quanto à sistematização das matérias e plano adoptado nesta espécie de obras jurídicas sabe-se que ela foi reproduzida no Digesto de Justiniano, na sua divisão em livros e títulos.

(4) Nesta última categoria devem incluir-se também as célebres *Sententiae* de Paulo, ou *Sententiae ad filium*, dos princípios do século III,

Foi, pois, vasta e fecunda a actividade da jurisprudência como fonte de direito neste período. Quanto, porém, ao valor e à índole característica dessa prodigiosa actividade scientifica, sobretudo dentro da época clássica, bastará dizer que foi ela indiscutivelmente que orientou a evolução do direito romano no sentido de o tornar apto a reger a vida social de todos os povos do Império. Dominada pelo espírito da filosofia grega e por uma forte aspiração de universalismo que lhe era comunicado, além de tudo, pela necessidade de criação de uma forte unidade moral no Império, foi ela que, introduzindo na sciência a concepção de um direito natural derivado da razão e comum a todos os homens, rompeu definitivamente os antigos quadros do *jus civile* e fez de Roma a capital de um Estado romano universal. Fortemente criadora e inovadora, sem deixar de ser conservadora, eminentemente prática sem deixar de ser sistemática, cosmopolita sem deixar de ser romana, a jurisprudência clássica continuou e desenvolveu ainda mais a obra dos pretores, reformando o *jus civile* e sobrepondo-lhe, como ideia directriz e finalidade última de todas as suas transformações, uma idea mais elevada ainda que a do *jus*

que contém, sem carácter histórico e sem discussão doutrinária, as regras de direito em vigor numa forma elementar e prática. Esta obra que nos é conhecida sobretudo através da *Lex Rom. Wis.* de que fazia parte um seu extracto, dos fram. do Digesto e de outros contidos em outras obras post-clássicas (*Collatio legum, Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti* e *Frag. Vaticana*) está provado ter sofrido importantes alterações e interpolações no seu texto ainda antes de Justiniano, de forma que por isso mesmo ela se torna das menos próprias para nos dar a conhecer o puro direito clássico. (*Vid.* texto em Girard, *Textes*, pág. 380 a 452.

Outras obras desta última espécie são, por ex., os comentários de Terêncio, Clemente e Gaio *ad legem Juliam et Pap. Poppaeam*, o de Ulpiano, *ad legem Cinciam*, os tratados de terminologia (*de verborum significata*), etc.

gentium: a idea de um direito natural, do *id quod semper aequum et bonum est* (1).

3. — Instituïções jurídicas

O sistema das instituïções jurídica romanas, já esboçado nos seus caracteres essenciais, com referência ao período anterior, sofreu no decorrer dêste segundo período da sua evolução histórica uma série de profundas transformações. O direito privado, mais uma vez determinado pela condicionalidade histórica dos restantes factores da vida romana, orientou-se então, dentro de uma direcção nova, no sentido do universalismo, tendendo para uma maior largueza de vistas e uma maior riqueza de formas e de conceitos. A anterior estreiteza do seu nacionalismo, o formalismo intolerante dos seus processos e modos de actuação, a sua indiferença pelo aspecto subjectivo e moral da vontade individual, a sua lógica simplista e o seu materialismo rude e simbolista, tudo isso, se não desapareceu desde logo completamente, foi pelo menos gradualmente atenuado

(1) *Dig.*, 1, 1, 11. Acêrca do conceito de direito natural nos jurisconsultos romanos, o estudo mais completo é o de Voigt, *Das ius naturale aeq. gent. der Römer* (1875). Não obstante a diversidade de modos de o compreender e definir, diversidade essa de todos os tempos, não é menos certo, porém, que foi essa sempre uma concepção filosófica, importada dos estóicos, de uma justiça ideal da qual o direito positivo deve quanto possível aproximar-se; é um direito eterno e imutável em que se resumem todas as aspirações de justiça do espírito humano, como o compreenderam Cícero, Paulo e Ulpiano. (Cícero, *de Rep.* 3, 22, 33). *Cfr.* a êste respeito Krüger, *Fuentes*, 112 e seg. Walton, *Introd. ao estudo do dir. romano*, pág. 417 e Pacchioni, *Corso*, 1, pág. 304. Em Voigt encontra-se mesmo uma enumeração das principais instituïções sôbre que mais se exerceu a acção e a influência modificadora do conceito de *jus naturale*.

e combatido durante todo êste período por um conjunto de ideas e de tendências diametralmente opostas a essas. E estas ideas e tendências vieram, afinal, para o sistema das suas instituições privadas, como para as políticas e sociaes — mais uma vez o dizemos — das mesmas causas e factos históricos: da expansão económica e militar de Roma, do alargamento das suas relações com outros povos, da criação de novas fontes de direito mais progressivas e, através destas últimas, de um factor novo, de ordem ideológica, que foi, emfim, a influência derivada do espírito filosófico da Grécia.

Ao lado do *jus civile*, contido nas XII Táboas, e elaborado, primeiro, pelos pontífices, depois pelos jurisconsultos láicos da República, constitui-se o *jus honorarium*, elaborado pelos pretores; ao lado do velho direito nacional (*jus civile* estrito), só aplicável aos cidadãos romanos, constitui-se o *jus gentium* ou direito romano universal, aplicável aos cidadãos e aos peregrinos. E a relação que há entre estas duas importantes divisões e formações históricas está em que foi sobretudo através da primeira, ou antes do *jus honorarium* (categoria formal), que se produziu e afirmou a segunda ou o *jus gentium* (categoria substâncial). O direito dos pretores e a jurisprudência ou *jus respondendi* fôram, como se acaba de vêr, a via ou o meio de realização através dos quais se poude constituir o direito romano das gentes. O pretor, o jurisconsulto e, por último, o Imperador foram os agentes desta nova formação jurídica. E foi justamente em virtude dela, penetrando pouco a pouco o velho direito nacional, que o espírito e a índole das suas instituições se tornaram ràpidamente, no decorrer deste período, outros muito diferentes.

A Personalidade jurídica

Viu-se no período quiritário ser a personalidade jurídica, não um atributo de todo o homem, mas um privilégio do cidadão romano livre e que, mesmo êste, só a gozava completamente quando a essa qualidade juntasse a de *sui juris* ou de *paterfamilias* (1). Ora êste exclusivismo e êste nacionalismo, que fôram possíveis emquanto Roma foi apenas uma pequena cidade, bastando-se a si própria na sua vida económica, ou só com um fraco movimento de relações comerciais, estavam condenados desde o dia em que ela, tornada a capital de um grande Estado, se veio a achar em contacto permanente com um grande número de outros povos possuidores de civilizações diferentes e até superiores à sua. A partir dêste facto o reconhecimento da personalidade ou capacidade jurídica, ou só de uma capacidade jurídica limitada, aos estrangeiros, tornou-se uma necessidade inadiável (2).

Por outro lado, as mesmas causas, representando no seu conjunto o despertar de um mais intenso movimento económico que impelia para o individualismo e

(1) *Vid.* pág. 75, *supra*.

(2) Como já foi referido noutro logar, os peregrinos, anteriormente *hostes*, sendo os habitantes de cidades ligadas a Roma por tratados internacionais, não eram rigorosamente verdadeiros estrangeiros. Contudo não tinham nem o *conubium*, nem o *commercium*, nem a *actio*, e menos ainda direitos políticos em Roma. O seu direito era constituído pelas suas leis nacionais e pelo direito das gentes (*leges moresque peregrinorum*), na medida em que Roma lhes tinha consentido que continuassem a reger-se por elas. E esse direito é muitas vezes referido nas fontes romanas como um direito que Roma respeitava e reconhecia. Assim, Gaio (1, 92; 1, 193; 3, 96, 120, 124) e Ulpiano (20, 14) referem-se a muitas particularidades desse direito em matéria de casamentos, capacidade, obrigações, testamento, etc. O que tudo prova que, quando se fala em ausência de personalidade jurídica dos peregrinos, se deve entender essa condição relativamente só ao *jus civile* romano, uma vez que uma personalidade *ex jure gentium* nunca lhes faltou ou só faltou, porventura, aos deditícios de que também já se falou mais atraz.

para o esfacelamento da organização comunitária da família, impunham também que aos filhos e, de um modo geral, a todos os *alieni juris* se reconhecesse uma maior capacidade jurídica nas relações sociais (1). E, de facto, foi o que sucedeu. A extensão da qualidade de cidadão romano a todos os habitantes do Império, o que equivalia ao reconhecimento da sua personalidade jurídica, foi, como já atrás dissemos, obra dêste período. Esta entrada na cidade do direito, na *civitas* e no gozo do *jus civile*, é certo que se não realizou de uma só vez, como também vimos, ao estudarmos a organização provincial (2). Mas foi, já atribuindo ficticiamente a qualidade de cidadão aos peregrinos, toda a vez que em Roma e no tribunal do pretor se controvertiam questões judiciais em que aqueles intervinham (3), já criando diversos tipos e graus de direito de cidade (outros tantos tipos e graus da personalidade) e estendendo-os pouco a pouco à Itália e às províncias, que Roma veio afinal a reconhecer, nos fins do III século, a capacidade jurídica a todos os habitantes livres do Império. E neste sentido foi, como também se disse já, a constituição de Caracala, de 212, um passo gigantesco (4). Pode dizer-se

(1) *Vid. infra*, § seguinte.

(2) *Vid.* pag. 115, *supra*.

(3) Assim, por ex., o direito civil só permitia que a vítima de um furto pudesse reclamar a multa ou indemnisação devida pelo ladrão na *actio furti*, quando os dois fôssem cidadãos romanos. Todavia o pretor deu a acção para este fim, mesmo quando uma das partes fôsse um peregrino, ordenando na *fórmula* ao juiz que resolvesse, e uma vez que todas as outras condições se verificassem, como se as partes possuíssem ambas a qualidade de cidadãos romanos. Era esta uma *actio ficticia* pretoriana. *Vid.* Gaio, 4, 37; *item fingitur civitas romana peregrino, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi: veluti si furti agat peregrinum aut cum eo agatur.*

(4) *Vid.* pág. 126.

que, com excepção dos escravos (1), de algumas categorias de libertos, como os *peregrinos dediticii* e os *latinos junianos*, quási todos os habitantes livres do Império foram de facto pessoas com capacidade jurídica, como

(1) Pelo que toca aos escravos, a sua condição jurídica, embora mantendo-se em face dos princípios a mesma, e sendo êles, portanto, coisas e não pessoas, contudo sofreu também, de facto, importantes modificações que auctorizam a falar já de uma incipiente personalidade a respeito dêles. Como o número dos escravos em Roma tivesse aumentado extraordinàriamente desde os fins da República, e a sua proveniencia das mais diferentes raças e regiões contribuisse para os fazer olhar pelos romanos como seres inferiores e indignos de participar da vida da família, como participavam os antigos escravos, daí resultaram os mais repugnantes abusos no modo como eram tratados, daí ainda as revoltas e, como necessária reacção contra um tal estado de coisas no interêsse da sociedade, a intervenção do legislador para proteger o escravo e reprimir os abusos e os poderes dos senhores. Ora, da legislação do começo do Império feita neste sentido e inspirada, sem dúvida, nos sentimentos de humanidade defendidos pelos estóicos, é que resultaram algumas modificações que, embora respeitando o princípio da carência de personalidade no escravo, representaram práticamente uma negação dêsse princípio. Entre as disposições que concorrem para esta modificação das coisas estão: a proibição de o senhor lançar os seus escravos às feras, salvo a título de pena e mediante autorização do magistrado (*lex Petronia*, de 19, *d. Chr.*); a atribuição feita por Augusto ao prefeito da cidade de uma competência especial para fiscalizar policialmente as relações entre os senhores e os escravos; uma disposição de Cláudio (Dig. 40, 8, 2) concedendo a liberdade ao escravo enfermo que era abandonado pelo senhor; as disposições de Cláudio, de Adriano e Antonino Pio, equiparando ao homicídio, para o efeito da pena, o crime do senhor que matava sem motivo o próprio escravo ou o alheio e lhe proïbiam o emprêgo da tortura; etc., (*Vid.* Gaio I, 53). Por outro lado, a antiga doutrina do *jus civile*, segundo a qual o escravo tinha já competência para praticar alguns actos jurídicos, embora *ex persona domini*, de que resultasse uma aquisição de direitos e vantagens para o senhor, foi alargada pelo pretor, no sentido de reconhecer ao escravo também competência para obrigar o *dominus* em certos casos, quando êste tivesse dado o seu consentimento ou procedesse como se tal consentimento se devesse presupor, confiando-lhe, por ex., negócios importantes. Por meio das chamadas *actiones*

os cidadãos, a partir da referida constituïção (1). Os progressos da personalidade jurídica foram aqui mais uma vez concomitantes com os progressos da qualidade de cidadão, assim como estes o foram com os da romanização das províncias; e então, se a personalidade não foi ainda igualmente apanágio de todo o homem, como no direito moderno, visto que houve ainda escravos e livres, libertos peregrinos e latinos e bárbaros para lá das fronteiras, foi pelo menos apanágio de todo o habitante livre do Império, o que foi já uma grande conquista.

---

adiecticiae qualitatis as pessôas que tivessem contratado com o escravo, como com o filho-famílias, colocados à testa da administração de um pecúlio, de um navio, de uma empreza comercial, podiam demandar o *dominus* ou *pater* pelas obrigações contraídas pelo seu representante explícito ou implícito. Tudo isto eram progressos na personalidade jurídica do escravo que se manifestavam ainda na independência com que êle ia administrando o pecúlio, com o qual muitas vezes até comprava ao senhor a sua manumissão e que, se, em rigor, era sempre propriedade deste, de facto, e segundo os modos de ver sociais e correntes, lhe pertencia a êle. E estes progressos no reconhecimento da personalidade humana, moral, social e jurídica do escravo ecentuam-se, embora sempre dentro dos mesmos limites e pelos mesmos processos indirectos, na época seguinte, sob as influências igualitárias e moralizadoras do espírito cristão.

(1) Ainda no que se refere aos libertos, antigos escravos manumitidos espontâneamente pelos senhores ou pela lei, se nota neste período um importante progresso no que respeita à sua personalidade jurídica e que importa referir neste logar. Pelo antigo direito, tres exclusivamente eram os modos pelos quais o *dominus* podia dar a alforria ao escravo ou manumití-lo: pelo simulacro de uma reivindicação da liberdade em juizo feita pelo escravo com a conivência do senhor (*per vindictam*); pelo registo da pessoa do escravo e dos seus bens como livres, registo êsse feito no censo lustral pelos censores, também com assentimento do senhor (*per censum*); e, finalmente, por meio do testamento (*per testamentum*). Antigamente só qualquer destas fórmas de manumissão produziam pleno efeito e originavam o *status libertatis* para o escravo, tornando-o assim liberto ou libertino. Numa certa altura, porém, introduziu-se na vida romana o costume de os senhores darem a alforria aos escravos por outras fórmas menos

Direito de família A família foi também neste período e a contar dos últimos séculos de República profundamente transformada pela acção das mesmas causas económicas e sociais que explicam a atribuïção da personalidade aos estrangeiros. O individualismo económico precipitou também a desagregação dos grupos comunitários, organizados anteriormente como sendo êles as verdadeiras unidades ou células da vida social, e toda a estrutura e expressão dêstes na vida do direito refletem fielmente, neste período, essa transformação profunda. Os extraordinários poderes do *paterfamilias* romano, suprimida a sua anterior função política, perdeu a sua razão de ser histórica. Os *alieni juris*, mulher casada, filhos, pessoas *in mancipio*, escravos, continuam sujeitos à *potestas* do *pater*; mas a personalidade de todos êles, que já antes os impunha, pelo menos como instrumento de comércio jurídico e de aquisições patrimoniais nas relações das famílias ou dos *patres*

---

solenes e de efeitos puramente morais e sociais, tais como simples declarações contidas em carta (*per epistulam*) ou feitas verbalmente perante os amigos do *dominus* (*inter amicos*). Excusado será dizer que estas formas de manumissão começaram por não produzir efeitos jurídicos alguns; o *dominus manumissor* podia no dia seguinte arrepender-se e reivindicar de novo o escravo *in servitutem*; êste não se tinha tornado livre. Mas justamente aqui foi que, mais uma vez, interveio o pretor para modificar o direito e, ligando todo o valor á boa fé e à equidade dos negócios e das situações, proteger a condição dos libertos manumitidos por estes modos imperfeitos e não solenes. A êsses libertos incompletos o pretor declarou-os, não livres (sempre o mesmo escrúpulo em contradizer abertamente o direito civil), mas como se o fôssem de facto, isto é, *in libertate*, recusando ao *dominus manumissor* a acção indispensável para os reivindicar. Era um progresso também na condição jurídica do escravo, uma espécie de liberdade pretória, similhante à propriedade pretória, à sucessão pretória, à *civitas* pretória, atribuída ficticiamente aos peregrinos no seu tribunal.

Mais tarde, finalmente, e continuando a mesma orientação, foi a condição jurídica dêsses libertos regulada por uma lei de Augusto,

entre si, vae impondo também agora, quanto aos primeiros, e mais energicamente do que com relação aos escravos, o reconhecimento de uma progressiva capacidade jurídica independente. Na vida económica e privada acentúa-se a tendência para a desagregação da família. Os filhos, morto o *pater*, separam-se, constituindo outras tantas famílias à parte, menos numerosas do que as antigas (1). Desenvolve-se a alienabilidade dos diferentes elementos do património (2). Na esfera das relações

a *lex Junia Norbana*. Daí o nome de *latinos junianos* dado a êsses libertos que, não adquirindo pela manumissão irregular a qualidade de cidadãos, adquiriam contudo a de latinos e que, ficando considerados como livres em vida, só permaneciam ainda escravos por morte para o efeito de os seus bens reverterem a favor do antigo *dominus*, *jure peculii*. *Vid. supra*, pág. 132 e cfr. *Instit.*, I, 5.

Quanto aos libertos na condição de peregrinos deditícios, criada pela *lex Aelia Sentia*, também de Augusto, *vid. supra, loc. cit.* E quanto aos libertos por fôrça da lei, bastará notar que se tornava livre o escravo enfermo abandonado pelo senhor (*Dig.* 40, 8, 2), o descobridor do assassino do seu senhor (*Dig.*, 38, 16, 3, 4 e 40, 8, 5) e, por prescrição, o escravo que permanecesse por vinte anos na posse da liberdade (Cod. 7, 22, 2). Tudo isto eram evidentemente também progressos relativos à personalidade jurídica e que se deviam a um progressivo *favor libertatis* ou sentimento de favor a respeito da condição jurídica dos escravos e dos libertos.

(1) Esta tendência da instituição familiar para se desagregar por morte do chefe ou *paterfamilias*, separando-se os filhos e fundando outras tantas famílias, não se póde considerar como tendo a sua origem neste período. As XII Tab. já tinham facilitado essa desagregação com o reconhecimento da *actio familiae erciscundae*, que servia aos herdeiros para pedirem a divisão do património familiar. *Vid. Dig.*, 50, 16, 195, 2: *cum pater moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere*. Contudo esta tendência progrediu consideràvelmente neste período, sendo raros os casos de indivisão patrimonial da família, depois da morte do seu chefe, de que há vestígios dos fins da República. Todavia, de alguns há conhecimento. *Vid.* Valerio Maximo, *Factorum memorab.*, IV, 48 e Varrão, III, 66, 2.

(2) A casa da família, a *domus*, onde se conservam as imagens dos antepassados, até êsse elemento do património se torna legìtimamente vendável, apesar do desonroso que recái ainda sôbre uma tal alienação. *Vid.* Cícero, *de oratore*, II, 55.

pessoais entre o pai e os filhos, são limitados os poderes do *pater* (1). Na esfera das relações patrimoniais, estes adquirem, ainda em vida do primeiro, além da livre administração dos bens por êles grangeados na milícia ou no exercício da vida militar, o direito de dispôrem do seu *peculio castrense* por acto de doação *mortis causa* ou por testamento. (2). Emfim, ao lado da família civil, propriamente dita, fundada nos laços religiosos e da agnação, constitui-se pouco a pouco a família natural, fundada nos laços do parentesco natural ou cognação; e, se estas duas famílias a princípio não existem como instituições separadas e independentes, contudo o conceito da última vai lentamente abrindo caminho durante todo

(1) A servir de limitação ao exercício pessoal da *patria potestas*, que anteriormente só era limitado pelos *mores* da família e pela intervenção dos parentes próximos, intervieram na República os censores e os tribunos e mais tarde, caída ela, os imperadores. Sabe-se que Trajano impoz a um *paterfamilias* a emancipação de um filho pelos maus tratos que lhe tinha dado e que Adriano condenou à deportação um outro em virtude do uso atroz que fez do seu *jus vitae ac necis* contra um filho culpado. *Vid. Dig.*, 48, 9, 5.

(2) O *pecúlio* (*peculium pusillum*) era um pequeno património, às vezes uma empreza comercial ou industrial, que o pai cedia ao filho (e até, como já foi referido, aos escravos) para êle gosar e administrar. Se os bens que o constituíam provinham do próprio *pater*, o pecúlio dizia-se *profecticium*. A propriedade do pecúlio, porém, pertencia só ao *pater* que tinha a liberdade de o retirar ao filho sempre que quizesse. Quando o pecúlio era formado por bens adquiridos pelo filho no exercício de funções militares, como o soldo, prezas de guerra, donativos de camaradas sob as fileiras, etc., chamava-se então *castrense*. Ora Augusto permitiu ao filho de famílias dispôr livremente por morte desta espécie de bens, faculdade esta que Trajano estendeu aos aposentados e veteranos, sem todavia destruirem o princípio de que a propriedade dêsses bens está no *pater*; os filhos apenas, como diz o jurisconsulto, *vice patrum familiarum funguntur*. (*Dig.*, 14, 6, 2). Mais tarde constituiu-se o *pecúlio quasi-castrense*, constituído pelos bens grangeados no exercício dos cargos públicos e magistraturas e sujeito ao mesmo regime jurídico no tempo de Constantino. *Vid.* período imediato.

êste período através do conceito da primeira e impondo-lhe, sobretudo no campo do direito sucessório, importantes modificações, como são o reconhecimento do direito dos filhos emancipados, dos direitos dos parentes por linha feminina e dos direitos de sucessão recíprocos entre a mãe e os filhos (1). Esta evolução, porém, só se ultima no período imediato.

Direitos reais Não menos importantes foram as transformações sofridas pelo sistema jurídico romano em matéria de direitos reais. Sem dúvida, a organização do mais importante direito real, a propriedade quiritária (*dominium*), continuou a ser a mesma e a ter, como conteúdo, o mesmo conjunto de faculdades e poderes ilimitados do proprietário sôbre as coisas, como atrás vimos. Mas, além de que o exercício dêstes poderes e faculdades sofreu um maior número de limitações inspiradas num sentimento mais delicado do interêsse público (2), o próprio conceito e a disciplina desta instituïção, acompanhando o desenvolvimento das outras

(1) Veja o § *Direito sucessório, infra.*

(2) Estão neste caso as disposições de carácter edilício ou administrativo proïbindo aos proprietários a demolição das casas feita com o fim de vender os respectivos materiais de construção, como foram as disposições sancionadas pelos senatusconsultos *Hosidianum* (44-46, da nossa era), *Volusianum* (52) e *Acilianum* (122), e ainda as disposições que obrigavam o proprietário de prédios confinando com a via pública a dar caminho (*praestare viam*) através ou sôbre êles em caso de interrupção desta última por virtude de inundações ou factos similhantes (*Dig.*, 8, 6, 14, 1). Além disso, aparece também já na época clássica um ou outro caso de expropriação por utilidade pública com ou sem indemnização, embora o princípio desta limitação ao direito de propriedade só venha a formular-se nitidamente em época posterior. E no número das limitações sofridas pelo direito de propriedade no seu exercício não devem esquecer-se ainda, posto só se refiram à propriedade mobiliária, as disposições protectoras dos escravos e dos animais.

instituïções jurídicas, estenderam-se também a outras relações da vida social similhantes ao *dominium*, surgindo assim novas fórmas de propriedade que o período anterior desconhecera.

A dispersão dos cidadãos romanos pelas províncias e a atribuïção da personalidade jurídica e do direito de cidade aos habitantes delas, permitindo-lhes o gôzo do *commercium* e da propriedade civil, fez surgir uma fórma de propriedade nova, a propriedade dos prédios *provinciais* ao lado da dos *itálicos*, mas sujeita a um regime jurídico diferente (1). De resto, a mesma propriedade

(1) A distinção entre os prédios itálicos e provinciais, ou propriedade itálica e provincial, que subsistiu, como veremos, até Justiniano, funda-se em razões de ordem política, económica e jurídica. Politicamente, a diferenciação consiste em que o território das províncias só pertence em verdadeira propriedade ao Estado ou ao povo romano, cabendo aos particulares — ainda mesmo quando cidadãos romanos — apenas a posse ou usufruto (*... in eo solo dominium populi romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usufructum habere videmur.* Gaio, II, 7). Era, em parte o regime jurídico a que Roma sujeitara também noutro tempo os territórios conquistados na Itália quando os deixava na mera posse dos particulares (*possessiones* do *ager publicus*) e que só foram convertidos em propriedade quiritária dos *possessores*, depois da questão agrária, pela célebre *Lex Thoria*, de 110 a. Cr. Economicamente, a mesma diferenciação fundava-se no facto de só os prédios provinciais estarem sujeitos a tributo (*tributum* ou *vectigal*) para com o Estado, ao passo que os itálicos estavam isentos. Emfim, no ponto de vista jurídico, a diferença consistia em que só os segundos estavam sujeitos ao regime jurídico da propriedade civil romana ou quiritária, podendo ser objecto de alienações pela *mancipatio* ou *in jure cessio*, sendo susceptíveis de usucapião ou aquisição em propriedade civil pela posse prolongada, etc. Não deve, porém, perder-se de vista que todas estas diferenças foram mais teóricas do que reais. De facto, a propriedade dos prédios provinciais funcionou como verdadeira propriedade nas relações da vida social e foi até, como tal, jurídicamente disciplinada e regulamentada por certos meios e institutos correspondentes aos da propriedade itálica. Estão neste caso a *traditio* como modo de aquisição e transferência, que depois se generalizou como instituïção de direito das gentes à propriedade quiritária, o instituto da *praescriptio longi tempo-*

dos peregrinos, embora mera instituição de facto, foi ainda reconhecida nas províncias *(dominium ex jure gentium)*, antes de lhes ser concedido o direito de cidade, com a organização de meios de defeza que nos não são bem conhecidos, mas que eram de certo tão eficazes como os da propriedade quiritária (1). E, além disso, foi ainda nesse período que o *jus honorarium* criou uma outra fórma de propriedade, a propriedade chamada pretória ou *bonitária* (2) e que, desenvolvendo a tutela jurídica

ris como meio de adquirir a propriedade pela posse, e um certo número de acções úteis *(utiles* e *in factum)* com as quais os governadores das províncias foram pouco a pouco suprindo a falta da verdadeira acção de reivindicação ou *reivindicatio*, só aplicável à propriedade civil, como meio de defeza judiciário da propriedade provincial. Em resumo: esta última propriedade, sendo como que uma fórma de propriedade de origem bastarda, alcançou não obstante isso os mesmos foros da propriedade quiritária, como instituição jurídica, recebeu inevitàvelmente a influência de instituições análogas dos direitos estrangeiros e pode transportar mais tarde essa influência para o direito civil romano à medida que se foi fundindo com ela e lhe foi emprestando certos dos seus institutos, como a *traditio* e a *praescriptio*. *Cfr.* Gaio, II, 21, 31, 46, 63; *Inst.* II, 8; Ulpiano, 19, 1, e ainda *Dig.*, 11, 5, 2, 7, e Cicero, *Brutus*, 36.

(1) A propriedade dos peregrinos, propriedade peregrina, *dominium ex jure gentium*, foi também uma instituição de facto; mas foi uma instituição de facto que pouco a pouco se foi tornando também jurídica por imposição das circunstâncias e da necessidade de não deixar sem a tutela do direito as relações de natureza patrimonial entre os peregrinos e os cidadãos, não só nas províncias como em Roma. E essa tutela jurídica foi regulamentada, já pela concessão do *commercium* e do direito de cidade a um número cada vez maior de peregrinos, como já foi referido, já pela concessão do *jus italicum* a muitas cidades cujo solo ficava sendo susceptível de propriedade civil, já enfim pela atribuição fictícia da condição de cidadão ao peregrino, com o qual um outro cidadão litigava, mediante a concessão de uma fórmula com a cláusula: *si civis esset*. *Vid.* Gaio, II, 40 e IV, 37. *Cfr.* Girard, *Man.*, pág. 268.

(2) A propriedade pretória não é também uma verdadeira propriedade, mas uma condição especial da pessoa relativamente a certos bens que para ela foram transferidos com a intenção de lhe dar a

da posse, converteu também o possuïdor de bôa fé num quási verdadeiro proprietário (1). Ora, todas estas fórmas ou tipos de propriedade, creados em oposição ao *dominium ex jure quiritium* ou propriedade civil, livres do seu regime jurídico estreito e improgressivo, e traduzindo uma maior mobilidade da vida económica, tiveram de comum o concorrerem para que surgissem tam-

propriedade mas sem que, em virtude de certas causas, essa propriedade rigorosamente e *jure quiritium* se chegasse a transferir. Neste caso a coisa não ficava sendo logo verdadeira propriedade do adquirente, porque o *jus civile* lha negava; mas ficava sendo como se o fôsse, visto que o pretor protegia desde logo com a concessão de acções e *fórmulas* especiais a situação dessa pessoa, tratando-a como proprietária da coisa. A coisa ficava assim *in bonis* do adquirente e essa condição de facto produzia efeitos de direito porque o magistrado lhos atribuía. Se, por exemplo, um cidadão romano transferia por simples entrega *(traditio)* a propriedade de um escravo para outro cidadão, rigorosamente e *jure quiritium* a propriedade não se transferia porque se omitira a fórma legal e solene de operar a transferência da propriedade das *res mancipi*, a *mancipatio* ou a *in jure cessio*. Mas, por êsse motivo ¿havia o transferente de poder dar a propriedade por não transferida e voltar a reivindicar a coisa alegando a sua propriedade civil? Embôra a lógica do sistema jurídico quiritário o permitisse, contudo, como isso era contra a equidade, o pretor não o consentiu e por isso protegeu com uma acção *fictícia* a condição do adquirente. Sendo êste o caso mais típico desta fórma de propriedade (*in bonis*) a que também se costuma chamar propriedade pretória ou bonitária, êle não era, porém, o único. A disciplina ou o regime do *in bonis* recebeu, fóra dêste caso, numerosas aplicações no direito romano. *Vid.* Petit, *Traité élém.*, pág. 176. Os principais textos romanos a êste respeito são: Dig., 6, 2, 1; 6, 12, 7, 11 e Gaio IV, 36.

(1) O possuïdor de boa fé e com justo título é aquele que possui sem ter a consciência de ofender com a sua posse o direito de outrém e, além disso, possui em virtude de qualquer título normalmente apto a conferir-lhe a propriedade se não fôra qualquer vício que êle podesse ter. Exemplo típico é o do caso do adquirente *a non domino* que adquiriu a coisa de quem não era o seu proprietário. Quando isto sucedia, o possuïdor achava-se em condição de adquirir a propriedade pela sua posse prolongada por certo tempo (*condicio*

bém e se generalizassem outros modos de alienação da propriedade muito mais rápidos, simples e cómodos.

A *traditio*, ou transferência da propriedade pela simples entrega da coisa, generalizou-se justamente em virtude destas novas formações jurídicas, tendendo a aplicar-se ainda à alienação daquelas que até aí estavam sujeitas aos complicados processos da *mancipatio* e da *in jure cessio* (1). E foi ainda o mesmo progresso económico e jurídico que determinara aquelas fórmas de propriedade que, dando à riqueza mobiliária uma importância cada vez maior sôbre a da terra e dos prédios, fez também com que se fôsse obliterando rápidamente a histórica divisão das coisas em *mancipi* e *nec mancipi* e se lhe fôssem substituíndo outras divisões, fundadas em critérios económicos muito mais scientíficos e elaboradas pelos jurisconsultos clássicos, como as das coisas em: *in patrimonio* e *extra patrimonium*; públicas, comuns e

usucapiendi). Era êste o instituto da usucapião (*usucapio*). Todavia ainda antes de decorrido o prazo ou espaço de tempo necessário para êste efeito civil se produzir, êle gosava já de outro meio de protecção para a sua posse, como se fôsse também desde logo um verdadeiro proprietário. E êsse meio de protecção foi justamente a concessão que lhe foi feita pelo pretor de uma acção fictícia, a *actio publiciana*, já creada para o proprietário bonitário, a que se refere a nota anterior. Com êste meio de defeza o possuidor passou a ser considerado desde logo como proprietário em relação a todos, excepto o proprietário quiritário, o que tem feito com que o possuidor de boa fé e justo título tenha já sido identificado ao *dominus bonitarius*. Vid. Dig. 9, 2, 11, 8 e 17.

(1) Sôbre êste modo de aquisição de propriedade por direito das gentes (*jure gentium*) em que basta a entrega da coisa, material ou simbólica, real ou fictícia, do *tradens* para o *accipiens*, acompanhada da intenção recíproca de a transferir e a adquirir e geralmente fundada numa *justa causa* (negócio jurídico anterior, contrato, legado, etc.), *vid. Dig.*, 41, 1, 9, 3: *hae quoque res quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis adquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.*

particulares: fungíveis e não fungíveis, (*genera* e *species*), consumíveis e não consumíveis; divisíveis e indivisíveis: simples e compostas, etc. (1). Tudo isto eram, evidentemente, noções e categorias do pensamento lógico e jurídico, próprias de um direito já muito mais progressivo e que tinha atingido uma noção muito mais subtil e rica da propriedade, em todos os seus aspectos económicos e sociais, do que o anterior.

Finalmente, outros direitos reais se constituíram ainda neste período, como direitos típicos, ou criados de novo, ou criados pela aplicação de acções reais já existentes à tutela de situações de facto similhantes de algum modo à propriedade. Foi o que sucedeu com o direito real de usufruto, aparecido pelos fins da República (2); com o quási-usufruto, do tempo de Augusto ou de Tibério (3); com a enfiteuse (*ager vectigalis*), instituição de certo modo já antiga, mas a que só o pretor deu a configuração de direito real com a concessão aos ren-

(1) *Cfr.* Gaio, II, 2-7 e *Inst.*, II, 1, *de rerum divisione;* e ainda Gaio, III, 90; Dig., 12, 1, 2, 1; 19, 2, 31; 30, 30, 6; 23, 3, 18; 6, 1, 53, 3; 41, 3, 30, pr., etc.

(2) *Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substancia*; Dig. 7, 1, 1. O direito real de usufruto parece, com efeito, ter surgido primeiro como expediente de que se servia o marido para por testamento prover à condição do cônjuge sobrevivente, deixando-lhe em legado o direito de usar e de fruir vitalíciamente de certas coisas sem, porém, afectar a sua essência ou substância. *Vid.* Dig., 7, 1, 13. Contudo êste instituto encontrava-se já plenamente desenvolvido no tempo de Cícero (*Top.*, 3, 17 e 4, 21). *Cfr.* Pacchioni, *Corso*, II, pág. 347 e Girard, *Man.* pág. 370.

(3) Quási-usufruto é o usufruto de coisas consumíveis, como o vinho, o grão, o azeite, coisas *quae usu consumuntur* ou *in abusu consistunt*, ou de créditos e direitos. O usufruto sôbre coisas desta natureza, que a princípio não era admitido, foi-o depois por um senatusconsulto dos começos do Império, segundo o qual a pessoa, legatário, a quem era deixado um usufruto dêstes tinha direito a exigir a transferência para si da propriedade de tais coisas consumíveis mediante caução pela qual se obrigava a, findo o seu direito de usufruto, restituir outras da mesma qualidade. *Cfr.* Dig., 7, 51, 3 e 7.

deiros dos terrenos públicos de uma *actio in rem utilis*, válida contra qualquer terceiro (1); com a *superfície*, também tornada pelo pretor, de simples locação que era, num direito real garantido por acções também úteis e *in factum* (2); emfim, com o penhor e a hipoteca,

(1) A enfiteuse de que se trata aqui é o arrendamento feito pelo Estado, pelos municípios e pelas colónias e corporações, dos terrenos públicos e incultos aos particulares para os arrotearem e cultivarem. Como das necessidades do cultivo e das condições dêsses terrenos resultava também a necessidade de os arrendar a longo prazo, eram êles *(agri vectigales)* cedidos em arrendamento perpétuo ou por cem anos aos particulares mediante uma pensão ou *canon* anual chamada *vectigal*. E os possuidores ou rendeiros dêsses terrenos, sendo a princípio protegidos apenas por meios possessórios especiais e de carácter administrativo *(interdictum loco publico fruendo)*, foram-no depois pela conceção feita pelo pretor de uma *actio in rem* que podia ser intentada, não só contra o senhorio, cidade, município ou corporação, mas contra qualquer terceiro. Sem ter a propriedade, visto que estava sujeito do pagamento do *vectigal* e perdia a terra quando deixasse de o pagar, contudo o *possessor* do *ager vectigalis* vinha assim a ter um verdadeiro direito real que era muitas vezes perpétuo e transmissível por acto entre vivos ou por morte. Esta instituição que, como dizemos, não deve ser confundida com a enfiteuse do direito de Justiniano, de origem grega, foi contudo um antecedente histórico dela na sociedade romana e fundiu-se mais tarde com êste instituto. *Vid.* Dig. 43, 9, 1; 6, 3, 1-3 e 6, 2, 12, 2. Vêr também o parágrafo correspondente no período seguinte.

(2) A superfície era primitivamente o direito que tinham os particulares de construirem edificações em terreno público, como nos mercados, no *forum*, e de gozarem delas para os fins que tinham em vista mediante muitas vezes o pagamento de uma renda ou *solarium*. Mais tarde êste direito começou a ser também usado e constituído nas relações entre os particulares, recorrendo-se para a sua tutela e configuração jurídica, primeiro, à idea do contrato de locação (*locatio-conductio*), depois a uma figura típica de direito real. É êste o chamado direito real de superfície (*superficies*). Mas aqui também, como no caso anterior do *ager vectigalis*, o titular dêste direito só gozou de um verdadeiro direito real depois que o pôde fazer valer com uma *actio in rem* especial contra qualquer terceiro. Essa *actio in rem utilis* foi-lhe também dada pelo pretor. *Vid.* Dig., 43, 18, 1, pr. e Dig., 6, 1, 73, 1 e pr. 74.

que, substituindo-se ao antigo contrato ou pacto de *fiducia*, na garantia das obrigações, pode dar a certos credores desde logo um *jus in re aliena* sôbre determinadas coisas do devedor como garantia da sua obrigação (1).

A mesma variedade e riqueza de formas jurídicas, a mesma tendência do direito, emfim, para se adaptar a novas relações sociais mais numerosas e complexas e, ao mesmo tempo, se libertar dos antigos moldes do direito quiritário, eis pois o que se nota também no sistema jurídico dêste período em matéria de direitos reais.

As obrigações Foi, porém, em matéria de obrigações que o direito romano apresentou neste período, mais do que a respeito de qualquer outra instituição, uma fisionomia completamente diversa e distinta. Foi êste, sem dúvida, o campo da vida jurídica em que se repercutiram com mais intensidade as transformações

(1) Pelo contrato de penhor propriamente dito (*pignus*), diferentemente do que sucedia com o contrato de *fiducia*, não era transferida a propriedade do objecto que garantia o cumprimento da obrigação, do devedor para o credor, mas sòmente a posse. Mas esta posse e o respectivo direito do credor sôbre a coisa penhorada não eram a princípio também um direito real. O credor pignoratício era, sem dúvida, um possuidor cuja posse jurídica merecia uma atenção especial, gozando como tal dos meios de protecção de que, em geral, gozavam os outros possuidores que não eram simples detentores, isto é, dos *interditos possessórios* ou acções com que era garantida e tutelada a *possessio civilis*. Mas esta era uma fraca garantia; o credor apenas podia repelir a reivindicação do devedor proprietário do penhor, se êste a intentava antes de cumprir a obrigação, com uma *exceptio rei sibi pignori datae*, e, de resto, era só indirectamente que podia compelir o devedor a cumprir pela privação em que o mantinha da disponibilidade da coisa. Ora esta situação modificou-se. Primeiro, introduziu-se o costume de recorrer no acto constitutivo do penhor a certos pactos ou convenções entre as partes, pelas

económicas e sociais da vida romana desde os fins do terceiro século antes de Christo. Desde os fins da República e sobretudo através dos tempos clássicos foi que, com efeito, esta instituïção adquiriu, pode dizer-se, a estrutura e a forma plástica quási perfeita que conservou no direito de Justiniano e se conserva ainda no direito moderno. Reportando nos aos tempos clássicos, a obrigação como relação jurídica foi então já um vínculo de carácter patrimonial, pelo qual uma ou mais pessoas ficam adstritas a uma prestação para com outra ou outras (1). O *nexum*, como único ou quási único negócio jurídico susceptível de conferir obrigatoriedade às relações sociais de obrigação, desaparece e com êle o

quais se estatuía, ou que a coisa penhorada passasse a ser propriedade do credor, se o devedor não cumpria dentro do devido prazo (*pactum commissorium*), ou que o credor ficaria tendo o direito de a vender e se satisfazer sôbre o preço ao cabo dêsse prazo (*pactum de distrahendo*). E êste último pacto passou em certa altura a ser considerado como da essência do contrato de penhor, mesmo que as partes o não tivessem estipulado. Finalmente, tendo-se creado por obra do pretor uma acção especial (*interdictum servianum*), *actio in rem*, para com ela o proprietário, credor das rendas dos colonos sôbre terras dadas em locação, poder reivindicar de quaisquer terceiros os instrumentos de trabalho agrícola trazidos por êles para a exploração dêsses prédios (hipoteca legal), esta acção, não obstante ter sido creada para êste caso especial, foi depois ampliada a todos os credores pignoratícios. E dêste modo se creou, pois, a *pignoraticia in rem actio utilis*, a partir da qual o credor ficou tendo emfim também um verdadeiro direito real sôbre a coisa penhorada. *Vid.* Dig., 47, 2, 74; 50, 16, 238, 2; 13, 7, 9, 3; Gaio, IV, 147; *Inst.*, IV, 6, 7, etc.

(1) *Inst.*, III, 13, pr.: *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura. Cfr.* Dig. 44, 7, 3: *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum;* e Gaio, IV, 2: *in personam actio est qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est.* Dêstes textos resulta bem claramente a índole patrimonial do vínculo obrigatório no conceito clássico de obrigação.

carácter penal do vínculo obrigatório com os seus efeitos de sujeição pessoal do devedor ao credor, como *res obligata* (1). A obrigação passou a ser definivamente uma mera relação jurídica de carácter patrimonial em que o objecto foi a prestação e a garantia o património do devedor.

Foi esta a mais importante transformação a que já atrás se fez referência e agora se torna definitiva (2). Além disso, muitas outras relações de obrigação, além do pequeníssimo número já reconhecido juridicamente na época anterior, se constituem também no decorrer desta, como expressão de uma vida social muito mais desenvolvida. Novas formas de contratar e novos tipos

(1) Veja *supra*, pág. 88. Todavia a execução pessoal do vínculo obrigatório subsistiu ainda depois da *Lex Poetelia*, mas só para o caso de ser impossível o pagamento ou a satisfação do credor no património do devedor. Neste caso o credor satisfazia-se ainda sôbre a pessoa física do devedor, mas só subsidiàriamente. A redução do devedor à condição servil passou a um plano secundário como meio de procedimento executivo e, pelo contrário, objecto da *actio* e do pagamento foi então únicamente a *poena* ou a *pecunia* e não já o *corpus* do devedor. É o que se infere do próprio T. Livio quando fala da abolição do *nexum: ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur.* (8, 28). Cfr. Cícero, *de rep.*, 2, 34.

(2) A concorrerem para êste efeito, a exclusiva patrimonialidade da execução serviram os institutos da *bonorum venditio*, da *bonorum distractio* e do *pignus in causa iudicati captum*. O primeiro surgiu nos fins da República e foi talvez creação do pretor Rutilius Rufus. Por êle e a requerimento do credor procedia-se à venda do património do devedor em globo. O património executando era, porém, adjudicado àquele dos credores que se promtificasse a oferecer aos outros uma maior quota dos seus creditos, sendo o *bonorum emptor* considerado como um sucessor universal do devedor que o substituía tanto nos seus direitos como nas suas obrigações e encargos. Mas ainda aqui não foi inteiramente excluído o procedimento executivo contra a pessoa do devedor, recorrendo à execução patrimonial só os credores que o quizessem ou quando fôsse impossível, por ausência do devedor, o emprêgo da execução pessoal. — O segundo instituto, a *bonorum distractio*, ou venda parcial de alguns bens do de-

de contratos surgem, com efeito, que servem para cobrir com a protecção do direito as mais variadas combinações da vida social entre os indivíduos.

Assim a *stipulatio*, a forma por excelência dos chamados contratos verbais (contraídos necessàriamente *certis et imperativis verbis*), a qual, como já vimos, aparece no período anterior, desenvolve-se sobretudo neste, servindo para dar origem directamente às mais variadas obrigações; e pouco a pouco ela perde as suas formas rígidas, a intransigência das suas fórmulas e palavras sacramentais, transformando-se numa *stipulatio juris gentium*, acessível aos romanos e aos peregrinos (1). Mas não é só a *stipulatio* nem são só os chamados contratos verbais que constituem uma criação progressiva dêste período. A criação de outros tipos ou formas de contratos, como os literais, os reais

vedor, foi introduzida já nos começos do Império, mas exclusivamente para os senadores. Aqui dá-se também uma *immissio in bona* em todos os bens do devedor, mas estes, entregues a um administrador ou *curator*, não são todos vendidos. São vendidos só até à satisfação dos diferentes créditos invocados. — Finalmente, parece ter sido só na vigência do processo da *extraordinaria cognitio* e a partir de Antonino Pio (138-161) que se introduziu o instituto do *pignus in causa iudicati captum*. Êste consistia numa espécie de arresto. O crédor requeria ao magistrado que mandasse arrestar certos bens do devedor (naturalmente escravos ou dinheiro) sôbre os quais se constituía a favor dêle um direito de penhor. Se, depois de dois meses, o devedor não pagava, o crédor podia então vender o penhor e satisfazer-se sôbre o produto. E foi só depois de todos estes progressos que as obrigações se tornaram definitivamente patrimoniais no seu processo de execução. *Vid. Dig.*, 43, 3; *Cod.*, 7, 72, 10; Dig., 42, 1, 15, 2; 4, 3, 1, 31 e 21, 2, 50 e frag. 74, § 1.

(1) *Cfr. supra*, pág. 90. A primitiva *stipulatio* servia apenas para contraír obrigações que tivessem por objecto a entrega de uma certa soma em dinheiro (*certa pecunia*). Em breve, porém, ela passou a ser utilizada para contraír obrigações com um objecto diferente, como a entrega de qualquer coisa certa (*res certa*), ou uma certa quantidade de coisas fungíveis, ou ainda qualquer outra prestação, inclusivamente de serviços. E assim a *stipulatio* distinguiu-se, processualmente, nas duas fórmas de *stipulatio certi* e *incerti*. [*Vid.* Dig., 45, 1, 74. No que respeita à fórma, também esta sofreu durante a época clássica uma notável simplificação. As palavras sacramentais: *spondesne? spondeo*, puderam ser substituídas por outras equivalentes, na língua latina, na grega ou até peregrina, qualquer língua estrangeira, se os contratantes eram peregrinos e ambos a entendiam. De resto, a própria fórma das declarações (pregunta e resposta) deixou de ser exigida, considerando-se vinculadas ambas as partes, desde que resultasse provado que elas tinham querido obrigar-se *ex stipulatu*, e não se exigindo também já a *unitas actus*, isto é, que as declarações fôssem trocadas no mesmo acto e no mesmo momento. *Vid.* Gaio, III, 92, Paulo, *Sentent.*, 2, 3 e *Dig.*, 3, 15, 1, pr.; 44, 7, 1, 7 e 45, 1, 51.

e os consensuais (contratos, isto é, perfeitos e válidos mediante o emprêgo de formas escritas, de certas circunstâncias de facto ou de consentimento entre as partes) é também uma criação dêste período elaborada sobretudo pela jurisprudência clássica (1). O formalismo do direito quiritário é batido em brecha pelas influências do novo espírito social, em que a vontade independentemente de formas solenes de declaração chega a ser reconhecida em certos casos como o único elemento exigível para que surja uma obrigação jurídica, como sucede nos contratos consensuais: a compra e venda, a sociedade, o mandato, a locação, e ainda em certos pactos celebrados entre as partes a que a jurisprudência,

(1) Chamam-se *consensuais* os contratos em que basta o simples acôrdo ou *consensus* das partes contratantes para êles se constituírem. Era o que acontecia com a compra e venda, a sociedade, locação e mandato. O simples consentimento obrigava. Na compra e venda, do *consensus* resultava o constituír-se, porém, só a obrigação, visto que a transferência da propriedade, essa, não resultava nunca do contrato. *Reais* eram os contractos que, não se constituindo válidamente só pelo *consensus*, exigiam ainda para se constituír que uma das partes tivesse realizado uma prestação à outra a título de crédito. Era o caso do mútuo, do comodato, do depósito e do penhor. Antes de o mutuante, o comodante, o depositante ou o devedor terem entregue a coisa à outra parte para a voltarem a receber mais tarde, o contrato não se constituía. *Literaes* eram os contratos que só se formavam pela inscrição em certos livros do conteúdo dêles depois

os pretores e os imperadores foram pouco a pouco reconhecendo plena obrigatoriedade e eficácia jurídica (1).

Ao lado das obrigações estritamente jurídicas ou civis são reconhecidas outras com um mínimo de eficácia jurídica, mas em todo o caso jurídicas também, como são as chamadas obrigações naturais, fundadas no direito natural ou nos preceitos da religião, da moral e dos bons

de certas operações jurídicas livremente consentidas pelas partes. Eram, na época clássica, as *transcriptiones nominam*. Todos estes contratos se contrapunham, finalmente, aos *verbais*, como a *stipulatio*, a *doctis dictio* e a *promissio jurata operarum*, porque estes, como já se disse, só podiam constituir-se pelo emprêgo de certas palavras e declarações solenes. *Vid.* Gaio, III, 89 e seg.: *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*.

(1) A suficiência da vontade ou do *consensus* nos contratos consensuais para êles serem considerados válidos e obrigatórios no direito romano era uma excepção ao princípio que regulava a matéria dos contratos em geral como fonte das obrigações e que se definia, nas palavras do jurisconsulto: *cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem* (Dig., 2, 14, 7, 4). Êsse regime especial e de excepção que, porém, vigorou a respeito dos consensuais, compra e venda, sociedade, locação, mandato teve o seu fundamento na natureza especial das relações jurídicas que neles se traduziam e fazia dispensar a presença de qualquer outro elemento integrante da vontade (*causa civilis*) para esta produzir todos os seus efeitos *obrigatórios*. — Mas deve notar-se que os contratos consensuais não foram a única excepção àquele princípio. Além dêles, outros contratos se constituíram ainda na época clássica e que foram também consensuais ou quási consensuais. Estão no primeiro caso a promessa de doação (*pactum donationis*), a promessa de constituir um dote a favor de alguém (*pactum dotale*) e a promessa de pagar em certa data uma dívida própria ou alheia, promessas estas ou declarações de vontade feitas em fórma não solene e que, aceitas pela outra parte, obrigavam jurídicamente, constituíndo outros tantos contratos. Quási consensuais pódem considerar-se também os chamados *contratos inominados* cujo conteúdo se traduz nas quatro famosas categorias do *do ut des; do ut facias; facio ut des* e *facio ut facias*; isto é, contratos em que a obrigatoriedade jurídica se constituía pelo simples facto de um dos contratantes lhe ter dado princípio de execução na espectativa de uma contra-prestação de coisas ou de serviços e que por

costumes (1). Finalmente, as obrigações, como relações jurídicas entre pessoas determinadas, perdem ainda êste carácter pessoal e estreito que as fazia considerar

isso se assemelham também aos contratos reais. — Finalmente, excepção ainda ao princípio acima exposto do *nuda pactio obligationem non parit*, são também os simples pactos, acôrdos ou convenções entre as partes, acrescêntadas geralmente aos seus contratos, para lhes determinarem ou restringirem o conteúdo (*pacta adiecta*) e que a jurisprudência foi geralmente reconhecendo, como os pactos *de retrovendendo*, o *pactum commissorium*, o *de non alienando*, etc.; e ainda outros munidos de acção especial e reconhecidos pelos pretores e pelos imperadores, como o *pactum hypothecae*, o já referido *constitutum debiti proprii vel alieni*, etc. etc. E tudo isto eram também, evidentemente, progressos e importantes passos no sentido de o direito se libertar do formalismo e de reconhecer à vontade individual o poder de criar, só por si, na vida do direito as mais variadas combinações e os mais variados efeitos obrigatórios. *Vid.* além de Gaio, *loc. cit.*, IV, 119 e 122 e Dig., 2, 14, 7, 7.

(1) As obrigações naturais são aquelas que, não se fundando nem autorizando no *jus civile*, todavia se fundam na própria natureza das relações sociais em virtude das quais se constituem e, portanto, nos respectivos preceitos do *jus naturale*. Existem e constituem-se independentemente de determinação da lei. Assim, se por exemplo, um escravo contrái uma obrigação, é evidente que tal obrigação não será civil porque o escravo, sendo uma *res*, não tem personalidade. Se, porém, mais tarde e depois de manumitido êle paga aquilo a que se obrigou sendo escravo, não pode repetir o que houver pago com o fundamento de que não poderia ter-se obrigado válidamente antes de ser livre. Pagando, pagou bem e como se a sua obrigação fôsse desde o comêço válida e jurídica. Ora estas obrigações que não tinham de modo algum acção para serem exigidas e portanto não eram obrigações civis, eram contudo jurídicas, porque a ordem jurídica sempre lhes atribuía um certo número, embora mínimo, de efeitos. No caso em questão chama-se *soluti retentio* (direito de retenção) ao direito do credor de reter o que o escravo liberto lhe houvesse pago; ao passo que, se nenhum efeito o direito reconhecesse a essa obrigação, o mesmo escravo poderia repetir dêle o pagamento alegando ter sido a sua uma *solutio indebiti*, sem causa jurídica, levando a um injustificado locupletamento do credor à sua custa. *Vid.* Dig. 46, 1, 16, 4 e 12, 6, 64 e ainda 12, 6, 41. Esta doutrina era a expressão de outro importante progresso do direito civil devido à influência das concepções do direito natural e da *aequitas*.

no antigo direito como intransmissíveis (1) e tornam-se, pelo contrário, susceptíveis de transferência e de cessão, como os direitos reais, entrando desta forma no movimento das relações comerciais. Se o direito romano clássico não criou o instituto da cessão propriamente dita, contudo criou já e desenvolveu um certo número de expedientes indirectos ou de dispositivos jurídicos capazes de promover e garantir a transmissibilidade dos créditos na vida económica, tais como a *delegatio nominis* e a *procuratio in rem suam*, de forma que se pode ainda dizer que foi êsse direito que, embora servindo-se para novos fins de instituïções já existentes, criou definitivamente mais êste progresso na estrutura dêste instituto (2).

(1) *Vid.* Gaio, II, 38: *quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad aliam transferuntur, id efficere possum...* A natureza estritamente pessoal do vínculo obrigatório e da primitiva obrigação bem como a sua originária função de instrumento da vida jurídica entre grupos sociais com um pequeno desenvolvimento de relações comerciais explicam porventura a intransmissibilidade das obrigações no antigo direito e marcam acentuadamente a sua oposição aos direitos reais e às *res corporales*, transmissíveis desde muito mais cedo.

(2) A *delegatio nominis* era uma delegação de devedor. Por ela o devedor de uma certa pessoa, em vez de lhe pagar o seu débito, delegava êsse encargo numa terceira que por sua vez era também seu devedor, fazendo-se assim substituír na responsabilidade do pagamento por uma mesma quantia. Evidentemente, não há nisto um acto jurídico típico e autónomo, uma verdadeira cessão; há apenas uma operação pela qual o crédito de uma pessoa sôbre outra é transferido sôbre uma terceira por acôrdo entre os três e mediante estipulações ou negócios jurídicos diferentes e sucessivos. Mas era sempre necessário que o devedor delegado ou cedido em substituïção do primitivo acedesse a fazer uma nova estipulação com o credor. De resto, a obrigação nova que nascia entre o credor e o novo devedor nada aproveitava das obrigações acessórias ou de garantia que a primeira porventura tinha tido e que se extinguiam. Isto é, a *delegatio* não era uma verdadeira cessão (*Vid.* Gaio, *loc. cit.*). — A *procuratio*, como o seu nome indica, era uma relação de representação ou de mandato que se estabelecia entre o devedor originário e o seu credor. Em vez de lhe ceder um devedor de si mesmo como responsável da dívida, o primeiro nomeava o credor seu representante ou mandatário para o efeito de cobrar o pagamento da pessoa que devia ficar com a obrigação de pagar. Nestas condições o credor, tornado mandatário, exigia em nome do seu devedor mandante a dívida e êste depois abstinha-se de lhe pedir contas. Êste sucedâneo da verdadeira cessão tinha, porém, os inconvenientes próprios da relação ou figura jurídica sôbre que se fundava, o mandato. O devedor podia sempre revogar o mandato ou podia morrer êle ou o mandatário, e nesse caso nenhuma cessão se operava. Além disso, o devedor do mandante podia sempre iludir o mandatário, pagando de preferência ao primeiro que justamente queria transferir o crédito. Finalmente, para remediar estes inconvenientes, foi mais tarde conferida aos créditores, sem que se possa precisar quando, uma *actio utilis* contra os devedores cedidos, acção primeiro creada por Antonino Pio (138-161) a favor do *bonorum emptor* nas suas relações com os devedores do falido, em virtude da qual aqueles poderam já reclamar dos devedores cedidos os seus créditos sôbre os cedentes em nome próprio e não já como representantes ou mandatários. Nesse dia estava criado no direito romano o instituto da cessão de créditos. Veja Gaio, II, 39; *Dig.*, 2, 14, 16, pr. e *Cod.*, 4, 10, 2.

E o mesmo se diga ainda do importante instituto dos contratos ou estipulações a favor de terceiros que, embora repugnando às fundamentais concepções jurídicas dos romanos em matéria de efeitos das obrigações, pôde todavia constituír-se e funcionar já no direito clássico, apesar da imperfeição e timidez com que aí foi executada a sua respectiva teoria (1). E tudo isto pôe

(1) O princípio exclusivo da possibilidade dos contratos a favor de terceiros está enunciado em Ulpiano, no Dig., 45, 1, 38, 17: *alteri stipulari nemo potest...; ceterum ut alii detur non interest mea.* Tais contratos, pelos quais os contratantes estipulam que a prestação que é seu objecto deva ser satisfeita a uma terceira pessoa estranha ao contrato e que estão tão generalizados no direito moderno (ex. seguros de vida), eram considerados absolutamente nulos no direito romano, já nas relações entre os contratantes, já nas relações entre estes e terceiros. É evidente é que as razões desta doutrina devem ser as mesmas que se opunham à admissibilidade da cessão no antigo direito, o carácter pessoal das obrigações e o fraco desenvolvimento das relações comerciais. Todavia aqui também um tal princípio sofreu

claramente em relêvo a extraordinária importância dêste período histórico no que respeita à formação também aqui (e aqui mais do que a respeito de qualquer outra instituïção) de um direito romano inteiramente novo e diferente do do período anterior (1).

---

várias limitações e excepções sôbre as quais acabou por se fundar o princípio oposto, embora êste nunca fôsse formulado pelos romanos. A verdade é que a validade de tais contratos foi já admitida no direito clássico, quanto às relações entre os contratantes, quando o credor pôde mostrar um interêsse patrimonial em que a prestação fôsse satisfeita a favor de um terceiro. Nesse caso recorreu-se geralmente à estipulação de *clausulas penais* nos contratos, pelas quais o devedor ficava obrigado a uma prestação mais onerosa para com o credor, toda a vez que não satisfizesse a prestação ao terceiro. Finalmente, mas isto sucede só no período seguinte, foram admitidos certos casos em que tais contratos foram julgados válidos, até pelo que respeitava às relações directas entre o devedor e os terceiros que poderam, nesses casos, accionar o devedor. *Vid.*, além do texto citado, *Inst.*, III, 19, 19; Dig., 45, 2, 38, 2 e 45, 1, 38, §§ 20-24.

(1) Referimo-nos no texto só ao direito das obrigações contratuais ou resultantes de contratos por ser essa a espécie de obrigações que a jurisprudência clássica tratou com maior brilho e a cujo regime jurídico deu uma mais perfeita elaboração. De resto, a teoria das fontes das obrigações nos seus quatro elementos: contratos, delitos, quási-contratos e quási-delitos, como ela nos aparece no direito justinianeu e sobretudo post-justinianeu, parece não ter sido universalmente aceite ainda no direito clássico; e assim Gaio, se na sua obra *Aurei* (no Dig., 44, 7, 5) admite explicitamente obrigações nascidas *quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio*, contudo nas *Instit.* fala-nos apenas de obrigações contratuais e *ex delicto* (III, 88). A teoria romana das fontes das obrigações achava-se ainda então em elaboração e é só nas *Inst.* de Just. que ela nos aparece já definitivamente formada (*Inst.*, III, 13, 1, § 2). E a respeito das obrigações tendo uma causa ou fonte diferente dos contratos, apenas convém notar aqui por emquanto que: — quanto às obrigações *ex delicto* — esias, resultantes dos delitos privados (únicos que nos interessam), impunham aos autores do facto delituoso uma obrigação de reparar o dano que no direito dêste período, ao contrário do direito das XII Táb., foi muito mais proporcionada ao próprio dano que anteriormente, tendo-se ainda, além disso, em vista a intensão criminosa do agente. A obrigação originada pelo delito só à parte lesada é que dá o direito de pedir a sua efectivação por meio das regras ordinárias do processo civil; e essa efectivação consiste sempre apenas numa pena pecuniária que visa a ser o equivalente do prejuízo causado. E ainda, além disso, estas obrigações são consideradas como contraíndo-se *re*, isto é, pela realização de um facto material, não bastando nunca a simples intensão do agente; só podiam constituír-se a respeito de agentes com a responsabilidade dos seus actos e extinguiam-se, em regra, com a morte dos seus autores, não se transmitindo hereditáriamente. As quatro figuras típicas de delitos privados que podiam dar origem a uma obrigação destas eram: o furto (*furtum*), o dano na propriedade (*damnum injuria datum*), o roubo e dano violento (*bona vi rapta*) e as ofensas corporais ou crimes contra as pessoas (*injuria*). *Vid.* Gaio, III, 182 e *Inst.*, IV, 1, 1, pr. Quanto às chamadas obrigações *quasi ex contracta*, nascidas, isto é, de factos lícitos ou de manifestações unilaterais da vontade ou de certas relações independentes criadas pela vontade do homem e que não cabem na categoria de contratos, o direito desta época tendeu já a incluír neste número as obrigações resultantes da gestão de negócios, da tutela e curatela, da propriedade indivisa, da aceitação da herança e do pagamento do indevido (*Vid.* Dig. 44, 7, 5, pr. e § 1 e *Inst.*, III, 27, 1). Finalmente, na categoria das originadas *quasi ex maleficio* figuravam a obrigação do juiz, nascida de êrro de ofício (*qui litem suam facit*), de indemnizar pelo dano causado; a obrigação do proprietário da casa ou logar, de onde foram arremessados quaisquer objectos que causaram dano a alguém, de reparar êsse dano; a obrigação de indemnizar pelo risco feito sofrer ao público pelo proprietário que colocou quaisquer objectos na sua propriedade e que ameaçam cair causando danos, e finalmente a obrigação dos albergueiros e donos de navios de responderem pelos danos e roubos praticados contra os seus freguêses e clientes nas suas casas e embarcações (*Vid. Dig.*, 50, 13, 6; Dig., 9, 3, 1, 10 e frag. 2, 3 e 4 e Dig., 4, 9, 7, pr.).

Direito sucessório O direito das sucessões neste período é, como no anterior, a expressão fiel das transformações experimentadas pela instituïção familiar e sôbre o qual por isso pouco há que dizer. A prevalência do princípio cognatício na família, sobrepondo-se gradual mas continuadamente ao princípio oposto da agnação na estrutura dêste instituto, fez com que, como já foi referido, fôssem sendo sucessivamente cha-

mados à herança outros parentes, parentes pelo sangue, que na anterior organização familiar eram excluídos da sucessão legítima (1). E, obedecendo à acção desta causa, foi mais uma vez o pretor quem, secundado pelo espírito da nova jurisprudência e pelos imperadores, maior impulso pôde dar a estes progressos, creando o instituto das *bonorum possessiones* (sucessão legítima pretória), assim como já tinha creado o da propriedade pretória ou bonitária (2). Os seus processos, tais como eles se continham no limite das suas atribuïções de magistrado, foram os mesmos numa e noutra instituïção. Longe de atacar de frente o regime jurídico civil das sucessões, sobrepondo-se à lei (o pretor não teve nunca, como vimos, poderes para tanto, pois não legislava), o que fez foi dar a posse da herança *(possessio)* a certas categorias de pessoas ou parentes do *de cujus* que lha reclamassem, segundo uma certa ordem de preferência, e embora estes nem sempre fôssem seus parentes civis (3). E assim êle prometeu no seu *edictum* dar a posse dos bens da herança, no caso de não haver testamento, primeiro: aos filhos do *de cujus (liberi)*, sem distinção entre os *sui heredes* e os emancipados (4); em segundo logar, aos restantes parentes civis chamados também

(1) Veja, *supra*, pág. 95.

(2) *Vid.* Gaio, III, 18 a 25 *inclusivè: sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.*

(3) Gaio, III, 32: *quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem jure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur.*

(4) Gaio, III, 26 e Ulpiano, 28, 8: *liberis bonorum possessio datur, tam his qui in potestate usque in mortis tempus fuerunt, quam emancipatis; item adoptivis non tamem etiam in adoptionem datis* Era esta a primeira inovação do pretor, visto que os filhos emancipados não eram chamados pelo *jus civile* juntamente com os *sui*, tendo deixado de fazer parte de família. Era a *bonorum possessio unde liberi*.

pela lei, os *legitimi*, agnados e *gentiles* (1); em terceiro logar, a todos os parentes pelos laços do sangue até ao sexto grau (*cognati*) (2); e, finalmente, ao cônjuge supérstite (*vir et uxor*) (3). A posse dos bens era, porém, dada pelo pretor, não *ipso jure*, mas só em caso de lhe ser pedida dentro de certos prazos por aqueles herdeiros. Os *liberi* podiam pedir a *bonorum possessio* dentro de um ano útil. Se os não havia, ou no caso de a não pedirem dentro daquele prazo, podiam pedi-la os

(1) *Vid.* Dig., 38, 7, 2, 4. Estes eram todos os herdeiros pelo direito civil e, portanto, mais uma vez os *sui heredes*, os *agnati* e os *gentiles*. O *suus heres* era aqui chamado pela segunda vez à herança pretória como herdeiro civil, visto que na primeira categoria era chamado como filho entre os *liberi*. Como, porém, o direito do pretor admitia a delação sucessiva de herança, ao contrário do direito civil, sucedia que, dentro desta categoria de herdeiros, se o *suus heres* não pedia dentro do prazo (*annus utilis*) a *bon. possessio*, podia pedi-la o *agnatus proximus* e depois o *gentilis*. Era a chamada *bonorum possessio unde legitimi*.

(2) *Dig.* 38, 8 e *Instit.*, III, 5. Compreendiam-se nesta categoria todos os parentes naturais tanto pela linha masculina como feminina, e portanto todos os descendentes, quer *in potestate*, quer emancipados, quer dados em adopção. Os filhos emancipados eram aqui chamados pela segunda vez, visto que como *liberi* o eram à primeira. Além dos descendentes, eram também chamados todos os ascendentes sem distinção de linhas, os irmãos sem distinção entre germanos, consanguíneos ou uterinos, sobrinhos e tios, e, finalmente, os primos primeiros e segundos. Era a chamada *bonorum possessio unde cognati* e era por meio dela que o pretor sobretudo prestava o seu reconhecimento aos laços da família natural e *cognaticia*. Entre os cognados é o mais próximo em parentesco ao defunto que sucede. Se todos se acham no mesmo grau, a sucessão tem logar *per capita*.

(3) *Dig.*, 38, 11. O cônjuge subrevivo não divorciado era chamado em último logar. Certamente esta sucessão não aproveitava à mulher *in manu*, porque esta, estando *loco filiae*, era chamada como *heres sua* e entre os *legitimi* à sucessão do marido. Mas quando a *manus* deixou de acompanhar o matrimónio foi esta a única forma de garantir ao cônjuge sobrevivo um certo direito à herança o qual ainda assim mesmo de pouca utilidade seria práticamente, dado o logar em que êle era chamado. Era a *bonor. possessio unde vir et uxor*.

legitimi. Se estes faltavam, podiam pedi-la os *cognati* e, por último, o cônjuge sobrevivente. Ora a posição jurídica do *bonorum possessor* foi muito similhante à do herdeiro e até por vezes mais vantajosa. Tinha o domínio bonitário de todas as coisas da herança e podia por meio de um interdito especial *(interdictum quorum bonorum)* pretender a sua entrega de qualquer pessoa, inclusivé do herdeiro (1).

Mais tarde os imperadores continuaram ainda a obra do pretor neste mesmo sentido. Um senatusconsulto do tempo de Adriano, o senatusconsulto Tertuliano, e um outro do tempo Marco Aurélio, o Orficiano, de 178, chamaram a mãe à sucessão nos bens dos filhos e viceversa, dando assim um forte impulso aos progressos da idea cognatícia no instituto das sucessões (2). De resto, a própria sucessão testamentária sofre ainda neste período importantes transformações. No que diz respeito às formalidades do testamento, o pretor contentou-se, para dar a *bonorum possessio* de harmonia com êle *(secundum tabulas)*, com um simples acto escrito e assinado por sete testemunhas (1). Finalmente, numa íntima relação com os progressos da família natural, constituiu-se também neste período, e pela primeira vez no direito romano, o instituto da sucessão legitimária contra o testamento, a chamada sucessão forçada real ou substancial, segundo a qual o testador foi obrigado a deixar no testamento uma certa porção de bens, a título de dever moral de piedade *(officium pietatis)*, aos seus parentes mais próximos, sob pena de o seu testamento poder ser atacado por estes como inoficioso mediante uma acção especial a que se chamava a *querela inofficiosi testamenti* (2).

(1) *Vid. Dig.*, 43, 2, 1, pr. e Gaio, III, 34 e IV, 144. O interdito *quorum bonorum* servia para reclamar e fazer adquirir a posse das coisas ao *bonorum possessor*, chamado pelo pretor, das pessoas que as possuíssem *pro herede* ou *pro possessore* a qualquer outro título; como diz Ulpiano, a *bon. poss.* era uma *possessio juris magis quam corporis*. (Dig, 37, 1, 3, 1). E como o *possessor*, rigorosamente, não é um herdeiro, achando-se apenas *heredis loco* (Gaio, III, 32), êste interdito faz para êle as vezes da *petitio hereditatis*.

(2) O senatc. Tertuliano chamava as mães à sucessão dos filhos, ainda mesmo quando ela se encontrasse com estes numa situação de comum sujeição à potestas do *pater*, mas sob a condição de ela gozar do *jus liberorum* e de os filhos a quem sucedia não terem deixado por sua vez *liberi* nem *parens manumissor*, isto é, psi que o tivesse emancipado, nem irmãos consanguíneos. No caso de deixar irmã consanguínea (filha do mesmo pai), a mãe concorria com esta à herança. *Vid.* Ulpiano, 26, 8 e *Inst.*, III, 3, 1 a 7. O snc. Orficiano chamou os filhos, incluíndo os nascidos fora do matrimónio, à sucessão da mãe com preferência a todos os agnados da mesma. Tornaram-se pois êles *heredes legitimi* e poderam pedir ao pretor a *bonor. possessio unde legitimi*. *Vid. Inst.*, III, 4.

(1) *Vid.* Gaio, II, 119-120: *praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bon. possessionem policetur.* E deve-se notar que, se a condição dêste *bonorum possessor* ou herdeiro pretório começou por ser precária, visto que o herdeiro legítimo *ab intestato* pôde anular, *jure civili*, o testamento e reivindicar os bens (daí o nome de *bon. possessio sine re* dado à condição ou herança do herdeiro pretório), todavia ela consolidou-se a partir de Anton. Pio (138-161) a ponto de se estabelecer por um rescrito dêste imperador que o herdeiro pretório poderia sempre repelir a pretenção do herdeiro civil *ab intestato*, tornando-se assim a sua *bon. possessio* uma *bon. possessio cum re* ou uma *bon. pos.* garantida. Só em face de um testamento regular e válido *jure civili* é que o testamento pretório podia perder os seus efeitos. Veja Gaio, *loc. cit.*, § 120, Ulpiano, 23, 6 e 28, 6 e *Inst.*, II, 10, 2.

(2) No mais antigo direito e, nomeadamente, no direito das XII Táb., estava, como vimos, sancionada a liberdade de testar, pôsto que essa liberdade de testar não devesse ser entendida como uma instituição que normalmente servisse aos *patresfamilias* para privar os *sui heredes* da *familia* e da *pecunia*, isto é, da herança. Como também foi referido, o que se está autorizado a afirmar é que o *pater* teria então a liberdade de regular como entendesse entre os próprios herdeiros necessários a sua sucessão (*vid.* pág. 94 *supra*). Contudo, e também já desde o mais antigo direito, era imposto ao *paterfamilias* que desejasse deixar os seus bens em testamento a estranhos preterindo os *sui heredes*, que procedesse neste à deserdação expressa e

O Processo O processo do período anterior era, como vimos, um processo ainda bárbaro e primitivo, eivado de vestígios das primitivas formas da justiça privada. O Estado intervinha nele, não tanto no interêsse da justiça, como no interêsse da paz pública, procurando evitar que os cidadãos viessem às mãos. Em vez da reparação do direito pelos processos da vindicta privada e do talião, o Estado pretendia impôr a sua reparação pelos processos da composição patrimonial, por meio de pactos e da arbitragem. Mas o processo chamado das *legis actiones*, com a sua pobreza de formas, o seu formalismo intolerante, a sua indiferença pela boa ou má fé das partes e sobretudo a escassa intervenção que nele tinha o poder público, não tardou a achar-se em desarmonia com as novas exigências do meio social e

solene (*certis solemnis imperativis verbis*) dos seus herdeiros legítimos (*exheredatio*). Não o fazendo, o seu testamento era absolutamente nulo, no caso de o herdeiro legítimo preterido ser um *filius suus*; ou era nulo só parcialmente, tendo lugar a sua rectificação, se êsse herdeiro era uma filha ou um neto, os quais neste caso concorreriam ainda à herança apesar da omissão do testador a seu respeito. Era êste o instituto da chamada sucessão forçada ou legitimária *formal*, fraquíssima garantia para os herdeiros legitimários, os *sui heredes*, que na ocasião da morte do testador se achavam sujeitos à sua *potestas* (*Vid.* Ulpiano, 22, 14; Gaio, II, 138-143, II, 157; 123-128 e *Dig.*, 28, 2, 11 e 19, etc.). Ora foi porque esta forma de sucessão legitimária pareceu, pelos fins da República, uma fraca garantia para certos herdeiros, não obstante as modificações que ainda aqui o pretor nela introduziu (estendendo os seus efeitos a todos os *liberi* do testador aos quais deu, em caso de preterição sem a *exheredatio*, uma *bonorum possessio contra tabulas*), que então surgiu uma nova forma mais eficaz de sucessão contra o testamento, a que se deu na doutrina pandectista a designação, aliás pouco feliz, de sucessão necessária *substancial*. Subsistiu o anterior instituto da sucessão legitimária formal e da *exheredatio*, mas ao lado dêle constituiu-se o novo instituto de uma verdadeira sucessão legitimária, como nós hoje a entendemos.

O testador que quizesse instituir por herdeiros quaisquer estranhos devia contudo respeitar, contemplando-os com uma certa porção de bens hereditários, certos parentes, herdeiros seus *ab intestato*, e isto porque se entendeu que êle lhes devia em qualquer caso (excepto

assim a parecer aos olhos dos romanos absurdo e odioso (1). As causas de transformação social já conhecidas e os progressos no desenvolvimento das atribuições

o caso de uma justa deserdação fundada em motivos legais) uma certa piedade (*officium pietatis*). Quando de todo os não contemplasse ou contemplasse insuficientemente, não bastava já a antiga *exheredatio* para os afastar da sucessão e o seu testamento podia ser atacado por êles justamente como *inofficiosum*. Primeiro, êste direito de atacar o testamento inoficioso existiu só para os herdeiros do *jus civile* e estes poderam assim, numa primeira fase da evolução do novo instituto, fazê-lo declarar nulo perante um tribunal especial (*o tribunal dos centúmviros*) e mediante uma acção também especial, a *petitio hereditatis*; os herdeiros de direito pretório, porém, não o poderam. Mas mais tarde e apesar de esta transformação nos ser pouco conhecida na sua data e nos seus elementos, o que é certo é que um tal direito se estendeu também a estes últimos herdeiros pela criação de um outro tribunal extraordinário, talvez creado por uma lei *Glitia* que Gaio comentou, e perante o qual estes puderam também finalmente atacar os testamentos inoficiosos com uma acção que se chamou a *querela inofficiosi testamenti*. Mais tarde ainda, por último, depois de extinto o tribunal dos centúnviros, a *petitio hereditatis* ter-se-ía fundido com a *querela*, dando origem a esta única acção, como ela nos aparece no direito de Justiniano. E foi assim que no direito romano se constituiu o instituto da sucessão legitimária, sendo considerados legitimários apenas os descendentes, os ascendentes e os irmãos e irmãs consanguíneos do *de cujus*, embora estes últimos só o fôssem, quando no testamento tivessem sido preteridos a favor de uma *persona turpis*. De resto, quanto ao montante da quota ou porção legitimária, que devia ficar ao herdeiro, ela foi no direito clássico só uma quarta parte da herança pela aplicação que se fez a êste instituto da *portio debita* ou *quarta Falcidia* do herdeiro instituído diante dos legatários contemplados no testamento, estabelecida pela *lex Falcidia*, do ano 40. Ora é indiscutível que também nesta última formação jurídica e nos termos em que ela se transformou e desenvolveu no decorrer dêste período não podemos deixar de vêr uma influência das novas ideas sôbre a família, evolucionando da sua primitiva estrutura e concepção política para fórmas cada vez mais naturais e humanas, inspiradas na teoria da cognação e da verdadeira sociedade doméstica. *Vid. Dig.* 5, 2, 8, 16; 5, 2, 4 e 5; 5, 2, 15, pr.; 5, 2, 1 e 24 e *Inst.*, III, 18, 6.

(1) Gaio, IV, 30: *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet.*

do Estado acabaram por o condenar, substituindo-lhe uma nova forma de processo que foi o *processo formulário*. Êste foi o processo introduzido pela lei *Aebutia* (146 ou 126 a. Cr.) e tornado mais tarde o único processo em vigor por duas leis Julias do tempo de Augusto (1). Caracteriza-o fundamentalmente uma mais activa intervenção do magistrado na sua organização e na sua marcha. O magistrado ou o pretor, que até aí se limitava a procurar conciliar as partes, induzindo-as a uma transacção (*pactum*, *pax*), ou a remetê-las para um juiz, depois de praticado na sua presença um certo número de solenidades rituais e sacramentais, agora desempenha aí um papel muito mais activo: procura conhecer os factos sôbre que se fundam as pretensões das partes; aprecia-os com inteira liberdade e substitui-se à lei e ao direito civil, já decidindo por sua autoridade (*imperium*) e fóra da organização processual estabelecida (*extra ordinem*) os pleitos que lhe são submetidos, já concedendo ou não concedendo às partes as acções da lei ou outras por êle criadas, já emfim dando ordens e instruções concretas ao juiz sôbre o modo como as questões devem ser resolvidas e julgadas (2). A intervenção do Estado por meio do magistrado na organização do processo experimentou assim um notável desenvolvimento. O pretor, em vez de um mero assistente passivo ao debate das partes, procurando pacificá-las, passou a ser o organizador e o orientador activo e de larga iniciativa de todo o processo; e, mais do que isso, mediante o seu poder sôbre as acções, sendo estas, como se disse já, a chave e o fundamento de todos os direitos, passou a ser também o dispensador quási soberano da tutela jurídica e o criador dêstes. Foi nisto que, como também

(1) Gaio, *ibid.*; *itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigemus.*

(2) *Vid. supra*, pág. 145, onde se tratou do edito do pretor.

já atrás vimos, consistiu sobretudo a importância da obra do pretor como fonte de direito. Mas justamente, o novo processo foi por isso mesmo um processo muito mais humano e equitativo do que o anterior. Em vez de pronunciarem fórmulas sacramentais e observarem um ritual complicado e simbólico, cuja mínima omissão determinava a nulidade do processo, as partes expunham ao magistrado livremente as suas pretensões e as razões em que as fundavam, pedindo-lhe uma acção, ou civil (se a pretensão se fundava no *jus civile*), ou pretória (se a pretensão se fundava no *edito* e no *jus praetorium*), ou *in factum*, se pretendiam uma acção não existente ainda para o caso em questão de que se tratava. Feito isto, o pretor, no caso de conceder a acção pedida, resumia a controvérsia num pequeno relatório (*formula*, — donde processo formulário) em que nomeava o juiz, referia as razões de facto e de direito que assistiam ao autor e por fim ordenava àquele que decidisse, condenando ou absolvendo, consoante aquelas razões, nos termos em que iam expostas, se provassem ou não provassem. Foi por meio dêste mecanismo processual que o pretor pôde amoldar assim os critérios de decisão das causas às mais variadas exigências morais da consciência social interpretada por êle e assim dar também um logar às considerações da equidade e da boa fé na decisão dos pleitos (1).

(1) Além das inovações já referidas oportunamente que o pretor introduziu no direito romano, inspirado nos princípios da eqüidade e da boa fé, e em cujo número estão a instituição do *in bonis* ou propriedade pretória, as *bonorum possessiones*, a protecção do possuidor de boa fé, a concessão fictícia da qualidade de cidadão aos peregrinos, a protecção dos escravos irregularmente manumitidas ou *in libertate*, etc., devem mencionar-se ainda o reconhecimento da violência ou coacção (*metus*) e o do dolo (*dolus malus*) como vícios do consentimento na celebração dos negócios jurídicos, em virtude dos quais pôde ser pedida a anulação de tais negócios pelas partes interessadas. *Vid. Dig.*, 4, 2, 21, 5 e 4, 3, 1, 1. A anulação dêstes negó-

Foi por meio dêle, emfim, que o pretor pôde criar numerosos meios de acção e de defêsa (*actiones* e *exceptiones*) (1) na discussão dos direitos, alargando a esfera das relações jurídicas tuteladas e pondo assim o direito em contacto permanente e directo com a vida real (2). O processo formulário foi justamente neste período a grande via de realização dêstes progressos, o melhor instrumento do *jus honorarium* e, através dêle, o melhor meio de formação do *Jus Gentium*.

cios, com efeito, pôde ser pedida ao pretor por meio de várias acções e excepções criadas para êsse fim; a *actio* e a *exceptio quod metus causa*, as *in integrum restitutiones* e a *actio* e a *exceptio doli*. Era um grande progresso moral sôbre o *jus civile* que, prêso no seu formalismo intolerante, admitia a plena validade dos negócios jurídicos determinados por esses vícios da vontade.

(1) As acções (*actiones*) eram os meios de fazer valer os direitos. Como diz o jurisconsulto, *actio nihil aliud est quam jus persequendi judicio quod sibi debetur* (*Dig.*, 44, 7, 51). São o meio prático e processual fornecido ao cidadão para êle poder exigir do Estado a defêsa do seu direito. Ora no direito romano havia uma acção especial para cada direito, donde resultava que a acção e, por conseguinte, todo o processo judiciário se achavam para com o direito civil ou substantivo, numa relação muito mais estreita do que hoje sucede no direito moderno, em que o processo e a acção são constituídos por um complexo de regras gerais aplicáveis para a actuação de qualquer direito. Daqui resultava ainda que direito para o qual o pretor negasse a acção deixava de ser direito e situação para a qual êle a criasse passava a ser direito. A teoria da acção e do processo, porém, só será tratada no segundo volume e na sua altura competente. E o mesmo se diga da teoria das excepções (*exceptiones*) que eram também meios de defêsa processual concedidos ao réu para paralizar a pretenção do autor.

(2) *Cfr.* o que sôbre êste assunto ficou referido a pág. 149 sôbre a actividade do pretor e o seu edito.

CAPÍTULO III

Período do Direito romano oriental

(284 d. Chr. — 565 d. Chr.)

O período que designamos por período do direito romano oriental estende-se desde fins do século III até á morte de Justiniano (565). Assim como uma formação jurídica nova, o *jus gentium*, e um facto político novo, a fundação de um Estado romano universal, tinham fornecido o critério para individualizar o período anterior, assim também aqui duas novas formações jurídicas, o *direito romano oriental* e o *direito vulgar*, e um facto político e social de primacial importância, a invasão dos bárbaros no século quinto, marcam suficientemente a individualidade dêste novo e último período da evolução jurídica romana.

O direito romano oriental ou romano-helénico é o direito romano mais uma vez transformado; é o direito romano penetrado agora pelo espírito da civilização e cultura gregas ou bizantinas. Êste facto é sobretudo determinado pela transferência da capital do Império de Roma para Constantinopla a partir do imperador Constantino, nos princípios do século IV. O direito romano desenvolve-se então nesta sua última fase numa região

e entre povos de um génio e uma civilização muito diferentes dos latinos, como que abastardando-se na sua raça e esquecendo-se da sua origem ocidental.

O direito vulgar ou direito romano vulgar, em sentido lato, é, ao lado do anterior, que conserva os foros de direito vigente oficial, o direito que entretanto se vai constituindo também nas diferentes regiões do Império, sobretudo no Oriente, pela reacção das tradições jurídicas locais ou direitos locais dessas regiões sôbre o direito romano. É uma adaptação ou degenerescência do direito romano, tornado impotente ao cabo de alguns séculos para absorver definitivamente a individualidade dos diferentes génios nacionais. Finalmente, a invasão pelos povos bárbaros das fronteiras do Império, no Danúbio e no Rêno, é o facto político capital do novo período histórico. É êle que, determinando a certa altura a perda definitiva para Roma e a Itália de toda a participação na vida do Estado romano, deslocado para o Oriente, determina, além disso, o espírito centralizador e despótico da nova constituïção do Império, traz à vida do Ocidente uma nova onda de tradições jurídicas estrangeiras, bárbaras e germânicas, e constitui assim um novo golpe vibrado na pseudo-igualdade jurídica das antigas regiões do Império. E ainda, em último logar, é também neste período que se consuma a unificação do antigo direito civil romano *(jus civile)* com o direito do pretor *(jus honorarium)* e a do direito nacional com o *jus gentium*, atingindo êste o seu máximo grau de universalidade. É o período por excelência da codificação e dos grandes monumentes legislativos; o período por excelência também das influências exercidas pelo espírito cristão (1).

(1) Sôbre as influencias do cristianismo no direito romano privado, veja Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*, Paris, 1843, Riccobono, *Cristianesimo e diritto privatto*, na *Rivista de diritto civile*, 1911, fas. 1., Baviera, *Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sull diritto romano* nas *Mélanges Girard*, 1 vol. (1912) pág. 67. As instituïções jurídicas que sofreram mais profundamente a influência cristã, e sôbre as quais todos se acham de acôrdo para o reconhecer, fôram o matrimónio, o divórcio, as segundas núpcias, o concubinato, a legitimação dos filhos e as fundações ou *pias causae*, criação quási exclusiva do espírito cristão. Fóra daí e não obstante a indiscutível influência que a nova religião breve adquiriu sôbre todos os aspectos da vida social, é muito arriscado e discutível querer atribuir essa origem a qualquer instituïção determinada ou, mais ainda, querer referir às ideas cristãs as interpolações justinianêas, como faz Riccobono. Torna-se impossivel ou pelo menos muito difícil querer destrinçar, com efeito, na maioria dos casos o que é influência cristã propriamente dita do que são influências gerais do pensamento helénico e oriental e do que são doutrinas filosóficas durante êsse período de sincretismo de ideas, de crenças e civilizações que acompanha a época post-clássica. *Cfr.* sôbre o estado actual da questão Pacchioni, *Corso*, I, pág. 333-336 e Bonfante, *Diritto romano* (1900) pág. 83 e seg. Acêrca do desenvolvimento da influência cristã em geral sôbre cada um dos diferentes aspectos e elementos da vida romana, no seu conjunto, merece lêr-se a obra admirável de Boissier, *La fin du Paganisme*, Paris 1913 (7.ª ed.) em 2 vol.

1 — Instituïções políticas e sociais

A Monarquia absoluta

A constituïção política do Império a partir dos fins do século III foi a de uma monarquia absoluta que não tardou em se moldar e e organizar segundo o tipo das monarquias despóticas do Oriente. Foi o imperador Diocleciano (284-305) quem deu ao Império a sua nova organização que Constantino depois concluïu e aperfeiçoou. Como o Império se tivesse tornado muito extenso e isso dificultasse o seu govêrno, tanto mais que no interior dele as revoltas se tinham tornado permanentes e nas fronteiras era perpétua a ameaça de invasão por parte das populações bárbaras, Diocleciano dividiu-o em duas partes, Ocidente e Oriente, e, associando ao govêrno um seu antigo companheiro de armas, Maximiano, deu a êste a parte oci-

dental e reservou para si a oriental, indo instalar-se em Nicomédia. Desde êsse momento houve no Estado romano dois imperadores, que tomaram o título de Augustos, e começa na história de Roma o período do Baixo-Império que se estende até ao reinado de Justiniano, durante o qual as guerras civis e as invasões dos bárbaros acabam por desorganizar completamente a sociedade romana. E, como aquela primeira reforma de Diocleciano ainda não bastasse, e a fim de suprir a falta de uma lei de sucessão regular ao trono imperial que garantisse por parte dos imperadores a competência e o conhecimento dos negócios, os dois soberanos associaram ainda ao govêrno de cada um deles, como uma espécie de príncipes herdeiros e seus eventuais sucessores, dois outros membros com o título de Césares. E assim foi que à frente do Estado romano veio a haver num dado momento quatro soberanos com quatro capitais e quatro governos distintos. É ao que se chama, em contraposição ao govêrno de dois sob Augusto, ou *diarquia*, a *tetrarquia* ou o govêrno de quatro (1).

(1) Como é sabido, esta nova organização não se manteve por muito tempo em vigor sem grandes lutas e guerras intestinas que a cada passo prejudicaram o seu funcionamento e por vezes o suprimiram. Os primeiros Césares foram Constâncio Cloro, que teve a sua capital em Treves e Galério, que a teve em Sirmium, perto de Belgrado. Maximiano fixou-se em Milão. Pouco depois, tendo abdicado os dois Augustos, foram eleitos em sua substituição os dois Césares e nomeados dois Césares novos. Mas então começaram as lutas, porque, tendo sido excluído desta dignidade o filho de Constâncio Cloro, Constantino, foi êste aclamado Augusto pelos soldados, chegando a haver num certo momento seis imperadores com a reeleição de Maximiano. Tendo-se seguido a isto uma complicada guerra civil, foi finalmente Constantino quem, depois da batalha da ponte do Milvius em que foi derrotado Maxêncio e depois da derrota do imperador do Oriente em 324, ficou único senhor do Estado. Constantino reconheceu e autorizou oficialmente a religião cristã, fundou a nova capital do Oriente, Constantinopla, no local da antiga Bizâncio e, finalmente, organizou o govêrno imperial, completando a obra de Diocleciano. Mas depois da sua morte, tendo Constantino dividido de novo o império por seus três filhos, as guerras civis recomeçaram. Teodósio (379-395) restabeleceu por um momento de novo a unidade e foi no seu tempo que o cristianismo triunfou definitivamente, depois da última tentativa de restauração do paganismo no tempo de Juliano. Depois do seu reinado, porém, e dividido mais uma vez o império por seus dois filhos, Arcádio Honório, tornou-se também definitiva a separação entre o Oriente e o Ocidente até 476, momento em que Roma cai em poder dos bárbaros de Odoacro. Finalmente, depois disto, Justiniano conseguiu ainda em 563 reconquistar a Itália e a África, reünindo assim durante alguns anos ainda a maior parte das antigas possessões do império. Mas a Itália não tardou ainda desta vez em cair de novo em poder dos bárbaros com a invasão dos lombardos em 567 e depois disso o Império Romano do Oriente não foi mais do que um império grego, inteiramente estranho ao ocidente, vindo a acabar em 1453 com a tomada de Constantinopla pelos turcos. Sôbre a história política e civil deste período podem ver-se, além das histórias gerais, O Seek, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt* (Berlin 1895-1913); Preuss, *Kaiser Diokletian und seine Zeit*, Leipzig, 1868; Burkhardt, *Das Zeitalter des Constantin*, Leipzig, 1880, e Güldenpenning, *Der Kaiser Teodosius der Grosse*, Halle, 1878.

Mas a nova monarquia imperial não se filia de modo algum, como já dissemos, na história das anteriores tradições políticas e constitucionais de Roma e da Itália; filia-se antes na história e na tradição das antigas monarquias orientais e talvez, sobretudo, na dos Persas. Assim é que o imperador ou os imperadores não são já simples príncipes mas verdadeiros senhores *(domini)* do Estado. Revestem-se de toda a pompa das realezas asiáticas: são considerados sagrados e divinos; usam um manto de púrpura e uma corôa de ouro na cabeça. Nas suas mãos concentram-se e residem permanentemente a soberania e todos os poderes do Estado. O povo perdeu, inclusivamente, o direito de os eleger ou de confirmar a sua eleição por meio do voto de aclamação no início do seu reinado (1). Dos comícios não res-

(1) *Vid. supra*, pág. 109 e 133. Os imperadores, embora aparentemente nomeados pelo senado, de facto são eleitos pelas legiões e pelas intrigas palacianas.

tam sequer vestígios. O senado de Roma é um mero corpo administrativo local e municipal e, assim como êsse, existe outro em Constantinopla (1). E o mesmo se diga do carácter das funções dos pretores e questores (2). Os cônsules, que continuam a ser os magistrados epónimos (dando o nome ao ano), conservam uma relativa importância: mas as suas funções dão-lhes também mais o carácter de funcionários imperiais, nomeados que são pelo imperador e só deles dependentes, do que outra coisa (3). Enfim Roma, como as

(1) Nesta última fase o senado foi exclusivamente uma assembleia de magistrados imperiais e de favoritos dos imperadores. Todo o cidadão que tivesse sido nomeado para uma magistratura tornava-se facilmente senador. Foi até esta a nova *ordo* ou aristocracia do baixo-Império, compreendendo os *illustres*, os *spectabiles* e os *clarissimi* como membros da ordem senatorial.

(2) Quanto aos pretores, deve notar-se que a sua jurisdição foi sendo constantemente diminuída, ainda durante a época do alto-Império em virtude e em proveito das novas magistraturas imperiais, como o prefeito da cidade, o das vigílias, os *consulares*, *juridici*, à medida que se desenvolvia o processo chamado da *extraordinaria cognitio (judex judicium, ordo judiciorum)*. Todavia esta magistratura mantem-se ainda no baixo-Império, havendo ainda então o pretor urbano e os dois pretores especiais das tutelas e *de liberalibus causis*. Mas a sua nomeação, que tambem já no período anterior era sugerida pelo príncipe mediante uma proposta *(commendatio)* a que os comícios e o senado se submetiam, agora tornou-se neste período unicamente da competência do soberano. A partir de 356, os pretores passaram a ser nomeados pelos senados das duas capitais mediante confirmação do imperador, assim como os cônsules *suffecti* e os questores. Esta última magistratura assumia tambem a partir do século III um carácter diverso, mas os questores foram por último magistrados puramente municipais. *Vid. Dictionnaire des antiquités romaines*, de Daremberg e Saglio, vb. *praetor* e *quaestor*.

(3) A partir do Império esta magistratura decaiu constantemente, tornando-se sobretudo um título honorífico o seu *majus imperium*. A partir do século III estavam em exercício apenas dois mêses, chamando-se *ordinarios* os que exerciam durante os dois primeiros mêses do ano e os outros *suffecti*. Ficou-lhes por último apenas a

outras capitais e sobretudo como Constantinopla, tem agora uma administração distinta da do Império. À frente dela, como das outras, está um prefeito *(praefectus urbi)* subordinado ao imperador e tendo sob as suas ordens uma legião de funcionários (1). É o máximo de centralização governativa aliado ao máximo de despo-

presidência do senado com uma certa jurisdição e o direito de eleição para certos cargos imperiais, havendo ora um ora dois em cada uma das duas capitais. Por fim o consulado desaparece de todo no século VI, passando o imperador a ser considerado cônsul perpétuo. *Cfr.* Landucci, I, *Storia*, pág. 468.

(1) O *praefectus urbi* tinha sido criado de novo por Augusto, como já atraz ficou referido, não obstante esta magistratura remontar à época rial. Contudo ela só se tornou estável e permanente a contar de Tibério. Os imperadores confiaram-lhe então a polícia da cidade com uma relativa jurisdição civil e criminal. Mas não tardou que toda a jurisdição criminal dentro da cidade e numa vasta área em redor dela lhe viesse a pertencer; e, depois disso, pode dizer-se que os seus poderes e funções não cessaram mais de se desenvolver, tornando-se êle no baixo-Império o mais alto dignitário do Estado romano depois do imperador. No século VI pertence-lhe a presidência do senado e toda a administração das duas cidades de Roma e Constantinopla está nas suas mãos. *Vid.* Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*, II, pág. 465. Abaixo do *praefectus* estão depois em dignidade os *vicarii* das dioceses, os *praesides* das províncias, e, na ordem militar, os *praefecti praetorio*, os *magistri peditum* e *magistri aequitum*. Além disso, como outras dignidades, correspondendo já a cargos do Estado, já a funções palatinas e do serviço pessoal do imperador, estão ainda: o *magister officiorum*, espécie de primeiro ministro possuindo a mais larga competência e tendo sob as suas ordens os quatro grandes ministérios ou ofícios do Estado *(ab epistolis, a rationibus, a libellis* e *a cognitionibus)* e as guardas imperiais que tinham substituído as guardas pretorianas desde Constantino *(scholae scutariorum)*; o *quaestor sacri palatii*, espécie de chanceler com funções jurídicas e legislativas; o *comes sacrarum largitionum* ou ministro das finanças imperiais, o *comes rerum privatarum*, administrador da fortuna privada do imperador e o *praepositus sacri cubiculi* ou almoxarife encarregado do serviço pessoal do imperador. Cfr. a *Notitia dignitatum utriusque imperii*, ou lista de funcionários das duas partes do império publicada por Büking (1853) e por Seek (1876).

tismo. E esta organização que dura no Ocidente e em Roma até ao ano 476, momento em que o Império é derrubado sob os golpes dos bárbaros, estende-se no Oriente até ao momento que é o limite do nosso estudo, até à morte do imperador Justiniano em 565.

As províncias De harmonia com esta organização política central, as províncias do Império fôram também, como era natural, objecto de uma remodelação profunda. Todo o território do Império, desde o Atlântico ao mar Negro e à Arménia e desde a África ao Danúbio, ao Rêno e à Bretanha foi dividido em quatro grandes circunscrições ou prefeituras: a *Ilíria*, o *Oriente*, a *Itália* e as *Gálias*. Estas prefeituras subdividiram-se por sua vez em treze dioceses (cinco no Oriente e oito no Ocidente); estas num certo número de províncias, compreendendo um certo número de cidades (1). Á frente das prefeituras foi colocado um *praefectus*, à frente da diocese um *vicarius*; emfim, à frente das províncias, um *rector* (2). A Espanha constituía assim, por exemplo, uma diocese da prefeitura das Gálias, subdividindo-se em cinco provincias: *Lusitania*, *Betica*, *Tarraconense*, *Cartaginense* e *Mauritania-Tingitana*. Mas estas províncias, como unidades político-administrativas, estavam longe de corresponder às antigas províncias do Estado romano. Sob a República e o principado a carta política das províncias, várias vezes remodelada, contudo tinha ainda respeitado até certo ponto as grandes unidades nacionais; a Gália, a Espanha, a África eram nações. Sob Diocleciano e Constantino, em virtude da nova constituïção política do Império, as províncias eram agora circunscrições mais numerosas e de índole meramente administrativa, organizadas sob um tipo uniforme e dentro de um critério governativo todo feito de centralização e de simetria. As grandes unidades históricas tinham desaparecido e com elas toda a autonomia e liberdade dos reinos e das cidades. O despotismo e a cupidez do govêrno central tinham precipitado por toda a parte a decadência das instituïções municipais (1).

(1) As dioceses do Oriente eram a *pontica*, a *asiana*, a *thracia* e a *moesiarum*. As do ocidente eram, além de Roma, a Panónia, a Bretanha, a Galia, a Espanha, a Africa, a de Viena e a Itália.

(2) Os governadores das províncias tinham várias categorias e assim eram: *proconsulares*, *consulares*, *correctores* e *praesides*.

Direito romano vulgar Quanto ao direito e legislação vigentes nas províncias durante êste período, é certo que todos ou quási todos os seus habitantes livres tinham deixado de ser peregrinos depois da constituïção de Caracala (212) e, como cidadãos romanos e membros do Estado romano universal, gozavam, pelo menos teóricamente, do benefício do direito romano.

Mas, justamente, o divórcio espiritual cada vez maior entre as províncias e Roma ou Constantinopla,

(1) A partir de Adriano os imperadores romanos tinham-se esforçado por uniformizar a organisação municipal em todo o Império, o que não obstou a que ainda depois disso subsistissem aquelas diferenças e categorias que já fôram referidas entre as cidades provinciais, assim como também depois de Caracala subsistiram ainda, em parte, as diferentes categorias e condições jurídicas entre os seus habitantes que já conhecemos, cidadãos e não cidadãos, cidadãos, latinos e peregrinos. Em todo o caso, a tendência para a unidade era e foi enorme sobretudo a partir da referida constituïção de 212, mas sem que essa uniformização afinal redundasse em vantagem para as populações provinciais. Com efeito, a condição dos súbditos do Império peorou consideravelmente desde os começos do século IV. A organização municipal que então se estendeu a todas as cidades do Império teve únicamente em vista o interêsse financeiro e fiscal do Estado romano levado ao maximo da sua centralização, como já vimos. E para garantir ao Estado a percepção dos tributos foi que todos os habitantes das cidades fôram obrigados, não só êles indivi-

constituindo um ambiente necessàriamente favorável ao despertar das tradições regionais, ia desmentindo também, na realidade dos factos, o dogma da aparente unidade jurídica do Império. O esfacelamento moral dêste último impossibilitava essa unidade. O direito romano aplicava-se nas províncias, sem dúvida; mas, já em virtude de uma interpretação defeituosa, já por fôrça da pressão de necessidades práticas e como conseqüência também do afirmar-se de certas tradições e concepções jurídicas locais, esse direito ia-se deturpando e desviando pouco a pouco do direito romano oficial contido nas fontes legais. Era o direito romano vulgar (*Vulgarrecht*) (1).

dualmente, mas as classes e corporações a que pertenciam e a que ficavam vinculados, ao pagamento com responsabilidade solidária dos impostos que lhes eram distribuídos. Fôram então obrigados a ingressarem nas *cúrias* municipais ou senado todos os proprietários ou *possessores* que tinham alguma coisa de seu para com os seus haveres responderem pela cobrança dos impostos devidos pela cidade. Os decuriões tornaram-se assim à força agentes e empregados do fisco, perdendo o seu carácter primitivo de magistratura popular, e até os filhos fôram considerados como decuriões hereditários e adscriptos por nascimento à *cúria* do seu município. Emfim, daqui resultou a sufocação de toda a vida municipal propriamente dita e o máximo empobrecimento das províncias em proveito do Estado romano, de que resultou a criação da magistratura municipal dos *defensores civitatis* no tempo de Valentiniano III para defenderem os munícipes e especialmente os arruinados com a violência dos exactores e dos procônsules. Veja a êste respeito, Hinojosa, *Historia general del derecho español* (1889), pág. 265 e seg.

(1) Foi o historiador alemão H. Brunner quem pela primeira vez poz em destaque a existência de um direito romano ou de uma praxe jurídica romana diferentes do direito clássico, formados sobretudo a partir do século III nas diferentes províncias do Império, e que teriam vindo a achar-se para com êste pouco mais ou menos na mesma relação em que se veio a achar o *latim vulgar* para com o latim clássico dos escritores romanos. Esta descoberta foi, porém, enunciada por Brunner a respeito exclusivamente da história do documento ou instrumento extra-judicial na vida jurídica romana, tendo sido aproveitada e alargada por outros escritores em termos tais de generalização

Direitos nacionais Por outro lado, êste conceito de direito vulgar não traduz ainda toda a realidade sôbre o regime jurídico das províncias. Nelas havia ainda um outro direito que necessàriamente também devia vigorar como um factor da sua vida social. Eram os antigos direitos nacionais a que o direito romano se tinha sobreposto depois da conquista e asfixiado com a romanização, mas que tinham resistido mais ou menos, segundo o grão de individualidade das civilizações que traduziam. Estes direitos que a República tinha deixado subsistir nas províncias e que tinham depois contribuído para a formação do *jus gentium*, como vimos, viviam, com efeito, como uma terceira formação jurídica, embora comprimida e latente, ao lado do direito romano e do vulgar. Era o direito popular ou provincial, o *Volksrecht* (1). Ora, fôsse qual fôsse o grão de romanização

que o próprio Brunner os achou por vezes excessivos. Veja Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der Urkunde* (1880) I, pág. 113 e 119; *Deutsche Rechtsgesch.* I, pág. 255 e *Forschungen zur deut. u. franz. Rechtsgesch.* (1894), pág. 607, n.º 1. Todavia a investigação e determinação destas variantes locais do direito romano não tem deixado de se produzir nos estados mais recentes, embora sem chegar a resultados definitivos, constituindo êste hoje um dos aspectos novos e mais interessantes no estudo do direito romano e levando, apezar de tudo e da prudência com que o próprio Brunner o definiu, a um conceito cada vez mais largo do *direito romano vulgar*. *Cfr.* Mommsen, nos *Festgaben für Beseler*, (1885) pág. 253 e seg., onde este escritor salienta também o direito vulgar a propósito da protecção da liberdade civil e peregrina no Estado romano e Pernice, *Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren, ibid.* pág. 75. Convém, contudo, distinguir como correntes de investigação histórica e scientífica originàriamente diferentes, embora de facto se confundam aproveitando-se mutuamente as conclusões, o conceito de direito romano vulgar ou *Vulgarrecht* do conceito de direito peregrino e popular do Império (*Volksrecht*) de que trata a nota seguinte.

(1) O conceito de direito popular (*Volksrecht*), como do direito próprio dos peregrinos, em oposição ao direito romano, foi sobretudo propagado pelo historiador alemão Ludwig Mitteis no seu livro *Reichsrecht und Volksrecht in den öst Provinzen des röm. Kaiserreichs*,

atingido nas diferentes regiões do Império, o que é certo é que esse direito era por vezes reconhecido oficialmente pelos imperadores e pelos jurisconsultos, sabemos que êle vigorava ainda esporadicamente sob o principado, e

Leipzig, 1891. Para Mitteis, portanto, o conceito de direito popular não coincide com o do *Vulgarrecht* de Brunner. Este representa o direito romano degenerado e corrompido pela prática da vida jurídica provincial, emquanto que o primeiro não é de modo algum direito romano. Contudo o mêsmo escritor reconhece que, vigorando muitas vezes ao lado um do outro no solo provincial, o direito popular ou *Volksrecht* terá sido freqüentemente a causa dessa degenerescência do direito romano puro, havendo assim logar a que se fale também de um terceiro direito ou direito vulgar misto de romano e de provincial. E com isto sofreu assim o conceito do *Vulgarrecht* um alargamento considerável, já que a maior parte das vezes, e sendo impossível encontrar o direito popular na sua pureza, onde temos de o procurar é justamente na análise do primeiro (*Vid.* obra cit., pág. 5), não sendo pois o *Vulgarrecht* na sua maior parte mais do que um complexo de sobrevivências dos antigos direitos indígenas das diferentes regiões do Império. E esta doutrina, desenvolvida e ilustrada por Mitteis na sua referida obra com referência a um grande número de instituições jurídicas (parte 3) no que toca ao Oriente, Grécia, Síria e Egito, e fundada no estudo de importantes fontes, como são a literatura jurídica das províncias gregas, o livro Syro-romano, os documentos epigráficos, a papirologia egípcia e os rescritos imperiais exerceu uma profunda influência. Não só a respeito do Oriente, mas ainda a respeito do Ocidente se pode falar hôje de um *direito romano vulgar*, posto que, quanto a esta última parte do Império, êle estêja menos estudado por falta, já de fontes tão abundantes como as orientais, já por não se poder conjecturar que aqui os elementos nacionais tenham oposto à romanização uma tão forte resistência como no Oriente, onde uma civilização mais poderosa tinha precedido a romana. Por isso êste conceito de um direito vulgar ocidental permanece bastante vago e indeterminado ainda no seu conteúdo, não obstante devermos considerar como manifestação dele, por exemplo, as modificações introduzidas nos preceitos do direito romano ante-justinianeu pela *interpretatio* da *Lex Rom. Wisigothorum*. Cfr. E. Besta, *La persistenza del diritto volgare italico nel medio evo*, 1905 e Brandileone, *Il diritto romano nella storia del diritto italiano*, estudo publicado no *Archivio giuridico*, vol. 85, fasc. 1, de 1921, onde se faz uma minuciosa crítica à aplicação dêste conceito à história jurídica da Itália.

não podemos fugir a crer, portanto, que êle fôsse neste último período histórico mais um elemento ao lado dos anteriores a constituir, na decadência do Império, o sincretismo de civilizações que a caracteriza, auxiliando a sua ruína (1).

2 — Fontes de direito

A fonte de direito predominante neste período é, de harmonia com a lógica da constituição do Estado, a lei; mas a lei, não expressão da vontade do povo (já não há comícios em Roma), mas agora mais do que nunca, expressão da vontade de um homem que é o imperador. A palavra *lex* já não traduz nem as *leges rogatae* nem as *leges datae*, como antigamente; *lex* quere dizer agora

(1) A respeito da subsistência dos antigos direitos nacionais pre-romanos nas diferentes regiões do Império e até da sua prevalência em muitos casos sobre a lei escrita, podem ver-se, no que respeita à Gália, Van Wetter, *Le droit romain et le droit celtique dans la Gaule* (1898), pág. 14, no que respeita à Espanha, Hinojosa, *Historia general del derecho, esp.* (1887), pág. 138 e seg., Altamira, *Hist. de España*, I, pág. 81 e Ureña, *Hist. de la literatura jurídica esp.* tom. I. vol. I, pág. 288; e, de um modo geral, Mommsen, *Röm. Geschichte*, 3, cap. 12 e *Bürgerlicher und peregr. Freiheitsrech, im r. st.* citado acima, pág. 265 e Karlowa, *Röm. Rechtsg.* I, 329. Segundo Mommsen, as legislações provinciais continuaram a ser aplicáveis a todas as questões relativas ao direito das pessoas, desempenhando as leis romanas um papel supletório. (Cfr. Cuq. na *Revue critique d'hist. et littérat.*, 1885, vol. I, pág. 9).

Textos romanos que confirmam a subsistência dos antigos direitos nacionais ainda na época clássica encontram-se, de resto, ainda no *Dig.*, I, 3, 34: *in quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine introductum est*); *Cod. Theodos.* V, 12; *Cod. Just.* 8, 52, 1 e Gaio, I, 92, tratando dos casamentos segundo o direito peregrino *(secundum leges moresque peregrinorum)*.

o mesmo que edito imperial (*lex edictalis*) (1). O costume, se bem que rigorosamente ainda fonte de direito, tem como tal uma escassa importância; deixa de poder revogar as leis vigentes e fica subordinado a um critério muito restritivo para poder criar direito novo. (2). A jurisprudência continúa a ser também fonte de direito; mas a sua decadência é grande neste período, não fazendo os jurisconsultos do Baixo-Império mais do que reeditar e comentar indefinidamente a obra dos seus gloriosos antecessores da época clássica e da República, perdidos porém agora toda a originalidade criadora e espírito de inovação na vasta mole da sua literatura jurídica.

A lei. As constituïções imperiais Nestas condições compreende-se como as constituïções imperiais encontrassem no novo ambiente politico um meio extremamente favorável para se desenvolverem. E de facto fôram elas, deve dizer-se, do século

(1) A maior parte das leis dos imperadores eram publicadas sob a forma de editos, donde *leges edictales, leges generales, novellae, novae leges*, dirigidas aos altos funcionários, como os prefeitos do pretório, que são os encarregados de as publicar.

(2) *Vid. Cod. Just.* 8, 52 (53), 2: *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.* Esta constituïção de Constantino, de 319, mostra a posição que o direito romano escrito tinha tomado em frente dos direitos consuetudinários nacionais e peregrinos das províncias. Ela respeita ainda esses direitos, declarando que a sua autoridade não é pequena; mas por outro lado limita-a, não permitindo que ela prevaleça à da *ratio juris* ou à da lei, isto é, ou aos princípios da ordem ético-jurídica ou aos do direito imperial. O costume não pode, pois, criar direito novo *contra legem*, mas apenas *secundum legem* ou *praeter legem*. E' a afirmação da tendência para a unidade do direito dentro do império e abolição dos direitos locais a qual, como vimos, não pôde nunca ser completamente realizada. Cfr. Mitteis, *obr. cit.* pág. 164 e Pacchioni, *Corso*, I, pág. 353-356.

terceiro em diante, o único agente de todas as transformações do direito clássico.

As diferentes espécies de constituïções a que acima se fez referência (1) subsistem todas neste novo período histórico, embora nem sempre seja fácil traçar a linha de demarcação que as separa. É verdade que o imperador exerce as mais das vezes o seu poder legislativo por meio de *edicta, leges edictales*, e que a autoridade dos seus rescritos continúa, em princípio, a ser limitada só aos casos e às pessoas a respeito dos quais são emitidos, devendo dizer-se o mesmo dos *decreta* (2). Mas este facto não tira que muitas vezes o príncipe declare

(1) Veja *supra*, pág. 140.

(2) É conveniente distinguir mais uma vez entre o valor legal dos rescritos e decretos em si mesmos, como manifestação da vontade do príncipe, e o valor que de facto e realmente êles tendiam a assumir no fôro e na jurisprudência por emanarem da pessoa do imperador. Ora, como se viu, já no período anterior os rescritos e os decretos tinham, sob este segundo ponto de vista, um valor quási legal. Mas como daí resultavam prejuízos, visto ser fácil obter dos imperadores opiniões para casos concretos e isolados que êles certamente não desejariam ver generalizadas e aplicadas a hipóteses e casos análogos, daí o serem os mesmos imperadores a limitarem o valor legal dos seus próprios rescritos e decretos aos casos para os quáis eram emitidos. Assim fez Constantino, estabelecendo que os seus próprios rescritos não valessem contra o direito escrito, fôsse qual fôsse o modo porque fôssem obtidos. (*Cod. Theodos.* I, 2, 2). O mesmo decretaram Arcádio e Honório, determinando que os rescritos *emissa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis optinentur quibus effusa docebuntur* (*Cod. Th.*, 1, 2, 11, 9). E o mesmo emfim resulta de uma constituïção de Teodósio e Valentiniano, estabelecendo que os rescritos *per consultationem emissa* não devessem valer como leis, mas só para os casos e pessoas para os quáis fôssem emitidos (*nec generalia jussa sint*) *Cod. Th.* 1, 14, 2). *Cfr.* mesmo código, 1, 14, 3. Mas estes mesmos factos e a repetição constante das mesmas medidas limitativas do valor dos rescritos durante o baixo-Império mostram, por outro lado, como era grande e inevitável a tendência, harmónica com o espírito da constituïção, de atribuir fôrça de lei a todas as opiniões, rescritos e decretos dos príncipes.

êle próprio expressamente nos rescritos a sua vontade de estender a doutrina neles contida a todos os casos similhantes, vindo assim também esta categoria de constituïções a ter, finalmente e em si mesma, o valor da lei (1). E mais longe neste caminho foi mais tarde Justiniano dispensando até a declaração expressa do imperador para que os rescritos tivessem este alcance, sempre que o seu intúito fôsse o de interpretar e esclarecer uma regra de direito, pois neste caso devia entender-se que teriam o valor de uma interpretação autêntica e se deveriam tornar de aplicação geral (2). Além disso, também os rescritos às vezes se confundem com os decretos quando, desenvolvendo-se o processo *per rescriptum*, esta espécie de constituïções veio a constituir um meio de julgar e decidir os litígios (3). Quanto aos *mandata* ou instruções a funcionarios administrativos, sabe-se que, posto que nem Gaio, Ulpiano e Justiniano os mencionem entre as outras espécies de constituïções imperiais, contudo era uso os funcionários receberem no momento em que tomavam posse dos seus lugares uma colecção dos *mandata* que lhes diziam respeito ou o *liber mandatorum*, o que prova até certo ponto que esta espécie de constituïções se achavam também ainda em vigor (4).

Por último, devem mencionar-se ainda como uma

(1) *Vid. Cod. Jus.*, 1, 14 e 30.

(2) 1: *ibid.*, 1, 14 e 12: *omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae pro qua producta est, sed omnibus similibus.*

(3) O processo *per rescriptum* foi um processo especial (*extra ordinem*) que se desenvolveu sobretudo a partir do século II. Ele decorre perante a chancelaria imperial, na qual o rescrito dado ai pelo imperador condicionalmente sôbre o caso controvertido ocupa o logar da fórmula no processo formulário. Veja Girard, *Man.* pág. 60 e 1090.

(4) Este *liber mandatarum* é mencionado na *Notitia dignitatum utriusque imperii* já atrás referida e nas *Novelas* 17 e 24, cap. 6, de Justiniano. *Cfr. Dig.*, 47, 22, 3, pr.

outra espécie de constituïções próprias dêste período as chamadas *pragmáticas sanções*, nome que, sem designar uma espécie nova com individualidade bem definida, contudo nos aparece dado por vezes a certos editos e rescritos imperiais, como eram por ex. aqueles que aplicavam ao Ocidente certas medidas legislativas adoptadas para o Império do Oriente (1).

Estas eram pois as diferentes formas por que se exercia o poder legislativo dos imperadores e que, pondo de parte algumas restrições relativas aos rescritos, tendentes a acautelarem os tribunais contra o perigo de possíveis constituïções desta última espécie fácilmente conseguidas do príncipe contra o direito vigente, tinham um valor absoluto. Posto, porém, a vontade do imperador fôsse na teoria oficial do Estado a única origem do direito e a senhora da lei, deve dizer-se contudo que essa vontade não era de facto o mesmo que o puro arbítrio (2). Sem falar já no hábito de certas constituïções serem levadas perante o senado como *orationes in senatu habitae*, o que era um simples meio de publicação e

(1) Até Teodósio II as leis emanadas de qualquer dos imperadores do Oriente ou do Ocidente deviam vigorar igualmente com a mesma autoridade nos domínios do outro. Era isto uma consequência da unidade política e jurídica do Império. A partir, porém, dêste imperador foi estabelecido que as leis emanadas de qualquer dos dois príncipes colegas só podessem aplicar-se no território do outro depois de lhe terem sido remetidas e recebidas por êle Veja *Cod. Theod.*, I 1, 5. Era a tendência para a separação definitiva do Império em Oriente e Ocidente, cada vez mais estranhos e independentes um do outro. Exemplos: a const. *de Theodosiano codice auctorit.*, de 438, estendendo a vigência do Cod. Th. ao Ocidente e a *const. pragm. pro petitione Vergilii*, de 554, contendo disposições transitórias provocadas pela reincorporação da Itália no Império no tempo de Justiniano. *Cfr.* Krüger *Fuentes*, pág. 252.

(2) Em uma constituição de 426, de Teodósio e Valentiniano (*Cod. Just.*, I, 14, 8), proclama-se que o imperador não tomará nenhuma medida legislativa geral sem o assentimento do senado e do *consistorium principis*.

uma formalidade (1), os imperadores admitiam também a colaborar na preparação das leis um outro corpo consultivo de mais autoridade que o senado e que era o sucessor do antigo *consilium principis* do imperador Adriano, ou seja, o *consistorium principis* (2). Conselheiros ordinários e extraordinários, altos funcionários e jurisconsultos formavam êsse conselho, com intervenção na confecção das leis e no exercício da jurisdição imperial sob a presidência do príncipe (3); e se é certo que êste, em princípio, lhe não estava subordinado, contudo e de facto as leis de aplicação geral não existiam tècnicamente sem que, aprovadas por êle, tivessem sido préviamente deliberadas e votadas pelo consistório e lidas nas suas sessões (4).

Finalmente, quanto à sua publicação, as constituições ou eram publicadas pela sua leitura no senado, ou afixadas em público *(propositio)* por ordem do imperador *(orationes)*, ou ainda publicadas pelos funcionários a quem eram dirigidas, como os prefeitos do pretório, se eram simples rescritos ou mandados (5).

A Jurisprudência Depois da lei, a jurisprudência ou a sciência do direito. Três circunstâncias explicam a decadência da sciência jurídica como fonte de direito neste período: o desenvolvimento da autocracia dos imperadores, o desvio das melhores energias intelectuais para o campo da teologia e, talvez como conseqüência destas causas, o facto de não aparecer nenhum jurista de vulto depois de Modestino, dos meados do século III em diante. Os poucos nomes que depois dêle nos aparecem, como os de Gregório, Hermogeneano, Arcádio Carísio e Inocêncio não sofrem sequer o confronto com os da época clássica (1). O *jus respondendi ex auctoritate principis* tinha desaparecido ou tendia a desaparecer desde Diocleciano; e o que então se segue como fórma de actividade scientífica neste campo não é

(1) *Vid. supra*, pág. 136.

(2) *Vid. supra*, pág. 165.

(3) Entraram no consistório, espécie de Conselho de Estado e Tribunal supremo organisado por Constantino, o *quaestor sacri palatii*, o *magister officiorum*, os *comites sacrorum largitionum* e *rerum privatarum* e, além disso, um certo número de outros funcionários ou pessoas eminentes a quem o príncipe quizesse conceder essa honra (*comites consistoriani vacuales*). Vêr Cuq, *Conseil des empereurs*, 1886, e Krüger, *obr. cit*, pág. 257.

(4) Confira Krüger, *ibid.*, pág. 249 e 257.

(5) Krüger, *ib.*

(1) Os dois primeiros, Gregório e Hermogeneano, são-nos apenas conhecidos pelas duas colecções de *leges* ou códigos com o seu nome e de que adiante se trata. Quanto a Carísio, sabe-se que foi autor de vários livros, *libri singulares de muneribus civilibus, de officiis praefecti praetorio, de testibus*, dos quais se conservaram alguns fragmentos no Digesto. De Inocêncio conhece-se apenas o nome e o mesmo se diga de alguns outros jurisconsultos posteriores ao século IV, como Leo, Leontius, professor de direito em Constantinopla, etc. Cfr. Landucci, *Storia*, I, pág. 274-277. Na segunda metade do século V dá-se, porém, uma renascença nos estudos jurídicos com sede nas escolas orientais de Berito e Constantinopla (*Vid.* De Francisci, *Vita e studi a Berito tra la fine del V e il principio de VI secolo*, Roma 1912), sendo alguns dos jurisconsultos que aí floresceram tidos em grande conta pelos contemporâneos de Justiniano que lhes chamaram os mestres universais. Tais foram Cirilo, autor de um tratado sôbre as definições, Domninus, Demóstenes, Eudoxius, Leontius, Anatolius e Patricius, sobretudo autores de comentários às constituições dos códigos de Gregório, Hermogenes e Teodósio. Entre os contemporâneos de Justiniano, cujos trabalhos foram principalmente aproveitados para as compilações orientais post-justinianeas, devem citar-se: Teófilo, professor em Constantinopla e colaborador de Triboniano no Código, no Digesto e nas Institutas; Doroteu, professor em Berito e também colaborador na compilação justinianea; e, finalmente Isidoro e Taleleu, autores, o primeiro de uma interpretação do Digesto e do Código, e o segundo de um comentário ao Código. Para mais amplas informações ver o *Index librorum ex quibus digesta compilata sunt* no fim da edição do *Corpus Juris* de Mommsen, I, 932 e *Diction. des antiquit. rom.* v.° *Jurisconsulti*; v. 3, 719, artigo de Cuq.

mais do que uma casuística estéril e quási sem interêsse, em que uma multidão anónima de pequenos juristas obscuros, de advogados e compiladores, se entretêm a interpretar e a comentar as opiniões dos grandes mestres antigos (1). E como o prestígio dêstes crescia todos os dias, levantado ainda pela mediocridade da jurisprudência actual, daí o respeito cego e o culto supersticioso pela opinião dêsses que tinham gozado um ou dois séculos antes da *permissio jura condendi*. E resultado disto ainda: uma grande confusão na jurisprudência dos tribunais. Todas as opiniões se citavam à mistura e serviam para fundamentar os maiores absurdos. Paulo, Ulpiano, Papiniano, e até Cascélio e T. Testa do tempo da República, eram invocados perante os magistrados sem que muitas vezes fôsse possível produzir em juízo as suas obras por falta de livros (2). A remediar estes inconvenientes os imperadores intervieram, procurando determinar e restringir a autoridade de que deviam gozar no fôro as diferentes obras da jurisprudência clássica. Primeiro, foi ordenado por Constantino numa sua constituïção de 321 que as notas escritas por Paulo e Ulpiano sôbre Papiniano não tivessem mais valor algum (3); a seguir ordenou-se também (327) que todos

(1) Se o *jus respondendi* subsistiu durante o baixo-Império, pelo menos ignoram-se os nomes dos jurisconsultos a quem êle foi concedido. O *Cod. Theod.* I, 1; 10 e IV, 2, 11 parece atestar ainda a sua subsistência e o mesmo se diga do *Cod. Just.* I, 14, 12, 4. Mas o último jurisconsulto que é citado como tendo gozado dessa prerogativa é Inocêncio de quem falamos na nota anterior e que é do tempo de Diocleciano.

(2) Segundo o testemunho de Amiano Marcelino, historiador latino do século IV, *de rer. gestarum*, 30, 4, 11, citado por Girard, *Mân.* pág. 73.

(3) *Cod. Theod.* I, 4, 1; 9, 43, 1, pr. e *Cod. Just.*, 9, 51, 13 pr: *Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus.*

os escritos de Paulo e especialmente as *Sentenças* fôssem acatados como lei (1). Finalmente, em 426, uma constituïção já de Teodósio II e Valentiniano III (êste imperador do Oriente), conhecida vulgarmente pelo nome de *Lei das citações*, estabeleceu que daí para o futuro só os escritos dos quatro jurisconsultos já consagrados, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino, e de mais um, Gaio, gozariam de uma autoridade soberana nos tribunais (2). Com esta disposição ficava assim limitada a autoridade da jurisprudência à das opiniões de um pequeno número de jurisconsultos (*jus receptum*). E era esta de certo modo, póde dizer-se, a primeira tentativa

(1) *Cod. Theod.* I, 4, 2: *universa quae scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda. Idcoque sententiarum libros... in judiciis publicis valere, minime dubitatur.*

(2) *Cod. Theod.*, I, 4, 3. A constituïção de Teodósio II e Valentiniano III (é discutido a qual dos imperadores ela deve ser atribuída) conferia fôrça de lei às opiniões dos jurisconsultos nela referidos, entre os quais o nome de Gaio nos aparece pela primeira vez, e ainda às de todos os mais que fôssem citados pelos mesmos (especialmente, Scaevola, Sabino, Juliano e Marcelo), quando fôsse possível produzir em juízo o texto original dos seus escritos. E como as probabilidades de discussão e dúvida aumentaram com o número dos jurisconsultos contemplados com êste privilégio, estabelecia mais a referida constituïção que, em caso de desacordo entre êles, devia o juiz seguir a opinião da maioria; assim como, em caso de empate, devia seguir a opinião daqueles que tinham o parecer favorável de Papiniano. Se, porém, Papiniano não tinha emitido opinião sôbre o assunto, nesse caso ficava o juiz livre para seguir aquela que melhor lhe parecesse. Esta notável constituïção tem, porém, dado logar a mais do que uma dúvida, havendo até quem suponha que ela tenha sido, mais do que uma simples lei reguladora das citações a fazer em juízo, uma verdadeira tentativa oficial para a compilação do *jus*, tendo sido inserta no código de Teodósio justamente como um fragmento ou parte de uma obra mais vasta mas perdida depois de fracassada essa tentativa de uma codificação geral. *Vid.* Bonfante, *Storia del diritto rom.*, pág. 521 e Pacchioni, *Corso*, II pág. 361, nota, 362 e 363. A lei das citações esteve em vigor até Justiniano.

oficial que se fazia, embora indirecta e imperfeitamente, para a compilação do *jus* (1).

Literatura jurídica Além desta tentativa oficial, e igualmente como remédio ao estado de confusão da jurisprudência, aparecem-nos também durante o período do baixo-Império algumas obras e trabalhos jurídicos particulares elaborados no intúito, já de ensinar e propagar o conhecimento do direito, já de facilitar a sua aplicação reünindo-o e compilando-o. Pertencem à primeira categoria: *a*) — um resumo das Regras de Ulpiano, depuradas de todas as suas considerações históricas e referências a instituïções caídas em desuso, de cêrca do ano 320 (2); *b*) — dois resumos também das Institutas de Gaio, dos séculos IV e V, simplificando e actualizando o texto primitivo, e que são o *Epitome Gaii* da *Lex Romana Wisigothorum* e a paráfrase contida nos fragmentos do palimpsesto de Autun descobertos em 1898 (3). Pertencem à segunda categoria de trabalhos: *c*) — uma compilação privada, também do

(1) A hipótese de ter sido a lei das citações trabalho preparatório ou parte de uma obra mais vasta tendente à compilação de todo o *jus*, como só Justiniano a pôde realizar mais tarde, dá uma certa verosimilhança o facto de ter sido o mesmo Teodósio II quem, alguns anos mais tarde, levou a cabo a primeira codificação oficial das *leges* com o seu código teodosiano, de que adiante se trata.

(2) *Vid. supra*, pág. 162, nota 1, e Girard, *Textes*, pág. 458. Êste resumo, a que Mommsen atribui a data de 320, teria servido de modêlo ao manuscrito que nós hoje possuímos, do século X ou XI. Foi encontrado por Savigny no Vaticano no século passado.

(3) *Vid. supra*, pág. 166, nota 2, e Girard, *ibid.*, pág. 354-370. O primeiro é também chamado geralmente o *Gaio visigótico* por ter sido utilizado para a composição da *Lex Rom. Wis.* ou Breviário de Alarico, onde o seu texto foi barbaramente truncado e corrigido. Do segundo, provavelmente do século V, restam-nos apenas os fragmentos de Autun.

século IV e de que possuímos importantes fragmentos, os chamados *Fragmenta Vaticana* (do nome da biblioteca onde foi descoberto o respectivo palimpsesto, no Vaticano) e onde se encontra, ao lado de várias constituïções imperiais, um grande número de extratos tirados das obras jurídicas clássicas de Papiniano, Paulo e Ulpiano (1); *d*) — uma colecção de trechos selectos do direito romano, tirados dos mesmos jurisconsultos e também de Gaio e Modestino e de algumas constituïções imperiais, do mesmo século ou dos princípios do século V, a chamada *Collatio legum mosaïcarum et romanarum*, em que o direito romano, considerado como a lei humana, é comparado com a lei divina representada aí por textos do Pentatêuco mosaïco (2); *e*) — a *interpretatio* ou comentário junto ao texto da *Lex Rom. Wisigoth.* pelos jurisconsultos de Alarico nos começos

(1) Os *Fragmenta Vaticana* foram descobertos em 1821 no Vaticano pelo cardial Angelo Mai e constituem manifestamente uma parte de uma mais vasta compilação de *jus* e *leges* feita por autor desconhecido e com intúito prático. A compilação, organizada sem espírito scientífico, abrangia todo o direito, tratando os fragmentos que nos chegaram da venda, usufruto, dote, doações, tutela e representação judiciária, mas sendo todos estes assuntos tratados fragmentàriamente e sem método ou plano calculável. Apesar da mediocridade do seu valor scientífico, a grande importância dos *Fragmenta* está justamente em que, ao lado das *Institutas* de Gaio, são êles também para nós uma preciosa fonte directa de conhecimento do direito clássico. Confrontados com os fragmentos do Digesto relativos às obras dos jurisconsultos também neles transcritos, permitem conhecer por vezes muitas interpolações que esses jurisconsultos aí sofreram. *Vid.* texto em Girard, *Textes*, pág. 507-508.

(2) É também desconhecido o autor da *collatio* a qual recebeu êste nome na Renascença e que em outros manuscritos aparece também designada por vezes por *Lex Dei quam Dominus praecepit ad Moïsem*. Da obra que, como se diz no texto, deve pertencer ao século IV ou V (só se encontra nela uma constituïção de 390 que aparece depois modificada no código Teod.), não possuímos também senão um fragmento contendo 16 títulos e tratando do direito penal e, no direito

do século VI e que, feita evidentemente com o intúito de adaptar o direito romano clássico à sociedade hispano-romana da monarquia visigótica, nos mostra as transformações sofridas por aquele nos séculos IV e V (*direito vulgar*) (1); *f*) — uma colecção de consultas jurídicas, do século VI, dirigidas por um autor desconhecido a pessoas do fôro fundando-se sôbre textos romanos ou a *consultatio veteris cujusdam iurisconsulti*, como desde o século XVI é conhecida (2); *g*) — e finalmente, o famoso *livro Siro-Romano*, talvez do século IV, ou uma exposição metódica do direito romano feita por um autor grego e em língua grega e que nós não possuímos, mas de que temos manuscritos de traduções em siríaco, árabe e arménio, contendo variantes muito interessantes para conhecer as particularidades do direito romano nessas regiões (1).

privado, das sucessões *ab intestato*. A *Collatio* tem também grande importância como fonte para a reconstituição do direito clássico, no que respeita aos fragmentos aí conservados de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gaio e Modestino, e constituições dos códigos gregoriano e hermogeniano, servindo também para determinar muitas interpolações dos textos justinianeus. Ver o seu texto em Girard, *ibid.*, pág. 570-604.

(1) A *interpretatio* visigótica acompanha o texto das constituições imperiais, insertas na *Lex Rom. Wis.* ou Breviário de Alarico, e os extratos das sentenças de Paulo. O *epitome Gaii* ou resumo das *Institutas* também aí incluído não está acompanhado da *interpretatio*; mas, como já ficou referido, êsse texto gaiano (o Gaio visigótico) acha-se de tal modo modificado e refundido que se pode dizer que, quanto a êle, a *interpretatio* se substituiu ao próprio texto. A *interpretatio*, sendo um comentário que muitas vezes sòmente explica, outras contradiz o texto romano, é considerada hoje como anterior à data da *Lex Rom.* ou Breviário de Alarico (506), como mostrou Lécrivain (*Remarques sur l'interpret. de la Lex Rom. Wis.*, 1889) e também sustenta Krüger, *Fuentes*, pág. 289 e seg. Ora sendo assim, e embora também parte das suas glosas se possa atribuir aos compiladores alaricianos, como quere Fitting, o que é certo é que o fundo de doutrina nelas contido é um documento da maior importância para o conhecimento das transformações sofridas pelo direito romano no Ocidente, entre os séculos II e V, ou direito romano vulgar ocidental. *Cfr. supra*, pág. 166, nota 2.

(2) As consultas contidas nesta compilação, que já foi conhecida de Cujácio no século XVI, estão aí apoiadas em citações extraídas das obras clássicas, como fragmentos das Sentenças de Paulo e das constituições dos códigos gregoriano, hermogeneano e teodosiano. Tem pois para nós um duplo interêsse, como documento do estado da sciência do direito no Ocidente no século VI e como repositório também de textos clássicos. Vêr o texto em Girard, *ibid.*, pág. 617-631.

(1) O livro Siro-Romano é, mais do que uma compilação como os anteriores documentos, um verdadeiro tratado de direito privado, escrito também com intúitos práticos, por autor desconhecido e de modesta cultura jurídica, na língua grega e antes de Justiniano. Esta obra gozou durante séculos, a partir do século VI, de uma grande autoridade em todo o Oriente, desde o Cáucaso ao Egito, tendo sido traduzida em siríaco, árabe e outras línguas orientais. E justamente, perdido o original grego, o que conhecemos dela são apenas várias traduções contendo variantes notáveis como expressão da diferença de locais e de épocas em que foram compostas. O livro Siro-Romano, tendo por fonte o direito romano dos jurisconsultos clássicos e as constituições do baixo-Império, diverge contudo consideràvelmente das outras obras jurídicas dêste período, tanto pela forma como pelo conteúdo. Com efeito, está longe de ser uma acumulação ou compilação material de fragmentos jurídicos, sendo antes uma exposição original, embora pouco metódica, de doutrinas, mas seguida com continuidade. E além disso, quanto ao conteúdo, a obra caracteriza-se sobretudo por nos revelar sob o direito romano que expõe um fundo de direito grego e siríaco que é a expressão justamente dessas resistências encontradas pelo direito romano no Oriente ao sobrepôr-se pela romanização às tradições jurídicas dessa vasta região depois de Caracala e da compilação justinianea. E esta circunstância faz que seja esta obra justamente também um dos mais preciosos documentos históricos para o conhecimento do *Vulgarrecht* oriental de que já falámos. A melhor condição, embora não contendo todas as redacções e variantes que depois disso se tornaram conhecidas, é a de Bruns e Sachau, contendo duas versões siríacas, uma árabe e outra arménia, com uma tradução alemã e um comentário: *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem V Jahrhundert, herausgegeben, übersetzt und erläutert*, Leipzig 1880.

As leges e o jus Se algumas das obras atrás referidas continham já compilações de constituições imperiais ou de *leges*, deve dizer-se, porém, que estas não aparecem verdadeiramente senão com as colecções chamadas oficialmente (embora nem todas oficiais) códigos (*codices*). Toda a massa dos monumentos jurídicos nos aparece, com efeito, dividida, a partir do baixo Império, em duas grandes categorias: a das *leges* e a do *jus* (*jus vetus*, *antiquum*), compreendendo a primeira as constituïções dos imperadores e a segunda todos os monumentos que não tinham essa origem como as antigas leis comiciais, os senatusconsultos, os editos dos pretores, e cuja autoridade não era aproveitada senão através dos comentários e obras dos jurisconsultos (1). Ora ambas estas categorias de fontes jurídicas foram neste período e até Justiniano objecto de diversas compilações ou codificações que tem na história do direito romano a maior importância.

Compilações de leges Das compilações de *leges*, duas são de carácter particular e não oficial: são os *códigos Gregoriano* e *Hermogeneano*, do nome dos jurisconsultos que os teriam organizado no Oriente nos séculos III e IV da nossa era (2). Posto não tenham chegado até nós no seu texto original e só nos sejam conhecidos fragmentos e citações deles através das compilações posteriores para que foram aproveitados, contudo supõe-se com fundamento que o primeiro teria sido composto no tempo de Diocleciano, contendo editos e rescritos imperiais desde Adriano até 294, e o segundo, organizado um pouco mais tarde como uma continuação

(1) *Vid.* a *Consult. veteris cuj. jurisc.*, VI, 2 e VII, e Krüger, *Fuentes*, pág. 243.

(2) Veja *supra*, pág. 225, nota 1.

do primeiro, no tempo de Constantino, contendo constituïções desde 294 até 324 (1).

Código Teodosiano Mais importante do que estes dois códigos é o código de Teodósio II, *Codex Theodosianus*, promulgado em 438 por êste imperador no Oriente e pelo seu colega Valentiniano III no Ocidente. É esta a primeira compilação oficial de *leges* que nos

(1) O código Gregoriano representa a primeira tentativa importante de compilação das *leges* que tem logar na história do direito romano, para não falar das colecções organizadas anteriormente por Papirus Justus, do tempo de Marco Aurélio (*libri XX constitutionum*), e por Paulo (*decretorum libri tres e imperialium sententiarum libri sex*) menos conhecidas e aproveitadas para as compilações posteriores. A compilação gregoriana é do tempo de Diocleciano e Maximiano, como se conclui de uma constituïção contida nela, em que estes imperadores são chamados *domini nostri*, e contém além disso, como mais antiga constituïção, uma de 196, de Adriano (*cfr. consult. veteris cuj. jur*, 1, 6). A mais recente é do ano 295 (*cfr. Collatio legum.*, 6, 4). Quanto à organização do Código, pode apenas dizer-se que ele se dividia em livros e títulos segundo a ordem dos *libri digestorum* a que as constituïções se destribuiam ai segundo a sua ordem cronológica. Quanto ao código Hermogeneano, do nome de Hermógenes (jurisconsulto do qual nada se sabe além do nome e que importa não confundir com um Hermogeneano, autor de um *epitome juris* da época clássica, de que há um cento de frag. no Digesto) é indiscutível que êste trabalho é posterior ao de Gregório e que as constituïções que compreende são as de Diocleciano até Valentiniano I, visto que ainda depois de Constantino lhe foram adicionadas outras posteriores a esse reinado e até 365. Este código constava de um único livro dividido em títulos. Apesar de nenhum dêstes códigos ter chegado até nós, mas apenas fragmentos e citações deles contidas nos *Frag. vatic.*, na *Collatio*, na *Consultatio*, na *lex Wisig.* e no código de Justiniano, contudo foi já tentada a sua reconstrução por Haenel, *Codicis Greg. et Hermog. fragmenta*, 1837, e por Krüger, na *Collectio librorum juris antejustiniani*, vol. III 1890 pág. 221 e seg. *Vide* para mais amplas informações a respeito destas compilações Krüger, *Fuentes*, pág. 259, e seg.

aparece na história do direito romano (1). Acha-se dividido em dezasseis livros, subdivididos em títulos, sendo o conteúdo dêstes formado por constituïções imperiais que vão, na sua ordem cronológica, desde Constantino até Teodósio II. Estas constituïções não se acham aí, porém, integralmente reproduzidas, porque, de harmonia com os poderes que lhes foram dados, os compiladores, abreviaram e modificaram o texto de muitas, segundo lhes pareceu conveniente, fazendo em tudo obra, mais que de compilação, de verdadeira codificação (2). Quanto ao plano de sistematização e divisão dos livros e títulos, os compiladores teodosianos seguiram, como já tinha sido feito nos dois códigos anteriores, a ordem de assuntos seguida nos tratados mais gerais de direito civil da época clássica ou *libri digestorum* (3).

(1) Antes de 438, uma primeira comissão encarregada em 429 de levar a cabo a codificação das *leges* a partir de Constantino e a elaboração dum código de carácter prático em que entrariam também extratos das obras e dos *responsa* dos jurisconsultos (*Vid. Cod. Theod.* I, 1, 5, 429) não conseguiu terminar os seus trabalhos. Pouco tempo depois, em 435, foi nomeada uma segunda comissão com o encargo mais modesto de compilar apenas um código de constituïções que servisse de complemento aos dois anteriores de Gregório e Hermógenes. E foi esta segunda tentativa, confiada a uma comissão de dezasseis membros sob a presidência do prefeito do pretório Antiochus, que levou à publicação do *Codex Theodosianus* em 15 de Fevereiro de 438, tendo ele entrado a vigorar no dia 1 de Janeiro de 439. Enviado depois ao imperador do Ocidente, Valentiniano III, foi também publicado nesta parte do Império, tendo chegado até nós a acta do protocolo da sessão do senado em que o prefeito do pretório Anicius fez a sua apresentação. *Vid.* esta *acta gesta senatus romani de Theodosiano publicando* na edição do código teod. de Mommsen, pág. 1-4.

(2) Veja *cod. theod.*, 1, 1, const. 6.

(3) Depois das fontes seguia-se a *pars edictalis* (livros 2 a 4); depois uma segunda parte com as matérias complementares (livros 5 a 15) e, finalmente, o livro 16 consagrado ao direito da Igreja. Entre as constituïções encontram-se não só aquelas que estão ainda em vigor como as que já foram total ou parcialmente revogadas. Mas, usando da faculdade que lhes foi concedida na constituïção citada na nota anterior, os compiladores refundiram e modificaram muitos textos das *leges*, não respeitando por vezes nem as *inscriptiones*, nem as datas e *subscriptiones* de muitas delas. Cfr. Krüger, *obr. cit.*, pág. 266 e seg.

O código teodosiano, que não chegou também completo até nós, tem sobretudo na história do direito romano ocidental uma grande importância, pois que, abolido no Oriente pela legislação justinianea, foi êle que constituiu no Ocidente a base de toda a legislação de origem romana até ao século XII, através principalmente das *leges romanae barbarorum* (1).

Novelas post-teodosianas

Depois de Teodósio II outras leis e constituïções (*novellae leges*) foram ainda promulgadas, como era natural, no Império do Oriente e postas a vigorar também no Ocidente, depois de notificadas por meio de *pragmáticas sanções* aos respectivos imperadores. É a estas novas constituïções imediatamente posteriores ao código teodosiano que se dá o nome de *novellae post-theodosianae*, de

(1) Acêrca dos manuscritos que chegaram até nós contendo fragmentos mais ou menos completos do código de Teodósio II, vêr ainda Krüger, *obr. cit.*, pág. 271. Com o auxílio dêsses elementos tem sido feitas várias edições do seu texto desde o século XVII, como a de Godefroy, publicada depois da sua morte, em 1665, e que conserva um grande interêsse devido ao comentário que a acompanha; a de Haenel, de 1843; e, finalmente, muito superior a todas, a de Mommsen, de 1905 (*Theodosiani libri sedecim*). Quanto à sua importância na vida jurídica do Ocidente, bastará notar que o *cod. theod.*, embora não completo (cêrca de 400 constituïções) entrou como elemento componente na *Lex Rom. Wisig.* que vigorou na monarquia visigótica até 654. E é sabido que ainda depois disso ela e o direito teodosiano continuaram a ser estudados nas escolas de direito até ao século XII. Foi devido a ela que a tradição romanista se não interrompeu na Europa Ocidental durante a Idade Média. *Vid.* Viollet, *Hist. du droit civil français* (1905), pág. 116 e Salvioli, *Storia del diritto italiano*, (1908), pág. 59.

que chegaram até nós também três colecções (mas só das relativas ao Ocidente), contendo algumas constituições ainda de Teodósio, de Valentiniano III e de Majoriano (1).

Leis bárbaras Finalmente, como compilações de *leges* e algumas simultâneamente de *leges* e de *jus*, devem mencionar-se ainda as leis ou códigos mandados organizar pelos reis germânicos, depois de 476, para uso das populações romanas do Ocidente subjugadas, ou *leges barbarorum*. Ora essas leis, que se contrapunham às leis e costumes dos povos germânicos da invasão, foram ainda substancialmente extraídas do direito romano, como justaposição de elementos dêsse direito ou como uma ulterior elaboração dele. E assim devemos mencionar entre as principais: a *Lex romana*

(1) A actividade legislativa dos imperadores continuou a ser intensa depois de publicado o código de Teodósio e no próprio código dêste príncipe tal facto havia sido previsto, determinando-se que tais leis só vigorariam em ambas as partes do Império depois de, emanadas de um dos imperadores, terem sido notificadas ao outro mediante uma pragmática sanção. *Cod. Theod.*, I, 1 5. Deve, porém, notar-se que a partir de Valentiniano III, toda a iniciativa em matéria de legislação pertence só ao Oriente, não sendo conhecidas constituições originárias do Ocidente que tivessem sido notificadas aos imperadores de Constantinopla. As três colecções de *leges novae, novellae*, publicadas pelos sucessores de Teodósio II, e que chegaram até nós, são porém todas do Ocidente; uma contém algumas novelas de Teodósio e outras de Valentiniano III e de Majoriano; outra contém novelas de Severo e Antémio; e uma outra, finalmente, constituições ou novelas dos imperadores entre 334 e 425. As 18 novelas contidas nesta última colecção são chamadas *Constitutiones Sirmondianae* do nome de J. Sirmond que as publicou pela primeira vez em 1631. A melhor edição das Novelas, compreendendo todas as contidas nos fragmentos das três colecções referidas, é a que foi organizada por Mommsen e publicada depois da sua morte por P. Mayer (1905) em seguida à última edição do Código Teodosiano.

Wisigothorum ou o *Breviário de Alarico*; a *Lex romana Burgundiorum* e o *Edictum Theodorici* (1).

Compilações de Justiniano Mas a obra da codificação de todo o direito romano, tanto do *jus* como das *leges*, só veio a ser definitivamente levada a cabo e sob um plano grandioso, pelo imperador Justiniano nos fins da primeira metade do século VI.

Os estudos do direito tinham renascido no Oriente desde fins do século V e desde então que floresciam aí escolas notáveis, como as de Constantinopla, Berito (na Fenícia), Atenas e Alexandria. Ora foi dêsses centros de estudo e de cultura jurídica que nasceu o impulso renovador da jurisprudência que Justiniano aproveitou

(1) A primeira foi mandada organizar pelo rei visigótico Alarico II, em 506, para fixar e uniformizar o direito de que deviam usar os seus súbditos romanos da Gália e da Espanha, visto que para a população gótica o direito era outro e achava-se contido em outros monumentos embora também de base romana. Era o princípio chamado de *personalidade do direito*, que fazia com que a cada povo se aplicassem as suas leis de origem e que vigorou na monarquia visigótica da Espanha até à unificação do direito, em 654, com a publicação do Código de Recesvindo, elemento mais importante e base do que se chama o código visigótico. A *Lex. Rom. Wis.* ou Breviário de Alarico era uma compilação de *jus* e *leges*, estando estas aí representadas por uma parte do código teodosiano e das novelas post-teodosianas. O *jus* estava representado por um resumo das Instituas de Gaio (*epitome Gaii*), fragmentos das Sentenças de Paulo, pelos códigos gregoriano e hermogeniano e, finalmente, pelo fragmento de um *responsum* de Papiniano. Aos textos romanos aí contidos, porém, seguia-se (à excepção da *epitome Gaii*) uma *interpretatio* ou comentário de que já falamos. As melhores edições são a de Haenel, de 1849; a de Madrid, *Legis romanae Wisigoth. fragmenta ex codice palimpsesto sanct. legionensis. ecclesiae* (1896) e a de M. Conrat, *Brev. Alaric in systhem. Darstellung*, Leipzig 1903.

A *Lex Rom. Burgund.* ou *Papianus* foi publicada entre 502 e 516 pelo rei Gondebaldo dos Burguinhões para uso das populações roma-

para realizar a sua grande obra de codificação das *leges* e do *jus*.

Começou-se pelas *leges*. Em 528, pela constituïção de 13 de Fevereiro, *Haec quae necessario*, foi mandado elaborar um novo código que contivesse todas as constituïções imperiais em vigor (1). Êste código, que foi posto em vigor no ano seguinte de 529 (a 7 de Abril) pela constituïção *Summa rei publicae*, não chegou até nós (2).

O Digesto No ano seguinte, 530, mandou o imperador elaborar a compilação do *jus* em vigor, pela constituïção *Deo autore*, de 15 de Dezembro. Deviam ser reünidos nela todas as passagens e fragmentos dos jurisconsultos clássicos que conservavam valor legal (3).

nas sujeitas ao seu domínio. Contém direito romano teodosiano, embora as fontes de que êsse direito é extraído não sejam geralmente indicadas, como na *Lex. Wis.*, e constituam aí um texto independente, dividido em 47 títulos. Essas fontes são, porém, as mesmas da lei visigótica apresentando esta compilação vestígios evidentes de uma influência exercida por esta e pela sua *interpretatio*. As mais recentes edições são as de Bluhme nos *Monumenta Germaniae, leges*, III, pág. 516 e a de Salis, na mesma colecção e secção, I, fl. II, p. I.

Finalmente o *Edictum Theodorici* é também um código elaborado pelo rei ostrogodo Teodorico, na Itália, para uso das populações sujeitas ao seu Império, mas sem distinção entre godos e romanos. Nesta compilação predomina já pois o princípio da territorialidade do direito. As fontes romanas que o integram são os três códigos romanos já mencionados, as novelas post-teodosianas e as sentenças de Paulo. É incerta a data da sua publicação que pertence sem dúvida aos princípios do século VI. A melhor edição é a de Bluhme, de 1875, aparecida também nos *Mon. Germaniae, leges*, V, pág. 145 e seg.

(1) *Cod. Just.*, ediç. Krüger, pág. 1.

(2) *Cod. Just.* pág. 2.

(3) *Vid.* Dig. ediç. Mommsen, pág. XIII: *iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad jus romanum pertinentes et legere et elimare, ut ex his omnis materia colligatur nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat . . .*

Como, porém, aqui a tarefa era mais difícil em virtude do grande número de obras a consultar e a seleccionar, havendo instituïções que entretanto tinham deixado de vigorar, o imperador fez publicar, emquanto duravam os trabalhos, uma série de constituïções tendentes a facilitarem o caminho aos compiladores, acreditando e reconhecendo certas instituïções novas e resolvendo um certo número de controvérsias. Chamou-se a esta série de constituïções, também reünidas em colecção mas perdidas, as *Quinquaginta decisiones* (1). Feito isto, a comissão encarregada dos trabalhos, composta de jurisconsultos e professores e presidida por Triboniano, o *quaestor sacri palatii*, pôde enfim apresentar a nova compilação que a constituïção *Tanta* ou Δέδωκεν de 16 de Dezembro de 533 publicou com os nomes latino e grego de *Digesta* ou πανδεκται (*Pandectae, pandectas*) e que entrou em vigor em 30 do mesmo mês e ano (2). Era o *Digesto*. Desde êsse momento não podiam mais utilizar-se nos tribunais ou nas escolas as obras dos jurisconsultos que não estivessem contidas e aproveitadas directamente nessa compilação. Estava feita a compilação definitiva do *jus* (3).

(1) Exemplo de uma destas *decisiones* pode vêr-se nas *Inst.* I, 5, 3. Cfr. *Cod.* const. *Cordi*, § 1: *postea vero cum vetas considerandum recepimus, tam* quinquaginta decisiones *fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus.*

(2) *Dig.* ediç. Mommsen, pág. XVIII. O têrmo *digestum* (*digesta*) vem do latim *digerere*, isto é, colocar por ordem, classificar. Quanto ao termo grego *pandectas*, tem uma origem similhante e significa pròpriamente uma classificação ou colocação por ordem de todo o direito.

(3) *Vid.* Const. Tanta, § 23.

As Institutas O Digesto era, porém, uma obra demasiadamente volumosa para poder ser utilizado nas escolas de direito. Como se tornasse recomendável uma obra especial e apropriada para êste fim, Justiniano resolveu igualmente mandá-la elaborar a uma comissão mais reduzida e composta também por Triboniano e pelos jurisconsultos Teófilo e Doroteu. Ao manual elementar de direito para uso das escolas, ao mesmo tempo legislativo e didático, composto por essa comissão tomando por modêlo a obra de Gaio, deu-se o nome de *Institutas* (*Institutiones sive elementa*) que, promulgadas e publicadas antes do Digesto, entraram em vigor no mesmo dia que êle, em 30 de Dezembro de 533 (1).

O Código de Justiniano No decorrer dos anos de 528 a 533, datas da publicação do Código e das últimas compilações mencionadas, a actividade legislativa de Justiniano não tinha cessado e, assim, outras constituições tinham sido entretanto publicadas que não estavam compiladas no código. Êste foi achado velho ainda antes de terminada a obra codificadora do imperador e por isso e porque, pelo que se vê, a febre de codificação era grande, foi resolvido também em 534 que se elaborasse uma nova edição do código de 528. Êste segundo código ou *codex repetitae praelectionis* foi, finalmente, posto em vigor em 29 de dezembro de 534, depois de publicado pela constituição *Cordi* de 16 de Novembro, e foi o único que pôde chegar até nós (1).

(1) Mesma constituição, *ibidem*. As *Institutas* eram já anunciadas na constituição *Deo auctore* § 11. A sua índole e fim como texto legislativo e ao mesmo tempo didático são expressamente declarados na Const. *Imperatoriam majestatem* que lhes serve de introdução e é dirigida à *capidae legum juventuti*. As Institutas foram elaboradas *ut sint totius legitimae scientiae prima elementa*, como aí se diz. O plano de sistematização do direito aí adoptado é o mesmo já seguido nos outros manuais desta natureza e possuindo o mesmo nome, como sobretudo foram as já referidas Institutas de Gaio. *Vid. infra*, no texto.

As Novelas Com tudo isto não estava terminada a fecundíssima actividade legislativa de Justiniano. Ainda depois de 534 e até 565 foi publicado um grande número de constituições novas chamadas, com relação às já compiladas no código, *novellae leges* ou *constitutiones*. Ora estas novas leis, já previstas na constituição que promulgára o *codex repetitae praelectionis*, e que deviam, segundo ela, ser também coleccionadas e acrescentadas a êle, não chegaram a ser, que nos conste, objecto de nenhuma colecção oficial. Foram-no, porém, de várias colecções privadas, de que chegaram até nós três; duas latinas (o *Epitome* de Juliano e o *Authenticum*), e uma grega e mais completa contendo 168 novelas, algumas das quais já dos sucessores de Justiniano. (2). Com a compilação das últimas leis, embora não oficial, estava pois completada a obra codificadora de Justiniano constituída por estes quatro elementos: o *Digesto*, o *Código*, as *Institutas* e as *Novelas*, a que se

(1) *Vid.* constituição *Cordi* que serve de prefácio ao novo código, onde êste precedido das const. *Haec quae necessario*, de 528, e *Summa reipublicae*, de 529, relativas ao código anterior.

(2) O *Epitome Juliani* é uma colecção de 124 Novelas, todas redigidas em latim, e organizada por Juliano, professor de direito em Constantinopla, ainda no tempo de Justiniano. Muito provavelmente destinava-se esta compilação à Itália, onde, expulsos os godos, voltara a estabelecer-se o domínio de Bizâncio em 555.

O *Authenticum* é uma outra colecção de 134 Novelas traduzidas do grego para latim e organizada em data incerta. O seu nome vem-lhe de facto de na Idade Média ter sido ela considerada pelos glosadores como a colecção autêntica das Novelas do imperador destinadas à Itália. Finalmente, uma terceira colecção, mas esta de Novelas gregas, contendo 168 constituições, foi descoberta na Renascença, em Veneza e Florença, e é chamada a colecção das 168 Nov. ou colecção

deu mais tarde, já na Idade-Média, para a contrapôr ao corpo de legislação canónica, a designação complexiva de *Corpus Juris Civilis* (1).

Plano da compilação Justinianea

Os compiladores do Digesto, do Código e das Institutas não receberam de Justiniano apenas a missão de compilar, no sentido de juntar e reünir mecânicamente os textos dos jurisconsultos e as constituïções dos imperadores. Receberam também a missão de os reduzir a um sistema lógico e quanto possível rigoroso e de os adaptar às condições sociais do Império do século VI. É neste sentido que a obra de Justiniano é também ver-

dos humanistas. Contêm-se nela constituïções não só de Justiniano, como dos seus sucessores até Tibério (578-582), expostas em parte pela sua ordem cronológica. Esta colecção, é, porém, a mais importante por conter maior número de Novelas e por nos dar o texto grego na sua forma originária. Ver Noailles, *Les collections des Novelles de l'empereur Justinien*, 1912. As Novelas não tem, como as outras compilações, um plano de exposição especial. Dividem-se em capítulos e secções e são designadas nas colecções por números.

(1) A designação de *Corpus Juris* foi dada pelos glosadores ao conjunto das compilações justinianeas, que mais tarde ainda foi designado, em contraposição ao *Corpus Juris Canonici*, pela denominação de *Corpus Juris Civilis*. Quanto aos manuscritos que existem e às edições que tem tido até hoje o *Corpus*, pode vêr-se Krüger, *obr. cit.* pág. 348 a 361. Note-se aqui apenas que do Digesto existe um manuscrito preciosíssimo do século VI ou do VII (*littera Pisana* ou manuscrito Florentino) que se acha hoje em Florença e, além dêste, um grupo de outros manuscritos dos séculos XI e XII cujo texto constitúi a chamada *littera vulgaris* ou vulgata. Está, porém, hoje provado que estes últimos manuscritos provêm todos de um único manuscrito, copiado sem dúvida da *littera Pisana*, e corrigido em parte (até ao livro 35) com a contribuïção de um outro manuscrito antigo infelizmente perdido. De todas as edições até hoje aparecidas a melhor é indiscutivelmente sob o ponto de vista da crítica dos textos a edição alemã estereotípica de Mommsen, Krüger, Schöll e Kroll: *Digesta Justiniani Augusti*, de

dadeiramente uma obra de codificação do direito (1). Ora daqui resultavam: primeiro, a necessidade de ser adoptado um certo plano na distribuïção das matérias e escolha das assuntos; e, em segundo logar, a necessidade de introduzir no texto dos jurisconsultos clássicos e das constituïções imperiais as modificações que a experiência e a prática aconselhassem.

Quanto ao plano do Digesto, foi esta compilação dividida em cincoenta livros e estes subdivididos num certo número de títulos, subordinados a outras tantas rúbricas, à excepção dos livros 30 a 32, que constituíram um título único subordinado a uma só rúbrica, *de legatis et fideicommissis*. Além disto, são ainda os títulos por sua vez subdivididos em fragmentos numerados ou leis, dentro das quais se adoptou ainda mais tarde, na Idade Média, a divisão em parágrafos. Cada fragmento ou lei corresponde assim a um extrato da obra de um jurisconsulto e começa por uma *inscriptio* contendo a indicação do nome dêste jurisconsulto, da obra e da parte desta donde o fragmento é extraído. Finalmente, a ordem segundo a qual os livros se sucedem e os títulos se acham distribuídos neles é tirada do plano do *Edito* do pretor ou dos comentários feitos sôbre esta fonte pelos jurisconsultos clássicos. (2). A distribuïção,

Mommsen e Krüger, (1868-1870); *Justiniani Institutiones*, de Krüger (1867 e 2.ª ed. 1899); *Codex Justinianus*, de Krüger (1867) e *Imp. Just. Novellae*, de Schöll e Kroll (1880-1895). Estas diferentes edições, separadamente feitas, foram depois reünidas numa edição conjunta de todo o *Corpus Juris* em três volumes: I, Institutas e Digesto, 12 ed. 1911; II, Código, 8 ed. 1906 e III, Novelas, 4 edic. 1912.

(1) *Vid.* constit. *Deo auctore*, § 4 já atrás citada: ... *ut ex his omnis materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque dissimilitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat*. Cfr. const. *Tanta*, § 1.

(2) Dentro dos cincoenta livros contêm-se 432 títulos e 9142 fragmentos extraídos das obras de quarenta jurisconsultos. Como critério que fundamenta a distribuïção das matérias dentro dêstes cin-

porém, dos fragmentos dentro dos títulos teria sido, ao que parece, aconselhada pelo próprio método de trabalho seguido pelos compiladores na distribuição prévia do estudo das obras a examinar e a expurgar (1).

---

coenta livros, êsse critério foi, como se diz no texto, o seguido no *edictum perpetuum* e no código. Contudo, dentro desta divisão e ao lado dela, os compiladores introduziram uma outra, também não aparente e tirada dos comentários ao edito, que era utilizada no programa oficial dos estudos, e constava de sete partes. Destas sete partes apenas as primeiras cinco receberam uma designação especial. A primeira *(prota)* compreende os livros I a IV; a segunda *(de judiciis)* os livros V a XI; a terceira *(de rebus)* os livros XII a XIX; a quarta *(umbilicus)* livros XX a XXVII; e a quinta *(de testamentis)* livros XXVIII a XXXVI. As restantes duas partes (livros XXXVII a XLIII) e (XLIV a L) não têm nesta divisão designação especial. Cfr. const. *Tanta* §§ 1 e 2: *et in septem partes eos digessimus non perperam neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentientem eis divisionem partium conficientes.* Segundo uma opinião já antiga, revela-se nesta divisão uma influência das doutrinas de Pitágoras acêrca do valor simbólico dos números. *Vid.* Robey, *Introduction to the study of Justinian's Digest*, 1884. Veja também sôbre a divisão em sete partes a const. *Omnem rei publicae*, § 2 e seg.

(1) A êste respeito e como Justiniano nada nos diga sôbre a ordem de distribuição dos fragmentos dentro dos títulos, não temos para reconstituí-lo o método e critério dos compiladores senão elementos indirectos e de base mais ou menos conjectural. Todavia o alemão Bluhme pôde formular a êste respeito uma hipótese que é hoje universalmente aceite e explica quási inteiramente a ordem por que os fragmentos do Digesto se acham nele distribuídos. Essa hipótese, apresentada pela primeira vez na *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. IV, pág. 257 e seg. (1820), assenta na observação de que cada um dos títulos do Digesto é constituído por quatro grupos distintos de fragmentos que se seguem uns aos outros numa ordem quási invariável. E como uma tal ordem dificilmente pode ter-se por casual, daí a justificada suposição de que êsses quatro grupos de fragmentos corresponderiam a quatro grupos ou categorias de trabalhos e obras dos jurisconsultos romanos que foram aproveitadas pelos compiladores. E porque razão teriam sido essas obras divididas em quatro grupos? Talvez, responde Bluhme, como consequência de operações preparatórias dos trabalhos de colheita e colecionação dos fragmentos nelas contidos. E assim é de crer que, antes de proce-

O plano do Código (*Codex repetitae praelectionis*) é o mesmo dos códigos anteriores, sendo no fundo o plano do Edito perpétuo com ligeiras modificações (1).

---

derem à compilação, os compiladores justinianeus tivessem metòdicamente dividido a grande massa de obras e livros que tinham a consultar em três classes ou *massas* distintas, consoante a natureza e índole scientífica dessas obras. Ter-se iam pôsto para um lado todos os trabalhos jurídicos do tipo dos tratados de direito civil, *libri ad Sabinum*, do nome de M. Sabino, autor do mais importante trabalho desta natureza *(massa sabiniana)*; para outro, todos os livros que eram comentários ao edito do pretor, *libri ad edictum* (*massa edital*); para outro, os livros versando questões mais limitadas do tipo dos *responsa Papiniani* (*massa papiniana*); e, finalmente, teria constituído um quarto grupo ou *massa* um certo número de outras obras e trabalhos jurídicos de menos importância e possuindo um carácter menos determinado. Feito isto, a comissão dos codificadores ter-se ia subdividido em quatro sub-comissões a cada uma das quais teria sido confiada a tarefa de examinar e aproveitar uma daquelas quatro *massas* ou grupos mais importantes de obras. Depois disto, feito êste trabalho, as sub-comissões apresentariam nas reuniões da comissão única as séries de fragmentos que cada uma delas tivesse colhido e aproveitado dos seus respectivos grupos de obras. Tinha então logar uma última demão neste trabalho. Os fragmentos de cada sub-comissão seriam confrontados com o fim de suprimir as contradições e repetições inúteis e por fim eram insertos dentro de cada um dos títulos do Digesto. Provàvelmente, inserir-se iam aí primeiro os fragmentos da sub-comissão que os tivesse apresentado mais importantes, longos ou numerosos, sôbre o assunto de cada título; seguir-se iam os da sub-comissão que, em segundo logar, apresentava maior número de outros que os completavam, etc., de modo que umas vezes seria a massa sabiniana a primeira, outras vezes a edital, outras a papiniana a figurarem à frente de cada um dos títulos. Esta é, fundamentalmente, a teoria de Bluhme que, como já disse, é hoje universalmente aceite. Cfr. Pacchioni, *Corso*, I, pág 391 e Krüger, *obr. cit.*, pág. 310 e seg. Uma relação das diferentes obras jurídicas incluídas dentro de cada uma das referidas *massas* foi organizada pelo mesmo Bluhme e acha-se na edição de Mommsen do *Corpus juris*, vol. I, pág. 874 e seg. da ed. de 1902.

(1) *Vid.* Krüger, *obr. cit.* pág. 318. Segundo Krüger, a divisão geral do código provêm de uma fusão do plano do código gregoriano com a do teodosiano e resume-se da seguinte forma: o livro I trata

Divide-se em doze livros subdivididos em títulos, como o Digesto. Os títulos estão subordinados também a uma rúbrica e dentro dêles seguem-se as constituições ou *leges* (editos e rescritos) pela sua ordem cronológica e também divididas em parágrafos, indo desde Adriano até 534 (1). Cada uma das leis tem a indicação da sua origem, do imperador de quem emanam e da autoridade a quem são dirigidas, no caso de serem rescritos (*inscriptio*), e a data ou *subscriptio*. Diferentemente, porém, do que sucede com os códigos anteriores, o código de Justiniano só contém as *leges* em vigor (2).

Quanto ás *Institutas*, o seu plano é o mesmo que o adoptado por Gaio na sua obra dêste nome já referida e que, segundo todas as probabilidades, era também já corrente em todas as obras daquela índole. Dividem-se

do direito eclesiástico, das fontes de direito e dos ofícios dos funcionários imperiais. Corresponde ao primeiro livro do Digesto. Os livros II a VII tratam do direito privado. O IX do direito penal; e os livros X e XII do direito administrativo.

(1) As constituições anteriores a Constantino são tiradas dos códigos gregoriano e hermogeneano. E justamente é de Diocleciano — Maximiano, anteriores àquele príncipe, a maioria das constituições contidas no código e destinadas principalmente ao Oriente.

(2) Quanto ás constituições antigas, os jurisconsultos encarregados da compilação receberam, igualmente como para o Digesto, a missão de as modificar e corrigir de harmonia com o direito do seu tempo. Muitas foram refundidas noutras, outras foram divididas em partes e estas colocadas em títulos diferentes, não sendo possível determinar todas as modificações desta natureza que foram introduzidas pelos compiladores nas constituições anteriores a Constantino. Além disso também, muitas constituições foram equivocamente classificadas em títulos em que não deviam sê-lo e outros reproduzidos em diferentes títulos. Tudo isto, acrescido da circunstância de que uma grande parte do código é relativa ao direito público, eclesiástico e criminal e de que um grande número de constituições não são mais do que respostas sôbre casos particulares e restritos, faz que o código seja para nós, em conjunto, uma fonte menos importante e de menos valor do que o Digesto. *Vid.* Krüger, *obr. cit.* pág. 319 e Walton, *Introd.* pág. 360.

em quatro livros ou comentários nos quais se procura fornecer aos estudantes uma rápida vista de conjunto sôbre todo o direito em vigor, direito das pessoas, das coisas e das acções (1). O seu texto é também extraído do dos jurisconsultos clássicos cotejado com o das constituições imperiais e acha-se ainda subdividido em títulos rubricados e mais tarde subdivididos também em parágrafos. A maior parte, porém, dos fragmentos aí inseridos não têm indicação da sua proveniência e foram directamente aproveitados ou do Digesto ou de outras obras de instrução jurídica elementar (2).

(1) As *Institutas* assentam sobretudo sôbre o plano da obra da mesma natureza do jurisconsulto clássico Gaio, que, como se sabe, se tinha tornado o texto jurídico de índole didáctica mais apreciado pela sua clareza e método no decorrer dos tempos post-clássicos e durante o baixo-Império. Contudo contêm-se nelas doutrina também de outra obra de Gaio, as *Res cottidianae* e, provavelmente, também de outras obras elementares da mesma natureza, como porventura as Institutas de Marciano, Florentino, Ulpiano e Paulo, infelizmente perdidas. A divisão em livros não coincide, porém, absolutamente com a divisão de Gaio. O livro I trata do direito em geral, suas divisões e fontes, e, como Gaio, do direito das pessoas, personalidade e família. O livro II trata das coisas, sua divisão, dos direitos sôbre elas, direitos reais (servidões, usufruto, etc), modos de alineação e, entre estes, das sucessões (sucessão testamentária). O III trata ainda das sucessões (sucessão *ab intestato*) e das obrigações, suas fontes, contratos e quási-contratos. Finalmente, o IV livro trata, não só das acções como o de Gaio, mas ainda das obrigações *ex delicto* e *quasi ex delicto* e das acções.

(2) O texto doutrinário das *Institutas* foi tirado, como o do Digesto, dos jurisconsultos clássicos, mas não directamente. Os extratos dos grandes comentários e obras jurídicas foram tirados do próprio Digesto, assim como a doutrina das constituições aí consignada foi tirada do código. Sómente que, emquanto nestas duas compilações ao lado de cada texto figurava o nome da obra, do autor ou imperador dos quais tinham sido tirados, nas *Inst.* os vários fragmentos foram fundidos uns nos outros e formam um contexto único e contínuo. Quanto ao valor desta parte da compilação de Justiniano, êle não pode ser desconhecido. A clareza do seu estilo e a ordem natural e lógica do seu método impunham-no como um exce-

Interpolações Mas não foi só no emprêgo de um plano de sistematização mais perfeito (1) que os anteriores que os compiladores justinianeus se mostraram à altura da obra que empreendiam como legisladores e codificadores. Essa obra visava, com efeito, um intuito prático para cuja realização era mister, em segundo logar, introduzir não poucas alterações nos textos clássicos. Ora as alterações dos textos originais introduzidas pelos compiladores são múltiplas e variadas. Ora procederam por eliminações, suprimindo passagens inteiras

lente texto didático para o ensino do direito. Todavia, desta sua qualidade vem também os seus defeitos que consistem sobretudo no carácter demasiadamente elementar da obra, na omissão do estudo das questões mais difíceis e na falta de indicação das fontes históricas. Sob o ponto de vista do método, pode considerar-se também como um defeito grave o logar em que é tratada a matéria das obrigações só depois de estudadas as sucessões, como se aquelas não fôssem também um elemento do património que se transmite por meio destas e portanto não devesse lògicamente ser estudado antes delas. Vêr a êste respeito, Krüger, pág. 316 e Girard, *Textes*, pág. 362.

(1) Tudo que no texto acaba de ser exposto acêrca do plano de sistematização e método das diferentes partes da compilação justinianea, torna fácil e clara a compreensão dos métodos que geralmente se adoptam na citação dos textos justinianeus. Com efeito, ou se cita em primeiro logar o livro do Digesto ou Código, a seguir o seu título e, por último, o fragmento e o parágrafo dêste onde está o texto que se procura (Ex.: Dig. 44, 7, 3, pr., isto é, Dig., livro 44, tít. 7, frag. 3, *proemium*, sendo o *proemium* ou o *principium* o primeiro parágrafo, não numerado, espécie de introdução de cada fragmento; Cod., 8, 51, 2, isto é, Cod., liv. 8, tit. 51, lei 2) ou se cita, primeiro, o frag. ou lei e seu parágrafo e, depois, a seguir, o número do livro e do título com um D ou um C, consoante se trata do Digesto ou do Código (Ex. frag. 3. D. 44, 7 e l. 2, C. 8, 51). Quando se adopta êste último modo de citação, usa-se também dar em seguida à indicação do frag. ou lei e seu parágrafo a indicação da rúbrica do título em forma abreviada. (Ex.: pr. 3, pr. *de oblig. et action*, D. 44, 7). O modo de citação que adoptamos é o primeiro, por o julgarmos o mais rápido e comodo. Quanto às *Institutas*, a sua citação faz-se indicando o livro, o título e o parágrafo e a das Novelas indicando o número, o capít. e o parág. de cada uma.

que nos textos diziam respeito a instituïções já desaparecidas; ora por transposições, adaptando essas passagens com substituïção de nomes às instituïções mais modernas que tinham alguma afinidade com as antigas; ora emfim, resumindo longas exposições e intercalando nelas palavras ou frases que lhes davam um sentido inteiramente diverso (1). Por êste processo, refundindo e combinando segundo um critério prático os diferentes elementos da jurisprudência clássica e da legislação imperial (sistema chamado das *interpolações* ou dos *emblemata Triboniani*, o que quere dizer: das combinações, mosaïcos ou embrechados de Triboniano) foi que os compiladores justinianeus puderam emfim fazer obra de verdadeiros legisladores adaptando o velho direito romano à sociedade do seu tempo. (2).

(1) Estas alterações introduzidas no texto dos jurisconsultos e das antigas constituïções dos príncipes foram autorizadas e expressamente ordenadas por Justiniano aos compiladores, como se pode ver das constituïções: *Haec quae necessario* § 2, *Summa rei publicae*, § 1, *Deo auctore*, § 7, *Tanta*, § 10, e *Cordi nobis*, § 3. Na const. *Tanta* lê-se determinadamente: *si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum vel minus idoneum visum est, vel adjectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissime tradatur regulis...*, e na const. *Cordi: Supra dictis magnificis et prudentissimis viris permissimus hoc omnia facere et, si qua emendatione opus fieret, hanc facere non titubante animo, sed nostra auctoritade fretos...*

(2) Vários são os critérios com a ajuda dos quais podem ser reconhecidas na compilação justinianea as passaagens interpoladas. O primeiro consiste no confronto dos textos justinianeus do Digesto com o texto original da obra do respectivo jurisconsulto de que foram tirados, quando porventura a possuamos. Ex.: o confronto dos fragmentos extraídos das Inst. de Gaio no Digesto com as respectivas passagens no texto independente descoberto em Verona. Outro é um critério a que se pode chamar *histórico* e consiste em dar como interpolados os fragmentos ou textos em que são atribuídos aos respectivos autores princípios ou afirmações sôbre institutos jurídicos que se sabe por outra via independente não terem sido admitidos ou reconhecidos no seu tempo. Outro ainda é o *critério lógico* que permite determinar a interpolação de um texto no qual o respectivo jurisconsulto e seu

Valor da compilação justinianea

Nisto vai justamente a melhor defesa da obra codificadora de Justiniano. Se essa obra póde ser e tem sido por vezes atacada com razão no que respeita à imperfeição dos processos técnicos seguidos e da forma que lhe foi dada (mas que ainda assim encontra a sua justificação nas tradições de um longo passado), o que é verdade é que todas as críticas que lhe tem sido dirigidas, acusando-a sobretudo de desnacionalizadora do direito e do espírito romanos, são incompletas, quando não absolutamente injustas e unilaterais. Sem dúvida, a obra de Justiniano não póde ser considerada como uma obra puramente romana. Os estudos mais recentes mostram, com efeito, que foi grande pelo contrário a parte que na sua elaboração coube às ideas helénicas e orientais. Mas o que não é menos certo é que impossível é hoje provar, desconhecendo o progresso da evolução jurídica posterior, que êsse direito justiniaeu e oriental, por ser diferente do puro direito clássico, deva valer para nós no século vinte menos do que êste vale, quando foi êle justamente que veio a constituir a base de toda a nossa evolução jurídica ocidental. Além disso, não foi certamente o capricho dos compiladores justinianeus que fez no Digesto e no Código as interpolações que estes nos atestam, mutilando os textos clássicos. O que nós sabemos é que essas interpolações foram antes o expoente das transformações já operadas de facto na vida social, que Justiniano como legislador não podia desconhecer, e que até certo ponto é lícito supôr que fôssem até já anteriores à sua obra e não apenas a resultante de influências helénicas e orientais (1). Nem se diga que a compilação justinianea, embalsamando definitivamente o corpo morto do direito romano (2), lhe fez perder daí por diante toda a sua operatividade criadora e originalidade, cerrando por êsse lado os progressos da evolução

autor é apresentado a raciocinar de uma maneira defeituosa, atribuindo-se-lhe, por ex., nesse texto conclusões que se não comportam nos princípios aí também enunciados ou que estão em contradição com outra parte do mesmo texto. E, finalmente, pode chamar-se *filológico* ao critério, fundados no qual podemos considerar interpolados os textos em que nos aparecem certas particularidades de estilo e linguagem que sabemos serem muito diferentes dos usados pelos clássicos e pelo contrário próprios da época bizantina. Tem sido com a ajuda dêste último critério que tem sido até hoje fixado o maior número de textos interpolados ou supostos tais na compilação justinianea, e deve dizer-se que os trabalhos de investigação neste sentido não datam dontem apenas. Desde o século XVI, com o predomínio dos pontos de vista histórico e filológico nos estudos do direito romano, que esses trabalhos existem, não sendo pequena a glória que com eles conquistou a escola de Cujácio. Mas a verdade é que, tendo decaído essa orientação crítica nos estudos no direito romano nos dois séculos seguintes, foi só com o século XIX que ela retomou com a escola histórica de Savigny o seu antigo logar de honra, renascendo então também os estudos interpolacionísticos sôbre a compilação justinianea. Das diferentes partes do *Corpus* tem sido, porém, o Digesto aquela a respeito da qual esses estudos mais tem progredido, devendo também notar-se que o melhor meio de poder determinar com segurança quais são os seus textos interpolados consiste, não tanto no emprêgo de um só dos critérios acima expostos e muito menos no emprêgo só do filológico, que se presta fàcilmente a erros, mas na utilização conjunta dos critérios histórico, lógico e filológico, toda a vez que ela seja possível. Cfr. Pacchioni, *Corso*, I, apend XI.

(1) Que um certo número de transformações se tinham já operado no direito romano clássico sobretudo a partir de Diocleciano e através de toda a época post-clássica antes de Justiniano, disso já ninguém hoje duvida, embora seja ainda difícil determiná-las, já por virtude da falta de documentos e fontes suficientemente claros, já porque as próprias fontes clássicas que até aqui se julgavam as mais puras são hoje suspeitas de interpolações (interpolações prejustinianeas) que tornam difícil o confronto entre o direito clássico puro e o post-clássico. De resto, o atrazo em que por emquanto se acham ainda os estudos sôbre o direito romano vulgar do Ocidente dificulta muito qualquer determinação rigorosa dessas transformações que evidentemente não podem incluir-se na rúbrica de transformações helénicas e orientais. Cfr. *supra*, no texto, pág. 167, nota.

(2) H. Chamberlain, *La Genèse du XIX siècle*, I, pág. 227.

jurídica, porque precisamente a desmentir essa acusação está não só o facto dos *direitos vulgares* a que já nos referimos, mas ainda toda a história jurídica medieval e moderna e, especialmente, o facto dessa outra formação jurídica que se produziu já na Europa medieval por obra da escola dos comentadores e foi mais tarde o direito romano comum. De resto — e esta consideração é decisiva — é aos compiladores justinianeus que nós devemos ainda a conservação da maior parte dos textos clássicos integrados na sua obra, o que só por si bastaria para merecer a Justiniano a melhor gratidão da posteridade.

3 — Instituições jurídicas

A índole do direito privado neste terceiro e último período da história jurídica romana não se diferença tanto da índole do anterior como a dêste se diferençára da do primeiro.

Os últimos progressos e transformações do sistema jurídico a partir dos fins do século III da nossa era são, com efeito, o desenvolvimento lógico e uma como que *juriscontinuatio* do sistema jurídico do *jus gentium* ou do Estado romano universal. E assim, pode dizer-se que foram a mesma tendência para o universalismo, o espírito helénico mais brilhante e humano, mas menos lógico e menos prático do que o latino, e, enfim, o novo espírito cristão que, de uma maneira geral, imprimiram ao conjunto das instituições jurídicas privadas a sua nova feição e índole característica. Além disso, êste último período foi acentuadamente um período de sincretismo de ideas e de civilizações; e, se na história das fontes de direito — já o vimos — êle tem a caracterizá-lo o facto da codificação e da fixação definitiva do direito, na história das instituïções o que o caracteriza é sobretudo a unificação dentro de novas sínteses das tradições e sistemas jurídicos anteriores, como o *jus civile*, o *jus gentium*, o *jus naturale*, o *jus honorarium*, e ainda o aparecimento de novas formações jurídicas mais recentes, como expressão dos vários elementos étnicos contidos no seio do Império. Enfim, é durante êste período que muitas das diversas instituições jurídicas romanas assumem a forma definitiva e típica com que passaram mais tarde para o mundo moderno na sua herança da civilização latina.

Personalidade jurídica

A generalização da qualidade de pessoa ou sujeito de direito, acompanhando a qualidade de cidadão romano, poucos progressos fez no decorrer dêste período. Como vimos, a constituição de Caracala, ampliando o direito de cidade a todos os habitantes do Império, não tinha realizado ainda a absoluta unidade da sua condição jurídica, pois tinha deixado subsistir, pelo menos, as categorias de *peregrinos dediticios*, de libertos peregrinos, e de *latinos junianos* (1). Ora estas categorias de pessoas, recrutadas sobretudo agora entre os libertos, tendo já perdido bastante da sua importância no decorrer do Baixo-Império, foram definitivamente abolidas por Justiniano por duas constituições imperiais de 530 e 531 (2), não ficando da primeira outro vestígio que não fôsse a da condição jurídica dos conde-

(1) Veja *supra*, pág. 176, n. 1. Claro que tendo terminado havia muito a era das conquistas de Roma, neste período a classe dos peregrinos dediticios era composta exclusivamente dos libertos que tinham herdado esta condição depois da lei Aelia Sentia. Não havia outros peregrinos dediticios no tempo de Justiniano e, mesmo quanto a estes, a sua condição *(condicio deditícia)* tinha caído em desuso *jam ex multis temporibus*, não sendo mais do que um *vanum nomen*, como se vê da lei que definitivamente a aboliu. Cod. 7, 5 *de dediticia libertate tollenda*.

(2) *Cod. Just.*, VII, 6, 1 e *Instit.* 1, 5, 3 para os latinos junianos; e *Cod.*, VII, 5 1 e *Inst.* 1, 5, 3, para os libertos peregrinos.

nados à deportação ou a trabalhos forçados perpétuos (1). Depois disto, póde dizer-se que, pelo menos em teoria, estava definitivamente fundada a igualdade de condição jurídica de todos os habitantes do Império, excluídos os bárbaros e os escravos. Com efeito, para lá das fronteiras e algumas vezes dentro delas, nas regiões fronteiriças, como soldados do Império, estavam os bárbaros, germanos, marcomanos, dácios e partos, que, posto não tivessem o nome de peregrinos, contudo herdaram essa condição, permanecendo estranhos às leis romanas e sujeitos ao seu direito nacional. (2). E ainda, além disso, os escravos foram e continuaram sendo sempre no direito romano, apesar de todos os progressos realizados, coisas e não pessoas, com uma certa esfera de actividade jurídica, é certo, porém sem personalidade jurídica própria (3). Por outro lado, e mesmo dentro da grande maioria das pessoas com capacidade jurídica, deve também notar-se que, se essa capacidade e a igual-

(1) *Dig.* 48, 19, 17, 1: «...*item quidam* apolides *sunt, hoc est sine civitate, ut sunt in quos publicum perpetuo dati et in insulam deportati...*»

(2) *Vid.* Mommsen, *röm. Staatsrecht*, 6, 33).

(3) A condição do escravo veio sempre melhorando constantemente desde o começo do Império (*vid. supra* no texto), tendendo a reconhecer-se cada vez mais e a dispensar-se uma maior protecção à sua personalidade humana. E neste sentido actuou durante a nova época, embora indirecta e lentamente, a influência cristã, já levando à remodelação da teoria das causas e modos de extinção da escravidão, já aumentando a protecção da pessoa física do escravo (*favor libertatis*). A identificação das condições da vida social e económica da antiguidade e, ainda depois, da Idade Média nos seus começos, com a instituição da escravidão, não permitia, porém, a sua extinção pura e simples. Todavia Constantino póde punir numa decisão com a pena do seu direito de propriedade os senhores que abandonassem os seus escravos recem-nascidos, e Justiniano, reconhecendo a *cognatio servilis*, póde já fundar nas relações de parentesco entre os escravos um direito de sucessão entre eles que vigorava depois da sua manumissão. *Cod. Theod.* v, 9, 1 e *Inst.* III, 6, 10. De resto, até uma relativa *testamentifactio* activa lhes foi reconhecida. *Vid.* Plinio, *Epist.* 8, 16, 1.

dade de condição jurídica entre elas foram a regra, contudo esta existiu ainda mais em teoria do que de facto. De facto, as diferenças de condição social e de religião foram ainda a causa de muitas desigualdades no grau de capacidade jurídica das pessoas, não só no campo do direito público, como no do direito privado; e assim, se no que respeita ao primeiro, há ainda distinções a registar entre os *illustres*, os *spectabiles*, os *clarissimi*, os *perfectissimi*, os *egregii*, segundo a jerarquia das suas funções (1), no segundo há-as também segundo a religião, entre os católicos ortodoxos, os hereges, os judeus e os pagãos (2), e finalmente, segundo a condição económica, entre os proprietários ou os rendeiros livres e

(1) Estas desigualdades jurídicas foram a expressão de desigualdades sociais fundadas sobretudo na jerarquia burocrática e nas imperfeições do regime económico e fiscal.

E as diferenças no grau de capacidade jurídica entre estas classes, se foi sobretudo importante no campo do direito público, não deixaram por vezes de se reflectir também no do direito privado. Assim por exemplo, em matéria de impedimentos do casamento, de dote, de representação em justiça, etc. houve disposições especiais para algumas destas classes. *Vid. Cod. Just.* v, 27, 1; v, 5, 7; *Nov.* 74, cap. 4; *Nov.* 117, cap. 4; *Cod.* II, 12, 25, etc.

(2) Quanto às diferenças de capacidade jurídica fundadas em motivos religiosos, foram elas o resultado de privilégios concedidos depois de Constantino aos católicos ortodoxos ou o resultado de interdições e incapacidades especiais com que foram feridos os não católicos. Em princípio mesmo só aos católicos foi reconhecido o gôzo pleno de todos os direitos políticos e civis. A *Nov.* 109, de Just por ex., só estendeu o privilégio de hipoteca tácita da mulher casada às mulheres ortodoxas. O casamento era proibido entre cristãos e judeus (*Cod.* I, 9, 6); e judeu não podia ter escravos cristãos, excepto em caso de sucessão, mas neste caso ainda não podia impôr-lhes a sua religião (*Cód.* I, 10), o mesmo se estabelecendo a respeito de todos os cristãos heréticos (*Cód.* I, 10, 2). Finalmente, os hereges e os apóstatas eram privados da *testamentifactio* activa ou passiva, não podendo portanto dispôr nem herdar por testamento (*Cod.*, I, 7, 4 e *Cod.* I, 5, 4, § 5-6).

os colonos adscritícios (1). Contudo, em princípio, é esta a regra geral que traduz em matéria de personalidade os últimos progressos dêste período: todos os habitantes livres do Império fôram emfim sujeitos de direito ou pessoas dotadas de capacidade do gôzo de direitos.

Direito de família A família atinge também entre os séculos IV e VI a sua definitiva expressão cognaticia, ultimando a sua evolução neste sentido já iniciada no período anterior. A família natural do direito de Justiniano é já, aproximadamente o mesmo que a família moderna, no número e qualidade das pessoas que a compõe, na natureza dos laços que as prendem entre si, nos direitos e deveres recíprocos dos seus membros, e emfim nos modos da sua constituïção e extinção. À antiga organização política do grupo familiar, assente na *potestas*, absorvendo na personalidade do *pater* a personalidade da mulher e dos filhos, substitui-se uma organização doméstica natural e humana, dentro da qual os diferentes indivíduos que a compõe conservam ao lado do chefe uma personalidade própria. O *pátrio poder* do pai existe ainda e a êle continuam a estar sujeitos indefinidamente e durante a sua vida os

(1) O colonato é uma instituïção do baixo-Império que foi também origem de importantes desigualdades na condição jurídica das pessôas. O colono é um rendeiro cuja condição jurídica é aproximada do escravo. Não pode abandonar a terra que cultiva e à qual está ligado, êle e a sua descendência, hereditàriamente; é um escravo da terra e paga pela exploração dela uma renda, ao proprietário, que pode ser em gêneros ou em dinheiro. Além disso, o colono, podendo contrair matrimónio, ser proprietário e credor, todavia não pode alienar os seus bens, visto estes responderem pelo pagamento da renda. *Vid. Cod. Theod.* V, 17, 1 e *Cod. Just.* XI, 52 (51). A origem e a data do aparecimento desta instituïção no Império romano constitui um difícil problema ainda não resolvido.

restantes membros da família (1). Mas êste poder é uma sobrevivência meramente formal do passado. A *patria potestas*, longe de representar ainda exclusivamente um direito da pessoa que o exerce e uma garantia da unidade política de família, é apenas uma prerogativa e um encargo que lhe pertencem agora quási exclusivamente no interêsse dos filhos (2). E assim é que êle, não só já não implica, em princípio, o desconhecimento da personalidade e da autonomia dêstes na vida jurídica, como sofre limitações que positivamente lhe fazem perder toda a sua significação do passado e se referem não só ao seu conteúdo, como até quási, práticamente, à sua duração no tempo. O pátrio poder tende assim a aproximar-se do conceito moderno dêste instituto. O pai conserva o direito de vender, mas só em caso de necessidade, os filhos recemnascidos (3); conserva o direito de educar e corrigir os filhos meno-

(1) *Vid. Inst.* 1, 9. Mas o carácter severo com que o pátrio poder ainda é definido neste texto é apenas uma recordação do passado, sem correspondência na realidade dos factos. Os compiladores de Justiniano esqueceram-se de interpolar e de adaptar ao seu tempo muitos textos que reproduziram doutras idades! Os relativos ao pátrio poder estão neste caso.

(2) O pátrio poder limita-se, na época romano-helénica, pode dizer-se, a um limitado poder de correcção e de disciplina. E mesmo, nos casos mais graves, o pai terá de recorrer, para castigar o filho, ao magistrado. *Vid. Cod.* IX, 15, 1 e VIII, 46, 3. Cfr. Bonfante, *Istituzioni*, pág. 155. Como nota êste escritor, apenas o facto de a *patria potestas* continuar sendo um direito exclusivo do pai e a sua duração perpétua no tempo impedem de o considerar o mesmo que a nossa instituïção moderna do pátrio poder.

(3) A morte dada aos filhos recemnascidos foi punida com pena capital desde Valentiniano. (*Cod. Theod.* IX, 14, 1) e o mesmo tratamento parece ser aplicado por Justiniano à exposição dos filhos (*Cod.* VIII, 51 (52), 2.). O *jus noxae dandi*, isto é, o direito de entregar o filho autor de um delito para extinguir a responsabilidade de uma obrigação de indemnizar foi também abolido por Justiniano (*Inst.* IV, 8, 7). E quanto ao direito de o vender, esta mesma facul-

res (1); mas, por outro lado, os filhos não são mais obrigados, depois de uma certa idade, a viverem no domicílio dos pais (2); podem contraír matrimónio sem o consentimento do *pater* em numerosos casos; e finalmente, no que respeita à esfera das suas relações jurídico-patrimoniais, são consideradas como propriedade sua todas as suas aquisições, salvo para o pai um direito de usufruto, e, correspondentemente, como válidas todas as obrigações por eles contraídas (3). Ao mesmo tempo a mulher, extinta a *manus* do marido, deixa de estar sujeita ao seu poder como filha e conserva todos os laços de parentesco com a sua família de origem, acabando-se para ela também a tutela dos agnados (4). E o mesmo que se diga dos poderes do *pater* sôbre todas estas pessoas deve ainda dizer-se da tutela e da curatela, as quais, em vez de direitos por parte de quem a exerce, passam a ser antes encargos (*munera publica*) no interêsse dos pupilos e incapazes, existindo só enquanto existem esses estados (5). Finalmente, no

---

dade reconhecida na última fase do direito (*Cod.* IV, 43, 2), foi ainda temperada com o direito que se reconheceu ao *pater* de o recuperar em qualquer altura mediante restituição do preço ou a entrega de um escravo.

(1) Só os filhos menores (*minores* ou *juvenes*) estão sujeitos ao *jus domesticae aemendationis*. *Cod. Theod.* IX, 13 e *Cod. Just.* IX, 15.

(2) *Dig.* 50, 1, 3, 4, 6 § 1 e 17 § 11. O interdito *de liberis ducendis* é, de resto, ineficaz quando é de sua vontade própria que o filho vive fora do domicílio do *pater*; *Dig.*, 43, 30, 5.

(3) *Inst.* II, 9, pr. e § 1 e II, 12, 1; III, 10 e III, 28; Nov. 117, c. 1 e Nov. 118, cap. 52.

(4) A tutela dos agnados, muito limitada já pelas leis Julia e Papia Poppaea, do tempo de Augusto, que isentaram dela as mulheres que tivessem três ou quatro filhos, consoante fôssem ingénuas ou libertinas (*jus trium vel quattuor liberorum*), foi definitivamente abolida no tempo de Tibério por uma lei Cláudia para todas as mulheres ingénuas e mais tarde, no tempo de Teodósio e Honório (sec. IV), para as libertinas. *Vide* Ulpiano, II, 8.

(5) *Inst.*, I, 25, pr., I 17, 1 e *Dig.* 50, 4, fr. 1: ... *nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse*».

que diz respeito aos modos de constituïção e extinção, a família romana dêste período sofreu também transformações dignas de registo; e assim, além do matrimónio sem *manus* e da adopção (esta bastante restringida), pôde ainda constituír-se pelo instituto da legitimação introduzido pelo direito cristão (1). O mesmo direito inicia também a partir de Constantino a guerra contra o divórcio, sujeitando a certas penalidades os cônjuges que o requeriam sem justa causa ou aqueles contra quem êle era pedido com essa causa e, emfim, abolindo o divórcio por mútuo consentimento (Justiniano) (2).

---

(1) O consentimento do *pater*, que era essencial para o matrimónio dos filhos, passou a um segundo plano e pôde ser suprido judicialmente. Quanto à adopção, perdeu o antigo carácter que tinha de naturalização do adoptado num novo agrupamento político, e, sendo feita por um estranho (*adoptio minus pleno*), deixou de quebrar os laços de parentesco que vinculavam o adoptado à sua família de origem, dando-lhe apenas direitos de sucessão também na família do adoptante. Finalmente, a legitimação foi ainda um triunfo da cognação sôbre a agnação e consistiu na concessão da qualidade de legítimos aos filhos naturais, havidos fora do matrimónio, de uma concubina (*liberi naturales*) por meio de subsequente matrimónio (*per subsequens*), *per oblationem curiae* ou *per rescriptum principis*. Nestes dois últimos casos, a família legítima e natural constituia-se independentemente do matrimónio; no primeiro, pela inscrição dos filhos naturais feita pelos pais no album dos decuriões das cidades ou, se eram filhas, pelo seu casamento com um decurião; no segundo caso, por uma decisão do príncipe a quem se recorria no direito justinianeu para legitimar os filhos naturais, quando não os houvesse legítimos e fôsse impossível o matrimónio com a concubina. *Vide Cod. Just.* 5, 27, 5; Nov. 12, cap. 4; Nov. 89, cap. 8; *Cod.* 5, 27, 9 e Nov. 89, cap. 2-6.

(2) O divórcio em sentido lato, compreendendo o repúdio, foi sempre admitido na legislação romana. Tendo-se, porém, generalizado assustadoramente pelos fins da República, Augusto procurou evitar o seu abuso sujeitando-o a formas legais determinadas e estabelecendo certas penalidades para os cônjuges que se divorciassem sem justa causa. Esta reacção contra o divórcio desenvolveu-se sobretudo nesta época sob os imperadores cristãos. Era a influência cristã que começava a sua luta secular contra esta instituïção. Sob Cons-

Direitos reais O sistema dos direitos sôbre as coisas, ou direitos reais, aparece-nos também já, no direito post-clássico e no justinianêo, bastante unificado e simplificado. A noção de coisa (*res*) torna-se uma noção mais geral e abstracta moldando-se mais sôbre as exigências da vida económica (1), o que faz que o conceito dos diferentes direitos reais se torne também mais sistemático e estes ou as acções correspondentes se esquematizem num certo número limitado de tipos de um valor mais universal. Desaparecem as antigas e históricas divisões das coisas em *mancipi* e *nec mancipi*, *prédios itálicos* e *provinciais* (2), e substitui-se-lhes, como divisão fundamental delas, assente num critério económico de utilidade social, a divisão das coisas em móveis e imóveis (3). O desenvolvimento na sciência do direito dos pontos de vista e critérios económicos, como fundamento das categorias do pensamento jurídico, precipita por toda a parte a destruïção dos quadros e divisões puramente históricos e políticos.

O próprio conceito de propriedade modifica-se e

tantino foram também punidos os cônjuges que se divorciassem sem justa causa, mas ainda neste caso mantidos os respectivos divórcios, uma vez comprida a pena. Finalmente, no direito de Justiniano foi esta matéria amplamente tratada, limitando-se o número das justas causas e proïbindo-se até o divórcio por mútuo consentimento. *Vid. Cod.* 5, 17, 8, 12 e Novelas 72, 117, 134 e 140.

(1) Veja *Instit. Just.* II, 1, *de rerum divisione.*

(2) Cod. Just. VII, 31, 1, § 5.

(3) Esta divisão das coisas pode dizer-se que foi a que substituiu, no direito post-clássico e justinianeu, a antiga divisão histórica das coisas em *mancipi* e *nec mancipi*, traduzindo numa nova linguagem mais abstracta a antítese entre coisas de predominante interêsse social e as de interêsse meramente individual. Ora esta última divisão foi quási inteiramente desconhecida do direito clássico, sendo os seus textos em que ela aparece manifestamente interpolados. (Dig. III, 3, 63; XLI, 3, 23; II, 8, 15, pr.; XIX, 2, 48, 1). As designações que nas fontes clássicas mais geralmente recebem as coisas imóveis são as de *fundi, aedes, res quae solo continentur, res soli*, etc.

tende a abrir-se ao influxo de ideas mais precisas de moralidade e utilidade social. Assim é que esta instituïção perde o seu carácter excessivamente individualístico do antigo direito e do clássico e sofre no seu conteúdo limitações que tendem a vincular o seu exercício a um certo número de critérios permanentes de interêsse e moralidade pública. São proïbidos pelo direito da época cristã em numerosos casos os chamados actos emulativos *(ad aemulationem)*, isto é, os actos praticados pelo proprietário sem interêsse próprio e de que resulta uma lesão de interesses respeitáveis de terceiros, ou até praticados com o intúito de prejudicar outrém (1). Além disso, o antigo *dominium* ou a propriedade *ex jure quiritium* do direito civil estrito, com o seu exclusivismo relativo às pessoas que podiam ser seus titulares (os cidadãos) e às coisas que podiam ser objecto dela (coisas romanas), bem como aos modos da sua transmissão, desaparece

(1) A expressão de actos *ad aemulationem* não é romana, nem se encontra nos textos. Foram os jurisconsultos da Idade-Média, os comentadores, que assim designaram os actos praticados no exercício da propriedade ou de qualquer direito *animo nocendi* e sem utilidade para os seus titulares. Tão pouco se pode achar nos textos romanos qualquer teoria geral a êste respeito baseada sôbre o critério subjectivo da intenção malévola do sujeito do direito. Todavia o que nesse direito já se nota, como o despontar de uma tendência moral e social que invade o campo jurídico, é sem dúvida o conceito de uma *immissio in alienum*, isto é, de um possível exercício do direito de propriedade que se resolve numa limitação do direito de outrém; e, em segundo logar, a regulamentação de um certo número de casos em matéria de águas, em que se declara já inadmissível o exercício do próprio direito sem utilidade para o seu titular e com lesão de apreciáveis interêsses alheios ou quiçá com a intensão de lesar esses interêsses. *Vid.*, por ex., Dig. 47, 10, 44; Dig. 8, 5, 8, §§ 5, 7 e Dig. 39, 3, 1, §§ 11-12. Cfr. Pacchioni, *Corso*, II, pág. 204-206. E além disso, deve notar-se também que o princípio da expropriação por utilidade pública, que se revelava apenas tímidamente no período anterior, desabrocha e se afirma plenamente neste período a partir de Diocleciano. *Vid. Cod.* 8, 11, 9.

por completo neste período, tendendo a fundir-se com os outros tipos e formas de propriedade que se tinham formado, como vimos, no período anterior, tais como a propriedade dos peregrinos, a propriedade pretoriana ou *bonitária* e a posse de bôa fé (1). Esta unificação, preparada através da época post-clássica, só se realiza, porém, no direito de Justiniano. Acessível a todos os habitantes livres do Império, em virtude da generalização da capacidade jurídica, a propriedade tendeu a assumir também uma forma e um tipo únicos. Os meios de defêsa ou acções introduzidas pelos pretores para a propriedade bonitária e posse de bôa fé, a *acção publiciana*, estenderam-se à propriedade do antigo direito civil e as acções exclusivamente próprias desta, se não se extinguiram (*reivindicatio*, *actiones negatoria* e *prohibitoria*), contudo perderam práticamente muito da sua utilidade. (2). Os seus modos de transmissão e aquisição, tão complicados e solenes no antigo direito (*mancipatio*, *in jure cessio*) (3), simplificaram-se também ou deixaram-se influenciar pelas instituïções correspondentes do *jus gentium*.

A simples entrega material ou simbólica das coisas de mão para mão como meio da sua transmissão entre as partes nas relações da vida social (*traditio*) acabou

(1) *Vid. supra*, pág. 181 e seg.

(2) Estas acções eram de direito civil estrito, aplicando-se únicamente à defêsa da propriedade *ex jure quiritium*; e a primeira condição para poderem ser intentadas era a prova a fazer pelo autor do seu direito de propriedade. Como esta prova nem sempre era fácil de fazer, daí a natural tendência para o proprietário de se servir antes dos meios possessórios invocando a aquisição da propriedade pela usucapião e daí também o estender-se ao proprietário de direito civil, no direito justinianeo, a acção publiciana. Veja Dernburg, *Pandekten*, § 228. A acção publiciana no direito justinianeu serve ainda para tutelar o possuïdor de boa fé que adquiriu a coisa *a non domino*. *Vid. Dig.* 16, 2, 1, pr.

(3) *Vid. supra*, pág. 84.

por passar definitivamente da propriedade peregrina para a propriedade civil (1). E ainda êste instituto de tal modo se simplificou e aperfeiçoou pela redução ao mínimo das condições exigidas para a transferência do *corpus* ou elemento material da posse *(traditio longa manu, affectu et oculis, brevi manu, traditio simbolica, constituto possessorio)* (2), que se pode dizer que o princípio da transferência da propriedade pelo simples consentimento das partes *(solo consensu)* veio ainda a achar-se reconhecido, pelo menos virtualmente, na legislação de Justiniano. (3). Idêntica unificação entre os

(1) Originàriamente, a *traditio* só tinha aplicação em direito romano às *res nec mancipi*. Mas caídas progressivamente em desuso a *mancipatio* e a *in jure cessio* e abolida por Justiniano definitivamente a distinção entre *res mancipi* e *nec mancipi*, a tradição ou *traditio* veio a ser na última fase do direito o quási único modo de aquisição derivada da propriedade.

(2) Estas expressões foram criadas pelos comentadores na Idade-Média. Diz-se *longa manu traditio* ou *traditio affectu et oculis, in conspectu, in praesentia* a forma de entrega em que o objecto cuja propriedade se transfere é apenas apresentado ou mostrado a distância ao adquirente como para o colocar à sua disposição. É *brevi manu* a *traditio* quando o adquirente da coisa em propriedade se achava já de posse dela por um outro título, como sucede, por ex., com o locatário que adquire a propriedade da casa que já possuía embora em nome de outrem. No *constituto possessório* dá se o caso inverso; aí o transferente da coisa que a aliena pactua com o adquirente por forma a continuar de posse da coisa por um outro título, constituindo-se possuïdor em nome de outrem. Finalmente, é simbólica a tradição das chaves de um armazem para significar a entrega das coisas aí depositadas. Todos estes casos de *traditio* são afinal aquilo a que também se chama *traditio ficta* ou fictícia. Ora no direito clássico e justinianeu o elemento material da tradição foi-se de tal modo reduzindo ao mínimo e espiritualizando que daí à transferência da propriedade por mútuo consenso a distância foi cada vez menor. E até a necessidade da transferência efectiva da posse foi dispensada em certos casos, como no da transferência a favor das igrejas e obras pias. *Vid. Inst.* II, 1, §§ 40-46.

(3) Veja Riccobono, *Traditio ficta* na *Zeitschrift der Savigny Stiftung* (r. abt.) vol. 33, pág. 303.

anteriores elementos históricos se deu no instituto da usucapião ou aquisição da propriedade pela posse, pela recepção no *jus civile* dos princípios e formas próprias do *jus gentium* (1). Emfim, o direito de propriedade atingiu neste período, como dizemos, uma estrutura inteiramente nova e muito mais ampla, como o resultado de uma síntese de numerosos elementos e factores de variada natureza histórica. E o mesmo se deve dizer acêrca dos restantes direitos reais, a respeito dos quais há apenas que notar aqui que, não só muitos deles foram enriquecidos com novas *actiones in rem utiles*, como a *publiciana in rem actio utilis* concedida em certos casos para a defêsa das servidões e do usufruto constituídos de boa fé, mas ainda que foi só no direito do baixo-império que o direito real de enfitêuse se constituiu definitivamente, em virtude de influências gregas, sob a forma de um direito que quási iguala o de propriedade na extensão e garantias dos poderes do enfitêuta sôbre a coisa (2).

(1) A usucapião *(usucapio)*, sendo uma instituição de direito civil estrito que só podia aplicar-se às coisas romanas e depois aos prédios itálicos como modo de adquirir sôbre êles o *dominium ex jure quiritium*, não funcionava a respeito dos prédios provinciais. Como seu sucedâneo desenvolveu-se, porém, no solo provincial e como instituição paralela a essa a *praescriptio longi temporis*, produzindo aí os mesmos efeitos da *usucapio*. Ora no direito de Justiniano estas duas instituições fundem-se e dão origem à instituição da usucapião ordinária que permite adquirir a propriedade de uma coisa pela posse prolongada dela durante 20, 10 ou 3 anos, desde que essa posse se funde em justo título e bôa fé, origem por sua vez da instituição da prescrição aquisitiva do nosso direito. *Vid. Cod.*, VII, 3, 1.

(2) Dig. 6, 1, 11, 1. A acção publiciana é concedida no direito justinianeu com a função de acção confessória (isto é, de acção destinada a fazer confessar ao proprietário do prédio serviente que existe uma servidão sôbre o seu prédio) ao possuidor de bôa fé do prédio dominante ou ao adquirente da servidão *a non domino* que não completou ainda o tempo para a usucapião.

Quanto à enfitêuse, bastará notar que o enfitêuta tem uma *rei-*

Obrigações Também em matéria de obrigações o direito romano ultima nesta sua derradeira fase a evolução já iniciada anteriormente, como vimos, no sentido de se libertar do formalismo e de comunicar uma maior mobilidade às relações jurídicas desta natureza. No que respeita às obrigações contractuais, desenvolve-se a função e a importância da escritura na realização dos actos jurídicos.

A *stipulatio*, perdido cada vez mais o sentido dos seus requesitos originários, passa a revestir a forma escrita, não tardando assim a perder também a sua primitiva natureza de contrato verbal. (1). Ao lado dos antigos contratos ou formas de contratar literais *(litteris)* do direito romano clássico, como eram as chamadas *transcriptiones (nomina transcripticia)* desenvolvem-se, com efeito, as novas formas de contratos escritos de origem helénica, como os *chirografi* e *singrafae*, isto é, simples declarações de débito escritas e firmadas pelo devedor, ou verdadeiras escrituras contendo o texto de obrigações existentes entre duas ou mais pessoas e por elas assinadas (2).

vindicatio utilis para rehaver o prédio, uma *actio confessoria utilis* para reclamar as servidões em proveito do seu prédio e uma *actio negatoria* para se opôr ao exercício ilegítimo das servidões sôbre o seu prédio, isto é, tem quási todas as acções de proprietário.

(1) Começou-se por se admitir que toda a declaração escrita de terem as partes trocado *inter praesentes* e *uno actu* as preguntas e respostas solenes seria só por si um meio de prova válido até prova em contrário de que a *stipulatio* se tinha realizado com todas as condições e requisitos do contrato verbal. (Cod. 8, 37, 14, 2). Mais tarde Justiniano foi ainda mais longe, dispondo que a *stipulatio* escrita devesse considerar-se sempre válidamente concluída, desde que o devedor não provasse que êle ou a outra parte tinham estado ausentes do lugar do contrato durante todo o dia no qual êle fôra celebrado. Cfr. Dig. 45, 1, 1, pr. e Inst. III, 19, 7. Com isto a *stipulatio* tinha-se tornado um contrato escrito.

(2) Gaio, III, 134: *praeter ea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et singraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat;*

Mas não é só ainda nesta tendência para assimilar os contratos verbais ou a *stipulatio* aos contratos literais que se revela a importância sempre crescente da escritura, durante o baixo-Império, na formação das obrigações contratuais como, de um modo geral, na realização de todos os actos jurídicos (1). A influência dos

ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligatio proprium peregrinorum est. O chirógrafo era um documento similhante às modernas confissões de dívida, emanando daquele contra o qual o escrito justamente poderá vir a ser invocado (*scripsi me accepisse*). *Vid.* exemplo em Girard *Textes*, pág. 847, onde um vendedor atesta por meio de uma *subscriptio* a realidade da venda e a entrega do preço, tendo essa *subscriptio* a estrutura de um *chirographum*. Quanto à *singrafa* ela diferiria do chirógrafo apenas pelo seu aspecto exterior, contendo todo o texto de uma escritura em que as declarações das partes são reproduzidas impessoalmente e apenas assinadas por elas e pelas testemunhas, em poder de uma das quais o documento ficaria depositado. Cfr. Girard, *Man.* pág. 510 e 511. O que todavia eles teem de comum é, sem dúvida, o facto de estas duas espécies de títulos não serem simplesmente probatórios mas obrigatórios por si mesmos, assumindo os contratos celebrados por êste modo o valor de contratos *formais*, isto é, obrigando por fôrça do próprio título e independentemente de uma outra causa. Neste sentido, e apesar desta natureza de contrato *litteris*, formal, atribuída ao *chirografo* e à *singrafa*, ser negada por muitos autores, constitúem em nosso modo de ver um importante argumento alguns textos, como, além do texto já referido de Gaio (*si eo nomine stipulatio non fiat*), o *Cod. Theod.* 2, 4, 6 e o Dig. 22, 1, frags.; 31 e 41. E o mesmo se diga do argumento que se funda na natureza da *exceptio non numeratae pecuniae*, de que será tratado no segundo volume.

(1) *Vid.* Novela 73. E não foi só no simples uso da escritura e dos *instrumenta publice confecta*, perante um tabelião, ou *quasi publice confecta*, na presença de um certo número de testemunhas, que se revelou no baixo-Império esta tendência para a forma escrita na celebração de muitos negócios jurídicos. Foi também no uso da *insinuatio* ou registo das escrituras nas curias municipais (nas *gesta municipalia*), como superior garantia da *veritas scripturae*, que ela se revelou, registo êsse que, embora não obrigatório senão para alguns actos, como as doações, contudo se generalizou a todos os actos jurídicos privados mais importantes. *Vid.* Cornil, *dr. rom.* pág. 498, e exemplos aí citados de insinuação de vendas.

costumes gregos, tendendo a considerar sempre a redacção dum título escrito como condição indispensável para a realização de todo e qualquer acto jurídico, foi neste ponto decisiva. E posto a doutrina romana de origem clássica reagisse constantemente contra esta prática, afirmando a necessidade de distinguir entre o acto e o título e sustentando com vigor que a redacção dêste último serve, não a constituír o primeiro, mas apenas a facilitar e garantir a sua prova (1), contudo a legislação do baixo-Império é que não conseguiu ser mais forte do que esta prática oriental. Sob a pressão desta prática a antiga regra romana do valor puramente probatório dos títulos escritos sofreu numerosas excepções e não pequeno foi o desmentido que ela sofreu quando Justiniano chegou a afirmar o princípio de que, sempre que as partes convencionassem celebrar por escrito os seus contratos, estes não poderiam ser considerados perfeitos e válidos antes da sua redacção definitiva. (2). Ora, quando esta doutrina foi formulada é evidente que o título escrito se tornou muitas vezes uma das condições da própria existência do contrato, tornando-se indispensável fixar as formalidades cuja observância devia tornar definitiva a confecção do acto instrumental (3). E conseqüência disto ainda, foi que êste desenvolvimento do uso dos instrumentos e títulos escritos veio assim restringir consideràvelmente, de facto, e de certo modo, o domínio dos contratos não formais no sentido de independentes de

(1) Ver Dig. 20, 1, 4, 22, 4, 4 e 5; Cod, 4, 21, 1; Cod. 4, 19, 4; Cod. 2, 3, 17; 4, 21, 8, etc., etc. *Vid.* citação dêstes e mais textos afirmando idêntica doutrina em Cornil, *ibid.* pág. 500.

(2) Cod. 4, 21, 17: *contractus venditionum vel permutationum vel donationum... illos tamen quos in scriptis fieri placuit... non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem concribantur, etiam ab ipso compleia et postremo a partibus absoluta sint.* Cfr. *Inst.* III, 23, pr.

(3) Nov. 44, pr. c. 1, pr. e § 3.

uma determinada forma ou *causa civilis* e que ficou reduzido então, pode dizer-se, aos contratos puramente consensuais e *pacta vestita*, concluídos sem escritura (1).

Mas, por outro lado, e apesar desta tendência do direito do baixo-Império no campo da prática jurídica para um novo formalismo na celebração dos contratos, o formalismo, ou melhor, a formalidade da escritura, não é menos certo, porém, que o número dos casos em que o simples consentimento foi julgado suficiente em teoria para constituir uma obrigação, ou por meio de contratos ou de pactos munidos de acção, não deixou também de crescer neste último período. Se, como acima dizemos, se restringiu consideràvelmente na prática o domínio dos contratos não formais, pois ficou reduzido só aos contratos consensuais e aos *pacta vestita*, contudo o número dêstes é que não deixou de se desenvolver, constituíndo-se assim, na ordem dos factos, uma tendência oposta à primeira no sentido de uma libertação do antigo formalismo expresso na regra clássica do *nuda pactio obligationem non parit*. Com efeito, toda a teoria dos chamados contratos inominados, a que já atrás se fez referência e só foi amplamente desenvolvida no direito post-clássico e no justinianeu, e ainda a daqueles contratos que também só nesse direito foram sendo reconhecidos por obra dos pretores e dos imperadores, como o *constitutum debiti proprii vel alieni*, o *pactum dotale*, e o *pactum donationis*, os *pactos pretorios* e os *pactos legítimos*, toda essa teoria — dizemos — serve a demonstrar que a concepção da vontade ou do consentimento sujeito a um mínimo de condições e de formas como

(1) *Vid supra*, pág. 191. E ainda estes mesmos, apesar de não obrigatòriamente sujeitos a fórma escrita, foram de facto, muitas vezes e talvez as mais das vezes, celebrados por escritura, resultando daí, como se vê da const. de Justiniano acima transcrita, que, quando tal fórma era combinada entre as partes, o contrato mesmo consensual não existia jurídicamente antes de redigido o título.

elemento suficiente para fazer nascer uma obrigação, se achava no direito romano do baixo-Império em franco desenvolvimento (1). Ou, por outras palavras: conquanto o direito romano se tenha mantido, em princípio, sempre fiel à regra do *nuda pactio obligationem non parit* e se tenha inclinado neste último período para vêr, praticamente, na forma escrita um elemento constitutivo dos actos jurídicos, contudo não se pode desconhecer, o que também nesse direito se tinha avançado no sentido de

(1) Quanto aos contratos incluídos na rúbrica de *inominados* porque não teem uma designação própria nas fontes e se resolvem de facto nas mais variadas combinações da vida social, permutas, prestações de coisas e de serviços a trôco de outras coisas ou serviços (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*) (*Vid. supra*, pág. 192.), deve notar-se que, não obstante estes contratos serem pelo comum dos autores assimilados ou aproximados antes dos contratos reais ou *re* (tanto estes como os inominados se contraem, com efeito, *re*, isto é, pela entrega de uma coisa, que nos primeiros é feita a título de crédito e nos segundos a título de obter uma contra-prestação), contudo o seu reconhecimento pelo direito, sem necessidade de nenhuma outra formalidade ou *causa civilis*, que complete o valor do *consensus*, deve ser antes atribuído em nosso modo de vêr à preponderância na evolução jurídica da concepção que foi sempre limitando o número de condições e formalidades para que a vontade podesse gerar uma obrigação. Neste sentido eles aproximam-se mais dos contratos consensuais, e como o seu reconhecimento só teve logar gradualmente através da época post-clássica e a sua teoria, expressa na fórmula supra citada, só se constituíu no direito justinianeu, devemos vêr neles um efeito das mesmas causas que durante a mesma época foram aumentando também o número dos pactos *vestita* e dos contratos consensuais.

Quanto a estes últimos, bastará citar, como exemplos de pactos e convenções a respeito dos quais, por obra dos pretores e dos imperadores, se foi sempre alargando no direito romano a esfera de acção eficaz do *consensus* na creação de relações jurídicas, reais e obrigatórias, o *pactum hypothecae*, o *constitutum debiti proprii vel alieni*, o *receptum arbitrii, nautarum et cauponum et argentariorum*, o *pactum dotis* e o *pactum donationis*. A obrigatoriedade dêstes dois últimos foi estabelecida por Teodósio II quanto ao primeiro e por Justiniano, quanto ao segundo. *Vid.* Cod. 5, 11, 6 e Cod. 8, 53 (54), 36 e *Inst.*, II 7, 2.

êle se libertar do antigo formalismo e chegar a afirmar, ao menos virtualmente, o princípio, que só triunfou no direito moderno, da eficácia do consentimento para gerar uma obrigação.

Por outro lado a maior mobilidade também comunicada neste período às obrigações como *res incorporales* veio-lhes sobretudo do desenvolvimento do instituto da cessão que se constitúi pelo menos no direito de Justiniano (1); do reconhecimento, embora sempre limitado, dos contratos a favor de terceiros, mediante o emprêgo de cláusulas penais *(stipulationes poenae)* (2); e, finalmente ainda, pela creação do instituto da compensação legal, também do direito justineaneu (3). De resto,

(1) Veja *supra*, pág. 194 e Cod. 4, 10, 1. Como se viu, foi pela generalização da *actio utilis*, concedida ao *bonorum emptor* no tempo de Antonino Pio, a todos os cessionários de créditos por título particular que a cessão se constituiu no direito justinianeu.

(2) *Vid. supra*, pág. 195. Como se viu atrás, o reconhecimento dos contratos em favor de terceiros só muito indirectamente e mediante o emprêgo de cláusulas penais é que foi admitido no direito clássico. E, de resto, aí não foi nunca reconhecido ao terceiro a favor de quem a prestação era estipulada, qualquer acção para poder pedir do devedor o cumprimento da obrigação a que era estranho. Ora, justamente, neste ponto o direito justinianeu, conquanto se conservasse fiel á mesma doutrina, contudo admitiu expressamente algumas excepções a ela, em que o terceiro ficou tendo acção contra o devedor. *Vid.* Dig. 19, 2, 25, 1 e Cod., 4, 65, 9; Dig. 24, 3, 45 e Cod., 5, 14, 7; Dig. 13, 7, 13, pr. e Cod., 3, 42, 8.

(3) No direito clássico não existia a compensação legal e mesmo até a voluntária estava sujeita a muitas restrições. Até Justiniano a compensação só podia ser oposta pelo devedor ao credor, contra o qual êle tivesse por sua vez um crédito, por meio de uma *exceptio doli*. A compensação só operava pois *ope exceptionis*. Se o credor demandava o devedor por uma certa quantia que êle lhe devia e se esquecia de deduzir no pedido a importância de qualquer crédito que êste por sua vez tivesse contra êle, era repelido por meio de uma excepção, como se o pedido na sua totalidade iôsse doloso. Justiniano estabeleceu, porém, que toda a vez que dois créditos se achassem contrapostos entre duas pessoas simultâneamente

não foi só no campo das obrigações *ex contractu* que se produziram os progressos apresentados pelo direito neste período em matéria de obrigações. É já dêle também, ou, pelo menos, de Justiniano, como já vimos, a doutrina da classificação das fontes das obrigações nos quatro elementos: contratos, quási-contratos, delitos e quási-delitos; e, se ela pouco interesse tem para nós neste momento quanto aos dois últimos termos, convém contudo desde já notar que, quanto às obrigações nascidas *quasi ex contractu*, foi sobretudo no Baixo-Império que se desenvolveu e completou a classificação das *condictiones sine causa*, ou acções destinadas a repetir o indevidamente pago na teoria do não locupletamento à custa alheia (1).

devedoras e credoras uma da outra, sendo ambos os créditos já vencidos, líquidos ou fácilmente liquidáveis, êles seriam imputados um sôbre o outro, anulando-se, se iguais, ou reduzindo-se um deles, se desiguais, e isto *ipso jure* e sem necessidade de a compensação ser invocada pelas partes. *Vid* Cod., 4, 31, 14.

(1) O locupletamento à custa alheia é um locupletamento indevido e sem causa jurídica e legítima, como aquele que por ex. se dá para alguém à custa de outra pessoa, que paga o que não deve porque pagou por engano, e deve portanto, segundo os preceitos da equidade, poder repetir o que houver pago. Ora quando tal caso se dá, do facto do locupletamento indevido nasce uma obrigação para a pessoa que dêle beneficiou de restituir, obrigação essa que os romanos diziam nascer *quasi ex contractu. Idem is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur (Inst.* III, 27, 6). E a acção por meio da qual a parte lesada podia pedir a restituição do indevidamente pago era, no período do direito quiritário e das *legis ationes*, a *legis actio per condictionem*. Depois no período do processo formulário, as acções para êsse fim foram a *condictio certae pecuniae* e a *condictio triticaria*, que se aplicávam a obter a restituição de quantia certa ou de coisa certa, sendo só já no Império que se introduziu mais tarde (princípios do II século) uma outra acção análoga para obter a restituição de coisas ou valor incerto. Esta foi a *condictio incerti*. Só mais tarde ainda, no tempo de Justiniano, é que, porêm, as diferentes *condictiones* fundadas num injusto locupletamento foram definitivamente classificadas, tornando-se como

Direito sucessório As últimas transformações importantes do direito romano em matéria de sucessão dão-se sobretudo no campo da sucessão legítima e legitimária. Desaparecido definitivamente o elemento político da sucessão hereditária, esta torna-se exclusivamente patrimonial (1), mas não sem que ficassem todavia na última configuração dêste instituto numerosos vestígios e sobrevivências da sua antiga estrutura, tais como o título de herdeiro, a sucessão do herdeiro *in omne jus defuncti*, a possibilidade de uma herança passiva e o princípio da incompatibilidade da sucessão testamentária com a legítima *(nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest)* a respeito da

critério as diferentes causas possíveis dêsse locupletamento. E assim distinguiram-se: a *condictio indebiti*, a favor da pessoa que pagou, julgando-se erradamente devedor; a *condictio ob causam datorum*, a favor da pessoa que, tendo satisfeito uma prestação na espectativa de outra (contratos inominados) mas não se tendo verificado esta, tem direito a pedir a restituição do que prestou; a *condictio ob turpem causam*, a favor da pessoa que efectuou uma prestação a fim de que a outra parte praticasse uma acção delituosa; a *condictio ob injustam causam*, a favor da pessoa que satisfez uma prestação originada numa causa não reconhecida pelo direito, como o pagamento de uma dívida de jôgo ilícito; e, finalmente, a *condictio sine causa* a favor de uma pessoa pela qual é feita qualquer prestação que constitui uma vantagem ilegítima a favor de outrém mas sem que tenha logar nenhum dos casos anteriores. Ora toda esta teoria cujos elementos se acham já no direito clássico, pode dizer-se que foi só no direito justinianeu que se fixou e completou difinitivamente, representando de um modo indiscutível um grande progresso na teoria das obrigações pela penetração que traduz dos princípios da equidade e do direito natural na fria lógica do espírito jurídico.

(1) Veja *supra*, pág. 91 e 197. A função estritamente patrimonial da *hereditas* neste período resulta claramente da definição de *pecunia* do jurisconsulto Hermogeniano no *Epitome juris*, conservada no Digesto: *pecuniae nomine non solum numerata pecunia sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam jura continentur.* (Dig. 50, 16, 222). Ora já Cícero nos *Topica* (6, 29) dizia que a *hereditas est pecunia quae morte alicujus ad quempiam pervenit.*

sucessão nos bens de uma mesma pessoa, etc. (1). Quanto à sucessão legítima *ab intestato*, foi, porém, só no fim dêste período que ela foi definitivamente regulada no direito romano. Durante todo o Baixo-Império e ainda na compilação justinianea tinham vigorado, um ao lado do outro, os dois sistemas sucessórios do direito civil *(a hereditas)* e do direito pretoriano *(a bonorum possessio)*. Justiniano pôs termo a êste dualismo, introduzindo também aqui a unidade com a sua célebre Novela 118, de 543, completada alguns anos mais tarde (548) com a Novela 127. Por estas constituições foi definitivamente abolido o sistema sucessório anterior e em seu logar criado um sistema mais simples e exclusivamente fundado na noção do parentesco por cognação (2). Os herdeiros legítimos, chamados à herança na falta de testamento, foram divididos em quatro classes ou grupos. A primeira classe foi constituída pelos descendentes do *de cujus*, chamados à herança em primeiro logar e na vez dos antigos *sui heredes* e dos *liberi* do direito civil e pretório, sem distinção entre varões e fêmeas. Os descendentes das mulheres eram chamados à sucessão destas quer fôssem legítimos,

(1) Quanto à concepção da sussessão universal nos textos justinianeus, como a de uma *successio in omne* ou *in universum jus defuncti*, vendo-se na *hereditas* uma *universitas* compreendendo tanto o activo como o passivo da herança, vêr Bonfante, *Istitut.*, pág. 510-516 e *Diritto rom.*, pág., 433 a 438. Os jurisconsultos de Justiniano não fizeram mais do que procurar muitas vezes fórmulas e representações novas para explicar detalhes e particularidades do direito sucessório clássico que eram uma conseqüência da antiga função e natureza política da *hereditas* sem terem aliás o sentimento e a intuição dessas origens. Eles teriam tratado de disciplinar os efeitos meramente patrimoniais da sucessão hereditária com conceitos herdados dos antigos e por êles adaptados a essa nova função mas que eram originàriamente uma simples expressão do que na herança havia de político e de extra-patrimonial.

(2) *Vid.* Nov. 118, *praefatio.*

quer ilegítimos; os dos homens, porém, só eram chamados, sendo legítimos ou adoptados, proïbindo-se toda a investigação de paternidade (1). Em segundo logar, vinham depois no seu direito à herança, constituíndo a segunda classe de herdeiros, os ascendentes sem distinção de linhas e, simultâneamente com eles, os irmãos germanos do *de cujus* e os descendentes dêstes (2). Em terceiro logar, os restantes irmãos, filhos ou só do mesmo pai ou só da mesma mãe que o defunto (irmãos consanguíneos e uterinos) (3). Finalmente ainda, em quarto logar, eram chamados à herança os restantes colaterais (4). Entre estes herdeiros a partilha da herança

(1) Mesma Nov. cap. I: *si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur cujuslibet natura aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur*, etc. etc.

(2) Mesma Nov. cap. II: *si igitur defunctus descendentes quidem non derelinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognati hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur*, etc. Os irmãos germanos concorrem com os pais à sucessão do defunto e não só os irmãos germanos (filhos do mesmo pai e da mesma mãe) mas até os seus filhos, sobrinhos do *de cujus*. A Nov. não é suficientemente clara quando regula a sucessão entre todos estes parentes no caso de concorrerem. Contudo, no caso de concorrerem só pais e irmãos do defunto, a partilha fazia-se igualmente por cabeças.

(3) *ibid.* c. III: *si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primum ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem soluni seu per matrem*, etc.

(4) *ibid.* c. IV: *si vero neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscujusque gradus praerogativam ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponatur.* Deve contudo notar-se que, além destas sucessões legítimas, Justiniano admitiu ainda em outras Novelas alguns outros casos de sucessão irregular que se podiam dar na falta dos herdeiros legítimos referidos ou até em concorrência com êles. É,

devia ser feita ou por estirpes ou por cabeças, segundo eles eram descendentes ou outros parentes do *de cujus*; e em todos os casos era admitida a devolução, da herança de modo que, dentro de cada classe, na falta de parentes do primeiro gráo, era chamado o do gráo imediato antes de a sucessão passar aos herdeiros da segunda classe ou grupo. Êste sistema era, pois, o reconhecimento definitivo da família natural e cognatícia no campo do direito sucessório e pode dizer-se que é ainda êle que constitúi hoje a base do direito moderno em matéria de sucessão legítima.

Quanto à sucessão necessária, forçada ou legitimária, instituto inspirado, no direito romano, também na idea do parentesco natural e na da afeição familiar *(officium pietatis)* que êle presupõe (1), há apenas aqui

por ex., o caso da viúva. A viúva pobre *(inops)* e sem dote obteve pela Nov. 117 um direito de sucessão sôbre a fortuna do marido, ainda quando existam outros herdeiros legais. Se havia três herdeiros, recebia uma quarta parte da herança; se havia maior número, recebia uma *quota virili* igual à dos outros. Se os outros herdeiros eram seus filhos, porém, essa quota só lhe podia caber em usufruto; e, em qualquer hipótese, ela nunca poderia receber mais do que cem libras de ouro. *Vid.* Nov. 117, cap. V. Era êste caso de sucessão o mais importante vestígio no direito de Justiniano do sistema pretório das *bonorum possessiones* e, determinadamente, da *bon. poss unde vir et uxor*. Outro caso de sucessão irregular era o da sucessão dos filhos naturais e das concubinas nos bens dos pais e amantes. Se o pai deixa filhos legítimos por sua morte, os filhos naturais e a concubina não sucedem, ficando apenas com direito a alimentos segundo as fôrças da herança. Se, porém, o pai não deixa filhos legítimos, os filhos naturais e a concubina concorrem à herança com quaisquer outros herdeiros legítimos e teem direito a uma sexta parte da herança que partilham entre si igualmente. *Vid.* Nov. 89, c. 12, §§ 4 e 6. Finalmente, na falta de herdeiros legítimos e de cônjuge, a sucessão era deferida ou à cúria municipal, se o *de cujus* era decurião; ou à legião, se era legionário; ou à igreja, se era clérigo; ou, em último logar, ao fisco. Cod. 10, 10, 4.

(1) E' por êste seu fundamento moral, social e jurídico que o instituto romano da legítima se distingue do instituto germânico corres-

a notar que êste outro aspecto do direito sucessório também só foi definitivamente regulado no direito de Justiniano com as duas importantes novelas, 18 e 115. Os herdeiros legitimários foram os descendentes, os ascendentes e os irmãos germanos ou consanguíneos, estes últimos, porém, só em certos casos (1). E ainda, finalmente, importa salientar que a quota legitimária ou

pondente da *reserva hereditária*, com o qual, de resto se fundiu, no direito moderno. A legítima romana é uma instituição tardia e que só aparece com o Império, como uma limitação à liberdade de testar no interêsse dos mais próximos parentes, para lhes assegurar uma relativa participação no património familiar. Funda-se na *pietas*, no *officium pietatis* que é um produto da nova consciência social e da evolução da família das suas formas políticas e agnatícias para a forma cognatícia e natural da sociedade doméstica na última fase histórica do direito romano. A reserva ou legítima germânica é um produto das ideas da compropriedade familiar primitiva, exclusivas da liberdade de testar e do testamento. É' um compromisso entre a compropriedade familiar e o testamento, depois que êste fez o seu aparecimento no direito germânico. Mas aqui foi o testamento e a liberdade de testar que vieram tardiamente negar e limitar a compropriedade familiar, facto primitivo, ao passo que no direito romano foi a legítima que veio negar e limitar o testamento e a liberdade de testar. E por isso a reserva hereditária é antes, como diz Bonfante, um resíduo de uma organização social e de ideas próprias de uma época primitiva. *Vid.* Bonfante, *Istituzioni*, pág. 594.

(1) A lista dos herdeiros forçados ou legitimários, compreendendo os descendentes, os ascendentes e os irmãos consanguíneos do *de cujus*, no caso de estes serem preteridos em favor de uma *persona turpis*, pode dizer-se que já estava fixada antes do direito justinianeu. *Vid. supra*, pág. 203, nota). Assim é que a Nov. 115 que com a Nov. 18 regulou esta matéria no direito de Justiniano, prescrevendo que os herdeiros legitimários devessem ser necessáriamente instituídos no testamento, só se refere aos descendentes e ascendentes, só admitindo a deserdação dêles em casos graves e nela fixados. Quanto aos irmãos e irmãs germanos e consanguíneos, nenhuma inovação aí se consignou, por forma que se deve entender ter continuado a vigorar o direito que já vigorava. A respeito, porém, da quota legitimária, determinou a Nov. 18 que esta fôsse diferente consoante o número dos filhos.

debita portio só então é que foi definitivamente fixada, sendo computada num terço da herança, para o caso de o número dos herdeiros não ir além de quatro, ou na metade, caso fôsse maior (1).

O processo A única forma de processo admitida na última fase do direito romano foi a do processo chamado *extraordinário* ou *extra-ordinem*, em que os pleitos eram objecto de uma *extraordinaria cognitio* (2). O desenvolvimento, chegado ao último grão, da autori-

(1) *Vid.* Nov. 18, cap. 1: *si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quattuor, non triuncium eis relinqui solum sed tertium propriae substantiae, hoc est uncias quattuor et hanc esse defalcatam mesuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quattuor habuerit filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem...* etc. Esta *portio debita* ou legítima devia porém ser-lhes deixada, segundo a Nov. 115, mediante instituição de herdeiro e sem qualquer cláusula de condição, termo ou modo. Para calcular a legítima, eram tidos em cônta todos os herdeiros chamados a suceder *ab intestato* ao defunto, embora podessem não ser legitimários, e considerava-se o património no seu estado no momento da morte dele, sendo imputados sôbre a legítima todas as antecipações feitas pelo testador em vida aos seus herdeiros e as doações feitas com a condição de entrarem na legítima. *Vid.* Cod. 3, 28, 35; *Just.* II, 18, 6 e Dig., 5, 2, 25, pr.

(2) *Extra ordinem* quere dizer fora da *ordo judiciorum privatorum*. *Cognitio extraordinaria* queria dizer o mesmo, isto é, conhecimento de uma questão fora dos trâmites e da ordem dos *judicia ordinaria*. O processo e os termos dêstes *judicia* não se aplicavam quando os magistrados e funcionários, em vez de se servirem da sua jurisdição civil, se serviam de uma espécie de jurisdição administrativa ou de polícia para resolverem certas questões sumárias. Ora em Roma e na Itália esta jurisdição com intervenção de formas administrativas começou a dar-se desde os começos do Império, até mesmo para a solução de um certo número de contestações privadas; e, quando se verificou serem bons os resultados obtidos, essa nova jurisdição e êsse novo processo não fizeram mais do que generalizar-se e desenvolver-se à custa da jurisdição e do processo ordinários. *Vid.* Girard, *Man.*, pág. 1084 e seg.

dade do imperador e do poder público nele personificado tornava, com efeito, necessária lógicamente uma nova forma de processo em que o magistrado e o juiz fôssem uma só e a mesma entidade, exercendo a administração da justiça como uma função do Estado ao lado das outras. E assim, a divisão do processo nas duas fases, *in jure* e *in judicio*, que tinha caracterizado, como se viu, as antigas formas históricas do processo romano das *legis actiones* e do processo formulário, desaparece nesta nova e última forma da *extraordinaria cognitio*. Todo o procedimento se concentra agora nas mãos do magistrado-juiz ou juiz-magistrado que passa a ser também um órgão do Estado com competência técnica. A instituïção dos antigos juízes populares, *ordo judiciorum privatorum*, simples cidadãos, árbitros ou jurados, perde a sua razão de ser com a ruína completa das liberdades públicas; e êste novo sistema que começou a vigorar, a princípio, só para certas causas cujo objecto, mais social e administrativo do que jurídico, fugia à competência das instâncias civis (1) estende-se depois progressivamente a todos os pleitos; e, porque era o que estava mais em harmonia com a lógica das novas ideas e transformações políticas e sociais da nova monarquia absoluta, tornou-se por fim o único existente e reconhecido pelo Estado (2).

(1) Tais como questões relativas a fideicomissos, alimentos, honorários de médicos e advogados, questões relativas ao estado e e condição das pessoas, etc. *Vid.* Dig., 50, 13, 5, pr. e 35, 1, 92; Gaio II, 278 e Tacito, *Ann.*, 12, 51.

(2) *Vid. Inst.* IV, 15, 8: *nam quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse reddi interdictum...* Cfr. Dig. 3, 5, 46, 1.

CAPÍTULO IV

O direito romano depois de Justiniano até aos nossos dias

Depois da morte de Justiniano (565) o direito romano segue na sua evolução histórica dois caminhos diametralmente opostos, consoante consideremos os seus destinos no Oriente ou no Ocidente.

A partir dos fins do século VI as duas partes em que se dividira o Império separam-se, como se sabe, cada vez mais uma da outra, tanto sob o ponto de vista político como jurídico. Politicamente, perde-se o resultado das conquistas de Narsés na Itália e esta, expulsos os bizantinos, volta ao poder dos bárbaros com a invasão dos lombardos de Alboino, em 567. Jurídicamente, a separação é ainda mais acentuada, porque, enquanto que no Oriente continúa a vigorar o direito contida na compilação justinianea, no Ocidente foram as leis bárbaras e romana-bárbaras que ficaram prevalecendo, tendo por fundamento o direito anterior a Justiniano, representado sobretudo pelo Código de Teodósio II. E assim, ao passo que no Oriente a evolução jurídica continúa tendo por base o *Corpus Juris* de Justiniano, que foi sendo aí sucessivamente simplificado e substituído por outras compilações aná-

logas feitas em língua grega (1), no Ocidente êsse direito, passado o momento de uma efémera vigência que tivera na Itália no tempo do grande imperador (2), quási que cái num total esquecimento e se vai obliterando pouco a pouco, suplantado pelo direito romano menos puro das *leges barbarorum* (1).

(1) A legislação de Justiniano continuou a vigorar oficialmente no Império do Oriente até à sua queda em 1453. Contudo, na realidade, essa legislação não deixou de sofrer também até então importantes transformações. Com efeito, ainda em vida do grande imperador, mas sobretudo depois da sua morte, as diferentes partes do *Corpus* começaram logo a ser traduzidas, parafraseadas e comentadas sob pretexto de facilitar na prática o uso dêsse direito e não obstante a proïbição de comentários às suas compilações que êle próprio tinha decretado. Assim, a literatura jurídica que no Oriente teve como ponto de partida a compilação justinianea não tardou em se tornar abundante e de concorrer para a sua constante transformação até ao século XV. De entre os monumentos e textos jurídicos orientais que podem interessar ainda ao estudo do direito romano propriamente dito, devem, porém destacar-se os seguintes: a *paráfrase grega das Institutas* geralmente atribuída ao colaborador de Justiniano, Teófilo, e que parece ter sido composta ainda no tempo do Imperador. Ao lado de uma parte inteiramente inútil para nós, tem o grande mérito de nos dar muitas informações preciosas sôbre o direito anterior a Justiniano. (Há uma edição de Ferrini, de 1897); a grande compilação grega em sessenta livros de toda a parte do direito justinianeu que ainda vigorava no Oriente no século IX e que tem o nome de *Basílicas*. Aí se encontram tecidos num texto único todas as passagens simétricas do Digesto, Institutas, Código e Novelas que ainda vigoravam nesse século e no tempo em que reinava o seu compilador, o imperador do Oriente, Lião o Filósofo (888-911). (Há uma edição de Heimbach, de 1897); e, finalmente, a chamada *Glosa das Institutas de Turim* que é uma colecção de scólios latinos ou de notas sôbre as Institutas, escritas ainda no tempo de Justiniano por um autor que teve à sua disposição fontes que se perderam para nós, e se acham redigidas na margem de um manuscrito das Institutas que está em Turim.

(2) O Império do Oriente pôde reconquistar a Itália aos ostrogodos em 554 com as vitórias de Belisário e de Narsés. E durante êsse domínio até 567, data em que ela foi ocupada pelos lombardos, foi o direito justinianeu recebido também na Itália, onde veio substituir o *Edito de Teodorico*, pela célebre pragmática sanção *pro petitione Virgilii*. Depois de 567, porém, só vigorou nas cidades que conservaram uma certa independência, como Roma e Ravena.

O direito romano até ao século XII

Contudo e apesar dêste facto indubitável, o direito romano, não só o ante-justinianeu como até o justinianeu, está hoje provado que não deixou nunca de ser no Ocidente mais ou menos conhecido e até cultivado durante toda a Idade-Média (2). É certo que durante muito tempo se pensou que o direito e a legislação de Justiniano não foram conhecidos na Europa ocidental durante a Idade-Média até pelo menos ao século XII. Segundo esta opinião, foi só então que o imperador Lotário II teria, por conselho de Irnério, ordenado de novo o estudo e a aplicação nos tribunais do direito romano, sepultado até aí num total esquecimento (3). Mas esta opinião está

(1) *Vid. supra*, pág. 236.

(2) Quanto ao direito ante-justinianeu, nenhuma dúvida de que êle continuou a ser conhecido no Ocidente, ainda nos países em que tardou mais a produzir-se a introdução do direito de Justiniano, como na França e em Espanha, através da *Lex Rom. Wisigoth.* A compilação de Alarico foi conhecida em todo o império franco e o seu texto foi até em alguns pontos completado com o auxílio das fontes de que a *Lex. Rom.* só dava, como vimos, alguns extractos. Há vestígios do uso dessas fontes em certos escritos medievais, como, por ex., nas compilações de direito canónico. Cfr. Krüger, *Fuentes*, pág. 342.

(3) O restauro do estudo do direito justinianeu liga-se, segundo essa opinião, à descoberta casual feita no tempo do imperador germânico Lotário II, em Amalfi (1137) do célebre manuscrito florentino do Digesto ou *littera Pisana*. O manuscrito teria sido dado aos pisanos, aliados do Imperador, na conquista de Amalfi e daí passaria mais tarde para Florença, onde ainda hoje está. Esta versão foi sobretudo popularizada e acreditada no século XVII pelo jurisconsulto inglês Duck, *De usu et auctoritate juris civilis romanorum* (Lips. 1668). Cfr. Fitting, *Les commencements de l'école de droit de Bologne*, (1888), trad. de Leseur (1888), pág. 1.

hoje definitivamente abandonada, depois dos estudos feitos sôbre a história do direito romano na Idade Média por Savigny e continuados depois sobretudo por Stintzinz, Ficker, Fitting e Schupfer (1).

Ora a verdade é que o direito romano, ainda mesmo no que respeita ao Ocidente, não deixou de ser constantemente observado e cultivado durante os séculos que vão de Justiniano até ao século XII, tanto no seu aspecto prático como scientífico (2); e se é certo, quanto ao seu aspecto didático, não sabermos até que ponto e com que desenvolvimento é que êsse direito foi cultivado, nem que influência o seu estudo veio a exercer na obra dos glosadores, o que sabemos contudo é que, ainda antes de Bolonha, existiram, não só na Itália como na França, importantes escolas e centros de cultura jurídica superior, como foram por ex., as de Roma,

(1) As obras fundamentais dêstes historiadores do direito sôbre esta matéria são: Savigny, *Geschichtte des röm. Rechts im Mittelalter*, Heidelberg 1815-1831 (há uma trad. francesa de Guenoux, de 1839, e uma italiana de Bollati, de 1854); Stintzing, *Geschichte der populären Litteratur des röm. — kanon. Rechts in Deutschland* (1867); Fitting, obra citada, e *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfang des Mittelalters* (1875); Ficker, *Forschungen zur Italiens Rechtsgeschichte* (1878) e Schupfer, *Storia del diritto italiano* (1895). Contudo, contra a opinião hoje dominante da continuidade dos estudos romanísticos na Idade-Média, vêr ainda, Max Conrat *Geschichte der Quellen und Litteratur des r. Rechts im früh. Mittelalter* (1891) e Flach, *Études critiques sur l'histoire du dr. rom. au M. Age* (1890). Para uma bibliografia mais completa *vid.* também Clemente de Diego, *Introdución al estudio de las instituciones del derecho romano*, 1900, pág. 189 e 190.

(2) Provam-no sobretudo as notícias que nos são dadas sôbre a natureza dos estudos e da cultura das personalidades mais notáveis do tempo pelos cronistas e biógrafos e a própria literatura jurídica da época. *Vide* exemplos destas notícias, tirados das obras de S. Gregório de Tours (538-594), da *Vida de S. Desidério*, da *Biografia de S. Bento* (século VII), das cartas do abade de Malmesbusy ao bispo de Winchester (séc. VII e VIII), da *Biografia de S. Bruno*, etc., etc., em C. Diego, *obr. cit.* pág. 193. Quanto aos trabalhos e documentos da literatura jurídica anteriores ao século IX, bastará citar a já referida glosa de Turim, do século X, os *Summaria Capitum* do *Epitome de Juliano* (suplemento à colecção de Novelas organizada por Juliano), a *Summa perusina* (resumo do código de Justiniano contido num manuscrito conservado em Perugia e que se supõe ser do século VII); e, finalmente, citaremos ainda como obras mais importantes já do século XI ou fins do anterior: as *Quaestiones de juris subtilitatibus*, a *Summa codicis*, o *Brachylogus juris civilis* e as *Petri exceptiones legum romanorum*, todas possuindo já um intúito doutrinal e constituindo tratados gerais ou especiais de direito romano. Podem vêr-se Diego, *obr. cit.* pág. 204 a 219 e Krüger, *Fuentes*, pág. 343.

Ravena, Paris, Leão e Orleans (1). E ainda, além disso, sabemos que o direito romano foi também ensinado elementarmente durante toda a Idade Média nas chamadas escolas de artes liberais, como um complemento dos estudos de retórica (2).

(1) A existência da escola de Roma é atestada com toda a segurança até aos fins do século VI, pois a ela se referem um edito de Atalarico e duas constituições de Justiniano; a sua subsistência nos séculos imediatos é porém duvidosa, posto que a protecção que os pontífices dispensaram ao direito romano e a necessidade que tinham do seu estudo a tornem muito verosímil. A escola de direito de Ravena tem a sua existência na Idade Média atestada por referências e documentos insofismáveis, tais como, por ex., uma referência do glosador Odofredo e um papiro publicado por Marini em que se fala do *primicerius schotae forensium civitatis ravennatis*. Quanto às escolas de direito de França, como as de Paris, Leão, Orléans e outras ainda, como quere Fitting, em Toul, Bec e Reims, a sua existência é mais duvidosa, sobretudo no que toca à questão de saber se seriam essas escolas escolas superiores ou especiais de cultura jurídica ou, pelo contrário, escolas de artes liberais em que o direito seria também ensinado mas com carácter acessório e subordinado. Contudo, veja Fitting, *Les commencements de l'école de droit de Bologne*, pág. 43 e seg. e Diego, *obr. cit.*, pág. 197 e seg.

(2) As escolas de artes liberais correspondiam à instrução secundária no nosso tempo e funcionavam geralmente junto e sob a protecção dos mosteiros e da Igreja. As artes que se ensinavam nelas eram a gramática, a dialética e a retórica que formavam o *trivium* e a aritmética, a geometria, a astronomia e a música que formavam o *quatrivium*. Ora, juntamente com as disciplinas do *trivium*, era estudado o direito a propósito do *genus judiciale* no ensino da retórica, como já sucedia no tempo dos romanos. Era pois como

A escola dos glosadores

É, porém, com a chamada escola dos glosadores ou de Bolonha que os estudos do direito romano voltaram a atingir na Europa ocidental um florescimento notável.

Numerosas circunstâncias e causas de ordem económica, política e histórica concorreram então para êste despertar dos estudos romanísticos. O extraordinário desenvolvimento das cidades italianas do norte, depois do movimento comunal do século XI, e os rápidos progressos do comércio e da prosperidade económica numa época já de maior tranquilidade política, como foi a da segunda metade dêsse século para a Itália; além disso, o próprio facto da restauração do Império romano sob a égide dos imperadores alemães, em 926, e o interêsse político dêstes encontrando no direito romano um precioso auxiliar para o seu despotismo; finalmente, a influência da Igreja recomendando então pela bôca dos seus papas a observância e o estudo do direito romano (1) são algumas dessas causas. E quanto às cidades italianas, note-se ainda que, se o desenvolvimento da sua actividade comercial tornava necessário um direito mais adequado para reger as novas e mais complexas relações jurídicas que êsse desenvolvimento determinava, também o novo regime municipal que nelas se desenvolvia como conseqüência da sua emancipação constituía um importante incentivo no sentido da aceitação de muitas ideas romanas e com elas do direito romano.

meio de exercer a retórica e a dialética e como ginástica oratória que o direito — e certamente o romano, por ser o mais perfeito, lógico e metódico e aquele por que a Igreja se interessava — era aí ensinado, embora sem dúvida elementarmente. Sôbre os muitos documentos que nos falam desta organização do estudo nas escolas de artes, *vid.* mais uma vez Fitting, *obr. cit.* pág. 17 a 26.

(1) O pontífice Leão IV recomendava a observância das leis romanas ao imperador Lotário (887), como sendo elas o único valor que tinha escapado até aí á borrasca universal, permanecendo sempre em vigor, e sabemos que S. Bernardo se queixava de que o direito romano vigorava até e era aplicado com bastante freqüência no palácio pontifício. *Veja* Diego, pág. 198.

De entre todas as numerosas escolas de direito que então se fundaram na Itália foi, porém, a de Bolonha a que mais cedo obteve maior celebridade. A feliz situação geográfica desta cidade, o seu clima, a protecção dos poderosos, e, mais que tudo, o próprio valor intrínseco dos processos de ensino dos seus mestres em breve lhe valeram o ser considerada, nos séculos XII e XIII, o principal centro intelectual jurídico e político da Itália. As prelecções dos seus doutores em breve adquiriram na Europa uma reputação universal e a elas acorreram estudantes de todos os países, ávidos de conhecerem a nova sciência bebida directamente no estudo e conhecimento dos textos justinianeus (1).

(1) Sôbre a difusão nas diferentes nações da Europa do direito justinianeu restaurado e reelaborado pelos glosadores no século XII, bastará notar que ela não tardou a produzir-se logo nesse século. Ainda no século XII, em 1180, o glosador Placentino fundou em Montpellier uma escola de direito que concorreu para propagar no Sul da França o conhecimento do direito de Justiniano. Em 1144, também já um outro glosador, Vacarius, tinha transportado para Inglaterra os manuscritos das compilações justinianeas, ensinando êsse direito na Universidade de Oxford. E no século seguinte tinha o seu estudo adquirido um tal desenvolvimento que o papa Honório III chegou a proibir, em 1220, que êle fôsse ensinado na Universidade de Paris a fim de salvar e garantir no Ocidente a preponderância do direito canónico. Contudo esta proibição não pôde impedir a difusão do direito justinianeu que nesse século se tornou o direito vigente na parte meridional da França (*pays de droit écrit*), em oposição às províncias do Norte (*pays coutumiers*), onde continuou a prevalecer o direito germânico. Quanto à Espanha, é indiscutível que, pôsto se encontrem já vestígios de influências justinianeas no século XI, até mesmo no campo da legislação, (nomeadamente, nos *Usatici Barchinonae* ou costumes de Barcelona, influenciados pelas *Petri Exceptiones leg. romanorum*), é também nos séculos XII e XIII que o direito romano de Justiniano se difunde largamente na cultura e na prática jurídicas. Nomes de jurisconsultos notáveis, estudantes ou professores em Bolonha, e numerosas obras

Os seus jurisconsultos, dos quais o mais notável foi Irnério (1055-1130?), (1) comentavam os textos romanos escrevendo à margem dêles e a propósito de cada uma das suas leis ou fragmentos pequenas notas ou glosas (*glossae*) em que se fazia a sua exegése e se

jurídicas inspiradas naquele direito, assim como textos justinianeus, originais ou traduzidos, atestam na Península no século XIII o desenvolvimento dos estudos romanísticos da nova escola. No domínio da legislação, por ex., o *Fuero Real*, as *Siete Partidas* e as *Flores de las leyes*, do tempo de Afonso X de Castela, atestam também o que fica dito. Finalmente, quanto a Portugal, o conhecimento e a aplicação do direito justinianeu que se deve presumir legitimamente, embora se não possa provar, terem já existido no século XII, é porém indubitável que existiram e se difundiram no seguinte, só tendo porém triunfado definitivamente na legislação no século XV com a nossa primeira compilação oficial de leis gerais (*Ordenações Afonsinas*, de 1446). Nos séculos XIII e XIV atestam, porém, a influência do direito romano justinianeu em Portugal algumas leis gerais dos primeiros reis (posto seja duvidoso se o fundo romano da sua doutrina seja extraído das leis de Justiniano, se das do código teodosiano), o texto da versão portuguesa das *Flores de las leyes*, a bula de Nicolau IV, de 1290, confirmando a fundação da Universidade por D. Dinis e mandando ensinar nela o direito canónico e o romano e a tradução portuguesa das *Siete Partidas*, da primeira metade do século XIV. Ver sôbre a propagação do direito justinianeu as seguintes obras gerais, Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 18 e seg., Altamira, *Cuestiones de historia del derecho*, pág. 125-127, sr. Gama Barros, *História da administração pública em Portugal*, I, pág. 59 e seg. e sr. Fortunato de Almeida, *Hist. de Portugal*, I, pág. 320; e ainda, para a Europa em geral, Vinogradoff, *Il diritto romano ne l'Europa medioevale*, 1914.

(1) Entre os jurisconsultos de Bolonha há que mencionar, além de Irnério, Pepo, anterior ainda a Irnério, que, segundo o testemunho de Odofredo (outro glosador do século XIII, in *Dig. vetus.*, *I, jus civile, 6, de inst. et jure.*, segundo Savigny, III, § 158, II) foi o primeiro a dar lições de direito em Bolonha, embora sem alcançar grande reputação. Quanto a Irnério, Warnerius, Guarnerius ou Garnerius (o seu nome é repropuzido com todas estas formas), diz dêle o mesmo Odofredo (*loc. cit.*) que: *fuit maximi nominis et primus illuminator scientiae nostrae et, quia primus fuit qui fecit glossas in libris nostris,*

explicavam as suas passagens mais difíceis. Daqui lhes veio o nome de glosadores (1). Mas não era só na glosa que se desenvolvia a actividade pedagógica dos doutores de Bolonha. Depois da interpretação do texto seguia-se a figuração de hipóteses e casos concretos relativos à doutrina exposta na glosa (*casus*, *quaestiones*) como meio de fazer a sua aplicação prática. Os estudantes deviam resolver êstes casos servindo-se para isso, não só dos resultados da exegèse, mas também de um certo número de regras gerais (*generalia*, *notabilia*, *brocarda*) que o professor lhes ensinava a extraír dos textos, segundo as regras da lógica, e depois de feita por êle a leitura e a exposição sumária e resu-

vocamus eum lucernam juris. A verdade é, porém, que apesar da sua enorme celebridade, não temos senão escassas notícias ácêrca da sua vida e dos seus trabalhos, não sendo possível determinar qual fôsse a parte original que teve no florescimento da escola de Bolonha. Sabe-se apenas com segurança que foi além de professor *in legibus, magister* também *in artibus*, que praticou e ensinou o direito, e que escreveu muitas glosas e pelo menos uma parte das *auténticas*. A seguir a Irnério, aparecem os nomes de *Martinus*, *Bulgarus*, *Jacobus* e *Hugo*, os chamados quatro doutores, todos discípulos de Irnério (*Vid.* Mon. Germ. hist., vol. *scriptores*, tomo 18, pág. 607), e muitos outros (*et conplurimorum aliorum*), dos primeiros dos quais, segundo a tradição ensina, o próprio Irnério dizia: *Bulgarus os aurum, Martinus copia legum, mens legum est Hugo, Jacopus id quod ego*. Finalmente, outros bolonhêses glosadores, dos séculos XII e XIII, foram ainda: Martinus Gossia, Rogério, Alberico, Placentino, Azo, Odofredo, etc. etc. e por último Acúrsio, de quem adiante se trata. *Vid.* Savigny *Geschichte des röm. R. im Mitt.*, vol. III e IV; Fitting, *obr. cit.* pág. 80 e seg. e Diego, *obr. cit.* pág. 230 e seg.

(1) Este sistema de expôr o direito pelo método da glosa está hoje provado não ser novo nem original na escola dos glosadores de Bolonha, apesar de assim o afirmar o glosador Odofredo. A verdade é que já durante toda a Idade-Média, anteriormente ao século XII, êsse método era empregado para resumir e formular a substância dos textos legais. Assim, anteriores a Bolonha são as glosas de Pistoia, de Paris e Darmstat ao Código, as de Colónia às Institutas, a glosa das Institutas de Turim, etc.

mida de toda matéria contida num título (*summa*) (1). Além disto, era êste ensino ministrado em cursos ou lições diárias de freqüência obrigatória sôbre uma parte do Digesto (*digesto velho*) e o Código e em repetições e disputas de freqüência facultativa sôbre as restantes partes do *Corpus Juris* (2).

Ora, foram a glosa, feita dentro dêstes moldes didáticos, e a exegèse dos textos romanos, que constituíram a base de toda a actividade sciêntífica e a glória da escola dos glosadores. E' certo também que êles nos deixaram, àlém das suas glosas e sumas, outros trabalhos literários, tais como: miscelanias contendo grande número de considerações sôbre muitos pontos de direito; colecções de controvérsias (*dissentiones* ou *diversitates*) entre os mais notáveis doutores; consultas dos professores mais ilustres; e, finalmente, até obras sistemáticas em que sobretudo se tratava já, com uma certa independência dos textos, da ordem judicial, das acções e do processo (3). Mas todas estas obras e formas de actividade literária não fôram mais, de certo modo, do que um desenvolvimento da glosa que, tendo começado por ser interliniar, depois passou a ser escrita à margem dos próprios textos e, por último, se transformou numa obra de conjunto e independente deles.

(1) O método das lições e portanto de todo o ensino nos termos em que fica exposto é-nos conhecido pelo testemunho do glosador João Bassiano de Cremona, discípulo de Bulgarus e mestre de Azo na sua *summa* ao Digesto. *Vid.* Diego, *obr. cit.*, pág. 257, nota 3.

(2) Segundo o mesmo Bassiano, assim era: *in scholis autem debetis magistrum reverenter et tacite audire, socium quaerentem pati cum benignitate non conclamando ei, sed cum suam expleverit voluntatem, alter respondeat ad rationem aut legem inducat.* Segundo Diego, pág. 253, nota.

(3) Muitas vezes eram as doutrinas da glosa recolhidas pelos estudantes que depois as publicavam em notas. Sabe-se que das lições de Bassiano e de Azo foram publicadas notas desta natureza. De colecções de controvérsias encontram-se quatro publicadas por Haenel, em 1834, sob o título de *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum juris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834. Para as restantes obras dos glosadores e suas edições até Acúrsio vêr Landsberg, *Die Glosse des Acursius und ihre Lehre vom Eigenthum*, Leipzig, 1883, pág. 71 e seg.

Com isto não fica ainda dito tudo àcêrca da actividade sciêntífica dos doutores de Bolonha. Como com o tempo o número das glosas e comentários aos textos romanos se tinha tornado enorme no decorrer dos séculos XII e XIII, daí resultou, como era natural, que a grande variedade de doutrinas e a multiplicidade de logares onde as glosas haviam sido escritas tivessem criado a falta de unidade e a conseqüente confusão na sciência e na prática do direito. Daí também a necessidade de unificar e sistematizar a doutrina da escola por forma a remediar aquele mal.

A Glosa de Acúrsio Ora foi Francisco Acúrsio quem, cêrca do ano de 1260, realizou esta obra, sistematizando e como que codificando toda a glosa (1). Foi êle quem, reünindo e compêndiando as mais importantes glosas dos seus antecessores em Bolonha e completando-as com as suas próprias, pôde emfim publicar, juntamente com uma nova edição de todo o *Corpus juris*, a chamada *Grande glosa* ou *Glosa ordinária* (2), que foi durante séculos a mais importante

(1) Acúrsio (1182-1260) foi discípulo de Azo em Bolonha e era natural de Florença. Na sua obra contém-se o resultado da actividade intelectual e scientifica de todos os glosadores de Bolonha que o precederam; e ela é, como o Digesto para os jurisconsultos romanos clássicos, a quási única via pela qual nós podemos chegar ao seu conhecimento. Cfr. Landsberg, *Die Glosse des Acursius* (1883), pág. 23.

(2) Com a Glosa e servindo-lhe naturalmente de texto e de fundamento foi publicado por Acúrsio uma edição de todo o *Corpus Juris*. Os glosadores tinham feito uso de um antigo manuscrito do

fonte de toda a cultura jurídica, superior ainda em autoridade à letra dos próprios textos justinianeus (1). Com a publicação da Glosa de Acúrsio pode considerar-se terminado o período de verdadeiro labor scientífico e trabalho original da escola dos glosadores. A partir de então pode dizer-se que ela entra em decadência: e, assim como se vão perdendo pouco a pouco os seus principais merecimentos, vão-se acentuando daí para o futuro os seus principais defeitos. E se entre os primeiros há que referir sobretudo a exegése directa e minuciosa dos textos romanos, o grande impulso dado ao seu estudo e a difusão dêle por toda a Europa, fazendo despertar por toda a parte o interêsse desaparecido pelos monumentos legislativos romanos, entre os segundos não devemos esquecer nunca: a completa ausência de crítica histórica com que essa exegése foi feita, o culto cego da letra dos textos, como se êles fôssem a expressão de um direito actual, a interpretação por vezes pouco fiel dêsses mesmos textos sem querer saber das condições para que eles tinham sido criados e, por fim, o completo desconhecimento das disciplinas auxiliares dos estudos históricos, como a história política e a filologia (1). Numa palavra, e todas estas qualidades da escola se resumem num merecimento e num defeito únicos: — se o mérito dos glosadores consistiu em terem restaurado a exegése directa dos textos romanos, o seu único defeito que torna os seus trabalhos hoje quási inaproveitáveis para nós, consistiu em ter ela feito obra puramente teórica, vendo no direito romano uma espécie de revelação divina do direito, um direito absoluto e imutável, ao qual deviam

Digesto (*littera vetus*), infelizmente perdido, e tinham conhecido além disso o manuscrito de Florença, então em Pisa (*littera pisana*). Mas, como os manuscritos apresentavam divergências, estava indicado que ao publicar-se a Glosa com ela se publicasse também um novo texto das Pandectas devidamente uniformizado e completado pelo confronto dos diferentes manuscritos existentes. Ora dêste trabalho de correcção e de uniformização foi que nasceu a nova edição do *Corpus* e sôbretudo do Digesto, a que se chamou a *littera vulgata* ou *Bononiensis*. Esta edição apresenta-nos, nas cópias que se fizeram dela, o Digesto dividido em três partes ou volumes: o *digestum vetus*, compreendendo os livros I até ao segundo título do livro XXIV; o *digestum infortiatum* (digesto reforçado) compreendendo os livros desde o XXIV, tit. 2.º, até ao livro XXXVIII, e, finalmente, o *digestum novum*, indo, desde o livro XXXVIII até ao livro L. Além do Digesto, também o Código foi editado procurando-se dar dêle um texto igualmente uniformizado, embora aqui o maior número de manuscritos existentes tivesse dificultado o trabalho crítico de expurgação do texto. Os nove primeiros livros do Código, únicos conhecidos a princípio, constituíram assim um quarto volume na edição bolonhêsa do *Corpus*. E, finalmente, os últimos três livros do código (*tres libri*), separados dos restantes talvez por serem considerados menos importantes em razão da matéria que tratavam, juntamente com as Novelas da colecção denominada *authentica* e ainda, algumas vezes, com o texto das *Institutas*, constituíram o quinto volume dessa edição, chamado o *volumen parvum*. A êste vinham juntos também alguns textos extranhos ao direito de Justiniano, como eram os *Libri Feudorum*. É esta a edição medieval dos textos romanos que gozou nas escolas e no fôro da maior autoridade, a *littera vulgata* ou *Bononiensis*, à qual no seu conjunto foi também só então que se deu o nome de *Corpus Juris Civilis* em contraposição ao corpo do direito canónico, como já atrás foi dito. Até aos princípios do século XVI foi êste o texto do *Corpus* do qual se não fizeram até então (1517) senão edições glosadas contendo a Glosa de Acúrsio com maior ou menor integridade. Sôbre as edições de maior autoridade da Glosa em que o texto acursiano se manteve mais perto do pensamento originário do seu autor, vêr o mesmo Landsberg, *obr. cit.*, pág. 77.

(1) Daqui tirou origem o conhecido aforismo *quidquid non adgnoscit glossa, nec adgnoscit curia*, para significar que os textos não glosados por Acúrsio por isso mesmo não mereciam a consideração de ninguem nem deviam receber aplicação na prática dos tribunais. A glosa estratificou-se e encorporou-se com os textos romanos, chegando a ter mais autoridade do que a palavra de Justiniano e dos jurisconsultos clássicos. Cfr. Walton, pág. 388.

(1) A falta de conhecimentos históricos e de noções de cronologia era tão grande que em uma glosa à Nov. 47, c. 1, Justiniano é dado como contemporâneo de Jesus Cristo! Walton, *ibid.*

subordinar-se toda a vida social, a doutrina e a prática jurídicas da Idade-Média (1).

Os post-glosadores ou comentadores

Durante os séculos XIV e XV a cultura scientifica do direito em toda a Europa ocidental não conseguiu também libertar-se do principal defeito de que tinha enfermado a exegése dos glosadores, o culto cego da letra dos textos desacompanhado de uma verdadeira

(1) Se se quizer emitir uma opinião desapaixonada e mais determinada sôbre o merecimento da produção scientífica dos glosadores, o que há a apreciar é próprìamente o mérito da Glosa de Acúrsio na qual, como se disse já, teçá que ser procurada a única expressão possível e palpável dos frutos de toda essa actividade scientífica e exegética de cêrca de um século. Fóra da grande glosa, como também se disse, pouco ou nada é o que nos resta da literatura dos glosadores, assim como fóra do Digesto pouco é o que nos resta da literatura jurídica dos clássicos romanos. Ora a êste respeito devem evidentemente ser postas de parte, tanto a opinião reinante nos dois séculos imediatos que vía na glosa a última palavra da sabedoria humana, como a opinião do século XVI e, nomeadamente, de Rabelais que lhe chamava a mais vil produção do espírito humano *(la glosse de Accurse est tant sâle, tant infame et punaise, que ce n'est qu'ordure et vilenie,* no *Pentagruel,* cap. 5, liv. 6). A verdade é que a obra de Acúrsio tem também, como as dos seus antecessores em conjunto, defeitos e qualidades e não deve ser julgada nem só por uns nem só por outros. Entre os defeitos devem mencionar-se: 1—a falta grande de originalidade que lhe dá o carácter mais de uma compilação impessoal e material do que o de um corpo bem uniformizado de doutrina; 2—a arbitrariedade no critério de selecção das glosas dos seus antecessores, em virtude da qual se pode dizer que Acúrsio omitiu intencionalmente as doutrinas de certos dêles e deu preferência a outros substituindo assim um critério pessoal ao carácter aliás de compilação que a sua obra tem em geral. Por ex., é positivo que Martinus e Placentino fôram por êle tidos em pouca consideração e, pelo contrário, toda ela foi dada ao seu mestre Azo, a Bulgarus e a Basianus; 3—a tendenciosidade no modo como são reproduzidas doutrinas e glosas de outros bolonhêses que lhe não eram simpáticos; e, finalmente, a falta extrema de clareza na maneira e método de acumular citações sôbre citações a propósito dos textos legais, não sendo sequer muitas vezes fácil, ainda quando Acúrsio lhes junta as próprias opiniões e glosas, determinar a qual das dos seus antecessores ele adere. Todavia, em conjunto, e de uma maneira geral, não deixa de ser também exacto que a maior parte dêstes defeitos não são tanto defeitos de Acúrsio, como defeitos da sua época e até já dos seus antecessores. O método de compilar e referir citações que êle adopta, sacrificando o geral ao particular e evitando as sínteses claras e metódicas, era um vício da pedagogia do seu tempo. De resto, pode dizer-se aqui também, como se disse a respeito da compilação de Justiniano, também toda ela eivada de alterações textuais e corrupções no pensamento dos clássicos: — se não fôsse a Glosa de Acúrsio, nós pouco ou nada saberíamos da obra dos jurisconsultos do século XII e a actividade dos do século XIV não se teria produzido, o que equivale a dizer que o direito romano talvez não tivesse chegado até nós e, como consequência disso, o nosso direito moderno também não seria aquilo que é. Em resumo: a Glosa de Acúrsio é indiscutivelmente um monumento histórico de primeira grandeza no ponto de vista da importância dos seus efeitos na transmissão do património jurídico dos romanos para o mundo moderno, pôsto seja scientificamente uma obra medíocre e sem utilidade hoje para nós. Vid. Landsberg, pág. 52 e seg.

crítica histórica (1). Como, porém, a interpretação dos textos romanos estava definitivamente feita depois da Glosa de Acúrsio e o comentário ou a glosa tendiam por toda a parte a adquirir maior autoridade que os próprios textos legais de Justiniano, assim também a exegése e a actividade scientífica dos jurisconsultos seguin-

(1) O método exegético e o princípio da autoridade são ainda — e o segundo, como veremos, até mais desenvolvido — toda a pedagogia e todo o processo de estudo dos post-glosadores, como o foram dos jurisconsultos dos séculos XII e XIII. Sob êste ponto de vista a nova escola dos séculos XIV e XV em nada se diferença da anterior. A Glosa de Acúrsio domina soberana sôbre toda a vida e actividade jurídicas nas escolas como no fôro. Como dizia o comentador Rafael Fulgosio (1427): *sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorant glossatores pro evangelistis. Volo, enim, pro me, potius glossatorem quam textum. Nam si allegas textum, dicunt advocati adversariae partis et etiam judex: — credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu et non ita bene intellexit sicut tu?* (*apud* Diego, pág. 269).

tes (*post-glosadores*) foi tendendo cada vez mais para se exercer, não sôbre êstes directamente, mas sôbre os comentários já feitos (*comentadores*). Os jurisconsultos do século XIV foram assim ainda glosadores: porém, glosadores não dos textos legais, mas de glosas (1). Trabalharam sôbre os resultados já obtidos da geração anterior, isto é, sôbre opiniões, afastando-se cada vez mais das fontes primitivas. Com isto também, não só a exegése foi perdendo em interêsse e valor scientífico, mas o culto e o respeito cegos da autoridade, ainda para mais favorecidos pelos métodos da filosofia escolástica, foram tomando pouco a pouco na escola o logar do esfôrço espontâneo e individual no estudo dos textos romanos (2). Resultado, foi a glosa converter-se então num comentário complicado e difuso dos textos jurídicos. O rigor, a brevidade e a limpidez dos conceitos cederam o seu logar a um complicado mecanismo de formas dialéticas, movido por um verbalismo

(1) Numa passagem de uma obra manuscrita do século XV lê-se: *scribunt nostri doctores moderni lecturas novas in quibus non glossant glossas sed glossarum glossas*, (*apud* Diego, pág. 269).

(2) Acêrca da influência da filosofia escolástica sôbre a jurisprudência ainda antes de Bártolo, veja Diego, *obr. cit*, pág. 271, nota, e os trabalhos aí citados. Esta adaptação dos métodos da filosofia escolástica ao estudo do direito parece ter-se produzido primeiro em França e ligar-se ao ensino que dêsse direito dava em Tolosa Jacobus de Ravanis (Jacques de Ravigny) nos fins do século XIII. Nos fins dêste século e princípios do XIV parece ter havido, com efeito, em França uma escola de romanistas com uma certa originalidade nas Universidades de Tolosa, Montpellier e Orléans e de que foram representantes, além de Ravigny, Pierre de Belleperche (P. de Bellapertica), Guilherme de Cunéo, Petrus Jacobi e Johannes Faber. Essa escola, porém, não se desenvolveu e, entrado o século XIV, embora o impulso dialético e a tendência escolástica partissem dela, a França soíreu, como todos os países da Europa, a grande influência de Bártolo e dos bartolistas. *Vid.* Esmein, *Histoire du droit français*, pág. 841 e 842. É por isso que a êste método e nova maneira de tratar o direito romano se ficou chamando o *mos italicus jura docendi*-

artificial e esterilizador de toda a inteligência dêsses textos. Em vez de se recorrer à aproximação dos logares paralelos para a compreensão das passagens mais difíceis do direito justinianeu, recorria-se ao uso e abuso de citações dos anteriores intérpretes, acumulando as opiniões pró e contra uma determinada doutrina a fim de encontrar sôbre ela a única verdade que importava possuir, isto é, a opinião comum dos doutores. E tudo isto acompanhado ainda, como já dissemos, do emprêgo também abusivo dos métodos escolásticos com as suas formas dialéticas, as suas divisões e categorias intermináveis, distinções e oposições, regras e exepções, que davam ao ensino do direito uma côr estranha, tornando ao mesmo tempo o seu método exegético, como nota Savigny, desprovido de toda a inteligência e de todo o gôsto (1).

(1) O método dos comentadores resume-se nesta síntese formulada por Gribaldo Mofa no século XVI, no seu *De methodo ac ratione studendi*, 1564: *Praemitto, scindo, summo, casumque figuro, perlego, do causas, connoto, objicio.* (*apud* Diego, pág. 285). Era êste o complicado mecanismo através de cuja engrenagem eram, como diz Stintzing, trabalhados os textos e elaboradas as conclusões. O jurisconsulto começava por fazer uma introdução preliminar caracterizando a matéria do texto versando (*praemitto*); depois dividia a matéria em partes (*scindo*) e tomava ou fixava o conteúdo essencial do texto (*summo*) figurando os casos concretos a que êle se referia (*casumque figuro*). Depois ainda, lia o texto criticando as suas variantes (*perlego*), expunha o fundamento das suas decisões (*do causas*), comentava e confrontava com outros textos tirando conclusões gerais (*connoto*) e, por fim, rebatia as objecções possíveis (*objicio*), passando em revista as várias opiniões da Glosa e dos doutores que eram coleccionadas em volta da *quaestio* segundo eram *pró* ou *contra*. Cfr. Diego, *ibidem*. Se êste era o método seguido nas lições magistrais (*lecturae*) que eram muitas vezes publicadas, as formas literárias dos escritos e obras dos comentadores ou bartolistas foram também diferentes das empregadas pelos glosadores. A actividade literária dêstes últimos, tinha-se concentrado quási exclusivamente nas glosas que eram em regra pequenos comentários sempre dependentes dos textos. Os comentadores, afastando-se cada vez mais dos textos, escreveram e

Se estas são as principais características da escola dos comentadores, entre cujos mais altos representantes importa sobretudo referir Cino de Pistoia, Bártolo, Baldo e Paulo de Castro, deve notar-se, por outro lado, que, apesar daqueles defeitos, algum mérito e alguma coisa de útil resultaram também da sua imensa actividade scientifica (1). Com efeito, se os comentadores perde-

compozeram verdadeiros *comentarios* independentes deles. E assim também as *summas* dos glosadores contendo resumos da doutrina dos títulos do Digesto converteram-se agora em verdadeiros *tratados*. Os comentadores deixaram-nos assim obras destas duas especies: *comentarios*, que não são as mais das vezes senão a publicação das lições da cátedra, e *tratados* que não são senão obras sistemáticas e independentes dos textos e das glosas organizados segundo as regras do raciocínio e da lógica escolástica. Por ex., os tratados de Bártolo, *De fluminibus*, de Baldo, *de partis*, de Scepola, *de servitutibus*, e de Cino, *de successionibus ab intestato*, etc. Além disso, publicaram também ainda *repetitiones*, *quaestiones*, *consilia* e obras de índole prática destinadas ao fôro, como a *Pratica criminalis*, de Belviro, a *Pratica judiciaria*, de Baldo, etc. Mas todas estas obras estão escritas numa linguagem e com uma metodologia detestáveis que as tornam dificilmente consultáveis hoje e que os humanistas do século XVI verberaram por vezes com excessivo rigor.

(1) Cino, natural de Pistoia (1270-1337), escreveu, além de um certo número de glosas que se perderam, um tratado sôbre sucessões *ab intestato*, alguns comentários ao Digesto e uma *Lectura in codicem* que é a sua obra capital, contendo muitas interpretações dadas pelos jurisconsultos sôbre as matérias de que versa e de decisões sôbre elas. Bártolo, de Sassoferato, terra da sua naturalidade, foi o verdadeiro mestre da escola e um dos maiores jurisconsultos de todos os tempos (1314-1357). Foi professor em Pisa, Pádua, Bolonha e Perugia e adquiriu na prática e ensino do direito tal autoridade que as suas opiniões, consideradas superiores às da Glosa e iguais às de Aristóteles em filosofia (*nemo bonus jurista nisi sit Bartholista*), reinaram soberanamente nos tribunais e nas escolas até ao século XVI e exerceram grande influência ainda para cá dêste século até quási aos nossos dias. (Vêr a autoridade de que elas gozavam em Portugal nas *Ordenações Afons.* II, tit. 9, § 2). Deixou comentários ao Digesto e ao Código, vários *Tratados* e livros de *Consilia* e de *Quaestiones*. Depois de Bártolo Baldo foi o segundo chefe da escola (n.º 1327), distinguindo-se por ter cultivado também o direito

ram todo o contacto directo com as fontes jurídicas romanas e, formalmente, a sua actividade foi toda de interpretação de opiniões, contudo importa não esquecer que foi através do seu esfôrço dialético que o sentimento das novas condições e exigências da vida real conseguiu penetrar no estudo do direito romano. Foram eles, isto é, quem adaptou êste direito às novas condições sociais da Europa moderna, criando aquilo que se chamou depois o *direito romano comum*, como outrora os pretores e os jurisconsultos romanos, embora com mais elevadas vistas e outros processos, tinham criado, como vimos, o direito romano das gentes e o direito romano universal. E por êste lado devem as legislações modernas que se inspiram ainda hoje mais abundantemente do velho direito romano uma imensa gratidão à obra dos jurisconsultos do século XIV. Com efeito, estes jurisconsultos, considerando o direito romano como um direito, não já imóvel mas susceptível de progresso e desenvolvimento, excedendo muitas vezes os limites do método puramente exegético e violentando até o sentido dos textos, para lhes fazerem dizer aquilo que não diziam, fizeram obra nova e criaram mais uma vez um

canónico e o comercial. Dêle restam também comentários às diferentes partes do *Corpus*, aos *libri feudorum*, às *Decretais*, etc. Finalmente, Paulo de Castro (1441) soube evitar os exageros do método dialético e não perdeu nunca tanto como a maioria dos outros jurisconsultos da época o contrato com o texto das fontes. Jason de Mayno foi apenas um compilador de opiniões dos seus predecessores e, depois dêle, que é contado como o último representante da escola, o seu discípulo Alciato foi já o iniciador da escola seguinte dos juristas cultos. Sôbre os méritos e os defeitos dos comentadores, assim como dos principais glosadores, podem vêr-se as obras de Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain* (1821), pág. 300, Fiach, *Cujas, les glossateurs et les Bartholistes*, na *Novelle Rev. historique*, VIII, p. 200, e Sohm, *Geschichte und Institutionen des röm. Privatrechts*, pág. 208, onde, com razão, o autor chama a Bártolo: "*o ponto central da história do direito universal na Idade-Média*".

direito romano novo e vivo, que tornou possível a conservação da obra dos glosadores e com ela a transmissão para o mundo moderno do património jurídico herdado dos romanos (1). A sua actividade, emfim, que, sob o ponto de vista scientífico constituiu, sem dúvida, um retrocesso quando confrontada com a obra dos glosadores, representa no entanto, sob o ponto de vista histórico e prático, um progresso notável e uma conquista definitiva no que respeita à formação do direito romano dos fins da Idade-Média e dos tempos modernos (*Heutiges römisches Privatrecht*).

De resto, o próprio método escolástico, cujo abuso foi um dos grandes defeitos da escola, teve ainda a vantagem de lhe permitir elevar-se à formação de um certo número de conceitos e de teorias gerais que, se eram estranhas ao pensamento jurídico romano, contribuíram no entanto para a sua mais fácil adaptação ao mundo moderno, fazendo-lhe perder o seu demasiado carácter histórico em benefício de um carácter mais filosófico, mais dialético, e por isso mesmo mais universal.

(1) Esta nova orientação e feição prática da escola dos comentadores e bartolistas é o que sobretudo a caracteriza e distingue, mais do que o método, da escola dos glosadores dos séculos XII e XIII. E é por ela também que a escola merece ainda hoje a maior estima e consideração dos contemporâneos. Como diz Landsberg, a continuação da actividade exegética e puramunte analítica dos glosadores devia conduzir necessàriamente à decadência do estudo, visto que ao cabo de algum tempo nada mais de importante havia de restar para dizer na interpretação analítica do *Corpus*; e assim a interpretação dos textos estava condenada a perder-se no estudo dos mais insignificantes e inúteis detalhes da doutrina. Daqui partiam portanto só dois caminhos possíveis para a escola se salvar; ou abalançar-se ao trabalho da síntese construtiva fundando uma verdadeira sciência do direito romano, ou voltar-se para a prática, procurando adaptar a ela e à vida real do seu tempo os resultados da interpretação dos textos. Ora dêstes caminhos foi o segundo o que se seguiu, tornando-se assim os comentadores verdadeiros práticos do direito ao contrário dos glosadores que tinham sido puros teóricos

Escola histórico-crítica do século XVI

No século XVI o estudo do direito romano foi dominado pela grande corrente humanista do Renascimento. Os processos utilizados pelos glosadores e comentadores tinham-se fundado, como dissemos, exclusivamente na exegése e nos métodos da filosofia escolástica. Mas a essa exegése era estranha por completo a crítica histórica e esses métodos resolviam-se afinal no verbalismo lógico e no princípio da autoridade. Ora o despertar do espírito crítico dos séculos XV e XVI, que foi uma das características do Renascimento, com o seu culto pela antiguidade, a sua paixão pela filologia e pela história e, emfim, a sua grande febre de renovação em todos os métodos e processos de estudo, desde a literatura até às sciências positivas e à filosofia, veio porém quebrar e até certo ponto substituir na escola por outros os velhos processos adoptados até aí no estudo do direito romano. É a esta nova corrente de métodos e de processos no estudo dêste direito que se dá o nome de escola histórico-crítica, escola dos juristas cultos ou dos jurisconsultos humanistas (1).

dêle. E conseqüência disto: ao passo que os glosadores tinham tratado só de direito romano, os comentadores foram levados a ocupar-se também do canónico e do estatuário ou nacional, dando assim um logar nas suas obras a muitas concepções jurídicas estranhas ao direito romano e de origem germánica. Em resumo, foi esta *interpretação tendenciosa* do direito romano puro, feita no sentido de o adaptar práticamente às condições sociais da Idade-Média, como lhe chama Ihering, que o pôde salvar no estudo das escolas dos séculos XIV e XV e que tornou possível nessa época a sua recepção na Alemanha. Cfr. Landsberg, *Die Glosse des Acursius*, pág. 65 e 66, Stintzing, *Geschichte der deut. Rechtswissenschaft*, I, pág. 111 e seg. e Ihering, *Geist des röm. Rechts*, II, § 44 e, emfim, o excelente trabalho de C. Diego, onde todos estes aspectos da crítica e história a respeito dos glosadores e post-glosadores se acham admiravelmente fixados e resumidos e acompanhados de uma abundante bibliografia.

(1) A designação de jurisconsultos humanistas foi-lhes dada ainda no século XVI. Ver Pasquier, *Recherches de la France* (1561), IX, 39.

A primeira tendência que a caracterizou foi o desejo de regressar ao estudo do direito romano, tal como êle tinha sido vivido e praticado, sem a interpretação dos comentadores, e para isso de voltar ao estudo directo dos textos. Como cultores apaixonados da antiquidade greco-romana e muitos deles humanistas insignes, o direito foi para os jurisconsultos do século XVI uma das manifestações dessa antiguidade que nos diversos campos do pensamento se tratava de reconstituír em toda a sua pureza. Mas para isso não bastava já, quanto a essa reconstituïção na jurisprudência, uma exegése puramente gramatical e formal das fontes: era necessário fazer uma exegése em que entrassem, ao lado do mais escrupuloso exame dos textos, todos os resultados da investigação histórica e filológica. E foi justamente esta aliança e contribuïção de sciências e de métodos, favorecida por um notável espírito crítico e ainda pela descoberta de muitos elementos de estudos novos, de novas fontes e novos textos jurídicos (inclusivamente antejustinianeus) (1), que caracterizaram a actividade e o

(1) A tomada de Constantinopla pelos turcos em 1453 com todas as suas consequências de ordem geral para o movimento da renascença e a descoberta da imprensa concorreram também poderosamente para o desenvolvimento da orientação humanista no estudo do direito romano. Os emigrados e fugitivos do Oriente transportaram para o Ocidente europeu muitos documentos preciosos e códices até então desconhecidos. A imprensa permitindo a publicação das novas fontes de direito e de muitas obras da literatura clássica, latina e grega, propagou também o seu conhecimento e pôs esses textos nas mãos de todos os jurisconsultos. Além disso, a paixão pelos manuscritos foi também uma das paixões dominantes dos humanistas que Cujácio teve num alto gráo e a que consagrou uma parte importante da sua actividade desde os tempos da sua mocidade. A' sua morte tinha na sua biblioteca mais de 400 manuscritos inéditos, como as constituïções gregas do código, as Basílicas, etc. que pôde aproveitar para as suas edições e para os seus trabalhos. Conheceram-se a *Collatio leg. rom. et mosaicarum*, a *Consultatio vet. cujusd. jurisconsulti*, o *liber singularis* das *Regras* de Ulpiano, algumas obras de Cícero,

método da escola do século XVI, cujo mais notável representante foi o francês Cujácio, e a que se ficou chamando, em oposição ao emprêgo dos velhosméto dos dos comentadores ou *mos italicus*, o *mos gallicus jura docendi* (1).

A nova escola de Cujácio (2) não conseguiu, porém, impôr desde logo nem em todos os países os novos métodos renovadores dos estudos jurídicos. Auxiliados e preconizados por alguns homens de letras estranhos à jurisprudência, os novos métodos, posto que

etc., o que tudo eram enriquecimentos e novos estímulos para os estudos dentro da nova orientação crítica e erudita. E foi com estes elementos que a escola, partindo do princípio que a compilação justinianea não continha uma legislação homogénea, pôde iniciar dêsde o século XVI o estudo das interpolações dêsses textos e tentar a reconstituïção do direito clássico.

(1) A nova escola teve alguns precursores no século XV, mas estes não conseguiram exercer qualquer influência na reforma dos estudos e passaram desapercebidos, o que não admira quando se sabe que, mesmo no século XVI, não foi sem grande dificuldade e lutando contra as tradições bartolistas que ela se conseguiu impôr. Cfr. Savigny VI, 419.

(2) Cujácio (1522-1590) foi, como já ficou dito, o mais alto representante da escola dos juristas cultos, aquele em quem ela melhor se personificou aos olhos da posteridade, apesar de não ter sido o seu fundador. Professor particular em Tolosa, sua terra natal, foi-o depois oficial em Bourges, Cahors, Valence, Paris e Turin, sendo considerado o maior jurisconsulto do seu século. Deixou-nos, além de uma grande colecção de trabalhos históricos, críticos e exegéticos em 28 livros, só publicados inteiramente depois da sua morte por Pithou (*Observationes et emendationes*), tratados, comentários e *Recitationes* sôbre as obras dos diferentes jurisconsultos romanos, *Paratitla* e *commentaria* ab código, etc. Objectivo de todos estes trabalhos foi sempre a reconstituïção, fundada na exegése crítica, filológica e histórica, do direito romano clássico. A melhor edição das suas obras é a de Venesa-Modena, em 11 volumes, de 1758-1783 com um *Promptuarium* em dois volumes, de 1795, e a sua melhor biografia a de *Berriat-Saint* Prix, *Histoire de Cujas* (1821), publicada em apêndice à *Histoire de droit rom.* do mesmo autor.

Além de Cujácio devem mencionar-se ainda, em França, neste século, Hugo Doneau (1527-1591), prof. em Bourges, Burdeus, Or-

cêdo conseguissem desacreditar os antigos, contudo a verdade é que tardaram em substituír-se-lhes, não o tendo mêsmo nunca conseguido inteiramente (1). É certo também que eles, depois de terem sido elaborados na Itália e na França, se propagaram rápidamente à Holanda, à Alemanha e à Espanha (2). Mas, àlém de que nem mesmo na Itália e na França essa substituïção chegou a ser completa, o mesmo se deu na Alemanha, na Espanha e em Portugal onde, pelo con-

leans, Heidelberg, Leyden e Altdorf, e poderoso rival do primeiro, que se celebrizou sobretudo pelos seus trabalhos de construção dogmática de todo o organismo jurídico procurando reduzi-lo a um sistema lógico e equilibrado; Brisson, magistrado do Parlamento de Paris (1531-1591); Pedro Pithou (1539-1596), historiador e filólogo insigne, e Dionísio Godefroi *(Gothofredus)* (1549-1622). Sôbre a vida e obras dêstes e outros jurisconsultos da escola cujaciana no século XVI vêr Cl. Diego, pág. 313.

(1) De entre os escritores do renascimento não juristas que auxiliaram a acreditar a nova escola ou a prepararam, atacando impiedosamente o *mos italicus* e metendo a ridículo a barbarie e o mau gôsto dos bartolistas, devem destacar-se Lorenço Valla (1405-1457), humanista insigne, que apodava os juristas escolásticos de *elegantiae latinae ignari*, e Angelo Policiano (1454-1494) que se propôs já no século XV escrever alguns comentários filológicos ao Digesto a fim de reconstituír na sua pureza o texto legal (*ut in integrum corrupta diu lectio restitueretur*).

(2) Já ficou referido noutro logar que Cujácio, não obstante ser o representante mais autorizado do *mos gallicus*, contudo não foi o iniciador do grande movimento da jurisprudência culta e humanista. É mesmo difícil determinar com rigor a origem e a pátria de um movimento que se veio formando e robustecendo desde o século XV com a contribuïção de várias tendências isoladas e dispersas, para o qual contribuíram escritores não juristas, e que afinal se tornou tão universal como o humanismo, acompanhando-o no seu deslocamento sucessivo da Itália para a França, para a Holanda e para a Alemanha. Contudo os verdadeiros iniciadores dos novos métodos passam por ser Alciato, Budé e Zassius. O primeiro, de Milão (1492-1550), foi mestre em Pavia, Bolonha e Avinhão, tendo sido em Bolonha discípulo do comentador João de Mayno, como já foi dito. O seu epitáfio conservado em Pavia esclarece-nos sôbre a excepcional importância da sua figura de jurista: *primum legum studia antiquo restituit decori*. A sua influência que foi grande na Itália exerceu-se sobretudo em França para onde foi convidado por Francisco I. Budé (1467-1540), de Paris, foi também um helenista e filólogo distinto que muito concorreu para abalar a autoridade dos antigos jurisconsultos da Idade-Média e que, sendo mais literato do que jurisconsulto, contudo nos deixou umas *Adnotationes ad Pandectas* (1508) que muito concorreram para o desenvolvimento dos novos métodos. Finalmente, Zassius (1461-1535), natural de Constança, foi professor em Friburgo e deixou-nos algumas obras, como as *Lucubrationes* e o *Intellectus juris singularis*, que, pôsto não tivessem uma profunda influência na prática, contudo o colocaram ao nível dos outros dois. Sôbre estes três escritores podem ler-se os trabalhos de: Möller, *Andréas Alciat*, 1907; Delaruelle, *G. Budé*, 1907, e Stintzing, *Ulrich Zassius* (1857). Todos êstes jurisconsultos não foram mais, porém, assim como Valla e Policiano, do que precursores do humanismo jurídico o qual, como se disse, só conseguiu impôr-se definitivamente com Cujácio e Doneau.

(1) Sucedeu que mesmo muitos dos jurisconsultos humanistas continuaram como professores a ensinar pelos métodos dos bartolistas, afim de evitarem o que ainda em meados do século XVI em França acontecia a Cujácio, ao qual se recusava então uma cátedra pública para ensinar, e que se dissesse deles o que dizia Forcadel, em geral, dos sequazes da nova escola: *patricios appello eos qui sunt de Bartholi familia, reliquos plebeos (apud* Diego, pág. 307).

Em Portugal, onde já no século XIII os estudos do direito romano tinham sido cultivados pelo sobretudo célebre canonista João de Deus (meados dêste século), cónego de Lisboa e professor em Bolonha,

trário, continuou a prevalecer o *mos italicus* (1). É que, não obstante serem de toda a justiça as críticas dirigidas pelos juristas cultos aos bartolistas e comentadores, a nova escola continha em si um princípio de contradição consigo mesma que dentro de pouco tempo lhe devia ser fatal. Êsse princípio estava no seu carácter excessivamente erudito e na sua demasiada preocupação com a história e a filologia. Difícilmente, com efeito, podiam harmonizar-se estes dois caracteres, o erudito e o prático, sem que um dêles ao fim de algum tempo devesse ser sacrificado ao outro. Ora, se a es-

cola histórico-crítica tinha nascido precisamente como uma reacção contra os abusos do *mos italicus*, timbrando em não querer subordinar o primeiro ao segundo, o perigo era grande de ter de subordinar êste àquêle. E, de facto, assim aconteceu. Apesar do seu propósito de fundar uma cultura jurídica de carácter prático, a escola não conseguiu nunca realizar êste seu desiderato e degenerou afinal nos séculos seguintes, ainda mesmo em França, nas mãos dos jurisconsultos que se seguiram a Cujácio e Doneau, numa actividade puramente de erudição histórica e filológica, prendendo-se exageradamente com toda a espécie de investigações

foram eles também cultivados dentro da orientação bartolista, ou mixta de Bártolo e Cujácio, por alguns jurisconsultos notáveis, como foram Manuel da Costa, intitulado o *subtilis*, professor em Coimbra e Salamanca e autor de numerosas obras de interpretação ao *Corpus Juris* (falecido em 1563 ou 1564), Aires Pinhel, professor em Coimbra em 1544 e Pedro Barbosa, intitulado o *insignis*, também professor em Coimbra nos fins do século XVI e autor de alguns excelentes comentários ao Digesto e ao Código. Vêr a lista das suas obras na *Biblioteca Lusitana* e sôbre a sua vida Mello Freire, *Historia Jur. Civilis lusitani*, cap. XII, § 114 e Hinojosa, *Histor. del Derecho rom.* pág. 353. Além dêstes jurisconsultos ilustres, mas representando todos a orientação bartolista que foi a que prevaleceu também entre nós, não deixou também Portugal de concorrer para a renovação dos estudos jurídicos da nova escola com um nome entre todos ilustre que foi o de António de Gouvêa (*Goveanus*), precursor e rival de Cujácio e como êle um dos maiores vultos na jurisprudência do seu século. Gouvêa (1505-1566), natural de Beja, e só por esta circunstância pertencente a Portugal, foi professor em Tolosa, Cahors, Valence, Grenoble e Paris e dêle disse Cujácio: *Goveanus, cui ex omnibus, quotquot sunt aut fuere, Justinianei juris interpretibus, si quaeratur, quis, unus excellat, palma deferenda est.* Ver sôbre êste jurisconsulto e suas obras, Caillemer, *Étude sur Antoine de Gouvea*, 1864 e Dr. Joaquim de Carvalho *Ant. de Gouv. e o Aristotelismo da Renascença*, 1916. Das suas obras há uma edição de Rotterdam, de 1766. Ver também, sôbre os nossos bartolistas, Biagio Brugi, *Per la storia della giurisprudenza e delle universitá italiane* (*Nuovi saggi*, 1921), pág. 131.

Quanto à Alemanha e à persistência aí do *mos italicus*, *vid.* Salkowsky, *Institutionen* (Leipzig, 1907) 61.

de detalhe e perdendo constantemente de vista o conjunto da sciência jurídica (1). Como disse Artur Duck, a escola dos juristas cultos produziu mais flores do que frutos (2). O defeito opôsto ao da escola dos bartolistas produziu a sua morte. Estes tinham desprezado a crítica histórica, procurando fazer obra sobretudo prática e útil: e o resultado foi afastarem-se das fontes e perderem-se na dialética dos casos e das formas lógicas; aquêles, atendendo só ao texto puro e sacrificando tudo à exegése erudita, afastaram-se gradualmente da aplicação prática do direito e acabaram por sacrificar aquela e êste à cultura da história e da filológica.

Séculos XVII e XVIII. A escola do direito natural

Os métodos da escola histórico-crítica que tinham atingido em França, no século XVI, com Cujácio e Doneau o seu mais alto grão de perfeição, foram no século seguinte continuados sobretudo pelos jurisconsultos holandêses. No século XVII foi, com efeito, na Holanda que se refugiou a tradição desta escola, florescendo então aí nas obras de jurisconsultos como Grócio, Voet, Noodt e Bynkerchoek, (3). Estes continuaram a associar ao estudo da jurisprudência o resultado das

(1) *Vide* C. Diego, *obr. cit.* pág. 339.

(2) *De usu et auctoritate juris civilis romanorum*, Londres, 1653.

(3) Hugo Grócio ou Hugo de Groot (*Grotius*) (1583-1645) foi simultâneamente filósofo, historiador, filólogo, jurisconsulto e teólogo. Além da obra que o imortalizou, *De jure belli ac pacis* (1625), deixou como romanista uma *Florum sparcio ad jus Justinianeum*. Voet (1647-1714) foi autor de profundos comentários ao Digesto (Leyden, 1698). Noodt (1647-1725) escreveu também excelentes comentários ao Digesto e numerosas monografias sôbre o direito romano. Bynderchoek (1673-1743) escreveu um notável comentário ao frag. de Pompónio no Digesto, *de origine juris*, uma dissertação sôbre as *res mancipi* e umas *Observationes juris romani* muito apreciadas. Sôbre estes e outros romanistas holandêses do século XVII, continuadores de Cujácio e da escola francesa, vêr o mesmo Diego, pág. 335 e seg.

investigações nos campos da filologia e da história. Mas deve dizer-se que nem por isso os métodos histórico-críticos foram aperfeiçoados ou desenvolvidos pela actividade dêsses jurisconsultos, como nem sequer foram por êles tentadas novas direcções no emprêgo dêsses métodos. A sua obra representou mais uma aglomeração confusa de materiais do que uma selecção cuidadosa e inteligente deles. Agravaram-se ainda mais os defeitos da escola já acima apontados; a demasiada atenção dispensada ao estudo de detalhes, a falta de unidade na construção da sciência jurídica, o predomínio da análise sôbre a síntese e o da erudição histórica e filológica sôbre o direito. Contudo os holandêses tiveram ainda o mérito de serem os melhores continuadores da grande escola de Cujácio e de terem possuído até em maior grão que os franceses uma profunda cultura filológica e uma mais elegante latinidade (1).

Mas, além destas correntes produzidas na história de pensamento jurídico dêste século, dois outros factos vieram ainda nos séculos XVII e XVIII determinar uma nova transformação no modo de encarar os estudos do

(1) Todavia deve notar-se que, apesar da decadência que por toda a parte, exceptuada a Holanda, se acentúa nos estudos romanísticos dentro da orientação cujaciana, alguns jurisconsultos de grande nome apareceram ainda, não só na França como nos outros países, cuja obra não pode passar desapercebida. Assim, em França, Jacques Godefroy (1587-1652), filho do jurisconsulto do mesmo nome já atrás referido, pôde publicar um comentário magistral ao Código Teodosiano (ed. Ritter, em 6 vol., Mantua, 1740-1750) e foi, sem dúvida, um dos maiores romanistas do seu tempo. E não devem esquecer-se ainda os nomes de Domat (1625-1696) e Pothier (1699-1772), o último dos quais veio a exercer uma profunda influência sôbre o código civil francês ao qual trouxe, pode dizer-se, todo o elemento romanista da sua teoria das obrigações, assim como o primeiro lhe trouxe a sua teoria filosófica do direito natural. Na Alemanha, na Itália e na Espanha, onde, como já vimos, continuou prevalecendo no século XVI e nos seguintes o *mos italicus*, não devem esquecer-se os nomes de Cíphanius (1534-1609), rival de Doneau em Altorf e o mais alto representante da escola cujaciana nos séculos XVI e XVII na Alemanha; de Heinecke (*Heinecius*) (1681-1741), autor, entre outras obras, dos célebres *Elementa juris civilis*, da *Jurisprudentia romana* (1741) e das *Antiquitatum romanarum jurisprudentiam illustrdium Sintugma*, de Vico (1743) e Francisco Ramos de Manzano (1605-1683). Em Portugal continúa a reinar durante os séculos XVII e XVIII a orientação bartolista, consagrando-se os nossos jurisconsultos de preferência ao estudo e comentário do direito nacional comido nas *Ordenações*, ao direito canónico, ao processo e praxe do fôro. Nenhum grande romanista, de resto, há a registar entre nós nesta época que é a época dos nossos intermináveis comentadores às Ordenações, tratadistas, casuístas e praxistas, dos quais os *Estatutos da Universidade* de 1772 (Liv. 2. A. 3.º Cap. 9 § 10 n.º 13) diziam que, quanto mais se apartam dos tempos de D. João III, tanto menor é o seu merecimento. Cfr. sôbre os defeitos dos nossos reinícolas Ricardo Raimundo Nogueira, *Prelecções sôbre a história do direito patrio*, Coimbra 1866, pág. 251 e seg.

direito romano. Foram eles: o resurgimento dos diversos direitos nacionais e a chamada escola do direito natural.

Deu-se nos séculos XVII e XVIII um fenómeno que já se tinha dado mais do que uma vez na história das ideas jurídicas. Com efeito, as tradições jurídicas nacionais, depois de muito tempo comprimidas pela imposição de um direito estrangeiro, acabam sempre por reagir e obrigar êsse direito a um sistema de compromissos em que tanto umas como o outro perdem e recebem sempre alguma coisa, penetrando-se mútuamente. Foi o que se passou no tempo do baixo-Império com a formação dos direitos vulgares e, na Idade Média, com a formação do direito romano comum, segundo vimos. Ora, no século XVII, pode dizer-se que os exageros da escola dos juristas cultos, tendo feito voltar de novo os espíritos, cançados da erudição e desiludidos da filologia, para o estudo do direito positivo e das exigências da vida prática, de facto foi para o estudo dos diferentes direitos nacionais que desta vez chamaram a sua atenção. E

então o direito romano, tendo começado a deixar de ser estudado em si mesmo isoladamente e como fim dêle mesmo, passou a ser estudado em conjunção com esses diversos direitos e, por assim dizer, em função dêstes últimos e da prática jurídica, resultando daqui uma primeira deslocação no ponto de vista por que êle foi encarado (1).

Em segundo logar, a escola do direito natural veio ainda contribuir para esta modificação de pontos de vista fazendo também prevalecer no estudo do direito romano, como critério de interpretação e de renovação, um critério desta vez filosófico. Para a escola do direito natural, desabrochada já no século XVI mas só agora desenvolvida num sistema filosófico-jurídico completo e coërente, o direito histórico e positivo, como êle existe na

(1) Foi o que se deu em Portugal com os nossos reinícolas dos séculos XVII e XVIII a que se refere a nota acima e, sobretudo, o que se deu na Alemanha nesta mesma época com a reacção do direito germânico contra o direito romano, introduzido neste país como direito comum e subsidiário, desde a segunda metade do século XV, pela *rezeption des römischen Rechts in Deutschland*.

Com efeito, em Portugal, os tratadistas, casuístas e comentadores das Ordenações, os nossos autores de Instituições e antiquários, tais como Valasco, Domingos Portugal, Jorge de Cabedo, Sousa e Sampaio, etc., trataram já o direito com bastante notícia da nossa história e antigüidades, estudando o direito romano e ao mesmo tempo as leis e os antigos monumentos da jurisprudência nacional. Esta orientação e ao mesmo tempo emancipação da vida jurídica nacional com relação ao direito romano triunfa pelos fins do século XVIII com a célebre lei da Boa-Razão, de 18 de Agosto de 1769, e *Estatutos da Universidade*, de 1772, ao mesmo tempo que o estudo do direito pátrio e da sua história se impõe também só então com a criação de cadeiras para o seu ensino e com a obra altamente valiosa de Melo Freire, *Historia* e *Institutiones Juris Civilis Lusitani* (Lisboa, 1788-1794). Cfr. R. R. Nogueira, *obr. cit.*, pág. 181 e seg. e Coelho da Rocha *Ensaio*, pág. 220 e seg.

Quanto à Alemanha, foi sobretudo aí que o direito romano foi estudado e aplicado nos séculos XVII e XVIII em combinação com o direito nacional. Aí também, onde a orientação bartolista ficara pre-

vida social, não é o que deve interessar ao jurisconsulto. Acima dêsse direito e independente dêle está o direito derivado da própria natureza e revelado pelos ensinamentos da *recta ractio*, como um direito absoluto, igual para todos os povos, eterno e imutável (1). Ora a divulgação dêste ponto de vista, ao qual, como é sabido, aderiram os maiores filósofos do século XVII, devia vir também necessàriamente contribuir para modificar o ponto de vista e o interêsse no estudo do direito romano. E, com efeito, o direito romano que durante a Idade-Média fôra estudado, ora como um direito actual e vivo pelos glosadores, ora como um direito a adaptar

valecendo desde a recepção do *corpus juris*, o direito romano foi cultivado únicamente em função da necessidade da sua aplicação prática e imediata. Como direito comum, esse direito era cultivado em trabalhos, como entre nós, que apenas visavam esse objectivo: compêndios, tratados, comentários, colecções de controvérsias e decisões (*usus modernus pandectarum, jurisprudentia forensis*), nos quais instituições romanas e germânicas eram baralhadas e fundidas entre si sem crítica e sem espírito histórico. A Alemanha conheceu então também os seus praxistas e casuístas como os nossos, os seus *Praktiker*, muitos dos quais exerceram influência na nossa jurisprudência, como Carpzov (1595-1666), Schilter (1632-1705), Struve (1619-1692), Stryk (1640-1710), etc. Cfr. Salkowsky, *obr. cit.* pág. 63 e 64 e, sôbre o estado da jurisprudência alemã nesta época, Schlosser, *Civilistisches Magazing*, I, 6.

(1) A escola ou o sistema do direito natural que remonta à filosofia da Grécia e de Roma, a que já atrás se fez referência, e que durante a Idade-Média não deixou de viver combinada com as ideas teológicas sôbre o fundamento do direito no espírito dos escolásticos, dos comentadores e dos canonistas, revive com particular intensidade nos séculos XVII e XVIII. Pode dizer-se que êsse renascimento não foi então mais do que a expressão teórica da renovação intelectual da época moderna e da sua emancipação no campo religioso e político, encontrando sobretudo a sua fórmula sistemática na obra do já referido jurisconsulto holandês H. Grócio, *De jure belli et pacis* (1625), e obtendo em breve a adesão dos mais autorizados nomes na história do pensamento filosófico e jurídico, como os de Hobbes, Locke, Spinoza, Pufendorf, Leibniz, Thomasius, Wolf e J. J. Rousseau.

às condições da sociedade de então pelos comentadores e bartolistas, ora como uma pura manifestação da antiguidade clássica pelos juristas cultos do século XVI, passou assim a ser estudado agora com o intúito apenas de se encontrar nele a expressão daquela verdade jurídica já antecipadamente definida *à priori* pelos novos juristas filósofos. O *Corpus juris* tornou-se o campo fecundo onde se iam buscar todas as ideas e instituições necessárias para fundamentar os mais variados sistemas filosóficos do direito.

Viu-se nele a mais alta expressão do direito natural e racional, da *recta ratio*. Numa palavra, assim como os jurisconsultos do século XVI tinham acabado por cultivar o direito romano como um exclusivo pretexto para fazerem erudição e história, os jurisconsultos dos séculos XVII e XVIII, reagindo simultâneamente contra a tradição dos bartolistas e humanistas, e aproveitando a reacção dos diversos direitos nacionais contra o direito romano, acabaram por cultivar êste como único pretexto para se entregarem a especulações de racionalismo filosófico. E foi êste direito romano, estudado assim nesta confusão de tendências e de sugestões provindas simultâneamente do campo da filosofia e da prática, combinado com disposições tomadas do direito das nações modernas e da jurisprudência dos tribunais e com os princípios do direito natural, que se chamou na Alemanha o *usus modernus pandectarum* (1).

(1) Deve notar-se que, não obstante o vício fundamental do sistema ou escola do direito natural e as consequências funestas para o estudo do verdadeiro direito romano a que levou, contado a nova orientação filosófica e racionalista dos séculos XVII e XVIII teve o grande mérito e a vantagem de facilitar a sistematização definitiva do direito romano ou a criação daquilo a que se chamou na Alemanha o direito das Pandectas (*Pandekten-Recht*) e que constitúi ainda hoje a base teórica e sistemática de toda a construção do direito civil moderno. A sistematização dos conceitos jurídicos sobre que assenta a teoria civilista moderna não foi possível sem a formulação de um certo número de conceitos gerais que se devem aos jurisconsultos da escola do direito natural. É ainda, em segundo logar, não se deve esquecer que, como uma ulterior consequência desta primeira vantagem, foi também devido à mesma orientação, esforçando-se por emancipar do direito romano (pôsto que por via de concepções excessivamente subjectivas e faltas de crítica) a vida jurídica, que se tornaram possíveis as grandes reformas legislativas dos fins do século XVIII e o início do grande movimento de codificação na Europa (Cod. da Baviera, 1756, Cod. da Prússia, 1794, cod. civ. francês, 1804, etc.). Cfr. Salkewsky, *obr. cit.* pág. 64.

Em Portugal, como já se disse, foi esta orientação definitivamente consagrada pela lei de 18 de Agosto de 1769 e pelos *Estatutos da Universidade* de 1772, segundo os quais o direito romano só continuou a ser fonte subsidiária para a nossa jurisprudência quando fôsse conforme com a Bôa-Razão, isto é, com o *direito natural*, espírito das leis pátrias e com o govêrno e circunstâncias da nação. Para ser aplicada uma disposição de direito romano, tornou-se sempre necessário verificar primeiro se essa disposição tinha sido determinada por alguma característica peculiar do povo romano, caso em que se não aplicaria, ou se era usada pelos outros povos modernos. E também foram julgadas subsidiárias as leis das nações modernas em matérias relativas a negócios económicos, mercantis e marítimos. Era, como se vê, pois, o direito romano também entre nós, nos fins do século XVIII, rigorosamente limitado como fonte, quer no estudo quer na prática e aplicação do direito; e essa limitação era um pro-

O século XIX e a escola histórica

No século XIX a renovação geral das sciências e das letras teve mais uma vez como conseqüência uma renovação também na sciência e no estudo do direito romano. As mesmas causas nas mesmas circunstâncias produzem os mesmos efeitos. Esta renovação introduzida no estudo do direito pela gloriosa escola histórica de Savigny, nasceu precisamente das mesmas causas e condições que tinham determinado três séculos antes a renovação humanista ou cujaciana. A obliteração do sentido originário dos textos e das fontes e a perda completa de todo o interêsse dos estudos, assim como tinham levado à brilhante reacção da escola de Cujácio contra esses defeitos dos bartolistas, assim levaram também à

reacção da escola dos historiadores contra o filosofismo do século XVIII. Ambos estes movimentos foram também condicionados e tornados possíveis por uma mesma causa ocasional, uma renovação geral nas sciências, nas letras e nas artes; no século XVI o humanismo e o renascimento ocidental, no século XIX ou fins do XVIII um facto idêntico, o renascimento na Alemanha (1). E os métodos adoptados, que foram o instrumento de ambas as reformas, foram também ainda, pode dizer-se, os mesmos: a restauração da exegése directa dos textos fundada no cultivo da história, da crítica e da filologia. Numa palavra: a Alemanha de Hugo e Savigny

duto da nova orientação dada ao seu estudo pela escola filosofica do direito natural e pelo renascimento do estudo dos diversos direitos nacionais. A mesma origem podem referir-se ainda entre nós a tentativa de elaboração de um *Novo código* no tempo de D. Maria I, em que trabalhou Melo Freire, o espírito da obra dêste mesmo escritor e jurisconsulto e ainda das obras de Lobão e do nosso Correia Teles, auctor do *Digesto português*, já nos princípios do século XIX. O direito romano tinha atingido então o máximo da sua decadência.

(1) Como é sabido, a Alemanha pode dizer-se que não acompanhara ou acompanhera só frouxamente as nações do Ocidente no grande movimento da Renascença do século XVI. O século XVI fôra para a Alemanha sobretudo o século da Reforma religiosa de Lutero que dominára os acontecimentos e os espíritos a ponto de sufocar aí a Renascença que o humanismo tinha suscitado. Ora a Alemanha recuperava na segunda metade do século XVIII o tempo até aí perdido nas dissenções e lutas religiosas e integrava-se brilhantemente então no movimento de Renascença clássica, iniciando uma das fases mais interessantes da sua vida e cultura intelectual. Os nomes de Kant, Wolf, Winkelmann, Herder, Lessing, Schiller e sobretudo o de Goethe ilustram esta época na qual a nota clássica é sobretudo representada por Winkelmann, Herder e Goethe. E assim como Frederico Augusto Wolff (1759-1824) reformava com os métodos histórico-críticos a filologia, Niebuhr (1736-1831) reformava o estudo da história romana, expurgando-a dos erros da tradição, ao mesmo tempo que Winkelmann (1717-1768) era o primeiro a aplicar os métodos scientíficos ao estudo dos monumentos da antiguidade clássica. E a reünião de tantos germens de cultura, fazendo acusar mais ainda

seguiu o exemplo da França de Cujácio e Doneau. Göttingen repetiu Lyon e Brouges (1).

Mas não foi só a restauração dos antigos métodos de Cujácio que caracterizou a nova actividade scientífica dos romanistas alemães da escola histórica. Não só esses métodos foram por eles aperfeiçoados e enriquecidos na sua aplicação com um sentido mais profundo das condições históricas da vida romana e a descoberta de novos elementos de estudo, como novas fontes e textos jurídicos, senão ainda que o estudo dêstes foi completado também com a aquisição de uma nova e mais profunda concepção geral da sciência do direito e com um sentimento mais delicado das necessidades da sua aplicação. Os novos materiais e elementos de estudo vieram da descoberta de numerosas inscrições e monumentos epigráficos até aí desconhecidos, de novos documentos de toda a ordem fornecidos sobretudo pelo

o contraste com o estado lastimoso de decadência a que tinha chegado a sua jurisprudência, predestinava a Alemanha para ser no século XIX, como de facto foi, o país que mais alto devia erguer de novo o estudo do direito romano. Cfr. Diego, *obr. cit.* pág. 358 e seg.

(1) A escola histórica, assim chamada por ter como primeiro objectivo do seu programa o estudo do direito romano histórico no seu conjunto, em contraposição à escola filosófica do direito natural ou anti-histórica, como lhe chamou Savigny, tem o seu início com os trabalhos do jurisconsulto Gustavo Hugo (1764-1844), professor em Göttingen, autor de um Manual de história do direito romano muito apreciado e fundador de uma revista destinada a defender os novos pontos de vista atacando a jurisprudência do seu tempo (*Civilistisches Magazin*, 1790). A acção do novo reformador dos estudos jurídicos, embora auxiliada por dois outros jurisconsultos de nome, Cramer e Haubold não teria, porém, vingado no meio da grande luta de escolas a que deu logar, se não tivesse pouco depois contado com o auxílio de Frederico Carlos de Savigny (1779-1861). Êste foi o primeiro jurisconsulto do seu tempo, um dos maiores de todos os tempos e o fundador definitivo da nova escola que com êle triunfou. As suas obras, aliás pouco numerosas, são: o *Tratado sobre a posse* (*Das Recht des Besitzes*) (1803), *Vom Beruf unserer Zeit. f. d. Gesetzge-*

Egito e pelo Oriente e ainda de muitas obras ou fragmentos de obras dos escritores e jurisconsultos gregos e latinos (1). Ampliaram-se assim consideràvelmente as fontes de conhecimento da antiguidade; pôde fazer-se um cuidadoso exame crítico das mesmas, fixar-se o seu texto e reproduzí-lo em edições críticas mais perfeitas

bung und R. Wissenschaft (1814), onde formulou o programa da escola histórica e combateu a idea de codificação defendida por Thibaut, a *História do Direito rom. na Idade-Média* (*Geschichte des röm. R. im Mittelalter*) (1815), o *Sistema do dir. rom. actual* (*Systhem des heutig. röm. Rechts*) (1840) e o seu *Direito das obrigações* (*Obligationen recht*) (1853) apresentando-nos Savigny como um Cujácio aliado a um Doneau, a exegése crítica, filológica e histórica aliada à síntese construtiva dos conceitos jurídicos, e ambas servidas por qualidades de erudição, clareza e bom gôsto literário, como nunca se tinham encontrado reünidas num jurisconsulto até então Depois de Savigny representaram na Alemanha a escola histórica até hoje sobretudo Puchta (1798-1846), Hasse (1779-1830), Dirksen (1790-1808), Vangerow (1808-1870), Böcking (1802-1870), Rudorff (1803-1873), Bruns (1816-1880), Huschke (1801-1886), Brinz (1820-1887), Ihering (1818-1892) de que adiante falaremos, Windscheid (1817-1892), Pernice (1841-1901), Mommsen (1817-1903), e ainda Dernburg, Krüger, Scholl, Bluhme, Voigt, Karlowa, Mitteis e muitos outros. Cfr. Salkowsky, *obr. cit.*, pág. 65.

(1) Os monumentos epigráficos foram reünidos por Hübner no *Corpus Inscriptionum latinarum*, publicado desde 1863 pela Academia de Berlim e continuado depois pela *Ephemeris epigraphica* a partir de 1873, ao lado dos quais não devem esquecer-se também as colecções seleccionadas de Orelli-Henzem (*Inscr. Latin. amplissima collectio*, 1828-1856) e de Dessau (*Inscr. latin. selectae*, 1892-1906). As inscrições gregas, muitas das quais se referem também ao direito romano, foram reünidas no *Corp. Inscrip. graecarum*, Berlim, 1828-1877. Existe também uma colecção muito apreciável de inscrições relativas ao direito romano, organizada por Bruns e actualizada depois por Mommsen e Gradenwitz (Bruns — *Fontes juris rom. antiqui*; I *leges et negotia*, 1909; II, *scriptores*, 1909. Relativamente aos *papiros egípcios*, só há aqui a notar que a era da sua descoberta se inicia em fins do século XVIII com a publicação da *Charta Borgiana*, desenvolvendo-se a partir do século XIX o interêsse por estes documentos que então todos os mais importantes museus da Europa começam a adquirir em grandes quantidades. Entre outras colecções publicadas podem referir-se neste primeiro período da papirologia os *Papiri diplomatici* publicados por Marini em 1805 e os *Herculanensium volumina quae supersunt*, contendo os papiros descobertos em Herculanum desde o século XVII e publicados em 11 volumes, em Nápoles, desde 1793 a 1855. Vêr a êste respeito a notícia sôbre os progressos da papirologia em Pacchioni, *Corso*, I, pág. 225 dos apêndices. Quanto às obras da jurisprudência clássica ou frag. de obras descobertas no século XIX, bastará referir aqui de novo as *Institutas* de Gaio descobertas por Niebuhr em Verona em 1816, descoberta que teve o maior alcance para o desenvolvimento dos estudos do direito romano, o livro das *Regras* de Ulpiano, já conhecido de Cujácio no século XVI mas que, perdido depois disso, só foi novamente descoberto por Savigny na biblioteca vaticana; emfim, os *Fragmenta Vaticana*, os frag. de Symmaco, de Dion de Halicarnasso, de Lydius, o *de republica* de Cicero, etc.

que as anteriores (1). A nova concepção da sciência jurídica consistiu, por outro lado, em vêr no direito, não já um produto arbitrário da razão, que podia ser estudado dentro de teorias abstractas e por processos *a priori*, como na escola do direito natural, mas um dado positivo e um produto histórico da consciência colectiva de um povo e de uma nacionalidade, sujeito a leis de um desenvolvimento orgânico e contínuo, como os outros elementos da vida social (2). Ora, combinando esta

(1) Acêrca das edições críticas dos textos justinianeus e antejustinianeus, do *Corp. juris* e do *Cod. Theod.*, por ex., elaboradas por historiadores e jurisconsultos da nova escola, como Mommsen, Krüger, Schöll, Kroll, etc. *vid. supra*, pág. 242. Cfr. também Girard na Bibliografia que precede o seu *Man. de droit romain*, pág. X. Pode dizer-se que as novas edições críticas alemãs tornaram inúteis todas as anteriores.

(2) Como se disse já, foi na sua obra intitulada *Da vocação do nosso tempo para a legislação e para a sciencia do direito* (*Vom Beruf uns. Zeit.* etc.), publicada em 1814, que Savigny formulou a doutrina e os pontos de vista da escola histórica. As ideas aí sustentadas contrapõem definitivamente esta escola à escola representada por Thibaut. O direito era considerado como um facto puramente histórico, produto do espírito de um povo, ligado indissolùvelmente a todos os outros elementos da cultura e vida dêsse povo, e formando-se por um processo orgânico de desenvolvimento, em vez de ser uma criação

concepção positivista do direito com os progressos realizados no campo da investigação histórica e pondo estes ao serviço de um constante alargamento daquela, foi que os jurisconsultos da escola histórica puderam criar as bases de um novo método dialético no estudo do direito romano e com êle cultivar êsse estudo, com um brilho até ai nunca visto, nos seus diferentes aspectos, exegético, histórico, sistemático e prático (1). Isto é, não só a análise exegética das fontes, servida por novos elementos de estudo, lhes permitiu elevar-se a uma melhor caracterização dos conceitos jurídicos e esta, auxiliada por um conhecimento mais completo de outros elementos da vida romana, lhes tornou possível uma conexão sistemática mais perfeita das diferentes partes do direito, mas ainda a sua nova concepção das origens e desenvolvimento dêste pôde fornecer-lhes também um critério mais seguro para distinguirem no direito romano

arbitrária do legislador ou da razão especulativa e filosófica. Em face disto, os adversários de Savigny acusavam-no justamente de não atribuir nenhuma importância à razão e à liberdade do homem, de sacrificar o presente e o futuro ao passado, banindo do direito a filosofia que é a única fonte das noções de verdade e de justiça. Pode vêr-se, acêrca da distinção entre a escola histórica e o método histórico, Saleilles, *Livre du Centenaire* pág. 99 a 122 e Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale* (1905), pág. 1-18.

(1) Da sua concepção fundamental sôbre a origem e a natureza do direito como facto puramente social e histórico é que resultou, primeiro que tudo, a necessidade do cultivo da exegêse directa dos textos como meio de reconstituição do direito romano (ponto de vista já dos glosadores) e para esta, como seus meios scientificos de realização, o cultivo da história e da filologia (ponto de vista já dos humanistas com Cujácio à frente). Era êste o aspecto *exegético-histórico* da actividade da escola. Mas, ao passo que Cujácio tinha únicamente procurado interpretar as leis romanas na sua imobilidade, Savigny foi mais longe e procurou reconstituir as próprias teorias do direito romano em vista da sua aplicação prática, não sendo por êste lado a sua actividade como historiador mais do que um meio subordinado a estes dois fins, a exegése e a sistematização

as suas partes mortas daquelas que, vivas ainda, deviam continuar a ter aplicação na prática jurídica (1).

Apesar, porém, dêstes incontestáveis méritos e serviços prestados à sciência, não deve esquecer-se, por outro lado, que a escola histórica incorreu também em defeitos graves e que, se ela, sob a direcção de Savigny, soube manter-se estritamente fiel ao princípio de um prudente equilíbrio entre aqueles três aspectos, nas mãos de alguns dos seus sucessores caiu por vezes no grave e já velho defeito da jurisprudência erudita de cultivar só o aspecto histórico do direito com prejuízo dos demais ou de se prender demasiadamente com detalhes de investigação sem verdadeiro interêsse prático, ou ainda no de, exagerando a sua concepção sôbre as origens do direito como um produto espontâneo da consciência colectiva, perder de vista o papel também nelas desempenhado pelo elemento lógico e técnico, pela vontade e pelo factor imitação (2).

da doutrina com intuitos práticos, o que muito bem se explica quando se atenda a que no seu tempo ainda era o direito romano que vigorava na Alemanha. E êste aspecto *sistemático* e *prático* da sua actividade scientífica êle mesmo o põe em destaque quando diz (pág. 39 do Prefácio ao *Sistema do Direito rom. actual*) que as investigações puramente históricas sáem fora do plano da sua obra. E portanto, em resumo, dados todos estes fins que a escola histórica se propunha, em que a história é ainda a cruzada da exegêse, como esta o é da dogmática e da prática jurídica, o método de Savigny, é ainda fundamentalmente um método dialético e não já puramente histórico, como Ihering reconhece na sua *Beutzwille*, trad. Meulenaere, pág. VII e VIII. Cfr. Cuq. *Man. des inst. juridiques*, pág. 73. Como muito bem nota Clemente Diego, a escola histórica foi a satisfação e a síntese mais perfeita das aspirações que vinham isoladamente dominando o espírito dos grandes jurisconsultos dos séculos anteriores.

(1) Cfr. Wiedescheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, pág. 22.

(2) Sôbre o valor da concepção fundamental do direito elaborado pela escola histórica e sistematizada sobretudo por Puchta, vêr sobretudo o trabalho já citado de Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, pág. 19 e seg. Sem dúvida, a doutrina essencial

O direito romano nos nossos dias

Depois de Savigny a orientação da escola histórica tem-se mantida até hoje, pode dizer-se, nas suas linhas e critérios fundamentais, no estudo do direito romano. Os seus métodos de indagação histórica fundados na aliança definitiva da exegése com a crítica histórica e a filologia são ainda os seguidos hoje: apenas os nossos meios de informação e materiais de estudo são mais ricos também hoje que no tempo de Savigny. Neste ponto é que representam um notável impulso, dado sobretudo depois dêle ao desenvolvimento dos nossos meios de investigação, os mais recentes progressos da papirologia que constitúi actualmente, ao lado epigrafia e da paleografia, pode dizer-se, um precioso auxiliar da história do direito romano (1). Além disso, também o âmbito da in-

que está no fundo dessa concepção, a da evolução do direito considerado como facto social e histórico permanece de pé e é hoje universalmente aceite. Savigny foi quem transportou pela primeira vez para a história jurídica a idea de evolução que se tinha já tornado corrente durante o século XIX no domínio das sciências naturais e da história geral. Porém, no que respeita à outra idea basilar da sua teoria, a elaboração do direito através do que se chamou a consciência colectiva, a consciência colectiva do povo, essa idea que no fundo não pode também deixar de ser julgada verdadeira e exacta, foi no entanto modelada dentro de uma concepção sistemática que tem merecido e com razão as mais justas críticas. Mas desta questão, que é propriamente uma questão de filosofia do direito, não temos que nos ocupar, limitando-nos aqui a remeter o leitor para a obra de Fanon, onde se faz uma crítica muito imparcial das doutrinas da escola histórica, e para a bibliografia sôbre filosofia do direito contida no *Traité de Droit constitutionel* de Duguit, I (2.ª ed. 1921), pág. 3 a 6.

(1) Como já atrás foi dito, a maior quantidade de papiros até hoje descobertos são propriedade dos mais importantes museus de arqueologia histórica da Europa, tais como Museu Britânico, o Queen's college, de Oxford, o Museu do Louvre, o Museu de Viena, o de Berlim e o Museu do Cairo. Esses documentos e muitos outros, possuídos por particulares e fazendo parte de colecções menos importantes teem, porém, sido publicados pouco a pouco, já em obras de vulgarização destinadas a auxiliar os estudos históricos, já em publicações periódicas e revistas. Emquanto se não realizar a publicação de todos os papiros conhecidos até hoje numa colecção única que seja para esses documentos o mesmo que é o *Corpus Inscr.* para as inscrições epigráficas romanas, idea que já foi lançada mas que até hoje ainda ninguém realizou, o melhor índice de que hoje nos podemos servir para conhecer todas as colecções existentes e as publicações que teem sido feitas é o que fornecem Wilken e Mitteis, na introducção à sua obra *Grundzüge und Chrestomatie der Papiruskunde*, Berlim, 1912. Como colecção fácilmente consultável, deve referir-se também a de P. Meyer, *Juristische Papyri*, Berlim 1920.

dagação romanística, sem sair fóra dos moldes da escola histórica, se encontrou nos fins do século passado e já no decorrer do actual consideràvelmente enriquecido com a contribuïção fornecida aos seus pontos de vista por outras correntes afins do pensamento scientífico e jurídico mais recente. Estão neste caso: a tendência positivista da escola sociológica do século XIX, levando a considerar o direito de uma maneira experimental, como um puro facto social, que justamente se deixa observar no campo histórico do direito romano melhor do que em nenhum outro (1), as tendências evolucionistas da filosofia inglesa derivada de Darwin e Spencer, com a sua inclinação para a etnografia e para os estudos do direito comparado (2); e, finalmente, a última

(1) Pôsto que nem todas as direcções do positivismo e, nomeadamente, a dos seus mais elevados representantes tenham excluído do estudo do direito o ponto de vista deontológico, isto é, a investigação não só daquilo que as instituïções são mas também daquilo que devem ser, contudo algumas escolas limitam-se a um conceito puramente fenomenístico da ética e do direito. Segundo elas, o direito é também um puro fenómeno social e histórico, produzindo-se por meio de um processo de formação natural, sujeito a leis necessárias e fatais. À sciência deve limitar-se a verificar êste facto e a observá-lo sem sair fora dos limites da experiência, sendo descabida toda a tentativa de justificação e determinação do fundamento ético do direito.

(2) Pertencem a esta direcção os trabalhos de Sumner Maine, Dareste, Post, Waitz, Bastian, Bachofen, Mac Lenan, Morgan, Letourneau, Lubbock, Tylor, Kohler, etc.

orientação dada aos estudos do direito romano, dentro de uma tendência já mais filosófica e elevada do que a do positivismo, mas sem o abandono dos métodos históricos, completados com uma orientação mais realista, como foi a que lhe soube dar o génio poderoso de Ihering (1). E foi, pode dizer-se, o revigoramento que a acção combinada destas diversas correntes do pensamento scientífico e filosófico dos últimos cincoenta anos comunicou aos estudos do direito romano, rasgando neles novas e mais largas perspectivas abertas à investigação, e descobrindo para eles um novo interêsse como instrumento de uma mais elevada cultura jurídica, filosófica e histórica, que estes puderam emfim salvar-se no ensino das universidades modernas depois da recente crise que atravessaram com a extinção do direito romano, como direito aplicável, logo após a publicação na Europa dos últimos códigos civis.

(1) Ihering (1818-1892) imprimiu à escola histórica uma orientação filosófica e sociológica que consistiu em procurar extrair do estudo do direito romano, não um sistema de legislação para os nossos dias, como Savigny, nem muito menos uma sistematização dogmática de conceitos puros, como os pandectistas, que êle ridicularizou com uma *verve* inexcedível, mas uma autêntica filosofia da história do direito. Como êle próprio disse, o que devemos é procurar descobrir no direito romano qual o movimento íntimo da marcha do direito, quais as fôrças ocultas, as causas longínquas e a correlação imaterial que prende entre si os diversos elementos que constituem o conjunto da evolução jurídica. O direito romano foi para Ihering o meio de justamente se elevar ao conhecimento do que constitúi a essência das relações jurídicas, da sua estrutura, dos critérios que as regulam e que, respeitados em qualquer tempo e em qualquer parte, fazem prosperar a vida individual e social. No direito romano procurou êle a essência do direito em geral, tomando-o como aquilo que êle era, como um direito histórico e uma das mais explendidas e completas manifestações da vida jurídica da humanidade, como um ponto de partida, isto é, para se elevar a uma filosofia da história universal do direito. E assim, segundo Ihering, se nós ainda hoje não podemos emancipar-nos do direito romano, dado o estado actual da nossa cultura, tempo virá em que o poderemos fazer, quando, possuída a essência do direito, a sciência dessa técnica social tomar antes a forma de uma jurisprudência comparativa universal, período que em parte já começou com a publicação dos diferentes códigos nacionais. A sua grande obra, *Espírito do direito romano*, foi realizada justamente, como o seu título indica, com êste intúito, o de sujeitar o direito romano a uma crítica feita em nome da filosofia da história, procurando descobrir o princípio de universalidade dêsse direito e o seu íntimo e mais profundo sentido em correlação com todos os factores históricos da vida romana. E êste intúito elucida-nos sôbre o seu método que foi, não já um método dialético como o de Savigny, mas puramente histórico e *realista*, no sentido de explicar sempre as instituições jurídicas, não pela lógica do investigador, mas pela da própria vida no seu movimento e pelos fins criados constantemente pelo ambiente social às instituições jurídicas (*Vid.*, *supra*, pág. 41, nota). A influência de Ihering nos estudos do direito romano foi enorme, embora ela não tenha dado os resultados fecundos que dela havia a esperar e tenha antes constituído um novo perigo para os abusos da especulação filosófica contra os quais reagiu a escola histórica. Sôbre o valor scientífico e a significação da figura de Ihering como romanista na história dêstes estudos no século passado, vêr A. Posada, na introdução à tradução espanhola da sua obra intitulada *Prehistoria de los indo-europeos* (Madrid 1903).

O estudo comparativo do direito romano confrontado com os outros direitos da antiguidade e até alguns estranhos à Europa, como são sobretudo o caldeu, o grego, o índio, o celta, o árabe e ainda o japonês; (1) o estudo das suas variantes locais, sobretudo no Egito e no Oriente, feito através dos últimos progressos da papirologia (2); emfim o intúito puramente scientífico e histó-

(1) *Vide*, além dos estudos de etnologia e etnografia comparada dos autores já referidos a pág. 319, os trabalhos recentes de Tito Giorgi, *Gli indoeuropei, ordinamenti sociali e istituzioni giuridiche;* de Carusi, *Il problema scientifico del diritto musulmano* e *Per una scienza giuridica orientalistica;* de De Francisci, *I diritti orientali mediterranei e la loro supposta derivazione comune*, nas *Rivista per le scienze giuridiche* e *Riv. ital. di sociologia*; de Lingenthal, *Geschichte des griechisch-röm. Rechts* (1892) e os trabalhos de D'Arbois de Jubainville sôbre o direito celta.

(2) *Vid.* sobretudo a obra já citada de Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht.*

rico das suas investigações, já hoje desembaraçadas de qualquer preocupação de aplicação prática imediata na vida social dos nossos dias, são, com efeito, estes os fins objectivos e os meios pedagógicos — valorizados sempre pelos métodos da escola histórica, procurando restaurar o meio social dentro do qual as suas instituïções nasceram e viveram — que caracterizam, pode dizer-se, os últimos progressos no estudo do direito romano.

É esta a orientação, emfim, que Ihering pôde formular na sua frase tão notável e que marca definitivamente o valor pedagógico e o fim dos estudos romanísticos de hoje: — *durch das römische Recht über das römische Recht hinaus* —, isto é, «pelo direito romano para além do direito romano».

APÊNDICES

Lei das XII Táboas

Táboa I [1]

1. SI IN IVS VOCAT [ITO]. NI IT, ANTESTAMINO: IGITVR EM CAPITO.

2. SI CALVITVR PEDEMVE STRVIT, MANVM ENDO IACITO.

3. SI MORBVS AEVITASVE VITIVM ESCIT, IVMENTUM DATO. SI NOLET, ARCERAM NE STERNITO.

4. ADSIDVO VINDEX ADSIDVVS ESTO; PROLETARIO [IAM CIVI] QVIS VOLET VINDEX ESTO.

5. NEXI [MANCIPIIQVE] FORTI SANATI [QVE IDEM IVS ESTO].

---

(1) Lei 1; traduç. «*Se alguem é chamado a juizo, (que vá). Se não fôr, tomem-se testemunhas e seja preso*». O imperativo *ito* é conjectural e desnecessário para a compreensão do texto. *Antestamino* é o imperativo do verbo *antestor* = citar por testemunhas, tomar testemunhas; finalmente, a forma arcáica *em* está em vez de *eum*. Como se vê, êste texto refere-se à citação do réu para vir a juízo; se êle não se prestava a isso, podia o autor compelí-lo pela fôrça a que viesse aí, tomando testemunhas do facto.

Lei 2; trad. — «*se* (o reu) *pretender enganar e fugir, lancem-lhe a mão* (*prendam-no*)». É um complemento do texto anterior. *Struere pedem*, quere dizer fugir; vid. Festo: *de significatu verborum*, verb. *struere*; e cfr., para a significação de *calvitur*, Nonius, vb *calvitur*, e Dig. 50, 16, 233, pr. *Endo* é também forma arcáica (*endo* ou *indu*, por *in*).

Lei 3; trad: — «*se a doença ou a idade fôrem a dificuldade* (para

6. REM VBI PACVNT, ORATO.

7. NI PACVNT, IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAVSSAM COICIVNTO. COM PEROBANTO AMBO PRAESENTES.

8. POST MERIDIEM PRAESENTI LITEM ADDICITO.

9. SI AMBO PRAESENTES, SOLIS OCCASVS SVPREMA TEMPESTAS ESTO.

10. (*Aulo Gélio*, 16, 10, 8): Cum PROLETARII et ADSIDVI et SANATES et VADES et SVBVADES et XXV ASSES et TALIONES furtorumque quaestio CUM LANCE ET LICIO evanuerint, omnisque illa XII tabularum antiquitas... lege Aebutia lata consopita sit...

o reu vir a juízo), *dêem-lhe um animal que o transporte. Mas se êle nem assim quizer vir, nem por isso lhe deve ser dado qualquer carro fechado*». A forma *escit* é arcaísmo, estando em vez de *erit, erunt*, como se pode vêr em Lucrécio e Festo. Quanto á palavra *jumentum*, significava qualquer animal de carga ou de tracção, cavalo, muar ou burro; ou ainda, segundo A. Gélio, o mesmo que *vehiculum*, carro. Todavia nesta passagem a significação de animal condiz melhor com o resto do texto.

Lei 4; trad.: — «*do rico seja defensor* (ou vindex) *um rico também; do pobre ou plebeu, porém, seja-o quem quizer*». Ácêrca do sentido dos vocábulos *adsiduus* ou *assiduus* e *proletarius*, vid. Nonio Marcelo, *de compendiosa doctrina*.

Lei 5; trad.: — «*o direito do nexum e da mancipatio seja idêntico para os ricos e para os* sanates (pobres?)». Vid. Mommsen, *Römische Geschichte*, vol. I, pág. 99, nota. Segundo êle, os *sanates* seriam os *latini prisci cives romani*, isto é, as comunidades do Lácio reduzidas pelos romanos à condição plebea.

Lei 6; trad.: — «*quando for celebrado qualquer pacto ou convenção sôbre uma coisa, pronuncie-se a competente fórmula*». Isto quere dizer: sem fórmulas verbais, sem palavras solenes, nenhum pacto ou convenção pode tornar-se obrigatório (*nuda pactio obligationem non parit*). *Pacunt* é verbo arcáico (*pacio*) empregado por *paciscor*.

Lei 7; trad.: — «*se não pactuarem ou acordarem entre si as partes, antes do meio dia compareçam no comício ou no foro a intentar a acção (a litigar); e aí, presentes ambas as partes, aleguem oralmente a sua justiça ao mesmo tempo*». O *comitium* era no *Forum* o local onde

Táboa II [1]

1 — *Gaio* (4, 14) Poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. Nam de rebus M aeris plurisve D assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat. [At] si de libertate hominis controversia erat, et si pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est.

funcionava o tribunal do pretor, perante o qual as partes deviam comparecer.

Lei 8; trad.: — «*passada a hora do meio-dia*, (se uma das partes não comparece em juízo), *a lide deve ser julgada a favor da parte presente*». A parte ausente é então condenada à revelia.

Lei 9; trad.: — «*presentes o autor e o reu, o julgamento ou a audiência não poderão ir além do pôr do sol*». O processo *in judicio* devia resolver-se num único dia; e, quando isto não sucedesse, primitivamente, teria de recomeçar desde o princípio num outro dia e assim sucessivamente.

Lei 10; trad.: — «*como as categorias de plebeus, de ricos, de sanates, fiadores e sub-fiadores, os vinte e cinco asses, os taliões e a investigação dos furtos* (lance et licio) *e toda a antiguidade das XII táboas tivessem caído em desuso,... foi revogada pela lei Aebutia*». Cfr. Gaio, Inst. IV, 184. Como se vê, a primeira táboa tratava pois do processo e, especialmente, da citação em juízo ou *in jus vocatio*.

(1) Lei I. Esta táboa tratava dos trâmites do processo. A primeira lei, cujo conteúdo é reproduzido de Gaio (Cfr. Festo, *de sign. verb*, v. *sacramentum aes*) tratava da importância da soma a depositar pelas partes na *legis actio sacramento* consoante o valor da acção: 500 asses ou 50, segundo aquele valor era de mil ou mais asses ou, pelo contrário, era menor. Tratando-se da liberdade de um homem, a soma a depositar ou a apostar era de 50 asses.

Lei 2; trad.: «*doença grave* (constituindo legítimo motivo de excusa)... *ou o facto de se ter designado dia de julgamento* (numa causa) *com um estrangeiro, qualquer dêstes dois factos foi razão de impedimento para o juiz, para o árbitro ou o réu e por isso esse dia seja adiado*. A primeira parte da disposição, relativa ao *morbus sonticus*,

2. ...MORBVS SONTICVS... AVT STATVS DIES CVM HOSTE... QVID HORVM FVIT [VITIVM] IVDICI ARBITROVE REOVE, EO DIES DIFFISVS ESTO.

3. CVI TESTIMONIVM DEFVERIT, IS TERTIIS DIEBVS OB PORTVM OBVAGVLATVM ITO.

Tábua III (1)

1. AERIS CONFESSI REBVSQVE IVRE IVDICATIS XXX DIES IVSTI SVNTO.

2. POST DEINDE MANVS INIECTIO ESTO. IN IVS DUCITO.

3. NI IVDICATVM FACIT AVT QVIS ENDO EO [IN IVRE] VINDICIT, SECVM DVCITO, VINCITO AVT NERVO AVT COMPEDIBVS XV PONDO, NE MINORE, AVT SI VOLET MAIORE VINCITO.

4. SI VOLET SVO VIVITO. NI SVO VIVIT [QVI EVM VINCTVM HABEBIT], LIBRAS FARRIS ENDO DIES DATO. SI VOLET, PLVS DATO.

5. *Aulo Gélio* (20, 1, 47, 7): Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.

é clara. (Sôbre *morbus sonticus*, doença grave, real, cfr. Festo, v.º *sonticum*, e A. Gel. 20, 1, 27 das *Noctae atticae*). A parte relativa à causa com estrangeiro é de mais difícil interpretação, mas parece evidentemente referir-se, não ao *peregrino*, categoria que ainda não existia a êsse tempo, mas ao estrangeiro (*hostis*) cujas relações com Roma eram reguladas por tratados especiais, fora dos quais o direito do cidadão romano contra êle subsistia eternamente (*aeterna auctoritas*). Cfr. Cícero *de off.* 1, 12, 6. (Sôbre *status dies*, vid. também Festo, v.º *status*). De modo que, parece concluír-se que a designação de dia para julgamento numa causa com um estrangeiro (*hostis*, antig. *perduellis*) seria motivo para adiamento, quando entretanto sobreviesse guerra com a cidade dêsse estrangeiro. A palavra *hostis* significou mais tarde, justamente, o estrangeiro que fazia guerra a Roma, isto é, o inimigo.

Lei 3; trad: — «*aquele que não tiver testemunhas vá durante três dias gritar* (reclamar em altos gritos) *diante da casa ou da porta* (do réu)». Cfr. Festo, v.º *obvagulo, vagulatio, portum*. É uma formalidade do primitivo direito, tendo por fim atestar publicamente e desde logo um facto e uma reclamação contra alguém, que doutro modo se não poderia provar.

(1) Lei 1. Trata dos direitos do credor sôbre o devedor, trad.: — «*nas dívidas confessadas em juízo e nas acções julgadas judicialmente, a execução não terá logar antes de decorridos trinta dias*». É uma trégua concedida ao devedor para êle poder dispôr as suas coisas e pagar a dívida. Cfr. A. Gel. 20, 1, 42-45.

Lei 2; trad.: — *depois disto* (dêste prazo) *tenha logar a* manus injectio (prisão) *e o réu seja levado a juízo* (ao tribunal). Cfr. *Lex coloniae genitivae Juliae*, cap. 61.

Lei 3; trad.: — *se* (o réu condenado) *não cumprir a sentença, ou alguém se apresentar a defendê-lo ou afiançá-lo* (servir de *vindex*), *nesse caso, leve-o* (o autor) *consigo, ate-o com uma corda ou com algémas nos pés* (*aut nervo aut compedibus*) *pesando não menos de quinze* (libras) *ou, se se quizer, pesando mais*». Cfr. Gaio, VI, 21.

Lei 4; trad.: *se* (o réu) *quizer, pode sustentar-se à sua custa* (viver do que é seu): *se não se sustentar, aquele que o retiver preso dê-lhe* (um certo número de) *libras de pão todos os dias, ou mais, se quizer*». Esta prisão privada do devedor no ergástulo do credor, que tinha logar depois de uma *addictio* (adjudicação) da pessoa do primeiro feita pelo magistrado, pelo menos nos tempos que se seguem às XII Tábuas, durava sessenta dias, constituíndo directamente um forte estímulo para que êle pagasse a dívida ou alguém dos seus.

É o que resulta da lei seguinte reconstituída no seu conteúdo através de Aulo Gélio. Se entretanto as partes não chegavam a acôrdo, era o reu durante os sessenta dias de cativeiro levado ao comício a três feiras sucessivas. Aí era apregoada a quantia devida na especiativa de que alguém a pagasse. Caso isto não sucedesse, era o réu condenado na terceira feira à pena capital, podendo o credor matá-lo ou vendê-lo como escravo *trans Tiberim* (além do Tibre).

L. 6. trad.: — «*na terceira feira cortem ou dividam* (o reu) *em partes; se cortarem mais ou menos, não seja isso levado à conta de fraude*». O *se* é fórma arcáica, por *sine*. Cfr. A. Gellio, 20, 1, 48.

6. TERTIIS NVNDINIS PARTIS SECANTO. SI PLVS MINVSVE SECVERVNT, SE FRAVDE ESTO.

7. ADVERSVS HOSTEM AETERNA AVCTORITAS [ESTO].

Tábua IV [1]

1. *Cicero* (*de legib. 3, 8, 19*): Cito [necatus] tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer.

2. (a) *Papiniano* (*Coll.*, 4, 8): Cum patri lex dederit in filium vitae necisque potestatem. (b) SI PATER FILIVM TER VENVM DV[VIT] FILIVS A PATRE LIBER ESTO.

3. *Cicero* (*orat. philip.* 2, 28, 69): . . . Illam suam suas res sibi habere iussit ex XII tab. claves ademit, exegit.

52; Quintiliano, *instit orat.*, 3, 6, 84; Tertuliano, *Apologia*, c. 4. e Dion Cássio, fr. 12. Esta disposição dizia respeito ao caso da pluralidade de crédores e tem dado logar a grande divergência de opiniões sôbre o seu verdadeiro sentido. Não é crível que ela fôsse executada no verdadeiro sentido material das palavras empregadas. Vid Ihering, *Scherz u. Ernst*, 1885, pág. 232-243 (trad. franc.: *Satires et verités*, de Meulenaere, Paris, 1902, pág. 298 e seg.) e Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 1884, pág. 30, confrontando esta disposição com idênticas disposições do direito escandinavo.

L. 7, trad.: — «*contra o estrangeiro o direito do cidadão seja imprescritível*». E' uma consequência de o estrangeiro (*perduellis, hostis, peregrinus*) não ter personalidade jurídica nem gozar de protecção legal em Roma, fóra dos casos ou situações de hospitalidade, de clientela ou de tratados especiais entre Roma e a sua cidade de origem. A palavra *auctoritas* significava o mesmo que direito de reivindicação ou de persecução; vid. Cícero, *de offic.* 1, 12; Festo, v.º *hostes* e A. Gel. 17, 7.

[1] Esta tábua trata do pátrio poder (*patria potestas*).

A lei 1 mandaria matar as crianças defeituosas e disformes, inúteis à pátria, como era praticado pelos hebreus e pelos gregos do tempo de Licurgo. Cfr. Dion. de Halic. *antiq.* 2, 15. A segunda conferiria aos pais expressamente o direito de vida ou de morte, o *ius vitae ac necis*, sôbre os filhos. Porém, «*se o pai vender o filho três vezes a fio, este ficará livre do patrio poder*». Cfr. Dion. de Hal. 1, 26; 2, 27; Gaio, 1, 132; 4, 79; 1, 135. A forma arcáica *venum duit* está em vez de *venumdet*, de *venundare*, dar em venda, vender. A lei 3.ª consagraria o direito de repúdio a favor do marido, diante do qual a mulher casada se achava *loco filiae*, sujeita à sua *manus* ou *potestas*. A 4.ª, finalmente, reconstituída no seu assunto através de Aul. Géllio, determinaria que só eram legítimos os filhos nascidos dentro dos 300 dias (dez mêses) seguintes à dissolução do matrimónio.

4. *Aulo Géllio* (3, 16, 12). Comperi feminam, in undecimo mense post mariti mortem peperisse, factumque esse negotium, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent.

Tábua V [1]

1. *Gaio* (1, 144, 5): Veteres, voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem, in tutela esse; exceptis virginibus Vestalibus, quas, liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tab. cautum est.

2. *Gaio* (2, 47): Mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usu capi non poterant, praeter-

[1] Esta tábua trataria das sucessões e da tutela. A 1.ª lei estabeleceria a tutela perpétua das mulheres, a tutela dos agnados, exceptuadas as Vestais. A 2.ª teria disposto que as *res mancipi* das mulheres não podiam ser adquiridas por usucapião, a não ser que fôssem dadas e entregues a outrém por elas *tutore auctore*. A lei 3.ª estatuia: — «*conforme se tenha dispósto dos seus bens e da tutela* (das pessoas sujeitas à *potestas* do *pater*) *assim valha de direito*». (*legassit* de *legare* = a dispôr, não só em legado, mas de uma maneira geral. *Pecunia*, de *pecus* = gado, significando o património ou o conjunto de todos os bens da família). Era a consagração da liberdade de testar expressa nesta fórmula simples: disponha cada um dos seus bens como entender. Mas esta fórmula tem inúmeras variantes. Cfr. Gaio, II, 224; Dig. 50, 16, 120; Cicero, *de inv*, 2, 50.

Lei 4, trad.: — «*se alguém morrer intestado* (sem testamento), *sem que tenha deixado um* suus heres, *o mais próximo agnado receba*

quam si ab ipsa tutore (auctore) traditae essent: id [que] ita lege XII tab. [cautum erat].

3. VTI LEGASSIT SVPER PECVNIA TVTELAVE SVAE REI, ITA IVS ESTO.

4. SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO.

5. SI ADGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM [HABENTO].

6. *Gaio* (1, 155): Quibus testamento, ... tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum adgnati sunt tutores.

7. (a) SI FURIOSUS ESCIT, AST EI CUSTOS NEC ESCIT, ADGNATUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAQUE EIUS POTESTAS ESTO. (b) *Ulpiano* (lib. ad Sabinum) Dig. 27, 10, 1, pr.. Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio. Ulpiano (fr. 12, 2): Lex XII tab. prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.

8. (a) *Ulpiano* (fr. 29, 1): Civis romani liberti hereditatem lex XII tab. patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit. (*b*) *Ulpiano* (Dig. 50, 16, 195, 1). Cum de patrono et liberto loquitur lex, EX EA FAMILIA, inquit, IN EAM FAMILIAM.

9. (a) *Gordiano* (Cod. 3, 36, 6): Ea, quae in nominibus sunt, ipso iure in portiones hereditarias ex lege XII tab. divisa sunt. (*b*) Diocleciano (Cor. 2, 3, 26): Ex lege XII tab. aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis ipso iure divisum.

10. *Gaio* (ad, edict. prov. Dig., 10, 2, 1, pr.:) Haec actio (familiae erciscundae) proficiscitur e lege XII tabularum.

todos os bens». *Escit* está por *erit*. *Familiam* quere dizer sucessão, herança, como em *actio familiae herciscundae*. Cfr. Cícero, *de invent* 2, 50, 148. Lei 5; trad.: «*se não houver agnado, recolham a sucessão os* gentiles. Estas duas últimas leis regulam a ordem da sucessão legítima. A lei 6 trataria da tutela legítima dos agnados para o caso em que faltasse uma tutela testamentária. A 7.ª trataria da curatela; — «*se houver* (por morte do *pater*) um *demente e não houver quem cuide dele* (um guarda) pertença esse cuidado (ou esse poder) *aos agnados e aos* gentiles, *não só a respeito da sua pessoa como dos seus bens*». E ainda aqui a mesma lei deveria tratar, com toda a verosimilhança, da correspondente tutela dos pródigos, como referem as passagens do Digesto referidas no texto, para a atribuir também aos agnados.

A lei 8.ª deferiria ao patrono a herança do liberto, no caso de êste falecer sem testamento e sem deixar *sui heredes*, como se vê de Ulpiano no Digesto; de forma que os bens adquiridos por aquele na família, da qual recebeu a liberdade, revertam nessa hipótese *in eam familiam*, isto é, a favor dessa mesma família.

A lei 9.ª poria também a cargo dos herdeiros e na proporção do seu activo as dívidas da herança. E, finalmente, a 10.ª reconheceria aos herdeiros numa massa indivisa de bens o direito de pedirem a sua divisão mediante uma acção especial que foi a *actio familiae herciscundae* (*herciscundae*, de *hercisco* = partilhar uma herança; ou, *cieo*, *ciere* = dividir, *herctum* ou *erctum* = a sucessão, herança).

Tábua VI [1]

1. CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO.

2. *Cicero* (*De off.* 3, 16): Cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta.

---

[1] A tábua VI trataria principalmente dos contratos e da propriedade.

Lei 1; trad.: — «*quando alguem fizer* (*ou celebrar algum contrato*) *na forma do nexum ou da mancipatio, de harmonia com o que fôr expresso em palavras* (*declarado*) *assim valha de direito*». Cfr. Festo, v. *nuncupata*; Cícero, *de orat*, 1, 57 e Gaio 1, 119 e 2, 104.

A lei 2.ª estabelecia que, posto as partes só respondessem pelo que tinham declarado, contudo seriam condenadas numa pena dobrada quando faltassem à verdade; mas os jurisconsultos estabeleceram, além disso, que ficariam sujeitos a penas e responsáveis ainda aqueles que ocultassem com o seu silêncio os defeitos das coisas que ven-

3. *Cicero* (Top. 4, 23): Usus auctoritas fundi biennium est.... ceterarum rerum omnium... annuus est usus.

4. *Gaio* (1, 111): Lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo [usu] in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cujusque anni interrumperet.

5. (a) SI [QUI IN IVRE MANVM CONSERVNT... (b) (?) Paulo (*libr. 1 manual., Vatic. frag.* 50): Et mancipationem et in jure cessionem lex XII tabularum confirmat.

6. *Tito Livio* (3, 44): Advocati [Verginiae]... postulant, ut (Ap. Claudius)... lege ab ipso lata vindicias det secundum libertatem.

7. TIGNVM IVNCTVM AEDIBVS VINEAVE E CONCAPI NE SOLVITO.

diam. A 3.ª trataria dos prazos para a aquisição da propriedade pela posse (usucapião): dois anos para os prédios e um ano para as outras coisas (*coeterae res*). Cfr. Gaio II, 41, 42. A 4.ª da aquisição da *manus* sôbre a mulher pelo *usus* e da sua interrupção mediante a *trinocti usurpatio* em cada ano. A 5.ª, cujo fragmento está incompleto (*se alguém vem às mãos com outrém em juízo...*), referia-se à *in jure cessio* como modo de aquisição da propriedade, a qual era, como se sabe, um processo de reivindicação fictício.

A lei 6, a que faz referência T. Lívio (cfr. Dig. 1, 2, 2, 24) a propósito da lenda de Virgínia, estabeleceria que os processos relativos à liberdade das pessoas (*vindicationes in libertatem*) exigiam que a pessoa a respeito de quem se discutia o estado ou condição permanecesse em liberdade durante a discussão da causa. Foi a violação desta lei que, segundo a tradição, deu origem à queda dos decênviros.

Lei 7; trad.: — «*não seja permitido reivindicar* (e distraír da construção?) *a trave junta aos edifícios ou a uma vinha*». (Cfr. Dig. 6, 1, 23, § 6 e frag. 59; e Dig. 47, 3, 1, 1). Era uma medida de interêsse público da cidade afim de que as construções e a agricultura não fôssem prejudicadas com a reclamação dos materiais de construção por parte dos proprietários (*ne urbs ruinis deformetur*, ou *ne aedificia sub hoc praetexta diruantur vel vinearum cultura turbetur*, como diz Ulpiano). Já se tem pretendido fundar nesta disposição a atribuição das XII tábuas a uma data posterior ao incêndio gaulês em 390 facto que teria determinado uma grande confusão nos materiais e uma grande precipitação na reedificação da cidade.

8. ... QVANDOQVE SARPTA, ... DONEC DEMPTA ERVNT...

9. *Ulpiano* (Dig. 47, 3, 1, pr.): Lex XII tabularam neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis junctum neque vindicare,... sed in eum qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem.

Tábua VII [1]

1. *Varrão* (*de l. L.* 5, 22): XII tabularam interpretes ambitum parietis circuitum esse describunt. — V. Maecianus (*Assis distr.*, 46): sestertius duos asses et semissem (valet) — lex XII tab. argumento est, in qua duo pedes et semis *sestertius pes* vocatur.

Lei 8; trad.: «*e quando um dia a vinha tiver sido podada... até que* (as traves ou materiais de construção) *tenham sido distraídos...*»; isto é, até êsse momento não possam ser reivindicadas ou retiradas pelo dono essas coisas (*ne solvito*). Cfr. Dig. 6, 1, 59. A passagem seguinte (9.ª), extraída de Ulpiano, confere ao proprietário de tais coisas, emquanto elas estiveram integradas nos edifícios ou nas vinhas, apenas uma *actio* penal *in duplum*, toda a vez que o dono do edifício ou vinha as tenha aproveitado sabendo que não eram suas.

(1) Esta tábua conteria talvez as disposições relativas aos deveres recíprocos dos proprietários vizinhos, mas dela não nos chegaram mais do que algumas palavras, devendo por isso a sua reconstituição ser feita apenas através das referências contidas nos escritores posteriores. Assim, a primeira disposição regularia a distância que devia ser deixada entre os edifícios e a largura das ruas. O *ambitus* ou o espaço em redor das edificações seria de dois pés e meio (*sestertius pes*). Cfr. Festo, v.º *ambitus*. Uma segunda disposição trataria da demarcação e tombamento dos prédios rústicos, assunto que, segundo Gaio, seria tratado pelas XII tábuas a exemplo de uma lei grega de Solon. O *finis* era uma facha de terra de cinco pés (*finis quinque pedum*) formados por dois pés e meio tirados a cada

2. *Gaio* (Dig. 10, 1, 13): Sciendum est in actionem finium regundorum illud observandum esse, quod (in XII tabul.) ad exemplum quodammodo ejus legis scriptum est, quam Athenis Solonem dicitur tulisse. Nam illic ita est: Ἐάν τις αμασιαν . . . etc . . .

3. (a) *Plínio* (N. H., 19, 4, 50): In XII tabulis, nusquam nominatur villa, semper in significatione ea *hortus*, in horti vero *heredium* — (b) *Festus* (F., 355) [Tugu]ria sordida, quo nomine [Messala in expla-na]tione XII ait etiam . . . signi[ficari].

4. *Cicero* (*de legib.*, 1, 21, 55): usus capionem XII tab. intra V pedes esse noluerunt.

5. (a) SI IVRGANT . . . (b) Cicero (*de leg*, 1, 25, 55): controversia est nata de finibus, in qua [e XII tres] arbitri fines regemus.

um dos prédios confinantes e que devia ser deixada livre, de forma os proprietários poderem passar por aí e voltar o arado. As questões relativas aos limites das terras eram resolvidas por três árbitros (*mensores, agrimensores*) os quais tomavam como base da sua demarcamação os anteriores limites, os títulos da propriedade e os cadastros rurais. Vid. Cícero, *de leg.*, 1, 21. Tudo isto seria provavelmente o assunto desta lei. A 3.ª conteria ainda outras disposições relativas às propriedades rústicas que, segundo Plínio, não eram nunca aí designadas por *villae* (casas de campo) mas por *hortus, heredia*, isto é, hortas, jardins ou pomares onde existiam cabanas e habitações infectas (*tuguria*), o que tudo mostra claramente a índole rural e agrícola da vida romana no tempo das XII tábuas. Cfr. Dig. 50, 16, 180.

A lei 4.ª proibiria a aquisição de propriedade por usucapião sôbre o *finis* dos cinco pés que devia separar os prédios contíguos. Este *ambitus* era insusucapível ou imprescritível. A lei 5.ª: «*se litigarem*» (se houver demanda), . . . as questões sobre limites serão resolvidas por três árbitros, segundo a lei das XII tábuas. A lei 6.ª referir-se-ia às dimensões em largura das ruas (*viae*) entre os prédios. Os terrenos eram, como se sabe, adjudicados aos *patresfamilias* depois de se ter procedido a certas agrimenções. E como a base ou a unidade desta divisão da terra era primitivamente a *centuria* (donde, *centuratio*), devia estabelecer-se entre estas unidades um caminho de uma certa largura. Era êste o *iber limitare*, distinto do *finis* ou

6. *Gaio* (Dig., 8, 3, 8): Viae latitudo ex lege XII tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est ubi flexum est, sedecim.

7. VIAM MVNIVNTO: NI SAM DELAPIDASSINT, QUA VOLET IVMENTO AGITO.

8. (a): SI AQVA PLVVIA NOCET . . . (b) *Paulo* (Dig. 43, 8, 5): Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII tabul., ut noxae domino sarciatur.

9. (a) *Ulpiano* (Dig., 43, 27, 1, 8): Lex XII tab. efficere voluit, ut XV pedes altius rami arboris circuncidantur. (b) *Pompónio* (Dig., 43, 27, 2,): Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege XII tab. de adimenda ea recte agere potes.

10. *Plínio* (*Nat. Hist.* 16, 5, 15): Cautum est, lege XII tab., ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere.

11. (*Inst. de Justin.º*, 2, 1, 41): Venditae et tradi-

confinium que separava os prédios compreendidos na mesma centúria, e que devia medir oito pés de largo nos sítios onde ele corria em todo o seu comprimento e dezesseis onde se quebrava tomando outra direcção.

Lei 7. trad.: — *tomai o caminho* (público): *se não tirarem as pedras dele* (se não poderdes passar), *podereis ir por onde quizerdes com carros ou animais*». Cfr. Festo v.º. *Via* é aqui o mesmo que o direito de passar ou a servidão de caminho sobre um prédio que permite o exercício dêsse direito. *Sam* é forma arcáica por *suam* ou *eam*. *Agito*, imperativo de *agere*, significa neste caso ir com animais ou carros. É outra das primitivas servidões prediais romanas o *actus* ou *jus agendi*, o direito de fazer passar sobre o prédio alheio animais ou quaisquer meios de condução (*jumentum*). As servidões de caminho eram desde o mais antigo direito o *iter*, o *actus* e a *via*.

Lei 8. trad.: — «*se a água da chuva causar dano . . .*»; este fragmento combinado com o frag. de Paulo no Digesto (43, 8, 5) e outros (39, 3, 1 e 2) põe em evidência o direito que tinha todo o particular de se opôr a que outro alterasse o natural defluxo das águas da chuva caídas no seu prédio por forma a prejudicar o seu. Servia para este fim a *actio aquae pluviae arcendae*, com a qual o pro-

tae [res] non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato; quod cavetur... lege XII tab.

12. *Ulpiano* (2, 4): Sub hac condicione liber esse jussus *si decem milia heredi dederit*, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet; idque lex XII tab. jubet.

Tábua VIII [1]

1. (a) QVI MALVM CARMEN INCANTASSIT... (b) *Cicero* (*de Repub.*, 4, 10, 12): Nostrae XII tabulae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque

prietário lesado podia fazer destruir todas as obras efectuadas pelo vizinho para alterar o fluxo da água.

A lei 9.ª estabeleceria uma outra limitação ao direito de propriedade fundada nas relações de vizinhança entre proprietários rústicos, pela qual todo o proprietário podia exigir do vizinho que cortasse os ramos das árvores ou plantas que se inclinassem sôbre o seu prédio a menos de 15 pés de altura. Existia para garantir êste direito uma *actio de arboribus caedendis*. Cfr. Dig. 43, 24, 1.

A lei 10.ª concedia ao proprietário o direito de penetrar em certos dias (*tertio quoque die*) no prédio do vizinho para aí poder apanhar as landes caídas das suas árvores. Cfr. Dig. 43, 28, 1.

A lei 11 conteria uma disposição, como a que se encontra nas *Institutas*, 2, 1, 41, determinando que a propriedade das coisas vendidas não passa ao comprador antes de este ter entregue o preço ao vendedor ou oferecido um *expromissor* ou uma *arra*. Cfr. Dig. 18, 1, 19.

A lei 12, finalmente, determinaria que o *statuliber* (isto é, o escravo ao qual foi deixada pelo senhor em testamento a liberdade, mas sob condição suspensiva) que tinha obtido a liberdade, sob condição de pagar ao herdeiro uma certa quantia, a obteria de facto desde que, alienado pelo herdeiro, pagasse essa mesma quantia ao seu adquirente ou comprador.

(1) Esta tábua conteria o direito criminal. A primeira lei refere-se ao delito de *injuria* (era *injuria* todo o delito contra as pessoas que não lhes causava qualquer prejuízo pecuniário) que consistia em escritos difamatórios, *carmen malum incantare*, *carmen famosum*,

sanciendum putaverunt; si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri.

2. SI MEMBRVM RUPSIT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO.

3. *Paulo* (*Lib. sing. et tit. de injuris*, *Collatio*, 2, 5, 5): Injuriarum actio aut legitima est aut honoraria — legitima est ex lege XII tab.: qui injuriam alteri facit, V et XX sestertiorum poenam subit. Quae lex generalis fuit; fuerunt et speciales, velut illa: — «manu fustive si os fregit libero, CCC, [si] servo, CL poenam subit sestertiorum».

4. SI INIVRIAM [ALTERI] FAXSIT XXV POENAE SVNTO.

5. *Festo (de verb. sig.* vb.º *Rupsit)*: Rupsit in XII significat damnum dederit.

6. *Ulpiano* (Dig. 9, 1, 1, pr.). Si quadrupes

occentare. E assim a lei dizia: *todo aquele que dirigir escritos difamatórios*... (e Cícero completa o sentido da lei) merecerá pelas XII táb. pena capital e será julgado praticar uma acção infame e detestável. Contudo há quem sustente que esta lei se não referia a escritos difamatórios, mas sim ao crime de sortilégio. Vêr Girard, *Man.*, pág. 401, nota 1.

A segunda lei estabelecia: *se alguem destruir a outrem um membro, e não chegarem a acôrdo, haja logar a pena de talião*. Vêr Festo, v. *talionis*; Gaio, III, 223, A. Gel., 20, 1, 14; Paulo, *Sent.* 5, 4, 6 § 7 e *Inst. de Just.* 44. Era êste um outro delito de injúria, sendo porém o sentido de *membrum ruptum* assunto de dúvidas. *Vid.* Girard, *ibid.* pág. 401, n. 3.

A lei terceira prevê outros casos de injúria a que nós chamamos hoje também ofensas corporais, estabelecendo uma tarifa geral de composição para o comum das injúrias (pena ou composição, 25 asses ou sestércios) e uma tarifa especial para o caso também especial do *os fractum* (fractura de osso) por meio de pancada vibrada com a mão ou com vara. Neste caso, se a víctima era uma pessoa livre, a composição era de 300, se escrava, de 150 sestércios. Era a transição do sistema do talião para o da composição legal.

A lei 4 é uma repetição da disposição anterior: *se alguém ofender outrém corporalmente, terá a pagar uma composição de 25 sest.* Subentende-se que era a medida aplicável às injúrias ou ofensas mais

pauperiem fecisse dicetur, ... lex XII tabularum voluit aut dari id quod nocuit... aut aestimationem noxiae offerri.

7. *Ulpiano* (Dig. 19, 5, 14, 3). Si glans ex arbore tua in fundum meum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, neque ex lege XII tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie... agi posse.

8. (*a*): QVI FRVGES EXCANTASSIT... (*b*): NEVE ALIENAM SEGETEM PELLEXERIS ...

9. *Plinio* (*Nat. Hist.* 18, 3, 12): Frugem... aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari jubebant... impubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni.

10. *Gaio*, (Dig., 47, 9, 9). Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari (XII tabulis) iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire jubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur.

11. *Plinio* (*Nat. Hist.*. 17, 1, 7): Cautum est XII tabulis, ut qui injuria cecidisset alienas (arbores), lueret in singulas aeris XXV.

12. SI NOX FVRTVM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IVRE CAESVS ESTO.

---

triviais, ofensas e pancadas ligeiras, bofetadas, etc. *Vid.* Gaio, III, 223, Festo, v. *vicintiquinque* e A. Gel. 16, 10, 8.

A disposição 5, representada muito vagamente por umas palavras de Festo (*v. rupsit*), é apenas a sombra de um possível fragmento ou disposição das XII Táb. relativa ao delito ou crime de dano. Há quem pretenda reconstituí-lo com as palabras: *rupitias sarcito* (reparai, indemnizai o dano) *Vid.* Permice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen*, p. 3 e cfr. Inst. IV, 3 e Dig., 9, 2 *ad legem Aquiliam*. Seria esta uma disposição geral relativa aos crimes de dano, dando à victima uma *actio de rupitiis sarciendiis*. Vêr também Girard, *Man.* pág. 412, n. 4.

A disposição 6 permitiria ao proprietário de um animal que tivesse causado qualquer dano a outrem libertar-se da responsabilidade entregando o animal ou oferecendo o justo valor do prejuizo. Cfr. Dig, 9, 1, 11; Inst. IV, 9, 1, pr. e Festo, v. *pauperies* e *noxia*.

A disposição 7 determinaria que o proprietário de um prédio tinha o direito de deixar apascentar-se o seu gado com os frutos caídos aí de um prédio vizinho, não se considerando êsse facto como um dano. Cfr. Dig. 10, 4, 9, 1 e 50, 16, 236.

A lei 8 dizia: *aquêle que atraír por encantamento* (enfeitiçar?) *os frutos* (de outrém)... *não lancará feitiço sôbre o campo alheio*... *Vid.* Plinio, *nat. hist.*, 28, 2, 10-17; Seneca, *natur. quaest.*, 4, 7.; St. Agostinho, *de civitate dei*, 8, 19 e Apuleu, *apol.*, 47. Parece tratar-se do crime de sortilégio contra as coisas ou dano por feitiço correspondente ao *carmen malum* ou *famosum* contra as pessoas.

A disposição 10 considerava, segundo Plinio, um crime a que correspondia pena capital: o exercício da lavoura durante a noite no trabalho dos campos.

A disposição 10 mandava fustigar e queimar aquele que scientemente punha fogo a uma casa ou a um depósito de trigo; no caso de o facto se dever a negligência, a pena consistia na indemnização do dano ou noutra pena mais leve. Cfr. Dig. 48 19, 28, 12.

Pela disposição ou lei 11 todo aquêle que cortasse árvores alheias pagava 25 moedas por cada uma. Cfr. Gaio, VI, 11.

A lei 12 determinava: *se alguém furtar de noite e se o matarem, essa morte será conforme ao direito.* Cfr. A. Gel. 8, 1; Dig. 9, 2, 4, 1 e 48, 8, 9 e *Collatio*, 7, 2, 1.

A 13 permitia igualmente matar o ladrão, mesmo de dia, se êste trazia armas e se defendia, contanto que êsse facto fôsse logo testemunhado com clamores e voz em grita; e está assim reconstituída:... *de dia... se êle se defender com armas... e testemunhae logo clamando.* Cfr. Dig., 9, 2, 4, 1; 47, 2, 55 e 50, 16, 233, 2 e ainda Cicero, *pro Tullio*, 20, 47, 21, 50 e Aul. Gel. 11, 8, 6.

A disposição 14, cujo sentido é reproduzido de A. Gelio, estabeleceria que em todos os outros casos de *furtum manifestum* os ladrões da condição livre, praticando o crime de dia e sem armas, seriam fustigados e adjudicados pelas XII táb. à victima do furto. Se, porém, fôssem de condição servil, seriam também fustigados e precipitados da rocha Tarpeia. Tratando-se de impúberes, seriam fustigados e o prejuizo por êles causado indemnizado. Cfr. Gaio, III, 189; A. Gel. 20, 1, 7; Inst. IV, 1, 4 e Dig., 22, 5, 12.

A disposição 15 determinaria que a pena correspondente ao crime de furto, quando o produto dêste fôsse encontrado (*conceptum*)

13. LVCI... SI SE TELO DEFENDIT... ENDOQVE PLORATO.

14. *A. Gellio* (11, 18, 8): Ex ceteris, manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos, verberibus affici et e saxo praecipitari; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri.

15. (a) *Gaio*, (3, 191); Concepti et oblati (furti) poena ex lege XII tab. tripli est. (b) ... LANCE ET LICIO...

16. SI ADORAT FVRTO QVOD NEC MANIFESTVM ERIT — [DVPLIONE DAMNVM DECIDITO].

17. *Gaio* (2, 45): Furtivam (rem) lex XII tabularum usu capi prohibet.

---

na presença de testemunhas em poder ou na casa do ladrão, seria do triplo do valor da coisa furtada. As expressões *lance et licio* (com lança e uma tanga?) referir-se-ão à maneira como a vítima do furto o devia procurar em casa do ladrão, afim de — deve-se supor — evitar toda a suspeita de levar ela consigo o objecto com um intúito de caluniar o suposto criminoso. Gaio já considerava ridícula esta disposição. *Vide* os §§ 192-194 das suas *Inst.* no livro 3 e cfr. A. Gel. 11, 18, 9; 16, 10, 8 e Festo, vb. *lance et licio*. *Vid.* Girard, p. 407.

A lei 16: *se alguém comete um furto que não é flagrante* (nec manifestum), *seja condenado a indemnizar pelo dôbro do dano.* (o verbo *adorare* tem aqui a significação arcáica de *agere*, agir, proceder). Cfr. Gaio, III, 190, A. Gel. 11, 18, 5 e Festo, vb. *adorare*.

A disposição 17 estabeleceria que as coisas furtadas, *res furtivae*, não são susceptíveis de serem adquiridas em propriedade pela usucapião. Cfr, Gaio, II, 6, 2 e Dig. 41, 3, 33, pr.

A disposição 18 reprimiria a usura, sujeitando o usurário que levasse de juro mais de um por cento ao ano sôbre o capital à pena da restituição do quadrúpulo assimilando-o ao ladrão. Cfr. Gaio, IV, 23 *in fine* e T. Livio, 7, 16, 1; 7, 21, 3 e 7, 42, 1.

A disposição 19 concedia ao depositante uma acção penal contra o depositário infiel para poder exigir dele o dobro do valor da coisa. Era uma acção relativa a uma obrigação contraída *ex delicto* pelo depositário infiel que não restituía e não relativa a uma obrigação contratual, visto que o contrato de depósito não tinha ainda uma configuração jurídica autónoma. Cfr. Dig., 16, 3.

18. *Tácito* (*Ann.* 6, 16): Nam primo XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret. (b) *Catão* (*de re rust. praef*): Majores... in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli.

19. *Paulo* (*coll.*, 10, 7, 11): Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur.

20. (a) *Ulpiano* (Dig., 26, 10, 1, 2): Sciendum est suspecti *tutoris* crimen e lege XII tabularum descendere. — (b). *Trifónio* (Dig., 26, 7, 55, 1): Si tutores rem pupili furati sunt, videamus an ea actione, quae proponitur ex lege XII tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur.

21. PATRONVS SI CLIENTI FRAVDEM FECERIT, SACER ESTO.

22. QVI SE SIERIT TESTARIER LIBRIPENSVE FVE-

A disposição 20 teria em vista a punição dos tutores responsáveis pela má administração da tutela, para o quê concedia já uma acção penal, a *actio de rationibus distrahendis*, que foi o ponto de partida de uma evolução jurídica que deu no fim de República a *actio tutelae*, Cfr. Cícero, *de offic.*, 3, 15, 16 e *de oratore*, 1, 36, 137-137 e Inst. 1, 26, pr.

A lei 21 estabelecia: *se o patrono faltar ao cumprimento dos seus deveres para com o seu cliente, seja privado da paz.* (qualquer o podia matar). Cfr. Servio *ad Aeneadem*, 6, 609 e uma das *leges regiae* de Rómulo (*Textos* de Girard, pág. 5) cujo texto é o suposto por Dirksen idêntico a êste. (Girard, *ibid.* nota).

A lei 22 cominava a nota da *intestabilitas* e perda da honorabilidade para aquêle que, tendo figurado como testemunha ou *libripens* num acto solene (*per aes et libram*), depois se recusava a testemunhá-lo. Cfr. A. Gelio, 7, 7 e 15, 13 e Inst. II, 10, 6.

A disposição 23 refere-se ao crime de perjúrio ou falso testemunho, para o qual as XII táb. cominavam a pena de precipitação da rocha Tarpea.

A lei 24: *Se o dardo* (qualquer arma de arremesso) *é despedido pela mão (foge da mão), isso, mais do que o ferir alguem com êle, deve ser proibido.* Esta tradução é bastante livre, mas o sentido da lei não

RIT, NI TESTIMONIVM [FATIATVR] INPROBVS INTESTABILISQVE ESTO.

23. *A. Gélio* (*noct. att.*, 20, 1, 53): Si non illa etiam ex XII tabul. de testimonis falsis poena abolevisset et si nunc quoque ut antea qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur.

24. (a). SI TELVM MANV FVGIT MAGIS QVAM IECIT, aries subicitur. (b). *Plínio* (*Nat. Hist.*, 18, 3, 12): Frugem, furti noctu pavisse ac secuisse XII tabulis capital erat... gravius quam in homicídio.

25. (a). QVI MALVM CARMEN INCANTASSIT... (b) Gaio, (Dig. 50, 16, 236, pr.): Qui venenum dicit, adjicere debet, utrum malum an bonum; nam et medicamenta venena sunt.

26. *P. Latro* (*decl. in Cat.*, 19): XII tabulis cautum esse cognoscimus, ne qui in urbe coetus nocturnos agitaret.

27. *Gaio* (Dig., 47, 22, 4): His. (sodalibus) potestatem facit lex (XII tab.), pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corumpant; sed haec lex videtur ex lege Solonis translata esse.

pode ser outro, em face do texto de Cicero nos *Topica*, (1, 17, 64), do qual o fragmento é extraído. Com efeito, vê-se daí que se trata do homicídio involuntário, devido a culpa ou negligência, ao qual a proíbição da lei deve recaír mais sôbre o facto imprudente, de que pode resultar o dano ou facto criminoso, do que sôbre a vontade e intenção de o praticar. A conseqüência não foi querida pelo autor do acto, mas o acto imprudente foi-o e sôbre êsse é que deve recaír a proíbição, *nam jacere telum, voluntatis est: ferire quem notueris, fortunae. Ex quo aries ille subjicitur in vestris actionibus; si telum manu fugit magis, quam jecit.* Cfr. *de oratore*, 3, 39, 158; *pro Tullio*, 21, 51; S. Agost. *de lib. arbitr.*, 1, 4; Festo, vb. *subigere;* Servio, *in Vergilii ectog.*, 4, 43, *in Georg.*, 3, 387 e Dig., 50, 16, 233, 2. Quanto à pena para êste crime segundo as XII táb., não diz o texto qual era; mas não devia ser a pena capital, conforme Plínio elucida, chamando ao crime de que trata a lei 9 (acima) mais grave do que a do homicídio. De resto uma das *leges regiae*, atribuídas a Numa, dizia: *cautum est ut si quis imprudens, occidisset hominem, pro capite occisi agnatis ejus in contione offerret arietem.* Cfr. Girard, *Textes*, pág. 8, lei 13.

A disposição 25 parece ser a mesma da lei 1.ª desta tábua e portanto referir-se, com ela, ao crime de difamação, ao *carmen famosum*, *malum carmen*, ou, como outros querem e parece mais sustentável, ao crime de sortiégio, subministração de bebidas ou poções venenosas, filtros, etc. A palavra *venenum* não significava o mesmo que nós entendemos por veneno, mas qualquer droga cujo efeito actúa no organismo para bem ou para mal. Cfr. Plínio, *nat. hist.*, 28, 2, 10, 17.

A disposição 26 proíbiria os ajuntamentos noturnos na cidade. Era uma disposição ou instrução de polícia.

Finalmente, a disposição 27 permitiria aos *sodales*, isto é, membros de quaisquer colégios sacerdotais ou corporação com personalidade jurídica, estatuírem para si as leis ou estatutos que quizessem, contanto que não fôssem contrariar ou violar a lei pública e geral.

Táboa IX [1]

1-2. *Cicero* (*De legibus*, 3, 4, 12; 19, 44). Privilegia ne inroganto. De capite civis nisi per maximum comitiatum... ne ferunto... Leges praeclarissimae de XII tabulis tralatae duae, quarum altera privilegia tollit, altera de capite civis rogari nisi maxime comitiato vetat.

3. *A Gélio* (20, 1, 7): Duram esse legem putas

(1) A tábua IX continha algumas disposições de direito público, como (disposições 1 e 2) a que proíbia o *privilegium*, isto é, medidas relativas só a pessoas determinadas ferindo-as com penas ou incapacidades especiais e únicas. Tais medidas ou leis seriam, como hoje se diz, inconstitucionais. E além disso, declaria que todo o cidadão condenado a pena capital tinha o direito de apelar para a assembléa do povo, os comícios das centúrias.

A disposição 3 declarava a pena de morte contra o juiz ou árbitro convencido de corrupção. A disposição 4 trataria dos *quaestores parricidii*, talvez para definir as suas funções. A disposição 5 condenaria com a pena de morte o crime de alta traição contra a pátria, daqueles que provocassem o inimigo a atacar o povo romano ou que entregassem um cidadão ao inimigo. A disposição 6, finalmente, proíbiria a aplicação da pena capital a quem quer que não tivesse sido préviamente condenado em forma regular.

quae judicem arbitrumve jure datum, qui ob rem judicandam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur?

4. *Pompónio.* (Dig., 1, 2, 2, 23): Quaestores, qui capitalibus rebus praeessent, appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex XII tab.

5. *Marciano* (Dig., 48, 4, 3): Lex XII tabularum jubet eum qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri.

6. *Salviano.* (*De gubern.* dei, 8, 5): Interfici enim indemnatum quemcumque hominem etiam XII tabularum decreta vetuerunt.

Táboa X (1)

1. HOMINEM MORTVVM IN VRBE NE SEPELITO NEVE VRITO.

2. ... HOC PLVS NE FACITO: ROGVM ASCEA NE POLITO.

(1) A táboa X conteria algumas disposições de natureza funerária e sumptuária. A disposição 1 proïbiria que alguém fôsse sepultado ou incinerado dentro do *pommerium* da cidade. *(Não seja sepultado nem queimado dentro da cidade qualquer homem morto).*

A disposição 2 determinaria: ... *não façais mais isto: não alizeis a madeira para as fogueiras* (fúnebres), disposição de difícil determinação no seu sentido preciso mas que se referia certamente aos ritos funerários. Cfr. Cícero, *de legib.* 2, 23, 59.

A disposição 3 trataria igualmente da liturgia funerária, determinando o traje e o número de tocadores de fláuta que deviam cantar as lamentações depois de extinto o fogo que naturalmente consumiu o cadáver.

A disposição 4 determinaria: *Que as mulheres não arranhem as faces nem se entreguem a choros exagerados nos funerais.* Cr. Cícero, *de leg.* 2, 24, 65 e 2, 23, 59; *idem, Tusculanae*, 2, 23; Plínio, *nat. hist.*, 11, 58, 158; Servio, *ad Aenead.*, 12, 606 e Festo, vb. *radere.*

A 5: *não sejam recolhidos os restos mortais do homem que morreu e ao qual depois se fizeram os funerais*, excepto no caso de morte

3. *Cicero* (*de leg.*, 2, 23, 59): Extenuato igitur sumptu tribus riciniis et tunicula purpurae et decem tibicinibus tollit etiam lamentationem.

4. MVLIERES GENAS NE RADVNTO, NEVE LESVM FVNERIS ERGO HABENTO.

5. (a). HOMINI MORTVO NE OSSA LEGITO, QVO POST FVNVS FACIAT.—(b) *Cícero* (*de leg.* 2, 23): Excipit bellicam peregrinamque mortem.

6. (a)—*Cicero* (*ibid*) Haec praeterea sunt in legibus... «servilis unctura tollitur omnisque circumpotatio...» «Ne sumptuosa respersio, ne longae coronae, nec accerrae praetereantur». (b)—Festo (*d. s. verb., verb. Murrata*): Murrata potione usos antiquos indicio est, quod, XII tabulis cavetur, ne mortuo indatur.

7. QVI CORONAM PARIT IPSE PECVNIAVE EIVS VIRTVTISVE ERGO ARDVVITVR EI, [AST EI PARENTIVE

sobrevinda em ocasião de guerra ou em terra peregrina. Cfr. Cícero, *de legib.*, 2, 24, 60.

As disposições contidas na lei 6 proïbiriam o luxo nos enterros, referindo-se à unção dos cadáveres, às libações fúnebres em sua honra, etc. Veja Cícero, *de legib.* 2, 24, 60 e Festo, *vbs. resparsum* e *acerra.*

A lei 7 (restituïção de Mommsen, *röm. Staatsrecht*, 1, 426, nota 2): *Aquele que conquistar uma corôa* (tornando-se ilustre nos jogos ou na guerra) *por si ou com os seus cavalos (pecunia), sejam-lhe prestadas honras; e, morto êle, ou o seu pai*, a corôa deve-lhes ser imposta *durante o funeral, quer em casa, quer fóra dela.* Isto é, as corôas ganhas por quaisquer feitos ilustres deviam ser levadas nos funerais tanto daquele que as conquistou como do seu *pater.* Cfr. Cícero, *de legib.* 2, 24, 60 e Plínio, *hist. nat.*, 21, 3, 7.

A lei 8 diria: *não lhe coloqueis, não lhe ponhais oiro* (no cadáver); *mas aquele que tiver ouro nos dentes* (os dentes presos com oiro) *poderá ser sepultado ou queimado com êle* (*sine fraude esto* — seja sem fraude, seja lícito). Cfr. Cícero, *de legib.* 2, 24, 60.

Finalmente, as duas últimas disposições determinariam a distâncias que deveriam ser guardada nas construções dos sepulcros com relação as outras edificações particulares e a imprescritibilidade de aquisição por usucapião das sepulturas e sepulcros. *Vid.* Festo *vb. forum* e *bustum.*

EIVS MORTVO DOMI FORISVE IMPONETVR SE FRAVDE ESTO].

8. NEVE AVRVM ADDITO. AT CVI AVRO DENTES IVNCTI ESCVNT, AST IM CVM ILLO SEPELIET VRETVE, SE FRAVDE ESTO.

9. *Cícero* (*de leg.*, 2, 24, 61): Rogum bustumve novum vetat propius LX pedes adigi aedes alienas invito domino.

10. *Cícero* (*de leg.*, 2, 24, 61): Forum bustumve usu capi vetat.

Tábua XI [1]

1. *Cícero* (*de Rep.*, 2, 36): Qui (Decemviri) cum X tabulas summa legum aequitate prudentiaque conscripsissent, in annum posterum Xuiros alios subrogaverunt... qui duabus tabulis iniquarum legum additis conubia, ut ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt.

2. *Macróbio* (sat. 1, 13, 21). Tuditanus refert, decemviros qui tabulis duas addiderunt, de intercalando populum rogasse. Cassius eosdem scribit auctores.

3. *Cícero* (*ad. Att.*, 6, 1, 8): E quibus (libris de

(1) A tábua 11, cujas leis mal conhecemos, conteria a célebre disposição proibindo o *connubium* ou o casamento entre os patrícios e os plebeus que depois foi, como se sabe, permitido pela *lex Canulea*, alguns anos volvidos sôbre a publicação do código dos decênviros. *Vide*, além de Cícero, *loc. cit.*, Tito Lívio, 4, 4, 5; Dion. de Halic., 10, 60 e 11, 28 e Dig. 50, 16, 238.

Além disso, conter-se-iam ainda nesta tábua algumas disposições relativas ao calendário e, segundo Schöll seguido por Mommsen, a designação ou enumeração dos *dies fasti*, como parece depreender-se da disposição 3 contendo uma passagem de Cícero a êsse respeito. Cfr. Macróbio, *satirae* I, 13, 12, 15; Censorino, *de die natali*, 20, 6; Dig. 50, 16, 98, 1; Cicero, *pro Mur.* 11; Plinio, *hist. nat.* 33, 1, 17 e Tito Lívio, 9, 46.

Rep.) unum ἱστορικὸν requiris de Cn. Flavio Anni f. — Ille vero ante Xuiros non fuit: quippe qui aedilis curulis fierit, qui magistratus multis annis post Xuiros institutus est. Quid ergo profecit quod protulit fastos? Occultatam putant quodam tempore istam tabulam, ut dies agendi peterentur a paucis.

Tábua XII [1]

1. *Gaio*, 4, 28: Lege... introducta est pignoris capio, veluti lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item adversus eum qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet.

(1) A tábua 12 conteria (disposição 1 do texto actual) a enumeração de alguns casos em que tinha logar a *manus injectio* do credor sobre o devedor, independentemente de condenação, como era o caso de compra de um animal para servir de vítima num sacrifício ou o caso de aluguer de um animal de carga (*jumentum*) quando o preço de aluguer deve também ser aplicado a algum sacrifício. Se em qualquer dêstes casos o devedor não pagava o preço do animal comprado ou alugado, tinha logar a *manus injectio*. Cfr. Dig. 50, 16, 238, 2 e Festo, vb. *daps*.

A disposição 2 estabeleceria a *noxae deditio*, declarando: *se um escravo cometer um furto ou outro qualquer dano*... (conclúi-se de Gaio), pode nesse caso o seu senhor libertar-se da obrigação de indemnizar o dano entregando êsse escravo. Cfr. Dig. 9, 4, 2, 1; 47, 6, 5; 50, 16, 238, 6; Festo, *vb. noxia*, e Paulo *Sent.*, 2, 31, 7.

A disposição 3 estabelecia: *se alguém se faz atribuir ilegitimamente a posse de uma coisa litigiosa* (*vindicia*)... *nesse caso o pretor* (?) *nomeará três árbitros e, por sentença dêstes* (eorum arbitrio) *será condenado a restituir o dôbro dos frutos*. Cfr. Festo, vb. *vindicia* e Aul., X, 10.

Finalmente, as duas últimas disposições, cujo sentido é reconstituido de Cícero e Lívio, determinariam, uma: que não podiam ser consagradas as coisas litigiosas; e outra: que as leis posteriores derogam as anteriores. Cfr. T. Lívio, 9, 33 e 34 e Dig. 44, 6, 3.

2. (a). SI SERVVS FVRTVM FAXIT NOXIAMVE NOXIT. — (b) Gaio (4, 75, 76): Ex malificiis filiorum familias servorumque, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Constitutae sunt, aut legibus aut edicto practoris: legibus velut furti lege XII tabularum, etc.

3. SI VINDICIAM FALSAM TVLIT, SI VELIT IS... TOR ARBITROS TRIS DATO, EORVM ARBITRIO... FRVCTVS DVPLIONE DAMNVM DECIDITO.

4. *Gaio* (Diz 44, 6, 3): Rem de qua controversia est, prohibemur (lege XII tabularum) in sacrum dedicare; alioquin dupli poenam patimur,.., sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur.

5. *Tito Lívio* (7, 17, 12) In XII tabulis legem esse, ut quodcumque postremum populus jussisset, id jus ratum que esset.

Fragmentos de colocação mais duvidosa

(cf. Bruns, «Fontes», pág. 39-40)

1. Festo (F., 166), Nancitor (nanxitor *Mueller*) in XII nactus erit, prenderit. Item in foedere latino: «Pecuniam quis nancitor, habeto» et: «si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto».

2. Festo (258): Quando — in XII — cum c littera ultima scribitur [*id est* quandoc].

3. Festo (309): «Sub vos placo» in precibus fere cum dicitur, significat id quod «supplico» (supplicio *cod.*), ut in legibus «transque dato, endoque (edendoque *cod.*) plorato».

4. Donat. (*ad ter. Eun.* 3, 3, 9): «Dolo malo» quod addidit «malo», aut ἀρχαισμός est, quia sic in XII a veteribus scriptum est, aut ἐπίθετον dolí est perpetuum.

5. Cícero (*de rep.*, 2, 31, 54): Ab omni judicio poenaque provocari licere indicant XII tab. compluribus legibus.

6. Cícero (*de off.*, 3, 31, 111): Nullum — vinculum ad adstringendam fidem jurejurando majores artius esse voluerunt, id indicant leges in XII tabulis.

7. S. Agostinho (*de civ. Dei*, 21, 11): — «Octo genera poenarum in legibus esse scribit Tullius: damnum, vincula, verbera, talionem, ignominiam, exilium, mortem, servitutem» (cfr. S. Isidoro, *Origines*, V, 37).

8. Gaio (*I*, 122). Olim aereis tantum nummis utebantur et erant asses, dupondii, semisses, quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicuti ex lege XII tab. intellegere possumus.

9. Gaio (Dig., 50, 16, 237): Duobus negativis verbis quasi permittit lex XII tab. magis quam prohibuit: idque etiam Servius Sulpicius animadvertit.

10. Gaio (Dig., 50, 16, 238, 1) «Detestatum» est testatione denuntiatum.

11. Sidónio Apolinário (*ep.*, 8, 6, 7): per ipsum fere tempus, ut decemviraliter loquar, lex de praescriptione tricenii fuerat «proquiritata».

12. Plínio (*Nat. Hist.*, VII, 60, 212): duodecim tabulis ortus — et occasus nominatur.

APÊNDICE II

"Leges rogatae" ou "datae" de que chegaram até nós alguns fragmentos [1]

I — LEX PLAETORIA DE JURISDICTIONE, posterior ao ano 241 a. Cr. [2].

II — LEX AQUILIA DE DAMNO DATO, de cêrca do ano 286 a. Cr. [3].

III — LEX SILIA DE PONDERIBUS PUBLICIS, de data incerta [4].

IV — LEX PAPIRIA DE SACRAMENTIS (243—124 a. Cr.) [5].

V — LEX CINCIA DE DONATIONIBUS, (204 a. Cr.) [6].

---

(1) Limitamo-nos a reproduzir neste apêndice a indicação das *leges* dada por Pacchioni no seu *Corso di diritto romano*, vol. I, e a dar o texto de uma só delas, tal como êle se acha reproduzido em Bruns, *Fontes*, acompanhando a menção da maior parte destas *leges* com referências à sua origem, descoberta e importância para o estudo do direito romano.

(2) Censorinus (gramático e cronologista romano do século III), *de die nat.*, 24. O assunto desta lei, muito discutida na sua data, era a atribuição ao pretor, como sua função oficial, da *jurisdictio* e de dois leitores.

(3) *Vid. supra*, pág. 68. O seu texto é-nos conhecido em parte através do Digesto (9, 2, 2) e regulava a responsabilidade pelos danos culposos extra-contratuais; era dividida em três capítulos e obrigava a indemnizar o dano, calculando o maior valor da coisa danificada com relação a um momento anterior.

(4) Veja Festo, *de signif. verb.*; vb. *publica pondera*, onde se contém o seu texto.

(5) Igualmente em Festo (344) vb. *sacramentum*, Cfr. Mommsen, *röm Staatsrecht*, II, 580, acêrca da sua data e Girard, *Textes*, pág. 26.

(6) Nos *Fragmenta Vaticana*, 298.

VI — LEX ATINIA DE USUCAPIONE, de data incerta [1].

VII — LEX SULPICIA RIVALICIA, de data incerta [2].

VIII — LEX OSCA TABULAE BANTINAE [3].

IX — LEX LATINA TABULAE BANTINAE [4].

X — LEX ACILIA REPETUNDARUM, 149 — 133 a. Cr. [5].

XI — LEX AGRARIA [THORIA?], de 111 a. Cr. [6].

XII — LEX MUNICIPALIS TARENTINA [7].

---

(1) Em Aulo Gélio, *noct. attic*, 17, 7; reforçava a proibição das XII Táb. acêrca da imprescritibilidade das *res furtivae*. Cfr. *Inst.*, II, 6, 2 e Gaio, II, 45. Já lhe tem sido atribuída a data de 197 a. Cr.

(2) Em Festo, vb. *Sifus*, onde se conservam apenas algumas palavras desta lei.

(3) Esta lei, descoberta em 1790, em Oppido, na Lucânia, no logar da antiga Bantia, está gravada numa tábua de bronze que se acha hoje no museu de Nápoles. Parece tratar-se de um fragmento do estatuto municipal conferido aos habitantes de Bantia.

(4) A *lex Latina tab. Bantinae* acha-se gravada no verso da tábua em que se contém a anterior, não sendo fácil determinar a relação que existe entre as duas. A primeira está redigida em dialecto osco, ao passo que esta o está em latim. Supõe-se ser esta última de 133-118 a. Cr. e dela possuímos a *sanctio*. *Vid.* Bruns, *Fontes*, pág. 53 e seg., Pacchioni, *ap.* III e Girard, *Textes*, pág. 27.

(5) Chegaram até nós alguns fragmentos (nove) desta lei que se conservam em Nápoles e Viena. Mommsen reconstituiu o seu texto que se pode ler no *Corp. Insc. Latin.*, I, pág. 52-53, em Bruns, *Fontes*, pág. 55, e em Girard, *Textes*, pág. 33 e seg. Cfr. Pacchioni, *ibid.*

(6) Esta lei está contida no verso da tábua de bronze em que se acha a *Lex Acilia rep.* e é uma das leis agrárias publicadas, segundo Apiano, para inutilizar as célebres leis agrárias dos Gracos depois da sua morte. É um importante documento para a história do *ager publicus*, tendo sido ela que transformou os antigos *possessores* dos terrenos públicos em proprietários livres e isentos do *vectigal*. *Vid.* texto em *Corp. Insc. Latin.*, I, 46-47, Bruns, *Fontes*, pág. 48-55 e Girard, *Textes*, pág. 47 e seg. Cfr. Pacchioni, *ibid.*

(7) Seis fragmentos de uma inscrição contida em uma tábua de bronze, descoberta em 1894, em Tarento, contendo parte do esta-

XIII — LEX CORNELIA DE XX QUAESTORIBUS (1).

XIV — LEX ANTONIA DE TERMESSIBUS (2).

XV — LEX JULIA AGRARIA (59 a. Cr.?) (3).

XVI — LEX RUBRIA DE GALLIA CISALPINA (42 a. Cr.?) (4).

XVII — FRAGMENTUM ANTESTINUM, de data incerta (5).

XVIII — LEX JULIA MUNICIPALIBUS (6).

tuto municipal dado àquela cidade. É uma *lex data* e o mais antigo exemplar de estatuto municipal concedido a uma cidade até hoje conhecido, de 61 a. Cr. *Vid.* texto em Girard, pág. 64 Bruns, 27 e Pacchioni, *ibidem*.

(1) Fragmento de uma tábua (táb. VIII) de uma lei do tempo de Sila, ano 80, elevando a oito o número dos questores. Descoberto no século XVI, só recentemente pôde ser identificado por Mommsen. Achava-se no Museu de Nápoles. *Vid.* Bruns, 12 e Girard, 66.

(2) Fragmento de um plebiscito do ano 71 a. Cr. reconhecendo a categoria de cidade livre a Termessus, na Pisidia, descoberto em Roma no século XVI. Esta lei elucida sôbre a condição das cidades livres das províncias e o seu texto (só o princípio) pode vêr-se em Bruns, 14, Girard, pág. 69 e Pacchioni, *ibidem*.

(3) Atribuída por Mommsen a Cesar, no ano 59, e por Rudorff a Calígula. Conhecem-se três capítulos dela pela colecção dos *gramatici* (ed. Lachman, 1, 263), sendo um deles também citado no Digesto (47, 21, 3) que o atribúi a uma *lex agraria* de César. O capítulo 2 está reproduzido quási textualmente na *Lex coloniae genet. Juliae*, de 43. *Vid.* Bruns, 15 e Girard, 71.

(4) Inscrição em bronze contendo alguns capítulos de um plebiscito de data incerta que regulava a organização judiciária da Gália cisalpina. Acha-se em Parma. Esta lei é um documento da maior importância para o conhecimento da organização judiciária e do processo nos princípios do processo formulário. *Vid.* Bruns, 16 e Girard, 74.

(5) Tábua de bronze contendo um fragmento de uma lei de data incerta e descoberta em 1880 em Este, na Gália cisalpina. Refere-se a materia de competência judiciária nas comunas que receberam o direito de cidade, havendo por isso quem, como Mommsen, a considere como um outro frag. da *lex Rubria*. *Vid.* Bruns, Girard, 79 e Pacchioni, *ibid.*

(6) Lei latina gravada sôbre uma das faces de duas tábuas de bronze em cujo verso se acha gravado um texto grego mais antigo. Foi descoberta em 1732 em Heraclea, na Lucânia, e acha-se no Museu de Nápoles. Segundo Savigny, trata-se de uma lei de César, de 44, relativa a Roma e aos municípios em geral, opinião que foi combatida por Mommsen. As suas disposições dizem respeito à polícia da cidade de Roma, à conservação dos caminhos públicos, direito de circular por êles, organização das cidades de cidadãos romanos, elegibilidade para o cargo de decurião e magistraturas locais e confecção do censo nas cidades itálicas. *Vid.* Bruns, 17, Girard, 80, e Pacchioni.

XIX — LEX FALCIDIA, de 40 a. Cr. (1).

XX — LEX JULIA DE VI PUBLICA ET PRIVATA (2).

XXI — LEX JULIA DE ADULTERIS, de 18 a. Cr. (3).

XXII — LEX QUINCTIA DE AQUAEDUCTIBUS, de 9 a. Cr.

Esta lei acha-se reproduzida textualmente em Frontino, no seu tratado *De aquis urbis Romae*, num manuscrito do século XIII. O texto desta lei, *lex rogata*, dos primeiros anos do Principado pode vêr-se em Bruns, 115 e Girard, 105. Além do interêsse que oferece para o conhecimento do regime das águas em Roma, interessa-nos ainda por ser a única lei que nos foi transmitida integralmente, com a sua *praescriptio* completa, e por nos atestar a existência distinta dos comícios das tribus votando no *Forum* com a intervenção de todo o *populus*. Reproduzimos a seguir o seu texto:

T. Quinctius Crispinus consul populum jure rogavit populusque jure scivit in foro pro rostris aedis divi Julii pr(idie) K. Julias. Tribus Sergia principium fuit, pro tribu Sex(tius) L. f. Virro primus scivit.

Quicumque post hanc legem rogatam rivos specus fornices fistulas tubulos castella lacus aquarum publicarum, quae ad urbem Romam ducuntur, sciens dolo malo foraverit ruperit foranda rumpendave curaverit

(1) Dig. 35, 2, 1. Cfr. Gaio II, 227; Ulp. 24, 2; D. Cassio, 48, 43; Paulo, 3, 8. *Vide* Bruns, pág. 110-111.

(2) *Vide* Bruns, pág. 111.

(3) Dig. 48, 5, *passim*. *Vid.* Bruns, p. 115.

pejorave fecerit, quominus eae aquae earumve quae aqua in urbem Romam ire cadere fluere pervenire duci [possit] quove minus in urbe Roma et [in iis locis], qua aedificia urbi continentia sunt erunt, in his hortis praediis locis, quorum hortorum praediorum locorum dominis possessoribusve u(su) f(ructuariis), aqua data vel adtributa est vel erit, saliat distribuatur dividatur in castella lacusque inmittatur, is populo romano [HS.] centum milia dare damnas esto; et qui d(olo) m(alo) quid eorum ita fecerit, id omne sarcire reficere restituere aedificare ponere excidere demolire damnas esto sine dolo malo; eaque omnia ita, ut [recte factum esse volet], quicumque curator aquarum est erit, [aut] si curator aquarum nemo erit, tum is praetor, qui inter cives et peregrinos jus dicet, multa pignoribus cogito coerceto; eique curatori aut, si curator non erit, tum ei praetori eo nomine cogendi coercendi multae dicendae sive pignoris capiendi jus potestasque esto. Si quid eorum servus fecerit, dominus ejus HS. centum milia populo R(omano) d(are) d(amnas) e(sto). Si qui [locus] circa rivos specus fornices fistulas tubulos castella lacus aquarum publicarum, quae ad urbem Romam ducuntur et ducentur, terminatus est et erit, ne quis in eo loco post hanc legem rogatam quid obponit(o) molit(o) obsaepit(o) figit(o) statuit(o) conlocat(o) orat(o) serit(o); neve in eum quid immittito, praeterquam rerum faciendarum reponendarum causa quod hac lege licebit oportebit. Qui adversus ea quid facerit, adversus eum siremps lex jus causaque omnium rerum omnibusque esto, atque uti esset esseve oporteret, si is adversus hanc legem rivum specum rupisset forassetue. Quo minus in eo loco pascere herbum fenum secare sentes [tollere liceat, e(jus) h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur)]. Curatores aquarum qui nunc sunt quique erunt [faciunto, ut in eo loco, qui locus] circa fontes et fornices et muros et rivos et specus terminatus est, arbores vites vepres sentes ripae maceriae salicta harundineta tollantur excidantur effodiantur excodicentur, uti quod recte

factum esse volet; eoque nomine iis pignoris capio multae dictio coercitioque esto, idque iis sine fraude sua facere liceto, jus potestasque esto. Quo minus vites arbores, quae villis aedificiis maceriisve inclusae sunt, maceriae [ve], quas curatores aquarum causa cognita ne demolirentur dominis, permiserunt, quibus inscripta insculptave essent ipsorum qui permisissent curatorum nomina, maneant; hac lege nihilum rogatur. Quo minus ex iis fontibus rivis specibus fornicibus aquam sumere haurire iis, quibuscumque curatores aquarum permiserunt permiserint, praeterquam rota calice machina liceat, dum ne qui puteus neque foramen novum fiat, ejus hac lege nihilum rogatur.

XXIII — LEX COLONIAE GENITIVAE JULIAE SEU URSONENSIS (1).

XXIV — LEX CIVITATIS NARBONENSIS DE FLAMINO PROVINCIAE (2).

XXV — LEX MUNICIPII SALPENSANI (3).

---

(1) *Lex data* do princípio do Império gravada sôbre nove tábuas de bronze e contendo o estatuto da *Colonia civium romanorum* de Urso, hoje Ossuna, na Andaluzia. Só uma destas tábuas assim como alguns fragmentos de outras três chegaram até nós, tendo sido descobertos em Ossuna, entre 1870 e 1874. O interêsse que encerra para nós o texto desta *lex data* reside em se conter justamente nela o tipo ou o modêlo da organização das colônias *civium*, constituindo além disso também um importante elemento para a reconstituição do direito público romano. E ainda no que respeita ao direito privado, também esta lei tem para nós um alto interêsse em virtude dos dados novos que nos fornece com relação ao processo e especialmente ao executivo. *Vid.* texto em Bruns, pág. 122 e seg. e Girard, pág. 90.

(2) Um fragmento desta lei foi descoberto em 1888, nas antigas termas de Narbona. Trata-se de uma lei de Augusto instituindo o *flamen provincialis* à similhança do *flamen dialis* romano. *Vid.* Bruns, 141.

(3) *Lex data* de Vespasiano, de 81 a 84, fundando o município latino de Salpensa, na Espanha. Foi descoberta em 1851, perto de Málaga, conservada numa tábua de bronze dividida em duas colunas e contém fragmentos do estatuto municipal da cidade latina de Salpensa. Além do interêsse que tem como documento relativo à organização do *jus latii*, que foi concedido por Vespasiano a todas as

XXVI — LEX MUNICIPII MALACITANI (1).
XXVII — LEX METALLI VIPASCENSIS (2).
XXVIII — FRAGMENTUM LEGIS LAURIACENSIS (3).
XXIX — LEX DE IMPERIO VESPASIANI (4).

---

cidades espanholas (Plínio, *nat. hist.*, 3, 3, 30), fornece ainda um grande número de indicações relativamente a todo o direito público e privado. *Vtd.* Bruns, 143 e seg. e Girard, pág. 109.

(1) É também uma *lex data* com a qual Vespasiano organizou o município latino de Málaga, nos anos entre 81 e 84, e de que nos resta um extenso fragmento em uma tábua de bronze excelentemente conservada e descoberta também em 1851 juntamente com a *lex salpensana*. Juntamente com a anterior constitui o mais completo documento para o conhecimento da constituição dos municípios latinos. Foi, como a anterior, comentada por Mommsen nos seus *Stadtrechte der lat. Gemeinden Salp. und Malaga*, nas *Abhandlungen der Kön. sächsischen Ges. der Wissenchaft*, III, Phil. II, classe II, (1857) e por Hübner no *Corp. Inse. Lat.*, II, 253, 1963 e 1964. *Vid.* Bruns, 147 e Girard, pág. 112-119.

(2) É uma outra *lex data* dos fins do século I da nossa era regulando a condição jurídica do território mineiro de Vipascum, não sujeito a nenhuma cidade, e descoberta em 1876 perto da actual vila portuguesa de Aljustrel, no sítio de umas antigas minas da Lusitânia recentemente exploradas de novo. O texto acha-se exarado numa âboa de bronze contendo a indicação de ser a terceira, e que de resto o não completa, pelo que as tâboas seriam pelo menos quatro. Na tâboa que possuímos o texto acha-se gravado sôbre ambas as suas faces, como se fôssem dois textos idênticos, mas com algumas alterações com relação um ao outro, e está dividido em capítulos não numerados mas subordinados a rúbricas. Enfim, o que a *lex* contém é um regulamento dado pelo imperador, não só à mina, mas para a administração de todo o seu território, constituindo assim um documento do género dos estatutos municipais. Em 1906 foi, além disso, descoberto no mesmo logar o regulamento relativo às condições de exploração da mina, do tempo de Adriano. *Vid.* Bruns, 147 e Girard, pág. 120 e 879.

(3) Inscrição em bronze encontrada em 1906, na Áustria (em Enns), no local do campo entrincheirado da legião romana de Lauriacum, na Nórica. Supõe-se ser o fragmento de um estatuto municipal dado a êste município no tempo de Caracala. *Vid.* Girard, pág. 124.

(4) Tâboa de bronze descoberta em Roma, no século XIV, e contendo o fim do texto legislativo que conferiu o poder a Vespasiano. *Vid.* Girard, pág. 107.

APÊNDICE III

Fragmentos de senatusconsultos que chegaram até nós (1)

I — SENATUSCONSULTUM DE BACCHANALIBUS, de 186 a. Cr. (2).

II — SENATUSCONSULTA DE THISBAEIS, de 170 a. Cr. (3).

III — SENATUSCONSULTUM DE PHILOSOPHIS ET RHETORIBUS, de 161 a. Cr. (4).

IV — SENATUSCONSULTUM DE TIBURTIBUS, de 159 a. Cr. (5).

V — SENATUSCONSULTUM DE ARTIFICIBUS GRAECIS, de 112-111 a. Cr. (6).

VI — SENATUSCONSULTUM DE ASCLEPIADE CLAZOMENIO SOCHISQUE, de 78 a. Cr. (7).

---

(1) Como para as *leges*, damos aqui apenas uma breve indicação dos senatusconsultos da República e do Império que chegaram até nós ou conservados em inscrições ou por outra via, reproduzindo também o texto de um a título de exemplo, segundo Bruns, Girard e Pacchioni.

(2) Descoberto em 1640, na Calábria, em uma tâboa de bronze que se acha hoje em Viena. O seu assunto era a repressão das orgias das bacanais em todas as cidades italianas. Pode ver-se o texto em Bruns, p. 164 e Girard, pág. 129.

(3) São dois senatusconsultos regulando certas questões relativas aos habitantes de Tisbe. Foram encontrados em uma tâboa de mármore nas ruínas daquela cidade. *Vid.* texto em Bruns, 164-166.

(4) *Vid.* Suetónio, *de claris rhetor.*, c. 1 e Aulo Gel., 16, 11.

(5) Encontrado no século XVI em Tivoli sôbre uma tâboa de bronze depois de novo perdida. *Vide* Bruns, 170-171 (166) e C. I. L., I, 170, n. 201.

(6) Bruns, 170-176.

(7) Encontrados no século XVI sôbre uma tâboa de bronze com um duplo texto latino e grego. Está em Nápoles. *Vid.* Bruns, 167, pág. 176-180.

VII — SENATUSCONSULTUM DE OROPIIS, de 73 a. Cr. (1).

VIII — SENATUSCONSULTUM DE APHRODISIENSIBUS, de 42 a. Cr. (2).

XI — SENATUSCONSULTUM DE PAGO MONTANO (3).

X — SENATUSCONSUETUM DE LUDIS SAECULARIBUS (17 a. Cr. 47 de Cr.) (4).

XI — SENATUSCONSULTUM DE AQUAEDUCTIBUS, de 11 a. Cr. (5).

XII — SENATUSCONSULTUM DE MENSE AUGUSTO, de 8 a. Cr. (6).

---

(1) Descoberto em 1874 em Oropo, na Beócia, gravado numa táboa de mármore. Ratificava uma sentença proferida numa causa entre os habitantes de Oropo e os publicanos. Bruns, 172, pág. 180-186.

(2) Publicado pela primeira vez em 1838 e concedendo a condição de cidade livre a Afrodisia, na Caria. Bruns, 177, pág. 185-189.

(3) Táboa de mármore descoberta em Roma, em 1875, e aproveitada em ambos os seus lados em que se contêm o fragmento de um senatusconsulto do tempo da República proïbindo a deposição de imundícies e de lixo numa certa zona fora dos muros da cidade no bairro da porta Esquilina. *Vid.* Bruns, 177, n.º 44, pág. 189-190 e Girard, pág. 130.

(4) Achado em Roma numa táboa de mármore, no século XVI. *Vid.* Bruns, pág. 191-193.

(5) Em Frontino, *de aquis urbis Rom.*, c. 127. Bruns, 193 e seg. relativo ao espaço que devia ser deixado livre em volta das obras para a reorganização do serviço das águas no tempo de Augusto e repressão das infracções. No mesmo tratado de Frontino se acham mais senatusconsultos relativos a matéria de águas. Cfr. Girard, pág. 130.

(6) Senatusconsulto reproduzido por Macróbio, nas *Sátiras*, 1, 12, 35 (Cfr. Censorino, *de die natali*, 22; Suetónio, *Octav.*, 31 e D. Cassio, 55, 6, 7) e pelo qual foi dado ao mês de Agôsto, até aí *mensis Sextilis*, o nome de Augusto (donde Agôsto) em honra do novo imperante. *Vid.* Bruns, pág. 193.

XIII — SENATUSCONSULTUM DE COLLEGIIS (do tempo de Augusto?) (1).

XIV — SENATUSCONSULTUM VELLAEANUM (46 d. Cr.) (2).

XV — SENATUSCONSULTUM OSTORIANUM (anterior a 47 dep. de Cr.) (3).

XVI — SENATUSCONSULTUM CLAUDIANUM, de 48 d. Cr. (4).

XVII — ORATIONES CLAUDII DE DECURIIS IUDICUM ET DE ACCUSATORIBUS COERCENDIS (5).

XVIII — SENATUSCONSULTUM HOSIDIANUM, de data incerta (44-46 d. Cr.) (6).

XIX — SENATUSCONSULTUM VOLUSIANUM, de 56 d. Cr. O snc. Volusiano, do tempo de Nero, determina que a proïbição contida no anterior se aplicará sòmente quando a venda dos materiais de construções em ruinas seja feita com intúitos de especulação. *Vid.* Bruns e Girard, *ibid.* Damos a seguir o texto do senatusconsulto *Hosidianum* segundo Bruns:

---

(1) Táboa de mármore encontrada em 1816 em Civitá Lavigna. Contém um capítulo de um senatusconsulto atribuído por Mommsen a Augusto, integrado na *lex* do *collegium funeraticium Lanuvinum*. Bruns, pág. 194, 388 e seg.

(2) Proïbindo a *intercessio pro aliis*, das mulheres. *Vid.* Dig., 16, 1 e Cód., 4, 29.

(3) Relativo ao libertos. *Vid.* Dig., 38, 4, 1. Do tempo de Cláudio.

(4) É uma *oratio in senatu habita*, de Cláudio. Acha-se gravada em uma táboa de bronze descoberta em 1528, em Lião, e conservada no museu desta cidade. Trata do *jus honorum* concedido à Gália. *Vid.* Bruns, pág. 195-198.

(5) *Vid.* Bruns, pág. 198 e Girard, pág. 134-136.

(6) Êste senatusconsulto e o seguinte contêm-se em uma táboa de bronze descoberta em Herculanum, em 1660, e de que não restam hoje senão algumas cópias. O senatusconsulto Hosidiano, do tempo de Cláudio (de 44 ou 46), proíbe a venda de materiais de construção distraídos das edificações a que pertenciam. *Vid.* Bruns, 190 e Girard, 132.

Cn. Hosidio Geta, L. Vagellio cos. X k. Octobr. Senatus consultum.

Cum providentia optimi principis tectis quoque urbis nostrae et totius Italiae aeternitati prospexerit, quibus ipse non solum praecepto augustissimo sed etiam exemplo suo prodesset, conveniretque felicitati saeculi instantis pro portione publicorum operum etiam privatorum custodia, deberentque apstinere se omnes cruentissimo genere negotiationis, neque inimicissimam pace faciem inducere ruinis domum villarumque, placere: si quis negotiandi causa emisset quod aedificium, ut diruendo plus adquireret quam quanti emisset. tum duplam pecuniam, qua mercatus eam rem esset, in aerarium inferri, utique de eo nihilo minus ad senatum referretur. Cumque aeque non oporteret malo exemplo vendere quam emere, ut venditores quoque coercerentur, qui scientes dolo malo contra hanc senatus voluntatem vendidissent. placere: tales venditiones irritas fieri. Ceterum testari senatum, dominis nihil constitui, qui rerum suarum possessores futuri aliquas (partes) earum mutaverint, dum non negotiationis causa id factum (sit).

Censuere. In senatu fuerunt CCCLXXIII.

XX — SENATUSC. TREBELLIANUM, de 56 d. Cr. (1).

XXI — SENATUSC. MACEDONIANUM, de 69-79 d. Cr. (2).

XXII — SENATUSC. RUBRIANUM, de 103 d. Cr. (?) (3).

XXIII — SENATUSC. IUNCIANUM, de 127 d. Cr. (4).

XXIV — SENATUSC. IUVENTIANUM, de 137 d. Cr. (5).

(1) *Vid.* Dig., 36, 1 e Cód. 6, 49.
(2) Dig., 14, 6.
(3) Dig., 40, 5, 26, 7.
(4) Dig., 40, 5, 28, 4.
(5) Dig., 5, 3, 20, 6.

APÊNDICE IV

O EDICTUM PERPETUUM, de Sálvio Juliano

Como já foi dito atrás, (*vid.* pág. 154) o actual texto do *Edictum*, que vai reproduzido neste apêndice, não é o seu texto originário e autêntico que se perdeu, mas uma reconstituição crítica, como a elaborou sobretudo Otto Lenel (*Das Edictum perp.*, 1883, de que existe uma tradução francêsa, de 1901-1903, e uma segunda edição alemã, de 1907), e que é hoje a mais geralmente adoptada.

Quanto ao corpo do *Edictum*, necessário é, porém, distinguir entre três ordens diferentes de elementos cujo valor histórico não é certamente o mesmo no ponto de vista da segurança com que pode ser feita a sua reconstituição integral. Esses elementos são: o plano geral do próprio *Edictum*; o seu texto material ou conteúdo textual; a divisão em títulos rubricados e a numeração das suas disposições. Ora a reconstituição que possuímos não tem o mesmo valor a respeito de todos êstes elementos. No que respeita ao primeiro (plano geral do *Edictum*), pode ter-se como assente definitivamente que êle se achava lógicamente dividido em quatro partes: uma primeira, relativa à introdução da instância em juízo até ao momento da *litiscontestatio* e que se intitularia talvez *de jurisdictione*; uma segunda relativa às acções em que se traduzia a jurisdição ordinária (*de judiciis*); uma terceira relativa a outras vias de direito não sujeitas ao *rerum actus* (calendário do ano judiciário) mas a que poderia recorrer-se até mesmo em tempo de férias; e uma quarta, relativa à fase executiva do procedimento judiciário depois da sentença (*de rerum judicatorum executione*). Finalmente, ainda se poderá considerar como uma última e quinta parte uma outra parte relativa a certas outras vias de direito, como eram os interditos, as excepções e as estipulações pretórias, e que constituía uma espécie de apêndice ou de três apêndices ao restante corpo do *Edictum*. Ora êste plano e divisão lógica fundamental e talvez não aparente materialmente no corpo do *Ed.* é confirmado pela ordem uniforme observada nos comentários a êle feitos pelos jurisconsultos clássicos, de que nos chegaram alguns fragmentos contidos no Digesto, e que foram os jurisconsultos Paulo, Ulpiano, Gaio e Sálvio Juliano.

Quanto ao segundo elemento acima referido (conteúdo textual do *Edictum*), deve dizer-se que também a êste respeito são importantes os elementos de reconstituição que possuímos e nos vêm igualmente

da obra dos referidos jurisconsultos comentadores do *Ed.* (comentários de Paulo e Ulpiano ao *Ed.* do pretor urbano, de Gaio ao edito provincial e o *Digesto* de Salv. Juliano) e ainda de outros. Com efeito, de muitos editos nos foi transmitido através dessas fontes o seu texto no todo ou em parte; e de muitos outros temos nós, senão o texto preciso, pelo menos suficientes indicações do seu sentido ou assunto com a ajuda das quais aquêle pode com segurança ser reconstituído.

Quanto ao último elemento, porém, ou seja a divisão exterior e material do *Edictum* em títulos rubricados e a numeração das suas disposições numa série única, aqui também deve dizer-se que bastantes são os dados que ainda a êste respeito nos fornecem os comentários e outros textos romanos; mas aqui é também onde, a propósito de questões de detalhe e de numeração, sobretudo surgem as dúvidas e as dificuldades. As rúbricas, com efeito, estão reconstituídas ou segundo o testemunho directo dos jurisconsultos que comentaram o *Edictum*, ou com o auxílio dos correspondentes títulos do Digesto ou apenas quanto ao seu sentido. Por isso, porém, que o critério de numeração em série única de todas as disposições do *Ed.*, já adoptada por Girard e Riccobono, têm, como o primeiro aliás reconhece, um valor muito convencional (bem como, de resto a numeração independente dentro de cada título mas que se torna indispensável conservar para o efeito da comodidade da citação), por isso o não seguimos aqui. Em tudo mais reproduzimos fielmente a reconstituição de Lenel, acompanhando muitas disposições com a citação das passagens dos jurisconsultos que serviram para as reconstituir. Vêja, além da obra mestra de Lenel, Girard, *Textes*, pág. 137-139, Riccobono-Bavicra-Ferrini, *Fontes*, 1908, pág. 267 e Pacchioni, *Corso*, I, apênd. IV.

I PARTE

Paulo 1, 2
Ulp. 1, 2

I — *De his qui in municipio colonia foro jure dicundo praesunt* (1).

1. Si quis ius dicenti non obtemperaverit (2) *(quanti ea res erit, judicium dabo)* (3).

2. Si quis in ius vocatus... non ierit sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit (4)... *judicium dabo.*

3. *(De damno infecto)*... ejus rei... dum ei, qui abierit, prius domum denuntiari iubeam... In eum qui quid eorum, quae supra scripta sunt, non curaverit,

(1) Como em Lenel nas *Fontes* de Bruns e Girard nos seus *Textos*, as rúbricas dos títulos do *Edictum* serão dadas em caracteres maiúsculos ordinários, caracteres inclinados e itálicos, consoante os termos dessas rúbricas nos são fornecidos ou directamente, ou através dos títulos correspondentes do Digesto e do código, ou se acham apenas reconstituídos quanto ao sentido. Também como em Lenel, Girard e Riccobono, vão indicados à margem de cada rúbrica e seu título os números relativos ao logar dos comentários de Ulpiano e Paulo que lhe são fontes.

Esta rúbrica: *de his qui in municipio colonia foro jure dicundo praesunt* é hoje a geralmente adoptada, inclusivé por Lenel, que repudiou na edição de 1907 a rúbrica antes usada, de *ad legem municipalem*, tirada do Dig., 50, 1; 50, 9, 3 e Cod., 7, 9, 1, visto ser muito duvidoso que tenha sido jámais votada pelo povo uma *lex municipalis* geral. *Vid.* Lenel, *Edict. perp.*, pág. 51, 1 e Girard, *Textes*, pág. 80.

(2) Dig., 2, 3.

(3) O itálico neste edito, bem como nos demais, indica que as palavras por êle salientadas, não se achando nas fontes actuais, são uma reconstituição fundada sôbre analogias e confrontos com outros textos. Com efeito, o *judicium dabo* é forma muito usada pelo pretor ao prometer as acções no seu edito.

(4) Dig 2, 5 e Probus, gramático do século I de quem restam frag. de uns *libri juris notarum*. (*Vid.* Krüger, *Collatio librorum juris ante-justinianei*, 1876, II, 141, 5, 8).

quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, judicium (*dabo*) (1).

4. De fugitivis (2).

5 — . . . ? (3).

6. *De vadimonio Romam faciendo* (4).

Paulo, 3 Ulp., 3

II — *DE JURISDICTIONE* (5).

1. De albo corrupto (6).

2. Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur (7). Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit *sive* quis apud eum, qui magistratum potestatemve habebit, aliquid novi iuris obtinuerit, quandoque postea advesario ejus postulante *ipsum* eodem iure uti oportebit (8), praeterquam si quis eorum *quid* contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset (9).

Paulo, 3 Ulp., 4

III — *DE EDENDO* . . . (Rubr. Dig. 2, 13)

Argentariae mensae exercitores *ei, qui iuraverit non calumniae causa postulare edi sibi* rationem quae ad se pertineat, edent adjecto die et consule (10). Argentario, eive, qui iterum edi postulabit,, causa cognita edi iubebo (11).

(1) Dig. 39, 2, 4, 1, 5, 7.
(2) Dig. 11, 4, 1, 4-8.
(3) Edito de objecto incerto que Lenel supõe ocupar êste logar mas cujo assunto é desconhecido. Cfr. Lenel, 54.
(4) Dig. 50, 16, 3, pr. *Cfr.*, 2, 11, 1.
(5) rúbrica do Digesto, 2, 1.
(6) Dig., 2, 1, 7, pr.
(7) Dig., 2, 2.
(8) Dig. 30, 16, 8, pr. e 2, 2, 1, 1.
(9) Dig. 2, 2, 4.
(10) Dig. 2, 13, 4, pr.
(11) Dig. 2, 13, 6, 8.

Paulo, 3 Ulp., 4

IV — *DE PACTIS et conventionibus* (rubr. Dig., 2, 14).

Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatusconsulta edicta *decreta* principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo (1).

Paulo, 4 Ulp., 5

V — DE IN JUS VOCANDO (rubr. Dig. 2, 4)

1. In ius vocati, ut eant aut *vindicem* dent (2).

2. Parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet (3).

3... Si quis parentem, patronum patronam, liberos aut parentes patroni patronae, liberosve suos [eumve, quem in potestate habebit], vel uxorem, vel nurum in *ius* vocabit: qualiscumque *vindex* accipiatur (4).

4... In bona eius qui *vindicem* dederit, si neque potestatem sui faciet neque defendetur, iri iubebo (5).

5. Ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat neve faciat dolo malo quo magis eximeretur (6).

6. ?

Paulo, 5 Ulp., 6

VI — DE POSTULANDO (rubr. Dig. 3, 1) (7)

1. *Qui omnino ne postulent. Minor annis decem et septem, surdus qui prorsus non audit...* si non habebunt advocatum, ego dabo (8).

(1) Dig. 2, 14, 7, 7.
(2) Dig. 2, 9.
(3) Dig. 2, 4, 4, 1.
(4) Dig. 2, 8, 2, 2.
(5) Dig. 42, 4, 2, pr.
(6) Dig. 2, 7.
(7) Esta rúbrica é-nos atestada directamente. Cfr. *Spicilegium Solesmense* ed. Pitra, I, 281 (Krüger, *Coll. libr. iur.* II, 160): *Ulpianus libro ad edictum sexto qui pro aliis ne postulent titulo sexto edicti* . . . etc.
(8) Dig. 3, 1, 1, 3.

2. Qui pro aliis ne postulent (1). *Mulieres, caecus utrisque luminibus orbatus, qui corpore sua muliebria passus erit, qui capitali crimine damnatus erit, qui operas suas ut cum bestiis depugnaret, locaverit*... (2).

3. *Qui nisi pro certis personis ne postulent.* Qui lege plebis scito, senatusconsulto, edicto, decreto principum nisi pro certis personis postulare prohibentur, hi pro alio, quam pro quo licebit, in iure apud me ne postulent (3). Qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit; qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit; qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; qui (judicio fiduciae) (4) pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine (non contrario iudicio) damnatus erit; qui eam quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse scieret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit, eamve sciens [quis] uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est; et qui eum, quem in postestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias (in) eodem tempore constitutas habuerit; qui ex his omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit; pro alio ne postulent, praeterquam pro parente, patrono patrona, liberis parentibusque patroni patronae, liberisve suis, fratre sorore, uxore, socero socru, genero

(1) Dig., 3, 1, 1, 5-6.
(2) Dig., *idem, id.*
(3) Dig., 3, 1, 1, 8.
(4) Gaio, IV, 182; *cfr.* Cícero, *pro Caecina*, 3, 7.

nuru, vitrico noverca, privigno privigna, pupillo pupilla, furioso furiosa, cui eorum a parente aut de majoris partis tutorum sententia aut ab eo, cuius de ea re iurisdictio fuit, ea tutela curatiove data erit. (1).

VII — *De vadimoniis* (2)

1. *De vadimonio faciendo* (3).
2. *Quanti vadimonio fiant* (4).
3. Qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur (5).
4. *De vadimonio concipiendo* (6).
5. Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur... in eadem causa eum exhibere in quat unc est, donec iudicium accipiantur (7).
6. *Quas personas sine permissu praetoris non liceat* (8).
7. De eo per quem factum erit, quo minus quis *vadimonium* sistat (9).
8. *Quibus ex causis vadimonia recuperatoribus suppositis fiant* (10).

Paulo 6, 9
Dig. 8-10

VIII — *DE COGNITORIBUS ET PROCURATOIBUS ET DEFENSORIBUS* (rubr. Dig. 3, e *Frag. Vatic.*, 317)

1. *Qui ne dent cognitorem...* et qui eam, quam

(1) Dig., 3, 2, 1 Gaio IV, 182.
(2) Cfr. Lenel, p. 80.
(3) Gaio, IV, 184.
(4) Gaio, IV, 186.
(5) Dig., 2, 8 e Gaio, IV, 185.
(6) Dig., 6, 1, 6 e *cfr.* Cícero, *ad Quintum*, fr. II, 13, 3.
(7) Dig., 2, 9, 1. pr.
(8) Gaio, IV, 187.
(9) Dig., 2, 10, 1, pr.
(10) Gaio, IV, 185.

in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, in matrimonium collocaverit eamve sciens uxorem duxerit, et qui eum, quem in potestate haberet, earum quam uxorem ducere passus fuerit; quaeve virum parentem liberosve suos uti moris est, non eluxerit: quaeve cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, nupserit (1).

2. *Qui ne dentur cognitores* (2).

3. *Cognitorem* (3) ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solvi exposuit, iudicium accipere cogam.

4. Ei qui *cognitorem dederit, causa cognita permittam eum abdicare vel mutare* (4).

5. *Quibus alieno nomine agere liceat* (5).

6. Alieno nomine, item per alios agendi potestatem nom faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem neve dentur edictum comprehendit (6).

7. *Quibus municipium nomine agere liceat* (7).

8. Cuius nomine qui actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat; et ei *quocum aget* quo nomine aget id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet (8).

9. *Quod adversus municipes agatur* (9).

10. Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eum agatur (10).

(1) *Frag. Vat.*, 320.
(2) *Ibidem*, 322.
(3) Dig., 3, 3, 8, 3; cfr. *Frag. Vat.*, 340.
(4) *Frag. Vat.* 341.
(5) Dig., 3, 3, 35, pr. e 46, 7, 3, 3, 5.
(6) *Frag. Vat.*, 322.
(7) Dig., 3, 4, 3 e 7, pr.
(8) Dig., 3, 3, 33, 3.
(9) Dig., 3, 4, 7, pr.
(10) Dig., 3, 4.

11. Si quis negotia alterius sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo (1).

IX — *DE CALUMNIATORIBUS* (rub. Dig., 3, 6)

1. In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniae quam accepisse dicetur, post annum simpli *iudicium dabo* (2).

2, 3? (3).

X — *DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS* (rub. Dig., 4, 1)

1. Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo (4).

2. Quod dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, *intra annum cum primum experiundi potestas fuerit iudicium dabo* (5).

3. Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam (6).

4. Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve, perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo (7).

(1) Dig., 3, 5, 3, pr.
(2) Dig., 3, 6, 1, pr.
(3) Cfr. Lenel, p. 105 e seg.
(4) Dig., 4, 2, 1.
(5) Dig., 4, 3, 1, 1. As palavras: *cum primum exp. potest. fuerit* teriam sido surprimidas por Justiniano por causa da const. 8 do Cod., 2, 20 (21).
(6) Dig., 4, 4, 1, 1.
(7) Dig. 4, 5, 2, 1.

5. Quod eo auctore, qui tutor non fuerit, ... si id actor ignoravit, in integrum restituam (1). In eum, qui cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut, quanti ea res erit, tantum pecuniam condemnetur (2).

6. Si cuius quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset inve vinculis servitute hostiumque potestate esset, posteave (*non utendo deminutum esse*) (3) sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum fecisset aut, quod non utendo amissum sit (4), consecutus actioneve qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur inve vinculis esset secumve agendi potestatem non faceret aut cum eum invitum in ius vocari non liceret neque defenderetur, cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per magistratus (5) sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur; earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit: item, si qua alia mihi iusta causa esse videbitur; in integrum restituam, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edita decreta principum licebit (6).

7. *De lite restituenda* (7).

8. Quae alienatio iudicii mutandi causa facta erit (*dolo malo, in integrum restituam*) (8).

9. *De restitutione heredum?* (9).

(1) Dig., 27, 6, 1, 6.
(2) Dig., 27, 6, 1, 2, 6 e 7, pr.
(3) As palavras em itálico não se contêm no Digesto, mas foram acrescentadas por Mommsen, com fundamento nas *Basílicas*, X, 35, 1.
(4) *Cfr.* Dig., 4, 6, 21, pr.
(5) *Cfr.* Dig., 4, 6, 26, 5.
(6) Dig. 4, 6, 1, 1.
(7) *Cfr.* Lenel, pág. 119 e seg.
(8) Dig., 4, 7, 8, 1; 4, 3 e 3, 4.
(9) *Cfr.* Lenel, pág. 125.

Ulp. 13, 14 P. 13

XI — *DE RECEPTIS* (rub. Dig., 4, 8)

1. Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, (*eum sententiam dicere cogam*) (1).

2. Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo (2).

3. *Argentarii quod pro alio solvi receperint ut solvant* (3).

Ulp. 14 P. 14

XII — *DE SATISDANDO* (rub, Cod. 2, 56, 47) (4)

Ulp. 14 P. 15, 16

XIII — ***Quibus causis praejudicium fieri non oportet*** (5).

PARTE II

Ulp. 22, 23 P. 17, 18

XIV — ***De judiciis*** (rub. Dig., 5, 1 e Paul. *Sent.*, 1, 12).

1. De interrogationibus in iure faciendis (6). Qui in iure interrogatus (*an heres vel quota ex parte sit*) responderit (*in eum ex sua responsione iudicium dabo*) (7) ... omnino non respondisse ... (8).

2. De iureiurando (9). Si is cum quo agetur

(1) Dig., 4, 8, 3, 2 e 15.
(2) Dig. 4, 9, 1, pr.
(3) Dig. 13, 5, 27 e 13, 5, 12.
(4) *Cfr.* Lenel, pág. 130 e seg.
(5) *Cfr.* Lenel, pág. 136 e seg.
(6) Dig. 11, 1.
(7) Dig. 11, 1, 4, 1 e 6, 9, 11, pr.
(8) Dig. 11, 1, 11, 5.
(9) Dig. 12, 2.

condicione delata iuraverit (*sive id iusiurandum ei remissum fuerit*) (1), ejus rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo (2).

3. *Quando cum prescriptione agere oporteat.*

4. De noxalibus actionibus (3). Si is, in cuius potestate esse dicetur, negabit se in sua potestate servum habere: utrum actor volet, vel deierare iubebo in sua potestate non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset, vel iudicium dabo sine noxae deditione (4).

5. *De vacationibus* (5). *Si iudex litem suam fecerit* (6).

Ulp. 15, 24
P. 19, 26

XV — *DE HIS QUAE CUIUSQUE IN BONIS SUNT* (rub. Dig. 6, 2)

1. De publiciana in rem actione (7). Si quis id, dquo traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo (8).

2. De his qui dejecerint vel effuderint (9).

a) Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, *sestertium* quinquaginta *milium nummorum* iudicium dabo (10); si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudicii videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo; si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio addiciam; aut noxae (1) dedere (2).

b) Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum quo vulgo iter fiet inve quo consistetur id positum habeat, cuius casus nocere cui possit: qui adversus ea fecerit, in eum *sestertium* decem *milium nummorum* (3) in factum iudicium dabo; si servus insciente domino fecisse dicetur (4). . .

3. De servo corrupto (5). Qui servum servam alienum alienam recepisse persuasivisse quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo (6); si servus servave fecisse dicetur (7). . .

4. De aleatoribus (8). Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit damnumve ei dederit sive quid eo tempore *e domo* eius subtractum erit, iudicium non dabo: in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam (9). . .

5. Si hereditas petatur (10).

6. Si pars hereditatis petatur (11).

7. *De possessoria hereditatis petitione* (12) *et caeteris actionibus possessoriis.*

(1) Dig. 12, 2, 5, 4 e 9, 1.
(2) Dig. 12, 2, 3, pr. e 7, pr.; *cfr.* Dig. 12, 2, 9, 1, 3.
(3) Dig. 9, 4.
(4) Dig. 9, 4, 21, 2.
(5) Dig. 50, 5, 13 e 5, 1, 18, pr.
(6) Dig. 50, 16, 36.
(7) Dig. 6, 2.
(8) Dig. 6, 2, 1, pr.
(9) Dig., 9, 3.
(10) Dig., 9, 3, 1, pr.

(1) Dig., 9, 3, 1, pr. e 1, 4, 8, 1.
(2) Dig. 9, 3, 1, pr.
(3) Dig., 9, 3, 5, 6.
(4) Dig., *ibidem.*
(5) Dig., 11, 3.
(6) Dig., 11, 3, 1, pr.
(7) Dig., 12, 3, 5, 3.
(8) Dig., 11, 5.
(9) Dig., 11, 5, 1, pr. e § 4.
(10) *Sent. Paul.*, 1, 13 (b) e Dig., 5, 3.
(11) Dig., 5, 4.
(12) Dig., 5, 5.

8. *De fideicommissaria hereditatis petitione et utilibus actionibus* (1).

9. *Si singulae res petantur* (2).

10. Si ager vectigalis petatur (3).

11. *Si praedium stipendiarium vel tributarium petatur* (4).

12. Si usufructus petatur vel ad alium pertinere negetur (5).

13. Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur (6).

14. *De modo agri* (7).

15. Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur (8),

16. *De pastu pecoris* (9).

17. Ad legem Aquiliam (10).

a). Si fatebitur iniuria occisum esse: in simplum... (11).

b). *In factum adversus nautas caupones stabularios* (12)...

18. Finium regundorum. Familiae herciscundae. Communi dividundo (13).

19. *De utili communi dividundo judicio* (14).

(1) Dig., 5, 6 e Gaio, 2, 253.
(2) Dig. 6, 1. *Cfr.* Gaio, IV, 91-93.
(3) Dig. 6, 3.
(4) A rúbrica: «*si praedium stipendiarum vel tributarium petatur*» é evidente que devia achar-se incluída apenas no edito provincial. *Vid.* Dig., 50, 16, 27 e *cfr.* Lenel, *Paling.* II, c. 575, n. 5.
(5) Dig., 7, 6.
(6) Dig. 8, 5.
(7) *Paul. Sent.* 2, 17, 4 e Lenel, pág. 189 e seg.
(8) Dig. 9, 1 e Collatio. 7, 3.
(9) Dig., 50, 16, 31 e *Pauli Sent.*, 1, 15, 1.
(10) Dig., 9, 2.
(11) *Collatio*, 2, 4 e 12, 7.
(12) Dig., 4, 9, 6, 7; 9, 4, 19, 2.
(13) Dig., 10, 1; Dig., 10, 2 e 10, 3.
(14) Dig., 10, 3, 7, 3-10.

20. *De fideijussore et sponsore* (1).

21. Si mensor falsum modum dixerit (2).

22. Ad exhibendum (3).

Ulp., 25 Paulo, 27

XVI — *DE RELIGIOSIS ET SUMPTIBUS FUNERUM* (rub. Dig. 11, 7)

1. Sive homo mortuus ossave hominis mortui in locum purum alterius aut in id sepulchrum, in quo ius non fuerit, illata esse dicentur... (4).

2. *Si quis mortuum inferre prohibitus esse dicetur* (5).

3. De sepulchro violato (6). Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnatur; si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet; quicumque agere volet, ei *sestertiorum* centum *milium* actionem dabo: si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam; si quis in sepulchro dolo malo habitaverit aedificiumve aliud quam quod sepulchri causa factum sit, habuerit, in eum, si quis eo nomine agere volet, *sestertiorum* ducentorum *milium* iudicium dabo (7).

4. Quod funeris causa sumptus factus erit, ejus reciperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo (8).

(1) *Pauli Sent.* 1, 20. *Cfr.* Gaio III, 122, 123, 127 e 127 e IV, 22, 109, 171, com relação às leges Fúria, Appulleia, Publília, Cicereia, Cornélia e epístula de Adriano.
(2) Dig., 11, 6.
(3) Dig., 10, 4.
(4) Dig., 11, 7, 2, 2.
(5) Dig., 11, 7, 8, 5, 9.
(6) Dig., 47, 12.
(7) Dig., 47, 12, 3, pr.
(8) Dig., 11, 7, 12, 2.

Ulp. 28-28
P. 28-29

XVII — *DE REBUS CREDITIS* (rub. Dig., 12, 1 e Sent. P., 2, 1)

1. Si certum petetur (1) — . . . eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam (2) . . . Sacerdotem Vestalem et flaminem Dialem in omni mea iurisdictione iurare non cogam (3).

2. De eo quod certo loco dari oportet (4).

3. De pecunia constituta (5). Qui pecuniam debitam constitutit (6) *se soluturum eove nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo* (7).

4. Commodati vel contra (8). Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo (9).

5. De pigneraticia actione vel contra (10).

6. De compensationibus (11).

Ulp. 28-29
P. 29-30

XVIII — *Quod cum magistro navis, institutore eove qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.*

1. De exercitoria actione (12). *Quod cum magistro navis gestum erit eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit, in eum, qui eam navem exercuerit, iudicium dabo* (1). Si is qui navem exercuerit, in aliena potestate (2) erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium (*dabo*) (3).

2. De institoria actione (4).

3. De tributoria actione (5).

4. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur (6).

a) (*De peculio, de in rem verso, quod iussu*) (7). Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit . . . (8).

b) Post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, potestave quam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius, in cuius potestate *fuerit*, factum erit, quo minus peculii esset, in anno quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo (9).

c) In eum qui emancipatus aut exeredatus erit quive abstinuit se hereditate eius, cuius in potestate cum moritur fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive

(1) Dig., 12, 1, *vid.* fórmula em Gaio, IV, 41, 50.
(2) Dig., 12, 2, 34, 6.
(3) Aul. Gélio, 10, 15 31.
(4) Dig., 13, 4.
(5) Dig., 13, 5.
(6) Dig., 13, 5, 1, 1.
(7) Dig., 13, 5, 14, pr.; 21, 2, 16, pr. e § 1.
(8) Dig., 13, 6.
(9) Dig., 13, 6, 1, pr.
(10) Dig., 13, 7.
(11) Dig., 16, 2. *Vide* a fórmula que deve pedir o *argentarius*, em Gaio, IV, 64.
(12) Dig., 14, 1.

(1) Dig., 14, 1, 1, 1, 18.
(2) *patris dominisve potestate.*
(3) Dig., 14, 1, 1, 19.
(4) Dig., 14, 3. Confrontado com os frag. 3 e 5 pr. e § 18 e Gaio IV, 71, o edito pode reconstituir-se assim; *quod cum institore gestum erit eius rei nomine, cui praepositus fuerit, in eum qui eum praeposuerit, iudicium dabo.*
(5) Dig., 14, 4. Confrontado com os frag. 1, § 1-5; 3, 5; pr. § 19 e Gaio IV, 72, Inst. 4, 7, 3, o edito pode reconstituir-se: *qui merce pecuniari sciente eo in cujus potestate erit, negotiabitur, si quid cum eo eius mercis nomine contractum erit, ejus, quod ex ea merce erit eove nomine receptum erit, eum in cujus potestate erit, si quid ei debebitur, eum creditoribus mercis pro rata ejus quod cuique debitur in tributum vocabo.*
(6) Dig., 14, 5.
(7) Dig., 15, 1; 1, 1.
(8) Dig., 15, 1, 1, 2.
(9) Dig., 15, 2, 1 pr.

iussu eius, in cuius potestate erit, contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest (1).

5. Ad senatus consultum Vellaenum (2).

Ulp. 30-32
P. 30-34

XIX — *De bonae fidei iudiciis*

1. Depositi vel contra (3). Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, id duplum iudicium dabo (4).

2-7. *Fiduciae vel contra;* mandati vel contra; pro socio; empti venditi; locati conducti; *de aestimato* (5).

Ulp. 33-34
P. 35-37

XX — *DE RE UXORIA* (rub, Frag. Vatic., 94-122)

1. Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur (6).
2. *De alterutro* (7).
3. *De rebus amotis...* (8).
4. *De moribus* (9).

(1) Dig., 13, 5, 2 pr.
(2) Dig., 16, 1, e 8, 7-15.
(3) Dig., 16, 3.
(4) Dig., 16, 3, 1, 1 e Gaio IV, 47.
(5) *Pauli Sent.*, II, 12, 13; Dig., 11, 1; 17, 2; 17, 1 e Gaio IV, 40, 59 e 131 (a); Dig., 19, 2 e 19, 3.
(6) Dig., 24, 3.
(7) Cod., 5, 13 e *Cod. Theod.*, 4, 4, 7, pr.
(8) Dig., 25, 2 e *Cód.*, 5, 21, 2.
(9) Cod., 5, 17, 11, 2.

Ulp. 34
Paulo 37

XXI — *De liberis et de ventre*

1. De agnoscendis liberis (1).

2. De inspiciendo ventre custodiendoque partu (2). Si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit procuratoribusve eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si vellint, quae ventrem inspicient; mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant, dum ne qua earum dum inspicit invicta muliere ventrem tangat; mulier in domu honestissimae feminae pariat; mulier ante dies triginta quam parituram se putat, denunciet his ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus; si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante ostium ejus conclavis libri tres et tres liberae cum binis comitibus custodiant. Quotienscumque ea mulier in id conclave aliudve quod sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant et eos qui introierint excutiant. Custodes, qui ante conclave positi erunt, si volent, omnes, qui conclave aut domum introierint, excutiant. Mulier cum parturire incipiat, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat; mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque, ita ut praeter obstetrices duas in eo conclavi, ne plures mulieres liberae sint quam decem, ancillae quam sex; hae quae intus futurae erun excutiantur omnes in eo conclavi ne qua praegnas sit; tria lumina, ne minus, ibi sint; quod natum erit, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur; apud eum educetur, apud quem

(1) Dig., 25, 3 e *Cód.*, 8, 46, 9.
(2) Dig., 25, 4.

parens insserit; si autem nihil parens iusserit aut is, apud quem voluerit educari, curam non recipiet; apud quem educetur, causa cognita constituam. Is apud quem educabitur quod natum erit, quoad trium mensum sit, bis in mense, ex eo tempore quoad sex mensum sit, semel in mense, a sex mensibus quoad anniculus fiat, alternis mensibus, ab anniculo quoad fari possit, semel in sex mensibus, ubi volet, ostendat. Si cui ventrem inspici custodirive adesse partui licitum non erit factumve quid erit, quominus ea ita fiant, uti supra comprehensum est; ei quod natum erit, possessionem causa cognita non dabo; sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspici non licuerit, quas utique actiones me daturum polliceor his, quibus ex edicto meo bonorum possessio data sit, eas, si mihi iusta causa videbitur esse, ei non dabo (1).

3. Si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo alium translata esse dicatur (2).

4. Si mulier ventris nomine in possessionem calumniae causa fuisse dicatur (3).

Ulp. 35-35 P. 38

XXII — *DE TUTELIS* (rub. Dig., 26, 1)

1-7. *De administratione tutorum; de falso tutore;* de suspectis tutoribus; arbitrium tutelae: rationibus distrahendis: de eo qui pro tutore negotia gesserit: de magistratibus conveniendis (4).

(1) Dig., 25, 4, 1, 10.
(2) Dig., 25, 5.
(3) Dig., 25, 6.
(4) Dig., 26, 7; 27, 6, 11 pr; 26, 10; 27, 3; 27, 4 e Cod., 5, 51; 27, 3, 1, 19 e seg.; Cod., 5, 45 e Dig., 27, 5; e Dig., 27, 8.

XXIII — DE FURTIS (rub. Dig., 47, 2) (1)

1. *Furti nec manifesti* (2).
2. *Furti concepti* (3).
3. *Furti oblati* (4).
4. Di tigno juncto (5).
5. *Furti manifesti* (6).
6. *Furti prohibiti* (7).
7. *Furti non exhibiti* (8).
8. Si is, qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicetur (9).
9. Furti adversus nautas caupones stabularios (10).
10. Si familia furtum fecisse dicetur (11).
11. Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur (12).
12. Arborum furtim caesarum (13).

Ulp. 38 Paulo 40

XXIV — *DE JURE PATRONATUS* (rub. Dig., 37, 14)

1. De operis libertorum (14).
2. Si ingenuus esse dicetur (15).

(1) *Vid.* Dig., 50, 16, 195, 3: *at in edicto praetoris ostendimus sub titulo* de furtis. *Cfr.* Dig., 40, 4, 59.
(2) Gaio III, 120.
(3) Gaio III, 186, 191.
(4) Gaio, III, 187, 191.
(5) Dig., 47, 3.
(6) Gaio, III, 189.
(7) Gaio, III, 188, 192.
(8) Inst., 4, 1, 4.
(9) Dig., 47, 4 e frag. 1 pr.
(10) Dig., 47, 5, e frag., 1 pr.
(11) Dig., 47, 6. *Cfr.*, Dig., 9, 4, 31.
(12) Dig., 39, 4, 12, 1.
(13) Dig., 47, 7.
(14) Dig., 38, 1.
(15) Dig., 40, 14.

PARTE III

Ulp. 39-49
P. 41-44

XXV — *DE BONORUM POSSESSIONIBUS* (rubr. Dig., 37 1)

A) SI TABULAE TESTAMENTI EXTABUNT [1] *(non minus quam septem testium signis signatae)* [2].

1. De bonorum possessione contra tabulas [3].
2. De legatis praestandis c. tab. bonorum possessione petita [4].
3. De collatione bonorum [5].
4. De dotis collatione [6].
5. De coniungendis cum emancipato liberis eius [7].
6. De ventre in possessionem mittendo et curatore eius [8]. Si mulier praegnas esse dicetur... ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo [9].
7. *Edictum Carbonianum* [10].
8. De bonorum possessione secundum tabulas [11].
9. De bonis libertorum... [12].

a) Si quis manumissus manumissa moritur... [13].

b) Si domum munus operas redemerit [14] (*libertus, patrono bonorum possessionem non dabo*).

(1) Dig., 37, 2.
(2) *Cfr.*, Gaio, II, 119, 147.
(3) Dig., 37, 4; *cfr.* Gaio, III, 71.
(4) Dig., 37, 5.
(5) Dig., 37, 6.
(6) Dig., 37, 7.
(7) Dig., 37, 8.
(8) Dig., 37, 9.
(9) Dig., 40, 4, 13, 3.
(10) Dig., 37, 10, 1 pr. e § 1.
(11) Dig., 37, 11; *cfr.* Cícero, *in Verrem*, II, 45, 117.
(12) Dig., 38, 2 e Gaio III, 41.
(13) Probus, *fr. Einstat.* 51.
(14) Dig., 50, 16, 53, pr.

10. Si quid in fraudem patroni factum sit [1].
11. *De liberis patroni* [2].
12. *Quibus bonorum possessio liberti non datur* [3].
13. In eo qui a patre avove paterno proavove paterni avi patre (*manumissus moritur, idem ius servabo atque si ex servitute manumissus esset*) [4].
15. De bonorum possessione ex testamento militis [5].

B) SI TABULAE TESTAMENTI NULLAE EXTABUNT [6].

1. Unde liberi [7].
2. Unde legitimi [8]. Tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset [9].
3. Unde cognati [10].
4. *Unde familia patroni* [11].
5. *Unde patronus patroni* [12].
6. Unde vir et uxor [13].
7. De postumis [14].
8. *Unde cognati manumissoris* [15].

C) CLAUSULAE GENERALES.

1. Quibus non competit bonorum possessio [16].
2. Ut ex legibus senatusve consultis bonorum pos-

(1) Dig., 50, 16, 37.
(2) Gaio, III, 45, 46.
(3) Dig., 38, 2, 14 pr. 16, § 5.
(4) Dig., 37, 12, 1, 1, 2; *Inst.*, I, 12, 6.
(5) Dig., 37, 13.
(6) Dig., 38, 6 e *Cicero ibid.* 2, 1, 44, 114.
(7) Dig., 38, 6.
(8) Dig., 38, 7.
(9) Dig., 38, 7, 1.
(10) Dig., 38, 8.
(11) Inst. 3, 9, 3; Ulp. 28, 7. *Cfr.* Dig. 50, 16, 195, 196.
(12) Ulp. 28, 7.
(13) Dig., 38, 11.
(14) Dig. 37, 9, 7.
(15) Ulp. 28, 7.
(16) Dig., 38, 13

sessio detur (1). Uti me quaque lege senatusve consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo (2).

3. *Successorium edictum.* Quis ordo in *bonorum* possessionibus servetur (3).

Ulp. 50
P. 45-46

XXVI — DE TESTAMENTIS (4)

1. De condicione *iurisiurandi* (5).

2. Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur (6).

3. Si quis omissa causa testamenti ab intestato [vel alio modo] possideat hereditatem (7).

4. Quorum testamenta ne aperiantur (8).

Ulp. 51-52
P. 45-46

XXVII — DE LEGATIS (9)

1. *Se ex testamento agatur* (10).

2. *Ut ususfructus nomine caveatur* (11). Ut legatorum servandorum causa caveatur (12).

3. Ut in possessionem legatorum servandorum causa esse liceat (13).

(1) Dig., 38, 14.
(2) Dig., 38, 14, 1 pr.
(3) Dig., 38, 15. *Cfr.* Dig. 38, 9, 2; 22, 6, 1, 3.
(4) *Cfr.* Dig. 28, 5, 32, 33: Gaio, lib. I, II *de testamentis, ad edictum praetoris urbani.*
(5) Dig., 28, 7.
(6) Dig., 29. 3; *cfr. pr.* 2, § 4.
(7) Dig., 29, 4.
(8) Dig. 29, 5.
(9) Dig. 30, 65, 69, 73 e Gaio *lib.* I, II e III *ad ed. praet.*
(10) Gaio, II, 204, 213.
(11) *Cfr.* Dig., 7, 9, 1 pr. e 5 § 1.
(12) Dig., 36, 3.
(13) Dig. 36, 4.

Ulp. 52
P. 46.

XXVIII — DE OPERIS NOVI NUNTIATIONE (rub. Dig., 39, 1) (1)

Ulp. 53
P. 48.

XXIX — DE DAMNO INFECTO (rub. Dig., 39, 2) (2)

Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse in eam diem, quam causa cognita statuero; si controversia erit, dominus sit necne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo; de eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo... Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cuius nomine, ut caveatur, postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. In eum qui neque caverit neque in possessione esse neque possideri passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset... Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine non satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse iubebo (3).

Ulp. 53
P. 49.

XXX — *De aqua et* AQUAE PLUVIAE ARCENDAE (rub. Dig., 39, 3) (4)

Ulp. 54-55
P. 50-51

XXXI — DE LIBERALI CAUSA (rub. Dig., 40, 12) (5)

1. *Si ex servitute in libertatem petatur* (6).

(1) Dig., 39, 1, 9 e Gaio, *ad ed.*
(2) Dig., 39, 2, 8, 19; 9, 4, 30.
(3) Dig., 39, 2, 7, pr.
(4) Dig., 39, 3, 13 e Gaio *ibid.*
(5) Dig., 40, 12 e Gaio, *ibid.*
(6) Inst., 4, 6, 13 e Cód. 7, 16, 21, mas cfr. Lenel, pág. 366 e seg.

2. *Si ex libertate in servitutem petatur.*

3. Si controversia erit, utrum ex servitute in libertatem petatur an ex libertate in servitutem (1).

4. *Si quis ei, cui bona fide serviebat, damnum dedisse dicetur* (2).

5. *Si quis cum se liberum esse scieret dolo malo passus erit se pro servo venum dari* (3).

Ulp. 55
P. 52

XXXII — DE PUBLICANIS (4)

1. Quod publicanus eius publici nomine vi admerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum iudicium dabo. Item si damnum iniuria (furtumve) factum esse dicetur, iudicium dabo. Si hi ad quos ea res pertinebit non exhibebuntur, in dominos sine noxae deditione iudicium dabo (5).

2. *Quod publicanus illicite exegerit* (6).

3. *De vectigalibus* (7).

Ulp. 56
P. 53

XXXIII — DE PRAEDIATORIBUS (8)

Ulp. 56
P. 54

XXXIV — *De vi turba incendio ruina naufragio rate nave expugnata*

1. *De hominibus armatis coactisve, vi bonorum raptorum et de turba* (9). Si cui dolo malo hominibus

(1) Cod., V, 16, 21; Dig., 40, 12, 7, 5 e 3; 3, 39, 5.
(2) Dig., 40, 12, 12, 6.
(3) Dig., 40, 12, 14, 22 pr.
(4) Dig., 39, 4, 5 e Gaio, *ad ed. prael. urb., tit. de publicanis.*
(5) Dig., 39, 4, 1 pr.
(6) Dig., 39, 4, 9, 5.
(7) Dig., 39, 4.
(8) Dig., 23, 3, 54; *Cfr.* Dig., 50, 16, 39, 4.
(9) Dig., 47, 8.

armatis coactisve damni quid factum esse dicetur sive cuius bona vi rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur... iudicium dabo. Item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo (1). Cuius dolo malo in turba damni quid factum *amissumve quid* esse dicetur, in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in duplum, post annum in simplum iudicium dabo (2).

2. De incendio ruina naufragio rate nave expugnata. In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur: in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo; item in servum et in familiam iudicium dabo (3).

Ulp. 56-57
P. 55

XXXV — *DE INIURIIS* (4).

1. ... Qui autem iniuriarium agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit, et taxationem ponat non maiorem quam quanti vadimonium fuerit (5).

2. Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo (6).

3. Ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam (7).

4. Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse

(1) Dig., 47, 8, 2, pr.
(2) Dig., 47, 8, 4 pr.
(3) Dig., 47, 9, 1, pr. cfr. Paulo, *Sent.*, 5, 2, 3.
(4) Paulo, 5, 4 e *Inst.*, IV, 4.
(5) Dig., 47, 10, 7; 47, 10, 15, 26 e Aul. Gel., 20, 1, 13. Cfr. *Collatio*, 2, 6, 4.
(6) Dig., 47, 10, 15, 2.
(7) Dig., 47, 10, 15, 25 e *Collat.*, 2, 6, 5.

dicetur, in eum iudicium dabo; item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo (1).

5. Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium dabo (2).

PARTE IV

Ulp. 58
P. 56

XXXVI — *De re iudicata* (3)

1. Condemnatus, ut pecuniam solvat *intra* XXX *dies* ... (4).

2. *Confessus...* (5).

3. *Qui ita ut oportet non defendetur* (6).

XXXVII — QQUI NEQUE SEQUANTUR NEQUE DUCANTUR (7)

Ulp. 59-61
P. 57-58

XXXVIII — *QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR* ... (8)

1. *Qui iudicatus prove iudicato erit quive uti oportet defensus non erit...* cujus de ea re jurisdictio est (9) pronuntiatum... statutum (10).

(1) Dig., 47, 10, 15, 34.
(2) Dig., 47, 10, 17, 10.
(3) Dig., 42, 1.
(4) Cfr. Gaio, III, 78.
(5) Dig., 42, 2.
(6) *Cfr. leg. Rubr. c.* 21.
(7) Dig., 50, 16, 48 e Gaio *ad ed. praet.*
(8) Dig., 42, 4.
(9) Dig., 42, I, 5 pr.
(10) Dig., 50, 16, 46 pr.

2. *Qui ex lege Iulia bonis cesserit* (1).

3. *Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur, eius rei servandae causa bona eius possidere iubebo.* Si is pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit et recte defendetur; eos, qui bona possident, de possessione decedere iubebo (2).

4. Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri venirique iubebo (3).

5. Qui absens iudicio defensus non fuerit (4), (*eius bona possideri iubebo*), et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit (5).

6. *a*) Cui heres non extabit... (6).

b) De iure deliberandi. Si tempus ad deliberandum petet, dabo (7).

c) Si pupilli pupillae nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat eum hereditatem retinere, (et hoc datum sit, si iusta causa esse videbitur), bona interea deminui nisi [si] causa cognita boni viri arbitratu vetabo (8).

d) ... Si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea hereditate amoveretur... *si amoverit...* (*abstinendi potestatem non faciam* (9).

7. *Si heres suspectus non satis dabit* (10).

8. *Qui capitali crimine damnatus erit* (11).

(1) Gaio, III, 78.
(2) Dig., 42, I, 5, pr. e 42. 4, 5, 2.
(3) Dig., 42, 4, 7, 1.
(4) Cicero, *pro Quinctio*, 19, 60 e Gaio, III, 78.
(5) Dig., 42, 4, 6, 1.
(6) Cícero; *ibid.*, 19, 60 e Dig., 49, 14, 1; 1.
(7) Dig., 28, 8, 1, 1.
(8) Dig., 28, 8, 7 pr.
(9) Dig., 29, 2, 71, 3 a 4.
(10) Dig., 42, 5, 31 pr. e 3.
(11) Cicero, *loc. cit.*, 9, 160.

Ulp. 61-62
P. 58-59

XXXIX — *DE BONIS POSSIDENDIS PROSCRIBENDIS VENDUNDIS* (1)

1. Qui ex edicto meo in possessionem venerint, ita eos videtur in possessione esse oportere; quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant; quod non poterunt, id auferre et abducere licebit; dominum invitum detrudere non placet (2).

2. ... Si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat; sive, quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur; sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re iudicium in factum dabo (3).

3. Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusve cuius ea iurisdictio fuit, *quae mea est* (4), in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res *erit* (5), ob quam in possessionem missus erit, dabo (6).

4. *De magistris faciendis bonisque proscribendis et vendundis* (7).

Ulp. 63-64
P. 60-62

XL — *Quemadmodum a bonorum emptore vel contra eum agatur*

1. *De Rutiliana actione* (8).
2. *De privilegiariis creditoribus* (9).

(1) *Prob.*, 5, 24; Gaio III, 79 e Dig., 42, 5.
(2) Cícero, *loc. cit.*. 27, 84.
(3) Dig., 42, 5, 9 pr.
(4) Dig., 39, 2, 7 pr.
(5) Dig., 43, 4, 1 pr. e 1, 5.
(6) Dig., 43, 4, 1 pr.
(7) *Cfr.* Cícero *ad Attic.* 6, 1, 15; Gaio, III, 79 e Dig., 50, 16, 57 pr.
(8) Gaio, IV, 35.
(9) Dig., 27, 10, 15, 1.

3. Quod postea contractum erit, quam is, cuius bona venierint, consilium *fraudandorum creditorum* ceperit, fraudare sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur (1).

4. *De actionibus quae ex ante gesto adversus fraudatorem competant* (2).

5. *De Serviana actione* (3).

6. De separationibus (4).

Ulp. 65-66
P. 62

XLI — *DE CURATORE BONIS DANDO* (rub. Dig., 42, 7)

1. *De constituendo curatore et administratione ejus* (5).

2. Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum [vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit], intra annum, quo experiundi potestas fuerit [actionem dabo]; idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo (6).

Ulp. 66
P. 62

XLII — *DE SENTENTIA IN DUPLUM REVOCANDA* (7)

PARTE V — APÊNDICE

XLIII — *DE INTERDICTIS* (8)

1. *a)* QUORUM BONORUM ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut

(1) Dig., 42, 5, 25.
(2) Cod., 7, 75, 6.
(3) Gaio, IV, 35.
(4) Dig., 46, 2 e Cod. 7, 72, 2.
(5) Dig., 42, 7, 2, 1.
(6) Dig., 42, 8, 1 pr.
(7) Cfr. *Cicero, pro Flacco, 21*, 49; *Pauli Sent.*, 5, 5, 8 e Gaio IV, 9.
(8) Dig., 43, 1 e Gaio IV, 138 e seg.

pro possessore possides possidereves, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas (1).

b) QUOD de his bonis *(quorum possessio ex edicto meo illi data est)*, LEGATORUM nomine non voluntate *(illius)* possides quodque dolo malo fecisti quo minus possideres, *(id)*, si (eo *nomine*) satisdatum est si(ve) per (*illum*) non stat ut satisdetur (*illi restituas*) (2).

c) QUAM HEREDITATEM... (3).

d) Ne vis fiat ei, qui (*legatorum servandorum causa*) in possessionem missus erit (4). Ne vis fiat ei, quae (*ventris nomine*) in possessionem missa erit (5).

e) De tabulis exhibendis (6). Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. Item si libellus aliudve quid relictum esse dicetur, decreto comprehendam (7).

f) *Interdictum possessorium* (8).

g) *Interdictum sectorium* (9).

2. NE QUID IN LOCO SACRO (*religioso, sancto*) FIAT (10).

a) In loco sacro facere inve eum immittere quid veto... (11).

(1) Dig., 43, 2, 1 pr.
(2) Dig., 43, 3; *Frag. Vat.* 90.
(3) Ulp., *Inst.*, 4.
(4) Dig., 43, 4, 3 e Dig., 36, 4, 5, 27.
(5) Dig., 43, 4, 3, 2.
(6) Dig., 43, 5.
(7) Dig., 43, 5, 1 pr.
(8) Gaio, IV, 145.
(9) Gaio, IV, 146.
(10) Dig., 43, 6.
(11) Dig., 43, 6, 1 pr.

b) De mortuo inferendo (1). Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quo minus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto (2).

c) De sepulchro aedificando (3) Quo illi jus est invito te mortuum inferre quo minus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto (4).

3. DE LOCIS ET ITINERIBUS PUBLICIS (5). Ne quid in loco publico vel itinere fiat (6).

a) Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatusconsulto edicto decretove principum tibi concessum est: de eo, quod factum erit, interdictum non dabo (7).

b) In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto (8).

c) Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas (9).

d) Quo minus illi via publica *itinereve publico ire agere* liceat, vim fieri veto (10).

e) De loco publico fruendo (11). Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove ejus e lege locationis frui liceat, vim fieri veto (12).

(1) Dig., 11, 8; *cfr.* 43, 1, 2, 1.
(2) Dig., 11, 8, 1 pr.
(3) Dig., 11, 8.
(4) Dig., 11, 8, 1, 5.
(5) Dig, 43, 7.
(6) Dig, 43, 8.
(7) Dig., 43, 8, 2 pr.
(8) Dig., 43, 8, 2, 20.
(9) Dig., 43, 8, 2, 35.
(10) Dig., 43, 8, 2, 45.
(11) Dig., 43, 9.
(12) Dig., 43, 9, 1 pr.

f) De via publica e itinere publico reficiendo (1). Quo minus illi viam publicam iterve publicum aperire *purgare* reficere liceat, dum ne ea via idve iter deterius fiat, vim fieri veto (2).

4. DE FLUMINIBUS (3).

a) Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur. Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat (4).

b) Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas (5).

c) Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit (6). In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamine eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto (7).

d) Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluxit, restituas (8).

e) Ut in flumine publico navigare liceat (9). Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam *eius* onerare exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum fossem stagnum publicum navigare liceat, interdicam (10).

(1) Dig., 45, 11.
(2) Dig., 43, 11, 1 pr.
(3) Dig., 43, 12.
(4) Dig., 39, 1, 1, 1 pr.
(5) Dig., 39, 1, 1, 19.
(6) Dig., 43, 13.
(7) Dig., 43, 13, 1 pr.
(8) Dig., 43, 13, 1, 11.
(9) Dig. 43, 14.
(10) Dig., 43, 14, 1 pr.

f) De ripa munienda (1). Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitratu [vel cautum vel] satisdatum est aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitratu [caveatur vel] satisdetur, vim fieri veto (2).

5. DE VI ET DE VI ARMATA (3).

a) Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit (4), cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec praecario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas (5); post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo (6).

b) Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas (7).

c) Si uti frui prohibitus esse dicetur (8).

d) *Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit* (9).

6. *a*) UTI NUNC POSSIDETIS eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec praecario alter ab altero possidetis, ita possideatis; adversus ea vim fieri veto (10).

b) Uti eas aedes, q. d. a., n. v. n. cl. n. pr. alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis; adversus ea vim fieri veto (11).

(1) Dig., 43, 15.
(2) Dig., 43, 15, 1 pr.
(3) Dig., 43, 1, 2, 3.
(4) Dig., 43, 10, 1 pr. *Cfr.* Cicero, *pro Tullio*, 19, 44.
(5) Cicero, *pro Caecina*, 30, 85 e Dig. 43, 16, 1, 31.
(6) *Cf. Frag. Vat.*, 312.
(7) Cicero, *pro Caec*; *ad famil.*, 15, 16, 3.
(8) *Frag. Vat.*, 91.
(9) *Cfr.*, Dig., 43, 4, 4 pr., 4.
(10) Dig., 43, 17, restituição feita sôbre Festo, vb. *possessio*.
(11) Dig., 41, 17, 1 pr. Cfr. Gaio, IV, 160.

c) ...neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, *sponsionem restipulationemque facere* permittam (1).

d) *Uti eo fundi... utimini fruimini...* (2).

7. *a*) A QUO FUNDUS PETETUR, SI REM NOLIT defendere (3). *Quem fundum...*

b) A QUO USUS FRUCTUS PETETUR, SI REM NOLIT DEFENDERE. Quem usufructum... vindicare vult... *(si rem nolis defendere eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur, restituas)* (4).

8. DE SUPERFICIEBUS. Uti ex lege locationis [sive conductionis] superficie q. d. a, nec vi nec clam nec praecario alter ab altero fruimini, quo minus *ita* fruamini, v. f. v. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo (5).

9. De ITINERE ACTUQUE PRIVATO (6). *a*) Quo itinere actuque privato q. d. a [vel via] hoc anno nec vi nec clam nec praecario ab illo usus es, quo minus ita utaris, v. f. veto (7).

b) Quo itinere *actuque q. d. a. is, a quo emisti, hoc anno n. v. n. cl. n. praec. ab illo* usus es, quo minus *ita utaris*, v. f. veto (8).

c) Quo itinere actuque hoc anno non v. n. clam nec praec. ab illo usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius est, reficias, v. f. veto. Qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius *operis* vitium datum sit, caveat (9).

(1) Dig., 43, 17, 1 cr. *Cfr.* Cicero *pro Caec.*, 16, 45 e Gaio IV, 166.
(2) Cfr. *Frag. Vatic.*, 90 e Dig., 43, 18, 1 pr.
(3) *Frag. Vatic.*, 92; Dig., 39, 2, 45.
(4) *Frag. Vatic.*, 92 e *Paul. Sent.*, I, 11, 1.
(5) Dig., 43, 18, 1 pr.
(6) Dig., 43, 19.
(7) Dig., 43, 19, 1 pr
(8) *Cfr.*, Dig., 43, 1, 2, 3.
(9) Dig., 143, 19, 3, 11.

10. DE AQUA COTTIDIANA ET AESTIVA (1). *a)* Uti hoc anno aquam, q. d. a., non vi nec clam nec praecario ab illo duxisti, quo minus ita ducas vim f. veto (2).

b) Uti priore aestate aquam q. d. a., nec vi n. c. n. pr. ab illo duxisti, quo minus ita ducas, v. f. v. (3).

c) Item inter heredes emptores et bonorum possessores interdicam (4).

d) Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius res eius fuit, permissum est, quo minus ita uti permissum est ducat, v. f. veto. Quandoque de opere faciendum interdictum erit, damni infecti caveri iubebo (5).

e) DE RIVIS (6). Rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti *hoc anno aut* priore aestate non v. n. c. n. pr. a te duxit, v. f. v. (7).

f) DE FONTE (8). Uti de eo fonte, q. d. a., hoc anno nec v. n. c. n. pr. ab illo usus es, quo minus ita utaris, v. f. v. De lacu puteo piscina item interdicam (9).

g) Quo minus fontem q. d. a., purges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris atque uti hoc anno non v. n. c. n. pr. ab illo usus es, v. f. v. (10).

11. DE CLOACIS (11). *a*) Quo minus illi cloa-

(1) Dig., 43, 20.
(2) Dig., 43, 20, 1 pr.
(3) Dig.: 43, 20, 1, 29.
(4) Dig., 43, 20, 1, 37.
(5) Dig., 43, 20, 1, 38.
(6) Dig., 43, 21.
(7) Dig., 43, 21, 1 pr.
(8) Dig., 43, 22.
(9) Dig., 43, 22, 1 pr.
(10) Dig, 43, 22, 16.
(11) Dig., 43, 23.

cam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet, q. d. a., purgare reficere liceat, v. f. v. Damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo (1).

b) Quod in cloaca publica factum sive [ea] immissum habes, quo usus eius, deterior sit fiat, restituas; item ne quid fiat immitaturve, interdicam (2).

12. QUOD VI AUT CLAM factum est, q. de. re agitur, id, *si non plus quam annus* est cum experiundi potestas est, restituas (3).

13. DE REMISSIONIBUS. *a*) Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat; ceterum nuntiationem missam facio (4).

b) Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, q. d. r. a., quod in eo loco, antequam nuntiatis missa aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas (5).

c) Quem in locum nuntiantum est, ne quid operis novi fieret, q. d. r. a., si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit, aut per te stat quo minus satisdetur: quo minus illi in eo loco opus facere liceat, v. f. v. (6)

14. DE PRECARIO (7). Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, q. d. r. a., id illi restituas (8).

15. DE ARBORIBUS CAEDENDIS (9). *a*) Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quo minus eam adimas, tunc, quo minus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, v. f. v. (10).

(1) Dig., 43, 23, 1 pr.
(2) Dig., 43, 23, 1, 15.
(3) Dig., 43, 24, 1 pr.
(4) Dig., 43, 25, 1 pr.
(5) Dig., 39, 1, 20 pr.
(6) Dig., 39, 1, 20, 9.
(7) Dig., 43, 26.
(8) Dig., 43, 26, 2 pr.
(9) Dig., 43, 27.
(10) Dig., 43, 27, 1 pr.

b) — Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, v. f. v. (1).

16. DE GLANDE LEGENDA (2). Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, v. f. v. (3).

17. DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO (4). *a*) — Quem liberum dolo malo retines, exhibeas (5). *b*) — DE LIBERIS EXHIBENDIS ITEM DUCENDIS (6). Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas (7). Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quo minus eum Lucio Titio ducere liceat, v. f. v. (8).

c) — *De liberto exhibendo* (9).

18. UTRUBI (10) hic homo q. d. a. maiore parte huiusce anni nec v. n. c. n. p. ab altero fuit, quo minus is eum ducat, v. f. v. (11).

19. *a*) DE MIGRANDO (12). Si is homo, q. d. a. non est ex his aedibus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem, q. d. agitur, introducta importata ibi nata factave essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur; ita, quo

(1) Dig., 43, 27, 1, 7.
(2) Dig., 43, 28.
(3) Dig., 43, 28, 1 pr.
(4) Dig., 43, 29 e Paul., 5, 6, 14.
(5) Dig., 43, 29, 1 pr.
(6) Dig., 43, 30.
(7) Dig., 43, 30, 1 pr.
(8) Dig., 43, 30, 3 pr.
(9) *Cfr.* 43, 1, 2, 1 e Gaio, IV, 162.
(10) Dig., 43, 31.
(11) Dig., 43, 31, 1 pr. e Gaio IV, 160, 150.
(12) Dig., 43, 32.

minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, v. f. v. (1).

b) Salvianum interdictum (2). *Formulae actionis Servianae et quasi Servianae* (3).

20. Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de [ea re] agitur, fecit: ea illis [si eo nomine, q. d. a., actio ei ex edicto meo competere] esseve oportet [ei], si non plus quam annus est cum de ea re, q. d. a., experiundi potestas est, restituas. Interdum causa cognita, et si scientia non sit, in factum actionem permittam.

Ulp. 74-76
P. 69-71

XLIV — *DE EXCEPTIONIBUS* (4)

1. SI QUIS VADIMONIIS NON OBTEMPERAVERIT.

a) *Exceptio pacti conventi:* si inter A^m A^m et N^m N^m non convenit, ne ea pecunia peteretur (5).

b-f) *Exceptiones quod N^s N^s sine dolo malo rei publicae causa afuerit, quod valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus, quod sine dolo malo ipsius a magistrato retentus, quod rei capitalis antea condemnatus fuerit, quod dolo malo A^s A^s factum sit, quo minus vadimonium sisteret.* (6)

2. *Except:* LITIS DIVIDUAE ET REI RESIDUAE (7).

3. SI ALIENO NOMINE AGATUR: *except: cognitoriae, procuratoriae, tutoriae, curatoriae,* etc.

4. a) *Except.:* MERCIS NON TRADITAE: Si ea pecunia, q. d. a., non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est (8).

(1) Dig., 43, 32, 1 pr.
(2) Dig., 43, 33.
(3) *Cfr.* Inst., 4, 6, 7.
(4) Dig., 44, 1.
(5) Gaio, IV, 119 e 122 e Dig., 2, 11, 2 pr.
(6) Dig., 2, 11, 2, 1 e §§ 3-9 e 4, pr. Cf. Dig. 22, 3, 19, 1.
(7) Gaio IV, 122.
(8) Dig. 50, 16, 66, 19, 1, 25 e Gaio IV, 126. Cfr. Dig. 44, 4, 5, 4.

b) *Except.:* REDHIBITIONIS (1); c) *exc.* PECUNIAE PENSATAE (2).

5. *Except. annalis.* Si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit (3).

6. Quod PRAEIUDICIUM hereditati (fundi partive eius) non fiat (4).

7. *Excep.* REI IUDICATAE VEL IN IUDICIUM DEDUCTAE: si ea res, q. d. a., iudicata (*non est inve in iudicium deducta*) non est (5).

8. *Except.:* REI VENDITAE AC TRADITAE (6).

9. a) *except.:* DOLI MALI: si in ea re nihil dolo malo A^s A^s factum est neque fit (7).

b) *except.:* METUS: si in ea re nihil metus causa factum est (8).

10. QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR (9).

a) *except.: iurisiurandi.*

b) *except.: negotii in alea gesti.*

c) *ex.: onerandae libertatis causa.*

11. SI QUID CONTRA LEGEM SENATUSVE CONSULTUM FACTUM ESSE DICETUR (10); a) *exc. legis Cinciae;* b) *exc. legis Plaetoriae;* c) *exc. rei litigiosae.*

Ulp. 77-81
P. 72-78

XLV — *DE STIPULATIONIBUS* (11)

1. *Vadimonium sisti* (12).

(1) Dig. 21, 1, 39 e 44, 1, 14.
(2) Dig. 22, 3, 19, 3.
(3) Dig. 44, 3, 1.
(4) Dig. 44, 1, 13, 16, 18.
(5) Dig. 44, 2; Gaio III, 181 e IV, 106, 107 e 121.
(6) Dig. 21, 2.
(7) Dig. 44, 4, 2, 1 e Gaio IV, 119.
(8) Dig. 44, 4, 4, 33.
(9) Dig. 44, 5.
(10) Dig. 44, 1, 3 e Gaio IV, 121.
(11) Dig. 46, 5.
(12) Gaio IV, 184-186.

2. PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM (1).
3. IUDICATUM SOLVI (2).
4. *De conferendis bonis et dotibus* (3).
5. SI CUI PLUS QUAM PER LEGEM FALCIDIAM LIGUERIT LEGATUM ESSE DICETUR (4).
6. EVICTA HEREDITATE LEGATA REDDI (5).
7. USUSFRUCTUARIUS QUEMADMODUM CAVEAT (6).
8. LEGATORUM SERVANDORUM CAUSA (7).
9. REM PUPILLI SALVAM FORE (8).
10. RATAM REM HABERI (9).
11. *De auctoritate* (10).
12. *Ex operis novi nuntiatione* (11).
13. DAMNI INFECTI (12).

Ulp. 1 F. 1-2

XLVI. *Edicta aedilium curulium* (Dig. 21, 1).

DE MANCIPIIS VENDUNDIS (13). Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto: quod si mancipium adversus ea venisset sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque, ad quos ea res pertinet (*in sex mensibus, quibus primum de ea re experiundi potestas fuerit*) (1), iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur, si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat, item, si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus (2). . . .

2. DE IUMENTIS VENDUNDIS. Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradantur; si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiique causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus; si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur (3). Quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto (4).

3. DE FERIS. Ne quis canem, verrem vel *malalem*, aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, qua volgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere

(1) Cfr. Gaio IV, 91, 94.
(2) Dig. 46, 7, 6.
(3) Paulo, 9, 4.
(4) Dig. 35, 3.
(5) Dig. 5, 3, 17; 29, 4, 1, 9. Cfr. Dig. 35, 3, 4, pr.
(6) Dig. 7, 9.
(7) Cfr. Dig. 36, 3.
(8) Dig. 46, 6.
(9) Dig. 46, 8.
(10) Cfr. Dig. 21, 2.
(11) Dig. 39, 1, 13, 1 e 45, 1, 4, 2.
(12) Dig. 39, 2, 24 pr., 1 e 2.
(13) *Vid.* A. Gel., 4, 2, 1.

(1) Cfr. Dig. 21, 1, 19, 6.
(2) Dig. 21, 1, 1, pr.
(3) Dig., 21, 1, 38, pr.
(4) Dig., 21, 1, 38, 5.

damnumve dare possit; si adversus ea factum erit ex homo liber ex ea re perierit, *sestertium ducentorum milium nummorum*, si mortuum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudici videbitur (*iudicium dabimus*); ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli (*iudicium dabimus*) (1).

4. *Duplae stipulatio* (2).

APÊNDICE V

Constituições imperiais (3)

1. EDITO DE AUGUSTO ÁCERCA DO AQUEDUTO DE VENAFRUM, de data relativamente incerta (4).

2. EDITO DE CLAUDIO SOBRE A CONDIÇÃO DOS ANAUNI E DAS POPULAÇÕES VIZINHAS, do ano 46 (1).

3. EPÍSTULA DE VESPASIANO AOS VANACINI, de cêrca de 72 (2).

4. EPÍSTULA DE VESPASIANO AOS SABORENSES, do ano 82 (3).

(1) Dig., 21, 1, 40, 1 42.

(2) Dig., 21, 1, 28 e 21, 2, 37, 1.

(3) Também desta particular categoria de fontes jurídicas chegaram até nós directamente alguns especimens conservados em inscrições sôbre pedras, táboas de bronze e papiros. Para uma colecção completa de todas as constituições imperiais anteriores a Justiniano, pode vêr-se a de Haenel, *Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Justinianum latarum*, Leipzig, 1857. Alguns *edicta, rescripta* e *decreta* podem também vêr-se em Girard, *Textes*, pág. 186 e seg. e Ricobono-Baviera—Ferrini, *Fontes*, I (1908), pág. 313 e seg., além da importante colecção de Bruns, *Fontes* e do *C. Insc. Latinarum*. Como para as *leges* propriamente ditas e senatusconsultos, limitamo-nos a uma enumeração das principais espécies e reproduzimos duas a título de exemplificação e ilustração do que a êsse respeito foi dito oportunamente nestes *Elementos*. Para o mais, remete-se para as citadas colecções.

(4) Inscrição achada em 1846 por Mommsen sôbre um bloco de mármore incorporado numa edificação de Venafrum, colónia romana, e contendo o regulamento do funcionamento de um aqueduto aí construído por Augusto. Vid. Bruns, n.º 77 e Girard, 187.

(1) Descoberta em 1869, em Cles, perto de Trento, sôbre uma táboa de bronze, cujo têxto se pode ver em Girard, pág. 189. Êste edito regula a condição jurídica das terras aí situadas e dadas como sendo do fisco e ao mesmo tempo a dos habitantes dêsses territórios litigiosos, confirmando-lhes a qualidade de cidadãos romanos, de que eles estavam de posse de facto, havia já muito.

(2) Placa de bronze achada na Córsega e contendo uma constituição de Vespasiano dirigida à cidade dos Vanacini e regulando uma contestação de extremas entre ela e uma cidade vizinha ao mesmo tempo que confirma os *beneficia* que lhe tinham sido concedidos por Augusto. Damos a seguir o têxto:

Imp. Caesar Vespásianus Augustus magistratibus et senatoribus Vanacinorum salutem dicit.

Otacilium Sagittam, amicum et procuratorem meum, ita vobis praefuisse ut testimonium vestrum mereretur, delector.

De controversia finium, quam habetis cum Marianis, pendenti ex his agris, quos a procuratore meo Publibio Memoriale emistis, ut finiret Claudius Clemens procurator meus, scripsi ei et mensorem misi.

Beneficia tributa vobis ab divo Augusto post septimum consulatum, quae in tempora Galbae retinuistis, confirmo.

Egerunt legati Lasemo Leucani f. sacerdos Augusti, Eunus Tomasi f., sacerdos Augusti, C. Arruntio Catellio Celere, M. Arruntio Aquila cos. III idus Octob.

(3) Outra placa de bronze, encontrada no século XVI, em Espanha e posteriormente perdida. Contém uma resposta do imperador aos habitantes de Sabora, na Bética, com relação ao pedido de autorização feito por êstes para reconstruírem a sua cidade e estabelecerem novas taxas. O imperador que acede à primeira parte do pedido, remete-os, quanto á segunda, para o governador da província. Eis o pequeno texto:

Imp. Caes. Vespasianus Aug. pontifex maximus, tribuniciae potestatis VIIII, imp. XIIX, consul VIII, pater patriae, salutem dicit IIII viris et decurionibus Saborensium.

Cum multis dificultatibus infirmitatem vestram premi indiceris, per-

5. EPÍSTULA DE DOMICIANO AOS FALERIONES, de 82 (1).

6. EDITO DE DOMICIANO SOBRE OS PRIVILÉGIOS DOS VETERANOS, de 88 ou 89 (2).

7. EPÍSTULA DE ADRIANO SOBRE OS DIREITOS DE SUCESSÃO DOS FILHOS DOS MILITARES, do ano 119 (3).

8. RESCRITO DE ADRIANO ÁCERCA DA NOMEAÇÃO DO DIRECTOR DO COLÉGIO DE EPICURO em Atênas, de 121 (4).

9. RESCRITO DE ANTONINO PIO AOS HABITANTES DE SMIRNA, de 139 (5).

10. RESCRITO DE COMÓDO RELATIVO AOS COLONOS DO SALTUS BURUNITANUS de 180-183 (6).

---

mitto vobis oppidum sub nomine meo, at voltis, in planum extruere. Vcetigalia, quae ab divo Aug. accepisse dicitis, custodio; si qua nova adicere voltis, de his proconsulem adire debebitis; ego enim nullo respondente constituere nil possum. Decretum vestrum accepi VIII. Ka. August.; legatos dimissi IIII. Ka. easdem. Valete.

IIviri *C. Cornelius Severus et M. Septimius Severus publica pecunia in aere inciderunt.*

(1) Táboa de bronze descoberta no século XVI, em Falério, e contendo o texto de uma decisão proferida pelo imperador numa demanda entre os *faleriones* e os *firmani* com relação á posse de *subsiciva*. *Vid.* Bruns, n.º 82 e Girard, pág. 191. Neste bronze nota-se que o nome de Domiciano foi depois desfeito a martelo em consequência da condenação que sofreu a memória dêste imperador.

(2) Táboa de madeira que fazia parte de um díptico revestido de cera, á maneira dos títulos privados romanos, e descoberta em 1910. *Vid.* Girard, pág. 193.

(3) Versão grega de uma constituição de Adriano concedendo aos filhos dos soldados a *bonorum possessio unde cognati*. *Vid.* Girard, p. 195 e Bruns, 196, pág. 381; não se conhece o original.

(4) Inscrição em mármore descoberta em 1890, em Atenas. *Vid.* Girard, p. 197 e Riccob-Bav-Ferrini, pág. 324.

(5) Inscrição em mármore, encontrada em Smirna e depois perdida. Vid. Girard, 198 e Ric.-Bav.-Ferr. pág. 327.

(6) Inscrição descoberta em Souk-el-Khmis, na estrada de Cartago a Bulla Regia, em 1880. Está gravada em pedra calcária e

11. RESCRITOS DE SEVERO E CARACALA RELATIVOS Á PRESCRIÇÃO DE 10 E 20 ANOS, de 199 (1).

12. EDITO DE CARACALA CONCEDENDO O DIREITO DE CIDADE AOS HABITANTES DO IMPÉRIO, de 212 (2).

13. RESCRITO DE GORDIANO EM RESPOSTA AOS HABITANTES DE SCAPTOPARÉNE, de 238 (3).

---

achava-se dividida originàriamente em 4 colunas, das quais só restam quási completas a terceira e quarta. Contém um libelo dos colonos do *Saltus Burunitanus* queixando-se da administração dos domínios imperiais e dos abusos e corveas a que se achavam sujeitos em benefício do rendeiro geral do domínio e contra a lei. A isto segue-se a resposta do príncipe dada na forma de *subscriptio* e uma epístula do *procurator tratus Kartaginiensis* notificando a decisão imperial ao intendente ou rendeiro de quem os colonos se queixavam. O doc. tem grande interêsse para a história do colonato e para o conhecimento da administração e exploração dos domínios imperiais em África fora das circunscrições das cidades. *Vid.* Bruns, n.º 86 e Girard, gág. 200.

(1) O texto foi primeiro descoberto em um papiro de Berlin (B. G. U., 267); depois um outro exemplar foi encontrado em um outro papiro de Strassburgo (P. Strassb., 22). É o mais antigo testemunho que existe ácêrca da *praescriptio longae possessionis*. *Vid.* Girard, pág. 202 e 203 e Ric-Bav. Ferr. pág. 329.

(2) É a célebre constituïção autoniana de 212 que fez, teòricamente pelo menos, cidadãos romanos de todos os habitantes livres do império. Contêm-se em um papiro infelizmente truncado (P. Giessen, 40, col. 1. Mitteis, *Chrestomathie*, n.º 377), como já se continha também mutilada e generalizada no Cod. de Just. (10, 61, (59), 1). Vid. Girard, pág. 204 e 205.

(3) Inscrição achada na Bulgária, no logar da antiga estação termal de Scaptoparène, em 1868, e contendo um certo número de reclamações dos habitantes ao imperador Gordiano contra requisições ilegais e abusos praticados aí por certas personagens e especialmente militares ali de passagem. Ao lado das referidas reclamações contêm-se um rescrito imperial remetendo os reclamantes para o governador da Trácia. Este doc. é de grande interêsse para conhecer a forma da publicação dos rescritos. Este é notificado, não pela sua entrega pura e simples aos interessados, mas por afixação em logar público. A parte latina do título contêm o processo verbal de transcrição de rescrito levantado na forma normal; a menção da apresen-

14. Edito de Diocleciano «de pretiis rerum venalium», de 301 (1).

tação da reclamação ao imperador e o rescrito propriamente dito. Eis o texto:

1. *Bona fortuna. Fulvio Pio et Poncio Proculo cons. XVII Kal. Jan. descriptum et recognitum factum ex libro libellorum rescriptorum a domino n. imp. Caes. M. Antonio Gordiano pio felice Aug. et propositorum Romae in portico thermarum Trajanarum in verba q. i. s. s.*

2. *Dat(um) per Aur(elium) Purrum mil(item) coh(ortis X pr(aetoriae) p(iae) f(idelis) Gordianae centuria Proculi convicanum et compos. sessorem...*

3. *Imp. Caesar M. Antonius Gordianus Pius Felix Aug. viKanis per Pyrram mil. compossessorem. Id genus qnaerellae praecibus intentum ante justitia praesidis potius super his quae adlegabuntur instructa discinge quam rescripto principali certam formam reportare debeas. Rescripsi. Recognovi. Signa.*

(1) Continha uma tabela de preços obrigatórios, sob pena de morte, a respeito de muitos géneros e prestações de serviços. É um doc. comprovativo das deploráveis condições económicas do império no tempo de Deocleciano. Chegaram até vários fragmentos do seu texto. *Vid. C. Inscr. Lat.*, 3, 801 e seg., 1055, 1058, 1909 e seg.

ÍNDICE

ÍNDICE

PÁGS.

PREFÁCIO. 5

PRELIMINARES. 7

Noção de direito objectivo, de fontes e instituições jurídicas, 7. Conceito e objecto da história do Direito romano, 8. Utilidade do estudo do Direito romano, 9. Períodos da história do Direito romano, 13. Plano de exposição adoptado, 18. 7-18

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I — Período do Direito quiritário

Idea geral dêste período. 25

§ 1.º — **Instituïções políticas e sociais.** 26

A Família, 28. A *gens*, 30. A *civitas*, 31. O rei, 32. O Senado, 33. Os comícios, 33. Patrícios e plebeus, 38. Transformações políticas e sociais neste período, 41. A República e as novas magistraturas, 42. Igualdade de direitos civis, 47. Primeira secessão da plebe, 48 28-48

§ 2.º — **Fontes de direito** 52

Noções gerais, 52. O costume, 53. A lei, 54. As *Leges regiae*, 57. Lei das XII Tábuas, 60. *Legesrogatae*, 66. A Jurisprudência, 69. O *Jus Flavianum* 52-72

§ 3.º — **Instituïções jurídicas** 74

Noções gerais, 74. A personalidade jurídica, 75. Direito de família, 78. Direitos reais, 81. Obrigações, 86. Direito sucessório, 91. Processo, 96. 74-96

PÁGS.

CAPÍTULO II — **Período do Direito romano universal ou Jus Gentium**

Idea geral dêste período. 100
§ 1.º — **Instituições políticas e sociais** 102
Principais transformações da constituïção romana durante a República, 102. Transformações sob o Principado, 107. Expansão imperialista e conquistas de Roma, 113. As províncias e a organização municipal, 115 102–115
§ 2.º — **Fontes de direito** 127
Noções gerais, 127. A lei, 128. Os Senatusconsultos, 134. Constituïções imperiais, 138. A jurisprudência, 144. O Edito do Pretor, 145. O ***Edictum perpetuum***, 154. A sciência do direito, 157. Jurisconsultos da República, 159. O período clássico 127–160
§ 3.º — **Instituições jurídicas** 171
Noções gerais, 171. A personalidade jurídica, 173. Direito de família, 177. Direitos reais, 180. Obrigações, 187. Direito sucessório, 197. Processo, 202 171–202

CAPÍTULO III — **Período do Direito romano oriental**

Idea geral dêste período. 207
§ 1.º — **Instituições políticas e sociais.** 209
A monarquia absoluta, 209. As províncias, 214. Direito romano vulgar, 215. Direitos nacionais, 217 209–217
§ 2.º — **Fontes de direito** 219
Noções gerais, 219. A lei. Constituïções imperiais, 220. A jurisprudência, 224. Literatura jurídica, 228. *As leges e o jus*, 232. Compilações de *leges*, 232. Código Teodosiano, 233. Novelas post-teodosianas, 235. Leis bárbaras, 236. Compilações de Justiniano, 237. O Digesto, 238. As Instituïtas, 240. O código de Justiniano, 240. As Novelas, 241. Plano da compilação justinianea, 242. Interpolações, 248. Valor da compilação justinianea, 250. 219–250
§ 3.º — **Instituições jurídicas** 252
Noções gerais, 252. A personalidade jurídica, 253. Direito de família, 256. Direitos reais, 260. Obrigações, 265. Direito sucessório, 272. Processo, 270 252–270

PÁGS.

CAPÍTULO IV — **O Direito romano depois de Justiniano**

Noções gerais, 279. O direito romano até ao século XII, 281. A escola dos glosadores, 284. A glosa de Acúrsio, 289. Os post-glosadores ou comentadores, 292. Escola histórico-crítica do século XVI, 299. Séculos XVII e XVIII; a escola do direito natural, 305. O século XIX e a escola histórica, 311. O direito romano nos nossos dias, 318. 278–318

APÊNDICES

APENDICE I — **A Lei das XII Tábuas** 325
APENDICE II — ***Leges* posteriores ás XII Tábuas.** 352
APENDICE III — **Senatusconsultos.** 359
APENDICE IV — **O *Edictum Perpetuum*.** 363
APENDICE V — **Constituïções imperiais.** 413