

DIREITO ROMANO

Prof. Eliane Maria Agati

Renata Valera

1º DD

2008

A decorative border in a brownish-gold color frames the text. It features a scroll-like design on the left side and small circular motifs at the top right and bottom right corners.

2º BIMESTRE

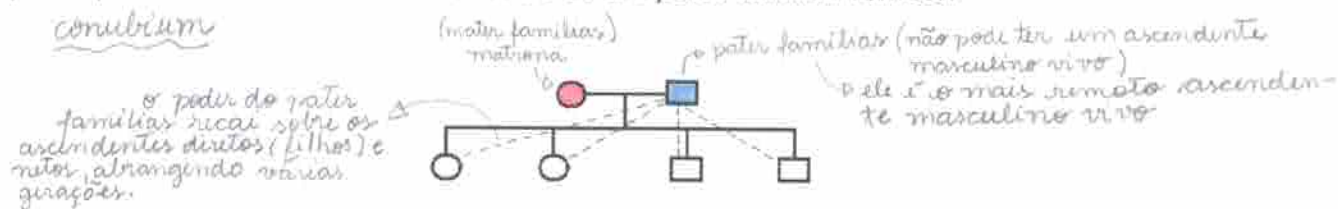
STATUS FAMILIAE

Situação familiar

O conceito de Família, como muitos outros, também está em constante transformação. Sêneca (pensador romano do Principado) considera que a Família remota era como se fosse uma pequena República: "o lar doméstico como uma pequena República". A autoridade do lar doméstico (*pater familias*) é comparada à autoridade da República.

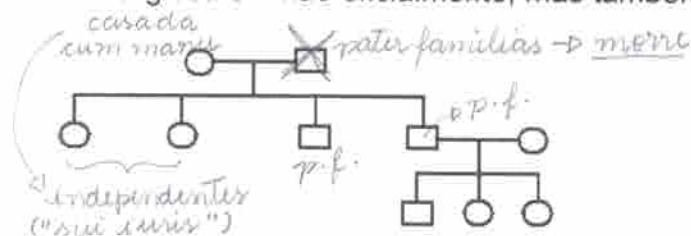
1. A família *próprio iure* = *arrendada nas justas núpcias*
Agrupamento de pessoas sob a autoridade de um mesmo e atual *pater familias*.

2. A família *communi iuri*
Grupo de pessoas unidas sob a autoridade de um *pater familias* remoto.



A matrona está ligada ao *pater familias* se casada com ele por *cum manu* (a mulher se desloca jurídica e religiosamente para a família do marido: poder marital).

Se casada de modo *sine manu* a mulher casada continua vinculada jurídica e religiosamente à família de origem. Ainda existe poder marital sobre ela, mas de diferente amplitude, não abrangendo as esferas jurídica e religiosa e – não oficialmente, mas também – política.



A matrona viúva pode se casar de novo. Os romanos recomendavam um prazo de 10 meses para isso.

Mulher }
Sui iuris } Tem total capacidade jurídica de gozo/direito, e não de agir (capac. de fato)
Livre }
cidadã }

- idade (pubere)
- cap. mental (total)
- sexo (masculino)

O pátrio poder se é por uma lado sufocante, por outro assegura os direitos às pessoas (legítima).

3. O parentesco

← agnaticio
← cognaticio

Parentesco tem importância para Direito das Sucessões, impedimentos matrimoniais e alimentos.

Parentes cognados: mantêm ligações de sangue (materno e paterno).

Parentes agnados: mantêm ligação pela mesma submissão ao *pater familias*. *tem 1 mesmo pater familias*
São herdeiros apenas os agnados.

Observação 1: As XII Tábuas não mencionam o parentesco cognaticio. O Direito Justinianeu considera que o que vale para sucessões é o parentesco cognaticio.

4. O pátrio-poder (*patria potestas*) – O poder do *pater familias* sobre sua família

Amplitude: total (de vida e morte)

Evolução: muito gradualmente o poder é suavizado (**Obs 2:** As Constituições Imperiais do período Pós-clássico condenam a morte do filho pelo pai; **Obs 3:** A progressiva aquisição de capacidade patrimonial dos *Filii familias*: o *pecúlio castrense* e *quasi castrense*). e depois tbm por herança

Aquisição: Adquire-se pela adoção, casamento *cum manu* e nascimento por justas núpcias.

Perda: Perde-se com a morte, casamento *cum manu* (pela mulher) e adoção.

↓
\$ arrecadado
pelo filho traba-
lhando no exér-
cito é *pecúlio*
≠ da família e
do *pater familias*
(é individual do
filho)

↓
\$ arrecadado
desempenhando
serviço público.

O MATRIMÔNIO EM ROMA

1. O conceito de matrimônio nas fontes jurídicas romanas:

- a. No Digesto (D.23.2.1, Modestino): "Núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano";

União entre homem e mulher

Associação indissolúvel (na verdade não é: o texto é interpolado):

Aspecto religioso

- b. Nas Institutas (Inst. I, 9,1): "As núpcias ou matrimônio são a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida".

2. A Natureza jurídica do casamento: contrato pessoal, sociedade, contrato em sentido amplo, situação de fato. Tese de BONFANTE segundo a qual há dois elementos que caracterizam o casamento romano: objetivo (convivência, vida em comum) e subjetivo (*affectio maritalis*).

É do séc XII em diante que se discute a natureza jurídica do casamento, e não o Direito Romano antigo. O romano era muito concreto, prático, não pensava ser útil tal discussão. Até hoje se discute isso.

3. Esponsais: Promessa de contrair matrimônio.

As esponsais podem ser interrompidas, pois um dos requisitos do matrimônio era o consentimento dos nubentes, porém, ao interromper as esponsais o responsável de tal interrupção pagava uma multa.

4. Modalidades de casamento *cum manu*: *usus*, *confarreatio* e *coemptio*

Casamento *cum manu*: o homem adquire poder marital sobre a mulher pelo tempo de convivência. Não é a única, nem a mais freqüente forma de casamento no período clássico.

Confarreatio: cerimônia religiosa e solene em que o homem e a mulher dividiam um pão especial.

A primeira vez da mulher a entrar na casa do marido tinha que ser sendo carregada no colo por ele. Ela não podia pisar na soleira da porta, pois se acreditava que isso trazia azar ao casamento. Esse costume lembra o episódio do Rapto das mulheres sabinas (Quando os romanos fundaram a cidade de Roma não havia mulheres, então eles foram à aldeia dos sabinos e embebedaram os homens para raptar suas mulheres; outra versão dessa lenda é que eles convidaram os sabinos para Roma para participarem de sua inauguração e lá eles roubaram suas mulheres em idade púbere. Elas foram forçadas a ficar em Roma mas receberam uma série de direitos).

Coemptio: venda fictícia da mulher para o homem. Como se o *pater familias* da mulher a tivesse vendendo. Não há entrega de dinheiro.

Usus: *confarreatio* sem cerimônia.

5. O Dote

Conjunto de bens que o *pater familias* da noiva (geralmente), entrega para o futuro marido.

Em algumas situações a própria mulher entregava.

Não era obrigatório.

Geralmente no casamento *cum manu*, já que a mulher está deixando de ser herdeira de sua família sanguínea. É como se fosse uma herança adiantada. A finalidade é ajudar no sustento da família.

6. Os requisitos para contrair matrimônio: consentimento, puberdade e capacidade matrimonial (*conubium*).

Consentimento inclusive do *pater familias*, mas com o passar do tempo se valorizando a vontade dos nubentes.

Conubium: envolve condição social e parentesco.

limite
cidadão romano

7. A dissolução do matrimônio: morte, divórcio e perda do *conubium*.

Conubium: capacidade para casar e manter-se casado. Se durante o matrimônio ocorre a perda da liberdade, o casamento está desfeito. A mesma coisa ocorre com a perda da cidadania.

TUTELA E CURATELA

- São institutos que defendem quem não é capaz de praticar sozinho os atos da vida civil; protegem quem não tem capacidade de fato.

que está relacionada à idade, ao discernimento e ao sexo.

p/ praticar atos jurídicos

- Todos os atos que o tutor pratica são para proteger o patrimônio do incapaz, e não só sua pessoa.
Com o desenvolvimento do instituto, cada vez mais eles assumem o papel de defesa da pessoa.

- Não há diferenciação precisa entre tutela e curatela

1. A incapacidade de fato

2. A Tutela

só tem o poder de tutela se sua vida e patrimônio familiar não são ele o tutor.

dos impúberes
(idade)

absolutamente incapazes (0-7 anos) – representação total, tutor representante substitui a figura do impúbere

relativamente incapazes (meninas: 7-12 anos; meninos: 7-14 anos) – tutor assistente, amplitude de seus poderes diminuídas (o tutor deve ser consultado sempre, não ser que o ato jurídico esteja trazendo somente benefícios ao incapaz, por ex, se ele estiver recebendo uma doação). Dos 7 aos 14 anos em algumas ocasiões o tutor pode ser dispensado.

das mulheres → **Tutela Perpétua**: das meninas maiores de 12 anos até sua morte
Emília chama Tutela perpétua, ela só precisa p/ as autorizações

3. A curatela

dos loucos (de todo gênero: furiosos e não furiosos) → a princípio tem curador sempre, exceto em intervalos de lucidez
(sanidade mental) *classificação romana antiga*

dos pródigos → destroem o patrimônio familiar gastando sem controle (não ter controle dos gastos é um tipo de discernimento)

dos púberes menores de 25 anos → **Lei Laetoria** (pretor/edito – período clássico): **É possível que haja um curador para dar assistência mas não é obrigatório (a não ser nos casos em que ele for exigido)** → A função do curador neste caso é avaliar o risco do determinado ato jurídico, ela dá a autorização para a prática de específico ato jurídico.

4. Espécies de tutela e curatela

Espécies

Legítima (imposta por lei)

Testamentária (indicada por testamento)

Dativa (indicada pelo pretor) → se não houver testamento nem agnado mais próximo o pretor indica alguém. Esse alguém pode negar a tutela ou curatela mas com justificativas: doença, velhice (idade avançada), ou se ele já exercer esse ofício.

ex: quem é agnado + próximo, seja no testamento ou curador pela lei das XII Tábuas.

no testamento o pater família indica o tutor das filhas ou filho louco.

XLIX

A FAMÍLIA NATURAL

Sumário: 282. A família natural e o casamento. 283. A posição dos jurisconsultos romanos quanto ao matrimônio. 284. Conceito de casamento. 285. A natureza jurídica do casamento. 286. O casamento e a *conuentio in manum*. 287. Esponsais. 288. Requisitos do casamento. 289. Nulidade do casamento. 290. A formação do casamento. 291. Relações pessoais entre os cônjuges. 292. Relações patrimoniais entre os cônjuges – o dote. 293. A filiação e as relações entre pais e filhos. 294. Dissolução do casamento. 295. Segundas núpcias. 296. Concubinato.

282. A família natural e o casamento – A família natural, como salientamos atrás (*vide* nº 273) é o agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos, independentemente de o marido e pai ser, ou não, *pater familias* da mulher e dos descendentes imediatos.

Portanto, quando se estuda a família natural, não se levam em consideração (são eles objeto da análise da *familia proprio iure*) os efeitos jurídicos decorrentes da *patria potestas* e da *manus*.

A família natural tem por base o casamento. Por isso, neste capítulo estudaremos, quase exclusivamente, o casamento e as relações jurídicas – dele resultantes – entre os cônjuges, e pais e filhos. Mas, no item final, tendo em vista que, no período justinianeu, o concubinato gera relações jurídicas especialmente entre os concubinos e seus descendentes imediatos, será ele, também, objeto de exame.

283. A posição dos jurisconsultos romanos quanto ao matrimônio – Não existe, no direito romano, disciplina orgânica do casamento.

Da jurisprudência clássica, dois títulos, apenas, de obras que versavam o matrimônio chegaram até nós – *De nuptiis*, de Nerácio Prisco,¹ e *Liber singularis de ritu nuptiarum*, de Modestino.² Mas como esses livros se perderam, quase nada sabemos sobre seu conteúdo.

Os textos que possuímos mostram que os jurisconsultos clássicos, por via de regra, trataram do casamento apenas incidentalmente, quando estudavam institutos a ele relacionados. Assim, Gaio dele se ocupa, nas *Institutas*,³ ao analisar o pátrio poder; e, nas

1 Cf. Aulo Gélíio, *Noctes Atticae*, IV, 4, 4.

2 Cf. D. XXIII, 2, 42 e 50; e D. L, 17, 197 (onde se repete parte do fragmento citado em primeiro lugar).

3 I, 55 e segs.

obras sobre o *ius civile* e *ad edictum* (vide nº 32), geralmente se alude ao matrimônio em conexão com o dote.⁴

A jurisprudência clássica – como se vê no *Digesto* – se limitou à solução de questões práticas sobre o casamento, sem se preocupar com o seu estudo dogmático.

Mesmo os títulos a ele consagrados no Código Teodosiano e no *Corpus Iuris Civilis* são, no dizer de Gaudemet,⁵ tardios, incompletos e não muito coerentes ensaios de sistematização. Basta atentar para o fato de que, nas *Institutas*, embora haja um título específico sobre o casamento – o *De Nuptiis*⁶ –, os compiladores o definem no título relativo ao pátrio poder: *De Patria Potestate*.⁷

O primeiro esboço de código matrimonial, em Roma, surge apenas com a Novela XXII, que, posteriormente, foi complementada pelas LXXIV e CXVII. Mas – como acentuamos – não passa de esboço.

284. Conceito de casamento – No *Corpus Iuris Civilis*, há duas definições de casamento.⁸ Uma se encontra no *Digesto*,⁹ e é atribuída a Modestino; a outra, nas *Institutas*,¹⁰ e é provavelmente de autoria de Ulpiano.¹¹

Segundo Modestino, *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, diuini et humani iuris communicatio* (as núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano). Para as *Institutas*, *nuptiae autem siue matrimonium est uiri et mulieris coniunctio, indiuiduam consuetudinem uitae continens* (núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida).

Na opinião de vários autores, ambas essas definições são interpoladas.¹²

Principalmente a primeira tem sido objeto de acaloradas críticas. Hruza,¹³ sem entrar no problema de interpolação, chega a afirmar que ela encerra tantas inverdades quantas as palavras. Bonfante,¹⁴ segundo parece, foi o primeiro a suspeitar fosse ela

-
- 4 Cf. Orestano, *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano del Diritto Classico al Diritto Giustiniano*, L, § 10, p. 34, Milano, 1951.
 - 5 *Iustum Matrimonium*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, tomo II (1949), p. 309.
 - 6 I, 10.
 - 7 I, 9.
 - 8 Isso apenas com relação às fontes jurídicas. Nas literárias, principalmente nas obras dos retóricos (vide, a propósito, Lanfranchi, *Il Diritto nei retori romani*, p. 216 e segs., Milano, 1938), há vários conceitos sobre casamento.
 - 9 D. XXIII, 2, 1.
 - 10 *Inst.*, I, 9, 1.
 - 11 Cf. Lanfranchi, *Il Diritto nei retori romani*, p. 214, nota 1, Milano, 1938; e Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, I (*Diritto di Famiglia*), reimpressão, p. 263, Milano, 1963.
 - 12 Cf. Giannetto Longo, *Diritto Romano*, III (*Diritto di Famiglia*), p. 86, Roma, 1940.
 - 13 *Beiträge zur Geschichte des Griechischen und Römischen Familienrechtes*, II (*Polygamie und Pelli- kat nach Griechischen Rechte*), p. 8, Erlangen-Leipzig, 1894.
 - 14 *Corso di Diritto Romano*, I (*Diritto di Famiglia*), reimpressão, p. 263, Milano, 1963.

interpolada. Sollazi¹⁵ nega taxativamente sua genuinidade. Outros há, no entanto — e essa é a corrente que, a pouco e pouco, vai predominando —, que a consideram clássica. Assim, Albertario,¹⁶ Volterra,¹⁷ Lanfranchi.¹⁸

Num ponto, porém, a opinião da grande maioria dos autores é concorde: as duas definições focalizam apenas a essência do casamento sob o aspecto social, não lhe determinando, portanto, a natureza jurídica.¹⁹

285. A natureza jurídica do casamento — Diante das circunstâncias aludidas nos itens anteriores, não é de admirar a existência de multissecular controvérsia sobre a natureza jurídica do casamento romano.²⁰

Ela se inicia com os glosadores, que, abstendo-se de definir o casamento,²¹ o caracterizaram, a princípio, como contrato sem fundo patrimonial (*contractus personarum*), em contraposição aos *contractus rerum* (contratos obrigatórios de fundo patrimonial).²² No entanto, segundo parece,²³ os últimos glosadores, sob a influência dos canonistas, passaram a considerá-lo um *actus legitimus* (ato jurídico), à semelhança da adoção e da ad-rogação.

Os pós-glosadores retornaram à tese de que o casamento romano era um *contractus personarum*.

Mais tarde, os representantes franceses da Escola Culta — dentre outros, Cujácio, Duareno e Hotomano — o classificaram como *species societatis* (espécie de sociedade), doutrina ardorosamente defendida por Doneio.²⁴

Os jurisconsultos dos séculos XVII e XVIII, em sua quase totalidade, consideraram o casamento romano um contrato, fixando-se, geralmente, no de sociedade.²⁵

15 “*Consortium omnis vitae*”, in *Scritti di Diritto Romano*, III, p. 313 e segs., Napoli, 1960.

16 *La Definizione del Matrimonio secondo Modestino*, in *Studi di Diritto Romano*, I (*persone e famiglia*), p. 181 e segs., Milano, 1933.

17 Cf. Lanfranchi, *Il Diritto nei retori romani*, p. 214.

18 Ob. cit., p. 214 e segs.

19 Vide, a propósito, entre outros, Di Marzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 5ª ed., § XXXV, p. 154 e segs.; e Solazzi, “*Consortium omnis vitae*”, in *Scritti di Diritto Romano*, III, p. 313, Napoli, 1960. Carlos Castello (*La Definizione di Matrimonio secondo Modestino*, in *Atti del Colloquio Romanistico-Canonistico* — febbraio, 1978, pp. 267 a 298, Roma, 1979), porém, sustenta que “a definição de Modestino, acolhida em D. XXIII, 2, 1, tem relevância jurídica tanto na antiga Roma pagã, desde os tempos iniciais, quanto na obra legislativa realizada por Justiniano”.

20 Para pormenores sobre o histórico dessa controvérsia, vide Orestano, *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano dal Diritto Classico al Diritto Giustiniano*, I, § 8º e segs., p. 22 e segs., Milano, 1951.

21 Cf. Rasi, *Il diritto matrimoniale nei glossatori*, in *Studi di Storia e Diritto in onore di Carlo Calisse*, I, p. 143, Milano, 1940.

22 Sobre as origens da teoria contratualista do casamento, vide Orestano, “*Un errore che ha fatto storia: il matrimonio fra i contratti*”, in “*Diritto*” *Incontri e Scontri*, pp. 315 a 337, Bologna, 1981.

23 Cf. Rasi, ob. cit., p. 146.

24 *Commentarius de iure ciuili lib. XIII*, caps. 18 e 21.

25 Vide, entre outros, Strúvio, *Syntagma Iurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*, *Coloniae Agrippinae*, 1709, p. 536; e Voet, *Commentarius ad Pandectas*, tomo II, Parisiis, 1829, p. 568.

Entretanto, de longa data alguns autores – raros, é certo – criticavam a teoria contratualista. As objeções já existiam no tempo de Donelo, que procurava refutá-las.²⁶

No início do século XIX, o jurisconsulto alemão Glueck, analisando a definição de casamento atribuída a Modestino, atacou vigorosamente a tese de que o matrimônio romano seria um contrato.²⁷ Fora a palavra *coniunctio* que induzira os juristas a reputar o casamento um contrato – mais precisamente contrato consensual, porquanto se aperfeiçoava com o simples consentimento: *consensus facit nuptias*. Entretanto, essa classificação não era adotada pelos romanos, pois seus jurisconsultos jamais usaram a expressão *contractus* para designar ato jurídico de natureza pessoal. Aliás, esse vocábulo latino se refere sempre a coisa que seja objeto de comércio, e evoca a idéia de uma obrigação que pressupõe um devedor e um credor, e que, uma vez cumprida, extingue necessariamente a relação jurídica surgida entre ambos. Nada disso ocorria no casamento.

Mas, por causa de Savigny, a crítica de Glueck não conseguiu destruir a teoria tradicional. No *Sistema do Direito Romano Atual*,²⁸ propôs Savigny nova definição de contrato: “Contrato é o acordo de muitas pessoas sobre uma manifestação comum de vontade destinada a reger suas relações jurídicas.” Assim, ao passo que os autores da época reputavam o contrato obrigatório como gênero (e isso porque a definição de contrato só a ele se aplicava), Savigny, com seu conceito, fez passar o contrato obrigatório de gênero a espécie, e, na noção genérica de contrato, enquadraram-se, também, os acordos de vontade que estabeleciam relações jurídicas no seio da família, como o matrimônio. Pondera Savigny que, adotada sua definição, o casamento será naturalmente um contrato sem necessidade de – como geralmente pretendiam os autores – ser ele posto ao lado da compra e venda e da sociedade, como contrato consensual que, por singular inadvertência, os juristas romanos teriam olvidado. Mas o próprio Savigny reconhecia que seu conceito de contrato era desconhecido dos romanos, que aplicaram as expressões *pactio*, *pactum* e *conuentio* apenas aos contratos obrigatórios.

Ainda no século XIX, Ortolan, retomando, talvez inconscientemente, idéia já expressa por Vacário – o célebre fundador da Universidade de Oxford –, defendeu a tese de que o casamento romano seria um contrato real.²⁹

Era esse o panorama doutrinário, quando, em 1889, Manenti publicou o livro *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici e in specie delle condizioni opposte al matrimonio*, onde – sem prever que se tornaria célebre por isso – salientou que, para a constituição do casamento romano, havia a necessidade do estabelecimento de fato, entre os nubentes, da comunhão de vida, bem como da existência do consentimento deles, que

26 *Commentarius de iure civili* lib. XIII, cap. 18, 2.

27 *Commentario alle Pandette*, XXII, trad. D'Ancora, p. 143 e segs.

28 *Sistema del Diritto Romano Attuale*, III, trad. Scialoja, § 140, p. 406, Torino, 1891.

29 *Législation Romaine, Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, II, 12ª ed., nº 99, p. 80, Paris, 1883.

consistia, não no acordo inicial de vontade, mas no contínuo, a que as fontes, por causa mesmo dessa continuidade, dão a denominação de *affectio maritalis*.³⁰

Com base nessa idéia, Bonfante, ainda nos fins do século XIX,³¹ formulou uma tese revolucionária sobre a natureza jurídica do casamento romano.

Para que se possa compreender a teoria construída por Bonfante, é preciso ter conhecimento das noções que se seguem.

Modernamente, a palavra *casamento* se emprega em duas acepções diversas:

a) para indicar o *ato* inicial que dá nascimento à união legítima entre o homem e a mulher; e

b) para designar a *relação jurídica* que, depois do *ato inicial*, se estabelece entre o marido e a mulher.

Por isso, como acentua Vassali,³² no direito moderno, ao lado do *ato jurídico* “matrimônio” (ato que dá início ao estado de marido e de mulher), há a *relação jurídica* “matrimônio” (o próprio estado de marido e mulher). Em consequência, o ato inicial, ato jurídico “matrimônio”, e a relação jurídica “matrimônio”, ou – como também salienta Vassali³³ – o *status* do cônjuge, são nitidamente distintos. Do ato inicial – em que o homem e a mulher, observadas as solenidades legais, manifestam à autoridade competente a vontade de se casarem – surge o *status* de cônjuge, que os vincula (independentemente de terem, ou não, vida em comum, e de quererem, ou não, continuar casados) até a morte de um deles, ou – nos países que o admitem – o divórcio.

Segundo a teoria estruturada por Bonfante, o mesmo não ocorre com o casamento romano em nenhuma das suas etapas de evolução. O matrimônio, em Roma, era uma situação de fato que se iniciava, sem quaisquer formalidades, com o simples acordo de vontade do homem e da mulher, e que perdurava apenas enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecerem casados, dissolvendo-se, de imediato, no momento em

30 Ob. cit., p. 42 e segs. Antes de Ferrini, porém, como procurei demonstrar em “J. E. Labbé e a natureza jurídica do casamento romano”, artigo publicado na *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. LXXIV (1979), pp. 109 a 117, esse romancista francês, em 1883 (em trabalho intitulado *De la nature du mariage*, e publicado em apêndice à 12ª edição da obra de Ortolan, *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, vol. II, pp. 684 a 687, Paris, 1883), já sustentava que, no direito romano, “o casamento não se forma num dado momento como um contrato; não, ele supõe condições múltiplas que podem realizar-se uma após outras e chegar, em seguida, a concorrer em conjunto”; e acrescentava: “Ele começa a existir pela reunião dessas condições, ele se prolonga por sua permanência, ele se dissolve pela cessação de uma delas”. Por isso, ao tratar do divórcio e do repúdio, salientava que esses institutos como se apresentavam no direito romano eram o resultado da natureza, ali, do matrimônio: “Ela (a faculdade de divórcio ou de repúdio) decorreu antes, como uma consequência, da natureza do casamento, da necessidade da permanência das vontades que o constituem, da igualdade de posição dos cônjuges na ausência da *manus*” (ob. cit., p. 686).

31 *Istituzioni di Diritto Romano*, cuja primeira edição é de 1896 – vide § 58, p. 137 e segs.

32 *Lezioni di Diritto Matrimoniale*, I, § 21, p. 48, Padova, 1932.

33 Ob. cit., § 17, p. 37.

que um deles (ou ambos) deixasse de tê-la. Assim, ao contrário do que se verifica no direito moderno, em que basta o consentimento inicial para que surja o *status* de cônjuge que perdura – ainda que os esposos não mais o desejem – até a morte ou o divórcio, no direito romano o matrimônio se iniciava com o acordo de vontades do homem e da mulher no sentido de se casarem e só perdurava enquanto esse acordo persistisse: não era suficiente, para que o *status* de cônjuge se mantivesse, o consentimento inicial, mas, sim, o continuado. Por outro lado, e à semelhança do que sucedia com a posse, dois eram os elementos constitutivos do casamento romano: o elemento subjetivo (a *affectio maritalis*, isto é, a intenção contínua de os cônjuges permanecerem casados) e o elemento objetivo (ou seja, a convivência, a vida em comum). Em face disso, assim define Bonfante o casamento romano: “É a convivência do homem e da mulher com a intenção de serem marido e mulher.”³⁴

Embora essa tese ainda hoje tenha muitos adeptos,³⁵ vários romanistas,³⁶ mais recentemente, não a repudiando de todo, a têm, na verdade, alterado substancialmente. Assim, Volterra³⁷ e Orestano³⁸ se insurgem contra o elemento objetivo (a convivência, a vida em comum), entendendo que não era ele requisito para a existência do casamento, pois há textos que demonstram que este perdura apesar de os cônjuges viverem separados por espaço de tempo mais ou menos prolongado; para ambos esses autores, apenas a *affectio maritalis* (elemento subjetivo) seria imprescindível para que houvesse matrimônio.³⁹

34 *Istituzioni di Diritto Romano*, 1ª ed., § 58, p. 137 (definição inalterada na última edição dessa obra, que é a ristampa della X edizione, Torino, 1946, § 58, p. 180).

35 E isso mesmo entre os autores de origem germânica; vide, a propósito, Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, § 17, p. 63 e segs., München, 1955, e II, § 215, II, p. 108, München, 1959; Wolff, *Doctrinal trends in Postclassical Roman Marriage Law*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Römianistische Abteilung*, LXVII (1950), p. 261 e segs.; Schwind, *Römisches Recht*, I, § 48, p. 176 e segs. Também García Garrido (*Minor Annis XII Nupta in Labeo Rassegna di Diritto Romano* ano 3, 1957, pp. 86 a 88), adota essa tese. Ainda recentemente, em 1980, Carlo Gioffredi (*Per la Storia del Matrimonio Romano*, in *Nuovi Studi di Diritto Greco e Romano*, pp. 115 a 144, Roma, 1980) defende a mesma orientação, e salienta que “não se deve dar ao elemento vontade a veste quase de um dogma, porque se introduziria um dogma num instituto que, como o matrimônio romano, não é dogmático” (ob. cit., p. 144).

36 Martínez (*Nuptiae et matrimonium*, in *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez*, pp. 57 a 67, Madrid, 1978) chega a dizer que a posição de Volterra e de Orestano é acolhida pela “quase totalidade dos romanistas atuais”.

37 *La conception du mariage d'après les juristes romains*, p. 49 e segs., Padova, 1940. Para uma visão sintética da tese de Volterra, vide *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, pp. 647 a 652 e 656 a 658.

38 *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano dal Diritto Classico al Diritto Giustiniano*, I, § 29 e segs., p. 85 e segs., Milano, 1951.

39 Sobre a *affectio maritalis*, vide G. Longo, *Affectio maritalis*, in *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. V. N. S. (1939), p. 119 e segs.

Por outro lado, Volterra⁴⁰ e D'Ercole,⁴¹ salientando que a teoria dominante é certa (ressalvada, quanto a Volterra, a objeção contra o elemento objetivo) no que diz respeito ao período clássico, defendem a tese de que, nos direitos pós-clássico e justinianeus, por influência do cristianismo, a estrutura jurídica do casamento se modificou profundamente – o matrimônio, como ocorre no direito moderno, passa a fundar-se na vontade inicial dos nubentes, desta decorrendo o vínculo conjugal, que, ao contrário do que se verificava no direito clássico, independe da vontade contínua (*affectio maritalis*) dos cônjuges de serem marido e mulher; e vínculo esse que só se dissolve com a morte ou com o divórcio.

Enfim, há que se fazer referência à tese de Rasi, que, em 1946, no livro *Consensus facit nuptias*, combateu vigorosamente a teoria dominante, por entender que, também no direito romano, o casamento era um *vinculum iuris* (vínculo jurídico) surgido de vontade inicial manifestada em *stipulatio* (contrato verbal), sendo a construção doutrinária da *affectio maritalis* uma bela, mas absurda, utopia do mundo romanístico. Doze anos depois, em 1958, na obra *La conclusione del matrimonio nella dottrina prima del Concilio di Trento*,⁴² Rasi, reconhecendo que errara ao afirmar que, no direito romano, o casamento nascia de um contrato (a *stipulatio*), reafirma sua posição contrária à doutrina dominante, e acentua que o matrimônio romano, como a teoria mais moderna reconhece, não é, ao menos a partir do direito pós-clássico, uma relação de fato, mas, sim, um *vinculum iuris* (que só se dissolve com a morte, ou com manifestação de vontade contrária à inicial), originado, senão de verdadeiro contrato, do consentimento dos nubentes.

A nosso ver, a diferença que existe entre o casamento moderno e o romano é esta:

– no direito moderno, em geral, o casamento surge de ato consensual rigidamente solene, celebrado diante de autoridade competente; e só se dissolve, por via de regra, pela morte, ou – nos países que o admitem – pelo divórcio (e, neste caso, desde que se verifique um dos motivos previstos em lei): em vista disso, a *relação matrimonial*, uma vez surgida, não pode dissolver-se, sem mais, pela simples vontade de um dos cônjuges (daí falar-se, apropriadamente, em vínculo conjugal);

– no direito romano, não: para que surgisse o casamento, bastava a vontade inicial (*consensus*) dos nubentes, sem quaisquer formalidades (apenas a partir do direito pós-clássico é que, em algumas hipóteses – vide o n° 291 –, se exige certo formalismo), e o matrimônio perdurava até que um dos cônjuges desejasse rompê-lo, pois, como veremos

40 *La conception du mariage d'après les juristes romains*, p. 58 e segs., Padova, 1940 X. Vide também, entre outros trabalhos de Volterra, *La conception du mariage à Rome*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3ª série, tomo II (1955), pp. 365 a 379; *Una misteriosa Legge attributa a Valentiniano I*, in *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, vol. III, p. 139 e segs., Milano, s/data; *Lezioni di Diritto Romano – Il matrimonio Romano (Anno Accademico 1960-1961)*, pp. 121 a 156 e 285 a 340, Roma, s/data; e *Matrimonio (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXV, p. 726 e segs., Milano, 1975.

41 *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nel Padri della Chiesa*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, V (1939), p. 18 e segs.

42 P. 7 e segs.

adiante (no nº 295), em Roma, sempre se admitiu o divórcio por vontade unilateral (mesmo no direito justinianeu, se um dos cônjuges repudiasse o outro sem motivo, ele poderia sofrer sanções, mas o casamento se dissolvia), a qualquer tempo, sem formalismo, e independentemente da existência de motivos fixados, previamente, em lei; daí a expressão *affectio maritalis* para significar não que fosse necessário que os cônjuges tivessem a intenção contínua (e, portanto, idêntica à vontade inicial) de serem marido e mulher, mas que o casamento perdurava enquanto eles (ou um deles) não praticassem ato contrário ao que dera início ao casamento: o divórcio.⁴³

43 Em favor dessa tese (já sustentada neste livro desde sua primeira edição, em 1966, e que procuramos demonstrar, pormenorizadamente, no artigo *A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 90, nºs 3 a 47, São Paulo, 1995) – que afasta os elementos objetivo (convivência, vida em comum) e subjetivo (*affectio maritalis* – vontade contínua) e que só considera como requisito para a existência do casamento o consentimento inicial dos nubentes que tenham entre si *conubium* –, podemos arrolar, entre outras (pois o caráter desta obra não permite maiores digressões a respeito), as seguintes circunstâncias: a) também com relação ao contrato de sociedade (que não se pode pretender fosse uma relação de fato dependente de vontade contínua dos sócios), os textos usam de expressões como *affectio societatis*, *si in eadem voluntate perseverat* (se persevera na mesma vontade), *manet autem societas eo usque donec in eodem consensu perseverant* (persiste a sociedade enquanto os sócios perseveram no mesmo consentimento), *tandiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat* (a sociedade persiste por tanto tempo quanto persevera íntegro o consentimento das partes) – e isso porque, como ocorria com o casamento, o contrato de sociedade podia extinguir-se, a qualquer tempo, pela vontade unilateral dos sócios (*vide* o nº 244, *in fine*), e, conseqüentemente, só perdurava enquanto todos o desejassem; b) o louco, no direito romano, não podia casar-se por estar impossibilitado de manifestar o consentimento inicial, mas – salientam os textos (assim, por exemplo, Paulo, *Sententiarum ad filium libri*, II, 19, 7; e D. I, 6, 8 pr.) –, se a loucura surgir depois de contraído o matrimônio, este, apesar da perdura, o que demonstra inequivocamente que o pretense consentimento contínuo (*affectio maritalis*) não era requisito para a existência do casamento, pois requisito (ou elemento essencial) é aquele sem o qual não há o ato, e, em conseqüência, não admite exceções; c) há textos (D. XXIV, 2, 7; e XXIV, 3, 2) que declaram, taxativamente, que, embora um dos cônjuges tenha enviado o *libellus diuortii* ao outro, se houver arrependimento dentro de breve espaço de tempo, o casamento – apesar da ausência da *affectio maritalis*, ao menos no momento em que um deles remeteu o *libellus diuortii* –, persiste; princípio esse que é incompatível com a tese de *affectio maritalis*. Note-se, aliás, que Perozzi (*Istituzioni di Diritto Romano*, I, 2ª ed. – *reintegrazione*, 1949 –, § 39, p. 324 e segs.), depois de afirmar que o casamento romano é um *status*, salienta que não há requisitos para sua conservação, mas apenas para seu nascimento e para sua dissolução; e mais: que o casamento persiste ainda que haja ausência de vontade (como na hipótese do louco), só se dissolvendo (além, obviamente, da circunstância da morte) se há uma vontade contrária a que ele perdure. Em 1970, Robleda (*El Matrimonio en Derecho Romano*, p. 130 e segs., Roma, 1970) apresentou uma série de observações que o levaram a duvidar da tese de que, no direito romano clássico, o consentimento contínuo fosse elemento essencial do casamento. Di Salvo (*Matrimonio e Diritto Romano*, in *Index*, vol. 2 – 1971 –, pp. 376 a 386) criticou essas observações, sustentando a tese do consentimento continuado. Robleda, no mesmo ano (*Sobre el Matrimonio en Derecho Romano*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXXVII – 1971 –, pp. 337 e segs.), replicou, salientando que o próprio crítico havia terminado por admitir que há dificuldades para a aceitação da tese que defendia. Volterra (*Precisazioni in Tema di Matrimonio Classico*)

286. O casamento e a *conuentio in manum* – Afirmar-se, tradicionalmente, que, no direito romano, havia duas espécies de casamento: o casamento *cum manu* e o casamento *sine manu*. O primeiro seria aquele em que o homem (ou, se *alieni iuris*, seu *pater familias*) adquire a *manus* (poder marital) sobre a mulher, que, assim, se desvincula da família de origem e ingressa, com seus bens, na de seu marido, como se fosse filha dele (*loco filiae*): dessa forma, se a mulher, antes de casar, for *alieni iuris* (por estar subordinada à *potestas* de seu *pater familias* originário), continua a sê-lo na família do marido, depois do casamento *cum manu*; se *sui iuris*, torna-se, ao casar, *alieni iuris*. Já na segunda espécie – o casamento *sine manu* –, o marido não adquire a *manus* sobre a mulher, que, em virtude disso, conserva, além de seus bens, o *status familiae* anterior ao casamento.

Segundo tudo indica,⁴⁴ porém, não havia no direito romano, propriamente, duas espécies de casamento. O conceito de casamento era um só. O que ocorria era a possibilidade de ele ser acompanhado de um ato solene – a *conuentio in manum* (vide nº 279) –, pelo

in Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja", vol. LXXXVIII (1975), p. 245 e segs.) também atacou as observações de Robleda. Em 1977, Josef Huber (*Der Ehekonsens in Römischen Rechts*, Roma, 1977) seguiu a orientação de Robleda. Volterra, em 1980 (*Ancora Sulla Struttura del Matrimonio Classico*, in *De Justitia et Iure Festgabe für Ulrich von Lübtow*, pp. 142 a 153, Berlin, s/data), voltou à carga, trazendo mais um texto (C. V. 17, 6) para sustentar sua posição, texto esse que tem sido interpretado diferentemente, por não o terem os intérpretes examinado sob a ótica da tese do consentimento continuado. Mais recentemente, em 1986, Pugliese (*Istituzioni di Diritto Romano*, II, nº 111, p. 429), embora seguindo a posição de Volterra, acentua que o tratamento dado ao matrimônio do *furius* demonstra "o caráter não rigoroso da orientação jurisprudencial que exigia a vontade matrimonial contínua". Nesse mesmo sentido, em 1989, se manifesta Talamanca (*Istituzioni di Diritto Romano*, I, nº 40, p. 140).

44 A propósito, vide Volterra, *Ancora sulla manus e sul matrimonio*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, p. 675 e segs., Napoli, 1948; *Nuove Osservazioni sulla "conuentio in manum"*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia, del Diritto*, Verona, 1948, III, p. 29 e segs., Milano, 1951; *La Conuentio in Manum e il Matrimonio Romano*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, série III – anno XXII (1968), vol. XII (único), dell'intera collez., vol. XCV, pp. 205 a 226; Garcia Garrido, "Conuentio in Manum" y matrimonio, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXVI (1956), pp. 781 a 787; e Pugliese, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, nº 37, pp. 106 a 109. Bozza (cf. Volterra, *La Conuentio in Manum e il Matrimonio Romano*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, série III – anno XXII (1968), p. 205), no entanto, só admite essa tese no último período da República e na época do direito clássico; Cantarella (*Sui Rapporti fra Matrimonio e "Conuentio in Manum"*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, série III, anni XII-XVI (1959/1962), vol. X (único), pp. 181 a 228), só exclui dela a *confarreatio*, que teria sido um casamento religioso, o único no direito arcaico; e Tomulescu (*Les Rapports entre le Mariage et la Manus*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3ª série, tomo XVIII (1971), pp. 723 a 733, sustenta que, até o século II a.C., os modos de aquisição da *manus* foram ao mesmo tempo modos de formação do casamento, mas, a partir desse século, surgiu o casamento *sine manu*, o que implica dizer que o casamento existe sem a *manus*, que

qual o marido (ou seu *pater familias*) adquiria a *manus* sobre a mulher.⁴⁵ Quando isso se verificava, dava-se o que, tradicionalmente, se denomina casamento *cum manu*; em caso contrário – isto é, quando o matrimônio não era seguido da *conuentio in manum* –, tinha-se o que tradicionalmente se chama casamento *sine manu*.

Assim sendo, casamento e *conuentio in manum* são institutos independentes, e com finalidades distintas: o casamento visa a criar a sociedade conjugal; a *conuentio in manum* – que talvez pudesse ocorrer ainda que não houvesse casamento⁴⁶ – tem por fim o ingresso da mulher em família diversa da sua de origem.

A *conuentio in manum* – e as conseqüências que ela acarretava – já foi estudada no Capítulo XLVIII (vide os n^{os} 278 e 279). Agora, ocupar-nos-emos apenas do casamento, independentemente da *conuentio in manum*.

287. Esponsais⁴⁷ – Os esponsais (*sponsalia*) são a convenção pela qual duas pessoas de sexo diverso (ou seus *patres familias*, por elas) se comprometem a contrair, no futuro, casamento.⁴⁸

Os esponsais, no decurso da evolução do direito romano, sofreram acentuada transformação: no direito clássico, sua importância é quase exclusivamente social; nos períodos pós-clássico e justiniano, aumentam seus efeitos jurídicos, sendo os *sponsi* (prometidos), sob certos aspectos, equiparados aos cônjuges.⁴⁹

passa a ser elemento externo que se juntava, ou não, a ele. Mais recentemente, Gian Luigi Falchi (*Osservazioni sulla natura della "Coemptio matrimonii causa" nel Diritto Preclassico*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. L, 1984, pp. 355 a 382) entende que, antes da Lei das XII Tábuas, a *conuentio in manum* era efeito necessário de todo casamento, e se produzia com o decurso de um ano de vida conjugal, ou imediatamente se o casamento tivesse sido contraído pela *confarreatio* ou pela *coemptio*; depois, até o 1^o século antes de Cristo, as núpcias produziam a *conuentio in manum*, mas as partes podiam excluir esse efeito com a *usurpatio trinoctii*; posteriormente, a *manus* cai em desuso e o *usus* é ab-rogado, sendo que a *confarreatio* sobrevive como rito nupcial relevante para efeitos sacros, e a *coemptio* se torna negócio solene com uso diversificado.

45 Discute-se se no direito romano arcaico a *conuentio in manum* acompanhava, ou não, sempre o casamento. A maioria dos autores (assim entre outros, Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, I – *Diritto di Famiglia*, ristampa da 1^a ed., p. 57 e segs., Milano, 1963; e, mais recentemente, Pugliese, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, n^o 37, pp. 106 a 109, e Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, pp. 132 e 133), se manifesta em sentido afirmativo.

46 Cf. Gaio, *Institutas*, II, 139, segundo a interpretação dada por Volterra, *Nuove Osservazioni sulla conventio in manum*, in ob. cit., vol. III, pp. 31/34.

47 Sobre esponsais, vide Gaudemet, *L'originalité des fiançailles romaines*, in IVRA, VI (1955), p. 47 e segs.; e Corbett, *The Roman Law of Marriage*, p. 1 e segs., Oxford, 1930.

48 No período histórico, os esponsais se celebravam, por via de regra, entre o *pater familias* da mulher e o futuro genro (ou, se este fosse *alieni iuris*, seu *pater familias*).

49 Sobre os efeitos dos esponsais no direito clássico, vide Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. XL, p. 87 e segs.

Primitivamente,⁵⁰ nas cidades do Lácio (*Latium*), os sponsais eram celebrados por meio da *sponsio* (negócio jurídico verbal e solene, donde as denominações *sponsalia* – sponsais; *sponsa* – a mulher prometida; e *sponsus* – o homem prometido), e tinham eficácia jurídica plena, tanto assim que, se uma das partes não cumprisse o convencionado (em geral, o *pater familias* do *sponsus* ou da *sponsa* que rompia os sponsais), a outra dispunha de ação judicial (a *actio ex sponsu*) contra aquela, para obter indenização. Esse sistema perdurou no Lácio até o ano de 90 a.C., quando se estendeu a cidadania romana às últimas cidades dessa região que ainda não a tinham.⁵¹

Também em Roma, em épocas remotas, é muito provável⁵² que os sponsais fossem regidos pelos mesmos princípios observados nas demais cidades do Lácio. No entanto, desde muito cedo ocorreu, nela, a decadência desse instituto, pois, no período histórico do direito romano, os sponsais não obrigam o *sponsus* ou a *sponsa* a casar; ao contrário, qualquer um deles pode livremente rompê-los, sem que haja, contra si ou contra seu *pater familias*, sanção alguma. Vigora o princípio de que os casamentos devem ser livres.⁵³ Assim, se se apusesse uma *stipulatio poenae* (cláusula penal) aos sponsais, para que a parte que os rompesse ficasse obrigada ao pagamento da pena, essa cláusula, na prática, não tinha eficácia, pois o direito de se cobrar judicialmente a pena podia ser paralisado por uma *exceptio doli*.⁵⁴

No direito pós-clássico, no entanto, observa-se uma tendência⁵⁵ que traduz como que um retorno ao regime dos tempos primitivos em que o *sponsus* ou a *sponsa* (ou o *pater familias* de um ou de outro, conforme o caso) que rompesse os sponsais sofria sanção de ordem patrimonial. Com efeito, embora no direito pós-clássico a *stipulatio poenae* aposta aos sponsais continue a ser ineficaz, acolhe-se, no direito romano, o costume oriental das arras sponsalícias (soma em dinheiro que, por ocasião da conclusão dos sponsais, um dos *sponsi* entrega ao outro),⁵⁶ e, se o *sponsus* e a *sponsa* trocam arras sponsalícias entre si, aquele que, sem justa causa, romper os sponsais perde as arras que deu, e está obrigado, a princípio, a restituir as que recebeu em quádruplo, e, mais tarde – provavelmente por modificação introduzida por Justiniano –, em dobro. A mesma tendência se observa, também, em duas constituições⁵⁷ de Constantino, de, respectiva-

50 E o sabemos graças à informação do jurisconsulto clássico Sêrvio Sulpício Rufo conservada por Aulo Gêlio, *Noctes Atticae*, IV, 4.

51 Cf. Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, I (*Diritto de Famiglia*), reimpressão p. 308, Milano, 1963.

52 Como se infere de Varrão, *De lingua latina*, VI, 70 e 71, e (nesse sentido, vide Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 663) da forma *spondes? spondeo* a que alude o texto de Sêrvio Sulpício Rufo (citado na nota nº 50), a qual só podia ser utilizada por cidadão romano (vide nº 235).

53 Cf. C. VIII, 38 (39), 2.

54 D. XLV, 1, 134, pr.

55 Possivelmente por influência do Cristianismo.

56 Sobre as arras sponsalícias, vide Riccobono, *Arra Sponsalicia secondo la const. 5 Cod. de sponsalibus V-1, separata*.

57 C. V, 3, 15; e C. V, 3, 16.

mente, 319 e 336 d.C., relativas à *sponsalicia largitas* (liberalidade sponsalícia), e pelas quais todas as doações entre *sponsus* e *sponsa* eram feitas sob a condição tácita de haver restituição no caso de não ser celebrado o casamento. E aquele dos *sponsi* que se recuse a casar não pode pedir a restituição do que doou, embora esteja obrigado a devolver o que recebeu. Demais, se os sponsais tivessem sido celebrados *interueniente osculo* (ocorrendo beijo),⁵⁸ um dos noivos, por morte do outro, só estava obrigado a restituir a metade do que este lhe doara.

Por outro lado, para que se realizem os sponsais, basta o simples acordo de vontade das partes, sem a observância de formalidades. Se é o *pater familias* quem os celebra em favor do *filius familias*, é preciso, para fazê-lo, que tenha o consentimento deste; se em favor de *filia familias*, não é necessário o assentimento expresso dela, mas apenas sua concordância tácita.

Para os sponsais, levam-se em conta, geralmente, os mesmos requisitos e impedimentos do matrimônio, exceção feita a alguns impedimentos temporários (como, por exemplo, a hipótese de uma menina menor de 12 anos que, por isso, não pode casar, mas que pode contrair sponsais desde que já tenha atingido idade que lhe permita compreender o ato, a qual, no mínimo, segundo textos provavelmente interpolados, é de sete anos), que não impossibilitam a celebração do sponsais.

Quanto aos efeitos, os sponsais, embora não obriguem as partes a contrair casamento, produzem, entre outros, os seguintes:

a) geram uma *quasi adfinitas* entre cada um dos *sponsi* e os parentes do outro (decorrendo, daí, impedimentos para casamento, bem como isenção do dever de prestar depoimento, em juízo, contra o *sponsus* ou os futuros sogro e sogra);

b) a conclusão de outros sponsais ou de casamento antes do rompimento dos sponsais anteriores acarreta, para o *sponsus* ou a *sponsa* que assim procedeu, a infâmia (bem como para o *pater familias* dele, se este agiu a seu mando), sanção essa que, possivelmente, só surgiu no direito pós-clássico; e

c) no direito pós-clássico, a infidelidade da *sponsa* é punida com as penas do adultério.

Enfim, rompem-se os sponsais nas seguintes hipóteses:

a) com a morte de um dos *sponsi*;

b) com a superveniência de impedimento para o matrimônio;

c) com a concordância do *sponsus* e da *sponsa*; e

d) com a simples declaração de um dos *sponsi* (*repudium*), sendo importante, nesse caso, no direito pós-clássico, em virtude dos princípios sobre as arras sponsalícias e à *sponsalicia largitas*, a verificação da existência ou não de justa causa, a qual ocorreria, por exemplo, quando se tivesse conhecimento de impedimento matrimonial até então ignorado, ou quando a *sponsa* tivesse má conduta, ou quando houvesse diferença de religião entre o *sponsus* e a *sponsa*.

58 Alusão a ritos em uso na Igreja do Ocidente e do Oriente. Vide, a propósito, Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 665 e segs.

288. Requisitos do casamento — Para que o casamento, em Roma, fosse legítimo — *matrimonium iustum* ou *legitimum*⁵⁹ —, era necessária a observância de certos requisitos a que alude Ulpiano:

Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt (O casamento é legítimo se entre os que o contraem existe *conubium*, e se o homem é púbere e a mulher é núbil, e se um e outro, se são *sui iuris*, consentem, ou, se *alieni iuris*, também seus pais).⁶⁰

Eram, portanto, três esses requisitos: consentimento, puberdade e conubium. Os primeiros, absolutos, pois a sua ausência impedia o casamento com qualquer pessoa; o último, também, se tomado em sentido lato (*conubium est uxoris iure ducendae facultas* — o *conubium* é a faculdade de casar-se legitimamente com uma mulher).⁶¹ Em sentido estrito, *conubium* é requisito relativo, porquanto abrange impedimentos que ocorrem apenas entre certos indivíduos (*conubium habere cum aliquo* — ter *conubium* com alguém).⁶²

Estudemo-los separadamente.

A) *Consentimento*

No direito romano primitivo, segundo a opinião dominante,⁶³ exigia-se apenas o consentimento de pessoas *sui iuris*; por isso, se os nubentes fossem *alieni iuris*,⁶⁴ somente seus

59 Ambas as expressões — ao contrário do que pretendem alguns romanistas — são clássicas, como o demonstra, com abundância de exemplos, Di Marzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 5ª ed., p. 161, nota 2. Vide, também, Lanfranchi, *Le definizioni e il concetto del matrimonio nei retori romani*, in *Studia et Documenta Historiae et Juris*, ano II (1936), p. 156.

60 Ulpiano, *Liber singularis regularum*, V. 2.

61 Ulpiano, *Liber singularis regularum*, V. 3. Volterra (*La Nozione Giuridica del Conubium*, in *Studi*, in *Memoria di Emilio Albertario*, II, pp. 347 a 384, Milano, 1953; *Lezioni di Diritto Romano — Il Matrimonio Romano*, pp. 157 a 182, e 341 e 342, *Anno Accademico* 1960-1961, Roma, s/data; e *Matrimonio* (Dir. Rom), in *Enciclopedia del diritto*, XXV, pp. 733 a 735, Milano, 1975), fiel à sua tese sobre a natureza jurídica do casamento romano no direito clássico, sustenta que, nessa época, *conubium* é um requisito positivo (o de o homem e a mulher, um em relação ao outro, terem capacidade, reconhecida pelo ordenamento jurídico romano, de constituir entre si uma relação conjugal legítima), não se conhecendo, então, os impedimentos matrimoniais como os que há no direito moderno. Só no direito pós-clássico e no direito justiniano é que, com a mudança da concepção da natureza jurídica do casamento, se deixa de aludir ao *conubium*, porque se passa a admitir socialmente que há capacidade geral para casar, que apenas é afastada se ocorrer um impedimento legal. Talamanca (*Istituzioni di Diritto Romano*, I, nº 39, p. 138, Milano, 1989), aludindo aos *requisitos de validade do casamento*, observa que os romanos não sistematizaram o que denominamos como tais, mas os reuniram na categoria do *conubium* (capacidade de contrair matrimônio *in concreto* com outra pessoa), embora essa construção não tenha sido usada de modo generalizado, “e não pareça ter deixado traço sobre a concreta disciplina dos vários impedimentos matrimoniais”.

62 A distinção entre *conubium* em sentido lato e em sentido estrito é feita, entre outros, por Girard (*Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 8ª ed., pp. 171 e 172) e Nardi (*La Reciproca Posizione Successoria de Coniugi privi di Conubium*, p. 10, Milano, 1938).

63 Assim, entre outros, Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, I (*Diritto de Famiglia*), reimpressão, p. 269, Milano, 1963; Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 8ª ed., p. 168; e C. Longo, *Corso di Diritto Romano* (*Diritto de Famiglia*), p. 161, Milano, 1946.

64 Ferrini, *Manuale di Pandette*, 4ª ed., nº 713, p. 686, Milano, 1953, cita, a propósito, passagens de Plauto.

patres familias consentiam no matrimônio, podendo, em consequência, constrangê-los a se consorciarem. Já nos períodos clássico e pós-clássico, cabia sempre aos nubentes manifestar o consentimento,⁶⁵ só se fazendo mister o do *pater familias* se um deles – ou ambos – fosse *alieni iuri*.⁶⁶ Mas o valor dessas declarações de vontades é diverso: o daqueles é indispensável; o deste pode, às vezes, ser suprido.⁶⁷ A mulher *sui iuris*, entretanto, se sujeitava à *auctoritas tutoris* (vide nº 300),⁶⁸ e, mesmo depois de abolida a *tutela mulierum* (vide nº 300), ela devia, até completar 25 anos, pedir consentimento, para casar, a seu pai – se vivo, e, por exemplo, a tivesse emancipado –, ou a sua mãe, ou a outros parentes.

B) Puberdade

A puberdade em ambos os sexos se verificava, no direito pré-clássico, por meio de exame individual. Todavia, para a mulher fixou-se, desde cedo, a nubilidade aos 12 anos.⁶⁹ E, embora já proposta pelos proculeianos, somente com Justiniano⁷⁰ se estabeleceu a idade de 14 anos para o início da puberdade no homem.⁷¹

65 Entende Solazzi (*La nozze della minorenne e Il divorzio della "filia familias"*, in, respectivamente, *Scritti di Diritto Romano*, II, p. 154 e segs., Napoli, 1957, e III, p. 1 e segs., Napoli, 1960) que, mesmo no direito clássico, para o casamento da *filia familias*, somente era necessário o consentimento de seu *pater familias*.

66 Para o casamento do neto, se o avô fosse vivo, além do seu consentimento, era necessário o do pai, em virtude da regra *nemini inuito heres suus adgnascitur*, segundo a qual ninguém deve ter herdeiro contra sua vontade (*Inst.*, I, 11, 7).

67 D. XXIII, 2, 19 (texto interpolado, segundo Moriaud, *Du consentement du père de famille au mariage en droit classique*, in *Mélanges P. F. Girard*, II, p. 291 e segs., Paris, 1912).

68 A propósito, vide Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechtes*, § 50, p. 203; Corbett, *The Roman Law of Marriage*, p. 24 e segs., Oxford, 1930; e Ferrini, *Manuale di Pandette*, 4ª ed., nº 713, p. 686, Milano, 1953.

69 Marcel Durry (*Le Mariage des Filles Impubères dans la Rome Antique*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3ª série, tome II (1955), pp. 263 a 273; e *Sur le Mariage Romain – Autocritique et Mise au Point*, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 3ª série, tome III (1956), pp. 227 a 243) sustenta que, já reconhecendo a medicina antiga que a mulher somente se tornava púbere entre 13 e 14 anos, ela se considerava, no direito romano, *nubilis* (ou seja, apta ao casamento) antes de alcançar a puberdade. Sobre essa tese, com exame sob o ângulo estritamente jurídico, vide Garcia Garrido, *Minor Annis XII Nupta*, in *Labeo (Rassegna di Diritto Romano)*, anno III (1957), pp. 76 a 88.

70 Para pormenores, vide nº 94, A.

71 Consoante o D. XXIII, 3, 39, 1, o *castratus* (castrado), ao contrário do *spado* (impotente), não podia contrair casamento; segundo a maioria dos autores, porém, essa distinção somente surgiu no direito justinianeu, pois, no período clássico, os *spadones* – e esse termo abrangia, então, todos os casos de impotência *coeundi* ou *generandi* (impotência para copular ou para procriar) – não estavam impedidos de casar (a propósito, vide Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, I – *Diritto di Famiglia*, reimpressão, p. 266 e segs., Milano, 1963). Contra a tese de ter sido esse texto interpolado, vide os autores citados por Danilo Dalla, *L'incapacità Sessuale in Diritto Romano*, p. 266, nota 97, Milano, 1978.

C) *Conubium* *capacidade de obter casamento legítimo*

Em acepção lata, *conubium* compreende alguns requisitos absolutos que se referem:

a) à liberdade (os escravos não podem contrair *matrimonium iustum*; a união entre escravos ou entre escravo e pessoa livre se denomina *contubernium*, e não produz efeito jurídico, sendo simplesmente uma união natural);

b) à cidadania (só é legítimo o casamento com estrangeiro se ele tiver o *ius conubii*);⁷²

c) ao serviço militar (segundo vários autores, até 197 d.C., não podiam os soldados consorciar-se enquanto em serviço);⁷³ e

d) à monogamia (é certo que Júlio César e, mais tarde, Valentiniano I quiseram admitir a poligamia no direito romano, mas tais tentativas não vingaram).⁷⁴⁻⁷⁵

Em sentido estrito, *conubium* abrange circunstâncias impeditivas de casamento legítimo⁷⁶ entre certas pessoas, e que dizem respeito a:

72 É de notar-se – como acentua Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 693, nota 1, Leipzig, 1899 – que o casamento contraído segundo um direito estrangeiro (o ateniense, por exemplo), embora não seja casamento legítimo para o direito romano, o é para aquele sistema jurídico (no caso, o ateniense). Daí não se dever, para essas hipóteses, empregar, como o fazem vários romanistas, a expressão *matrimonium iuris gentium* (casamento segundo o *ius gentium*).

73 Trata-se de matéria muito controvertida, havendo autores que negam a existência desse impedimento no direito romano – assim, Mispoulet, *Études d'Institutions Romaines*, p. 229 e segs., Paris, 1887; Emilio Costa, *Storia del Diritto Romano Privato*, 2ª ed., p. 47, Torino, 1925; e Stella Maranca, *Il Matrimonio dei Soldati Romani*, Roma, 1903.

74 A propósito, vide Volterra, *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, III, p. 139 e segs., Napoli, s/data. Gualandi (*Intorno ad una legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. III, p. 175 e segs., Milano, 1956), examinando amplamente os textos que aludem à lei de Valentiniano I, que autorizava a bigamia, conclui que todos eles derivam de uma passagem da História Eclesiástica de Sócrates, o Escolástico, e que a lei por ela noticiada não existiu. Manfredini (*Valentiniano I e la Bigamia*, in *Studi in Onore di Cesare Sanfilippo*, vol. VII, pp. 363 a 386, Milano, 1987) porém, sustenta que essa lei misteriosa permitiria o repúdio por causa da esterilidade do cônjuge, o que teria possibilitado a Valentiniano contrair segundas núpcias (bigamia sucessiva e não simultânea). Assim, não dizia ela respeito à possibilidade de dois casamentos coexistentes.

75 Deixamos de incluir entre esses requisitos o *tempus lugendi* (período em que a viúva não podia contrair novas núpcias – era, a princípio, o compreendido nos 10 meses após a dissolução do casamento; mais tarde, no século IV d.C., passou a ser de 12 meses; essa proibição, de início, era fundada em princípios religiosos, mas, posteriormente, veio a ter por base razões biológicas: impedir a *turbatio sanguinis*, isto é, que se ficasse sem saber quem teria sido o pai da criança que, porventura, a mulher desse à luz nesse espaço de tempo), tendo em vista que, ainda quando a viúva desrespeitasse essa proibição e se casasse de novo antes de decorrido o *tempus lugente*, esse casamento seria válido. A propósito, vide Robleda, *Matrimonio inexistente o nulo em Derecho Romano*, in *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, III, p. 1.131, Milano, 1973.

76 No direito moderno – e tal nomenclatura vem do direito canônico – esses fatos impeditivos se denominam *impedimentos matrimoniais*. Os juristas romanos, porém, ainda para indicar que entre duas pessoas havia circunstâncias que impediam fosse contraído o casamento, salientavam que entre elas não existia *conubium* (assim, por exemplo, com relação a parentesco, vide Gaio, *Institutas*, I, 59; e Ulpiano, *Liber singularis regularum*, V, 6).

- I – parentesco; } *no que frem?*
 II – afinidade; }
 III – condição social; e
 IV – motivos de ordem prática ou política.
 Analisemo-los, de *per se*.

I – *Parentesco*

O parentesco, tanto agnático quanto cognático, em linha reta ou colateral, impede o casamento. Em linha reta, não podem consorciar-se os parentes até o infinito. Na colateral, segundo o direito pré-clássico, até o sexto grau. No império, só se impedia o matrimônio de parentes colaterais, se um deles estivesse afastado um grau apenas do antepassado comum. Essa regra sofreu duas derrogações: permitiu-se o casamento entre tio paterno e sobrinha, visando-se ao imperador Cláudio e Agripina; e, por influência do cristianismo, proibiu-se o dos primos germanos. A primeira dessas exceções desapareceu em 342 d.C.; a segunda, com Justiniano.

II – *Afinidade*

A afinidade não foi impedimento durante a república. No império, estavam proibidos de casar os afins na linha reta. No período pós-clássico, impediu-se o casamento de cunhados.

III – *Condição social*

* } Até a Lei *Canuléia* (445 a.C.) – que acabou com tal impedimento –, proibía-se o matrimônio entre patrício e plebeu.

Por outro lado, como salientamos no nº 86, A, discute-se se os libertos, desde os tempos primitivos, não podiam casar com ingênua, tendo Augusto abolido esse impedimento, embora o mantivesse com relação ao matrimônio entre libertos e pessoas pertencentes à ordem senatorial (senadores e seus descendentes agnáticos até o terceiro grau); ou se aquela incapacidade não existia até o tempo de Augusto, que a criou com referência apenas ao casamento entre libertos e pessoas da classe senatorial.

Demais, a legislação de Augusto estabeleceu impedimento matrimonial entre ingênuos (e, por consequência, senadores e seus descendentes agnáticos, até terceiro grau) e prostitutas, adúlteras, alcoviteiras e libertas que tivessem sido manumitidas por pessoa que exercesse a alcovitice.

É certo que se discute se o casamento contraído apesar da existência desses impedimentos era nulo, ou se apenas ineficaz para impedir as penas estabelecidas para o celibato (*vide* nº 335).

Tais condições, atenuadas sensivelmente por Justino e Justiniano, foram, afinal, abolidas por este.

IV – *Motivos de ordem prática ou política*

Disposições legais, no império, criaram alguns impedimentos ao matrimônio legítimo:

a) segundo a *Lei Julia de adulteriis*, a mulher condenada por adultério não pode, no direito clássico, contrair outro casamento; no direito justiniano, não pode casar apenas com seu cúmplice;

b) conforme *senatusconsulto* do tempo de Marco Aurélio, o tutor, seus descendentes ou ascendentes, com a pupila antes da prestação de contas, e de ela atingir 25 anos; regra que, no direito pós-clássico, se aplicou ao curador;⁷⁷

c) de acordo com mandatos imperiais, o funcionário romano com mulher nascida ou domiciliada em sua província;⁷⁸

d) a partir de uma constituição de Constantino,⁷⁹ não podiam consorciar-se raptor e raptada, tivesse ela consentido, ou não, no rapto;⁸⁰

e) por motivos políticos, Valentiniano e Valente proibiram o matrimônio de provincianos com mulher bárbara, e de *gentilis* com provinciana, impedimento, porém, que não foi acolhido por Justiniano;

f) em virtude de constituições de imperadores cristãos, não era permitido o consórcio entre cristão e judeu; e

g) a partir dos imperadores cristãos, eram impedimentos de casamento o voto de castidade e as ordens superiores, não sendo, também, permitido, no direito justiniano, o matrimônio de padrinho com afilhado.

Era possível, em certas hipóteses, obter-se a dispensa do impedimento.

Isso ocorria raramente durante a república, e sempre por meio de deliberação do povo ou do Senado. O mais antigo exemplo que se conhece emana do *senatusconsulto* que autorizou a liberta Ispala Fecênia a consorciar-se com um ingênuo.⁸¹

No império, as dispensas se tornam mais freqüentes, cabendo ao imperador fazer tais concessões.⁸² Uma constituição do imperador Zenão, inserida no Código (V, 8, 2), proíbe a autorização de casamento entre irmãos, declarando nula, nesse caso, a dispensa conseguida sub-repticiamente.

77 Exceto, como observa Cuq (*Manuel des Institutions Juridique des Romains*, 2ª ed., p. 163), se o pai desse sua filha como noiva ao tutor ou curador, ou a destinasse a um deles, por testamento.

78 A propósito, vide Aldo Dell'Oro (*Il Divieto del Matrimonio fra funzionario romano e donna della Provincia*, in *Studi in Onore di Biondo Biondi*, II, pp. 525 a 540, Milano, 1965; e Volterra (*Sull' Unione Coniugale del Funzionario della Provincia*, in *Festschrift für Erwin Seidl*, pp. 169 a 178, Köln, s/data).

79 C. Th. IX, 24, 1.

80 Essa proibição foi confirmada por Justiniano na Nov. CXLIII.

81 Cf. Maynz, *Cours de Droit Romain*, III, 5ª ed., § 305, p. 12, Bruxelles-Paris, 1891.

82 Vide, por exemplo, D. XXIII, 2, 31; e C. V, 6, 7.

L

TUTELA E CURATELA

Sumário: 297. A incapacidade de fato, a tutela e a curatela. 298. A evolução da tutela e da curatela. 299. A tutela dos impúberes. 300. A tutela das mulheres. 301. A curatela dos loucos. 302. A curatela dos pródigos. 303. A curatela dos púberes menores de vinte e cinco anos.

297. A incapacidade de fato, a tutela e a curatela – Ao estudarmos a capacidade de fato (n^{os} 93 e segs.), vimos que eram absolutamente incapazes os *infantes* (nos direitos pré-clássico e clássico, os que não sabiam falar; no direito pós-clássico, as crianças até sete anos), os *infantiae proximi* (mas isso apenas no direito pré-clássico) e os *doentes mentais* (*furiosi, dementes e mentecapti*), exceto nos intervalos de lucidez (o que, segundo a opinião dominante, somente podia ocorrer com os *furiosi*). Já relativamente incapazes eram as *crianças saídas da infância* (e, portanto, os *infantiae proximi* – nos direitos clássico e pós-clássico – e os *pubertati proximi*), as *mulheres* (até o século IV d.C., quando se tornam capazes), os *pródigos* e, no período pós-clássico (no clássico, eram capazes), os *púberes, de ambos os sexos, menores de 25 anos*.

Os absolutamente incapazes, porque não têm vontade,¹ não podem praticar, por si só, ato algum que produza efeito jurídico. Os relativamente incapazes não podem realizar, por si sós, atos que diminuam seu patrimônio (*vide*, a propósito, o n^o 95).

Quando os absoluta ou relativamente incapazes são *alieni iuris*, sua incapacidade não acarreta dificuldades quanto à administração de bens, pois essas pessoas não os possuem (o patrimônio da família é do *pater familias*, e os incapazes não dispõem de pecúlio); além disso, estão subordinadas ao *pater familias*, que provê as suas necessidades.

O mesmo não sucede quando são eles *sui iuris*. Nesse caso, quem irá cuidar de seus interesses patrimoniais?² Essa questão foi resolvida, no direito romano, por meio de dois institutos jurídicos: a tutela e a curatela. A tutela, exercida pelo tutor; a curatela, pelo curador.

1 Gaio, *Institutas*, III, 106 a 109.

2 No direito romano (*vide*, a propósito, Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, I, *Diritto de Famiglia*, reimpressão, p. 551 e segs., Milano, 1963), a tutela e a curatela visam aos atos patrimoniais e não à vigiância sobre a pessoa do incapaz.

298. A evolução da tutela e da curatela³ – No direito moderno, por via de regra, a tutela e a curatela existem para a proteção dos incapazes de fato. Ser tutor ou curador é um *munus publicum* (encargo público). Trata-se, pois, de encargo, e não de vantagem; tanto assim que não se pode, a não ser em casos expressos na lei, recusar o exercício da tutela ou da curatela.

Bem diversa era a situação no direito romano pré-clássico, onde tanto a tutela quanto a curatela eram institutos – segundo parece⁴ – de proteção, não ao incapaz, mas a seus futuros herdeiros, que, como tutores ou curadores, velavam pelo patrimônio que viria a ser deles, e exerciam, em vez de um dever, um verdadeiro poder (*potestas*). Por isso, no direito pré-clássico, eram tutores ou curadores os parentes agnados mais próximos do incapaz,⁵ ou, na falta deles, os *gentiles* mais chegados⁶ – em outras palavras: seus herdeiros. Com relação à tutela, foi a Lei das XII Tábuas⁷ que deu, pela primeira vez, ao *pater familias* o direito de, em seu testamento, designar pessoa que não fosse *heres* (herdeira) do incapaz para ser tutor, o que destacou a tutela da *hereditas* (herança). Tutela e curatela, nesses tempos remotos, eram institutos de direito privado, não interferindo nelas o Estado.

No direito clássico, ainda persistem vestígios dessa concepção. Assim, nesse período, há textos jurídicos onde se assevera que o tutor, com relação aos bens do tutelado, se considerava como se fosse seu proprietário (*domini loco habetur*).⁸ Embora no direito clássico a tutela e a curatela tivessem deixado de ser institutos de proteção aos herdeiros do incapaz, passando a proteger o próprio incapaz (donde, nessa época, a tutela e a curatela serem tidas como *munus publicum* – encargo público – e, por isso, não mais se poder, exceto nas hipóteses taxativamente enumeradas em lei, recusar a exercê-las), na definição de tutela que se encontra no *Digesto*,⁹ e que se atribui ao jurisconsulto clássico Sêrvio

3 Além dos inúmeros trabalhos de Solazzi sobre tutela e curatela que se encontram reunidos em *Scritti di Diritto Romano*, vols. I (Napoli, 1955), II (Napoli, 1957) e III (Napoli, 1960), *passim, vide*, Bonfante, *Corso di Diritto Romano, I, Diritto di Famiglia*, reimpressão, p. 551 e segs. (com ampla bibliografia), Milano, 1963; Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, § 20 e segs., p. 74 e segs., § 85 e segs., p. 299 e segs., München, 1955, e II, § 231 e segs., p. 141 e segs., München, 1959; Gianneto Longo, *Diritto Romano*, III (*Diritto di Famiglia*), p. 249 e segs., Roma, 1940; e Perozzi, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, 2ª ed., *reintegrazione*, 1949, § 55, p. 459 e segs.

4 A tese segundo a qual a tutela e a herança estão, a princípio, intimamente vinculadas foi sugerida por Bonfante (*Corso di Diritto Romano, I, Diritto di Famiglia*, reimpressão, p. 554, Milano, 1963); entre os vários autores que a seguem, *vide* Betti, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, *ristampa* da 2ª ed.), § 39, p. 65 e segs.

5 Gaio, *Institutas*, I, 155; e Ulpiano, *Liber singularis regularum*, XI, 3.

6 A propósito, *vide* Costa, *Storia del Diritto Romano Privato*, 2ª ed., p. 103, nota 2, Torino, 1925.

7 Tab. V, 3 (ed. Riccobono).

8 D. XLI, 4, 7, 3; e D. XLVII, 2, 57, 4.

9 D. XXVI, 1, 1, pr.; e *Inst.*, I, 13, 1 (onde, em vez da palavra *uis*, que se encontra no texto do *Digesto*, se lê *ius*). Segundo Kuebler, *Die Vormundschaftliche Gewalt in Römischen Recht*, in *Studi di Storia e Diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento* I, nº 75 e segs., Milano, 1939, *ius* nessa definição – como se vê em Teófilo, *Paraphrasis Institutionum*, I, 13, 1 – foi alteração introduzida pelos compiladores, e não erro de copista; na definição original de Sêrvio, o termo usado era *uis*.

(contemporâneo de Cícero), encontramos as duas concepções: a antiga, representada pelas palavras iniciais *uis ac potestas*, que traduzem *poder*; e a clássica, nos termos *ad tuendum eum*, que indicam que a tutela se destinava à proteção do incapaz. Eis a definição de Sêrvio:

Tutela est, ut Sêrvius definit, uis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure ciuili data ac permissa (A tutela é, como define Sêrvio, a força e o poder sobre o homem livre, dados e permitidos pelo direito civil, para proteger aquele que, por causa da idade, não se pode defender por si mesmo).¹⁰

Por outro lado, nos direitos pré-clássico e clássico, a tutela e a curatela se distinguem nitidamente:

a) a tutela se aplicava a incapazes por fato normal (idade: impúberes; e sexo: mulheres); a curatela, a incapazes por causa anormal (assim, doenças mentais: *furiosi, dementes*; prodigalidade: *pródigos*); e

b) na tutela, o tutor podia administrar os bens do tutelado de dois modos diversos: ou agindo como seu representante indireto (*negotium gerere*), ou integrando a vontade do incapaz (*auctoritatis interpositio*); já na curatela, o único meio de o curador administrar os bens do incapaz era o primeiro (*negotium gerere*).¹¹

No direito pós-clássico, surge a curatela dos púberes menores de 25 anos, na qual não se respeitam essas distinções. Com efeito, nesse caso, o fator de incapacidade é normal (idade), e o curador pode utilizar-se dos dois modos de administração: o *negotium gerere* e a *auctoritatis interpositio*.

299. A tutela dos impúberes – Para estudar a tutela dos impúberes, devemos examiná-la sob os seguintes aspectos:

- a) espécies de tutela e designação do tutor;
- b) capacidade para ser tutor, e escusas para não sê-lo;
- c) administração, pelo tutor, dos bens do impúbere;
- d) poderes e obrigações do tutor;
- e) ações e garantias contra o tutor;
- f) pluralidade de tutores; e
- g) cessação da tutela dos impúberes.

Analisemo-los separadamente.

10 É possível – e essa é a teoria dominante – que, em sua definição, Sêrvio aludisse também à tutela das mulheres, e, nesse caso, o teor original dela seria o seguinte: "... *ad tuendum eum (eamue) qui propter aetatem (uel sexum)*". Como, no tempo de Justiniano, já não mais havia a *tutela mulierum*, os compiladores suprimiram a referência a ela. Há autores, porém, como Arangio-Ruiz (*Istituzioni di Diritto Romano*, 13ª ed., p. 495 e segs., nota 2), que entendem que essa definição dizia respeito, apenas, à tutela legítima, sendo interpoladas as palavras *ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*.

11 Assim, a curatela visa à gestão do patrimônio do incapaz; a tutela tem em vista, também, a assistência do tutor aos atos jurídicos que o tutelado celebra. Em virtude disso, talvez, a máxima (D. XXXVI, 2, 12 a 14; e D. XL, 1, 13) *tutor datur personae, curator rei* (o tutor se dá à pessoa; o curador, à coisa).

A) *Espécies de tutela e designação do tutor*

Três são as espécies de tutela de impúberes, conforme seja tutor alguém designado pelo *pater familias* em testamento, ou um herdeiro legítimo do impúbere, ou pessoa nomeada pelo magistrado competente:

- a) a *tutela testamentária*;
- b) a *tutela legítima*; e
- c) a *tutela honorária* (também denominada *tutela dativa* ou *tutela atiliana*).

Na tutela testamentária, é tutor quem for designado pelo *pater familias*, em testamento, para exercer a tutela sobre o impúbere que, com sua morte, se tornará *sui iuris*.¹²

A princípio, só há tutor testamentário se o testamento em que foi feita sua designação for válido. Desde o início do principado, porém, admite-se que o tutor testamentário seja designado em codicilo (*vide* nº 343) confirmado por testamento; e os magistrados, por via de regra, quando o nome do tutor consta de testamento ineficaz, ou sua designação se faz em testamento de quem não possui sobre o impúbere a *patria potestas* (assim, por exemplo, sua mãe), o ratificam, e — o que é de notar-se — essa tutela não se reputa *honorária*, mas, sim, *testamentária*, razão, por que ela — ao contrário do que ocorre com a tutela honorária — prevalece sobre a *legítima*. No direito justinianeu, permite-se¹³ que a mãe do impúbere, sem que seja necessária a ratificação do magistrado competente, designe, em testamento, tutor para o filho que ela instituiu herdeiro; e que o pai, desde que o magistrado confirme a designação, faça o mesmo com relação a filho natural, se lhe deixou legado ou lhe fez doação.¹⁴

Na falta de tutor testamentário, a tutela é deferida ao herdeiro legítimo presumido do impúbere (isto é, àquele que seria seu herdeiro legítimo se este morresse quando a tutela é deferida) — é a tutela legítima.

Assim, segundo a escala sucessória constante na Lei das XII Tábuas (*vide* nº 324), era tutor legítimo o *adgnatus proximus*, e, na falta dele, os *gentiles*.

Com relação aos filhos emancipados e aos libertos, os quais não tinham agnados, os jurisconsultos romanos, interpretando a Lei das XII Tábuas, firmaram o princípio de que a tutela sobre eles se concederia ao seu herdeiro presumido: o *patronus*. Quanto ao filho emancipado, era, ainda, de verificar-se se ele fora, ou não, remancipado a seu antigo *pa-*

12 Os que continuarão *alieni iuris* não necessitam de tutela, por ficarem sob a *potestas* do novo *pater familias*.

13 C. V, 28, 4.

14 C. V, 29, 4.

ter familias (vide nº 281, E): em caso afirmativo, o *pater familias manumissor* seria o tutor *legítimo*; em caso negativo, o terceiro, *manumissor*, seria o tutor (e se denominava tutor *fiduciário*).

No principado, desaparecida a instituição da *gens*, o mesmo sucede por via de consequência com a tutela dos *gentiles*. No dominato, o imperador Anastácio, em 498 d.C.,¹⁵ determina que, embora o *impúbere* tenha agnados de grau de parentesco mais afastado do que o de seus irmãos emancipados (que, em virtude da emancipação, são somente seus cognados), a tutela legítima seja concedida a estes, e não àqueles.

No direito justinianeu, abolido o parentesco agnatício, segue-se, para a designação do tutor legítimo, a escala sucessória estabelecida nas Novelas CXVIII e CXXVII (vide nº 327).

* * *

Somente na falta de tutor testamentário e de tutor legítimo é que se nomeava tutor honorário (também denominado tutor *atiliano* ou *dativo*).¹⁶

A tutela honorária (ou *atiliana* ou *dativa*), segundo parece, só surgiu no século II a.C., ao ser instituída por uma lei *Atilia* (provavelmente anterior ao ano 186 a.C.),¹⁷ e se aplicava apenas em Roma. Mais tarde, a tutela honorária foi estendida pela Lei *Iulia et Titia*¹⁸ às províncias.

De início, quem nomeia o tutor honorário, em Roma, é o pretor urbano, assistido pela maioria dos tribunos da plebe;¹⁹ nas províncias, é o seu governador, mediante proposta dos magistrados municipais.²⁰ No principado, Cláudio²¹ atribuiu a nomeação do tutor honorário aos cônsules, sendo controvertido se o pretor urbano teria continuado competente para isso.²² Marco Aurélio e Lúcio Vero²³ criaram um pretor especialmente para nomear tutores honorários: o *praetor tutelar*. Esses magistrados tinham também a mesma competência em território da Itália; no tempo de Adriano, igualmente a tiveram, ali, os *iuridici*.²⁴

15 C. V, 30, 4.

16 Segundo vários autores (assim, por exemplo, Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 101), a denominação *tutela dativa* é justinianéia.

17 Antes, na falta de tutor testamentário e de tutor legítimo, é provável que, a pedido da mãe ou de parentes do *impúbere*, o cônsul (e, mais tarde, o pretor) designasse, por força de seu *imperium*, alguém para ser tutor do *impúbere*.

18 Como salienta Bonfante (*Corso di Diritto Romano*, I, *Diritto de Famiglia*, ristampa da 1ª ed., pp. 576 e 577, nota 2, Milano, 1963), essa lei, se realmente é uma única (o que é duvidoso), seria de 131 a.C.

19 Gaio, *Institutas*, I, 185.

20 Gaio, *ibidem*.

21 Suetônio, *De vita Caesarum*, *Diuus Claudius*, XXIII.

22 Vide, a propósito, Bonfante, ob. cit., p. 577 e segs.

23 Capitolino, *Historiae Augustae Scriptores*, *M. Antoninus Philosophus*, X.

24 *Fragmenta quae dicuntur Vaticana*, 232.

apagar

No direito justinianeu, a competência para nomear tutor honorário era, em Constantinopla, do *praefectus urbi* e do pretor; nas províncias, dos *defensores ciuitatis* se os bens dos impúberes não ultrapassassem quinhentos sólidos de ouro, e, se superiores, do governador em pessoa ou por meio do *defensor ciuitatis* a quem aquele dava ordem expressa nesse sentido.²⁵

Por outro lado, qualquer pessoa – inclusive o impúbere – podia solicitar ao magistrado competente a nomeação de tutor honorário. No principado, Sétimo Severo²⁶ estabeleceu que a mãe do impúbere, para não perder seus direitos sucessórios com relação aos bens do filho, tinha a obrigação de pedir a nomeação de tutor para ele; e a mesma obrigação incumbia, sob pena de castigos corporais, aos libertos do pai do impúbere.²⁷

Enfim, é de salientar a existência de um tutor especial – o *tutor praetorius* – que era nomeado pelo magistrado para que o impúbere pudesse realizar um ato que não podia fazer com o tutor permanente (assim, por exemplo, na hipótese de o impúbere litigar judicialmente com seu tutor permanente). O *tutor praetorius* foi substituído, no direito pós-clássico, por um *curator* (curador) especial.²⁸

B) Capacidade para ser tutor, e escusas para não sê-lo

A princípio, quando a tutela se exercia em favor do tutor, e não do tutelado, para que alguém fosse tutor – testamentário ou legítimo (a tutela honorária somente surgiu mais tarde) – bastava que reunisse os três seguintes atributos:

- a) fosse livre;
- b) fosse cidadão romano; e
- c) fosse *pater familias*.²⁹

Estavam, assim, excluídos, como incapazes de exercer a tutela, os escravos, os estrangeiros, as mulheres e os *filius familias*.

Quando, porém, a tutela passa a ser um instituto de proteção ao incapaz, exigem-se outros requisitos para que alguém possa ser tutor. Isso começa a verificar-se com a tutela honorária, que, desde sua criação, foi encarada como um *munus publicum*. Assim, o magistrado, ao escolher alguém para tutor honorário, não se prende apenas às exigências antigas (ser livre, ser cidadão romano e ser *pater familias*), mas cuida também em que seja pessoa púbere³⁰ e idônea, com qualidades indispensáveis para proteger o patrimônio do incapaz. Daí o pretor admitir que mesmo o *filius familias* que preencha tais requisitos

25 *Inst.*, I, 20, 4 e 5; e *C.* I, 4, 30.

26 *D.* XXVI, 6, 2, 2; e *D.* XXXVIII, 17, 2, 23 e 24.

27 *D.* XXVI, 6, 2, 1.

28 *C.* V, 62, 21.

29 A propósito, vide Bonfante, *ob. cit.*, p. 585 e segs.

30 Gaio, *Institutas*, I, 157. Perozzi (*Istituzioni di Diritto Romano*, I, 2ª ed., *reintegrazione*, 1949, § 57, p. 466 e segs., nota 6) entende que, no direito clássico, o impúbere podia ser tutor, pois as passagens de Gaio em contrário são decorrentes de glosema, ou de erro do copista do manuscrito veronense. Essa tese, no entanto, não encontrou ressonância na doutrina.

falta
a p. 681

As *excusationes*, a princípio, só diziam respeito à tutela honorária. Mas, ainda no direito clássico, elas foram admitidas para o não-desempenho da tutela testamentária. E o mesmo ocorreu, a partir do século IV d.C. (já no direito pós-clássico), com a tutela legítima.

As diferentes excusas admitidas variaram no tempo, pois foram surgindo, a pouco e pouco, graças à atuação dos magistrados e a rescritos imperiais que visavam a casos particulares. As mais importantes dessas *excusationes* podem enquadrar-se nos seguintes grupos:

a) quanto a razões de ordem pessoal: idade superior a 70 anos, pobreza extrema, saúde precária, ignorância;

b) quanto a razões de família: ter o tutor três, quatro ou cinco filhos, conforme, respectivamente, fosse domiciliado em Roma, na Itália, ou numa província; já estar ele exercendo três tutelas, ou três curatelas;

c) quanto a razões decorrentes de função pública ou de interesse público: ser magistrado, ser membro do *consilium principis*; e

d) quanto a razões de privilégio: ser veterano do exército, ou atleta coroadado, ou gramático, ou retórico, ou sacerdote, ou médico.

Com referência à *potioris nominatio*, foi ela admitida, apenas, na tutela honorária, tendo desaparecido no direito pós-clássico, pois não se encontram traços seus no *Corpus Iuris Civilis*.

C) Administração pelo tutor dos bens do impúbere

Nas origens, quando a tutela existe em favor do tutor, este – provavelmente³³ – não se limita, apenas, a administrar os bens do pupilo, mas cuida também de sua pessoa, fazendo as vezes de seu *pater familias*.

Desde muito cedo, porém, essa situação se modifica: a guarda e a educação do tutelado passam a ser exercidas por sua mãe³⁴ ou por parentes;³⁵ e ao tutor cabe, além do provimento de meios patrimoniais para o sustento e a educação do pupilo, a administração de seus bens.

A administração pelo tutor dos bens do tutelado se fazia mediante a utilização de um dos dois seguintes processos:

a) a *negotiorum gestio* (gestão de negócios); e

b) a *auctoritatis interpositio* (interposição da *auctoritas*).

Na *negotiorum gestio*, o tutor age como *negotiorum gestor* (gestor de negócios) do pupilo. Assim, por conta do tutelado, mas em seu próprio nome – portanto, como representante indireto (*vide* nº 111, B) –, o tutor, gerindo o patrimônio do pupilo, adquire bens, torna-se credor ou devedor; de outra parte, quando, em juízo, na defesa dos interesses pa-

33 A propósito, *vide* Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 8ª ed., p. 226; e Giffard, *Précis de Droit Romain*, I, 4ª ed., § 472, p. 226 e segs.

34 C. V, 49, 1.

35 C. V, 49, 2.

trimoniais do pupilo, vale-se, no processo formulário, da fórmula com transposição de sujeito: na *intentio*, figura o tutelado como credor ou proprietário da coisa em litígio, e, na *condemnatio*, aparece o tutor como a pessoa em favor de quem deverá o réu, se condenado, cumprir a sentença. Dessa forma, estando bens, créditos e débitos em nome do tutor, ao terminar a tutela por ter o pupilo atingido a puberdade, aquele está obrigado a prestar contas a este, transferindo-lhe, pelos meios comuns de transmissão de direitos, bens, créditos e débitos.

Na *auctoritatis interpositio*, o panorama é bem diverso. O pupilo realiza o ato, e o tutor o assiste como *auctor*, isto é, adere ao ato, dando a sua aprovação.³⁶ A *auctoritas* não se confunde com a autorização moderna, pois, enquanto esta pode ser concedida antes de praticado o ato, ou depois (aí, a título de ratificação), a *auctoritas* tem de ser interposta no momento mesmo em que ele se realiza;³⁷ nos contratos entre ausentes, é suficiente que o tutor esteja presente à proposta do pupilo, sendo que, no direito justinianeu, se admite que a *auctoritas* seja concedida por escrito.³⁸ Por outro lado, a princípio, a *auctoritas* se concedia, solenemente, mediante — é provável³⁹ — a pergunta *auctor es?* e a resposta *auctor sum*; no direito clássico, pode ser concedida com quaisquer palavras ou atos; e, no direito justinianeu, não há traço algum de exigência de formalidades para a concessão da *auctoritas*.

Quando o impúbere estava ausente (*absens*), ou era *infans* (infante) — e, segundo parece, no direito pré-clássico, *infantiae proximus* —, o tutor não tinha alternativa, devendo gerir os interesses do tutelado pela *negotiorum gestio*. Quando, porém, se tratava de (a partir, possivelmente, do direito clássico) *infantiae proximus*, ou, então, de *pubertati proximus*, podia o tutor escolher um dos dois processos: a *negotiorum gestio* ou a *auctoritatis interpositio*.

Por outro lado, a princípio, a *auctoritatis interpositio* apresentava manifestas vantagens sobre a *negotiorum gestio*, a saber:

a) pela *negotiorum gestio*, ao contrário do que ocorria quando se utilizava da *auctoritatis interpositio*, o tutor, por agir como representante indireto do pupilo, não podia praticar certos atos que este devia realizar pessoalmente, como, por exemplo, a aceitação da herança ou a alienação por *mancipatio*;

b) a *negotiorum gestio* implicava o uso, quando do término da tutela, de uma série de operações complexas para a transmissão, do ex-tutor para o ex-pupilo, dos direitos e obrigações, que aquele, por conta deste, adquirira ou contraíra durante a tutela; e

c) em vista disso, o processo da *negotiorum gestio* fazia o tutelado correr o risco de, terminada a tutela, ser prejudicado por se encontrar o tutor (contra quem somente dispu-

36 Note-se que, ao contrário do que ocorre na *tutela mulierum* (vide nº 300), o tutor do impúbere era, no direito clássico, livre para negar a *auctoritas*.

37 *Inst.*, I, 21, 2.

38 D. XXVI, 8, 9, 6, que, geralmente, se considera interpolado.

39 Vide D. XXVI, 8, 3.

nha de ações pessoais) em estado de insolvência, nada tendo para transferir-lhe dos direitos adquiridos com a gestão de seu patrimônio.

Nos direitos clássico e pós-clássico, porém, esses inconvenientes da *negotiorum gestio* foram afastados graças a expedientes, à atuação do pretor e dos jurisconsultos e às constituições imperiais. Assim quando se tratava de ato que somente aumentasse o patrimônio do pupilo, mas que tivesse de ser realizado pessoalmente por ele, o tutor lançava mão de um dos escravos do tutelado, pois tudo o que o escravo adquire o faz para seu senhor; o *ius honorarium* admitia que o tutor, como *bonorum possessor*, aceitasse a herança deferida ao *infans*; Teodósio II e Valentiniano III, em constituição imperial de 426 d.C. (C. IV, 30, 18, 2), permitiram que o tutor, *iure ciuili*, aceitasse a herança que fora deferida ao pupilo; desde o direito clássico, admitia-se que o tutor, gerindo os negócios do pupilo, adquirisse diretamente para este a propriedade de uma coisa, por modo de aquisição baseado na posse (assim, por exemplo, a *traditio*, que – vide nº 154, II, c –, no direito justinianeu, não mais existindo a *mancipatio* nem a *in iure cessio*, se tornou o único modo de transferência da propriedade); e, provavelmente ainda no período clássico,⁴⁰ por meio de *actiones utiles* (vide nº 131, A, *in fine*) concedidas, no término da tutela, ao ex-pupilo e contra ele, podia o mesmo demandar ou ser demandado, diretamente, com relação a créditos e a débitos surgidos da gestão do tutor.

Não mais apresentando aqueles inconvenientes, a *negotiorum gestio* (que não exigia a presença do pupilo para a realização dos negócios jurídicos) suplanta, no direito pós-clássico, a *auctoritatis interpositio*.

D) Poderes e obrigações do tutor

Quanto aos poderes do tutor, observa-se, no direito romano, que eles, de absolutos que eram no início, vão, a pouco e pouco, sendo restringidos, e, paralelamente, vai surgindo, cada vez em maior número de casos, a necessidade de o tutor obter para a prática de certos atos a autorização do magistrado.

Nos tempos primitivos, quando a tutela existe em favor do tutor, este se comporta, com relação aos bens do impúbere, como se fosse seu proprietário: *loco domini* (D. XXVI, 7, 27). Pode, portanto, o tutor praticar todos os atos – inclusive alienações a título gratuito – que quiser.

Mas, já no direito pré-clássico, surge uma restrição a esse poder: quando o tutor move uma *legis actio* (ação da lei) contra o pupilo, o pretor designa, para proteger os interesses do impúbere no pleito judicial, e somente para isso, um outro tutor; o *tutor praetorius*.

40 Solazzi, *Le Azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *Scritti di Diritto Romano*, I, p. 393 e segs., Napoli, 1955 (no mesmo sentido, Schulz, *Classical Roman Law*, nº 301, p. 175), acha que os textos que aludem a essas *actiones utiles* (D. XXI, 2, 4, 1; e D. XXVI, 7, 9, pr.) são interpolados.

d) quando – em se tratando de designação de tutor testamentário sob condição ou a termo resolutivo – ocorre a condição ou o termo.

300. A tutela das mulheres – Até o século IV d.C., a mulher *sui iuris*, no direito romano, enquanto impúbere, está sujeita à tutela dos impúberes; alcançada a puberdade, à tutela das mulheres púberes (*tutela mulierum*), que é perpétua, e da qual, desde tempos remotos, apenas estavam isentas – segundo Gaio⁷⁹ – as vestais, *in honorem sacerdotii* (em honra do sacerdócio).

Se, no direito pré-clássico, a *tutela mulierum* se explica pela estrutura familiar primitiva (*vide* nº 299), no período clássico ela não encontra justificativa que não seja especiosa. Daí estas palavras de Gaio:

Feminas uero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse uidetur; nam quae uulgo creditur, quia leuitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa uidetur quam uera (Parece que nenhuma razão séria aconselha se sujeitem à tutela as mulheres púberes, porquanto aquela que comumente se aceita, segundo a qual são elas muitas vezes ludibriadas por causa da franqueza de espírito, e por isso mesmo é eqüitativo submetê-las à *auctoritas* do tutor; antes parece especiosa do que verdadeira).⁸⁰

Em virtude disso – e a história da *tutela mulierum*, já o afirmou Bonfante,⁸¹ não é a da sua transformação, mas, sim, da sua dissolução, por não se adaptar esse instituto às finalidades de uma sociedade mais evoluída –, existe, no período clássico, uma série de princípios que se aplicam a essa tutela e não à dos impúberes, e que mostram o seu processo de degenerescência.

Assim, na *tutela mulierum*, há várias espécies de tutores, alguns dos quais escolhidos pela mulher. Além do tutor testamentário (que remota à Lei das XII Tábuas, e que era designado, em testamento, pelo *pater familias* da mulher), do tutor legítimo (segundo a Lei das XII Tábuas, os agnados, e, na falta destes, os *gentiles*)⁸² e do tutor dativo (que surgiu depois dos dois primeiros, e que era nomeado pelo magistrado, com base nas Leis *Attilia* e *Iulia et Titia*), há ainda:

79 *Institutas*, I, 145, onde Gaio atribui a exceção à Lei das XII Tábuas. Apesar desse texto, Volterra (*Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 108, nota 1) entende que a vestal não podia ser considerada *sui iuris*, porque submetida à *potestas* do *Pontifex Maximus*.

80 *Institutas*, I, 190.

81 *Corso di Diritto Romano*, I, *Diritto di Famiglia*, ristampa da 1ª ed., p. 560 e segs., Milano, 1963.

82 O tutor legítimo podia ser um impúbere, um louco ou um mudo. Nesses casos, a mulher, para a prática de certos atos (assim, por exemplo, a constituição de dote), podia solicitar ao pretor urbano lhe nomeasse um tutor, o que, porém, não fazia cessar a tutela legítima (a propósito, *vide* Gaio, *Institutas*, I, 178 a 181; e Ulpiano, *Liber singularis regularum*, XI, 20 e 21). Demais, por meio de interpretação da Lei das XII Tábuas, a tutela legítima da liberta era concedida ao seu manumissor e aos filhos dele, e a da emancipada a quem a emancipara (em geral, o *pater familias*).

a) o *tutor cessicius*: aquele a quem o tutor legítimo cede, pela *in iure cessio*, a tutela; com a morte ou a *capitis deminutio do tutor cessicius*, a tutela retorna ao tutor legítimo; e, se é este quem falece ou sofre *capitis deminutio*, o *tutor cessicius* perde a tutela, que passa ao agnado que se encontra em grau mais próximo da mulher depois daquele que deixou de ser o tutor legítimo;⁸³

b) o *tutor optiuus*: aquele que a mulher – em virtude de concessão que o marido, que tem sobre ela a *manus*, lhe faz em testamento – escolhe, ao se tornar *sui iuris* com a morte do esposo; conforme o marido tivesse, no testamento, outorgado a ela a faculdade de tomar por tutor quem quisesse, podendo mudá-lo quantas vezes o entendesse, ou, então, apenas uma ou duas, dizia-se que a opção era plena (*optio plena*), ou limitada (*optio angusta*);

c) o *tutor praetorius*: o designado pelo pretor, a pedido da mulher, para assisti-la na prática de ato em que não poderia fazê-lo seu tutor permanente (assim, por exemplo, em juízo, quando ela litigasse com o seu tutor permanente); e

d) o *tutor fiduciarius*: aquele que a mulher obtém por meio de expediente, criado pelos jurisconsultos, com base na *fiducia*: a mulher, com o assentimento de seu tutor, e sem se casar, se submetia, mediante a *coemptio* (dita *coemptio tutelae evitandae causa*),⁸⁴ à *manus* de um homem que, em virtude de um *pactum fiduciae*, a mancipava (isto é, a vendia solenemente) a quem ela quisesse; este, recebendo-a como *in mancipio*, a *manumittit uindicta* (vide nº 83, D, 1, a), tornando-se, então, seu *tutor fiduciarius*.⁸⁵

Por outro lado, o tutor da mulher, ao contrário do que ocorre na tutela dos impúberes, não administra os bens dela (por isso, entre a mulher e seu tutor não há as ações, decorrentes da tutela, que existem entre o tutor e o impúbere), mas se limita a dar a *auctoritas*⁸⁶ a certos atos, a saber:

a) a *propositura* de uma *legis actio* (ação da lei), ou, no processo formulário, de um *iudicium legitimum*;⁸⁷

b) os atos jurídicos que se realizam pela utilização de uma *legis actio* (assim, a *in iure cessio* e a *manumissio uindicta*);

c) contrair obrigação;

d) realizar qualquer negócio de direito civil (*iuris civilis*), como, por exemplo, a *acceptionis* e a constituição de dote;

e) alienar *res Mancipi*; e

f) dar-se *in manum* (*conuentio in manum*).

83 Cf. Ulpiano, *Liber singularis regularum*, XI, 6 e 7.

84 Cf. Gaio, *Institutas*, I, 114 a 115.

85 Gaio, *Institutas*, I, 115.

86 O tutor da mulher somente atua mediante a *auctoritatis interpositio*, e não a *negotiorum gestio*.

87 A mulher podia, sem a *auctoritas* do tutor, agir em juízo quando se tratasse de *iudicium imperio continens* (vide nota 442), ou de processo *extra ordinem* (extraordinário).

Do exame dessa relação,⁸⁸ verifica-se que a mulher necessita da *auctoritas* do tutor para a prática dos antigos atos *iuris ciuilis* (assim, a *legis actio*, o *iudicium legitimum*, a *obligatio*, o *negotium ciuile*, a alienação de *res Mancipi*, a *conuentio in manum*), mas não para a dos atos que, a pouco e pouco, no direito clássico, foram sendo introduzidos pelo *ius honorarium* e pelo *ius gentium*, e que são, sem dúvida, os mais numerosos e importantes. O que — aliado à circunstância de que, se o tutor (com exceção do legítimo) se recusar a dar a *auctoritas* para os atos em que a mulher dela precisa, o magistrado pode compeli-lo a dá-la — é sinal evidente de que a *tutela mulierum*, no direito clássico, está em franca decadência. Aliás, a isso favorecem, também, as restrições que, no principado, surgem à tutela das mulheres púberes: Augusto, nas leis caducárias, concede o *ius liberorum* (pelo qual a mulher se livra dessa tutela) às ingênuas que dessem à luz três filhos, e às libertas que tivessem quatro; e, no tempo de Cláudio,⁸⁹ desaparece a figura do tutor legítimo, na *tutela mulierum*.

Nos fins do século IV d.C. já não se encontram vestígios⁹⁰ da *tutela mulierum*,⁹¹ da qual não há qualquer referência no *Corpus Iuris Ciuilis*.

301. A curatela dos loucos — Ao estudarmos a alienação mental como fator de incapacidade de fato (*vide* nº 94, C), salientamos que os romanistas divergem quanto ao sentido a atribuir aos três termos que mais comumente designam, nas fontes, os alienados mentais: *furiosi*, *dementes* e *mentecapti*. Ainda hoje, não se sabe, com certeza, a diferença de sentido entre eles.⁹² A opinião mais comum é a de que os *furiosi* eram os loucos com intervalos de lucidez; os *dementes* (ou *mentecapti*) os que sofriam de loucura contínua sem tais intervalos.

Os autores, que seguem essa explicação,⁹³ entendem que, no direito pré-clássico, tendo em vista os termos da Lei das XII Tábuas,⁹⁴ somente havia a curatela dos *furiosi*;

88 Essa relação nos é apresentada, em suas linhas gerais, por Ulpiano, *Liber singularis regularum*, XI, 27.

89 Gaio, *Institutas*, I, 171.

90 Sobre os últimos vestígios da *tutela mulierum*, *vide* Puchta, *Cursus der Institutionen*, vol. II (*System und Geschichte des Römischen Privatrechts*), 8ª ed., cuidada por Krueger, § 302, p. 427, nota q, Leipzig, 1875.

91 Textos dessa época e de período posterior a esse aludem, com referência às províncias, à sobrevivência, pelo costume, de uma espécie de tutela — a *quasi tutela* —, da qual não há qualquer referência no *Corpus Iuris Ciuilis*, mas que era mencionada nas *Institutas* de Gaio (I, 193): *Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt; ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse iubet aut filium eius puberem* (Entre os peregrinos as mulheres não estão sob tutela como entre nós; mas, em geral, estão sob uma espécie de tutela — *quasi in tutela* —; assim, a lei dos bitínios determina que, para a mulher contrair obrigação, o marido, ou um filho dela, *púbere*, deve dar a *auctoritas*).

92 Sobre as diferentes teses a respeito, *vide* Bonfante, *Corso di Diritto*, I (*Diritto di Famiglia*), ristampa da 1ª ed., p. 643 e segs., Milano, 1963.

93 *Vide*, por exemplo, Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 8ª ed., p. 242.

94 Tab. V, 7 a 7a (ed. Riccobono).

no direito clássico é que, graças ao pretor, teria ocorrido a extensão da curatela aos *dementes* (ou *mentecapti*).

Modernamente, no entanto, vários romanistas⁹⁵ se inclinam para outra tese: no direito pré-clássico, a palavra *furiosus* designava qualquer alienado mental; portanto, a *curatela furiosi* abrangia todas as espécies de alienação mental, não tendo havido qualquer extensão dela, no direito clássico, aos dementes, que nela já incidiam desde os tempos mais remotos; no direito pós-clássico, surgiu o conceito de intervalo de lucidez, decorrendo daí a distinção entre os *furiosi* e os *dementes* (ou *mentecapti*).

Ainda segundo esses autores, no direito clássico, surgida a curatela, sem interdição judicial do louco (ao contrário do que ocorre no direito moderno), mas em consequência da simples manifestação da loucura, o alienado mental ficava sob curatela até que se curasse ou morresse, não se levando em consideração os intervalos de lucidez. No direito justiniano, Justiniano, decidindo controvérsia existente entre os juristas do período pós-clássico,⁹⁶ determinou que, nos intervalos de lucidez, os atos praticados pelo louco eram válidos, ficando em suspenso, durante esses espaços de tempo, a curatela; mas, cessando o intervalo de lucidez, o louco recaía, *ipso iure*, na curatela.

Por outro lado, no direito pré-clássico, a curatela se exerce em favor não do louco, mas do curador, que, sendo em geral o parente agnado mais próximo deste, será seu herdeiro depois de sua morte, e, portanto, tem interesse em bem conservar-lhe o patrimônio. No direito clássico, a curatela se transforma em instituto de proteção ao próprio louco, razão por que — como sucedeu com a tutela — ela passa a ser um encargo público (*munus publicum*), aplicando-se ao curador as regras da tutela quanto às escusas, aos motivos de destituição e à caução (esta não se aplica, porém, ao curador indicado no testamento do *pater familias*, por se presumir que este somente proporia, para exercer a curatela, pessoa idônea).

No direito pré-clássico, em face da Lei das XII Tábuas, apenas havia a curatela legítima: o curador do louco seria seu parente agnado mais próximo, e, na falta de agnados, os *gentiles*. No direito clássico, no entanto, até porque nem sempre os parentes preenchiam os requisitos para ser curador, a curatela legítima é substituída pela curatela dativa: o pretor, por via de regra, nomeia o indicado, para isso, no testamento do *pater familias* do louco; não havendo testamento, ou nele não existindo cláusula a esse respeito, era nomeado o parente agnado (na falta de agnados, os *gentiles*) mais próximo, se o pretor o julgasse apto a bem exercer a curatela; se isso não ocorresse, ele designava quem lhe parecesse ter tal aptidão. E, embora o curador — parente, ou não, do louco — seja sempre

95 A propósito, vide Solazzi, *I lucidi intervalli del furioso, e Furor vel dementia*, in *Scritti di Diritto Romano*, II, pp. 545 e 623 e segs., Napoli, 1957, respectivamente; Bonfante, ob. cit., p. 648 e segs.; e Rabel, *Grundzüge des Römischen Privatrechts, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft de Holtzendorf*, I, 7ª ed., § 23, 2, p. 426, München-Leipzig-Berlin, 1915.

96 Nesse sentido, Solazzi (*I lucidi intervalli del furioso*, in *Scritti di Diritto Romano*, II, p. 543 e segs., Napoli, 1957), para quem os *antiqui* (antigos), a que alude Justiniano no C. V, 70, 6, pr., e no C. VI, 22, 9, são os juristas pós-clássicos, e não os clássicos, como pensam outros autores.

nomeado pelo pretor, se é parente continua a dizer-se que a curatela é legítima; se não, que a curatela é dativa. Essa distinção entre curatela legítima e curatela dativa, que é mais nominal do que verdadeira, somente vai desaparecer, segundo parece, com Justiniano, época em que todos os curadores são dativos.

O curador administra os bens do louco⁹⁷ pela *negotiorum gestio*, porquanto, não tendo este vontade, não pode aquele valer-se da *auctoritatis interpositio*. A princípio, o curador tem os mais amplos poderes sobre os bens do curatelado, podendo até aliená-los; mas, já no século III d.C., esses poderes, à semelhança do que se deu na tutela dos impúberes, estão restringidos.

As obrigações recíprocas entre curador e curatelado decorrentes da *negotiorum gestio* são sancionadas pelas *actiones negotiorum gestorum* (ações de gestões de negócios), discutindo os autores se eram elas diretas ou úteis.⁹⁸

302. A curatela dos pródigos⁹⁹ – Como já salientamos anteriormente (*vide* nº 94, D), primitivamente só era pródigo o que gastava desordenadamente os bens que, na qualidade de herdeiro legítimo, recebera como herança de seu pai; protegiam-se, assim, por meio da prodigalidade, apenas os bens familiares. No direito clássico, o conceito se amplia: pródigo passa a ser aquele que gasta desordenada e loucamente seus haveres, qualquer que seja a procedência deles. Dessa modificação do conceito de prodigalidade decorreu a seguinte consequência: se, a princípio, somente os ingênuos podiam ser interditos como pródigos, pois apenas eles recebiam, por herança, a título de herdeiros legítimos, bens familiares, no direito clássico, como a noção de prodigalidade abrange bens de qualquer origem, podem ser declaradas pródigas as demais pessoas, como, por exemplo, os libertos e os filhos emancipados (que não recebem, a título de herdeiro legítimo, bens familiares).

Ao contrário do que ocorre com o louco (que o é em virtude de doença), para que alguém se considere, juridicamente, pródigo é necessário que seja interdito¹⁰⁰ – e essa interdição remonta à Lei das XII Tábuas¹⁰¹ – por *decretum* (decreto) do magistrado competente (em Roma, o pretor), resultando, daí, as duas consequências que se seguem:

a) a pródigo perde a administração de seus bens (a qual passa a seu curador), e o *ius commercii*;¹⁰² e

97 Alguns autores (assim, Girard, *ob. cit.*, p. 243) julgam que, a princípio, o curador cuidava da pessoa e dos bens do louco; mais tarde, apenas dos bens. Outros (como Bonfante, *ob. cit.*, p. 650), porém, entendem que sempre a missão do curador foi prevalentemente patrimonial, sendo o louco deixado aos cuidados dos parentes próximos ou do cônjuge (e, em casos extremos, seria segregado da sociedade).

98 *Vide*, a propósito, Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2ª ed., p. 224, nota 2.

99 Indicação bibliográfica em Jörs-Kunkel, *Römisches Recht*, 2ª ed., § 193, p. 205, nota 2.

100 A fórmula clássica do *decretum* de interdição se encontra em Paulo, *Sententiarum ad filium libri*, III, 4, a 7.

101 D. XXVII, 10, 13; e *Inst.*, I, 23, 3.

102 É por isso que o pródigo – que pode casar – não pode fazer testamento.

b) tornando-se relativamente incapaz, o pródigo não pode praticar, por si só, atos que lhe diminuam o patrimônio, mas apenas os que o aumentem (*vide* nº 95).

Era designado curador do pródigo o agnado mais próximo, e, na falta de agnados, os *gentiles*. Na ausência de ambas essas categorias (e, portanto, de *curator legitimus*), cabia ao magistrado – que podia levar em consideração nome indicado, em testamento, pelo *pater familias* do incapaz¹⁰³ – nomear pessoa idônea (*curator honorarius*)¹⁰⁴ para exercer a curatela do pródigo.

O curador do pródigo – que tinha poderes semelhantes aos do *curator furiosi* – administrava-lhe os bens pela *negotiorum gestio*, e não mediante a *auctoritatis interpositio*.¹⁰⁵

Extinguia-se a curatela do pródigo quando este falecesse, ou quando deixasse de ser incapaz por prodigalidade. Na última hipótese, embora um texto atribuído a Ulpiano¹⁰⁶ declare que a curatela cessa *ipso iure* (automaticamente), a maioria dos autores¹⁰⁷ entende que era necessário que o magistrado revogasse o *decretum* pelo qual se interditara o pródigo.¹⁰⁸

As obrigações recíprocas (entre curador e curatelado) que resultavam dessa curatela eram sancionadas pelas ações *negotiorum gestorum* (ações de gestões de negócios).

303. A curatela dos púberes menores de vinte e cinco anos – Somente no direito pós-clássico é que se encontra, no direito romano, a curatela geral e permanente dos púberes menores de 25 anos.¹⁰⁹

Longa foi a evolução – iniciada nos fins do período pré-clássico – por que passou esse instituto.

Até o início do século II a.C., alcançada a puberdade, o homem se tornava plenamente capaz, e a mulher passava da tutela ao impúbere para a *tutela mulierum*. Ora, se

103 Cf. D. XXVII, 10, 16, pr.; e D. XXVI, 3, 1, 3. Assim sendo, não existia, propriamente, a figura do curador testamentário. Voci (*Istituzioni di Diritto Romano*, 3ª ed., § 25, p. 120), porém, admite a existência, no direito justiniano, de curatela testamentária. Contra a admissão de curatela testamentária no direito justiniano se manifesta Tomulescu, *Justinien et les Prodiges (quelques Problèmes)*, in *Accademia Romanistica Constantiniana, Atti 1º Convegno Internazionale*, pp. 385 e 386. Perugia, 1975.

104 D. XXVII, 10, 13.

105 Não encontra base nas fontes – como acentuam Jörs-Kunkel, *Römisches Recht*, 2ª ed., § 193, p. 305, nota 4 – a opinião de que os atos realizados pelo pródigo são válidos se acompanhados do consentimento de seu curador.

106 D. XXVII, 10, 1, pr.

107 Tomulescu – *Justinien et le Prodiges (quelques Problèmes)*, in *Accademia Romanistica Constantiniana, Atti 1º Convegno Internazionale*, pp. 379 a 389, Perugia, 1975 – sustenta que, no direito justiniano, não só não havia necessidade de decreto de interdição, sendo suficiente a nomeação do curador, mas também não era necessário decreto para fazer cessar a interdição, o que, aliás, já ocorria no direito clássico.

108 Nesse sentido, entre outros, Bonfante, ob. cit., p. 660.

109 Bibliografia em Bonfante, ob. cit., p. 667, nota 1.

numa sociedade pouco evoluída a inexperiência dos jovens está protegida pelo número diminuto de negócios jurídicos admissíveis e pela publicidade de que eles se revestem, o mesmo não ocorre – e isso se dá, em Roma, a partir do século II a.C. – quando o meio social sofre profundas transformações socioeconômicas. Por isso, pouco antes de 191 a.C., surge a Lei *Laetoria*,¹¹⁰ pela qual, considerando-se que o desenvolvimento intelectual só se completava aos 25 anos, se punia a *circumscripção adulescentium*, isto é, as manobras dolosas destinadas a prejudicar os homens púberes que ainda não tivessem alcançado aquela idade. Embora se discuta sobre as sanções criadas por essa lei, a maioria dos autores¹¹¹ entende que ela concedia um *iudicium publicum* ou *persecutio publica* (ação pública) contra o que praticara a *circumscripção adulescentium*; e ao menor de 25 anos dava uma *actio priuata* (ação privada) para rescindir o ato que o prejudicava. Por outro lado, sabe-se, com certeza, que, no processo formulário, o pretor concedia ao púbere menor de 25 anos, quando a outra parte exigia judicialmente o cumprimento do negócio jurídico celebrado entre ambos, uma *exceptio* (a *exceptio legis Laetoriae*), pela qual o excipiente conseguia sua absolvição.

A Lei *Laetoria*, embora não tivesse tornado incapaz de fato o homem púbere menor de 25 anos, criou, para este, ao protegê-lo, um problema: em geral procurava-se não celebrar negócio jurídico com esses menores, pois se receava incorrer nas sanções daquela lei.

Esse receio aumentou quando o pretor, nos fins da república, se dispôs a conceder aos púberes menores de 25 anos a *restitutio in integrum propter aetatem*, pela qual, por via de regra,¹¹² se rescindia o negócio jurídico sempre que o menor, ainda que não se configurasse a *circumscripção adulescentium*, alegava lesão por inexperiência, dentro de um ano útil, no direito clássico, ou, no direito justinianeu, de 4 anos – ambos os prazos a contar do momento em que ele completasse 25 anos.

Em vista disso, e para que permitisse que, na prática, esses menores celebrassem com terceiros negócios jurídicos, resguardando-se estes, pelo menos em parte, das sanções da Lei *Laetoria* e da rescisão decorrente da *restitutio in integrum propter aetatem*, admitiu-se que o magistrado, quando o menor o solicitasse, designasse alguém para ser seu curador num determinado negócio (*curator ad certam causam*). Com isso, e embora a presença do curador trouxesse para o terceiro apenas uma garantia de fato, tornava-se mais difícil a aplicação das sanções da Lei *Laetoria* ou a rescisão pela *restitutio in integrum propter aetatem*.

Ainda no direito clássico, Marco Aurélio¹¹³ – e sobre a extensão da reforma por ele introduzida há muita controvérsia – foi, segundo tudo indica,¹¹⁴ mais adiante, e permitiu

110 Sobre a denominação *Lex Laetoria* (e não *Lex Plaetoria*, como vários autores a designam), vide Schulz, *Classical Roman Law*, n° 323, p. 191.

111 A propósito, vide Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, I, 6ª ed., n° 239, p. 333.

112 Observa Bonfante (ob. cit., p. 669) que, às vezes, o pretor se restringia a obter uma composição equitativa (*ad bonum et aequum*), sem rescindir o negócio jurídico.

113 Capitolino, *Historiae Augustae Scriptores*, M. Antonius Philosophus, X.

114 A propósito, vide Bonfante, ob. cit., 670; e Albertario, *I testi letterari in materia di capacità di agire del "minor XXV annis"*, in *Studi et Documenta Historiae et Iuris*, II (1936), p. 170 e segs.

aos púberes menores de 25 anos que solicitassem da autoridade competente a nomeação de um curador permanente. Tratava-se, porém, de curador facultativo (o menor não estava obrigado a pedi-lo), que não dispunha da administração legal (*negotiorum gestio*) dos bens do menor (este continuava a ser capaz de fato), e que se limitava, por via de regra, a assistir o menor quando da celebração de negócios jurídicos até que este completasse 25 anos de idade.¹¹⁵

É possível que, nos fins do período clássico,¹¹⁶ em virtude da decadência da *tutela mulierum*, fossem também as mulheres púberes, até atingirem 25 anos, colocadas sob curatela, tendo, porém, nessa hipótese, o curador poderes para administrar o patrimônio delas.¹¹⁷

Apenas no direito justiniano é que, segundo a opinião dominante, surge a curatela obrigatória para os púberes menores de 25 anos, embora, em certos casos, se admita que eles não tenham curador, o que parece indicar que Justiniano, pelo menos teoricamente, continuou a considerá-los capazes de fato.¹¹⁸ Esta curatela é regida pelos princípios (note-se que sobre eles os autores também não são concordes)¹¹⁹ seguintes:

a) o púbere de menos de 25 anos – homem ou mulher – pode escolher quem será seu curador, embora tenha de ser este nomeado pelo magistrado (que também pode confirmar o nome proposto para curador pelo pai do menor, em testamento);

b) o púbere menor de 25 anos, para contrair débito ou alienar bens, necessita de que o curador dê o *consensus*, que tem a mesma função que a *auctoritas* do tutor;

c) o curador (e se admite a pluralidade deles), que, para declinar da curatela – que é *munus publicum* –, precisa apresentar um dos motivos de escusa admissíveis, pode administrar os bens do púbere menor de 25 anos, ou se limitar a dar o *consensus* nos negócios jurídicos em que é ele requerido; tem a mesma responsabilidade que o tutor; e – quando administra os bens do menor – pode aliená-los, exceto as coisas imóveis, ou móveis de valor.

Por outro lado – e esse instituto surgiu no tempo do imperador Aureliano,¹²⁰ embora só tenha sido definitivamente disciplinado por Constantino¹²¹ –, o púbere menor de 25 anos, que demonstrasse ter boa conduta e ser maior de 18 ou 20 anos (conforme se tratasse de mulher ou, de homem, respectivamente), poderia obter do imperador a *uenia aetatis* pela qual se lhe permitia celebrar – sem a assistência do curador, e sem a possibilidade de valer-se, posteriormente, da *restitutio in integrum propter aetatem* – negócio jurídico que não fosse doação ou alienação de coisa imóvel, ou móvel de valor.¹²²

115 Essa é a opinião dominante (*vide*, entre outros Bonfante, ob. cit., p. 670; e Solazzi, *La minore età nel Diritto Romano*, p. 110 e segs., Roma, 1912).

116 *Fragmenta quae dicuntur Vaticana*, 110.

117 *Fragmenta quae dicuntur Vaticana*, 201 e 202.

118 Monier, ob. cit., I, nº 240, p. 335.

119 A propósito, *vide* Bonfante, ob. cit., p. 679 e segs.

120 C. II, 44 (45), 1.

121 C. II, 44 (45), 2; e C. II, 17, 1.

122 No direito romano, designava-se *curator* não apenas nas hipóteses consignadas no texto, mas também em outras situações, como, por exemplo, para cuidar de certas massas de bens (assim, a herança jacente, o patrimônio do devedor sob execução); era o *curator bonorum*; ou para assegurar o direito sucessório do ser concebido mas ainda não nascido: era o *curator uentris*.

Essa concepção, porém, foi abalada por duas teses que revolucionaram os estudos sobre a *obligatio* romana: a de Brinz, que veio à luz em 1874,⁷ e a de Perozzi, publicada em 1903.⁸

Brinz negou à *obligatio* o caráter de dever jurídico, salientando que ela não consistia no dever de realizar uma prestação (dever esse que seria o *debitum*; *Schuld*, em alemão), mas, sim, na responsabilidade (*obligatio*; *Haftung*, em alemão) em que se incorria pelo inadimplemento desse dever; por isso, o objeto da obrigação, ao invés de ser a prestação (isto é, um dar, um fazer ou não fazer algo), seria, primitivamente, o próprio corpo de devedor, e, mais tarde, o devedor como sujeito de um patrimônio, ou seja, como *pessoa econômica*.

Perozzi não negou que a *obligatio* fosse um dever jurídico, o que ele negou foi que o dever jurídico *obligatio* se distinguia dos demais deveres jurídicos que, tradicionalmente, não se incluíam entre as *obligationes*; para Perozzi, essa distinção não se poderia fazer dogmaticamente, mas, apenas, historicamente — a *obligatio* seria um conceito meramente histórico, surgido (com o caráter de *sujeição* do devedor ao credor) e desaparecido no direito romano, mas que se conservara até nossos dias pela força estática da tradição: a *obligatio* dormiria o sono da morte, encerrada em seu sarcófago romano.⁹

Em virtude da importância dessas teses, examinemo-las mais de perto.

Brinz, estudando a obrigação no direito romano, chegou à conclusão de que ela se decompunha em dois elementos — o *debitum* (débito; *Schuld*) e a *obligatio* (responsabilidade; *Haftung*) — que, além de surgirem em momentos diversos (o *debitum*, desde a formação da obrigação; a *obligatio* só posteriormente, caso o devedor não realize a prestação devida), são substancialmente diferentes: o *debitum* é um elemento não coativo (o devedor é livre para realizar, ou não, a prestação); a *obligatio* é um elemento coativo (se o devedor não realiza a prestação, surge para

7 Já em 1853, Brinz se ocupava com o conceito de obrigação, como o demonstra sua crítica à definição proposta por Savigny, a qual se encontra nos *Kritische Blätter civilistischen Inhalts*, nº 3, ps. 3 a 11. Mas sua tese célebre só seria exposta no artigo *Der Begriff obligatio*, publicado no vol. I do *Zeitschrift für das Privat und Öffentliche Recht der Gegenwart*, ps. 11 a 40. Mais tarde, em 1886, no *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 70, ps. 371 e segs.. Brinz publicou o artigo *Obligation und Haftung*. A propósito, vide, também, Cornil, *Debitum et Obligatio-Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine*, in *Mélanges P. F. Girard*, I, ps. 199 e segs.; e Pacchioni, *Concetto e Origini dell'Obligatio Romana*, in Savigny, *Le Obligationi*, vol. I, trad. Pacchioni, ps. 489 e segs.

8 O trabalho *Le Obligationi Romane* foi lido, como preleção, em 1902, mas publicado apenas no ano seguinte, acrescido de prefácio e notas. Foi ele republicado no vol. II dos *Scritti Giuridici*, ps. 313 e segs. Vide, também, *Istituzioni di Diritto Romano*, II, 2ª ed., § 123, ps. e segs.

9 Sobre a tese de Perozzi, vide a lúcida análise de Albertario, *Corso di Diritto Romano - Le Obligationi - Parte Generale*, I, ps. 59 e segs.

ele a responsabilidade decorrente do inadimplemento). Esses dois elementos podem referir-se a pessoas diferentes (assim, no antigo direito romano, havia o contrato de *praedictura*, em que o *debitum* cabia ao *manceps*, e a *obligatio* — que surgia se o *manceps*, que era o devedor, não efetuasse a prestação —, a um terceiro, o *praes*, que seria responsabilizado pelo inadimplemento por parte do *manceps*), ou a uma única pessoa (o que, geralmente, ocorria nas obrigações, nos períodos clássico e pós-clássico, nas quais devedor e responsável são uma pessoa só). Para Brinz, portanto, ao lado da *obligatio rei* (como sucede no penhor, em que a coisa empenhada responde pelo débito), existia a *obligatio personae* (primitivamente, era o próprio corpo do devedor que respondia pelo débito; mais tarde, a responsabilidade se deslocou para o patrimônio do devedor), abrangidas ambas num conceito único: *relação pela qual uma coisa ou uma pessoa é destinada a servir de satisfação ao credor por uma prestação*. De onde se verifica que, segundo Brinz, o elemento *responsabilidade patrimonial ou pessoal* não é eventual, nem é subordinado ao elemento *dever de prestação (debitum)* — como afirma a doutrina tradicional —, mas exatamente o oposto. Essa tese teve grande aceitação, e vários autores procuraram demonstrar que situação idêntica se verifica em outros direitos antigos (assim, por exemplo, no germânico, no assírio-babilônico, no longobardo)¹⁰ e no próprio direito moderno.¹¹

Perozzi partiu da observação de que, dogmaticamente, o conceito de direito das obrigações se confunde com o de direito subjetivo: ambos nada mais são do que a faculdade concedida pelo direito objetivo a alguém de exigir de outrem certo comportamento. Assim sendo, como se explicaria que, tradicionalmente, o direito das obrigações, ao invés de ser considerado o próprio direito subjetivo, fosse tido apenas como um dos ramos em que este se dividia? Ou, em outras palavras: por que, tradicionalmente, se distinguia a obrigação dos demais deveres jurídicos? Segundo Perozzi, a resposta a essas indagações se encontra na evolução histórica por que atravessou a *obligatio* no direito romano. Descrevendo-a, procurou Perozzi demonstrar que o conceito de obrigação surgiu nas relações entre as *gentes*, antes mesmo da constituição do Estado Romano. Decorria ela, a princípio, de um delito (*delictum*), pelo qual ficava o ofensor sujeito (*obligatus*) à vingança da vítima; depois, sendo a vingança substituída, em geral, por um acordo (*pactum*) entre vítima e ofensor, no sentido de este indenizá-la pela ofensa, passou a admitir-se que a obrigação (*obligatio*) deriva de um contrato (o acordo entre vítima e ofensor). Nesses tempos

10 Vide, a propósito, Albertario, *Corso di Diritto Romano - Le Obligationi - Parte Generale*, I, ps. 67 e segs.; Pacchioni, *Sul concetto delle Obligationi*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, I, ps. 203 e segs.; e, quanto ao antigo direito germânico, Gierke, *Schuld und Haftung in älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910.

11 A respeito, vide Pacchioni, *Diritto Civile Italiano, parte seconda*, volume I (*Delle obbligazioni in generale*), nº 9 e segs.; ps. 14 e segs.; e Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, II, 3ª ed., ps. 12 e segs.

- a) relação jurídica obrigacional;
- b) dever jurídico de conteúdo econômico;³ e
- c) direito subjetivo correspondente a esse dever jurídico de conteúdo econômico.

Para traduzir cada uma dessas três idéias, podem ser usadas, respectivamente, as expressões *relação jurídica obrigacional*, *obrigação* (ou *débito*) e *direito de crédito* (ou, simplesmente, *crédito*).

Considerada como *relação jurídica obrigacional*, a obrigação é a relação jurídica pela qual alguém (o devedor, o sujeito passivo) deve realizar uma prestação (isto é, dar, fazer ou não fazer algo), de conteúdo econômico, em favor de outrem (o credor, o sujeito ativo).

Encarada a relação jurídica obrigacional pelo seu aspecto dominante de poder (o direito subjetivo), temos o *direito de crédito* (algumas vezes, como acentuamos, também denominado *obrigação*); já pelo seu aspecto de dever (o dever jurídico), temos o *débito* ou *obrigação*.

Seguindo o uso comum dos autores, empregaremos, neste livro, a palavra *obrigação* para indicar ou a relação jurídica obrigacional ou o dever jurídico de

Nas fontes romanas – como salienta Dernburg (*Pandekten*, II, 6ª ed., § 1, ps. 1 e segs., nota 4) –, encontra-se a palavra *obligatio* empregada como:

- a) o ato de obrigar-se (D. L, 16, 19);
 - b) o débito (I. III, 13, pr.);
 - c) o crédito (D. XLIV, 7, 33); e
 - d) a relação jurídica obrigacional (referência a textos em *Heumanns Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9ª ed., (neu bearbeitet von E. Seckel, p. 380, Iena, 1907).
- Vide, também, Puchta, *Pandekten*, 8ª ed., § 219, p. 332, nota a; e *Cursus der Institutionen*, III, 4ª ed., § 258, ps. 1 e segs., nota b.

3 Alguns juristas empregam *obrigação* como sinônimo de *dever jurídico em geral*, no que não devem ser seguidos, pois, como veremos adiante (vide nº 192), ao analisar a teoria de Perozzi sobre a natureza da *obligatio*, obrigação e dever jurídico se distinguem pela circunstância de ser a obrigação um *dever jurídico de conteúdo econômico*, donde nem todo dever jurídico se caracterizar como obrigação. É certo que alguns autores – assim, por exemplo, Arangio-Ruiz (*Istituzioni di Diritto Romano*, 13ª ed., p. 284) e Arias Ramos (*Derecho Romano*, II, 8ª ed., p. 531, nota 392) – entendem que o caráter patrimonial não pode servir de elemento de distinção, porque todo dever jurídico que é correlato a um direito patrimonial tem conteúdo econômico, mas nem sempre é obrigação, como, por exemplo, o dever jurídico de todos de se absterem de turbar o direito de propriedade de alguém. A nosso ver, no entanto, essa objeção perde sua força, se se considerar que a obrigação é o dever jurídico de conteúdo patrimonial de uma pessoa determinada ou determinável; com isso, excluem-se da categoria *obrigação* os deveres jurídicos correlatos aos direitos reais, já que, nestes, o sujeito passivo é indeterminado.

conteúdo econômico⁴, e, para designar o direito subjetivo correlato a esse dever, usaremos as expressões *direito de crédito* ou apenas *crédito*.

192. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA “OBLIGATIO” NO DIREITO ROMANO – Nas fontes, há dois textos que visam à conceituação da *obligatio*. Um deles – I. III, 13, pr. – a define como relação à pessoa do devedor:

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius soluendae rei secundum nostrae civitatis iura (A obrigação é um vínculo jurídico pelo qual estamos obrigados a pagar alguma coisa, segundo o direito de nossa cidade).⁵

O outro – um fragmento atribuído a Paulo, e que se encontra no Digesto XLIV, 7, 3, pr. – a focaliza quanto ao seu objeto (isto é, como veremos adiante, quanto à prestação):

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 (A essência da obrigação não consiste em nos tornar proprietários ou em nos fazer adquirir uma servidão, mas em obrigar alguém a nos dar, fazer ou prestar alguma coisa).⁶

Até os fins do século passado, os romanistas julgavam que, durante toda a evolução do direito romano – do período pré-clássico ao justiniano –, o conceito de *obligatio* se mantivera o mesmo que o resultante da interpretação (que vem dos autores medievais) desses textos do *Corpus Iuris Civilis*: o de a obrigação ser um vínculo jurídico em virtude do qual o devedor é compelido a realizar uma prestação de conteúdo econômico em favor de outrem. Ao devedor, portanto, incumbiria um dever jurídico – a *obligatio*.

4 Em regra, quando empregamos impessoalmente a palavra obrigação, estaremos designando, com ela, a relação jurídica obrigacional; quando, porém, dela nos utilizarmos com referência a uma pessoa (o devedor), toma-la-emos na acepção de dever jurídico de conteúdo econômico (débito).

5 A maioria dos autores considera essa definição clássica, e pretende que seu autor tenha sido o jurisconsulto Florentino. Alguns romanistas, porém, criticam essa tese. Albertario (*Le definizioni dell'obbligazione romana*, in *Studi di Diritto Romano*, III, ps. 16 e segs.) entende que os compiladores do *Corpus Iuris Civilis* definiram a *obligatio* adaptando um conceito clássico que dizia respeito a contrato verbal cuja obrigação do devedor tinha por objeto prestação de dar.

6 São numerosas as interpolações que os romanistas vislumbram nesse texto. Vide, a propósito, o *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, tomo III, coluna 351 e segs.

CAPÍTULO 25

FAMÍLIA

A FAMÍLIA ROMANA: CONCEITO E HISTÓRICO

A organização familiar romana era fundamentalmente diferente da moderna. Suas instituições básicas, parentesco, pátrio poder, matrimônio e tutela, têm princípios muitas vezes diversos dos nossos.

A palavra *família*, no direito romano, tinha vários significados: designava precipuamente o chefe da família e o grupo de pessoas submetido ao poder dele, mas podia também significar patrimônio familiar ou determinados bens a este pertencentes. Aliás, etimologicamente, família prende-se a *famulus*, escravo, que, em Roma, tinha obviamente valor econômico.

Interessa-nos, aqui, de modo especial, a família no sentido de conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo direto.

Na sua acepção original, família era evidentemente a *familia proprio iure*, isto é, o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *paterfamilias*: *iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt unius potestate aut natura aut iure subiectae* (D. 50.16.195.2).

Noutra acepção, mais lata e mais nova, família compreendia todas as pessoas que estariam sujeitas ao mesmo *paterfamilias*, se este não tivesse morrido: era a *familia communi iure*. *Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam... qui sub unius potestate fuerunt recte eiusdem familiae appellabuntur, quia ex eadem domo et gente proditi sunt* (D. 50.16.195.2).

Em ambos os conceitos de família, a base do liame são a pessoa e a autoridade do *paterfamilias*, que congrega todos os membros. A *patria potestas* podia ser atual, como na *familia proprio iure*, ou ter existido precedentemente, o que se verificava na *familia communi iure*.

O liame ou vínculo que une os membros de uma família chama-se parentesco e ele era, no direito romano arcaico, puramente jurídico. Dependia, exclusivamente, do poder que o *paterfamilias* tinha ou teve sobre os membros da família. Esse parentesco jurídico chama-se *adgnatio* (*Vocantur autem adgnati qui legitima cognatione iuncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas coniungitur*, Gai. 3.10) e se transmitia só pela linha paterna, pois somente o varão podia ser *paterfamilias*. A *adgnatio* era chamada também de *cognatio virilis*.

Esse parentesco agnático se contrapõe à *cognatio* (cognação ou parentesco consangüíneo), existente entre os pais e os filhos e todos os que têm ascendentes comuns. Tal parentesco era entendido como incluindo os liames pela linha materna: *at hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati* (Gai. 1.156).

O parentesco consangüíneo foi reconhecido pelo direito romano desde os tempos mais remotos, acarretando impedimento matrimonial e, também, gerando outras conseqüências jurídicas.

Na evolução do direito romano, desde os tempos arcaicos até a época do direito pós-clássico, pode-se notar a luta entre os dois princípios, o da agnação e o da cognação, verificando-se a prevalência cada vez mais acentuada do princípio do parentesco consangüíneo que, ao final, suplantou totalmente o da agnação.

O cálculo do grau de parentesco fazia-se pelas gerações: *quot generationes, tot gradus*. Assim, na linha reta, entre ascendentes, contava-se o número de gerações. Pai e filho, por conseguinte, eram parentes do 1.º grau, avô e neto do 2.º grau. Na linha transversal, entre parentes colaterais, para o cálculo do grau de parentesco era preciso remontar ao ascendente comum e contar todas as gerações intermediárias. Assim, dois primos eram parentes em 4.º grau, porque há duas gerações entre o avô comum e um dos primos e outras tantas gerações para chegar do avô ao outro primo. O parentesco não era reconhecido além do 7.º grau (D. 38.10.4 pr.).

O liame de parentesco existente entre um cônjuge e os parentes do outro chamava-se afinidade *adfines sunt viri et uxoris cognati* (D. 38.10.4.3). Ele se limitava, porém, ao cônjuge, não se estendendo dos parentes de um aos parentes do outro.

PÁTRIO PODER

O caráter arcaico do poder que o *paterfamilias* tinha sobre seus descendentes era revelado pela total, completa e duradoura sujeição destes àquele, sujeição esta que tornava a situação dos descendentes semelhante à dos escravos, enquanto o *paterfamilias* vivesse.

A organização familiar romana repousava na autoridade incontestada do *paterfamilias* em sua casa e na disciplina férrea que nela existia.

Assim o *paterfamilias* exercia um poder de vida e de morte sobre seus descendentes (*ius vitae ac necis*), o que já era reconhecido pelas XII Tábuas (450-451 a.C.). Esse poder vigorou em toda sua plenitude até Constantino (324-337 d.C.) (Codex Theodosianus, 4.8.6 pr.). O *paterfamilias* podia matar o filho recém-nascido, expondo-o (abandono), até que uma constituição dos imperadores Valentiniano I e Valêncio (em 374 d.C.) proibisse tal prática (C. 8.51(52).2). A venda de filho era também possível. O filho vendido encontrava-se na situação especial de pessoa *in mancipio*, pela qual ele conservava seus direitos públicos. Continuava cidadão romano. Quanto aos seus direitos privados, todavia, ele os perdia. No direito clássico tal venda só se praticava para fins de emancipação ou para entregar à vítima o filho que cometera um delito (*noxae datio*). Originariamente o *paterfamilias* podia casar seus filhos, mesmo sem o consentimento destes. No direito clássico, porém, exigia-se o consentimento dos nubentes. Por outro lado, o pátrio poder, tão amplo originariamente, incluía o direito de o pai desfazer o matrimônio de filhos a ele sujeitos. O imperador Antonino Pio (138-161 d.C.) aboliu expressamente essa faculdade com relação às filhas. Para os filhos, o direito em questão desapareceu mais cedo (Pauli Sent. 2.19.2).

Do ponto de vista patrimonial, o pátrio poder implicava a centralização de todos os direitos patrimoniais na pessoa do *paterfamilias*. No direito clássico, este era a única pessoa capaz de ter direitos e obrigações. As pessoas sujeitas ao pátrio poder não tinham plena capacidade jurídica de gozo; assim, não podiam ser os *alieni iuris* sujeitos de direito: *filius nihil suum habere potest* (D. 41.1.10.1). Semelhantemente aos escravos, os filhos, adquirindo qualquer direito, o adquiriam para o *paterfamilias*. Pelos seus atos, porém, não o obrigavam. Se o *filiusfamilias* cometesse um delito, de que decorresse uma obrigação delitual, a responsabilidade seria do *paterfamilias*, que poderia, ele mesmo, ressarcir o dano causado pelo filho ou, então, se o prefe-

risse, entregar o filho ao ofendido. Era isto que se chamava de *noxae datio*, assunto de que já falamos. Quanto às obrigações contratuais, eventualmente assumidas pelo *filiusfamilias*, elas, em princípio e pelo direito quirritário, não obrigavam o *paterfamilias*. Nesse campo, porém, veio o pretor e alterou as regras rígidas do direito quirritário, passando a admitir ações especiais dirigidas contra o *paterfamilias*. Assim agia quando o *filiusfamilias* fosse preposto do *pater* em empresa de navegação ou outro empreendimento dele (*actiones institoria, exercitoria*) ou quando o filho agisse sob ordens expressas do pai (*actio quod iussu*). Também quando a vantagem correspondente à obrigação aumentasse o patrimônio do pai (*actio de in rem verso*) ou quando o ato do filho fosse praticado na administração do pecúlio que o pai lhe entregava (*actio de peculio*). Essas ações pretorianas, visando à responsabilização do *paterfamilias* pelas obrigações assumidas pelo filho, chamavam-se *actiones adiectitiae qualitatis*.

Nesta altura temos que mencionar o *senatusconsultum Macedonianum*, da época do imperador Vespasiano (70 a 79 d.C.), que proibiu aos *filiifamilias*, de qualquer idade, tomar empréstimos de dinheiro. Com base nessa regra, o *filiusfamilias* tinha um meio de defesa processual: a *exceptio senatusconsulti Macedoniani*, que paralisava a ação do credor. Essa defesa não se aplicava, porém, quando o *filiusfamilias* contraía o empréstimo autorizado pelo pai ou em favor deste (D. 14.6.7.11).

Por outro lado, a independência parcial, no campo patrimonial, do *filiusfamilias* começou a ser reconhecida desde a época de Augusto (31 a.C. - 14. d.C.), que considerou o patrimônio adquirido pelo *filiusfamilias* durante o serviço militar (*peculium castrense*) como pertencente exclusivamente a ele (D. 49.17.11). Esses bens, portanto, não mais pertenciam ao pai e o filho podia deles dispor livremente. Mas se o filho falecesse sem deixar testamento, os bens passariam a pertencer ao *paterfamilias*, como se sempre a ele tivessem pertencido: *iure peculii* (D. 49.17.2). Depois do imperador Constantino (324 a 337 d.C.), esses princípios se estenderam ao patrimônio adquirido pelo filho no serviço público, o que os modernos chamam de *peculium quasi castrense*. Outrossim, semelhante separação de patrimônio teve lugar com relação aos bens do *filiusfamilias*, provenientes de sua mãe ou de ascendentes pela linha materna. Eram os bens denominados *bona materna*. Assim, a independência patrimonial do filho foi cada vez se acentuando mais com o passar do tempo. Por fim, Justiniano quali-

ficou de desumano o sistema de pertencer ao pai o que o filho adquirisse (Inst. 2.9.1) e determinou que somente o usufruto dos bens do filho coubesse ao pai. Com isto, o sistema quiritário foi basicamente modificado.

Aquisição e perda do pátrio poder

É ordinariamente fonte do pátrio poder o nascimento do filho havido em justas núpcias.

Presumia-se a filiação legítima se o parto se dera, no mínimo, 180 dias da data em que se contraiu o matrimônio ou, no máximo, 300 dias após a dissolução do casamento (*pater vero is est quem nuptiae demonstrant* — D. 2.4.5).

O reconhecimento da criança dependia do pai. Antigamente fazia-se mediante a formalidade de tomar o recém-nascido nos seus braços (*tollere liberum*). Na falta de tal reconhecimento da paternidade, podia-se, através de uma ação especial, provocar uma decisão a respeito (*praeiudicium*) (cf. D. 25.3.1.16).

Os filhos naturais, nascidos fora do casamento e não reconhecidos, não estavam sob pátrio poder. Eles não se ligavam por parentesco agnático nem à sua mãe nem à família desta. Entretanto, viviam com ela e se encontravam numa situação semelhante à dos filhos *in mancipio*, de que já falamos.

Extraordinariamente, a aquisição da *patria potestas* poderia dar-se pela adoção. Desta havia duas formas: a *adrogatio* e a *adoptio*.

A primeira, a *adrogatio*, mais antiga, fazia-se perante o povo reunido em comício, que, assim, intervinha no ato. Mais tarde, desaparecendo os comícios, o costume substituiu o povo por 30 *lictors*, que representavam, então, as 30 antigas cúrias.

Somente se podia adrogar uma pessoa *sui iuris* do sexo masculino e púbere que, em consequência da adrogação, perdia sua independência no plano familiar e, por conseguinte, também a sua capacidade jurídica de gozo. O adrogado passava, juntamente com todos os seus dependentes, para a família do adrogante, na situação de *alieni iuris*. Por isso, o patrimônio do adrogado também passava a pertencer ao adrogante, não ocorrendo o mesmo com relação às dívidas, que pelo direito quiritário se extinguíam (Gai. 3.84 e 4.38). O pretor, contudo, concedia um remédio processual aos credores, visando a proteger seus direitos.

Exigia-se para a adrogação que o adrogante fosse mais velho que o adrogado, mesmo porque a adoção imita a natureza (Inst. 1.11.4).

A adrogação acarretava a *capitis deminutio* do adrogado, pois ele perdia sua condição de *sui iuris* ao entrar na família do adrogante.

A transmissão do pátrio poder de um *paterfamilias* a outro, sobre uma pessoa *alieni iuris*, chamava-se adoção (*adoptio*). Por este meio, um *filiusfamilias* saía de sua família de origem, para entrar na família do adotante. Também as filhas e os netos podiam ser adotados.

Para romper o liame com a família de origem era necessário que se praticasse a venda fictícia do filho. A Lei das XII Tábuas previa a perda do pátrio poder, caso o filho tivesse sido vendido três vezes pelo pai, sendo que para os netos e filhas isso se verificava logo após a primeira venda. Para fins de *adoptio*, a interpretação elaborou um complicado ato jurídico. Consistia ele na venda do filho a um amigo de confiança e na subsequente alforria ou revenda por este, o que deveria repetir-se três vezes no caso de um *filiusfamilias*. Depois da terceira venda, porém, era ele cedido, pela *in iure cessio*, ao adotante, que, assim, adquiria sobre o adotado o pátrio poder.

Essa passagem do filho, de uma família para outra, também era considerada como *capitis deminutio*.

Extingue-se o pátrio poder pela morte do *paterfamilias* ou do *alieni iuris*. A *capitis deminutio* do pai é equiparada à morte nesse particular. Além disso, extingue-se o pátrio poder pela *adoptio* do *alieni iuris* e pelo casamento *cum manu* da filha.

A emancipação tornava o filho *sui iuris*, extinguindo-se com ela, naturalmente, o poder do pai sobre ele. A emancipação baseava-se, também, naquela regra das XII Tábuas, que punia quem vendesse três vezes seu filho com a perda do pátrio poder sobre ele. Portanto, para a realização da emancipação, praticava-se a venda fictícia do filho a um amigo, com subsequente libertação. No último ato, porém, era costume que, ao invés de libertar o filho, este fosse vendido ao pai, para que ele, então, o libertasse. A razão disto foi garantir ao pai os direitos decorrentes do patronato sobre o filho emancipado.

CAPÍTULO 26

CASAMENTO

CONCEITO DO MATRIMÔNIO ROMANO

A união duradoura entre marido e mulher, como base do grupo familiar (*nuptiae, matrimonium*), é a idéia fundamental no direito romano. As duas famosas definições dos textos romanos bem salientam isto: *Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens* (Inst. 1.9.1). — *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (D. 23.2.1).

Mesmo assim, há grande diferença entre as concepções romanas e modernas a esse respeito.

A nossa idéia sobre matrimônio baseia-se nos conceitos da dogmática e da ética do Cristianismo.

Em Roma antiga, o matrimônio, regulado pelos costumes e pela moral, distinguia-se dos direitos dele decorrentes ou a ele ligados. O matrimônio era considerado no direito romano não como uma relação jurídica, mas sim como um *facto social*, que, por sua vez, tinha várias conseqüências jurídicas.

É verdade que o direito quiritário conheceu a *manus*, isto é, o poder do marido sobre a mulher, originário de atos formais de aquisição daquele (*conventio in manum*).

Para o estabelecimento de tal poder, pelo qual se sujeitava a mulher ao marido, era preciso praticar-se a *confarreatio*, formalidade antiga, de tipo social religioso. Os nubentes deviam realizar uma série de atos rituais, culminando numa oferenda de pão a Júpiter.

O mesmo objetivo (o estabelecimento do poder marital) tinha a *coemptio*, que era a venda formal da nubente pelo seu *paterfamilias* ao nubente, venda esta que se fazia através da *mancipatio*.

A terceira forma de aquisição do poder marital se dava pelo *usus*. Este se baseava na idéia da aquisição do poder jurídico absoluto pela posse prolongada. A Lei das XII Tábuas conferia ao marido a *manus* sobre a mulher com quem convivesse em matrimônio por mais de um ano. Entretanto, a mesma lei previa a possibilidade de se evitar tal sujeição, bastando para tanto, para interromper o usucapião em curso, que a mulher se ausentasse de casa, por três noites seguidas: *trinoctii usurpatio*.

Observa-se, pois, que o poder jurídico do marido sobre a mulher era um reflexo eventual, mas não absoluto, do matrimônio. Desde os tempos antigos podia existir matrimônio sem poder marital. Era o casamento *sine manu*.

Conclui-se, portanto, que a idéia de matrimônio, na concepção romana, era distinta da do poder marital (*manus*).

A distinção que fazemos entre o matrimônio e a *manus* ainda mais se reforça pela observação de que, na época clássica, a forma de matrimônio que prevaleceu foi, precisamente, a do matrimônio *sine manu*.

Assim sendo, examinaremos o matrimônio, deixando de lado o instituto da *manus*, que é o poder jurídico do marido sobre a mulher.

O matrimônio, no direito romano, era um ato consensual contínuo de convivência. Era uma *res facti* e não uma *res iuris*, como se vê nas regras do *ius postliminii*, onde os romanos enquadravam a relação matrimonial entre aquelas que tinham que ser restabelecidas pelas partes.

A regra romana *consensus facit nuptias* (D. 35.1.15) deve entender-se como um acordo contínuo entre os cônjuges para viverem em comum, com a finalidade de realizar uma união duradoura entre eles. Exigiam-se, naturalmente, além desse acordo, também fatos positivos de convivência.

Assim é que se costuma distinguir dois elementos constitutivos do matrimônio romano, que são a *affectio maritalis* (intenção de ser marido e mulher) e o *honor matrimonii* (a realização condigna dessa convivência conjugal).

Desse conceito do matrimônio romano seguem-se a possibilidade do divórcio e, até, a grande facilidade dele.

Tratando-se de um ato contínuo de consentimento entre os cônjuges, o matrimônio dissolvia-se, logicamente, quando desaparecia aquele consenso. E isto podia acontecer não só pelo dissenso (ato bilateral), mas também pela vontade unilateral de um dos cônjuges (repú-

dio), com base na concepção liberal e individualística que os romanos tinham do casamento: *libera matrimonia esse antiquitus placuit* (C. 8.38.2), instituto este que estava praticamente fora da interferência direta do Estado.

Embora tendo o caráter apontado, o matrimônio romano não deixou, contudo, de ser um instituto jurídico, pois decorriam dele importantes conseqüências jurídicas. Primacialmente, os filhos de cônjuges romanos eram cidadãos romanos também, sujeitos ao poder do pai, adquirindo a situação de *sui iuris* após a morte dele. Além desses efeitos jurídicos havia outros, especialmente patrimoniais, que estudaremos mais tarde.

ESPONSAIS

A promessa de contrair matrimônio fazia-se, no direito romano antigo, por uma estipulação em que se utilizava o verbo *spondeo* (prometo). Daí o nome *sponsalia*.

Fortalecendo-se cada vez mais, com o correr do tempo, a idéia de liberdade no campo matrimonial, no direito clássico chegou-se a considerar tal promessa como destituída de efeito jurídico no que diz respeito à obrigação de contrair o matrimônio prometido, ou à obrigação de pagar a multa contratual estipulada para o caso de não-cumprimento do avençado. Assim mesmo, os sponsais tiveram certos efeitos jurídicos secundários, como o de acarretarem a pena de infâmia na hipótese de serem celebrados com mais de uma pessoa concomitantemente, além de outros efeitos de ordem patrimonial.

REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA CONTRAIR MATRIMÔNIO

Para contrair matrimônio reconhecido pelo direito quiritário (*ius-tum matrimonium*), era preciso:

- a) capacidade jurídica matrimonial das partes (*conubium*);
- b) capacidade de fato delas para esse fim;
- c) consentimento.

A capacidade jurídica para contrair matrimônio (*conubium*) pressupõe necessariamente a capacidade jurídica de gozo ou capacidade de direito. Tinham-na os cidadãos romanos em geral. Por outro lado, o casamento de pessoas estrangeiras entre si ou de pessoa estrangeira com pessoa de cidadania romana era considerado *matrimonium inius-*

tum, também chamado *matrimonium iuris gentium*. Os escravos não podiam casar-se legalmente. Sua união chamava-se *contubernium* e não era considerada uma relação de direito, mas uma mera relação de fato.

A capacidade de agir para casar era adquirida com a puberdade e coincidia sua aquisição com a da capacidade física e moral para o matrimônio.

O consentimento exigido para contrair matrimônio era o dos nubentes e, no caso de estarem sujeitos ao poder do *paterfamilias*, também o deste. Há diferença, entretanto, entre esses dois tipos de consentimento.

Como vimos, ao estudar o conceito do matrimônio romano, o consentimento dos cônjuges tinha que ser permanente. Já o do *paterfamilias* era exigido apenas no ato da realização do matrimônio.

Entre outras circunstâncias, impediam o matrimônio:

- a) a loucura, por implicar a falta de capacidade de fato;
- b) a existência de liame matrimonial, visto que o casamento romano era estritamente monogâmico;
- c) a consangüinidade entre os nubentes na linha reta sem restrições e na linha colateral até o terceiro grau;
- d) o parentesco adotivo enquanto existente;
- e) a diferença de classes, pois entre ingênuos e mulheres taxadas de *infames* ou entre pessoas de classe senatorial e da dos libertos havia proibição de casamento;
- f) a condição de soldado em campanha;
- g) a relação jurídica entre tutor e sua pupila;
- h) também era proibido o casamento do governador de província e de outros magistrados com mulheres residentes no território onde exerciam jurisdição.

EFEITOS DO MATRIMÔNIO

O casamento gera efeitos ou conseqüências jurídicas quer quanto às pessoas quer quanto aos bens.

Quanto aos da primeira categoria, podiam referir-se, no direito romano, à pessoa dos cônjuges ou à pessoa dos filhos.

O filho, quando nascido de *matrimonium justum*, ficava sob o poder do pai (*patria potestas*). A situação dele era, então, a de *filiusfamilias*. Os filhos nascidos na constância do casamento eram presumidos (*praesumptio iuris tantum*) como sendo legítimos: *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant* (D. 2.4.5). Presumia-se que a gestação

durava de 180 a 300 dias após a concepção (*praesumptio iuris et de iure*).

Quanto à pessoa da mulher, no casamento *cum manu* ficava ela sujeita ao poder do marido, na qualidade de *alieni iuris*. Por outro lado, no matrimônio *sine manu*, aliás a forma que prevaleceu no direito clássico, a mulher conservava sua independência com relação ao marido. Continuava, mesmo depois do casamento, na situação anterior, isto é, se estava sob o poder de seu *paterfamilias*, permanecia naquele estado, e se era *sui iuris*, continuava nessa mesma condição, ou seja, *sui iuris*.

Mesmo assim, o marido exercia certa autoridade sobre a mulher, cabendo-lhe a chefia na direção da vida familiar. Era ele quem estabelecia o domicílio da família e a ele cabia, também, a obrigação de prover o sustento dos seus. Tinha o marido meios judiciais para defender a mulher contra atos injuriosos de outrem e podia, por outro lado, exigir o retorno da mulher ao lar conjugal, mesmo se o *paterfamilias* dela a retivesse: *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*. O adultério da mulher era considerado crime previsto pela *lex Julia de adulteriis*, da época de Augusto.

Do ponto de vista patrimonial, no casamento *sine manu* os bens que a mulher tivesse eram dela. Chamavam-se bens parafernais. Em vista dessas regras é importante o preceito da *praesumptio Muciana*, que considerava todos os acréscimos verificados no patrimônio da mulher como provenientes do marido. Tratava-se de uma presunção simples (*praesumptio iuris tantum*), admitindo, portanto, contraprova. A administração não cabia ao marido, a menos que a mulher o determinasse.

A doação entre os cônjuges foi proibida, sendo tais atos nulos, com exceção daqueles praticados *mortis causa*. A estes foram, posteriormente, equiparadas as doações feitas pelo cônjuge premorto quando não as tivesse revogado em vida.

Os cônjuges não podiam propor ações penais e infamantes um contra o outro, por contrariarem o caráter íntimo da união familiar.

Assim, o regime patrimonial do casamento *sine manu* era o da separação de bens, modificado, em parte, pelo sistema do dote que adiante estudaremos.

DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO

Dissolvia-se o liame matrimonial pela morte ou pela *capitis diminutio maxima* de um dos cônjuges.

É de se notar que o prisioneiro de guerra também sofria *capitis deminutio maxima*. Entretanto, sabemos que, ao voltar a Roma, recuperava ele, pelo *ius postliminii*, todos os seus direitos. Era como se nunca tivesse sofrido perda de sua liberdade. Sabemos, contudo, que nessa recuperação de direitos não se enquadravam as situações de fato, como a posse e também o matrimônio. Este tinha que ser restabelecido novamente.

Por outro lado, o matrimônio romano podia ser dissolvido também por vontade dos cônjuges. Já o direito romano arcaico previa o divórcio. Ele era praticado através de formas solenes: a *diffarreatio* e a *remancipatio*. No casamento *sine manu*, essa dissolução era ainda mais fácil. Podia ocorrer por acordo entre as partes: *divortium communi consensu*, ou mesmo por vontade unilateral: *repudium*. Somente na época dos imperadores cristãos foram introduzidas limitações nesse campo, sem se abolir, contudo, o instituto do divórcio.

NOTE

O instituto característico do regime patrimonial da sociedade conjugal no direito romano era o dote.

Sua origem remonta, precisamente, à época do casamento *cum manu*, quando a mulher ficava na sujeição do marido também do ponto de vista patrimonial. Se era *sui iuris*, isto é, independente de um pátrio poder, todos os seus bens passavam a pertencer ao marido. No caso mais comum de se tratar de uma filha sob o poder de seu pai, ela, ao se casar *cum manu*, saía de sua família para entrar na do marido. Perdia, assim, os laços de parentesco agnático com a família de origem. Decorria disto, naturalmente, a perda de seus direitos hereditários na sucessão do pai, direitos estes que naquela época se baseavam no parentesco agnático. Para remediar tal injustiça, costumava-se dar à filha, ao se casar *cum manu*, o equivalente de sua parte hereditária, que, pelas regras desse tipo de matrimônio, passava a pertencer ao marido dela, ou ao *paterfamilias* deste.

Foi essa praxe, provavelmente, a origem do instituto do dote, que persistiu e ganhou regulamentação própria no sistema do casamento *sine manu*.

Na sociedade conjugal deste último tipo, a independência patrimonial dos cônjuges se conservou. Mesmo assim, como já vimos, o ônus de sustentar a família cabia exclusivamente ao marido. Nada mais justo, portanto, do que a mulher contribuir, também, para isso. Essa

contribuição consistia em bens patrimoniais, destinados a reforçar as bases econômicas da família: *ad sustinenda onera matrimonii*. Podia ser dada ou prometida, tanto pelo *paterfamilias* da mulher ou por ela mesma (se *sui iuris*), como também por parte de terceiros.

O dote deste modo constituído passava a pertencer ao marido. Mesmo assim, o dote se distinguia dos outros bens integrantes do patrimônio do marido, pois os bens dotais tinham uma finalidade especial: destinavam-se à família toda.

Por essa razão, a princípio, a constituição do dote costumava-se fazer acompanhar de uma *stipulatio* do marido, chamada *cautio rei uxoriae*, pela qual ele prometia sua restituição no caso de dissolução do matrimônio. Isto era importante, dada a facilidade do divórcio no direito romano.

Mais tarde, tal obrigação de restituição passou a fazer parte integrante do próprio instituto do dote. Para a garantia dessa restituição, regras foram introduzidas, restringindo o direito do marido quanto à livre disposição dos bens dotais.

Constituição do dote

O dote, que podia constar tanto de coisa corpórea quanto incorpórea, constituía-se por *mancipatio*, *in iure cessio* ou *traditio*. Falava-se, então, em *dotis datio*, ou seja, dação em dote. Quando o constituinte do dote apenas o prometia, por ato unilateral, falava-se em *dotis dictio*. Esta requeria forma solene especial. Quando a promessa de dote se fazia pela *stipulatio*, falava-se em *dotis promissio*.

A constituição do dote podia ser feita antes ou na constância do casamento. Na primeira hipótese, entretanto, os efeitos dependiam da realização do casamento (*condicio iuris*).

Restituição do dote

Conforme a pessoa que o constituísse, distinguia-se o dote em *dos profecticia* (quando proveniente de um ascendente da mulher) e *dos adventicia* (quando constituído pela própria mulher ou por um terceiro). Essa distinção tinha relevância jurídica em matéria de restituição do dote.

A princípio, o único caso de restituição dos bens dotais, após dissolução do matrimônio, se dava quando o marido expressamente o prometera. O nome do dote nessas condições era *dos recepticia* e sua restituição obedecia às regras estabelecidas na estipulação.

Posteriormente, o pretor concedeu meios para exigir-se a restituição ainda que esta não tivesse sido prometida pelo marido:

Em regra:

a) quando a dissolução do matrimônio se dava por causa de divórcio ou pela morte do marido, podia essa restituição ser somente pleiteada pela mulher (ou por seu *paterfamilias*, mas sempre com o consentimento expresso da mulher); e

b) quando a dissolução do matrimônio se dava pelo falecimento da mulher, então somente a *dos profecticia* era restituível ao ascendente que a constituía; o dote chamado *adventicio* ficava com o marido.

O objeto da restituição eram as coisas tais como foram recebidas. Os frutos ficavam com o marido.

Com relação à obrigação de restituir, temos que mencionar as proibições da legislação de Augusto a respeito da alienação, pelo marido, do *fundus dotalis* (terrenos itálicos recebidos a título de dote). O marido, sem o consentimento da mulher, não podia aliená-los nem onerá-los.

O valor dos bens alienados pelo marido tinha que ser restituído. O mesmo não ocorria com os bens perecidos ou danificados sem culpa dele.

Quando os bens dotais eram entregues ao marido já avaliados, dote esse chamado *dos aestimata*, o marido devia sempre aquele valor em dinheiro.

Em certas hipóteses cabia ao marido o direito de retenção de parte dos bens dotais, a título de punição da mulher que cometera faltas, pelos filhos etc.

DOAÇÕES ENTRE CÔNJUGES

Como já vimos, ao tratar dos efeitos patrimoniais do matrimônio, a doação era proibida entre cônjuges.

Em vista disto e considerando a situação desfavorável da mulher na relação sucessória, costumava-se garantir a subsistência dela, quando a dissolução do casamento se dava sem culpa sua, por meio de uma doação feita pelo marido à mulher.

Esta doação, logicamente, tinha que ser feita antes do casamento. Daí sua denominação *donatio ante nuptias*.

Na época pós-clássica ela ganhou importância e Justiniano permitiu que se fizesse mesmo durante o casamento, chamando-a *donatio propter nuptias*.

Os bens não eram propriamente entregues à mulher, apenas prometidos a ela e ficavam gravados durante o casamento com a cláusula de inalienabilidade, se se tratasse de imóvel.

CAPÍTULO 27

TUTELA E CURATELA

CONCEITO E HISTÓRICO

A finalidade principal desses institutos é a de cuidar dos interesses de uma pessoa que sozinha não possa tomar conta dos seus negócios. Assim, tanto a tutela como a curatela se relacionam com o problema da capacidade para a prática de atos jurídicos.

A tutela tinha como fim precípua proteger o interesse da família, isto é, dos herdeiros, e aplicava-se aos casos normais de incapazes (pela idade e sexo).

A curatela, por sua vez, visava a acautelar interesses patrimoniais, mas em casos excepcionais de incapacidade, como a loucura, a prodigalidade e, posteriormente, em alguns outros.

Com o decorrer do tempo, revelou-se e acentuou-se cada vez mais o caráter de proteção do interesse do incapaz, caráter este que os institutos da tutela e da curatela não tinham primitivamente, quando apenas visavam à proteção da família.

Por isso mesmo é que se diz que, a princípio, esses institutos representavam mais um direito (*vis ac potestas*) do que um ofício ou *munus publicum*. Nos últimos tempos foi esse último caráter o que prevaleceu.

ESPÉCIES DE TUTELA

Estavam sob tutela os impúberes e as mulheres *sui iuris*. Os *alieni iuris* não, pois eles se encontravam sujeitos ao poder de seu *paterfamilias*, que cuidava, também, de sua proteção.

A tutela dos impúberes era conferida pela Lei das XII Tábuas ao parente agnatício mais próximo: chamava-se *tutela legítima*.

A mesma lei previa, também, a possibilidade de o *paterfamilias*, em testamento, nomear o tutor a seus descendentes impúberes. Era a *tutela testamentaria*, que preferia à legítima.

Na falta de *tutor testamentarius* e de *tutor legitimus*, o magistrado podia nomear tutor, com base nas disposições da lei *Atilia* (186 a.C.), chamado *tutor dativus*.

A tutela das mulheres púberes regia-se praticamente por princípios semelhantes.

Eram incapazes para exercer a tutela as mulheres e os impúberes. O direito pós-clássico estendeu essa incapacidade a outras categorias também, como à dos menores de 25 anos, à dos surdos-mudos, à dos bispos, à dos monges e à dos credores ou devedores do tutelado.

Por outro lado, exceto o tutor testamentário, os demais eram obrigados a aceitar o encargo, a não ser que obtivessem a dispensa (*excusatio*) do magistrado. Motivos para essa escusa foram a idade avançada, o cargo público, ter vários filhos etc.

PODERES E OBRIGAÇÕES DO TUTOR

O tutor dos impúberes tinha por incumbência a administração do patrimônio do pupilo, isto é, da pessoa sob sua tutela.

Quando o impúbere era menor de sete anos, *infans*, o tutor geria todos os seus negócios, praticando os atos de administração em seu próprio nome, mas no interesse do pupilo. Os impúberes *infantia maiores*, que tinham capacidade de agir limitada, praticavam os atos de administração junto com o tutor, que apenas os assistia, conferindo-lhes a sua autorização: *auctoritatis interpositio*.

Na administração do patrimônio do pupilo, o tutor tinha que agir de boa-fé e sempre no interesse do impúbere. Se o tutor prejudicasse este, qualquer cidadão podia denunciá-lo para que fosse removido do cargo (*accusatio suspecti tutoris*). Se condenado no processo, essa condenação lhe acarretaria a pena de *infamia*. No direito mais evoluído, o tutor só podia alienar imóveis do pupilo se autorizado pelo magistrado. Assim, seus poderes ficavam restritos à simples administração do patrimônio do pupilo.

Finda a tutela, o ex-pupilo podia exigir a prestação de contas, e, com essa, a transferência a ele dos direitos adquiridos e, naturalmente, das obrigações assumidas pelo tutor durante a administração do seu patrimônio. No caso de desonestidade do tutor, cabia

uma ação penal, chamada *actio de rationibus distrahendis*, para obtenção do duplo do valor do dano causado. A condenação acarretava, também, a *infamia*.

Os poderes do tutor das mulheres são diferentes. A administração do patrimônio cabia a elas, mas exigia-se sempre a assistência do tutor. Isso significava que o tutor tinha que acompanhar os atos praticados pela mulher, autorizando-os (*auctoritatis interpositio*).

A tutela das mulheres, com a evolução do direito romano, perdeu cada vez mais a sua importância. A praxe introduziu a possibilidade de a mulher escolher o seu tutor. No período pós-clássico desapareceu por completo a tutela das mulheres.

CURATELA

A curatela (*cura*), dotada de características semelhantes às da tutela, era um instituto paralelo a esta, aplicando-se-lhe, praticamente, as mesmas regras. Tinha lugar a curatela em casos de proteção de incapazes outros que os impúberes e as mulheres.

Suas espécies eram as seguintes:

Cura furiosi: era a curatela do louco furioso e consistia na administração de seus bens. Já a Lei das XII Tábuas a conheceu, determinando que coubesse aos parentes agnados mais próximos. Na falta destes, o pretor nomeava curador.

Cura prodigi: também provém das XII Tábuas. Por essa lei, o pretor podia proibir que o indivíduo que esbanjasse seu patrimônio continuasse a administrá-lo ou viesse a dispor dele (*bonorum interdictio*). O pródigo ficava, assim, com sua capacidade de agir restrita, precisando sempre da autorização do seu curador para assumir obrigações. A nomeação do curador ao pródigo era feita conforme as mesmas regras por que se fazia a dos loucos.

Cura minorum: era a curatela eventual dos púberes menores de 25 anos, que pediam um curador, por exigência das pessoas que receavam contratar com eles, em vista das disposições da lei *Laetoria*. O menor, nessas condições, tinha sua capacidade de fato restrita; sua situação era semelhante à do impúbere *infantia maior*.

Casos especiais de curatela foram o do nascituro, o dos surdos-mudos, o dos ausentes etc.

O curador tinha por função, de um modo geral, ou representar o curatelado absolutamente incapaz, gerindo seus negócios, ou assistir o relativamente incapaz, dando-lhe o consentimento para a prática de atos jurídicos.

Objetos de Direito ("res")
e
Posse

OBJETOS DE DIREITO RES

D.1.8.1.pr (Galo) - Direito das coisas

"Nós, seres humanos, somos destinatários do Direito".

CLASSIFICAÇÕES



Pintura em tela alheia:

O proprietário é o pintor → valor artístico, a obra é única

Scriptura em pergaminho alheio:

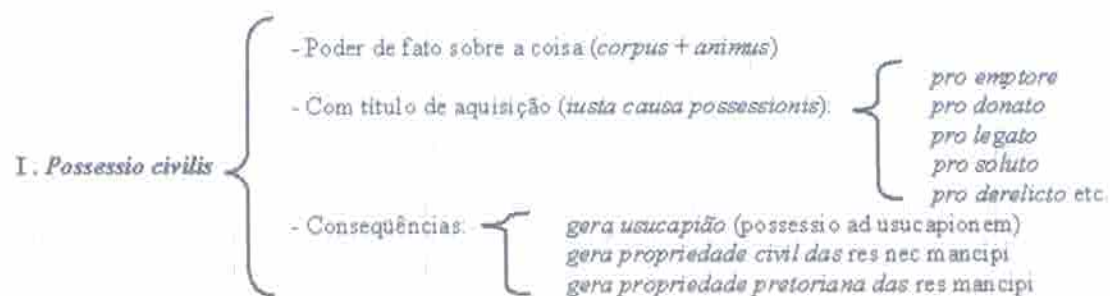
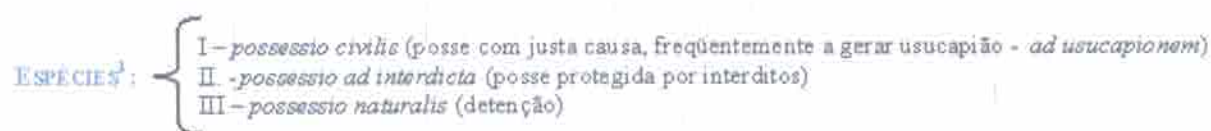
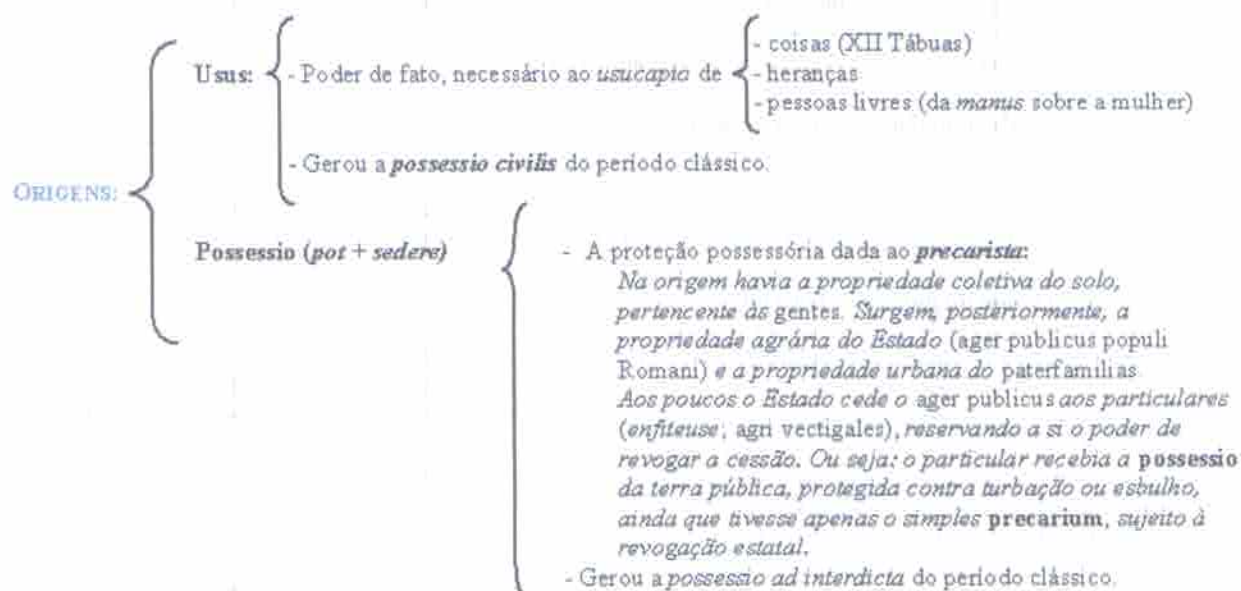
O proprietário é o dono original do pergaminho → o texto pode ser transcrito em outro pergaminho. A *idéia* é do escritor, não poderá ser transferida (não havia direitos autorais).

LIMITAÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Em benefício

- público - D.1.8.5.pr
- de vizinhos

ROTEIRO DE AULA – A POSSE



II. *Possessio ad interdicta*

- Poder de fato (*corpus + animus*) que gera proteção possessória (por meio dos interditos)
- *Casística*: proprietário possuidor, ladrão, possuidores de boa-fé em geral
- *Animus rem sibi habendi* (intenção de ter a coisa para si)
- Exceções: protegeram-se também: o *precarista*, o *enfiteuta*, o credor *pignoratício* e o depositário de coisa litigiosa (*sequester*), apesar de não terem eles o *animus rem sibi habendi*

III. *Possessio naturalis* ou detenção

- Poder de fato (*corpus* sem *animus rem sibi habendi*) que não gera proteção possessória
- *Casística*: locatário, depositário, comodatário, usufrutuário etc.
- O detentor possui o *animus rem alteri habendi* (intenção de ter a coisa para outrem)
- Exceções: apesar de terem detenção, foram considerados possuidores: o *precarista*, o *enfiteuta*, o credor *pignoratício* e o depositário de coisa litigiosa (*sequester*), como se viu acima.

¹ Esta classificação é didática e não lógica, isto é, uma espécie de posse não exclui as outras. Os casos de *possessio civilis* são, por exemplo, ao mesmo tempo, casos de *possessio ad interdicta*

DEFESA DA POSSE - OS INTERDITOS:

- INTERDITO:**
- Não é ação (pois *posse* não é um poder de direito, mas um poder de fato)
 - É um meio judicial **excepcional**
 - É um procedimento **célere**
 - Fundamenta-se no **imperium** (poder de mando) do magistrado (é um mandado);
 - Prepara a eventual e futura questão sobre a propriedade
 - É sempre uma proteção judicial **provisória**

Qual é o fundamento jurídico da posse? Respostas:

Segundo Ihering: protege-se a posse para proteger o proprietário.

Segundo Savigny: protege-se a posse para manter a paz pública (mantendo na posse quem tiver a posse mais pacífica) e evitar a justiça privada

Limites da proteção interdita:

Embora tanto a posse justa como a injusta sejam protegidas, é preciso verificar, na relação entre os que disputam a posse, se alguma das partes obteve, em relação à outra parte, a posse vi, clam aut precário (mediante violência, clandestinidade ou precariedade). Neste caso, a posse é denominada **posse viciosa**, que gera proteção contra todos, salvo contra sofreu a violência, a clandestinidade ou a precariedade.

Espécies de interditos

- Interditos contra turbacão: *Interdicta retinendae possessionis causa* (interditos de manutenção de posse)
 - **Uti possidetis** - para bens imóveis
 - **Utrubi** - para bens móveis (protegia o melhor possuidor no último ano)
- Interditos contra esbulho: *Interdicta recuperandae possessionis causa* (interditos de reintegração de posse)
 - **Uti possidetis** - para bens imóveis (nos casos de posse obtida vi, clam, aut precarium)
 - **Unde vi** - para bens móveis (no caso de furto ou roubo) ou imóveis
 - **De vi armata**
 - **De precario**
- Interditos contra ameaça
- Interditos para obtenção inicial de posse (*interdicta adipiscendae possessionis causa*):
 - **Interdictum Salvianum** - para obter a posse da coisa dada em garantia, se o devedor não faz o pagamento da dívida



CONCEITOS E CLASSIFICAÇÕES RELEVANTES:

Posse justa x posse injusta - A posse é justa nos casos em que houver o exercício da posse decorrente de uma justa causa. Ex: a posse do proprietário, do comprador, do adquirente de uma herança. É injusta nos casos em que lhe falta o título. Ex: a posse do ladrão e do invasor.

Ius possidendi x ius possessionis (direito de possuir x direito de posse)

Tem direito de possuir (*ius possidendi*) quem tiver o direito real (propriedade, penhor, hipoteca depois de não paga a dívida) que assegura utilizar-se da coisa como dono, independentemente de ter a posse ou não.

Tem direito à posse (*ius possessionis*) todo aquele que tiver o poder de fato (v. *possessio ad interdicta*), seja ele proprietário ou não.

Posse viciosa: é aquela obtida com violência, com precariedade, ou clandestinamente. O possuidor que obteve a posse viciosa tem proteção contra todos, menos contra o possuidor anterior que sofreu o esbulho com uma dessas três características.

Usucapião

Aquisição de propriedade pelo tempo de posse.
 tempo + posse = propriedade

* Bens móveis \neq Bens imóveis (unidos ao solo)

↓
 a prazo é menor
 ↓

fixado de um tal modo que sua transportação não pode ser feita, e são acessórios do solo.

* Bem principal e Bem acessório
 segue o destino
 do bem principal

29.05.08

Objetos de Direito

Romano

Livro II - dos Bens

★ Usucapião: aquisição de propriedade pelo decurso do tempo da posse.

(tempo + posse + ... = propriedade)

Natureza jurídica: bens móveis ≠ imóveis

- Pré-requisitos para usucapir:

(o possuidor deve ser romano)

acessórios do solo
o q foi unido artifi-
cialmente ao solo

segue o destino do

ben
princi-
pal

spiral

- requisitos clássicos:
- tempo = 2 a 10 bens imóveis (≠ da época de Justiniano, que é 7)
 - posse = { boa-fé do possuidor (boa-fé se presume)
(posseio ad usucapio nem) { justo título/causa (ato jur precedente em q a posse se baseia e q justificaria a aquisição própria).

CAPÍTULO 6

OBJETOS DE DIREITO

CONCEITO

Coisa é um termo de significado muito amplo. Usa-se para designar todo e qualquer objeto do nosso pensamento. Isto significa que a noção vulgar de coisa vale tanto para o que existe no mundo das idéias, como no da realidade sensível.

Na linguagem jurídica, porém, coisa (*res*) é o objeto de relações jurídicas que tenha valor econômico. Não o é, portanto, aquilo que não possa ser objeto de tais relações. Assim, não é *res* o corpo celestial. Podem sê-lo, contudo, no direito moderno, certas idéias que representem valor econômico: patentes de invenção, obras de arte, direitos autorais.

Os romanos faziam distinção entre coisas em comércio (*res in commercio*) e fora dele (*res extra commercium*). As primeiras eram aquelas que podiam ser apropriadas por particulares. As segundas não podiam ser objeto de relações jurídicas entre particulares pela sua natureza física ou por sua destinação jurídica. Assim, estavam excluídas do comércio as coisas dedicadas aos deuses, *res extra commercium divini iuris*, e outras por razões profanas, *res extra commercium humani iuris*. Na primeira categoria encontramos as coisas sagradas, dedicadas diretamente ao culto religioso, como os templos (*res sacrae*), as coisas santas (*res sanctae*), que eram as consideradas sob a proteção dos deuses, como as portas e os muros da cidade, e as coisas religiosas (*res religiosae*), que eram os túmulos. Por razões de ordem profana, eram consideradas fora do comércio (*res extra commercium humani iuris*) as coisas comuns a todos (*res communes omnium*), isto é, as indispensáveis à vida coletiva ou a ela úteis, como o ar, a água corrente, o mar e as praias. Além dessas eram conside-

radas fora do comércio as coisas públicas, pertencentes ao povo romano (*res publicae*), como as estradas e o Fórum.

Res in commercio podiam realmente estar no patrimônio de alguém, ou encontrar-se fora de qualquer relação patrimonial. As expressões romanas *res in patrimonio* e *res extra patrimonium* são usadas nas fontes em dois sentidos: às vezes indicam a mesma distinção que já fizemos entre coisas *in commercio*, suscetíveis de serem objeto de relações jurídicas, e coisas *extra commercium*; outras vezes servem para distinguir aquelas que se situam efetivamente no patrimônio de alguém ou fora dele. Por razões didáticas, preferimos a segunda interpretação.

Portanto, as coisas *extra patrimonium* eram as que, em dado momento, não se encontravam no patrimônio de ninguém, mas que poderiam ser apropriadas. Assim, as *res nullius* (coisas sem dono), as *res hostium* (coisas dos inimigos de Roma).

No que se refere às coisas *in commercio* e ao mesmo tempo *in patrimonio*, há várias outras classificações que até hoje sobrevivem, feitas pelos romanos.

COISAS CORPÓREAS E INCORPÓREAS

Já Gaio (2.12-14) distingue entre as coisas corpóreas e incorpóreas (*res corporales et incorporales*). A diferença para ele reside na tangibilidade, sendo corpóreas aquelas que podem ser tocadas e existem corporeamente. As outras, isto é, as incorpóreas, somente existem intelectualmente. A mesma distinção foi conhecida por Cícero (Top. 5.27) e Sêneca (Ep. ad Luc. 58.14), além de outros. Na realidade, essa classificação jurídica servia para distinguir entre coisas e direitos, pois as primeiras são corpóreas e os segundos incorpóreos.

“RES MANCIPI ET RES NEC MANCIPI”

A distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi* tem bases históricas. As primeiras, para se lhes transferir a respectiva propriedade, requeriam a prática das formalidades da *mancipatio*, ato solene do direito arcaico. As segundas podiam ser transferidas pela simples entrega, sem formalidades (*traditio*).

Faziam parte da categoria das *res Mancipi* os terrenos itálicos (não os provinciais), os animais de tiro e carga (como o cavalo, a vaca, o burro), os escravos e as quatro servidões prediais rústicas

mais antigas, que eram *via*, *iter*, *actus* e *aquaeductus*. As demais coisas eram *nec mancipi*.

COISAS MÓVEIS E IMÓVEIS

O terreno e o que estivesse definitivamente ligado a ele distinguiram-se das coisas transportáveis e semoventes. Já as XII Tábuas (450 a.C.) conheceram essa distinção ao estabelecer prazo diferente para o usucapião delas. A terminologia coisas imóveis e móveis (*res immobiles et res mobiles*) é mais recente. Ela data do período pós-clássico, quando modos especiais de aquisição de propriedade foram exigidos para as primeiras.

COISAS FUNGÍVEIS E INFUNGÍVEIS (NÃO-FUNGÍVEIS)

O termo “fungível” não é romano. Foi criado no século XVI por Ulrico Zasius, com base na definição romana de Paulo, que procurava precisar o princípio da substituíbilidade das coisas: *res quae in genere suo functionem recipiunt* (D. 12.1.2.1) (coisas cuja função consiste em serem determinadas pelo seu gênero).

Fungíveis são as coisas substituíveis por outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Aparecem normalmente no comércio como determinadas apenas pela sua quantidade, peso e medida: *quae pondere numero mensura constant* (Gai. 2. 196). São elas caracterizadas por pertencerem a um gênero extenso, para o qual a individualidade de cada unidade componente não tem relevância jurídica. Por isso são coisas facilmente substituíveis entre si. Assim, o arroz, a farinha, o metal. Infungíveis são as coisas especificamente consideradas, cujas características individuais impedem sejam substituídas por outras do mesmo gênero. Assim um quadro, uma estátua.

COISAS CONSUMÍVEIS E INCONSUMÍVEIS

Há coisas que podem ser usadas uma só vez e outras que permitem uso repetido. As primeiras se exaurem com o seu uso normal e são chamadas coisas consumíveis (*quae usu consumuntur*), porque quem as usou fica privado de utilizá-las mais de uma vez. É o caso dos alimentos e das bebidas, que desaparecem com o uso normal; do dinheiro, que se gasta. Inconsumíveis são as coisas suscetíveis de utilização constante, sem que sejam destruídas. Conservam, assim, mesmo quando usadas, sua utilidade econômico-social anterior. Exemplo: um quadro, uma estátua, um vestido, um carro.

Entre as coisas inconsumíveis, os romanos da época pós-clássica propuseram uma subclassificação, distinguindo as coisas realmente inconsumíveis das que perdem lentamente seu valor pelo uso repetido: *quae usu minuuntur* (D. 7.5. rubr.). Assim, um vestido, um carro, em contraposição a um quadro, a uma estátua. Tratava-se, pois, de uma categoria intermediária entre as coisas consumíveis e inconsumíveis.

COISAS DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS

O conceito jurídico da divisibilidade está intimamente ligado ao do valor econômico das coisas. Fisicamente toda e qualquer coisa pode ser dividida. Juridicamente, porém, a divisibilidade depende da circunstância de a coisa repartida conservar ou não o valor proporcional ao do todo. Divisíveis são as coisas que podem ser repartidas sem perder esse valor proporcional, como um terreno, o arroz. Indivisíveis são aquelas cujo valor sócio-econômico se reduz ou se perde com a divisão. É o caso de uma estátua, de um carro.

COISAS SIMPLES, COMPOSTAS, COLETIVAS OU UNIVERSAIS

A distinção é romana e se refere a coisas simples — *quod continetur uno spiritu* (D. 41. 3. 30 e 6. 1. 23. 5) —, representando uma unidade orgânica, natural ou artificial. As coisas compostas — *quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat* (D. 41.3.30) — são formadas da união artificial de várias coisas simples. Assim, são simples um bloco ou uma estátua de mármore, um escravo, e são compostas um edifício, um carro.

A terceira categoria, ou seja, a das coisas coletivas ou universais, abrange um aglomerado de coisas simples, que só juridicamente estão ligadas entre si. Assim, um rebanho, uma biblioteca, constituídos respectivamente de várias ovelhas ou de vários livros, cujo único liame é a sua destinação jurídica comum.

COISAS ACESSÓRIAS

Ligado ao conceito de coisa composta, temos que examinar o dos acessórios e pertenças. A reunião de várias coisas simples pode criar uma coisa completamente nova, que absorva todos os seus componentes. Exemplo: um carro, que é composto de centenas de elementos. Mas pode verificar-se uma união diferente, na qual uma coisa

principal absorva uma outra coisa, considerada acessória. Por exemplo: o terreno é sempre principal e tudo o que a ele se junte é acessório. Assim, as construções, as plantações nele feitas.

O acessório segue sempre a sorte da coisa principal: *accessio cedit principali* (D. 34. 2. 19. 13).

Podemos distinguir do conceito do acessório o das pertenças (*instrumenta*), onde há um liame menos íntimo de uma coisa com outra principal. As pertenças conservam certa autonomia, mas sua destinação jurídica está ligada à da coisa principal. Assim, os instrumentos de trabalho (*instrumenta fundi*), destinados ao cultivo da terra, estão ligados a ela, embora conservem certa independência.

FRUTOS

Frutos são coisas novas produzidas natural e periodicamente por uma outra, que, por isso mesmo, se chama coisa frugífera. Por exemplo: os frutos do solo, da árvore, o leite, as ovelhas do rebanho (assim consideradas, no direito romano, aquelas excedentes após a compensação das ovelhas mortas pelas novas). Todas essas coisas são chamadas frutos naturais. As rendas obtidas com a locação ou o arrendamento de coisas são também consideradas frutos. São os frutos civis (*loco fructuum, pro fructibus*). Por razões filosóficas, o parto da escrava não era considerado fruto pelos romanos. Ele passava a pertencer ao dono da escrava-mãe pelo nascimento.

Enquanto faz parte da coisa frugífera, o fruto, por isso chamado pendente, não tem individualidade própria, seguindo, assim, a sorte da coisa principal. Destacado o fruto da coisa frugífera, fruto separado, passa ele a ter individualidade própria e pode, então, ser objeto de relações jurídicas separadamente da coisa produtora. Neste último aspecto, do ponto de vista jurídico, os frutos separados podem ser considerados como colhidos (*percepti*), a serem colhidos (*percipiendi*), já consumidos (*consumpti*) e também *extantes*, que são os colhidos e existentes no patrimônio de alguém, aguardando o consumo oportuno e posterior.

BENFEITORIAS

Benfeitorias são os gastos com as coisas acessórias ou pertenças juntas à coisa principal, para melhorar e aumentar a utilidade desta. Podem ser elas necessárias, quando imprescindíveis para garantir a

existência e subsistência da coisa principal. Por exemplo: telhado novo. São úteis, quando aumentam a utilidade da coisa principal, que, porém, pode subsistir sem elas. Por exemplo: uma pintura nova no prédio. Voluptuárias são as de mero luxo, como uma piscina ao lado da residência.

DIREITO ROMANO NA
IDADE MÉDIA:
DIREITO ROMANO
GERMÂNICO E
DIREITO BIZANTINO

Queda de Roma
DIREITO ROMANO-
GERMÂNICO

1

1,0

27/05/08

Edito de Teodorico

| Conteúdo | Estrutura | Responsáveis pela Confecção |
|--|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Baseado no Direito Romano antijustiniano • Cópia de subsídios do Código Teodosiano, das Novelas Teodosianas e Pós-Teodosianas, dos códigos Gregoriano, Hermogeniano e das Sententiae Receptae de Julius Paulus. | <ul style="list-style-type: none"> • Dividido em 154 capítulos • Linguagem breve e às vezes incorreta | <ul style="list-style-type: none"> • Cassiodoro, escritor e ministro de Teodorico (rei dos ostrogodos) |

Breviarium Alaricianum

Código de Eurico

| Conteúdo | Estrutura | Responsáveis pela Confecção |
|--|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Coleção de regras jurídicas e leis dos antecessores de Eurico, suas próprias e até mesmo dos Romanos * O Código Euriciano com o passar do tempo perdeu sua importância e o trabalho de Góiarico, ^{um} conde chamado por Alarico II passou a vigorar. | <ul style="list-style-type: none"> • Divisão não uniforme: os manuscritos existentes apresentam-no dividido em títulos até o 8º e, daí em diante, em livros. • distinção entre <i>leges</i> e <i>ius</i>, sem método ou critério na distribuição das matérias | <ul style="list-style-type: none"> • juriconsulto Lião, encarregado por Eurico, o 1º rei godo da Espanha • Góiarico, um conde chamado por Alarico II |

Cód. de Eurico

Constituiu-se dos Códigos Gregoriano e Teodosianos, das Novelas Teodosianas e das doutrinas dos juriconsultes clássicos de maior reputação

LEX BORGUNDIONUM

| Conteúdo | Estrutura | Responsáveis pela confecção |
|--|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">• Baseado nos códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, nas novelas posteriores ao ano de 438, nas Institutas de Gaius e Sentenças de Paulo• Interpretationes: interpretações das leis e ius romanas | <ul style="list-style-type: none">• Dividido em 47 títulos | <ul style="list-style-type: none">• Gondobaldo, imperador dos burgúndios |

2) Basílicas

| Conteúdo | Estrutura | Responsáveis pela confecção |
|---|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">• Baseado em fontes romanas e atos legislativos posteriores a Justiniano (1ª edição de Basílio I)• Baseadas no Codex Repetitae Praelectionis (2ª ed) | <ul style="list-style-type: none">• Manual de leis com 40 livros (1ª edição de Basílio I)• Língua grega, ordenadas, com método na distribuição das matérias e precisão de linguagem | <ul style="list-style-type: none">• Basílio I confiou a confecção a uma comissão de juristas• Lião VI e seu irmão Alexandre publicaram as leis de Basílio I (2ª ed) |

Novellae Leonis

Conteúdo

- variados assuntos de direito público e privado
- complementam e subsidiam para melhor explicação as Basílicas e muitos atos legislativos de Justiniano.

Estrutura

- 113 novelas
- língua grega

Confecção

- Leão VI

- Ato permite que os romanos usem os seus direitos em território bárbaro

↳ Princípio da Personalidade das Leis

- A lei comum aos romanos e bárbaros

↳ Edito de Teodorico

↳ bárbaros estrugodos (germânicos)

① Edito de Teodorico (500 d.C.)

Breviário de Alarico (506 d.C.)

Lei dos Burgúndios (promulgada em 516 d.C.)

↳ não são datas exatas

Obs: Não usou o Corpus Juris Civilis, nem nada produzido por Justiniano, pq ele ainda não tinha feito.

Conteúdo Básico das 3 obras

* ^{lex} leges + ^{jurisprudência} iura (doutrina clássica)

pré-justiniano

| | EDITO DE TEODORICO | BREVIÁRIO DE ALARICO | LEI DOS BURGÚNDIOS |
|--------------|---|--|-------------------------------|
| Conteúdo | - Códigos: Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano (+ importante) - Novelas teodosianas - Sentenças de Paulo | Leges + interpretações Iura: Gaio, Paulo e Papiniano | Base é o Breviário de Alarico |
| Responsáveis | Teodorico | Alarico II e Gólarco | Gondobaldo |
| Estrutura | 154 capítulos | (não tem específicas) 1º lugar: constituições imperiais provenientes do C. Teodosiano - leges 2º lugar: provenientes dos Cód. Hermogeniano e Gregoriano 3º lugar: qualquer doutrina de Papiniano | 47 capítulos |

② Oriente / Império Romano do Oriente (1453)

Basílicas:

→ Basílio I e seu filho Leão VI
(Responsáveis)

conteúdo → direito justinianeu

estrutura → 60 livros

Novelas de Leão VI:

estrutura → 113 novelas

conteúdo → Corpus Iuris Civilis alterado

Novelas
de
Leão VI
e
Basílio I

de
justiniano

DIREITO GERMÂNICO - INTRODUÇÃO E FONTES

1. A GERMÂNIA ANTES DAS GRANDES INVASÕES DO SÉC. V.

- A distribuição geográfica
- A organização sócio-política
- O Direito consuetudinário não-escrito
 - Fontes literárias latinas
 - Fontes literárias germânicas
 - Fontes jurídicas redigidas em período posterior:
 - As *leges barbarorum* do séc. VI ao IX
 - Os antigos costumes germânicos conservados nas leis escandinavas dos sécs. XII e XIII.

2. AS MONARQUIAS GERMÂNICAS DA ALTA IDADE MÉDIA (SÉC. VI A XII)

- A distribuição geográfica
- Sobrevivência do direito romano e seu lento desaparecimento: o princípio da personalidade das leis e as últimas compilações de leis romanas (pelos povos germânicos). A mais importante foi a *Lex Romana Wisigotorum* ou Breviário de Alarico, de 506, que terá grande sucesso mesmo no reino Franco, desempenhando, no Ocidente, o papel que a compilação justinianéia teria no Oriente.
- Fontes do direito bárbaro: os costumes e as "*leges barbarorum*"

3. PRINCIPAIS LEIS E COSTUMES BÁRBAROS

- Redação e forma de citá-las.

3.1 DIREITO FRANCO

Lex Salica dos Merovíngios. Foi por ao menos seis vezes alterada e completada, chegando a ter cerca de cem títulos no séc.VIII. A primeira versão (*Pactus Legis Salicae*) remonta ao tempo de Clóvis, antes de seu batismo em 496. Aplicou-se inicialmente aos Francos Sálios da atual região da Bélgica e se estendeu a todo reino merovíngio. Na época de Carlos Magno foi reduzida, tornando-se a *Lex Salica emendata* (802-803).

A parte oriental do Reino dos Francos recebeu um novo texto inspirado diretamente na *Lex Salica*, com poucas modificações e ordenada pelo rei Dagoberto I (633). Denominou-se *Lex Ribuaria*, que se tornou mais tarde o direito dos Carolíngios.

3.2 DIREITOS DE POVOS QUE SE SUBORDINARAM À AUTORIDADE DOS REIS FRANCOS

As duas mais antigas foram a *Lex barbara Burgundiorum* atribuída ao rei Gondebaud (474-516), que foi uma compilação romanizada especialmente de direito civil e processo civil e o *Codex Euricianus* (Código de Eurico, de 476) primeira versão da *Lex Visigothorum* aplicada no sul da França e Espanha, dirigido apenas aos visigodos arianos (e não aos galo-romanos e hispano-romanos católicos). O Código de Eurico é uma fusão do direito romano vulgar com o direito visigótico, sendo considerado o mais antigo código germânico, e que serviu de inspiração a todas as demais leis bárbaras dos povos germânicos romanizados.

Redações de leis germânicas tardias ocorrem nas demais monarquias européias à medida que ingressam no domínio franco. Dos alamanos (na atual região suíça) remontam o *Pactus Alamannorum*, ao tempo de Clotário II (613-623), e a *Lex Alamnorum* de aproximadamente 730. Os bávaros, seguindo o exemplo, tiveram a sua *Lex Baiuvariorum* no início do século VIII.

Conservaram-se ainda duas leis bárbaras de povos menos romanizados e, portanto, com traços mais fortes do paganismo arcaico germânico: a *lex Saxonum* (785) (na atual região do norte da Alemanha) e a *lex Frisionum* (na atual região dos Flandres) em que pode ser percebida a atuação dos "dizadores do direito" frisões.

3.3 DIREITO VISIGÓTICO

Instalados na região da Bulgária, os visigodos são forçados a ir para Grécia pelos ostrogodos, onde permanecem de 369 a 399. Em 410, Alarico I, ariano, saqueia Roma e se dirige para Aquitânia. Em 418 fundam o Reino Visigótico e estabelecem um *foedus* com Roma. Atacam e vencem os Vândalos e Alanos na península ibérica, mas perdem Toulouse (507) para os Francos. Além das leis romanas, tiveram a primeira lei dirigida somente aos germanos (v. *Codex Euricianus* acima). Todavia Alarico II tentou forçar a aplicação de sua *Lex Romana Wisigotorum* ou Breviário de Alarico, de 506, a todos os súditos. Mas o Código de Eurico será renascido por obra de Leogivildo (579-586), permanecendo a separação jurídica das duas etnias (a hispano-romana católica, dos "Romãos, Romãs e Romainhos" e a ariana dos "Godos, Godinhos e Godinhaços"). Não obstante, a fusão das etnias e culturas é procurada por Leogivildo e especialmente atingida por Recaredo, que se converte ao catolicismo (589), estabelece a capital em Toledo e prepara o ambiente para a o período da definitiva unificação jurídica (com aplicação do princípio da territorialidade). Esta ocorre com a publicação, por Rescesvindo (654) do Código Visigótico (*Liber Iudicum* ou *Forum Iudicum*), mais tarde conhecido na sua versão como *Fuero Juzgo*. Esta legislação, fundindo elementos do direito canônico, germânico e romano, se aplicou até o séc. XII na parte não arabizada. O *Forum iudicum* é considerado o mais importante código medieval germânico. Encontra-se ainda um exemplar na biblioteca de Paris e outro na do Vaticano.

3.4 DIREITO LOMBARDO

Originários do norte da Alemanha, fixaram-se no norte da Itália, conservando seus antigos costumes e fazendo vigorar o princípio da personalidade do direito. O rei Rotário, por um *edictum* de 643, promulgou uma compilação de costumes com 390 artigos que tratam principalmente do direito penal e, além disso, dos direitos de família, das obrigações, real e processual. Outros éditos completaram-no, sobretudo os do rei Liutprando (763-735).

3.5 DIREITOS ANGLO-SAXÔNICOS

Fixados no Sul e Oeste da Inglaterra no séc. VI, anglos e saxões redigiram alguns textos de direito consuetudinário, geralmente no *old English*, e não em latim. A mais antiga compilação foi a do rei do Kent, Aethelbert, no início do séc. VII. Estudaremos o assunto na introdução histórica do ponto sobre a *Common Law*.

3.6 COSTUMES ESCANDINAVOS

Como a Escandinávia não foi romanizada, suas leis costumeiras, redigidas nos séc. XII e XIII, refletiam ainda o direito germânico antigo. Cristianizados a partir do séc. X, mantiveram a forte solidariedade familiar como fundamento de seu direito. As leis escandinavas, na verdade compilações de costumes regionais, foram feitas com a colaboração dos anciãos de cada aldeia, versados na prática dos costumes e convocados pelos tribunais a "dizer o direito". Estes importantes "dizedores do direito" (*laghman*, na Suécia e *løgmaðr* na Noruega) também fizeram parte da tradição dos outros povos germânicos. Citem-se, entre estas leis do séc. XII, a lei *Vestrogótia* (Suécia), a lei de *Uppland* (Suécia), a lei de *Gulathing* (Noruega), e, do séc. XIII, a lei de *Jutlândia* (Dinamarca). Na Islândia redigiu-se o código de *Hafliði* (1117) secundado pela *Kristinn réttir formi* (antigo direito cristão) e pelas compilações privadas conhecidas com o nome de *Grágás* de aproximadamente 1260.

BIBLIOGRAFIA

(*) GLISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. (Este quadro sinóptico é, em grande parte, dele parafraseado).

CALASSO, Francesco, *Medio Evo del Diritto. I - Le Fonti*. Milano, Giuffrè, 1954.

CARVALE, Mario, *Ordinamenti Giuridici dell'Europa Medievale*. Mulino, Bologna, 1994.

GARCIA-GALLO, Alfonso, *Curso de Historia del Derecho Español*, T. I e II. Madrid, 1958.

MARNOCO E SOUZA, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, França Amado, 1910.

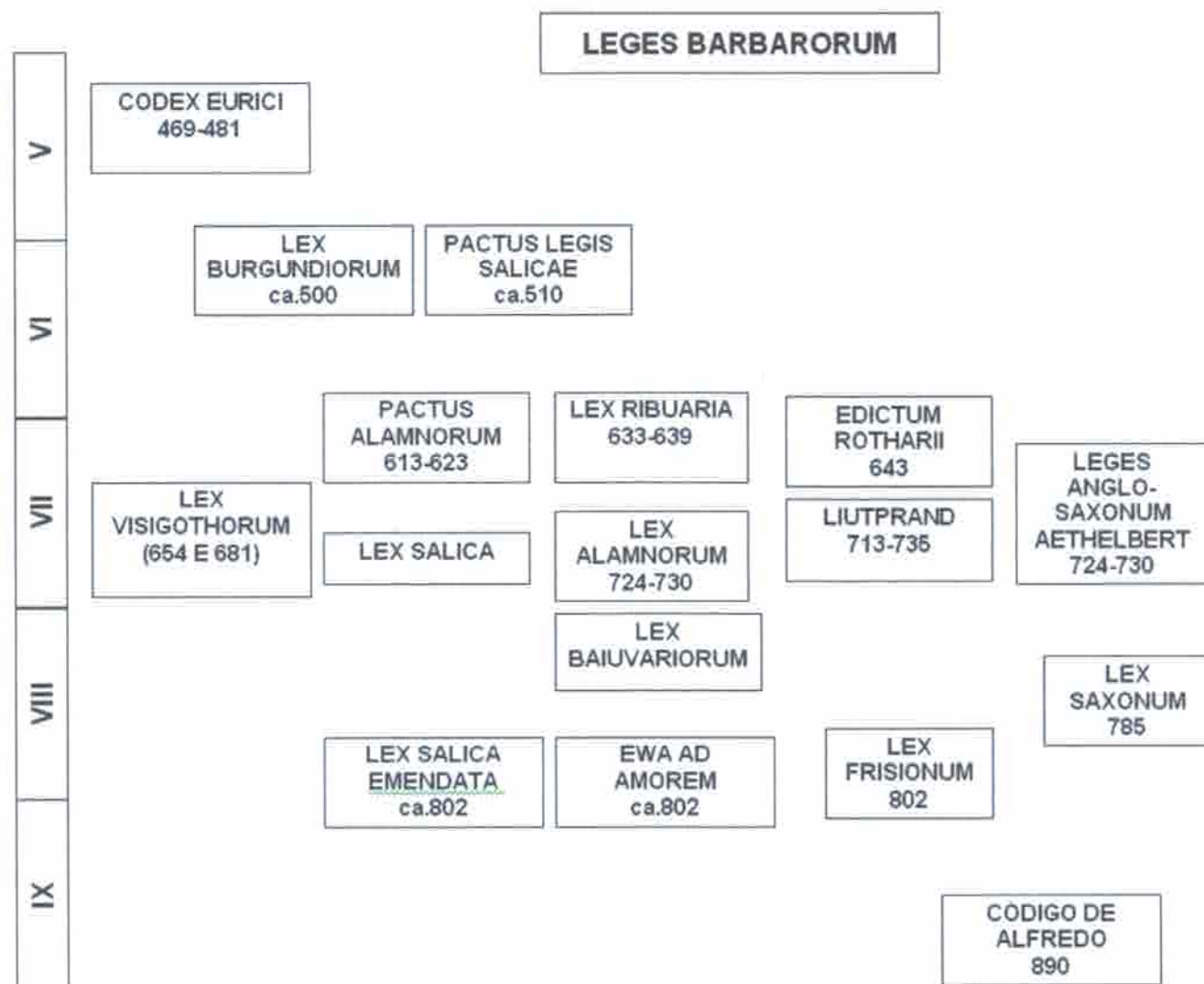
OURLIAC, Paul, *Histoire du Droit*, Toulouse, Faculté de Droit de Toulouse (s.d.)

ZEUMER, Karl, *Historia de la Legislación Visigoda* (trad. Carlos Claveria), Barcelona, 1944.

Fonte literária: Tacitus, *Germania* (há várias traduções para as principais línguas latinas)

(*) = Leitura primária recomendada.

PRINCIPAIS CÓDIGOS



AS UNIVERSIDADES
NA IDADE MÉDIA
e
RENASCIMENTO
JURÍDICO

CONTEXTUALIZAÇÃO DO ESTUDO DO D. ROMANO

754 a.C.
Fundação de Roma
(início do Direito Romano)

O diferencial de D. Rom p/ os outros

é que 510 a.C.

de acordo com alguns teóricos, eles iniciaram a "ciência" do Dir.

• Juristas: se dedicaram a estudar o Dir. e sistematizá-lo (teoria)

• Pretor (prática)

Diritos Pré-Romanos (o fenômeno jurídico já existia antes de Roma)

Roma

Realiza

fontes: - leis régias
- costumes

(*jurisprudência: monopólio dos sacerdotes; jurisprud. religiosa, arcaica)

Roma República

fontes: - leis republicanas (decididas pelo povo)

- costumes

- jurisprudência

- plebiscitos

← D. 1. 2. 2. 9

← dificuldade em se reunir multidões (o povo), por isso houve a necessidade de conferir ao Senado a adm da República

- editos dos pretores

* senatus-consultos (com participação de fato, mas não oficial)

Lei título 7 do Digesto (evoluç. da magistratura e do Direito)

bof só no A. 1. 2. 2. 9

27 a.C.

Roma Alto Império (Principado)

fontes: - leis
- costumes
- plebiscitos (menor força)

- senatus-consultos (maior força) oficialmente

- edito perpétuo

- jurisprudência vinculante (D. 1. 2. 2. 49, ius respondere)

↳ Augusto: escolhe alguns juristas p/ dar o selo imperial

- constituições imperiais

284 d.C. - Dominato (Roma Baixa Império)

fontes: Constituições Imperiais

Códigos

- Gregoriano (+/- 280 fim s. III)
- Hermegéniano (+/- 280 fim s. III)
- Teodosiano (s. V)

os imperadores vão fazendo Constituições com o passar do tempo.

Justiniano compila tudo em sua Const.

395 d.C.

Divisão do Império Romano

(O Império Romano ainda só 150: ÷ pl. fins adm)

ROMA OCIDENTAL

ROMA ORIENTAL

Consts. (D. Rom)

476 d.C.

Queda do Império Romano Ocidental

Barbaros germânicos invadem

DIREITO ROMANO VULGAR

(D. Romano + D. Barbaro)

DIREITO FEUDAL

(D. Romano + germânicos)

DIREITO ROMANO

DIREITO FEUDAL

JUSTINIANO

D. ROMANO -> fonte: Corpus Iuris Civilis

565 d.C.

Morte de Justiniano

Dir. Bizantino

ID. MÉDIA

1453 d.C.

QUEDA DO IMP. ROM. ORIENTE (turcos invadem)

DIREITO FEUDAL (Medieval)

Criação das Universidades

RENASCIMENTO do D. ROM -> D. ROMANISTA

ID. MODERNA

spiral

D. COMUM = D. Romano + D. Romano + D. Local

Séc XI -> Renasc. do D. Rom (no Ocidente) -> O D. Rom ficou esquecido desde a queda do Imp. Rom. do Oriente com a criação das Universidades, que retomaram

Antiguidade
Clássica

Divites
Pré-romanos

Roma
= D. Romano

Realeza

República

Império

Imperio, Imperador R. ORI
— Justiniano (R. Oriente)
— divisão de Roma

Sd. Média

— criação das
universidades

Sd. Moderna

1) Quais coleções de disposições de lei e regras de doutrina foram feitas pelos bárbaros no Ocidente entre os séculos V e VI d.C.? Indique seus conteúdos, estruturas e responsáveis pela confecção.

2) Indique as duas + expressivas obras legislativas orientais (direito bizantino) produzidas entre os séculos IX e XI. Informe seus conteúdos, estruturas e responsáveis pela elaboração.

Observações Úteis

1) O ambiente em Roma, nos séculos que precederam a queda do Imp. Romano do Ocidente é caracterizado por:

- Tentativas de invasões germânicas
- lutas civis
- anarquia militar (infiltração dos germanos no exército → "foederati")
- problemas econ. e fundiários (inflação, excessiva pressão fiscal e despovoamento dos campos)
- corrupção

2) O Direito pré-justiniano e os Códigos Gregoriano (contém const. imperiais de Setímio Severo até Diocleciano), Hermogeniano (const. imper. de Diocleciano produzidas entre 292 e 293 d.C.) e o Código Teodésiano (const. imp. posteriores a Diocleciano) de 438 d.C.

3) A ≠ entre *leges* (const. imp.) e *iura*

4) A lei das Citações de 426 d.C. e a autoridade dos escritos dos juristas Paulo, Ulpiano, Papiniano, Modestino e Gaius.

Por 5 sécs o Dir Rom Justiniano hiberna no Ocidente
(é praticamente esquecido)

10.06.2008

Princípio da personalidade das leis

X

Princípio da Territorialidade

Numa época em que estão em convívio povos diferentes, resolveu-se que o Direito Romano seria aplicado aos povos romanos e o Direito Bárbaro aos povos bárbaros.

CRIAÇÃO DAS UNIVERSIDADES

Séc XI e XII d.C.

- Antes da criação o estudo do Direito estava inserido no estudo do Trivium



Pois para estudar Direito era preciso saber trabalhar uma tese (dialética), dominar as regras gramaticais (gramática) e conhecer a arte do discurso (retórica).

- Com a criação das Universidades, esse estudo muda para o **Estudo Científico**

ESCOLA DOS GLOSADORES

- Surge em Bologna, na Itália no séc XII, a Escola dos Glosadores.
- Técnica de fazer glosas (comentários aos textos jurídicos)
- Descoberta, estudo e nomeação do Corpus Iuris Civilis pelos glosadores

- Trabalho dos glosadores: redigir glosas

- Técnicas de ensino da Escola dos Glosadores:

- **Sabatina** – prova oral

- **Glosa** – ferramenta

- **Suma** – reunião de elementos primordiais (tbn usada no dero)

- **Brocardos de regras jurídicas** – frases de efeito, como provérbios, normalmente reproduzidos em latim (porque eram de romanos ou medievais) que expressam um princípio jurídico.

Ex: *Ubi societas, ibi ius*

A maior parte dos brocardos jurídicos são medievais

- **Dissensiones dominorum** – disputa entre professores

- Fundador: Irnério (*lucerna iuris*)

- Acúrsio: Um dos principais sucessores. Maior comentador do Corpus Iuris Civilis → **Magna Glosa** de Acúrsio

Brincadeira de Alarico → Justiniano
nem tinha ainda
criado o Direito
e Trono

ESCOLA DOS PÓS-GLOSADORES

- Respeito excessivo aos glosadores
- Adaptações ao Direito Comercial (em vista do fim da Id. Média, em que o comércio estava em crescimento)
- Tribunais acolhem o Direito Romano ensinado nas Universidades chamado ius commune

dir. feudal (consuetudinário)

- Especialistas em escrever tratados → buscar princípios a procura da ratio

razão
↓
fundamento da norma

- Communis opinio

Quando tinham uma posição (tendência consolidada) sobre um certo tema, um consenso sobre um certo termo, eles a emitiam ao público.

A communis opinio começou a ser aceita em tribunais se tornando assim, uma fonte subsidiária do Direito. → "Na falta de lei, siga a opinião de (tal jurista)". Essa maneira de estudar o direito foi trazida até o séc XIX (≡ jurisprudência)

nigoreu

opinião dos professores → tinha autoridade → tinha força de lei

- Crítica: eles não conheciam História e Literatura

- Escola dos Glosadores
- Escola dos Pós-Glosadores

12 junho. 2008

ESCOLA CULTA

- **Antagonismo quanto à finalidade e método relativamente aos seus predecessores (glosadores e pós-glosadores)**

Querem estudar o Direito enquanto ciência pura e não prática. Consideram que a aplicação prática atual desvirtuou o Direito Romano porque adaptou a realidade da época.

- **Valorização dos estudos clássicos e busca das interpolações**

Direito Romano clássico ou genuíno.

Interpolações = tribonianismo. (Triboniano → principal coordenador dos trabalhos que culminaram no Corpus Iuris Civilis).

Os membros da Escola Culta conheciam muito bem o Direito Romano e a História, assim procuravam as interpolações para depurarem os textos clássicos.

- **Representantes: Cajácio, Donelo, Godefroy**

Godefroy → trabalhou para reconstituir o texto das XII Tábuas
→ nomeou o *Corpus Iuris Civilis*

JUSNATURALISTAS

- **Os adeptos da Escola do Direito Natural defendiam a codificação do Direito.**

Sentem a necessidade de codificar o Direito, até então esperso no Ocidente. Defender essa ideia demonstra que esta é uma Escola de Direito Natural mais prática, porém, deve-se tomar cuidado ao codificar, porque assim o Direito pereniza, e por isso, deve-se fazer uma codificação com regras mais gerais, sobre princípios. Um dos 1.ºs artigos do mundo foi o francês.

- **O Direito Natural seria o parâmetro para assegurar ou não a continuidade do Direito.**

O melhor Direito é aquele que corresponde o máximo possível ao Direito Natural, porque ele é justo e bom.

Pós o Direito Romano em discussão: será que ele já passou, ou deve continuar (adaptado)? Em que medida o Direito Romano por meio de seus institutos corresponde ao Direito Natural? O que corresponder será mantido, o que não, não permanecerá.

- **Representantes: Grócio, Puffendorf**

Grócio é muito importante para a teoria do Direito Internacional e o Direito de Guerra. A Europa nessa época ainda estava marcada pelo descobrimento da América, por isso Grócio também é autor de uma obra sobre os direitos dos índios: a América não é juridicamente já pertencente ou não aos índios?

ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ

- **Savigny recupera o prestígio do Direito Romano.**
- **Defendem os adeptos dessa escola que o Direito de um povo é "produto orgânico de sua História" e não criação arbitrária do legislador.**

Por isso defendiam que deveria haver muito cuidado ao fazer o código alemão, pois ele poderia parar o Direito, que é fruto da vivência popular.

- **Procedem à atualização do Direito Romano para sua aplicação (Alemanha Pandectística).**

Do ponto de vista prático o Direito Romano foi aplicado no cotidiano, mas houve muito estudo para adaptá-lo à realidade alemã (Pandectar = ?)

Sua criação demorou mais que a do código francês, mas resultou num código mais aperfeiçoado.

DIREITO FEUDAL E DIREITOS ROMANISTAS

(ROTEIRO DE AULA)

PROF. HÉLITO MACIEL FRANÇA MADEIRA

1. INSTITUIÇÕES FEUDO VASSÁLICAS

- A distribuição geográfica e temporal: diversidade. França (séc. X-XII); Alemanha (séc. XII-XIV). Catalunha e Aragão. Itália (XI-XIII).
- Características gerais do período do direito feudal: a) três séculos de quase ausência de legislação; b) O costume é a única fonte do direito laico: desaparece o direito romano (salvo na Itália) e mantém-se, no âmbito do *privilegium fori* ou *ratione materiae* (como o casamento), o direito canônico escrito; c) poder real, ainda que de maior grau na hierarquia feudal, é desmembrado em benefício de grandes vassalos feudatários (condes, duques, marqueses e bispos), os quais, por sua vez, desmembram seus poderes em benefício de subvassalos; d) o direito feudal é um conjunto de instituições que regulam as relações feudo-vassálicas que convive com os demais sistemas jurídicos (o romano enfraquecido, o canônico isolado e crescente e principalmente, o costumeiro direito germânico); e) apesar de sua diminuição, é direito vigente, na França, até a Revolução Francesa (1789); na Alemanha, até 1918; na Itália, até a Restauração (1815-1830); f) são pressupostos do feudalismo: a decadência do Estado e da propriedade privada e a vida prevalentemente rural e costumeira, sem a presença de autoridade pública, distante ou desconhecida.
- Três instituições principais: a) **feudo** (elemento material) – originalmente com o nome de *beneficium*, no séc. VIII. De posse vitalícia torna-se feudo hereditário no final do séc. IX na França, e depois em outras regiões. Trata-se de uma tenência (bem, tença, *tenure*, *préstamo*, *lehn*, *feyum*, *feodum*, *contea*, condado) concedida gratuitamente pelo senhor ao vassalo, para garantir a manutenção de um domínio pessoal (o conceito de *res publica* não é seguido pelos germânicos). Originou-se no precário romano; tornou-se de longo prazo ou vitalício e, aos poucos, foi considerado transmissível ao herdeiro que se comportasse dignamente em relação ao rei-senhor, a quem deveria retornar; com o tempo tornou-se um direito real; dependendo do local e do tempo, podia ou ser indivisível, ou ser transferível somente ao primogênito, ou intransmissível às mulheres etc.; b) **vassalagem** (elemento pessoal), instituída por um juramento de fidelidade recíproca entre o senhor e o vassalo, de natureza pública (consolida a soberania do rei) e privada (de liame de clientela por toda a vida), por meio da qual surge a obrigação moral de obediência do vassalo e proteção do senhor, originalmente não condicionada à concessão de um *beneficium*; c) **imunidade** – porque o benefício era geralmente constituído pela coroa ou pela igreja, tradicionalmente imunes, quem o adquiria mantinha a condição jurídica da imunidade, isto é, no direito a que nenhum oficial público adentrasse o feudo privilegiado para exercer funções judiciárias, para cobrar imposto ou para cumprir mandado. Trata-se de um poder negativo, de exclusão da presença régia, àquele que dele goza.
- Enquanto instituição política o feudo é substituído aos poucos pelas Comunas e pelos Reinos centralizadores. Enquanto instituição jurídica, permanecerá por séculos,

até o advento do direito contemporâneo. Foi compilado e agregado ao *Corpus Iuris Civilis* sob o título de *Libri Feudorum*, quando passou a integrar o *ius commune* estudado nas Universidades.

2. NASCIMENTO DOS DIREITOS ROMANISTAS E DA COMMON LAW

INDEPENDENTEMENTE DOS NUMEROSOS SISTEMAS JURÍDICOS VIGENTES EM DIVERSAS REGIÕES DA EUROPA, COUBE AOS PROFESSORES DAS RECÉM-CRIADAS UNIVERSIDADES ELABORAR, A PARTIR DO SÉCULO XII, UMA CIÊNCIA DO DIREITO BASEADA NO ESTUDO DOS TEXTOS ROMANOS, MAIS ESPECIALMENTE OS DA COMPILAÇÃO JUSTINIANÉIA. ESTE DIREITO ERUDITO APRESENTAVA DIVERSAS VANTAGENS EM COMPARAÇÃO AOS DIREITOS LOCAIS: A) ERA ESCRITO; B) ERA COMUM AOS MESTRES DAS UNIVERSIDADES CONTINENTAIS (DAÍ UM SENTIDO MENOR DA EXPRESSÃO *IUS COMMUNE*); C) ERA MAIS COMPLETO, PORTANTO PÔDE DESEMPENHAR IMPORTANTE FUNÇÃO SUPLETIVA, DE PREENCHER AS NUMEROSAS LACUNAS DOS COSTUMES LOCAIS E DE INSPIRAR OS FUTUROS REIS LEGISLADORES; D) ERA MAIS COMPLEXO, PODENDO ATENDER A NECESSIDADES DE UM PROGRESSO ECONÔMICO E SOCIAL QUE SE OPERARÁ COM A PROGRESSIVA DIMINUIÇÃO DAS INSTITUIÇÕES TRADICIONAIS DA IDADE MÉDIA.

O grau de romanização variou de país para país. Foi maior na Itália, Península Ibérica, Alemanha. Menor na França. Pequeno nos países escandinavos e bálticos; quase nulo na Inglaterra, onde se desenvolveu a *common law*.

Citem-se como elementos comuns dos direitos romanistas, tomados da Idade Média e presentes até hoje: a) **terminologia comum** dos principais institutos (propriedade, contratos etc.); b) **reconhecimento da *regula iuris* abstrata e geral**, como norteadora das decisões em cada caso concreto; c) concepção de que o **direito deve ser justo e razoável**; d) **raciocínio jurídico** dedutivo em que a lei, fonte preponderante do direito, e a doutrina, que desenvolve o próprio raciocínio, são os instrumentos para a resolução dos litígios.

O renascimento do direito romano permitiu a transformação de um sistema jurídico "irracional" a "racional". Ordálios, julgamentos de Deus e juramentos cedem aos meios de prova racionais (inquéritos, testemunhos, atos escritos etc.); o arbítrio cede à justiça; a anarquia feudal à centralização real; a submissão por força ao pacto social; a economia fechada à de trocas (séc. XII na Itália, Flandres e Champagne); campesinato à burguesia.

BIBLIOGRAFIA

TORRAZA E., DI IORIO S. e VENITTELLI, M.R. *Compendio di Storia del Diritto Medievale e Moderno*, Napoli, Simone, 2001. GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. CALASSO, Francesco, *Medio Evo del Diritto. I – Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1954. CARAVALE, Mario, *Ordinamenti Giuridici dell'Europa Medievale*, Bologna, Mulino, 1994.

Glosadores (séc. XII-XIII)

Glosa Ordinaria
(ou Magna Glosa)
de Acúrsio



Biblioteca Jagiellonska, Craców,
Polónia

Escola dos Comentadores (Dialéticos ou Pós-Glosadores) (séculos XIV e XV)

- A Escola
- Principais Comentadores
- A *Communis Opinio*
- Juristas tratadistas e consulentes
- Jurisprudência dos tribunais (século XVI)

Escola dos Comentadores (O "Mos Italicus")

- O comentário se desenvolve a partir das glosas: influência da Escolástica.
- *Tractatus* – tratados sistemáticos de normas e de institutos
- Estudo adequado ao desenvolvimento do comércio e das cidades
- Busca de *ratio* inspiradora de cada norma, para ser aplicada a outros casos

Principais Comentadores • Cino de Pistóia (1270-1336)



- Ensinou em Siena, Perugia, Napoli
- Utilizou-se do método dialético para fragmentar cada texto e para extrair a *ratio*.
- Busca da *aequitas*, seja no *ius commune* seja no *ius propria*

Cino de Pistóia

Lectura in Codicem



Dante, Cino de Pistóia e Petrarca

Principais Comentadores

- Bártolo de Sassoferrato (1313-1357)



- *Commentaria*
- Inúmeros *Tractatus* sobre assuntos específicos
- *Consilia*
- *Quaestiones*
- *Ius commune* oferece princípios para sistematizar também os *ius propria*

Renascimento Jurídico

- Escola dos Glosadores (XII – XIII)
 - Escola de Orleans (XIII)
- Escola dos Comentadores (XIV – XV)
 - Escola Humanista (XVI)

Glosadores

- Estudo científico do direito
- Descoberta do *Corpus Iuris*
- Direito Romano como sistema atemporal
- *Ius commune* x *Ius proprium*
- Adaptação do direito justinianeu às exigências da prática.
- Acolhimento pelos tribunais.

→ método analítico-hermenêutico

Glosadores

Instrumentos Hermenêuticos:

- Glosas
- *Regulae Iuris* (brocarda, generalia)
- *Summae*
- *Distinctiones*
- *Casus*
- *Dissensiones dominorum*
- *Quaestiones sabbatinae*

Principais Glosadores

- Irnêrio (o "Lucerna Iuris") (1050-1125)



- *Glossae interlineares*
- Descobriu e divulgou o *Corpus Iuris*
- Texto da *littera bononiensis* (semelhante ao da *littera florentina*)

Principais Glosadores

- Azo (1150-1225)



- *Summa codicis*
- *Lectura* (lições sobre o *Codex*)
- *Glossae*
- *Aurea Brocardica*

Principais Glosadores

- Acúrsio (1182-1260)



- *Glosa Ordinaria* (ou *Magna Glosa*)
- Compilou cerca de 97 mil glosas no *Corpus Iuris Civilis*
- "Quidquid non agnoscit glosa, nec agnoscit Curia"

Estátua de Acúrsio. Palazzo Uffizi, Firenze



BARTOLI
DE SAXO FERRO
COMMENTARIA
IN PRIMAM INFORTIATI
PARTEM

- *Commentaria in primam infortiati partem*
- "Nemo iurista nisi sit bartolista"

Baldo (1327 – 1400)



Commentaria ad:

- *Corpus iuris*
- *Libri feudorum*

Lectura ad Decretales


Pareceres (5 vol.)

"Direito Comercial"

Baldo degli Ubaldi, illustrazione del *Commentaria in digestum vetus*, ed. 1549

A "Communis Opinio Doctorum"

- Método para solução de conflitos na ausência de lei ou costume
- Introduz-se na prática jurídica
- Toma-se fonte do direito
- Busca de uniformidade e segurança jurídica
- Refletiu a carência e o silêncio do Estado
- Conservou-se na prática por séculos



Escola dos Comentadores

- Críticas:
 - Respeito excessivo aos autores precedentes
 - Utilização dos textos romanos fora de seu contexto
 - Desconhecimento da história romana e da literatura latina.

Escola Humanista ou Culta (O "Mos Gallicus")

- Segundo Renascimento do Direito Romano (séc. XV-XVI)
- Estudo dos textos romanos e bizantinos, sem os comentários medievais;
- Interpretação com o auxílio de fontes históricas e literárias e estudo das línguas grega e hebraica;
- Estabelecimento do sentido original e o verdadeiro alcance das regras jurídicas romanas;
- Elaboração de síntese do direito romano, reconstituindo-o sistema;
- Expressão em latim polido, inspirado pelos autores clássicos.
- Paligenesia dos textos latinos.

Principais Humanistas

- Andrea Alciato (Alciatus) (1492- 1550)
- Ulrich Zasius (Zasius) (1461-1535)
- Guillaume Budé (Budaeus) (1467-1540)
- Jacques Cujas (Cujácio) (1522-1590)
- Hugues Doneau (Donellus) (1527-1591)
- Denis Godefroy (Dionysius Gothofredus) (1549-1621)
- Jacques Godefroy (Iacobus Gothofredus) (1587-1652)

Principais Humanistas

- Andrea Alciato (Alciatus) (1492- 1550)
- Ulrich Zasius (Zasius) (1461-1535)
- Guillaume Budé (Budaeus)(1467-1540)
- Jacques Cujas (Cujácio) (1522-1590)
- Hugues Doneau (Donellus) (1527-1591)
- Denis Godefroy (Dionysius Gothofredus) (1549-1621)
- Jacques Godefroy (Iacobus Gothofredus) (1587-1652)

Curso de Direito Romano História

ABELARDO SARAIVA DA CUNHA LOBO (1869 - 1933)

LIVRO II

EXPANSÃO DO DIREITO ROMANO – CAUSAS DO SEU DESENVOLVIMENTO

TÍTULO II

*EDICTUM THEODORICI. BREVIARIUM ALARICIANUM. LEX BORGUNDIONUM.
BASÍLICAS. NOVELLAE LEONIS*



Abelardo Saraiva da Cunha Lobo nasceu em São Luís do Maranhão em 24-1-1869. Concluiu o curso jurídico na tradicional Faculdade de Direito do Recife em 1888, onde se doutorou em 1889. Foi juiz no Maranhão, diplomata no primeiro governo da República e, depois, professor de Direito Romano no Rio de Janeiro. Participou do movimento intelectual conhecido como a *Escola de Recife*, entre próceres da cultura brasileira como Tobias Barreto de Meneses, Sílvio Romero, Martins Júnior, Clóvis Bevilacqua, Capistrano de Abreu, Graça Aranha.

O texto eletrônico que ora oferecemos é o resultado da iniciativa do *Grupo de Iniciação Científica DHI (Documenta Historiae Iuris)* que tem por fim difundir material didático e histórico (fontes jurídicas e monumentos da historiografia jurídica brasileira) a todos os interessados na arte da História do Direito. Seguimos o texto da 1ª edição da Tip. de Álvaro Pinto (Rio de Janeiro, 1931) e do Volume 78 das Edições do Senado Federal (Brasília, 2006).

Colaboraram na fixação do texto desta versão eletrônica, os alunos-pesquisadores do Grupo de Pesquisa “DHI – Documenta Historiae Iuris”: José Lori Kuhn, Leda Terezinha Figueira Strey, Luiz Gustavo Machado dos Reis, Marco Antônio Lopez Rodriguez e Regina Beatriz Benedito da Rosa.

Ao texto original acomodado à grafia atual, acrescentamos as notas que são precedidas da abreviatura N.A. (Nota do adaptador).

Aos nossos alunos.

HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA

Título II – *Edictum Theodorici. Breviarium Alaricianum. Lex Borgundionum. Basílicas. Novellae Leonis*

SUMÁRIO - A segunda invasão bárbara na Itália (ostrogodos), na Ibéria (visigodos) e na Gália Oriental (burgúndios). O Direito dos invasores comparado ao Direito Romano. O Imperador Teodorico, *o Grande*. A organização pelos godos de dois Códigos: o *Edictum Theodorici* e o *Breviarium Alaricianum*. Os subsídios que lhes foram prestados. A *Lex Borgundionum* ou *Papiniani Responsum*. O erro de Cujácio. O imperador Basílio Macedo e os seus trabalhos de codificação do Direito *greco-romano*. As *Basílicas* e o imperador Leão VI, o *filósofo*. As 113 Novelas que costumam acompanhar as *Basílicas*. Vantagens que decorreram destas coleções para a cultura do Direito Romano.



Deposição de Romulus Augustus por Odoacro em 476. Gravura em History of Rome de Charlotte Mary Yonge (1823-1901): "Romulus Augustus resigns the Crown".¹

EDICTUM THEODORICI - Até aqui temos estudado o Direito Romano na história da própria organização, mostrando, quanto possível, os vários elementos que contribuíram para que atingisse a maior perfeição, desde a sua primeira manifestação característica, até a obra genial de sua completa consolidação com os trabalhos preciosíssimos do imperador Justiniano.

Mas, não obstante todas as vantagens decorrentes desses trabalhos, cada um dos quais representa uma incalculável soma de esforços, outros

¹ N.A. - Todas as gravuras e notas das gravuras são acréscimos da Adaptação.

fatores, de algum valor, também contribuíram para a expansão do Direito Romano e prestaram valiosos subsídios ao seu desenvolvimento.

Haja vista ao que ocorreu com os três Códigos organizados pelos Ostrogodos, Visigodos e Burgúndios, geralmente conhecidos com os nomes de *Leges Romanae*, que aparecem na Itália, na Ibéria e na Gália, no começo do século VI, bem como com os trabalhos posteriores à codificação justinianéia, que constam das *Basílicas* e das *Novelas* do imperador Leão, o *filósofo*, publicados nos fins do século IX, e que, mais tarde, serviram para esclarecer muitos pontos duvidosos da legislação e dos monumentos jurídicos.

Conta-nos a história que duas foram as grandes invasões bárbaras nos domínios de Roma. Uma, a do tempo de Mário, o célebre general que foi cônsul sete vezes, abriu as portas das Gálias e, tendo por elas atravessado, os Cimbros arrojaram-se contra a Itália, vencendo todas as resistências que se lhes opunham, chegaram ao coração da República, que foi salva da iminente destruição pela bravura e tenacidade do valente guerreiro.

Outra, teve lugar no tempo em que o Império, já dividido em oriental e ocidental, ia sendo governado, sucessivamente por Valentiniano I, Graciano e Valentiniano II, isto é, em meados do século IV. Entre os povos invasores, que irromperam contemporaneamente da região renana, baixa e alta, como os Francos e Burgúndios, e das margens do Danúbio, do centro da Floresta Negra, da Panônia, da Mésia, de toda parte, enfim, como os Sarmatas, Vândalos, Suevos e Godos, estes eram, principalmente, os que pareciam ter maior coesão e aptidão para a conquista.

Estabelecidos dentro do território romano, não tardou que Átila, o *flagelo de Deus*, os acossasse, levando-os a uma situação em que não podiam recorrer nem à fuga. Colocados entre os romanos, por um lado, e os hunos, por outro lado, ficaram emparedados, de forma que não houve outro recurso senão organizar uma deputação, sob a direção de Wúlfilas, ou Úlfilas, bispo godo, oferecer aliança aos romanos e pedir-lhes concessão de território, onde pudessem fixar-se. A aliança, que tinha por causa o pavor que os hunos lhes inspiravam, foi aceita e os godos estabeleceram-se definitivamente na Trácia.

Mas, assim como o medo lhes havia sugerido a aliança, dando-lhes tábua de salvação no imenso dilúvio, assim também a perfídia, contra a generosa hospitalidade dos romanos, deu lugar à batalha de Andrinópolis, em cuja caudal de sangue foram levados os bárbaros à posse da cidade, em 410.



Úlfilas, Vúlfilas ou Úlfila (do gótico Wulfila, "pequeno lobo") foi apóstolo entre os godos no século IV d.C. Inventou o alfabeto gótico e traduziu as Escrituras para a sua língua. Foi bispo ariano e manteve fortes laços com o clero do Império Bizantino, ao tempo de Constantino I. Difundiu o cristianismo (arianismo) entre os povos bárbaros. Até a Conversão de Clóvis (481-511) no século VI, todos os reis bárbaros cristãos foram arianos.

"O mundo estremeceu, - diz um historiador brilhante², a cidade foi pasto de sangue e da fúria dos vencedores. Santo Agostinho pintou em cores indeléveis as cenas que ali ocorreram: virgens violadas, filhas arrancadas dos braços maternos, cadáveres, sangue, lágrimas, incêndio, ferocidade, preciosidades artísticas despedaçadas, tudo cometeram os bárbaros, poupando apenas as igrejas."

Depois dos godos, os hunos, isto é, de um lado Alarico, Genserico, Teodorico e Odoacro; do outro lado, Átila. O incendiário, para quem a posse da cidade eterna era a aspiração de todos os dias, desistiu da devastação e da ruína, diante das súplicas do papa Leão I, abandonando o seu sonho e retirando-se da Itália.

² D. Antonio da Costa, *cit*, *Três Mundos*, p. 261 e seguintes.



Encontro do Papa São Leão Magno e Átila, rei dos hunos (452)

No meio de tantas lutas, dividido o império em duas partes distintas e quase rivais, cortados os laços de coesão, interrompida a ação civilizadora do Direito, desmoralizada a sociedade, subvertidos os princípios tradicionais do grande povo, fácil será compreender o flagelo desencadeado sobre Roma e, se não fora a influência regeneradora das idéias cristãs, a paciência no sofrimento e a coragem na defesa, as desgraças da pátria de Cícero teriam sido a devastação e a ruína do gênero humano.



« Le baptême de Clovis », de Saint-Gilles (ca. 1500). O primeiro rei bárbaro ariano que se converte ao catolicismo, sendo batizado em Reims com mais de 3.000 soldados, em ca. 496.

Depois de vários sucessos e senhores de vastas zonas territoriais, os invasores ficaram colocados da seguinte forma: os ostrogodos na Itália, os visigodos na Ibéria e os Burgúndios na Gália oriental.

Postos em contato imediato com os Romanos, os invasores compreenderam, desde logo, que muito teriam a lucrar adaptando os seus costumes jurídicos às injunções da superior cultura romana.

Os povos bárbaros tinham alguns costumes e estatutos pessoais que observavam com religioso respeito, mas, nunca elevaram tais costumes e estatutos à categoria propriamente de leis, senão depois que as suas conquistas sobre Roma lhes revelaram a sabedoria dos Romanos, neste particular.

E uma frase que vem sendo repetida por todos os juristas e historiadores, como traduzindo uma virtude dos bárbaros, que estes povos tinham o salutar costume de deixar as nações que conquistavam o império de suas próprias leis. Posto que dita e repetida pelas autoridades na matéria esta frase não corresponde, sob certo ponto de vista, a inteira verdade dos fatos.

Não era costume dos bárbaros, exclusivamente uma tal virtude. Muitos povos da antiguidade procederam da mesma forma e em território onde imperava o direito romano, jamais este se viu destronado, apesar das conquistas sobre este território e da completa dominação dos povos respectivos. O que fizeram os ostrogodos na Itália, os visigodos na Ibéria e os burgúndios na Gália oriental, já haviam feito antes, os cartagineses e fizeram, depois, os sarracenos.

A verdade, porém, é outra. Por uma natural associação de idéias, sempre que se fala em bárbaros, a memória é logo despertada pelas lutas que estes povos mantiveram com os romanos e daí a comparação do procedimento que ambos tiveram em relação ao direito dos vencidos.

Os romanos impunham a sua legislação; os bárbaros deixavam a que encontravam regendo os povos que dominavam e, até mais, acabavam por adotar, como própria, a legislação dos vencidos.

Nada mais natural e até lógico. Os Romanos, juristas por excelência, tinham, ao tempo da dominação goda, uma legislação e um direito perfeitíssimos e, com razão, não admitiam superioridade neste ponto; os bárbaros, ao contrário, tinham, como dissemos, simples costumes jurídicos, estatutos pessoais, instituições rudimentares, incapazes de regular as relações da vida jurídica de qualquer povo que, porventura, já conhecesse a imensa

sabedoria contida nos monumentos que recebiam a denominação de *leges* e *ius*.

Foi, portanto, depois daquele contato, que eles tiveram a verdadeira concepção do Direito e daqui nasceu, naturalmente, a idéia de fazer coleções de disposições de lei e regras de doutrina, sintetizando, em termos breves e preciosos, todo o vastíssimo cabedal então existente.³

Três importantes coleções foram feitas pelos bárbaros - o Edito de Teodorico, o Breviário de Alarico e a Lei dos Burgúndios, que passaremos a estudar cada uma de per si.



Gravura do imperador ostrogodo Teodorico (455-526) e seu Mausoléu em Ravena (Itália), construído em 520. O monumento é "Patrimônio da Humanidade" da Unesco.

Teodorico, o grande, rei dos Ostrogodos, príncipe ilustre por seus talentos, sua erudição e sua política elevada, na frase de Savigny, desejando levantar sobre os destroços de uma das partes do ocidente romano, conquistada pela condescendência do imperador Zenão, um suntuoso edifício que atestasse, ao mesmo tempo, uma nobre tolerância para com os vencidos e um preito de consideração e respeito à obra grandiosa dos seus fecundos

³ Quem sabe se não foram exatamente os trabalhos dos reis bárbaros, procurando por uma certa ordem nas *leges* e no *ius*, que sugeriram a Justiniano a necessidade de uma vasta compilação, capaz de fazer esquecer as coleções dos invasores e mostrar a insignificância dos seus esforços? As expressões do último período do § 1º do proêmio das *Institutas* talvez respondam a interrogação. Com efeito, aí se lê, depois de aludir às vitórias dos bárbaros, que "*omnes vero, populi legibus iam a nobis promulgatis vel compositis reguntur*". [N.A. – tradução: Todos os povos já são regidos por leis promulgadas e redigidas por nós].

juristas, ordenou que vários jurisconsultos romanos ⁴ organizassem uma coleção de Direito Romano para ser observada, quer pelos vencidos, quer pelos vencedores ⁵.

É uma questão que vem sendo largamente debatida entre os historiadores do Direito Romano a de saber qual a causa por que, das três coleções de *Leges Romanae*, que apareceram quase simultaneamente, somente o *Edictum Theodorici* foi promulgado para ter aplicação geral e comum a ostrogodos e romanos, com esquecimento das chamadas *leges barbarorum*, coleção de regras legais e costumes jurídicos dos povos germânicos.

Savigny é de parecer que, conhecendo Teodorico as relações de afinidade entre a civilização romana e a cultura já adquirida pelos ostrogodos, teve a idéia de estreitar ainda mais estas relações, confundindo os interesses privados pela observância dos mesmos princípios legais reguladores, fundando uma espécie de identidade de situações e levando ambos os povos a uma união duradoura, pelo menos em tudo quanto dissesse respeito à vida civil ⁶. Não obstante isto, o sábio mestre entende que esta unidade era restrita às matérias reguladas no *Edictum* e não, em geral, como opina Puchta, nas *Institutas*, §137 ⁷.

Van Wetter atribui essa exceção ao fato de Teodorico governar a Itália como simples representante do Imperador do Oriente, não passando a península itálica de mera dependência de Constantinopla, tanto assim, que as

⁴ Não se sabe quais foram estes juristas, mas, pretendem alguns historiadores do Direito Romano, como Bethmann Hollweg, *Der römische Civizprozess* - (não confundir com o Chanceler da guerra), que Cassiodoro, notável escritor e ministro de Teodorico, foi o seu redator, tanto assim que o *Edictum* vem sempre publicado em apêndice às obras desse escritor.

⁵ Não pode haver a menor dúvida quanto a esta observância comum dos princípios jurídicos contidos no *Edictum*, pois, este mesmo declara textualmente no seu epílogo: "*Quae omnium barbarorum sive Romanorum debet servare devotio*". [N.A. – tradução: "que a devoção de todos os bárbaros ou romanos deve conservar"].

⁶ Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol.1., cap.1º, pág.92 e seguintes. Veja-se também Pou y Ordinas, *cit.*, Hist.. Ext., Lic. XX, pags. 354 e 355.

⁷ O mestre ilustre é de opinião que, à vista da brevidade extrema das disposições do *Edictum* e das lacunas que nele havia, o Direito subsidiário para os Romanos deveria ser o Direito Romano e para os Ostrogodos o Consuetudinário Germânico. A despeito da indiscutível autoridade do insigne romanista, achamos que a sua opinião não passa de simples hipótese, tanto menos aceitável quanto é certo que, se lacunoso era o Edito, muito mais ainda esse direito consuetudinário germânico, que sucumbia sempre que defrontava o Direito Romano.

moedas dos príncipes ostrogodos traziam habitualmente em frente a efigie imperial e no reverso, o simples nome do chefe godo governante⁸.



Moeda cunhada por Odoacro, contém o nome de Zenão I, imperador bizantino ao qual Odoacro estava formalmente subordinado

Entendemos, porém, que, nem aquelas idéias, em que Savigny se firma, nem à dependência do governo do Ocidente ao de Constantinopla, como quer Van Wetter, dependência, aliás, muito contestável, se deve atribuir a unidade do Direito na Itália, mais, sim, única e exclusivamente, à superioridade indiscutível do Direito Romano sobre as *leges barbarorum*.

Teodorico, posto que rei de um povo que se distinguia somente pela força do braço, era, todavia, um homem de certo valor, para quem as conquistas da inteligência tinham, talvez, maior importância, do que os triunfos pelas armas.

Descendente da casa de Amales, o filho de Teodomir, depois da morte de seu pai e tios Widimir e Walamir, foi proclamado rei dos Ostrogodos. Tendo sido, aos 8 anos de idade, dado como refém ao imperador do Oriente Leão I, em penhor da aliança celebrada entre romanos e ostrogodos, teve oportunidade de pôr-se em contacto imediato com a aristocracia de então, sendo educado, em Constantinopla, com vivo interesse, ganhando corpo nos exercícios de guerra e espírito nos hábitos de conversações esclarecidas, nas escolas dos mais hábeis mestres e no convívio da gente fina⁹.

⁸ Van Weter, *op. cit.*, vol. 1º § 23, pags. 142 e seguintes.

⁹ Sobre particularidades da vida de Teodorico e de suas relações com os imperadores do Oriente e estada em Constantinopla, vejam-se Gibbon, *op.cit.* , 2º vol., cap.XXXIX -, e os inúmeros autores por este indicados, especialmente Peringskiold, *Vita Theodorici*, publicada em Estocolmo, 1699. Deste trabalho consta que Teodorico nasceu em 454, quando governavam no Oriente Marciano e no Ocidente Valentiniano III, nas proximidades de Viena, tendo falecido em Ravena, no ano de 526, legando a seus dois filhos: Amalarico a Espanha e Atalarico a Itália.

Para dizer do seu valor pessoal, com mais ou menos cunho de verdade, vejamos a célebre carta que Sidônio, companheiro do rei ostrogodo, escreveu da cidade de Tolosa a um dos seus amigos, que tinha a curiosidade de conhecer a vida de Teodorico, descrita por quem a conhecesse de perto¹⁰.

Diz a carta: "Pela majestade do seu aspecto, Teodorico imporia respeito àqueles que ignorassem o seu merecimento; e apesar de ter nascido príncipe, o seu merecimento honraria uma situação particular. É de estatura mediana, o seu corpo parece mais cheio do que gordo e nos seus membros bem proporcionados une-se a agilidade com a força muscular. Se examinardes a sua fisionomia, vereis uma testa alta, espessas sobrancelhas, nariz aquilino, lábios delgados, uma fiera regular de dentes brancos e uma tez clara, que cora mais frequentemente de modéstia do que cólera. A distribuição ordinária do seu tempo, enquanto está exposto à vista pública, pode ser concisamente representada. Antes do amanhecer, dirige-se, com um pequeno séqüito, para a sua capela domestica, onde o serviço religioso é executado pelo clero Ariano; mas, aqueles que presumem interpretar os seus secretos sentimentos, consideram esta assídua devoção como efeito de hábito e de política.

O resto da manhã é empregado na administração do seu reino. A sua cadeira é cercada por alguns oficiais militares de aspecto e porte decente: a multidão ruidosa dos seus guardas bárbaros ocupa a sala da audiência, mas não tem permissão de se demorar dentro dos véus das cortinas que escondem a casa do conselho aos olhos vulgares. São sucessivamente introduzidos os embaixadores das nações: Teodorico escuta com atenção, responde-lhes com discreta brevidade e ora anuncia ou adia, segundo a natureza dos seus negócios, a sua final resolução. Perto das oito (a segunda hora) levanta-se do seu trono e visita ou o seu tesouro, ou as suas cavalaria.

Se escolher caçar, ou pelo menos exercitar-se em montar a cavalo, o seu arco é levado por um jovem favorito; mas, quando a caça aparece, retesa-o com a sua própria mão, e raras vezes erra o alvo da sua pontaria: como rei,

¹⁰ vid. v. Duruy, *Hist. de Rom.*, App. de Pinheiro Chagas, pag.335.

desdenha cingir arma em tão ignóbil luta: mas, como soldado, envergonhar-se-ia de aceitar qualquer serviço militar que ele possa desempenhar.

Em dias comuns, o seu jantar não é deferente da refeição de um cidadão particular: mas, todos os sábados, muitas pessoas respeitáveis são convidadas para a mesa real, que, nestas ocasiões, é servida com elegância da Grécia, a abundância da Gália e a ordem e a diligência da Itália. A baixela de ouro ou de prata é menos notável pelo seu peso do que pelo brilho e pelo curioso trabalho; o paladar é satisfeito sem a ajuda de luxo estranho e dispendioso; o tamanho e o número das taças de vinho são regulados com uma estrita consideração pelas leis da temperança e o respeitoso silêncio que prevalece é interrompido apenas por grave e instrutiva conversação. Depois do jantar, Teodorico às vezes descansa num curto sono e, logo que acorda, pede os dados e as tábuas, anima os seus amigos a esquecer a majestade real e fica deleitado quando eles exprimem livremente as paixões, que são excitadas pelos incidentes do jogo. Nesse jogo, de que ele gosta como imagem da guerra, mostra alternadamente a sua energia, a sua habilidade, a sua paciência e a sua índole agradável. Se perde, ri; é modesto e silencioso, se ganha. Contudo, apesar dessa aparente indiferença, os seus cortesãos escolhem, para solicitar algum favor, os momentos de vitória; e eu próprio, nas minhas solicitações ao rei, tirei algum benefício das minhas perdas.

Perto da hora nona (três horas) volta outra vez a maré dos negócios e corre incessantemente até depois do sol posto, quando o sinal da régia ceia despede a fatigada multidão de suplicantes e litigantes.

À ceia, refeição mais familiar, bobos e pantomimos são às vezes introduzidos para divertir, não para ofender a companhia, com os seus ridículos gracejos; mas, cantoras e as suaves modas efeminadas da música são severamente banidas e só são agradáveis ao ouvido de Teodorico tons marciais que incitem a alma e ações de valor. Retira-se da mesa e os guardas de noite são imediatamente postados à entrada do tesouro do palácio e dos aposentos particulares."

Estes traços pessoais deixam ver hábitos de um homem inteligente e de certa cultura intelectual, que se revelam à mesa das refeições e do jogo, onde, segundo um moralista, se deve observar os homens para bem poder conhecê-los.

Não é, pois, uma hipótese para ser repelida a de que a causa determinante da idéia de uma breve e sintética consolidação do Direito Romano para reger as relações da vida jurídica dos ostrogodos e romanos da Itália, fora a superioridade desse Direito, cujos princípios e regras feriram a inteligência aguda do rei, quando este, ainda muito jovem, recebia em Constantinopla os cuidados de uma perfeita educação intelectual e moral, conforme atestam os seus historiadores e biógrafos.

Segundo os melhores dados históricos o *Edictum Theodorici* ficou organizado e começou a ter execução no ano de 500, embora alguns autores impugnem a referida data, sustentando que não podia tal acontecimento ter logrado antes do ano 506, em que foi publicado o Breviário de Alarico, pois, o Edito tinha traços evidentes da *Interpretatio* do Breviário.

Essa justificativa não tem, porém, valor algum atualmente, porque os *Fragmentos do Vaticano*, relativos ao Código Teodosiano e a outros trabalhos de origem oriental, mostram que no século V havia sumários semelhantes a tais *interpretationes*, afirmando Krüger¹¹ que a *Consultatio*¹², a *Lex Romana* dos Borgúndios, o *Edictum Theodorici* e as *interpretationes* contidas no Breviário de Alarico vieram, sem duvida alguma, de uma fonte comum, que forneceu todos os subsídios para a composição dos aludidos trabalhos.

O *Edictum Theodorici* foi inteiramente vazado no Direito Romano antejustiniano, tendo contribuído com a maior cópia de subsídios o Código Teodosiano e as Novelas Teodosianas e Pós-Teodosianas, seguindo-se os códigos Gregoriano, Hermogeniano e as *Sententiae Receptae* de *Julius Paulus*.

¹¹ *Cit. Hist. Fuent. e Lit* – § 40 , pag. 290 e 291.

¹² *Consultatio Veteris Jurisconsulti*. É uma coleção de pareceres de um jurisconsulto, cujo nome se não sabe, organizada depois da confecção do Código Teodosiano, que reproduz textualmente as fontes em que funda o princípio ou a regra adotada. Estas fontes foram as constituições imperiais contidas no Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, e as *Sententiae Receptae* de *Paulus*; é dividida em capítulos em número de nove (IX), mas o VII está repetido uma vez e o IX cinco vezes. Foi publicada, pela primeira vez, em 1577 por *Cujacius* – Vid. *Blondeau, cit. Inst. L'Empereur Justinien*, tom. 2. pags. 392 e seguintes.

Foi dividido em cento e cinquenta e quatro (154) capítulos, todos de grande brevidade e em linguagem às vezes incorreta, o que faz supor não ter sido da autoria de Cassiodoro. As fontes do Direito Romano que lhe prestaram subsídios foram por tal forma mutiladas, que Mackeldey¹³ chegou a afirmar que o Direito Romano ficou nele inteiramente desconhecido.

O Edito tem sido publicado algumas vezes, porém, a melhor das suas edições foi feita em Halle, na Prússia, em 1816, sob a denominação de "*Commentatio ad Edictum Theodorici, Regis Ostrogothorum*"¹⁴.

O editor utilizou-se principalmente da primeira edição deste trabalho, feita em 1579, como apêndice às obras de Cassiodoro¹⁵.

Vigorou na Itália até a queda do domínio dos ostrogodos, cujo início teve lugar com o formidável ataque de Belisário¹⁶, logo após a publicação do *Codex repetitae praelectionis*, e definitivamente conseguida por Narsés, tendo Justiniano imposto à Velha Roma reconquistada a sua legislação codificada e as Novelas que se lhe seguiram¹⁷.

BREVIARIUM ALARICIANUM - Desde a morte de Valentiniano III, em 455, o Império Romano Ocidental entrou em verdadeira agonia e os nove Imperadores¹⁸ que se sucederam, de 455 a 476, pouco quase nada, fizeram pelo Direito, de forma que, quando Odoacro pôs termo ao governo de *Romulus Augustus*, o ocidente romano estava virtualmente entregue aos usurpadores estrangeiros. Na Espanha dominavam os suevos, os vândalos e os visigodos, detendo estes Bética e a Catalunha.

Eurico procurou dominar todos os seus inimigos e, de fato, vencendo-os, um a um, assenhoreou-se de quase toda a Península Ibérica, firmando

¹³ Cit. *Elem de D.R.*, § 59, pag. 37.

¹⁴ N. A. - *Commentatio ad Edictum Theodorici Regis Ostrogothorum*. Obtulit Gotthardus Fridericus Rhon (?-1829), Halae, Formis Friderici Grunerti Filii, 1816.

¹⁵ É a conhecida edição Pithou.

¹⁶ N. A. - *Flavius Belisarius* (505-565), um dos grandes generais do Império Bizantino durante o reinado de Justiniano I, protagonista nas lutas da expansão do Império. Foi sucedido pelo general Nersias (478-573).

¹⁷ Veja-se o Apêndice XV em que vêm transcritos o prefácio e o epílogo do Edito.

¹⁸ Eram eles: Petronius Maximus, Avitus, Maiorianus, Libius Severus, Anthemius, Olybrius, Glycerius, Julius Nepos e Romulus Augustus.

definitivamente o poderio dos visigodos e estabelecendo em bases sólidas o trono, que foi, mais tarde, ocupado pelos homens mais notáveis de sua raça.

Considerando-se, como na verdade era, o primeiro rei godo da Espanha, foi seu cuidado impor, desde logo, lei aos seus súbditos e para melhor vencer as dificuldades que se lhe apresentavam na administração da justiça encarregou um jurisconsulto, de nome Leão, de organizar uma coleção de regras jurídicas e leis dos seus antecessores, suas próprias e até mesmo dos Romanos, subordinado-as aos interesses dos conquistadores e, assim, obter, mais facilmente, a completa dominação dos povos peninsulares.

Entretanto, ou porque o manancial, onde buscaram os elementos para a composição, fosse insuficiente e impróprio ao fim desejado, ou porque ao encarregado da compilação faltassem aqueles requisitos indispensáveis aos codificadores, o que é certo é que o *Código Euriciano* saiu um verdadeiro aleijão, em que a grosseria das rudes disposições das leis dos visigodos chocava-se, em uma evidência flagrante, com a elegante simplicidade e perfeição modelar da legislação romana, ali aproveitada.

Para um povo que durante tantos anos havia vivido sob a autoridade do Direito Romano e inspirando-se nas sábias lições dos grandes jurisconsultos da época clássica, era naturalmente insuportável a obediência a um código de leis em tais condições e, daqui a vigorosa reação oposta pelo povo à opressão que vinha sendo desenvolvida com a aplicação desse código.

Alarico II, filho e sucessor de Eurico no trono visigótico da Ibéria, compreendendo, com exatidão, a gravidade da reação que vinha sendo movida à legislação paterna, ou talvez, convencido de que se não devia substituir, por outro qualquer, o Direito modelo que vigorava em Roma e Constantinopla e estava sendo observado pelos ostrogodos da Itália como medida de ensaio para o estabelecimento de um Direito comum, confiou a Goiarico, conde palatino¹⁹, a missão de consolidar em um só corpo a legislação romana que se encontrava principalmente nos códigos Gregoriano, Hermogeniano e

¹⁹ Conde ou *comites*, primeiros oficiais do Palácio real ou dos Governadores e praças fortes, os quais tinham várias denominações especiais, conforme as funções que exerciam, como *catafractários*, *clibanários*, *sagitários*, *condestables* etc.

Teodosiano, nas Novelas Teodosianas e Pós-Teodosianas, e a doutrina dos jurisconsultos clássicos de maior reputação, como a das Institutas de *Gaius*, das Sentenças de *Paulus* e Respostas de *Papinianus*²⁰.

O Conde, provavelmente auxiliado por uma comissão de *prudentes*, procurou naquelas fontes os subsídios necessários à confecção do trabalho, obedecendo na colocação dos dispositivos tão somente à distinção entre *leges* e *ius*, sem outro método ou critério na distribuição das matérias. Colocou em primeiro lugar tudo quanto provinha do Código Teodosiano e das Novelas posteriores, seguindo-se o que forneceram os Códigos Gregoriano e Hermogeniano, os trabalhos de *Gaius* e de *Iulius Paulus*, terminando com uma resposta de *Papinianus*, único fragmento deste notável jurisconsulto que foi aproveitado.

Na parte correspondente às *leges* ocupam maior extensão os estratos obtidos do Código Teodosiano e na relativa ao *ius* as Sentenças de *Paulus*.

Krüger sustenta que os compiladores não tiveram preocupação alguma teórica, nem para o ensino do Direito.

Não é de todo aceitável essa opinião, atendendo-se a que foram copiados inúmeros trechos das Institutas de *Gaius*, trabalho didático por excelência, modelo das obras congêneres de *Ulpianus*, *Florentinus* e *Modestinus*, escritas exatamente para fixar as teorias e doutrinas dominantes nos vários departamentos do Direito.

A coleção, assim organizada, não recebeu desde logo uma denominação própria ou especial; mas, os jurisconsultos da época, talvez para distingui-la do Código de Eurico, davam-lhe o nome simples *Lex Romana*. Mais tarde, quando o Código Euriciano perdeu sua importância, o trabalho de Goarico começou a ser conhecido pela designação de *Liber Legum* ou *Liber Iuris*. No século XVI os juristas chamavam-no *Lex Romana Wisigothorum*, *Breviarium*

²⁰ Entre as Novelas Pós-Teodosianas figuram algumas de Valentiniano III, Marciano, Majoriano e Severo.

Alaricianum, *Breviarium Alarici* e às vezes também *Breviarium Aniani* ²¹. A denominação de *Breviarium Alaricianum* é hoje comum entre os juristas.

Logo que os compiladores entregaram o Breviário pronto, Alarico II convocou uma assembléia de Bispos e de leigos notáveis, reunidos em Aire de Gasconha, e obtida a aprovação, *adhibitibus sacerdotibus ac nobilibus viris*²², foi promulgado no ano de 506, vigésimo segundo do reinado de Alarico e anterior ao de sua derrota e morte por Clodovil, rei da França.

Para dar execução ao novo Código Visigótico, Alarico II fez baixar uma circular a todos os governadores, conhecida pela denominação de *commonitorium*, na qual se explicava a maneira de aplicar as disposições do *Breviarium*, sendo um exemplar deste sempre acompanhado de um exemplar daquela.

Parece fora de dúvida que os compiladores tinham as suas funções muito restritas, não lhes sendo permitido senão coleccionar as *leges* e o *ius*, copiando literalmente os textos respectivos e levaram este dever a tal ponto, que chegaram até mesmo a transladar de muitas constituições partes ou disposições revogadas.

Entretanto, talvez por amor próprio e em implícita defesa de seus créditos de juristas, juntaram a cada trecho copiado uma *interpretatio* ou explicação mais clara e precisa do texto legal e às vezes declarando já não estar em vigor o dispositivo transcrito.

O *Breviarium* não foi uniformemente dividido. Os manuscritos existentes apresentam-no dividido em títulos até o 8º e, daí em diante, em livros.

A sua autoridade como lei reguladora das relações dos Romanos entre si e destes com os Visigodos, foi até o reinado de Chindasvindo, pois, Recesvindo, filho daquele e seu sucessor no trono, em 17 de dezembro de 653,

²¹ Esta denominação é ilegítima, pois, segundo Savigny, Aniano nenhuma colaboração teve no Breviário. Apenas, devido à função que exercia de *Conde Palatino*, prestou sua assinatura às cópias enviadas às demais autoridades do reino, dando, assim, cunho oficial às leis e autenticidade aos respectivos exemplares. Em uma das passagens do *commonitorium* designa-se o *Breviarium* desta forma: "*Leges s. species juris de Theodosiano et diversis libris electae*" – mas, cremos que esta frase é antes uma explicação do que uma denominação. [N. A. – tradução: "Leis ou espécimes de direito escolhidas do Código Teodosiano e de diversos livros."]

²² N. A. – tradução: "Consultados os sacerdotes e os homens nobres".

apresentou ao célebre Concílio VIII de Toledo o *Tomo Régio*, pelo qual, revogadas as leis antigas, teve início a confecção do *Forum Judicum* ²³.



Fac símile de uma edição do Fórum Iudicum de 1600.

Não obstante, revogado, o *Breviarium Alaricianum* continuou sendo objeto de estudos para os juristas e registro de fontes do Direito Romano que se não encontravam nos outros monumentos ²⁴.

LEX BORGUNDIONUM. Como vimos, dos povos bárbaros que invadiram e dominaram os destroços do velho Império Romano, os burgúndios fixaram-se na Gália oriental e ali constituíram um reino que, na entrada do século VI, tinha por limites os cursos dos rios Saône e Ródano, estendendo-se desde a Floresta dos Vosges, perto de Belfort, até aos Alpes e Mediterrâneo.

Detinha o trono dos burgúndios, o célebre rei Gondobaldo, que, por efeito do falecimento de seus dois irmãos, Godesesil e do pai de Santa Clotilde, mulher de Clodovil I, tornou-se o único soberano daquela região. Sucessor, no governo, de quem pouco se preocupara com as coisas de Direito, mesmo porque as necessidades da vida jurídica dos seus súditos romanos eram satisfeitas pelas *leges* e *ius* do grande povo, quis, todavia, o monarca imitar

²³ Esta ilustre assembléia compunha-se de 52 Bispos, 10 Vigários, 12 Abades e 16 eminentes personagens da Corte real, sob a presidência do rei. Veja-se no L. 3º, T.III a parte relativa ao Código Euriciano.

²⁴ Há uma edição célebre do *Breviarium*, levada a efeito por Haenel e publicada em Leipzig, em 1848, sob o título de *Lex Romana Visigotorum*. Para obter um exemplar o mais perfeito possível o editor compulsou 76 manuscritos do *Breviarium*, só adotando como texto definitivo o que resultava da comparação cuidadosa e se impunha com visos de verdadeiro e legítimo.

Teodorico, o grande, e Alarico II, organizando o corpo de leis romanas para regular as relações jurídicas dos Romanos que habitavam as regiões por ele dominadas.

Já tendo mandado compilar as leis bárbaras em um código para ser observado pelos burgúndios, no qual foram condensados os costumes e as leis pessoais que vinham cumprindo e modificando sob influência da legislação romana, deu Gondobaldo execução a uma promessa, então feita, ordenando que se formasse uma coleção de *Leges Romanae* para ser aplicada aos romanos²⁵.

A comissão encarregada desse serviço procurou subsídios, como haviam feito os comissários do *Breviarium Alaricianum*, nas fontes usuais das *leges* e *ius*, isto é, nos Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, nas Novelas posteriores ao ano de 438, nas Institutas de Gaio e Sentenças de Paulo. Mas, os compiladores não se limitaram somente a copiar os textos legais; foram às *interpretationes*, então existentes, procurando, com maior liberdade do que os companheiros de Goiarico, o verdadeiro sentido das leis e, às vezes, até mesmo mesclando o Direito Romano com a *Lex Gundobalda*, cuja ordem de matérias adotou, provavelmente para que se confrontassem, com maior facilidade, os respectivos textos.

Foi dividido em quarenta e sete títulos e recebeu a denominação de *Lex Romana Borgundionum*, sendo geralmente conhecida por *Papiniani Liber Responsorum* ou simplesmente *Papiani Responsa*.

Estas denominações, porém, foram-lhe dadas no século XVI, devido a um erro de *Cujacius*. Explicam os historiadores este fato pela forma seguinte: - cada *Breviarium Alaricianum* completo, como vimos, termina com uma resposta de *Papinianus*, e *Cujacius*, tendo examinado um exemplar do

²⁵ A codificação das leis bárbaras dos burgúndios recebeu a denominação de *Lex Gundobalda*, sendo geralmente conhecida por *Lei Gombeta*. No prólogo desta *Lei* encontra-se a prova de que não se aplicava às causas entre Romanos: "*Inter Romanos Romanis legibus praecipimus judicari; qui formam ut expositionem legum conscriptam qualiter judicent se noverint accepturos, ut per ignoratiam se nullus excuset*". [N. A. – tradução: "Entre romanos, determinamos sejam eles julgados pelas leis romanas; os quais, para que de tal modo julguem, tomarão conhecimento e aceitarão o modelo, como uma exposição escrita das leis, para que ninguém se escuse alegando ignorância"].

Sobre a diferença entre a *Lex Borgundionum* e a *Lex Gombeta* ou *Gundobalda* veja-se L. 3º, T. III, na parte relativa ao direito germânico.

Breviarium, em que vinha, logo em seguida, a *Lex Borgundionum*, supôs que se tratasse efetivamente de uma cópia das *responsa Papiani* e assim publicou, em 1566, como sendo o *Papiniani Liber Responsorum*, quando não era senão a *Lex Romana Borgundionum*. Mais tarde, publicando o próprio *Cujacius*, em 1586, uma nova edição de seu trabalho, corrigia o erro e deu à obra o seu verdadeiro nome. Apesar da correção, a *lex* continuou a ser chamada *Papiniani liber responsorum* e, às vezes, também, *Papiani Responsa*, alterando-se o nome do Príncipe dos Jurisconsultos, porque, no texto, o seu nome aparece frequentemente como sendo *Papianus*, ao invés de *Papinianus*.

Não estão de acordo os historiadores quanto ao ano da publicação da Lei dos Burgúndios, opinando Savigny que tal publicação deve ter lugar entre os anos de 517 a 534. No entretanto, parece que a data não deve ultrapassar a 516, pois foi neste ano que faleceu Gondobaldo e não há hoje dúvida de que a *Lex* foi organizada ainda em seu governo.

Gundobaldo teve como sucessor seu filho Segismundo, a vítima dos filhos de Clóvis, sepultado vivo em Orleães e com ele o poder que lhe transmitira a sucessão paterna. “Aos rebeldes burgúndios, diz um historiador, porque tentaram quebrar os seus grilhões, consentiu-lhes ainda que gozassem as suas leis nacionais debaixo da obrigação de tributos e de serviços militares e os príncipes merovíngios²⁶, reinaram pacificamente num reino, cuja glória e cuja grandeza tinham sido primeiro destruídas pelas armas de Clóvis²⁷.

BASÍLICAS. NOVELLAE LEONIS. Desde a morte do imperador Justiniano até o advento dos representantes da *Casa Macedoniana*, o *Império do Oriente*, ou *Império Grego*, teve 27 imperadores, dos quais 15 foram arbitrariamente escolhidos²⁸ e os 12 restantes vieram da raça isauriana, a começar de Leão III²⁹.

²⁶ N. A. - Dinastia de reis francos fundada por Meroveu e consolidada por Clóvis I (465-511) e mantidas pelos seus descendentes até o ano de 751.

²⁷ Duruy, *cit. Hist. de Roma*, 4º vol., p. 391.

²⁸ São eles: Justino I, Tibério II, Maurício, Focas, Heráclio, Constantino III, Heracleonas, Constante II, Constantino IV, Justiniano II, Leôncio, Tibério III, Filipe, Anastácio II e Teodósio III.

²⁹ Leão III, Constantino V, Leão IV, Constantino VI, Irene, viúva de Leão IV, em nome de seu filho Constantino VI, Nicéforo I, Staurácio, Miguel I, Leão V, Miguel II, Teófilo e Miguel II.

Durante este período de tempo (de 565 a 867), a não serem as coleções das Novelas de Justiniano, publicadas com os títulos de *Epitomi* e *Liber Authenticarum*, no tempo de Justino I, o imediato sucessor de Justiniano; das *Glosas Nomicae*, de diversos autores; das obras atribuídas a Teodoro Balsamão e das compilações gregas de leis militares, rurais e navais, no tempo de Heráclio (de 610 a 641), nada mais de importante acusam os historiadores relativamente a obras de Direito ou monumentos legislativos.

Com o advento do imperador Basílio I, ou *Basílio Macedo*, no ano de 867, embora ainda vigorassem os monumentos da compilação justinianéia, posto que bastante retalhados e modificados em pontos importantes, pretendeu o monarca dar uma certa ordem à legislação em vigor e para isto confiou a uma comissão de juristas a redação de um código geral, bebido nas fontes romanas e nos atos legislativos posteriores a Justiniano. A comissão trabalhou sem aquele entusiasmo que animava os Tribonianos, Teófilos e Doroteus e, por isso, ou porque lhe faltassem o saber e a boa vontade dos colaboradores de Justiniano, gastou 10 anos para confeccionar um *Manual de Leis*, com 40 livros, base do monumento legislativo greco-romano que apareceu, mais tarde, sob a denominação de *Basílicas* ³⁰.



Moeda de Basílio I

Morto Basílio I, em 886, seu filho Leão VI, sucessor no trono em sociedade com seu irmão Alexandre, cogitou, desde logo, de completar o

³⁰ Os historiadores não estão de acordo na razão pela qual foi dado o nome de *Basílicas* a esta coleção de leis. Entendem uns que tratando-se de atos emanados de autoridade imperial, a palavra é o adjetivo – *basílicus*, a, um – isto é, *real*, *régio*, *magnífico*, *esplêndido*, *suntuoso* – empregado para qualificar a importância do trabalho. Outros, porém, acham que esse nome nada mais é do que uma homenagem prestada por Leão VI à memória de seu pai. Pensamos que estes são os que têm razão. O *Manual* era geralmente conhecido pelo nome de *Proquiron* e perdeu sua importância com o aparecimento das *Basílicas*.

trabalho paterno, e no ano seguinte à sua ascensão ao trono, isto é, em 887, fez publicar a primeira edição do dito trabalho, como nome de *Basílicas*, que conserva até hoje entre os estudiosos de Direito Romano.

As *Basílicas* tomaram por modelo o *Codex Repetitae Praelectionis*, sendo, porém, redigidas em língua grega, com ordem, método na distribuição das matérias e precisão de linguagem, parecendo, por isto, que o próprio imperador filósofo teve suas vistas presas ao trabalho, ou nele colaborou, dando-lhe o cunho de sua cultura intelectual e conhecimentos lingüísticos.

A obra foi dividida em seis partes, ou volumes, e estas subdivididas em sessenta livros³¹. Este número de livros faz crer que os dois últimos volumes tenham sido confeccionados pelo imperador Leão VI, adicionando vinte livros, organizados sob sua inspeção, aos quarenta do *Manual de Leis*, a que acima nos referimos, (*Proquiron*)³².

As fontes das *Basílicas* foram principalmente os monumentais trabalhos de Justiniano, consultando-se e escolhendo-se, para cada um dos seus 60 livros, as matérias correspondentes no Digesto, no Código, Institutas e Novelas, com as modificações posteriores à publicação destes monumentos e feitas as correções necessárias nos dispositivos, pondo-se termo também às contradições existentes.

Para chegar a este resultado serviram-se dos *Índices* de Isidoro, de Anatólio e do jurista egípcio chamado Teodoro, *Scholasticus*³³, fontes de preciosas informações para a boa distribuição das matérias e conhecimento integral de todas as disposições legais que as regulavam. Foram também atendidos todos os trabalhos dos escritores greco-romanos e as constituições dos imperadores que sucederam a Justiniano, dominando a escolha dos textos a regra – *lex posterior derogat priori*.

³¹ Cada livro compreende muitos *títulos*, tendo cada título uma *rubrica*, indicadora da matéria de que se ocupa e desdobrando-se em *capítulos* e estes em *parágrafos*.

³² Os trabalhos publicados sobre as *Basílicas* não autorizam designar quais os jurisconsultos de que se serviram Basílio I e Leão VI para conseguir a confecção da grande obra. Sabe-se, entretanto, que a comissão nomeada pelo imperador *filósofo* para coordenar os trabalhos paternos e levar a cabo a obra projetada, teve por presidente *Symbatio*, que exercia, então, as funções de comandante da guarda imperial e era amigo particular do monarca.

³³ Esta palavra, cuja significação genérica é *literato, erudito, sábio etc.* tinha então um sentido restrito e exclusivo, correspondente ao que hoje chamamos *advogado profissional*, isto é, homem formado em Direito que vive exclusivamente nos labores da advocacia, e não simplesmente jurista, professor de Direito ou juiz.

Entrando em vigor, pelo menos a partir do ano de 892, as *Basílicas* se constituíram o Direito *oficial* entre os povos orientais, muito embora os juristas da Grécia e de outras partes do velho Império Romano ainda consultassem, com respeitosa admiração, as coleções de Justiniano, principalmente o *Digesto* e as *Novelas*.

Com o correr do tempo, porém, devido às muitas alterações introduzidas nos seus dispositivos, o imperador Constantino VII, o *prophyrogeneta*, mandou proceder uma ligeira revisão nas *Basílicas*, sendo publicada uma edição nova, no ano de 944, com a denominação de *Basilicarum repetita praelectio*, encerrando-se, por esta forma, os trabalhos de *sístole jurídica* greco-romana.

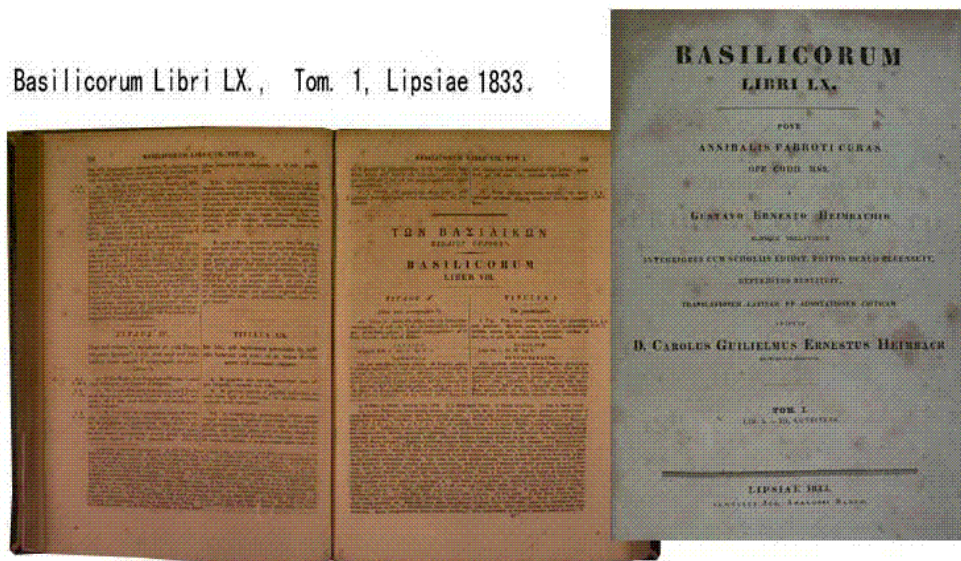
Várias têm sido as edições impressas das *Basílicas* e embora todas elas não contenham integralmente o monumento jurídico, todavia, registraram o que de mais importante ela continha³⁴. A edição mais estimada e completa da compilação é a publicada em Leipzig, em 1870, por Ernesto Heimbach, em seis volumes, como fora dividida por Leão VI, na época de sua primeira publicação.

Costumam os editores das *Basílicas* e os seus comentadores fazer acompanhar a obra de Basílio I, de um suplemento contendo cento e treze *Novelas* do imperador Leão VI, o *filósofo*, com as quais foram feitas várias modificações na legislação justinianéia.

Estas *Novelas*, conhecidas pelo nome de *Novellae Leonis*, foram reunidas num só corpo, por ordem do seu próprio autor e costumam alguns editores do *Corpus Iuris Civilis* e das *Novellae Iustiniani* juntá-las a estas, como complemento e subsídio para melhor explicação não só das *Basílicas*, como também de muitos atos legislativos de Justiniano.

³⁴ São notáveis os trabalhos de Diplovatcius, Viglius, Hervet, Cujacius, Fabrot, Reitz, Heimbach, Zachariae e outros sobre as *Basílicas*, afirmando todos estes eminentes cultores do Direito greco-romano a importância e utilidade desse monumento para melhor conhecer-se a história do Direito Romano. Dos ditos trabalhos constam os quarenta e três livros que subsistem das *Basílicas* (1º a 18, 20 a 30, 38 a 42, 45 a 52 e 60) e alguns fragmentos dos restantes. Por muito tempo se acreditou que existia uma coleção completa das *Basílicas* na biblioteca da célebre regente de França, Catarina de Médicis, viúva de Henrique II, e mãe de Carlos IX. Isto, porém, não passa de uma fantasia, criada por alguns inimigos de Cujacius, a quem atribuem o ter feito desaparecer uma parte da coleção aludida.

Basilicorum Libri LX., Tom. 1, Lipsiae 1833.



Basilicorum libri LX. Tom. 1-6 / post Annibalis Fabroti curas ope codd. mss. a Gustavo Ernesto Heimbachio ; aliisque collatorum integrioribus cum sholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit D. Carolus Guilielmus Ernestus Heimbach. Lipsiae : Sumtibus J.A. Barth , 1833-1870. 6 v. ; 31 cm

Estas Novelas de Leão VI têm por objeto vários assuntos de Direito Público e Privado, sendo algumas delas reveladoras do grande valor intelectual e moral do imperador que as decretou.

Merece especial referência, entre outras, a Novela LIX, dirigida a Stiliano – *excellentissimo sacrorum officiorum magistro* – em que abrogava a lei que permitia que alguém se vendesse, a si mesmo, para participar do preço da venda, lei que considerava *ofensiva à dignidade da liberdade e protetora de real covardia e perniciosa abjeção*³⁵.

Foram estas cento e treze Novelas escritas em língua grega; mas existe uma tradução latina, feita por Henrique Agileu, em 1560, logo após a

³⁵ A referida Novela, que tem por título – *Abrogatio Legis Quae Hominem Liberum Se Vendere Permittit* – tem o seu primeiro período assim redigido, segundo a tradução de Henrique Agileu: - “*Quae lex hominem liberum qui tam ignavi atque abjecti animi est, ut libertatis dignitatem dedecore afficiens, quo execrabile pro servitute persolvendi pretii lucrum participet, suam servitutem mercetur, non castigat, neque scelus illud corrigit: prefecto et illa earum una est quae rectum reipublicae nostrae statum dedecent, ac approbatione indignae sunt, neque auctoritatem et efficaciam mancipera debent*”. [N. A. – tradução: A lei que admite ao homem livre, que é tão covarde e abjeto de ânimo que causa vergonha à dignidade da liberdade, mercadejar a sua servidão ao ponto de execravelmente participar do lucro do preço pela sua servidão vendida, não o castiga, nem corrige a seu delito; é pelo prefeito e ao mesmo tempo por uma delas: que envergonha o reto estado de nossa república e são indignas de aprovação, bem como elas não merecem autoridade e eficácia de venda e compra.”]

publicação da edição das Novelas de Justiniano, organizada por Scrimgeour, 1558, dada a luz em Genebra, à qual esse editor juntou as referidas 113 Novelas de Leão VI.

O Edito de Teodorico, o Breviário de Alarico, a Lei dos Burgúndios, as Basílicas e as Novelas de Leão, embora propriamente não sejam monumentos genuínos do Direito Romano, são, todavia, preciosíssimos mananciais em que os romanistas têm encontrado os mais copiosos subsídios para a reconstrução do grande edifício da maior civilização jurídica de todos os tempos.

O *Breviário de Alarico* e as *Basílicas*, principalmente, têm sido de uma fecundidade inexaurível, desde que Irnério, o poderoso propulsor da cultura jurídica iniciada no século XII, antecipou às demais ciências, letras e artes a renascença dos estudos de Direito na célebre Escola de Bolonha.

Os trabalhos dos Glosadores e Pós-Glosadores, que revelaram ao mundo o tesouro da maior sabedoria nutrida no berço da civilização latina, bem como os esforços ingentes dos geniais Savigny, Mommsem e Jhering, fecundíssimos continuadores, no século passado, daquela obra gigantesca, não teriam, talvez, atingido a importância que realmente obtiveram, se não fosse o auxílio dos subsídios fornecidos por esses monumentos derivados das *leges* e do *ius* dos romanos.

São indubitáveis, portanto, as vantagens que esses trabalhos trouxeram para a cultura do Direito Romano, com o registro e conservação de muitas fontes que, talvez, se extrviassem se não tivessem sido aproveitadas, como foram, nas compilações indicadas e nas posteriores.

A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO. AS UNIVERSIDADES. O *IUS COMMUNE*.

ROTEIRO DE AULA

PROF. HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA
MONITOR: CARLOS A. BÖTTCHER

1. INTRODUÇÃO

- 1.1. Caráter consuetudinário do direito na Alta Idade Média
- 1.2. Controvérsias sobre o estudo do Direito Romano depois da queda do Império Romano: Escolas de Ravena e Roma.

2. RENASCIMENTO DO DIREITO ROMANO

- 2.1. Renascimento Cultural do século XII;
- 2.2. Fatores do renascimento do direito romano (justinianeus):
 - a) cultural; b) político-ideológico; c) religioso; d) econômico
- 2.3. Renascimento da idéia de direito

3. *IUS COMMUNE*

- 3.1. Direito erudito em contraposição aos direitos locais. Vantagens: a) direito escrito; b) comum; c) mais completo; d) mais evoluído.
- 3.2. Conceito de *ius commune*

4. O ENSINO NAS UNIVERSIDADES

- 4.1. Irnério e a fundação do estudo em Bolonha
- 4.2. Organização primitiva do estudo
- 4.3. A formação da Universidade
 - 4.3.1. *Authentica Habita* do Imperador Frederico I (1158);
 - 4.3.2. *Universitas scholarium – Citramontanorum e Ultramontanorum*;
 - 4.3.3. Reitorado e administração da Universidade;
 - 4.3.4. Constituição curricular: Cursos; Métodos de aula; *Repetitiones*; *Disputationes*;
 - 4.3.5. Docentes: Doutores (*Doctor, Magister, Dominus*); Bacharéis (*Baccalarius*);
 - 4.3.6. Vida estudantil.

GLOSADORES, COMENTADORES E ESCOLA HUMANISTA.

1. ESCOLA DOS GLOSADORES OU ESCOLA DE BOLONHA (séc.XII e XIII)

- 1.1. Fundação da Escola atribuída a Irnério (1112 a 1125).
- 1.2. Quatro doutores sucessores de Irnério: Búlgaro, Martinho Gosias, Hugo e Tiago (*Jacobus*).
- 1.3. Textos utilizados: Instituições, *Codex*, Novelas e o Digesto (*Corpus Iuris Civilis*) (século VI).
- 1.4. Métodos: analítico (análise textual), exegético.
 - Origem do termo *glosa*. Espécies de glosas: interlineares e marginais
 - *Summa* e *quaestio*.
- 1.5. Méritos da Escola: a) primeiros a estudar o direito como ciência autônoma; b) acessibilidade do conhecimento do direito romano aos juristas medievais; c) contribuição para a criação do sistema jurídico romanista.
- 1.6. Críticas à Escola: a) falta de conhecimentos históricos; b) latinidade bárbara; c) observações, em grande parte, desprovidas de bom senso.
- 1.7. Principais glosadores: a) Azo (*circa* 1230); b) Acúrsio (1182-1260): autor da *Magna Glosa* ou *Glosa Ordinaria*.
- 1.8. Decadência da Escola.

2. ESCOLA DE ORLEANS (SÉCULO XIII)

- 2.1. Diminuição da influência da Escola de Bolonha a partir do século XIII com a criação de novas universidades: Módena (cerca de 1182), Pádua (1222), Nápoles (1224), Paris (séc XII), Montpellier (fim do século XII), Toulouse (cerca de 1228), Orleans (começo do século XIII), Oxford, Salamanca (1215), Valladolid (cerca de 1260), Coimbra (antes de 1290).
- 2.2. Método dialético.

- 2.3. Principais juristas: a) Jacques de Revigny (*Jacobus de Ravanis*) – 1235-1296; b) Pierre de Belleperche (*Petrus de Bellapertica*) – cerca de 1250-1308).
- 2.4. Importância da Escola: certa influência sobre o direito consuetudinário francês e um de seus mestres, Cino de Pistóia (1270-1336), é precursor da Escola dos Comentadores.

3. ESCOLA DOS COMENTADORES OU PÓS-GLOSADORES (SÉCULOS XIV E XV)

- 3.1. Retorno do centro dos estudos de direito à Itália.
- 3.2. Método: inspiração na dialética escolástica;
- Análise do contexto para aplicação prática aos problemas da vida corrente;
 - Discussão e raciocínio lógico.
- 3.3. Principais juristas: a) Bártolo de Saxoferrato (1313-1357) – teoria dos estatutos, distinção entre domínio útil e domínio direto; b) Baldo (*Baldus de Ubaldis*, cerca de 1327-1400).
- 3.4. *Mos italicus*.
- 3.5. Críticas à Escola: a) respeito excessivo pelos escritos dos predecessores, cuja autoridade era admitida sem maiores ponderações; b) utilização dos textos do direito romano fora de seu contexto; c) ignorância da história romana e literatura latina; d) estilo pesado.

4. ESCOLA CULTA, HUMANISTA OU HISTÓRICA (SÉCULO XVI)

- 4.1. Segundo renascimento do direito romano sob influência do Humanismo.
- 4.2. Método.
- Estudo apenas dos textos romanos e bizantinos sem os comentários medievais;
 - Explicação dos textos de direito romano com auxílio de textos históricos e literários;
 - Estabelecimento do sentido original e o verdadeiro alcance das regras jurídicas romanas;
 - Elaboração de síntese do direito romano, reconstituindo-lhe o sistema;
 - Expressão em latim polido, inspirado pelos autores clássicos.
- 4.3. Principais juristas: a) Cujácio (1522-1590) – reconstrução em parte das obras de Papiano, Paulo, Modestino e outros juristas romanos; b) Hugues Doneau (*Donellus*, 1527-1591).
- 4.4. *Mos gallicus*.
- 4.5. Descoberta de interpolações e ataques a Triboniano fizeram que diminuísse a autoridade do *Corpus Iuris Civilis*.
- 4.6. Fatores de decadência: a) exagero de sutilezas e minúcias de natureza filológica; b) propósito da Escola de libertar a prática forense da autoridade da *communis opinio doctorum* esbarrou na resistência da própria *praxis*; c) reação pela preferência ao direito romano nas Universidades e no foro em detrimento dos direitos nacionais.

TEXTO:

Quidam dominus Pepo coepit auctoritate sua legere in legibus; tamen quidquid fuerit de scientia sua nullius nominis fuit. Sed dominus Irnerius, dum doceret in artibus in civitate ipsa, cum fuerunt deportati libri legales, coepit per se studere in libris nostris, et studendo coepit docere in legibus, et ipse fuit maximi nominis et fuit primus illuminator scientiae nostrae; et quia primus fuit qui fecit glossas in libris vestris, vocamus eum lucerna iuris.

Um certo dom Pepo começou a ensinar as leis por iniciativa sua (*auctoritate sua*); de qualquer modo, não conquistou fama o seu saber. Mas D. Irnério, que ensinava em Artes nesta cidade (Bolonha), quando foram transportados para aí os livros de leis (i.e. parte do *Corpus Iuris Civilis*), começou a estudar por sua conta nos nossos livros e, ao estudá-los, começou a ensinar as leis, e ele mesmo teve a maior nomeada (*maximi nominis*) e foi o primeiro luminar da nossa ciência; e porque foi o primeiro a fazer glosas nos vossos livros, chamamo-lo à lanterna do direito (*lucerna iuris*).

BIBLIOGRAFIA:

- CALASSO, Francesco. *Medio Evo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954. ERMINI, Giuseppe. *Diritto Comune*, Novissimo Digesto Italiano, v.2, Torino, UTET. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, vol.1, Rio de Janeiro, Forense, 12ª edição, 1999. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Universidade, Cultura e Direito Romano*, RTJE, v. 121, 1994. MORTARI, Vincenzo Piano. *Glossatori*, Enciclopedia del Diritto, v. XIX, Milano, Giuffrè. Vincenzo Piano. *Commentatori*, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè. RABAGLIETTI, Giuseppe. *Glossatori*, Novissimo Digesto Italiano, v.7, Torino, UTET. ROSSI, Guido. *Bologna (Scuola di)*, Novissimo Digesto Italiano, v.5, Torino, UTET. TOMASETTI JR, Alcides. *Bolonha (Escola de)*, Enciclopédia Saraiva de Direito. VINOGRADOFF, Paul. *Roman Law in Medieval Europe*, Oxford, Clarendon Press, 1929.

Curso de Direito Romano

História

ABELARDO SARAIVA DA CUNHA LOBO (1869 - 1933)

LIVRO II

EXPANSÃO DO DIREITO ROMANO – CAUSAS DO SEU DESENVOLVIMENTO

TÍTULO V

*DESCOBERTA DE AMALFI. ESCOLAS DE PAVIA, RAVENA E BOLONHA.
OS GLOSADORES.*



Abelardo Saraiva da Cunha Lobo nasceu em São Luís do Maranhão em 24-1-1869. Concluiu o curso jurídico na tradicional Faculdade de Direito do Recife em 1888, onde se doutorou em 1889. Foi juiz no Maranhão, diplomata no primeiro governo da República e, depois, professor de Direito Romano no Rio de Janeiro. Participou do movimento intelectual conhecido como a *Escola de Recife*, entre próceres da cultura brasileira como Tobias Barreto de Meneses, Sílvio Romero, Martins Júnior, Clóvis Bevilacqua, Capistrano de Abreu, Graça Aranha.

O texto eletrônico que ora oferecemos é o resultado da iniciativa do *Grupo de Iniciação Científica DHI (Documenta Historiae Iuris)* que tem por fim difundir material didático e histórico (fontes jurídicas e monumentos da historiografia jurídica brasileira) a todos os interessados na arte da História do Direito. Seguimos o texto da 1ª edição da Tip. de Álvaro Pinto (Rio de Janeiro, 1931) e do Volume 78 das Edições do Senado Federal (Brasília, 2006).

Agradecemos a colaboração, na fixação do texto desta versão eletrônica, dos alunos-pesquisadores do Grupo de Pesquisa “DHI – Documenta Historiae Iuris” de Canoas, Rio Grande do Sul: Regina Beatriz Benedito da Rosa, Luiz Gustavo Machado dos Reis, Aline Biasuz Suarez Karow, Antonio Enio Pompeo, Aristeu Nogare, Diego Libardi Rodrigues, Marco Felix Jobim, Paulo Sarmento, Terezinha Carvalho Gaertner, Viviane Schacker Militão.

Ao texto original acomodado à grafia atual, acrescentamos as notas que são precedidas da abreviatura N.A. (Nota do adaptador).

Aos nossos alunos.

HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA

Título IV – Descoberta de Amalfi. Escolas de Pavia, Ravena e Bolonha. Os Glosadores.¹

SUMÁRIO – Queda do Império Romano. Fracionamento e reunião do seu território. Lotário II e o Papado. Aliança de Pisa e a descoberta, em Amalfi, do manuscrito chamado *Florentinas*. A Idade Média e os estudos de Direito Lombardo na escola de Ravena. Intensificação dos estudos desde o segundo quartel do século XII. As universidades da Europa. A Escola de Bolonha como centro de irradiação do direito romano. Irnerius, os *quattuor doctores* e Accursius: *Glosa Accursiana*. Os Pós-Glosadores – Bartolus, Alciatus, Cujacius e Donellus.

DESCOBERTA DE AMALFI – Para concluir o estudo sobre a expansão do Direito Romano e as causas do seu desenvolvimento, resta-nos examinar o elemento científico ministrado pelos notabilíssimos cultores da nossa ciência, que realizaram a *renascença dos estudos jurídicos* e prepararam os materiais necessários para a decisiva e salutar influência do Direito Romano na formação das legislações européias e ibero-americanas.

Com a morte do imperador Justiniano, o império bizantino estava colocado em uma vasta região que vinha do Atlas, pelo norte da África, praias do Atlântico, Península Ibérica (não obstante a subida ao trono, dez anos antes, do rei visigodo Atanagildo) até aos Eufrates, ocupando, assim, a Europa mediterrânea, a África, com Cartago e o Egito, e a Ásia, com a Anatólia e a Síria.

Todo este território era habitado por uma verdadeira mescla de raças diversas, como a *latina*, a *bárbara*, a *grega*, a *semítica* e a *egípcia*, com todos os seus defeitos e aspirações de predominância, o que indicava que, na falta de um braço forte que as contivesse e impedisse as reivindicações, o Império, reconstruído pelo famoso legislador, teria de fracionar-se novamente, dando lugar ao aparecimento de pequenas pátrias em contínuas e incessantes lutas.

¹ N. A. - Todas as gravuras e notas das gravuras são acréscimos da Adaptação.

Desde a morte de Justiniano (14 de novembro de 565) até a tomada de Constantinopla pelos turcos (26 de maio de 1453), governaram o Império do Oriente representantes de raças diversas. Logo após a Justiniano, veio Justino I, que teve de assistir, cinco anos depois de sua ascensão ao trono, a criação do reino dos Lombardos na Itália, restando-lhe apenas e aos seus sucessores o *Exarcado de Revena*.

Em 717, Leão III inaugurou no trono a *raça isauriana* e o seu sucessor, Constantino V, viu o fim do *Exarcado de Ravena*. A *raça isauriana* dominou até o advento da *casa macedoniana*, cabendo a Basílio I ², em 867, dar início ao seu poder. O predomínio desta casa vai até o ano de 1056, quando, com Isaque I, começaram os *comnenos*, substituídos pela família *Angeli*, de efêmera duração no poder, pois, em 20 anos viram o império oriental dividido em *Império Latino*, com sede em Constantinopla, e *Império Grego*, com sede em Nicéia. Esta divisão manteve-se durante cinquenta e seis anos, com seis imperadores em Constantinopla e cinco em Nicéia, o último dos quais, Miguel VIII, dominou a velha Bizâncio e reuniu, em um só, o império oriental que ainda conseguiu viver, com aparência de greco-romano, mais 192 anos, caindo porém, definitivamente, em 26 de maio de 1453, com a tomada Constantinopla e morte de Constantino XII.

Enquanto estes acontecimentos se verificavam na parte oriental do velho império dos Césares, outros, não menos importantes, iam ocorrendo na parte ocidental, onde, dia a dia e cada vez mais se acentuava o velho antagonismo entre germanos e romanos, que somente se modificou depois que estes povos, penetrados dos mesmos ideais cristãos, alcançaram certa cultura intelectual e moral fundada nos princípios do Evangelho.

Os ostrogodos na Itália, os visigodos na Ibéria, os borguinhões na Gália oriental, tiveram, por sua vez, de sucumbir, uns, para dar entrada a diversos povos; de lutar e vencer, outros, para prolongar uma existência compatível com a civilização triunfante.

² Veja-se neste vol. Livro II, Título II – *Basílicas*.

Os lombardos souberam adaptar-se à civilização romano-cristã e fundi-la na concepção do Estado *democrático-militar*, de forma a conservarem-se em uma situação intermediária entre os elementos contrários, ganhando com isso certa influência. Se, por um lado, os interesses germânicos se coordenavam aos interesses românicos formando o *império romano-germânico*, que Carlos Magno conseguiu fundir com povos e territórios, por outro lado, a falta de unidade política no colosso era o germe da sua dissolução futura. Não tardou a desagregação, e morto Carlos Magno, a luta se travou dentro da própria família, para passar depois aos povos, até que o Papado entendeu chegado o momento de governar, não só espiritualmente, como também politicamente. Daqui a dependência a que se viram submetidos os vários estados do vasto império *germano-romano*, sobre os quais os sucessores de São Pedro exerciam a dupla função de *guia espiritual* e *protetor político*. Mas, mais benéfica que tivesse sido a influência espiritual, nem sempre foi feliz na proteção política, principalmente na *luta das investiduras*.³ Esta luta deu de si resultados imprevistos, desde que a casa dos Otons, chefes do império *Saxão*, teve de enfrentar o império *Sálico*, o que levou a Europa àquela revolução hierárquica e aristocrática que encaminhou o império neo-romano ao grande apogeu do tempo de Henrique III.

Restaurado o poder imperial com a monarquia nacional alemã, destruído o partido teocrático, estabeleceu-se a luta entre o Papado, com as cidades lombardas a seu lado, e Frederico I, que conseguiu transformar o império e entregá-lo a Henrique VI, mas, sem poder evitar o predomínio universal da Igreja, por Inocêncio III e seus sucessores até a ruína dos Hohenstaufen e do império *germano-romano*.

³ N. A. - A "luta pelas investiduras" foi uma longa disputa política e religiosa sobre a competência de conferir os cargos eclesiásticos, em que se envolveram o papa, imperadores e grandes feudatários, no final do século XI e início do século XII. Como se tornara usual, no sistema feudal, a investidura de sacerdotes e bispos pelos próprios monarcas, fato que propiciou a corrupção, a reação contra a corrupção da Igreja revelou-se no Concílio Lateranense de 1059 e no decreto de 1075 de Gregório VII, que proibiram eclesiásticos de receber uma igreja de leigos, estabelecendo, este último, severas punições seja ao clérigo investido, seja à autoridade laica que o investira. A contra-reação do imperador Henrique IV da Francônia gerou a sua excomunhão pelo papa e o conseqüente conflito bélico deflagrou-se, tendo Roma sido ocupada em 1084. Somente com a Concordata de Worms (1122) é que Henrique V renuncia o direito à investidura canônica em troca do direito de o clero local alemão presenciar a eleição dos próprios bispos.

Deixando de parte tantos acontecimentos que se sucederam às memoráveis lutas entre Conrado de Staufen e Lotário II, as efêmeras vantagens por aquele obtidas com a sua coroação como rei da Itália, efetuada em Monza, repetida em Milão e aplaudida na Lombardia e na Toscana, vejamos o partido que Lotário soube tirar da luta que se estabeleceu entre os dois papas, simultaneamente eleitos, Anacleto II e Inocêncio II. Disposto a reconhecer o último, temia, contudo, desagradar a maioria do colégio dos cardeais que havia procedido, com todas as solenidades, a eleição papal, escolhendo o cardeal Pedro Pierleone, que adotou o nome de Anacleto, e a nobreza romana, toda a Lombardia, a Apúlia, a Sicília etc., que se opunham às pretensões de Inocêncio II, que não dispunha senão das simpatias aristocráticas familiares dos *Corsi* e do *Frangipani*. Não obstante isto, pôs Lotário em jogo uma certa habilidade, deixando que os Bispos alemães se reunissem em Wurzburg, em 1130, e prolongassem a legitimidade da investida de Inocêncio II, decidindo, assim do triunfo que se verificou definitivamente, depois da conferência em Liège entre ambos, para a qual Inocêncio II, o antigo cardeal diácono de São Gregório, foi recebido com todas as honras e distinções concedidas aos papas.

Comprometido por esta forma o seu auxílio à causa do mais fraco dos dois candidatos à cadeira de São Pedro, teve Lotário de verificar que os seus planos de torna-se chefe único corriam perigo e para evitar seu regresso ao norte, o que significaria uma derrota, fez-se coroar imperador na Catedral de São João de Latrão, prestando juramento de respeito e de defesa à liberdade e à vida do Papa.

Não obstante isto nem Anacleto, nem os seus adeptos, sempre vigiados pelo adversário São Bernardo, se conformaram com a situação e opuseram toda a resistência, de maneira que Inocêncio invocou o auxílio de Lotário, que se havia retirado para a Germânia, e este voltou a Itália, conseguindo, então, em uma excursão triunfal, pelas fronteiras normandas, Toscana, Apúlia e, depois da ajuda da esquadra de Pisa, se assenhorear de Amalfi, Nápoles e Salerno.

Sentindo-se gravemente enfermo, recolheu-se a sua pátria e faleceu em uma cabana de lavradores, nos fins do ano de 1137.⁴

Eis aí o estado do império oriental e ocidental, quase telegraficamente descrito, depois que os seus vastíssimos territórios foram em alternativas de união e de divisão, passando de uns a outros dominadores, aos quais, salvo raras exceções, era indiferente a sorte do Direito, estabelecendo-se, assim, um contraste entre o glorioso povo romano e todos os povos que o substituíram na dominação do sul e centro da Europa.

Um fato, porém, veio como que sacudir os juristas e despertar aquelas velhas e características energias do espírito romano, que viviam latentes no pensamento da raça fecunda e predestinada a dominar o mundo pela sabedoria de suas leis, como já o havia dominado com a força de seu braço.

Todos os historiadores do Direito Romano, obedecendo a uma antiga tradição, dizem que Lotário II, ao assenhorear-se da cidade de Amalfi, na Itália meridional, perto de Salerno, encontrara um manuscrito, em pergaminho, que verificado ser um precioso achado, foi oferecido pelo imperador aos pisanos, em recompensa dos serviços que lhe haviam prestado, auxiliando-o na conquista e saque da cidade (1135). Este pergaminho foi, efetivamente, encontrado pelos glosadores na cidade de Pisa; mas, tendo esta cidade sido dominada pelos florentinos, em 1406, foi levado para Florença e aí ainda hoje se encontra guardado, com todos os cuidados, na Biblioteca Laurenciana.⁵

⁴ "Uma lâmina de chumbo que com ele foi enterrada e que em grande parte se tem conservado, contém alguns breves dados acerca do seu reinado e da sua morte, louvando-o como – *“fiel em Cristo, sincero, constante amante da paz e intrépido guerreiro”*-. Quando em 1820 se abriu o seu sepulcro, encontrou-se à direita do esqueleto uma espada, e à esquerda um globo de chumbo dourado com uma cruz de ferro, um prato de prata, um cálice de prata, para hóstias, e restos das esporas e da túnica carmesim do imperador. Estas relíquias conservam-se, em parte, no museu de Brunswick". Onken, *cit.* Hist. Universal, vol.X, p. 358.

⁵ Berriat Saint-Prix, *Histoire du Droit Romain*, p.234-35, diz que deixa «aos curiosos, antiquários ou viajantes o cuidado de notar que as *Florentinas* foram conservadas não na biblioteca, mas, sim, no tesouro, entre as mais ricas jóias do Duque de Toscana e encerradas em uma preciosa caixa; que se compõem de dois volumes, magnificamente encadernados, dourados os cortes e formados de vários cadernos que se distinguem por cifras romanas; que o 1º volume contém os 29 primeiros livros do Digesto e o 2º os 21 seguintes; que o 1º volume traz em sua frente a figura de Moisés, tendo as tábuas do Decálogo e o 2º a de Justiniano recebendo de Triboniano o corpo de leis; que a forma é quase quadrada; que as páginas têm duas colunas, cada coluna com 45 linhas e cada linha perto de 30 letras de uma forma quase quadrada da espécie de maiúsculas; que antigamente se ensinava com cerimônias próprias de um objeto a que se tributasse culto religioso, por exemplo, em presença do primeiro magistrado da cidade e de muitos monges que levavam velas acesas, estando todos em pé, com a cabeça descoberta; e que nos tempos modernos se necessita, para ver o manuscrito, uma permissão do Príncipe, que não a concede a todos os viajantes."



Vista atual do claustro da *Basilica de São Lourenço*, em Firenze (Florença), por onde se ingressa na Biblioteca Medicea Laurenziana,

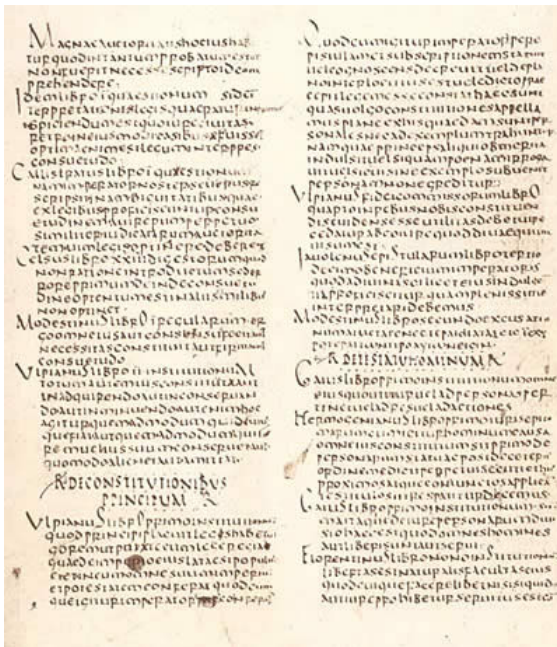
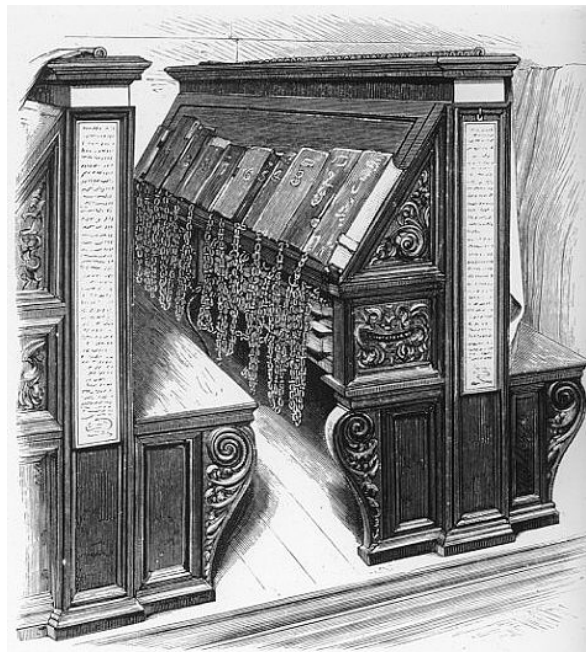


Foto de uma página da *Littera Florentina* (As *Pandectas de Justiniano*).



Sala de leitura. Foto do início do século XX.

Não obstante a verossimilhança do fato, costumam também os historiadores impugnar a veracidade da descoberta e do presente régio,

quando tratam de estudar a questão do renascimento do Direito Romano no começo do século XII.

O manuscrito é conhecido por diversos nomes: *Pandectae Pisanae*, *Florentinae*, *Littera Florentina*, *Littera Pisana* – e a tradição afirma que o precioso monumento é o próprio exemplar do *Digesto* ou *Pandectas* de Justiniano, que foi transportado de Constantinopla para Amalfi.

Não havendo no seu texto, ou em qualquer de suas partes, indício algum para confirmar a autenticidade que lhe é atribuída, difícil será admitir como verdade afirmação tão categórica. Entretanto, os críticos mais competentes estão de acordo em que, atendendo à ortografia, à natureza da escrita, à forma e disposição do trabalho e outras circunstâncias, deveria ter sido confeccionado contemporaneamente a Justiniano, o mais tardar até meados do século VII. Foi escrito sobre pergaminho por punho de doze copistas gregos, provavelmente em Constantinopla, ou na baixa Itália, tendo sido severamente revisto e confrontado com outro manuscrito e introduzidas várias correções. Além do texto, em dois volumes, tem um índice de jurisconsultos e de suas obras.

Muitos historiadores costumam ligar o fato da descoberta de Amalfi ao do renascimento da cultura do Direito e chegam mesmo a afirmar que o Direito Romano caiu em abandono e em completo esquecimento na Idade Média; mas, que aquela descoberta provocou a promulgação de uma lei de Lotário, mandando substituir na prática, o Direito Romano ao Direito Germânico e criando cadeiras do ensino público do Direito Romano.

Savigny⁶ estuda esta questão largamente, mostrando que vários autores não estão de acordo no conjunto desse sistema, pois, adotam certas partes, deixando outras em silêncio, ou mesmo combatendo-as.

O insigne mestre encara os três fatos - *o abandono completo do Direito Romano, a lei de Lotário ordenando sua aplicação e a descoberta de Amalfi* – com judiciosas observações. Mostra que inumeráveis testemunhos de todas as

⁶ *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Cap. XVIII, §35 a 38.

épocas depõem em contrario à alegada abolição do Direito Romano e que em apoio da existência da Lei de Lotário nenhuma prova foi jamais citada.



Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) ⁷

Quanto à descoberta de Amalfi e ao presente feito aos pisanos, entende o fecundo romanista que são fatos que já não oferecem grande interesse, mas, para nada omitir, examinou as provas históricas de cada um destes fatos.

Relativamente à descoberta do manuscrito, estuda o sábio alemão dois testemunhos antigos: um, encontrado em uma crônica italiana, talvez do 14º século, - outro, constante de um poema histórico do mesmo tempo da crônica.

O primeiro testemunho é invocado por Diplovataccius⁸ e adotado por Taurellus⁹. Bologninus transladou para a obra que deixou manuscrita uma

⁷ N. A. - Friedrich Carl von Savigny, (Frankfurt am Main, 21 de fevereiro de 1779 – Berlim, 25 de outubro de 1861), jurista e romanista alemão que defendia a modernidade do Direito Romano, tendo fundado a Escola Histórica em 1814. Escreveu diversas obras, entre as quais *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (História do Direito Romano na Idade Média), *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Da vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência) (1814), *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* e *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema de Direito Romano Atual). Lecionou em Marburg e, convidado por Humboldt, na Universidade de Berlim.

Seu nome vinculava-se à história da Lorena e ao castelo de Savigny, nas proximidades de Charnes, no vale do rio Mosela. Ficou órfão aos treze anos. Em 1795 entrou no curso de Direito da Universidade de Marburg, onde teve aulas com o penalista Anton Bauer, e Philipp Friedrich Weiss, destacado professor de direito medieval. Frequentou a Universidade de Jena, Leipzig, Göttingen e Halle; doutorou-se em Marburg, onde lecionou, como Privatdozent, Direito Penal e as Pandectas. Foi também professor dos Irmãos Grimm, cujas carreiras foram por ele influenciadas.

⁸ Diplovataccius de proestantia doctorum in vita Justiniani (fol. 109 do manuscrito) – “*In Chronicis vero Pisanis sic repertum comperio, quod anno domini 1136 et 23 junii fuit factum concilium in civitate Romana, et tunc temporis Pisani 40 galeas armaverunt et iverunt ad Costas Melphicanas et ceperunt civitatem Melphi, et assalagiaverunt, et invenerunt librum Pandectarum juris civilis quae misit Justinianus Imperator in Italiam, et posuerunt Pisis*”. Savigny Cit. Geschichte des röm P. im Mittelalter – Cap. XVIII. §36, let. a.

N. A. – Tradução: Diplovacácio, sobre a superioridade dos doutores na vida de Justiniano: “Mas nas Crônicas Pisanas eu assim reconheci como descoberta: que no ano de nosso senhor de 1136, no dia 23 de junho, foi feito um concílio na cidade de Roma e naquele tempo os Pisanos armaram 40 galés e foram até as Costas Amalfitanas e tomaram a cidade de Amalfi, e a atacaram, e encontraram o livro das Pandectas de Direito Civil que o Imperador Justiniano havia enviado à Itália, e deixaram-na aos Pisanos.

cópia autêntica desta passagem e Brenkmann, encontrando em Bolonha o manuscrito de Bologninus, publicou o aludido trecho da crônica¹⁰. Luccaberti (Grandi) também publicou com retificações¹¹, sendo que o texto por ele transcrito, além de merecer fé, por ser forma pública e autêntica, está confirmado por um notário público, sob o selo de sua autoridade.

O segundo testemunho é fornecido em um poema histórico de *Raynerius de Graucis de proeliis Tusciae*¹²:

"Milfia Parthenopes datur et quando omne per aequor,

Unde fuit liber Pisanis gestus ab illis

Juris, et est Pisis Pandecta Caesaris alti."

Comentando a autoridade dos testemunhos indicados, Savigny acentua que ambos são em dois séculos posteriores ao acontecimento que eles pretendem constar e invoca sábia crítica de Grandi para diminuir o valor desses testemunhos.

Odofredus, também citado por Savigny, que viveu no 13º século e, portanto, anteriormente a esses testemunhos, afirma que o manuscrito foi conduzido, ainda no reinado de Justiniano, de Constantinopla para Pisa¹³, onde

⁹ Pandectae ed. de Florença. 1553 "*Atque haec ex antiquis Pisanorum annalibus apud Plotium Gryphium eorum civem accepimus, quibus et Raphael Volaterranus per omnia fere adstipulatur*".

N. A. – Tradução: "E estas nós recebemos dos antigos anais dos Pisanos, por meio de Plócio Grifo, cidadão deles, dos quais também Rafael Volaterrano em tudo ordinariamente dá testemunho".

¹⁰ *Historia Pandectarum* – pág. 409; Niehbur, *Römische Geschichte* – B.2, s. 551-52.

¹¹ É este o texto de toda a passagem: "Copia annalium Pisanarum, quos etiam fideliter habere curavi in publica et authentica forma haec est: in nomine Dei amen. Noverint universi et singuli praesentem paginam inspecturi, visuri, lecturi et audituri quemadmodum apparent in libro cronicarum Pisanae civitatis existente in domo magnifici viri Philippi, comitis filii quondam nobilis et insignis deaurati militis et comitis dni Joannis de griffis Pisani. Cronicae infrascriptae tenor quale furno multi Cardinali, Arzenescoui, Vescoui Abbati e Safino al octano idus Junii. E per comandamento de esso sommó armono 46 golu: furono alla Costa de Malfi et quello di per forza lo preseno cum septe galee e doe naue: in laquale città trouorno le pandecte composte dalla, Cesarea Majesta de Justiniano Imperatore: dopoi brusonno quella, e l'altro di andorno a trani: et quello preseno per forza. Ego Rapael olim Joannis pacis de cassina civis et notarius publicus pisanus, etc."

N. A. – Tradução: Esta é a cópia dos anais dos Pisanos, dos quais também eu fielmente cuidei de possuir, em pública e autêntica forma: em nome de Deus, amém. Todos e cada um, havendo de examinar, ver, ler e ouvir, teriam conhecido a presente página tal como aparecem no livro das crônicas da cidade de Pisa, existente na casa do magnífico varão Felipe, filho conde de um certo nobre e de insigne soldado dourado e conde Dom João, Pisano *de griffis*.

¹² N. A. – Tradução: Reinério de Graucis, *sobre as batalhas de Túscia*. "Amalfi de Parténope (ou seja, de Nápoles) é entregue e, na ocasião, por toda superfície do mar. / De onde o livro do Direito foi levado por aqueles Pisanos e a Pandecta do elevado César está em Pisa."

¹³ Odofredus ad L. – in rem actio – D. de rei vind. – "Unde se videatis pandectam quae est Pisis, quae pandecta, quando constitutiones fuerunt factae, fuit deportatae de Constanfinopoli Pisis, est de mala litera".

N. A. – Tradução: "Donde, se vedes a Pandecta que está em Pisa, esta Pandecta é de letra ruim; quando foram feitas as constituições, foi deportada de Constantinópolis a Pisa."

sempre se achou, segundo Bártolo¹⁴. Esses dois jurisconsultos tiveram oportunidade de conhecer bem de perto o célebre manuscrito, cuja importância para a cultura do Direito Romano era indiscutível, e não é crível que, reconhecida a celebridade e importância dele, deixassem de mencionar o fato de sua descoberta, como fizeram Diplovatacius, invocando a crônica a que se refere, e Taurellus os versos do poema de Raunerius. Daqui, conclui Savigny, não há razão suficiente para admitir a realidade do acontecimento.

Apesar disto, acha o mestre ilustre ainda menos crível o fato do presente manuscrito feito pelo imperador aos pisanos, não obstante afirmar Taurellus que Plotius Gryphius possuía o ato original da doação queimado, com outros papéis, por causa da peste¹⁵. Zuchelli descobriu alguns volumes de memórias históricas sobre Pisa escritas em 1730, em o quarto dos quais encontrou passagem decisiva¹⁶ e existe um trecho¹⁷ na cronologia de Pisa, com referência ao fato, que, por sua vez, não deixa de merecer toda a atenção. Tudo isto, porém, não é suficiente para convencer o melhor historiador do Direito Romano na Idade Média, o grande Savigny, da veracidade dos dois

¹⁴ Bartolo in rubr. D. soluto matrim. – "...hoc volumen (o Infortiatum) nunquam fuit amissum. Semper enim fuit totum volumen pandectarum Pisis et adhuc est".

N. A. – Tradução: "Este volume (o *Infortiatum*) nunca foi perdido. Sempre, pois, esteve todo o volume das pandectas em Pisa, e ainda lá está.

¹⁵ "Sed et Plotius idem adfirmat, antiquum instrumentum domi se habuisse donationis ejus in Pisano per Lotharium collatae: quod postea contagiosae pestis periculo vitando inter alia scripta igne consumptum sit."

N. A. – Tradução: "Mas Plócio igualmente afirma que tinha consigo em casa o instrumento de doação dela, trazida por Lotário. O qual, depois da contagiosa peste e para evitar o perigo, foi consumido pelo fogo entre outros escritos".

¹⁶ "Del privilegio di Lottario Imperatore, dato agli Pisani col Donativo delle Pandette, ne fú fatta Copta per l'Arcivescovo Uberto di Pisa da Andréa Romuli publ. Not. della Città d'Amalfi l'Anno 1135, e sottoscritta di sua propria mano, e per maggiore testimonianza di ciò si sottoscrivono ancora con i loro soliti sigili e Nomi Cesare Arcivescovo di Palermo, Matteo Vescovo di Scala, e Garbino Vescovo di Minorca."

N. A. – Tradução: "Do privilégio do Imperador Lotário, dado aos Pisanos com a Doação das Pandectas, foi dele feito uma Cópia Autêntica para o Arcebispo Humberto de Pisa por André Rômulo, Público Notário da Cidade de Amalfi no ano de 1135, e subscrita por sua própria mão, e para maior testemunho disso, subscreveram ainda com os seus costumeiros selos, Nomi César – Arcebispo de Palermo, Mateus – bispo de Scala e Garbino, bispo de Minorca.

¹⁷ "Anno Dom. MCXXXVIII. Pisani fecerunt exercitum supra Roggerium Regem Siciliae, et Schalam majorem tributariam fecerunt, similiter Sorrenti, eodem die Ravelli civitatem in monte positam vincerunt et eam devastaverunt igne, et succiderunt eas et ad mare duxerunt. In his tribus diebus Malfi, Traini civitates, Schale, Shabelle et Fratte, Rocha et Pugerule, et totum ducatum Malfetanorum sub tribute possuerunt, et inde habuerunt Pisani Pandettam, et tenuerunt Neapolim per VII annos".

N. A. – Tradução: "Ano do Senhor de 1138. Os Pisanos levaram seus exércitos contra Rogério, Rei da Sicília, e fizeram da cidade de Scala a maior tributária, igualmente de Sorrento, e no mesmo dia venceram e devastaram com o fogo a cidade de Ravello, no alto do monte situada; destruíram-nas e conduziram ao mar. Naqueles três dias Malfi, as cidades de Atrani, Scala, Scabella e Fratre, Rocha e Pugerole, e todo ducado dos Malfitanos sob tributo possuíram, e de lá tiveram a Pandecta Pisana, e ocuparam Nápolis por 7 anos."

fatos examinados, pois, prefere atribuí-los “às fábulas inventadas pelo patriotismo dos italianos em honra de suas cidades natais”.

Entretanto, verdadeiras, ou fabulosas, a descoberta de doação do manuscrito se reportam ao segundo quartel do século XII, coincidindo com a acentuada intensificação dos estudos jurídicos, principalmente do Direito Romano, de forma que o historiador consciencioso fica em situação de séria dificuldade, na falta de elementos seguros de convicção, para dizer: se foi a descoberta do manuscrito que provocou a renascença desses estudos, ou, se ao contrário, se foi a sede de saber que instigou a procura de fontes para saciar-se e chegar à descoberta daquele preciosíssimo manancial. Esta última conclusão, porém, tem a seu favor argumentos de valor histórico merecedores de especial atenção, como vamos ver em seguida.



Vista atual da cidade de Atrani (Costeira Amalfitana).



Vista atual da cidade de Amalfi.



ESCOLAS DE PAVIA, RAVENA E BOLONHA – Emerson, citado por Tobias Barreto¹⁸, referindo-se à Idade Média, diz que “em seu Dante, Alfredo, Wickliffe, Abelardo e Bacon; em sua *Magna Charta*, seu cálculo decimal, sua bússola, sua pólvora, seu vidro e seu papel; em seus relógios, sua química, álgebra e astronomia; em sua arquitetura gótica e pintura, ainda hoje todos nós aprendemos e deliciamo-nos” – “Foi realmente uma época de *zymosis* ou de fermentação”, acrescenta Tobias, “que se estendeu até os nossos dias. O direito civil e o seu processo, como eles existem entre os povos modernos, também começaram lá. O império de Carlos Magno, que já trazia em si o gérmen de sua dissolução, a qual foi acelerada pela fraqueza de seu sucessor, dividindo-se entre os três filhos deste, dera lugar ao desenvolvimento das diversas nacionalidades de França, Itália e Alemanha, e se tornaram os principais fatores da cultura milenar da Europa”.

E depois de aludir ao aperfeiçoamento do direito processual na França e na Alemanha, assim se exprime em relação à Itália:

“Na Itália, finalmente, o direito romano, nos séculos XII e XIII, reanimou-se de tal modo que deu lugar a sua recepção na Alemanha, no fim da Idade Média. Por isso mesmo a historia do direito processual na Itália é a da mais alta significação jurídica e prática. Ela pode ser estudada desde o século IX até o século XI, onde ao lado do vigente processo franco-longobardo preparou-se a reanimação do processo romano... O que nos importa saber é

¹⁸ Estudos de Direito pág. 320.

que cedo e muito cedo, em plena confusão medieval, a Itália já contava as duas escolas jurídicas, de Pavia e de Ravena, que abriram caminho à renovação do direito romano na escola de Bolonha. A escola de Pavia contribuiu para esse fato, substituindo por uma jurisprudência sábia o moribundo direito popular longobardo. A escola de Ravena, porém, prestou a sua contribuição, oferecendo ao espírito indagador de Irnerius e seus discípulos os documentos completos da jurisprudência romana”.¹⁹

Muito se tem escrito sobre a Idade Média, dando-se-lhe freqüentemente o caráter de uma “época do predomínio da *individualidade*, época em que prevaleceu a *força*, época de *trevas e confusão*, época *sacerdotal e mística* e também época de *virtudes cavaleirescas e militares*”²⁰. Mas, na realidade, o verdadeiro caráter da Idade Média é comum “a todos aqueles períodos em que se encontram as origens de uma *nova ordem de humanidade*. Este caráter consiste essencialmente em que ao homem da Idade Média se apresentam novamente confusos e indistintos os conceitos e as instituições sobre que se apóia a sociedade humana. Para o homem da Idade Média, *Deus, a humanidade e a natureza; a religião, a ciência, e o direito; a defesa, de propriedade e de liberdade; a vida religiosa, política e militar*, todos os conceitos e as instituições, em suma, que os gregos e os romanos iam distinguindo e analisando, voltam a confundir-se e a identificar-se, uns com os outros, produzindo-se em sua mente uma espécie de indistinção e confusão primitiva, da qual lhe era impossível sair sem refazer gradualmente e em breve espaço de tempo a vida já feita nos anteriores períodos de civilização”²¹.

Dividindo-se a história da Idade Média em três períodos, como fez o eminente Carle – *período das invasões, período feudal, e período municipal* -, o terceiro, que é o do *bem público* e do *Estado*, é exatamente aquele a que corresponde o renascimento do estudo do Direito Romano nas inúmeras escolas do ensino jurídico e universidades que foram disseminadas pela

¹⁹ Op. cit., págs. 320 e 321.

²⁰ Giuseppe Carle – cit. *La Vita del Diritto* – Parte Primeira – L. III, Cap. III, nº 113.

²¹ Cit. G. Carle – loc. cit. *in fine*.

Europa, principalmente depois que Irnerius, o celebre *Lucerna Iuris* de Bolonha, começou o seu apostolado científico, no início do século XII.

Antes dele, porem segundo afirma Damianus²², em Ravena e Bolonha, mesmo se acham traços do ensino do Direito, o que importa em reconhecer que a renascença da cultura jurídica manifestou-se antes da invocada descoberta da Amalfi e da Lei de Lotário ordenando a aplicação do Direito Romano, pois, Damianus faleceu em 1072, e Peps, que tentou ensinar em Bolonha, figura como membro da municipalidade no ano de 1075.²³

Não é possível subtrair o Direito Romano, por mais pertinazes e autorizados que sejam os seus inimigos em recusar-lhe o lugar que realmente ocupa na história do espírito humano, da situação a que se impôs pela superioridade de sua *forma* e *fundo* e pelo contraste que assinalava, quando em comparação com o Direito dos outros povos que substituíram – dominação dos antigos territórios, outrora sob a ordem dos Césares.

Sedutor na elegância e na forma, seguro e lógico na precisão do conceito, continha, por isso, os dous atrativos para subjugar a atenção dos espíritos exigentes e ávidos de saber.

Renovado o seu ensino em Pavia, Ravena e Bolonha, naturalmente provocou a curiosidade dos homens inteligentes e daí a necessidade de revelá-lo nos centros de mais intensa vida intelectual. Eis porque o estímulo dessas escolas no cultivo do Direito Romano determinou a criação de muitas outras, não somente na Itália, como também na França, Portugal, Espanha e Alemanha.

Foram notáveis precursores da renascença literária, artística e científica que começou no século XV, as universidades e escolas do ensino de Direito estabelecidas em *Pisa*, (provavelmente antes de 1193), *Vicenza* (1204), *Arezzo* (1215), *Nápoles* (1224), *Vercelli* (1228), *Ferrara* (1241), *Piacenza* (1248), *Modena* (1260), *Perúgia* e *Régio* (1276) e *Roma*, provavelmente em meados do mesmo século das precedentes (XIII). Na França, além de *Paris*, que foi

²² *De parentelae gradibus* – (S. Petri. Damiani opp. Bossani 1783, 4, T. III p. 179-192) – apud Savigny – *op. cit.* – Cap. XXVI, vol. 4º.

²³ Odofredus (in L. *Jus civile* 6, D. *de justitia et jure*), também citado por Savigny.

fundada pelo menos em 1180, merecem indicação as de *Toulouse* (1233), *Orléans* (1236), *Montpellier* (1289), e *Bourges* (1464). Na Espanha tiveram grande nomeada as de *Salamanca* (1422) e *Alcalá* (1510). Em Portugal, a de *Lisboa* (1289), depois transferida para *Coimbra* (1308), onde ainda se acha, a qual, nos seus seiscentos e vinte e três anos de existência gloriosíssima, tem prestado os mais relevantes serviços à cultura científica da velha Lusitânia e prestou, também, à mocidade brasileira contemporânea da nossa independência política. Na Alemanha tornaram-se celebres as de *Heidelberg* (1386), *Colônia* (1388), *Ingolstadt* (1410), *Rostock* (1415), *Magúncia* (1441), *Greifswald* (1456), *Basiléia* (1459) e as de *Berlim*, *Marburgs*, *Goetting*, *Jena*, *Leipzig*, *Landshut*, *Kiel*, *Giessen*, que gozaram da suprema ventura de ter como discípulos e professores os dois mais reputados romanistas dos tempos modernos - Frederico Carlos de Savigny, e Rodolfo von Jhering²⁴.



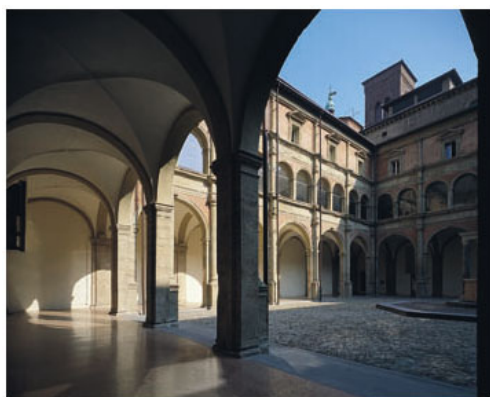
Selo da atual Universidade de Bolonha, a primeira da Europa, fundada por estudantes medievais, cujos dísticos são: Alma mater studiorum ("A mãe que nutre os estudos") e Petrus ubique pater legum Bononia mater ("Bolonha é a mãe das leis, mas Pedro é o pai universal").

De todas as universidades da Itália nos séculos XII e XIII, nenhuma foi mais ilustre, nem mais contribuiu para o aperfeiçoamento intelectual dos povos da Europa do que a gloriosa e veneranda Escola de Bolonha. A despeito, porém, de tanta celebridade, a história de sua função é incerta e desaparelhada de elementos seguros para ser escrita no terreno genuíno da certeza²⁵.

²⁴ Bom é advertir que muitas das datas relativas às fundações das antigas escolas e universidades não têm o cunho de absoluta certeza, pois é lamentável a falta de dados preciosos para estabelecer, com rigor cronológico, essas fundações. Todavia, as datas prováveis que estão indicadas mostram o nosso intuito que é salientar a coincidência do aparecimento de tais centros de ensino superior com os acontecimentos que indicamos no texto.

²⁵ Savigny, op. cit. vol. III - §§ 31, *in fine*, e 60 - indica como fontes, por ele buscadas para escrever sobre a grande universidade, além de Formagliari, Ghirardacci - *História de Bolonha* - Savioli - *Anais de Bolonha* - e Sarti - *Biografia de jur. célebres*.

Segundo afirma Alex Formagliari²⁶, citado por Savigny, a Universidade de Bolonha foi fundada por Teodósio II, o jovem, no ano de 433. Mas se é certo que a obra manuscrita que isso afirma está na biblioteca desse instituto, não é menos certo, também, que nessa mesma biblioteca existe uma crítica de Ruggieri a esta história, na qual mostra, com argumentos sérios e estudos detalhados do assunto, a inverossimilhança dessa fundação.



Universidade de Bolonha (foto do Arquivo Histórico da Universidade de Bolonha, por R. Scattasta)



Vista atual da cidade de Bolonha. Ao centro, o Palácio de Acúrsio.

²⁶ “História da Universidade de Bolonha” (manuscrito).

Arredada esta fantasia, que não tem fundamento em qualquer fato verdadeiro ou mesmo em qualquer hipótese de aparência justificável, o fato histórico mais antigo a que podemos remontar a existência da notável Universidade é o da concessão por Frederico I, em novembro de 1158 do privilégio feito à Dieta de Roncaglia. Este privilégio aproveitava aos estudantes estrangeiros, aos quais se garantia a liberdade para viajar para onde quisessem, de ficar ao abrigo de quaisquer vexames, de ter uma jurisdição particular e outras vantagens.²⁷

Em regra e com maior razão naqueles tempos, as Universidades ou centros de ensino superior não apareciam, desde o início de sua existência, aparelhados de todos os elementos de organização capaz de impor-se e atrair ao seu seio estudantes estrangeiros.

A fama, a nomeada, a atração que exercem fora de seu raio de influência local, são sempre oriundas de dois fatores que se completam: os bons professores e os bons alunos que eles preparam. Mas estes dois elementos geradores do renome dos institutos dessa natureza somente se ajustam e coordenam com o decorrer do tempo e isto quer dizer que, quando a Escola de Bolonha chegou a ter tantos alunos estrangeiros que se tornaram mercadores daqueles privilégios e da atenção de um rei de tão vasto império, como era o de Frederico I, é que a sua fama vinha sendo formada através de muitos anos de árduos e meritórios trabalhos.

Atendendo a que Irnerius, sábio professor da *Escola de Bolonha*, já em 1113 a 1118 exercia funções públicas como *causidicus* e já gozava de reputação notável jurisconsulto, pode-se atribuir esta nomeada ao seu curso na cátedra ilustre em que adquiriu o nome de *farol de direito* (*lucerna juris*) e, portanto, a Universidade já existia e dela mesmo, talvez, tivesse sido discípulo.

²⁷ O texto da constituição que outorga este privilégio está, segundo Savigny, assim concebido: "Hujus rei optione data scholaribus, eos coram domino vel magistro suo, vel ipsius civitatis episcopo, quibus hanc jurisdictionem dedimus, conveniat."

N. A. – Tradução: "Opção dada desta coisa aos estudantes, que convenha a eles *comparecer* diante do senhor ou de seu professor, ou do bispo de sua própria cidade aos quais nós demos a jurisdição."

Isto que dizer que a Escola de Bolonha começou a sua gloriosa existência, pelos menos, nos primeiros anos do século XII, de maneira que, quando foi promulgada aquela constituição de Frederico I, já o estabelecimento de ensino contava com mais de quarenta e cinco anos.

A vida do venerando instituto foi cheia de acontecimentos que assinalaram a sua elevação, até o apogeu, e também a sua decadência, chegando a ser abolida em 1226 por Frederico II, embora o decreto que isso dispunha nunca tivesse execução e fosse expressamente revogado em 1227.

Dizem os historiadores que a universidade iniciou suas funções do seu nobre ministério com o ensino do Direito, vindo mais tarde outras escolas, de Medicina, de Filosofia, de Artes e Teologia.

A escola do Direito abrigava estudantes de várias nações da Europa e estes constituíam-se em *universitas*, das quais duas conservaram denominações características – a dos *Citramontanos* e a dos *Ultramontanos*. No décimo quarto século existiam duas Universidades de Direito, independentes das de Medicina, Filosofia e de Teologia, que podem ser consideradas como corporações, com personalidade jurídica, e como instituições sábias, com autoridade científica²⁸. Aqui, apenas nos interessa particularmente o segundo ponto de vista.

O ensino era ministrado na Escola de Bolonha por professores de curso, de repetição e de argumentação, que primitivamente, tinham o tratamento de *Doctor*, *Magister* e *Dominus*. Posteriormente a palavra *doctor* deixou de corresponder unicamente aos professores, pois que o doutorado, quer em Direito Romano, quer em Direito Canônico, quer em Direito Romano e Canônico (*in utroque jure*), era concedido a quem se sujeitava a uma certa ordem de estudos durante tempo determinado e se submetia a *examen* (*privata examinatio*) e a *conventus* (*publica examinatio*). No *examen* o candidato tinha de escrever um trabalho sobre dois pontos sorteados (*puncta assignata*), de Direito Romano, ou de Direito Canônico, ou de ambos, lia a sua

²⁸ Para bem conhecer a organização da corporação, veja-se Savigny, *op. cit.*, vol. III, §§ 69 a 76, e como *instituição sábia* - §§ 77 a 82- sendo que estes procuramos resumir no texto acima.

tese e abria-se discussão sobre ela, julgando-se depois o examinado, que aprovado, recebia o grau de *licenciatus*.

No *conventus* o *licenciatus* comparecia na igreja só, lia a sua tese e os estudantes discutiam sobre ela. Se era aprovado, os doutores que haviam apresentado ofereciam-lhe as insígnias doutorais – o *livro*, o *anel* e a *borla*.

O curso era dividido em seis cadeiras especiais e pelas matérias de cada ano eram designados os estudantes – 1º, *Ordinaria in Decretis*, - 2º, *Extraordinaria in Decretis*, - 3º, *Sexti et Clementinarum*, - 4º, *Infortiati et Novi pro diebus continuis*, - 5º, *Voluminis*, - 6º, *Infortiati et Novi pro diebus festis*.

As aulas duravam um ano e eram inauguradas no dia útil imediato ao de São Lucas (19 de outubro), a começar pelas aulas de Direito Canônico e, no dia seguinte, as outras matérias. O fato revestia-se de grande solenidade: missa cantada, discursos etc. Durante o ano concediam-se férias aos alunos, como as da Páscoa e do Natal. As aulas tinham lugar pela manhã e à tarde e eram multados os professores que começavam as lições depois da hora oficial e os estudantes que, terminada a lição, permaneciam nas salas (*scholae*). A lição devia ser oral e durante o tempo a ela destinado era vedado ao professor ler as *sebentas* ou mandar que os alunos lessem os seus *cadernos*.²⁹

Os professores de matérias importantes tinham empregados seus – *Bidelli* – encarregados de acomodar seus alunos nas aulas e de outros serviços expressamente determinados nos Estatutos³⁰. O pagamento dos honorários devidos aos professores era objeto de contrato entre eles e os seus alunos, ordinariamente por intermédio de um destes e as somas estipuladas, *per capita*, variavam de acordo com as matérias e o merecimento do mestre³¹.

²⁹ *Sebentas* – nome que em Coimbra os estudantes davam às explicações litografadas sobre os textos dos compêndios; cadernos eram os volumes organizados com as folhas de papel em que desenvolviam as notas das lições ou *apontamentos* tomado nas aulas.

³⁰ Dizem Odofredus, Cinus e Sarti, citados por Savigny (op. cit. - § 94) que o grande Azo teve um Bedel, cuja memória foi conservada pela singularidade do seu nome – *Galopressus* -, que lembrava sua deformidade, o qual, ao morrer, deixara duas mil libras.

³¹ Em um manuscrito das Pandectas de Stuttgart, segundo Savigny, há uma nota de despesas do estudante Wardus de Clusio, em Bolonha, de 1324 a 1335, assim redigida: “*Item dedi Domino Ray, meo Doctori pro suo salario... unum florenum. Item dedi Domino Belvisi, pro bancis et domo... decem solidos. Item dedi ut reciperer in eiven et in collegium... decem solidos. Item in collectis Bidelli Universitatis et Domini Jacobi... 20 solidos. Item solvi pro repetitione... quinquaginta solidos.*”

N. A. – Tradução: “Igualmente dei ao Senhor Ray, meu doutor, como salário, um floreno. Igualmente dei ao Senhor Belvisi, como pagamento dos bancos e da casa, dez sólidos. Igualmente dei para que fosse

Os *cursos*, os *livros* que serviam de programa e os professores eram divididos em *ordinariae* e *extraordinariae*, cuja significação rigorosa se não pode determinar, pois, há quem entenda que tais expressões se referem aos cursos feitos em *edifícios públicos*, uns, e em *casas particulares*, outros, - bem assim que se reportam aos cursos *gratuitos* e os *assalariados*. As matérias que serviam de objeto aos *livros* e a *categoria dos professores ordinários* de Direito Romano eram contidas no *Digestum vetus* e no *Codex*, e de Direito Canônico as do *Decreto* e das *Decretais*; todos os outros eram *extraordinários*³².

Passemos agora a relembrar os grandes nomes ligados à gloriosa *Escola de Bolonha*, o método que empregavam e a influência que exerceram por seus trabalhos e por seus discípulos.

OS GLOSADORES - *Irnerius*³³ foi o mais célebre dos professores do século XII e o seu nome adquiriu tal notoriedade que, ordinariamente, se supõe ter sido ele o fundador dessa Escola, quando apenas o foi do método de estudos que nela vigorou durante séculos. Exerceu funções públicas ao tempo da Condessa Matilde e de Henrique V ³⁴ devido, provavelmente, à nomeada de que gozava como professor, não sabendo nada que lhe diga respeito de 1118 em diante. Foi, no começo de sua vida intelectual, professor de gramática e daqui, talvez, o travar conhecimento com os jurisconsultos romanos e aprender-lhes, com penetrante acuidade, os segredos do pensamento.



Condessa Matilde, Gregório VII e Henrique IV. Gravura medieval.

recebido na [local indecifrado] e no colégio, dez sólidos. Nos recebimentos do Bidel da Universidade e do Senhor Jacó, 20 sólidos. Assim paguei por "repetição" cinquenta sólidos.

³² Sobre detalhes do ensino veja-se Savigny, *op. Cit.*, §§ 98 a 114.

³³ Veja p. 32 v.

³⁴ Veja p. 32 v.

O método empregado para revelar esse pensamento consistia em, depois de conhecer o texto de qualquer das partes da legislação codificada por Justiniano, juntar à parte estudada as explicações necessárias, quer em relação ao significado de uma palavra, ou mesmo de uma frase, quer em relação ao princípio científico contido no texto. Para maior comodidade, essas explicações eram escritas à *margem* dos livros, ou nas *entrelinhas* dos textos estudados e, por isso, chamavam de *glossæ marginales* ou *glossæ interlineares* e os que seguiam este método ³⁵ tinham o nome de *glossatores*.



Infortiatum. cum glossa Francisci Accursii, necnon cum summariis Hieronymi Clarii. –Venetiis: Baptista de Tortis, 17 marzo, 1500. Exemplar da Universidade de Sevilha.

As glosas de Acúrsio eram marginais. Os manuscritos medievais dividiam o Digesto (originalmente composto de 50 livros) em 5 livros: *Digestum vetus*, *Infortiatum*, *Novum*, *Codex* e *Volumen parvum*. “*Infortiatum*” é o título da segunda parte dos *Digesta*, que começa com a terceira parte do livro 24 e termina com o trinta e oito.

O objeto sobre que recaíam os estudos dos sábios de Bolonha eram as *Pandectas*, as *Institutas*, o *Código*, as *Novelas*, a *Lombarda* e a *Coleção de Constituições Feudais* e nisto consistia a sabedoria dos *legistas*, palavra esta que serviu para designar, mais tarde, os cultores do Direito Romano, em oposição a *canonistas*, que eram os cultores do Direito Canônico ³⁶.

³⁵ N. A. - Segundo John Gilissen, “a escola de Bolonha, se não introduziu, pelo menos generalizou e sistematizou o método da glosa. A glosa (do grego: γλῶσσα, isto é, palavra, voz) é na origem, uma breve explicação de uma palavra difícil; era de uso corrente no ensino da gramática no Trivium. Os juristas de Bolonha alargaram este género de explicação a toda uma frase, às vezes até a todo um texto jurídico”. (2 ed. 1995, p. 343).

³⁶ Os textos das Novelas eram não só os que figuravam no Epítome de Juliano – 124 Novelas –, como nas *Authenticas*, que continham 134. Savigny sustenta (§ 185) que todas as outras fontes do Direito Romano eram completamente desconhecidas dos Glosadores e indica, entre outros, o Código Visigodo e os trabalhos originais dos antigos jurisconsultos.

Irnerius foi um operosíssimo jurisconsulto e os seus numerosos trabalhos constituem o ponto de partida do verdadeiro renascimento dos estudos científicos do Direito Romano. As suas glosas, em que os historiadores do Direito vêem “*subtilissimum juris professorem*”³⁷ e na sua exposição “*elegantissimus verbis*”³⁸, não foram conservadas em sua integridade como muitos dos glosadores que se seguiram, chegando-nos o conhecimento da maioria delas através dos trabalhos dos seus discípulos e continuadores do método que adotara o eminente *lucerna juris*.

Nos manuscritos que conservaram as glosas do preclaro mestre, se observa que ele usava, em regra, da *glosa interlinear* para explicar a significação das palavras e frases, procurando mostrar o sentido em que deviam ser tomadas e dando-lhes sinônimos; ao passo que quando pretendia dar ao texto explicação científica utilizava-se das *glosas marginais*. Procuraram os seus biógrafos explicar esses fatos como resultantes da evolução de sua cultura e não, propriamente, como uma das manifestações do método de estudos e trabalhos por ele adotados, pois, atribuem as *glosas interlineares* ao tempo em que era simplesmente *professor de gramática latina* e as *marginais* ao tempo em que já era *professor de Direito Romano*.

Não se tendo coordenado sistematicamente e estando esparsas em trabalhos alheios e em comentários de discípulos, as glosas de *Irnerius* são reconhecidas geralmente pela designação feita por uma *sigla*, ora G., ora Y., ora I., chegando alguns a admitir também como características de suas glosas as *siglas* de *Wilhelmus de Cabriano* – W. – e a de *Henricus de Baila* – Yr.

O que é certo, porém, é que *Irnerius*, mesmo, não usava de qualquer dessas *siglas*, do que é prova a própria diversidade delas, mas, sim, os comentadores de seus trabalhos ou discípulos, que bem podiam usar de qualquer delas para designar o mestre com a inicial do nome com que o

³⁷ Petrus de Unzola, *Aurora Novíssima*, praef.

³⁸ Odofredus, *L. Manumissiones* – Dig. de just. et jure.

conheciam e, algumas vezes também, atribuindo-lhe, por essa forma tão simples, a autoria de um texto que, na realidade, não lhe pertencia.³⁹

As *authenticas* são outros trabalhos atribuídos a Irnerius. Como se sabe, após a publicação do *Código*, último monumento da codificação justiniana, em nova edição recomposta, o imperador promulgou várias *Novelas* modificando os textos da sua definitiva consolidação de leis. Estas *Novelas* eram extratadas e, pelo mesmo processo das glosas, adotados os extratos às disposições do *Código*, a que se referiam, com a denominação genérica de *authenticas*, por provirem de constituições do próprio Justiniano.

Irnerius redigiu a maior parte desses extratos, o que provocou a imitação de outros juristas, até que Acúrsio repeliu os imitadores, com exceção apenas de um trabalho de Albericus⁴⁰ e de algumas expressões acrescentadas ou substituídas por Martinus Gosias e Azo. As *authenticas*, embora em maior número sobre o Código tinham também por objeto as *Institutas* e as próprias *Novelas*, revelando-se em todas elas a preocupação de retificar certos equívocos e de completar ou esclarecer o pensamento do texto respectivo.

Muitos romanistas contestam o mérito dos trabalhos dessa natureza⁴¹, mas, segundo observa Savigny, as *authenticas* oferecem inquestionavelmente um grande interesse para a história dogmática, o que será injusto não reconhecê-lo.

Além dos trabalhos indicados, que constituem o fundamento da grande reputação do eminente professor, outros lhe são atribuídos, como o *Formularium Tabellionum*, espécie de guia para o exercício das funções de notário; as *Quaestiones de actionibus* – tratado sobre as ações, e dos manuscritos, um denominado *Carmina*, outro *Ad Robertum archiep.*

³⁹ Savigny, op. cit., vol. IV, Caps. XXVI e XXVII, afirma ter examinado o manuscrito do Vaticano nº 1.427, a que se refere Sarti, como um exemplo do Código com glosas de Irnerius, e reconheceu a perfeita exatidão dessa referência, não constando a autenticidade das glosas, nem a época do aparecimento do manuscrito (começo do 13º século).

⁴⁰ A Authentica – *Si quis vult cause* – no Código – *qui potiores in pignore habeantur* – I., VIII. T. XVIII, const. 11.

⁴¹ Savigny, op. et loc cit., indica os ilustres Pagenstecher, Bynkershoek, Wissembach, Scherz e o próprio Berriat St. Prix, - os dois primeiros exaltando a exatidão das Authenticas e os últimos, ao contrário, acusando-as de infidelidade, com exceção apenas de Scherz que segue uma opinião intermediária.

Rothomagensis satyra in poetam Scotum nomine Moriuth, os quais manuscritos nenhum interesse oferece aos juristas.

Em torno deste astro de primeira grandeza gravitavam vários juristas, entre os quais gozavam de alta reputação *Bulgarus*, *Martinus Gosia*, *Jacobus de Porta Ravennate* e *Hugo de Alberico*, chamados *quattuor doctores*. Estes notáveis glosadores, segundo afirma Otto Morena, contemporâneo deles, tiveram a classificação do seu próprio merecimento formulado por Irnerius, nas seguintes palavras:

“BULGARUM OS AUREUM, MARTINUS COPIA LEGUM,
MENS LEGUM EST HUGO, JACOBUS ID QUOD EGO”.⁴²

Não obstante a falta de autenticidade em relação à autoria destes dizeres, parece que Irnerius poderia ter sido que realmente formulou o juízo assim expresso, até mesmo ao ser substituído por *Jacobus de Porta Ravennate*.

A) – *Bulgarus* – Apesar da celebridade que adquiriu, *Bulgarus* teve um começo de vida obscuro. Ignora-se qual foi a sua família e até mesmo o lugar do seu nascimento, posto, geralmente, seja tido como natural de Bolonha. Seu nome aparece algumas vezes nos textos como *Burgarus* e outras vezes *Bulgarinus*, mas, a *sigla* de suas glosas foi sempre B. e a sua reputação de professor deu-lhe o cognome de *os aureum*⁴³ e a glória de ter tido por discípulos os notáveis glosadores Albericus e Johannes Bassanius. Exerceu funções de *judex*, em 1159, e alguns historiadores, devido à má interpretação de uma *authentica* ao Cód. L. V, T. X – *si secundo nupserit mulier...* –, explicada por um estatuto feito pela comuna reunida *in curia Bulgari*, julgam ter exercido também o lugar de *vicarius* do imperador, em Bolonha.

⁴² N.A. – Tradução: “Búlgaro é o boca de ouro, Martino a cópia das leis ; a mente da lei é Hugo, Jacó é isto que eu sou”.

⁴³ Boca de Ouro – “...potest dici, dixit os aureum scilicet dominus Bulgarus, et ita appellatur Bulgurus...” – (Odofredus – loc. cit.).

N. A. – Tradução : « ...pode ser dito que ele, quando chama de boca de ouro ao senhor Búlgaro, também assim é chamado Búlgaro”.

Bulgarus escreveu vários trabalhos de valor, entre os quais se destacam, como os de maior nomeada: 1º as suas *glosas*, sempre reveladoras de conhecimentos profundos das fontes estudadas, a par de uma segurança de crítica e de doutrina admiráveis; 2º os *comentários* ao título – *De Regulis Juris* – (Dig. L. L., XVII), atribuídos a *Placentinus* nas suas três primeiras edições, mas, cuja verdadeira autoria foi restabelecida por *Cujacius*, dando a *Placentinus* somente o que a ele realmente pertencia, as *additiones* e *exceptiones* ⁴⁴; 3º, *de judiciis* – tratado de processo, dividido em quinze títulos e publicados em anexo à obra de *Placentinus* – *Varietate Actionum* e reproduzidos os seus oito primeiros títulos em um manuscrito de Paris e em outro da biblioteca Garampi, sob a denominação – *Excerpta legum edita a Bulgarino causídico* –, de autor desconhecido; 4º, a *glosa* sobre o *Liber Feudorum*, que, segundo *Alvoratus*, foi o primeiro trabalho, em glosa, com o de *Pileus*, sobre o assunto.

Naturalmente, o fecundo glosador produziu outros trabalhos, quer como professor, quer como jurisconsulto e causídico, os quais se extraviaram, ou figuram como produção de outrem. A *Crônica di Bologna* diz que o *famosíssimo dottore* faleceu em 1166 e foi sepultado na igreja de São Prócuro.

B) – *Martinus Gosia* – Nascido em Bolonha, de família nobre, pertencente ao partido gibelino⁴⁵, fez os seus estudos jurídicos na célebre escola de sua terra natal, tendo provavelmente se distinguido entre os seus contemporâneos e discípulos pela preocupação de obedecer, nos trabalhos que produzia, à palavra da lei do que lhe veio a alcunha de *copia legum*, como esta no dístico atribuído a *Irnerius*, acima transcrito.

⁴⁴ Este trabalho mereceu francos elogios de Savigny, que diz ser o mais antigo corpo de obra produzida pela escola dos glosadores chegado ao nosso tempo que se recomenda “pela excelência do seu método e pela pureza e elegância do estilo” – (Op. Cit., vol. IV, Cap. XVIII).

⁴⁵ N. A. – Gibelinos e Guelfos eram os nomes das famílias nobres rivais nos últimos séculos da Idade Média, na Itália. Os últimos eram partidários da supremacia dos papas sobre os imperadores germânicos e defendiam um regime democrático para as cidades; os primeiros da supremacia dos imperadores, então em disputas com os papas.

Esta preocupação, porém, ao passo que é reconhecida por uns⁴⁶, é contestada por outros⁴⁷, que até o censuram de se apoiar, de preferência, em uma equidade imaginária, a fazê-lo no texto da lei expressa. De uma, ou de outra maneira, a nomeada de Martinus Gosia foi extraordinária. Rival de Bulgarus, tornou-se, como aquele, objeto de admiração dos seus discípulos e dentro de pouco tempo, como sucedera em Roma com *Labeo* e *Capito*, duas correntes de doutrinas foram se acentuando no estudo das questões, chefiando cada um deles a sua seita.

A seita de Bulgarus teve maior nomeada, porque contou em seu seio adeptos de poderosa influência na opinião geral dos juristas como *Albericus*, *Bassianus*, *Azo* e *Accursio*; mas, nem por isso, a de Martinus deixou de atrair a atenção dos estudiosos e de ver suas opiniões adotadas em *decretais* dos Papas e em *estatutos* da sua terra natal.

Os seus trabalhos consistiriam principalmente em glosas e em adições às *authenticas* do *Código*, *Institutas* e *Novelas*.

Não se sabe, ao certo, quando faleceu; mas, provavelmente, isso aconteceu antes, ou no próprio ano, do falecimento de Bulgarus (1166), pois, da história da vida deste, consta que os seus sectários sepultaram o chefe da seita que adotaram na igreja de São Próculo, em face do túmulo de Martinus.

C) – *Jacobus de Porta Ravennate* – O terceiro *doctor*, discípulo de Irnerius, tem o início de sua vida também obscuro, embora já não ofereça dúvida de que é natural de Bolonha e faleceu em 11 de outubro de 1178.

Contemporâneo de Graciano, o célebre monge, professor de Direito Canônico na Universidade de Bolonha⁴⁸, e do Papa Alexandre III, professor de Teologia na mesma Universidade antes de 1159, Jacobus exerceu funções de *judex* em 1151, pois, existe um seu julgado desse ano, ao qual Sarti fez referências elogiosas pela pureza e elegância do estilo. A não ser isto, dele só

⁴⁶ Azo, por exemplo, - *Lectura in L. e C. de fruct.* (VII, 51), diz assim - "M. (é a sigla mais usada de Gosia) *inbarebat litera tanquam Judas...*" - Savigny - *Op. Cit.* Cap. XVIII, not. 24.

⁴⁷ Odofredus - *in Dig.* L. III, T. 11, fr. 4, § 5º - assim se exprime: "Dixit Martinus, de sua ficta equitate et bursali, propter quas passus est multas verecundias..." - Savigny - "Op. e loc. Cit.

⁴⁸ Veja-se L. III, T. III, - *O Direito Canônico e o Direito Germânico*.

se conhecem as glosas, principalmente pelas citações feitas pelos autores e adicionadas às coleções de controvérsias.

A sua *sigla* é, em geral, um *J.*, mas, algumas figuram duas letras – *Ja.* e até três – *Jac.*

O apelido de *Porta Ravennate* lhe veio do fato de ter residência no quarteirão da cidade que tinha esta denominação ⁴⁹.

D) – *Hugo de Alberico* – O último dos *quattuor doctores* foi também um notável glosador e era ignorado, como Jacobus, por ser residente no mesmo quarteirão, pela alcunha de *Porta Ravennate*, porém, mais freqüentemente, por *Albericus*, nome de seu pai.

Nasceu em Bolonha e, partidário dos gibelinos, viveu exilado, com sua família, durante algum tempo. Figurou como intelectual de valor, pelo menos, até 1171.

As suas obras consistiam em *glosas* e em *distinções*, conforme as citações que fazem. Em um manuscrito de Paris se encontram 96 *distinções*, das quais 88, que não tem designação do autor, são atribuídas a Hugo e as 8 restantes estão com *siglas* diferentes da sua. Costumam chamar esta coleção – *Distinctiones Albericana* – por que Rofredus deu esta denominação a muitas constantes de suas lições sobre o *Código*, entre as quais duas estão no manuscrito de Paris. Assim também fizeram Pillius e Odofredus, citados por Savigny, sendo que este sustenta que uma outra coleção de *distinções* e uma de *questões*, atribuídas a Hugo, são obras alheias e não suas.

A *sigla* de Hugo era *U.* ou *Ug.*, embora os romanistas escrevam o seu nome com *H.*

Os *quatro doutores* exerceram grande influência nos acontecimentos políticos em que figurou o Imperador Frederico I, principalmente nas deliberações tomadas na *Dieta de Roncaglia*, relativas aos direitos dos imperadores e das cidades, que deram lugar aos mais severos ataques aos

⁴⁹ Bolonha tinha quatro portas – *porta Ravegnana*, *Porta Procolo*, *Porta Pieri* e *Porta Sturi*, correspondendo, a cada uma, um quarteirão com o mesmo nome.

eminentes juristas por muitos historiadores, inclusive Placentinus, jurista como eles e seu contemporâneo⁵⁰.

Apesar disso, a nomeada que tiveram parece que resultava de um verdadeiro e indiscutível merecimento, não somente na época em que viveram, como muito tempo depois, a despeito da maravilhosa evolução da ciência jurídica até o advento de *Accursio* e da *glosa ordinária*, nos meados do século XIII ⁵¹.

⁵⁰ Veja-se sobre este objeto a defesa que lhes faz o preclaro Savigny, mostrando quão injustos são esses ataques às resoluções da Dieta de Roncaglia – *Op. cit.*, cap. XVIII, última parte.

N. A. – Frederico I com o escopo de reforçar o império universal, enfraquecido pelo fortalecimento das cidades medievais, atravessou os Alpes em 1154, destruiu cidades satélites de Milão, fez-se coroar rei da Itália (1154) e imperador (1155). Em 1158 assediou Milão, que foi destruída em 1160 e declarou solenemente os direitos de soberano por meio da II Dieta de Roncaglia, que estabeleceu uma complexa série de constituições feudais que esclareceram quais eram as regalias do Império. Participaram da compilação os quatro doutores Búlgaro, Martino, Jacó e Hugo, que estabeleceram que ficam reservados aos sucessores de César, os Imperadores, o direito de administrar as cidades, bem como o de investidura dos cônsules e potestades para administrar a justiça, impor tributos e cunhar moedas. Foram por isso anuladas diversas concessões feudatárias das cidades. Só em 1176, depois de perder a batalha de Legnano, reconheceu o imperador, pela Paz de Constância (1183), a maior parte das reivindicações das cidades.

⁵¹ Desde Irnerius até Accursio, em um espaço de tempo correspondente a 150 anos, mais ou menos, a escola dos glosadores teve, entre os seus mais notáveis representantes os seguintes: 1º - *Rogierius* (*glosas, sumário sobre o Código, compêndio, diálogo e catálogo sobre prescrições, coleção de controvérsias – dissentionibus dominorum etc.* Faleceu antes de 1192); 2º - *Albericus* – (*glosas, authenticas sobre o Código e distinções – distinctiones Albericana*. Foi discípulo de Bulgarus; falecido em 1194); 3º - *Wilhelmus de Cabriano* – (*glosas sobre várias partes do Corpus Juris e um sumário sobre o Digestum Novum*. Falecido em fins do século XII). 4º - *Placentinus* – (*glosas, de veritate actionum, sumário sobre o Código, sobre as Institutas e sobre três livros do Código – até L. 10, T. 18 -, adições as Regulae Juris de Bulgarus e outras*. Falecido em 1192); 5º - *Johannes Bassianus* (*glosas, sumários sobre as authenticas das Novelas, arbor actionum, summa cuicumque vult distinctiones, disputationes etc.* Faleceu em 1166); 6º - *Pilius* – (*glosas quaestiones, brocarda ou disputationes, sumário sobre os três livros – continuação do de Placentinus-, de ordine judiciorum, distinctiones e escritos sobre o direito feudal*); 7º - *Cyprianus* – (*glosas sobre vários pontos das coleções justinianas, authenticas sobre os três últimos do Código e, segundo alguns autores, uma coleção de glosas de seus predecessores*); 8º - *Galgosius* – (*glosas e constituições imperiais falsificadas, como a que começava pelas palavras – Ut in die dominico, atribuída por ele a Teodósio*); 9º - *Otto* – (*glosas, de ordine judicario, distinctiones, brocarda*); 10º - *Lotharius* – (*glosas e provavelmente escritos sobre Direito Canônico*); 11º - *Bandinus* – (*glosas*); 12º - *Burgundio* – (*traduções de obras gregas, especialmente dos fragmentos gregos existentes nas Pandectas, atribuindo-se-lhe também uma tradução das Novelas gregas*); 13º - *Vacarius* – (*introdutor do ensino do Direito Romano na Inglaterra, fundador da Escola de Oxford, a sua obra fundamental foi "Liber ex universo enucleato jure exceptus et pauperibus praesertim destinatus"*); 14º - *Johannes Sarisberiensis* – (*contemporâneo de Vacarius em Oxford, a sua melhor obra é denominada Policraticus*); 15º - *Petrus Bleccensis* – (*discípulo do precedente, cartas em que trata de assuntos jurídicos, aperfeiçoou seus conhecimentos em Bolonha*); 16º - *Silvester Giralduus ou Giralduus Cambrensis* – (*escreveu sobre Direito Romano e Direito Canônico*); 17º - *Azo* – (*um dos mais ilustres sucessores de Irnerius, deixou glosas sobre o Digestum vetus, infortiatum e novum, sobre o Código e lições denominadas Apparatus e Lectura, sumários sobre o Código e Institutas, brocarda, quaestiones definitiones, distinctiones e muitos outros trabalhos*. Faleceu em 1230); 18º - *Hugolinus* – (*glosas, sumários sobre as Pandectas e Código, distinctiones quaestiones, dissentiones, etc.*); 19º *Cacciavillanus* – (*adições aos brocarda de Azo, fundou a escola de Vicenza*); 20º - *Jacobus de Ardizzone* – (*a sua melhor obra é uma coleção de sumários sobre o direito feudal*); 21º - *Jacobus Columbi* – (*glosas sobre as fontes do Direito, especialmente sobre o Código e sobre a coleção de direito feudal*); 22º - *Jacobus Balduinus* – (*glosas, libellus instructionis advocatorum, de primo et secundo decreto, de remediis contra sententiam, de confessionibus etc.*); 23º - *Tancredus* – (*ordo judicarius, apparatus e provinciales*); 24º - *Carolus de Tocco* – (*glosas, sumários, sobre o Direito Romano e apparatus sobre a Lombardia*); 25º - *Roffredus Epiphani* – (*glosas, lições sobre o Código e sobre o Digestum novum, de libellis et ordine judiciorum – libelli de jure canônico, quaestiones sabbalinae, de pugna de positionibus, de bonorum possessionibus e summa de actionibus*); 26º - *Petrus de Vineia* – (*coleção de constituições das Duas Sicílias, redigidas em Amafi*). Os dados que aqui ficam, relativos aos 26

Accursio – Depois de Irnerius, nenhum nome, entre os dos mestres da escola de Bolonha, foi mais conhecido, nem mais admirado do que o do preclaríssimo Acúrsio. Nascido em Florença, a Atenas da Itália, na *Villa Balneoli*, provavelmente no ultimo quartel do século XII, Acúrsio foi discípulo de Azo, pois, é ele mesmo quem chama a este “...*ille qui est praeceptoris mei*”, tendo começado seus estudos muito jovem, do que lhe proveio, talvez, aquele “*aspectus gravissimi, et reverendi sed considerativi, at que melancolici*”, na frase de Villani, o seu melhor biógrafo.



Estátua de Acúrsio, na fachada da Galeria Uffizi de Firenze..

glosadores mais notáveis posteriores aos quatro doutores e precedentes a Accursio, foram fornecidos por Savigny no 4º volume da sua *História do Direito Romano na Idade Média* e nos autores por ele citados.



Piazza Maggiore em Bolonha. Vista do *Palazzo d'Accursio* (complexo onde, no início, foi a morada de Acúrsio, transformado em sede do governo da cidade no séc. XIV) e do *Palazzo dei Notai*.

Professor durante quarenta anos, bafejado pela fortuna, que lhe proporcionava conforto e bem-estar suficientes para despreocupar-se das necessidades da vida quotidiana, dotado de espírito de operosidade e com acentuadíssima vocação para os estudos jurídicos, a sua obra foi, além de formidável na extensão, a mais fecunda sístole jurídica depois dos trabalhos mandados organizar pelo imperador Justiniano⁵².

Antes do seu trabalho fundamental, compôs *adições ao sumário de Johannes sobre as autênticas, apparatus sobre as mesmas autênticas, tratado sobre árbitros e questões diversas*, que não chegaram a formar uma obra autônoma.

A obra magistral, que trouxe o seu nome aureolado à posteridade, foi a *Glosa Ordinária, Glosa Accursiana* ou simplesmente *Glosa*.

Dando por finda a sua missão de professor, depois de havê-la honrado durante mais de quarenta anos, como acima dissemos, a semelhança de

⁵² Villani, citado e transcrito por Savigny, nos dá o seguinte perfil do grande jurisconsulto – “Stature militaris Accursius, aspectus gravissimi, et reverendi, sed considerativi, atque melancolici, ejusque quod semper meditaretur ingenii, et memorie supra modum vivassimus, vite vero sobrie, atque castissime, quamquam nitido, et perpolito vestitu delectaretur, quo videretur pomposus tamen sine fastidio, a cujus habitu moribusque ejus non secus, quam ex ore disertis leges vivendi hauriebant.”

Labeo, que procurava a quietude do campo para escrever as suas obras, Acúrsio deixou a cidade, o fausto da sua *Villa Ricardina*, e recolheu-se à vida solitária de camponês, ao remanso da *Villa Balneoli*, onde passara a sua infância, e começou a construir o seu monumento, vasta consolidação das glosas dos seus predecessores e contemporâneos.

A *Glosa Accursiana*, reunindo e resumindo as glosas dispersas dos grandes mestres da escola, compreendia as matérias de todas as fontes do Direito Romano, sistematizando e coordenando a doutrina, e tendo aparecido em uma época de decadência das forças científicas, oferecia, na frase de Serafini⁵³, abundante pasto de literatura jurídica e libertava da fadiga de pensar por si.

Estes predicados deram-lhe, dentro de pouco tempo, tal autoridade, que conseguiu rivalizar com a própria lei, quando não a suplantava⁵⁴, pois até os poucos textos não glosados pelo sábio deixaram de ter aplicação ao casos submetidos à apreciação dos tribunais, formulando-se, por isto, a aforismo largamente generalizado - "*quidquid non agnoscit glosa, nec agnoscit Curia*".⁵⁵

A organização da *Glosa magistral*, solicitada pela confusão, já reinante, oriunda da multiplicidade de trabalhos dessa natureza e sem fundo científico, se, por um lado, revelava a decadência dos estudos jurídicos nas próprias fontes que lhe haviam servido de fundamento, por outro lado, agravava a decadência com o dogmatismo intransigente que tornava indiscutíveis os princípios estabelecidos.

Durante muitos anos a autoridade de Acúrsio, pelos seus trabalhos e pela influência exercida por intermédio dos professores sobre os discípulos da escola de Bolonha e de outras cidades em que a *Glosa ordinaria* imperava sem contraste, não teve quem lhe empanasse o prestígio e os seus próprios filhos,

⁵³ Op. cit., vol.1, intr., p.92.

⁵⁴ Foi esta autoridade que levou Raphael Fulgosio a dizer: "*Volo pro me magis glossatorem quam textum. Nam si allego texto, dicunt advocati adversariae partis et etiam iudex: credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu?*"? *Cod., de oblig. et act.*, l.6.

N. A. – Tradução: Desejo em meu favor seguir mais o glosador do que o texto. Pois se alego o texto, dizem o advogado da parte contrária e o juiz: "crês tu que a glosa não viu assim o texto, como tu, e assim não bem entendeu como tu?"

⁵⁵ N. A. – Tradução: O que a glosa não conhece, o tribunal também não conhece.

jurisconsultos como ele, de nomes *Franciscus Accursii* ⁵⁶, *Cervottus Accursii* ⁵⁷ e *Wilhelmus Accursii* ⁵⁸, se encarregaram de manter e fomentar a admiração e a glória do nome paterno.

Savigny dá à *Glosa magistral* um valor histórico extraordinário por ter escolhido a maior parte de escritos, hoje perdidos ou inéditos, de forma que o serviço por ela prestado à ciência jurídica pode ser comparado aos que Justiniano prestou com as suas coleções de *Constituições* (Código), *responsa*, *institutiones* (Pandectas) etc.

Não obstante a estagnação dos estudos jurídicos provocada pelo aparecimento do trabalho de Acúrsio, o que aliás, já se vinha operando no curso dos trabalhos da escola, contemporânea e posteriormente ao mestre insigne, figuravam como juristas e professores de nomeada vários adeptos do método de Irnério, alguns mesmo, de notável saber e grande reputação, como *Odofredus*, *Dinus* – cognominado *Mugellanus*, *Rolandinus Passageri*, *Wilhelmus Durantis*, *Raimundus Lullus*, *Albericus de Rosciate* e outros.⁵⁹

OS PÓS-GLOSADORES. - Com o advento do século XIV, a literatura jurídico-romana, já conhecida por denominações especiais, como a dos *Práticos*, *Escolásticos*, *Dialéticos* e *Comentaristas*, constituía a massa, mais ou menos heterogênea, de *Pós-glosadores*, a cuja frente se colocou o célebre jurisconsulto Bártolo, o mais ilustre romanista do seu tempo e de tamanha reputação como Acúrsio.

⁵⁶ Filho do primeiro matrimônio, nascido em 1225 e falecido em 1293. Professor de Direito em Bolonha aos 45 anos de idade, foi embaixador de Eduardo I da Inglaterra em França e em Roma, tendo adquirido celebridade quase igual a de seu pai. Os seus trabalhos principais consistiram em *glosas addicionaes* às de Acúrsio, *authenticas*, *consultas*, *discursos* e outros, sendo para notar que alguns historiadores lhe atribuem obras que evidentemente são de seu pai.

⁵⁷ Filho do segundo matrimônio, nasceu em 1249 e faleceu em 1287. Doutor aos 17 anos, *Cervottus* ensinou Direito em Pádua e escreveu adições às glosas de Acúrsio, das quais três foram assinaladas por Savigny. Sofreu perseguições políticas, foi proscrito, teve seus bens confiscados e a casa de residência arrasada.

⁵⁸ Também filho do segundo matrimônio, nasceu em 1246 e faleceu em 1314. Recebeu muito jovem ainda o grau de doutor em Direito Romano e, depois, em Direito Canônico. Deixou obras de valor, tais como: 1º) *Casus longi Institutionum*; 2º) *Casus* sobre o Código; 3º) *Quaestiones* ou *disputationes*. Foi também vítima de perseguições políticas.

⁵⁹ A relação de juristas e professores da época assinalada é numerosa, mas, os indicados foram exatamente aqueles que maior número de obras produziram. Entretanto, tiveram também atuação eficaz no meio científico e principalmente didático, de então, outros de considerável reputação e autoridade, como: *Guido Suzaria*, *Andreas Barulo*, *Vicentinus Bellovacenses*, *J. Johannes*, *Deo Martinus de Fano*, *Johannes Blanosco*, *Aegidius Fuscararius*, *Albertus Galeoltus*, *Rolandinus de Rumanciis*, *Albertus de Gandino*, *Jacobus Ravanis*, *Petrus de Bellapertica*, *Johannes Taber*, *Oldradus*, *Jacobus de Belvisio*, *Cinus*, *Johannes Andreae* etc.

Bártolo de Sassoferrato nasceu na cidade que lhe deu o nome, em 1314, e faleceu em Perugia (*Perugia*), em 1357: portanto bem moço ainda, com 43 anos, apenas, de idade. Filho de Francisco Severi e de Sancta Alfani, teve por professor de gramática o padre *Petrus de Assisio* ou *Petrus Pietatis*, e, de Direito, o ilustre *Cinus de Pistorio* (Cino de Pistóia), em Perugia, e *Oldradus, Buttrigarius, Rainerius* e *Belvisio*, em Bolonha.



Gravura de Bártolo de Sassoferrato reproduzida em um de seus escritos.

Aos 21 anos de idade recebeu o grau de doutor e aos 25 começou, em Pisa, a suas funções de professor, transferindo-se, mais tarde, para Perugia, onde fez o centro de sua atividade intelectual e de onde expandiu a sua extraordinária nomeada por toda a Europa.⁶⁰

⁶⁰ É ele mesmo quem nos fornece os dados dos fatos principais de sua vida intelectual, no comentários in Digestum novum, L. Quidam cum filium, 132 de V. O.: "Ego habui unum magistrum, qui me primas litteras docuit, qui vocabatur frater Petrus de Assisio, nunc vero civitate Venetiorum vocatur frater Petrus Pietatis, sic dictus quia locum ibi erexit qui domus Pietatis vocatur, ubi infantes expositi nutriendi recipiuntur: vir est expertus, nullius hypocrisis, mirae sanctitatis apud me et omnes qui cum bene nascunt... ex sui doctrina me talem reddidit, quod in 14 anno aetatis meae, in civitate Perusii, sub domino Cyno de Pistorio jura civilia audire incepti, et ejus perseverante gratia taliter continue studendo profeci, quod in 20 anno Bononiae repetendo et disputando; publice de jure respondendi, et demum in 21 anno doctoratus fui: et ex multo amore quem ad illius fratris Petri bonitatem gero, cum calamus hoc scribit, cordis oculus lacrymatur"

N. A. Tradução: "Eu tive um professor, que por primeiro me ensinou as letras, que se chamava irmão Pedro de Assisio mas que agora em Veneza é chamado por irmão Pedro da Piedade, assim dito porque ele ali erigiu um local que se chama Casa da Piedade, diante do qual são recebidos as crianças expostas para

As suas obras, além de numerosas, foram as que maior extensão alcançaram, atingindo, por assim dizer, e penetrando todos os departamentos do Direito Romano, que público, quer privado. Escreveu comentários sobre *Digestum vetus*, o *Infortiatum*, o *Digestum Novum*, o *Codex*, os *Tres libri*, as *Authenticas*, e as *Institutiones*; produziu trabalhos de outra natureza como *consilia*, *quaestiones*, *tractatus* sobre o direito público, direito criminal, direito privado e direito processual.⁶¹ Esta vasta organização revela uma operosidade notabilíssima e serviu de pasto aos jurisconsultos contemporâneos e posteriores para imprimir um novo movimento de progresso na cultura das ciências jurídicas.

Bártolo foi inquestionavelmente o mais notável jurisconsulto de sua época e mesmo, sem exagero, do seu século. A influência dos seus escritos, pela própria forma que lhes dava e pela precisão e elegância da linguagem empregada, foi decisiva e salutar. Em torno de sua cátedra reuniam-se discípulos de grande valor vindos de toda a parte da Europa, inclusive da Espanha e Portugal.⁶²

Os seus profundos conhecimentos das fontes e da literatura jurídica, o método que empregava no estudo das graves questões submetidas a sua apreciação, o estilo leve e a cuidadosa exegese em que procurava basear os seus trabalhos sobre os textos examinados, deram-lhe uma autoridade indisputável, rivalizando com Acúrsio e sobrepujando a todos os seus contemporâneos e sucessores.⁶³

serem nutridos: é um homem reconhecido, de nenhuma hipocrisia, de santidade admirável a mim e a todos que nascem com o bem...; com sua doutrina ele tal me transformou que eu comecei, aos meus 14 anos de idade, na cidade de Perúgia, a ouvir as aulas de direito civil do senhor Cino de Pistóia; e de tal modo com perseverante graça dele continuamente eu progredi estudando, que com 20 anos eu estive em Bolonha repetindo e disputando e respondendo publicamente sobre o direito; e finalmente aos 21 fui doutorado. E de tanto amor que eu nutro pela bondade daquele irmão Pedro, que ao escrever isso com o cálam, o olho lacrimeja do coração."

⁶¹ Para avaliar, com a devida atenção, a probidade literária e científica de Bártolo, basta atender àquele fato, comentado por Savigny, *op. cit.*, vol.III. §175, de ter ido propositalmente a Pisa verificar um texto das Pandectas, na *Littera Pisana*, a fim de dissipar uma dúvida sobre um fragmento citado no curso de um processo, fazendo-se acompanhar de outro jurista, provavelmente Franciscus Tigrinus, e não Franciscus Accursii, como supõem alguns historiadores.

⁶² Entre estes discípulos estava o célebre Dr. João d'Aregas, cognominado Mestre João das Regras, que trouxe das lições do preclaro professor a mais duradoura e a mais eficiente das influências, como se vê das *Ordenações Afonsinas*, conforme atesta Mello Freire, *Historia Iuris Civilis Lusitanis*, §67 e nota. Veja-se L.III. T.II – *Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Philippinas*.

⁶³ A Ord. Manuelina – L. II, T.V., sob a rubrica "*Como se julgam os casos que não forem determinados por Nossas Ordenações*" manda que, na falta de "*Lei do Reino ou Estilo, ou Costume, ou Leis Imperiais ou*

Savigny contesta a afirmação de vários biógrafos do eminente professor de ter sido ele o inventor de um novo método aplicado ao estudo do Direito, fundado na *dialética*, e de ter sido o primeiro a escrever comentários propriamente ditos sobre as fontes do Direito, de onde lhe veio e aos seus sectários e continuadores a denominação de *scribentes*.

Mas se, na realidade, tais afirmações não estão de acordo com a verdade dos fatos, já não pode ser objeto de dúvida ou de contestação, que foi Bártolo quem, com maior autoridade e com indisputável preponderância, desenvolveu aquele método, graças a sua formidável superioridade no meio em que agia, e enriqueceu a literatura do século XIV com trabalhos originais e numerosos sobre as fontes justinianéias, graças a operosidade e constância que caracterizavam a sua vida intelectual.

É Savigny mesmo que no-lo diz: se Bártolo não é o inventor de um novo método, a sua reputação não é, também, o resultado de um capricho ou do azar; se ele não fez diversamente de seus predecessores, fê-lo, com certeza, muito melhor.

Em torno dele e depois dele apareceram outros jurisconsultos de valor, como Lucas de Pena, Baldus, Paulo de Castro, Ludovicus Bologninus, Lancelluttus Decius e seu irmão Philippus Decius, Jason e outros⁶⁴, mas nenhum conseguiu aproximar-se do ilustre filho de Sassoferato.

Com o advento do século XVI, a reação contra o método adotado pelos glosadores chegara ao seu definitivo triunfo.

A renascença sacudia o espírito humano; as ciências, as artes, a literatura, a poesia, todas as manifestações, enfim, da inteligência, tomavam novas direções e a filologia, a lingüística, a história, a religião e a filosofia

Santos Cânones, se guardem as Glosas de Acúrsio...e na falta destas, "a opinião de Bártolo, não embargante que alguns doutores tivessem o contrário". Esta disposição passou para as *Ordenações Filipinas* (L.3º, T.64, §1º) e não obstante revogada pela Lei de 18 de Agosto de 1769, §11, e pelo Alvará de 28 de Agosto de 1772, liv. 2º, T. 3º, op. 1, permaneceu no *Regimento da Relação do Rio de Janeiro*, de 13 de Outubro de 1751, como princípio dominante.

⁶⁴ Tais como Ambrosius Carnadulensis, Nicolaus Nicoli, Maphaeus Vegius, Laurentius Vella, Ângelus Politianus, Pomponius Laetus, Aymarus Rivallius, Aelius Antonius Nerbissensis, Alexander ab Alexandro, Petrus Aegidius, Pius Antonius Bartolinus, Bartholomaeus Raimundus, Nicolaus Everardi etc.

davam-se as mãos para impulsionar e encaminhar o pensamento em direções até então desconhecidas.

ESCOLA HUMANISTA⁶⁵ - O Direito não podia ficar alheio a esse movimento progressivo. Ângelo Policiano inicia profundos estudos filológicos sobre as fontes romanas e procura desenvolver a cultura jurídica dentro dos moldes da nova cultura literária e, em seguida, outros reclamam nova direção aos estudos jurídicos, invocando o próprio interesse do Direito. Abre-se o dissídio entre os que pretendem conservar a tradição e os que desejam remodelar a ciência dando-lhe novos elementos de vida. É a reprodução, a repetição histórica dos *sabinianos e proculianos*, fenômeno tão comum às ciências, em geral, e ao Direito com maior frequência.

ALCIATUS. - Alciato, milanês, nasceu em 1492. Discípulo de Jason em Pavia, e de outros em Bolonha, recebeu, nesta cidade, o grau de doutor, em 1510. Conhecendo a língua grega, o seu primeiro trabalho consistiu, ainda estudante, em explicações de todas as expressões gregas empregadas no *Digesto* causando o seu livro uma profunda impressão de surpresa e admiração, por tratar-se, além do mais, do trabalho de um menino de quinze anos. Parecia que esta precocidade reveladora de um espírito educado nas letras gregas e latinas determinaria, como efetivamente determinou, a formação de um grande jurisconsulto, pela facilidade de beber nas duas fontes e apreender com maior exatidão, o pensamento dos legisladores e jurisconsultos de Roma, Atenas e Constantinopla.

Helenista e literato, filólogo e jurista, Alciato entregou-se ao ensino do Direito, mas, as Universidades italianas disputavam o grande mestre Jason e o método do novel jurista ainda não tinha sido compreendido por todos.

A esse tempo, a cidade de Avinhão, que no século XIV (de 1309 a 1377) tinha servido de residência aos Papas do grande cisma, viu a sua Universidade exposta a manifesta decadência e, para evitar-lhe a queda definitiva, procurou

⁶⁵ N. A. – Subtítulo inserido para facilitar a leitura.

atrair Alciato a uma de suas *cátedras* e fê-lo com promessas de grandes recompensas, que não cumpriu.

O célebre jurista, que habilmente, colocava os seus interesses econômicos acima dos seus deveres para com a ciência, abandonou a cidade, recolhendo-se à sua terra natal, onde Francisco I, *o restaurador das letras* foi buscá-lo, instituiu para ele uma cadeira na Universidade de Bourges e proporcionou-lhe, por este meio, a oportunidade, que soube aproveitar, para celebrar-se e impor-se à administração dos seus contemporâneos. A peso de ouro, fez pagar as suas lições em Pavia, Bolonha e Ferrara, falecendo na primeira das cidades, em 1550, com idade de 58 anos e cheio de honrarias de toda ordem, sendo sepultado na igreja de santo Epifânio e tendo sobre a lápide de seu túmulo gravado o seguinte epitáfio – “*Andreae Alciato (seguem-se as suas dignidades e títulos) qui omnium doctrinarum orbem absolvit, primus legum studia antiquo restituit decori.*”⁶⁶

O seu primeiro trabalho versou sobre o Digesto e foi publicado quando tinha apenas 22 anos de idade (1514), seguindo-se-lhe muitos outros, em que se notava a contribuição valiosa das obras da Antigüidade clássica no que dizia respeito à história, à filosofia, às belas-letras da Grécia e de Roma, tudo em uma estreita relação com os costumes do grande povo, cuja legislação e escritos dos seus sábios jurisconsultos constituíam o objeto de seus estudos.



Andreas Alciatus (1492 – 1550)

⁶⁶ Vide – *Les Grands jurisconsultes* – de A. Rodière L. IV, C. III, IV – p. 252 a 255.

N. A. – Tradução : “A Andréa Alciato que absolveu o mundo de todas as doutrinas, que primeiro restaurou os estudos das leis ao antigo decoro”.

Foi, pois, o ilustre André Alciato, rigorosamente, o fundador da escola francesa que iniciou o segundo renascimento da jurisprudência romana no começo do século XV, escola denominada, pelos seus adversários, *dos gramáticos, humanistas, nominalistas*, em contraposição a *realistas*, que os antigos davam a si mesmos, mas que ficou sendo conhecida geralmente por *escola francesa da jurisprudência elegante* ⁶⁷.

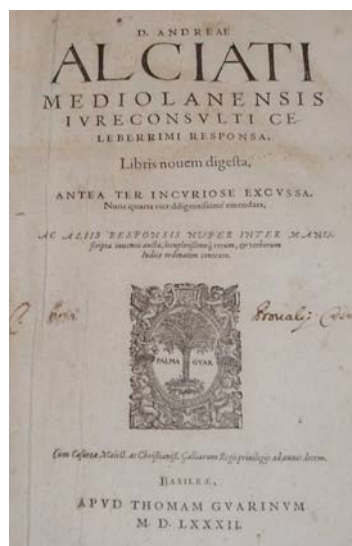


Lápide de Alciato em um dos pátios da Universidade de Pavia (Itália).

A escola dos elegantes teve de lutar pra vencer os grandes obstáculos que encontram os seus fundadores e, se não fosse o extraordinário merecimento de alguns dos seus adeptos e a tenacidade que revelam na propaganda do método que seguiam, a cultura jurídica teria retardado o seu curso e o Direito seria condenado à estagnação ou à decadência ⁶⁸.

⁶⁷ Berriat Saint-Prix, cit. *Hist. du Droit Romain*, p. 315, comentando a luta travada entre as duas escolas, assim se exprime: "Sustentavam os defensores do método antigo – que os inovadores criticavam as obras dos acursianos e bartolitas unicamente porque, semelhante os cães que ladram aos desconhecidos, careciam de capacidade para compreendê-los. Preferiam ver suas excursões literárias como um entretenimento pueril e, com o fim de desacreditá-los aos olhos do vulgo, os chamavam jurisconsultos gramáticos ou humanistas e a si próprios se qualificavam de jurisconsultos realistas, com se somente suas discussões tivessem um objeto real e representassem possuir alguma utilidade para a decisão das questões judiciais".

⁶⁸ Quando os *elegantes* na França e na Itália forçaram as portas das Universidades, pretendendo introduzir nelas o seu método, na França, mesmo professores em Orleans, Bourges e Toulouse, como Stella, Boerius Rebuffi, Fernand e Forcatulus, opunham vigorosa resistência e continuavam a ensinar *magistraliter et more itálico*.



Páginas dos Responsa Iuris de Alciato.

CUJÁCIO. - Entre os sectários de Alciato, nenhum foi mais conhecido, nem mais admirado, do que *Cujacius*, ou Jacques Cujas, nascido em Toulouse, em 1552, e falecido em Bourges, em 1590. Professor insigne nas Universidades de Bourges, Cahors, Valence e Paris, na França e na de Turim, na Itália, é considerado pelos historiadores do Direito Francês como o mais célebre, “*de todos os jurisconsultos posteriores aos sábios da Roma pagã*” e tendo “*a sua celebridade, que três séculos passados não têm feito senão aumentar, baseada sobre títulos irrecusáveis*”⁶⁹.



Pintura anônima de ca. 1580

⁶⁹ São as palavras textuais de A. Rodière, op.cit., L.V, C. III, IV, pp. 285 a 291.

O primeiro professor de Cujácio foi Arnaud Ferrier, que abandonara o método de Bártolo para adotar o de Alciato. Enorme impressão causou ao jovem legista o profundo preparo literário de seu mestre, e daí, a necessidade, para bem entendê-lo, de buscar nas lições dos historiadores e dos filólogos e literatos os fundamentos para assentar as bases da sua educação jurídica. Aos trinta e um anos de idade pretendeu uma cadeira na Universidade de Toulouse, mas, abandonou o curso antes de terminar as respectivas provas, não porque houvesse sucumbido em alguma delas, mas, sim, porque a Universidade de Cahors ofereceu-lhe vantagens pecuniárias de tal ordem, que receoso de perdê-las, preferiu aceitá-las imediatamente, suspendendo as provas. Como o chefe da escola, Cujácio peregrinou por várias cidades universitárias, deixando, em todas elas, os traços mais vivos e luminosos de sua passagem, tal o seu poderoso espírito e a variada e, ao mesmo tempo, profunda cultura científica.

As suas obras consistiram em estudos completos sobre as coleções de Justiniano; mas não se limitou a estudar os grandes jurisconsultos nos fragmentos das *Pandectas*; foi a outras fontes, como o *Breviário de Alarico*, a Lei dos *Borguinhões*, as *Basílicas* etc. Parece que ele entendia que a obra de Triboniano tinha alguma coisa de semelhante àquela estátua de Horácio, formada por peças tiradas de outras estátuas admiráveis, mas, sem a necessária unidade e proporção estética - *ut nec pes, nec caput uni reddatur formae*. Daqui, a variedade de suas pesquisas e alguns erros de fato a que foi arrastado pela carência de fontes legítimas onde encontrar elementos seguros para elucidar e resolver as suas dúvidas. Mereceram-lhe especial atenção as obras de Papiniano, de Júlio Paulo e de Africano, sobre as quais derramou intensa luz com as maravilhosas exegeses que produziu.

As suas obras, segundo observa Serafini ⁷⁰, foram editadas cinco vezes: a primeira em Paris em 1658 e a última em Prato ⁷¹ em 1835-1847, sendo que

⁷⁰ Op. cit., vol.I, Intr., cap.XIV, Cujacius. É certo, porém, que a última edição é a de Turim-Nápoles, de 1874.

⁷¹ Cidade da Província de Florença.

para uso delas é de grande utilidade o *Promptuarium universorum operum Jacobi Cuiacii*, de Abanesi.

Não obstante contemporâneo do ruidoso movimento religioso provocado por Lutero (falecido em 1546) e por Calvino (falecido em 1564), Cujácio mostrou-se indiferente à luta travada entre os intelectuais de então, afirmando os seus detratores que essa indiferença era fingida e que o célebre jurista apenas aguardava a vitória dos *católicos* ou dos *protestantes*, para se manifestar definitivamente pelo vencedor.

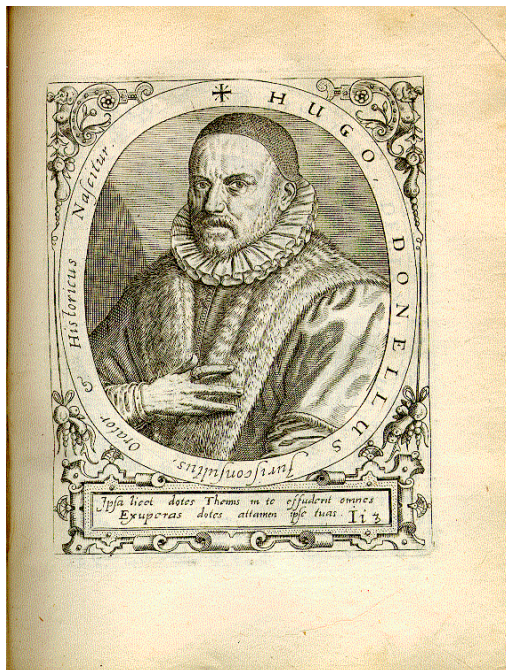
Conta-se, mesmo, que os seus discípulos, pretendendo forçá-lo a definir-se, procuraram para esclarecê-los, e a pergunta de que lado estava a verdade, ele respondera: "*nil hoc ad edictum Pretoris*", evasiva reveladora de um grande talento e de notável penetração e esperteza ⁷².



CUIACIUS IACOBUS. *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI distributa*. Venetiis-Mutinae, Storti-Societas Typographica, 1758-83. Na Biblioteca da Faculdade de Direito da USP (São Paulo) encontram-se duas edições de 1606 de seus *Opera Omnia*, na divisão de Obras Raras.

⁷² Costumam os escritores franceses apelidar Cujácio de *Novo Papiniano*. Atendendo ao seu valor intelectual, à sua ciência, à sua sagacidade, à precisão dos seus raciocínios e às grandes qualidades de escritor reveladas nos valiosos e abundantes trabalhos que deixou, a denominação em nada prejudicou ao merecimento do Príncipe dos jurisconsultos romanos. Ainda mais: atendendo a que Cujácio dedicava, ordinariamente de 8 a 9 horas por dia para o preparo de sua preleções e que tem por divisa a frase de Juvenal - "*máxima debetur puero reverentia*", a comparação ajusta-se-lhe com facilidade. Mas, se estendermos ao seu *valor moral*, o *símile*, segundo os mesmos escritores, representa uma injúria à memória do digníssimo prudente, nobre vítima da crueldade de Caracala.

DONELLUS - Ao mesmo tempo de Cujácio, deu a França ao mundo um outro jurisconsulto, cuja nomeada se assinalou gloriosamente no século XVI: chamava-se Hugues Doneau, ou Donellus. Nasceu em Châtillons-sur-Saône, em 1527, e faleceu em Artford em 1591.



Gravura de Hugo Donelo em uma de suas obras.

Considerado por muitos historiadores como um espírito mais rigoroso do que Cujácio, embora menos fecundo, Donellus obteve imenso e justificado sucesso, quer como jurisconsulto, quer como professor.

Aos 24 anos de idade tomou a seu cargo uma cadeira na Universidade de Bourges. Adepto da seita de Calvino, os acontecimentos conseqüentes da noite trágica de São Bartolomeu fizeram-lhe temer que Catarina de Médicis, com a condescendência de Carlos IX, o envolvesse entre as vítimas de sua intolerância e, daí, a sua fuga para Genebra.

Foi professor, também, em Bordéus e Orleans, na França. Mas a sua celebridade foi adquirida em Heidelberg, Leyden e Altford, na Alemanha, ocupando a cadeira de Direito Civil nas ilustres Universidades aí já existentes.

Embora sectários da nova escola de juristas fundada por Alciato, Cujácio e Donello seguiram inspirações ou direções diferentes nos métodos que empregaram no estudo das fontes.

Cujácio, considerando os monumentos da legislação e da jurisprudência romana como verdadeiros fragmentos de antiguidade que atestavam uma civilização já modificada através do tempo, estudava as fontes à luz da História; ao passo que Donello, considerando essas fontes como elementos de civilização e de salutarens ensinamentos para a formação do Direito vigente, as adotava como utilidades atuais, práticas e imprescindíveis.

Como se vê, um adotava o método *exegético*, o outro o *dogmático*⁷³.

Com seu método, Donello procurava elevar a ciência jurídica à altura de um monumento completo e erigido com perfeita proporcionalidade das diversas partes componentes e assente em bases sólidas. Para objeto principal dos seus comentários, ao invés de seguir o plano do Digesto, como fizeram quase todos os seus predecessores, preferiu para norma o Edito do Pretor, que como se sabe, se formou, gradualmente, de ano a ano, sem prévio delineamento, pelo menos até o advento da consolidação operada por Sálvio Juliano.

É evidente, portanto, que tendo alguma coisa de original na direção dos seus estudos e na utilização dos elementos de que se apropriara para revelar

⁷³ Como se sabe, três são os métodos comumente empregados para o estudo do Direito Romano, positivo: o exegético, o dogmático e o histórico. O primeiro consiste na explicação das fontes, de acordo com as regras da interpretação e da crítica; o segundo revela-se pela exposição sistemática dos princípios estabelecidos no Direito vigente, acompanhando o seu desenvolvimento através das fontes que lhe deram origem; o terceiro, finalmente, visa indicar a formação interna e externa do Direito na história de sua evolução, ou dividindo esta em períodos e estudando dentro deles todas as fontes, ou estudando cada uma das fontes desde o seu aparecimento até a definitiva formação ou desaparecimento.

Estudando estes três métodos, o eminente Mackeldey – op.cit. – § 109 – assim se exprime – “Estes três métodos de tratar o Direito positivo têm seu mérito e utilidade particular e dependem necessariamente uns de outros. A exegese das fontes forma a primeira e mais importante base do estudo de todo o Direito positivo; o método dogmático nos ensina a conhecer o Direito na realidade vigente em toda a sua extensão e em sua aplicação prática e a história do Direito nos manifesta as causas históricas e políticas do Direito vigente e, com elas, o seu espírito e verdadeiro sentido. A exegese, a parte dogmática e a história do Direito devem, pois, estar enlaçadas entre si; porém, segundo o objeto particular que nos propomos alcançar nos livros ou no ensino oral de um Direito positivo e segundo queiramos fixar-nos em uma ou outra parte como principal, assim é unicamente como pode ter alguma importância a distinção que se costuma fazer entre as obras e o ensino exegéticos, dogmáticos e históricos.” – Para melhor conhecimento dos métodos empregados especialmente para a exposição da história externa, veja-se no vol.I, o L.I, T.II - *Período de formação e desenvolvimento do Direito Romano, etc.*

os resultados de suas análises, expunha-se a maiores e a mais acurados trabalhos.

Apesar, porém, da vida acidentada que levou e da natural perda de tempo nas pesquisas a que era obrigado pelas injunções do método que adotara, Donello deixou numerosas obras tocando em quase todos os departamentos do Direito Romano. Estas obras foram editadas em Lucca, em 1762-1770, em Nuremberg, em 1800-1834, e em Florença, em 1845-1847.

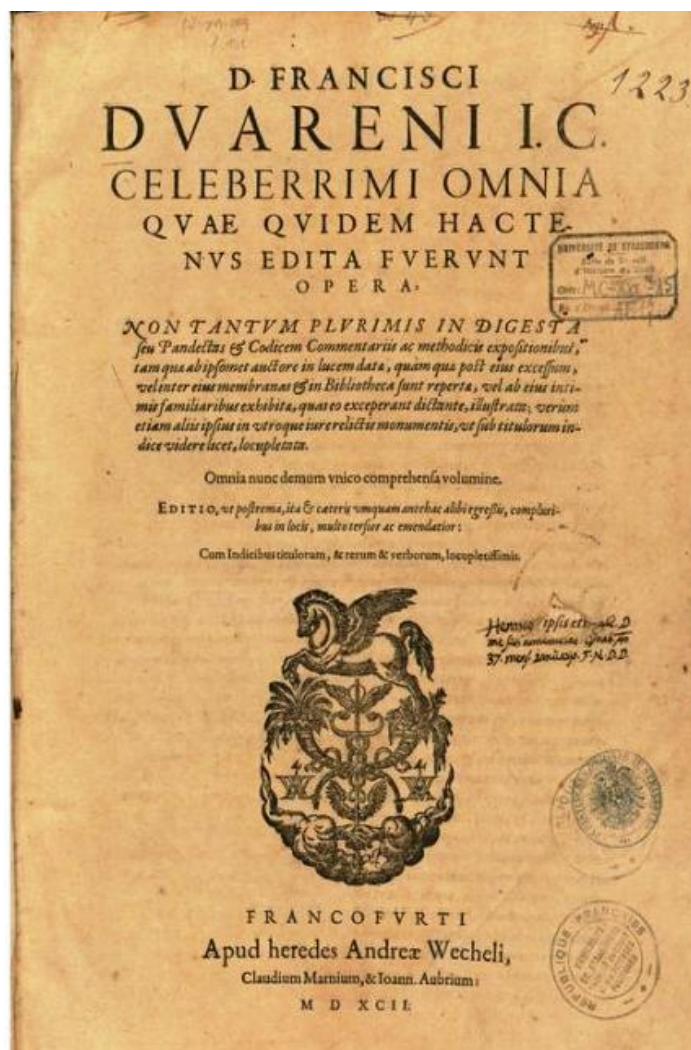
A obra de Donello que fez a sua grande reputação e lhe assegurou celebridade na Alemanha foi a denominada – *Commentariorum juris civilis libri XXVIII* - Frankfurt – 1588.



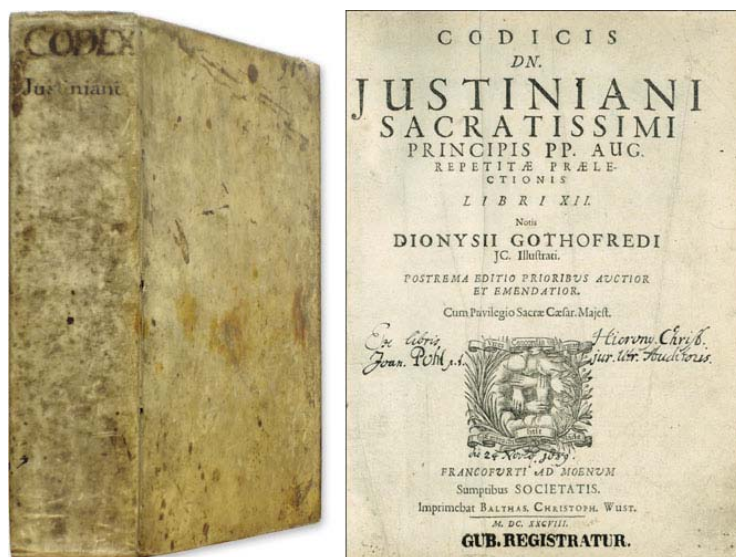
Ao tempo de Cujácio e Donello figuraram também outros jurisconsultos e professores de merecimento, que embora não tivessem atingido a nomeada dos dois mestres aludidos, revelaram, todavia, cultura notável e manifesta aptidão para o ensino.

Antes de Cujácio, por exemplo, floresceram – Baron, falecido em 1550, Duareno – 1559 -, Le Mire ou *Mireaus* – depois de 1562 -, Gouveia – 1566, - Dumoulin ou *Molinaeus* – 1566-, du Tillet ou *Tilius*- 1570 – Coras – 1572 – Bauduin ou *Balduinus* – 1573, - Vintimille – 1582 – e Arnaud du Ferrier ou *Ferrerius* – 1585, professor de Cujácio; contemporaneamente a este e a

Donello notaram-se Roussard – 1567, - Le Comte – 1586, - Hotman – 1590, - Brisson – 1591, - e como discípulos Pithou – dois irmãos – Pedro falecido em 1596 e Francisco em 1621, Pedro Faur – 1600, denominado pelo próprio mestre *vir nunquam satis laudatus*, - Ranchin – 1605 -, Le Caron ou *Charondas* – 1617, - Dionísio Godofredo – 1622 – sob cuja direção foram feitas várias edições do *Corpus Juris*, e muitos outros que serão oportunamente indicados, quando estudarmos a literatura jurídica que, vulgarizando o Direito Romano na Europa, exerceu a máxima influência na formação dos monumentos de legislação escrita dos povos que ultrapassaram a Idade Média e progrediram sob a dupla direção da civilização romana e germânica.

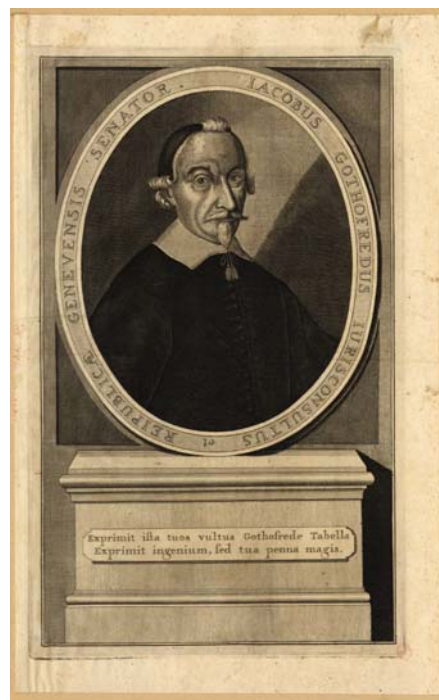
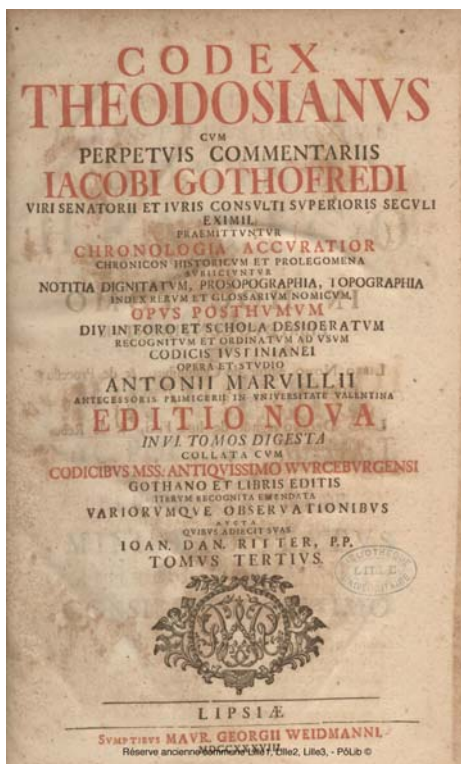


Douaren, François (1592). Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera. Apud heredes Andreae Wecheli, Claudium Marnium, & Ioann. Aubrium



Edição de Denis Godefroy (1549-1621) do *Corpus Iuris Civilis* (1ª edição de Geneva, de 1583) que conheceu diversas reedições ao longo dos séculos.

Jacques Godefroy



Fronstispício da edição de Jacques Godefroy (1587-1652, filho de Denis Godefroy) do *Codex Teodosianus*. Sua reconstrução das "XII Tábuas" também é considerada sua obra prima. Seu pai preparara uma edição do *Corpus Iuris Civilis* (1ª edição de Geneva, de 1583) que conheceu diversas reedições ao longo dos séculos.



FACULDADE DE DIREITO - USP
CADEIRA DE HISTÓRIA DO DIREITO

HISTÓRIA DO DIREITO CANÔNICO
ROTEIRO DE AULA

PROF. HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA

1º Período: Igreja primitiva (séc. I a III)

- *Sacrae Scripturae*, Evangelhos
- Atos dos Apóstolos
- Epístolas
- Didaké (50-70)
- Didascália (250)
- Concílios (no Oriente começam no séc. II, no Ocidente, no séc. III) com objetivo ecumênico
- Patrística (escritos dos Padres da Igreja, e.g., S. Irineu, Tertuliano, S. Cipriano).
- * Primado do pontífice romano
- * Direito matrimonial, penitencial, penal, patrimonial.
- * S. Paulo (Tim.; Cor.): "não recebas acusações sem três testemunhas", "não levem as causas civis aos pagãos, mas nomeiem árbitros"

2º Período: A igreja religião oficial do Império Romano-Bizantino (séc. IV-VII)

- Concílios Ecumênicos (o primeiro foi o de Nicéia em 325); média de um por século.
- Concílios locais
- Decretais dos papas
- Coleções canônicas (ex: Dionisiana, na Itália; *Collectio Hispana*, de Isidoro)
- * Editto de Milão (313) por Constantino: tolerância dos cristãos
- * Em 318 a jurisdição episcopal obtém estatuto especial
- * Graciano (379) e Teodósio I (379-395) impõem a fé católica aos súditos (Ex. de poder da igreja: S. Ambrósio determina penitência a Teodósio pelas matanças na Grécia...)
- Fontes Seculares: *Codex (Theodosianus e Justinianus)*, *Novellae*, *Lex Romana Visigotorum* Alarici (506); *Edictum Theodorici*, *Lex Romana Burgundiorum* ...
- Patrística: S. Ambrósio, S. Agostinho, S. Jerônimo, S. Gregório, S. Isidoro
- * a *episcopalia audientia*
- * "*Ecclesia abhorret sanguine*";

3º Período: A igreja nos povos germânicos (VII-XII)

- (Da cristianização dos povos germânicos ao Decreto de Graciano)
- Decisões dos Bispos: caráter jurisprudencial
- Concílios
- Coleções Canônicas (ex: *Collectio Hadriana*, oficial, enviada pelo papa Adriano I, em 804, a Carlos Magno; as Capitulares);
- * Formação do direito Medieval: D. Romano; D. Canônico; D. Germânico e costumeiro
- * A igreja na Idade Média em Portugal e Espanha.
- * A lenta formação do *Corpus Iuris Canonici* (Séc. XII-XV) em 5 partes: Decreto de Graciano (1140); Decretais de Gregório IX (1234); Livro Sexto (1298); Clementinas (1314); Extravagantes de João XII (1324) e as Extravagantes Comuns (sec. XV)

4º Período: A cristandade medieval (séc. XII-XVI)

- (Do Decreto de Graciano de 1140 ao Concílio de Trento 1545/61)
- * Universidades
- * O problema do direito subsidiário (Lei da Cúria de 1211)
- Decreto de Graciano (1140) ou "*Concordia Discordantium Canonum*"
- * 1198 (Inocência III: processo escrito) "*Quoniam Contra*"; o mesmo papa que determina o Santo Ofício (a Inquisição), e persegue os albigenses (cátaros). (Em 1205: atribuição do Tribunal do Santo Ofício aos Dominicanos).
- Decretais de Gregório IX (1234)
- * Livros: I - Iudex, II - Iudicium, Livro III: Clerus, IV - Connubia, V - Crimen
- Livro Sexto (1298)
- Clementinas (1314)
- Extravagantes de João XII (1324)

5º Período: Da Reforma e da Contra-reforma ao Código de Direito Canônico (1917).

6º O Concílio do Vaticano II. O novo *Codex Iuris Canonici* (1983).

Curso de Direito Romano História

ABELARDO SARAIVA DA CUNHA LOBO (1869 - 1933)

LIVRO III INFLUÊNCIA UNIVERSAL DO DIREITO ROMANO

TÍTULO III O DIREITO CANÔNICO E O DIREITO GERMÂNICO



Abelardo Saraiva da Cunha Lobo nasceu em São Luís do Maranhão em 24-1-1869. Concluiu o curso jurídico na tradicional Faculdade de Direito do Recife em 1888, onde se doutorou em 1889. Foi juiz no Maranhão, diplomata no primeiro governo da República e, depois, professor de Direito Romano no Rio de Janeiro. Participou do movimento intelectual conhecido como a *Escola de Recife*, entre próceres da cultura brasileira como Tobias Barreto de Meneses, Sílvio Romero, Martins Júnior, Clóvis Bevilacqua, Capistrano de Abreu, Graça Aranha.

O texto eletrônico que ora oferecemos é o resultado da iniciativa do *Grupo de Iniciação Científica DHI (Documenta Historiae Iuris)* que tem por fim difundir material didático e histórico (fontes jurídicas e monumentos da historiografia jurídica brasileira) a todos os interessados na arte da História do Direito. Seguimos o texto da 1ª edição da Tip. de Álvaro Pinto (Rio de Janeiro, 1931) e do Volume 78 das Edições do Senado Federal (Brasília, 2006).

Colaboraram na fixação do texto desta versão eletrônica, os alunos-pesquisadores do Grupo de Pesquisa “DHI – Documenta Historiae Iuris”: José Lori Kuhn, Leda Terezinha Figueira Strey, Luiz Gustavo Machado dos Reis e Regina Beatriz Benedito da Rosa.

Ao texto original acomodado à grafia atual, acrescentamos as notas que são precedidas da abreviatura N.A. (Nota do adaptador).

Aos nossos alunos.

HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA

Título III – O Direito Canônico e o Direito Germânico

1ª Parte: Direito Canônico

SUMÁRIO – Fundação da Igreja e a formação do Direito Eclesiástico Público e Privado. Luta pela predominância entre o Direito Canônico e o Direito Romano e Germânico. Organização e evolução do Direito Canônico, sua divisão em *antigo, novo* e *novíssimo*. O *Corpus Iuris Canonici* e sua composição. Novos elementos de progresso: o *Codex Iuris Canonici* promulgado por Benedito XV. A chamada “*Questão Romana*” e sua solução pelos atos de 11 de fevereiro de 1929; influência de tais atos na legislação da Igreja. O valor do Direito Canônico.

DIREITO CANÔNICO. – Já haviam decorrido 753 anos da fundação de Roma e 31 da instituição do império por Otávio, quando nasceu em Belém¹ o meigo Jesus de Nazareth.

Vindo ao mundo para regenerar os povos e estabelecer os princípios caldeais do amor e da fraternidade humana, Jesus Cristo edificou a sua Igreja sobre a *pedra* singular – o *Apóstolo São Pedro* – assegurando que, contra ela, não prevalecerão jamais as portas do inferno² – e a Igreja vem preenchendo a sua missão divina, penetrando todos os recantos da Terra e aí plantando a Cruz da redenção, a cuja sombra se abrigam todos os sedentos de paz e de justiça.

Em Roma, como vimos no Título I do Livro Segundo, tudo reclamava uma nova ordem de coisas ao tempo em que São Pedro e São Paulo afrontavam a crueldade dos Césares e faziam a pregação das idéias cristãs.

¹ A palavra *Belém* é hebraica e quer dizer *casa do pão*, parecendo que a Providência Divina escolheu esse lugar sagrado para daí sair, na palavra dos Evangelhos, o mais salutar dos alimentos do espírito – a Fé Cristã. Para assinalar o anúncio feito à Virgem Mãe da concepção de Jesus, lá estão, na Igreja da Anunciação, em um altar subterrâneo, as palavras de São João, gravadas em mármore alvíssimo: HIC VERBUM CARO FACTUM EST.

² *Tu es Petrus et super hanc petram aedificabo ecclesiam meam* – são as palavras de Jesus Cristo fundando a sua Igreja, e prometeu: *et portae inferi non praevallebunt adversum eam*.

Esta nova ordem de coisas não era somente uma necessidade que o tempo impunha, era também um acontecimento histórico que os poetas vaticinaram cantando, como Virgílio, coisas mais elevadas (*majora canamus*), porque uma nova progênie já descia do alto céu (*jam nova progenies caelo demittitur alto*)³ e uma nova visão do mundo vinha abrir caminhos para o futuro (*magnus ab integro saeculorum nascitura ordo*)⁴.



Na Alta Idade Média, o poeta latino Virgílio (a imagem reproduz o famoso mosaico do Museu Bardo, na Tunísia) é tradicionalmente apresentado como o profeta de Cristo. Dante Alighieri faz dele condutor, mestre e vate em sua *Divina Comédia*.



Delacroix, *Dante et Virgile aux Enfers* (1822)

Roma sofria grandes males sociais.

As classes superiores viviam na opulência e na abjeção de vícios. O paganismo não tinha remédios para aqueles males e as virtudes máximas que, em geral, os povos conservam latentes, mesmo na decadência, já não

³ N. A. – O autor se refere a uma das históricas interpretações da Bucólica IV de Virgílio, considerada como uma profecia messiânica revelada na própria poesia pagã romana, freqüentemente objeto de alegorias na cristandade medieval.

⁴ Sobre as várias provas de predição do nascimento de Jesus Cristo, veja-se Monsenhor Pinto de Campos, *Jerusalém*, págs. 127 e seguintes.

iluminavam os corações e a ruína da poderosa nação se esboçava, como uma fatalidade, no curso da vida social e política.

A igreja Cristã, portanto, apareceu oportunamente na Capital do mundo; mas, para vencer definitivamente, teve de lutar durante três séculos e venceu, não pela razão da força, e sim pela força da razão e da sublimidade do seu apostolado.

Fixada a sua sede na própria cidade para onde a mão de Deus levava a pedra sobre a qual havia sido fundada, a Igreja, que já tinha nos *Evangelhos* a própria voz de Jesus Cristo e nas *Epístolas* e *Apocalipse* o eco dessa voz, começou a desenvolver a sua nobilíssima função de educadora e de dirigente da vida em todas as direções dos destinos do homem.

Vivendo dentro do Estado, mas, sem subordinação administrativa, ou hierárquica, a Igreja teve necessidade de formular as suas leis de governo e administração, fundadas nos princípios cardeais de sua instituição e desenvolvidas na proporção dos novos objetivos que lhe impunham a sua ação social universal.

Em torno, portanto, daqueles monumentos basilares dos atos e leis complementares, oriundos das autoridades eclesiásticas, se foi formando um Direito, ao mesmo tempo de caráter *Público* (*Constitucional, Administrativo, Penal, Internacional Público e Judiciário*) e de caráter *Privado* (*Civil e Internacional Privado*).

A estes dois ramos do Direito da igreja deu-se a denominação de *Direito Eclesiástico*; mas, ao primeiro chama-se freqüentemente *Direito Público Eclesiástico* e ao segundo *Direito Privado Eclesiástico* ou *Canônico*.

Na opinião de Lacerda de Almeida "a verdadeira definição do Direito Público da Igreja é dada pelo Card. Tarquini – *Dir. Pub. Eccl.* – *Prelim. n. 3*, a saber: - O sistema das leis determinam a constituição da Igreja. Por constituição se devem entender aquelas instituições em que se baseia o regime de uma sociedade quer em relação ao poder conferido à mesma sociedade para conseguir o seu fim, quer em relação à pessoa, ou às pessoas em quem reside este poder.

Com toda sociedade perfeita, a Igreja tem o seu Direito Público Interno e Externo. Prova de que a Igreja tem o seu Direito Público Externo, são as concordatas, verdadeiros tratados ou convenções, que não podem deixar de ser classificados entre os atos de Direito Público Externo. – Card.Tarquini – *ob. cit.* §67, concordatas que podem até ser celebradas com governos infiéis *ob. cit.* § 84”⁵.

O Direito Privado Eclesiástico, geralmente designado pela denominação de *Direito Canônico*, corresponde, no Direito geral da Igreja, ao que no Direito Romano, constitui objeto do *direito das pessoas* e do *direito das coisas*, pois, na linguagem comum multissecular se emprega em oposição, não a *Jus Ecclesiasticum*, mas, sim, a *Jus Civile Romanorum*.

Eis por que, quando se estuda qualquer instituição jurídica, através do Direito Eclesiástico e do Direito Romano, aquele se dá a denominação de Direito Canônico, que é a que empregaremos daqui em diante, embora mesmo tratando de matéria do Direito Público.

A vitória oficial do Cristianismo, em Roma, começou com o Editto de Milão, no governo de Constantino Magno, e, daí em diante, as idéias cristãs, que, desde Adriano, vinham iluminando os corações dos juristas, tiveram afinal entrada nas leis, melhorando-as sensivelmente sob vários aspectos.



Constantino na batalha da Ponte Milvio (“In hoc signo vinces”). Afresco de Rafael Sanzio na “Sala de Constantino”, Vaticano.

⁵ A Igreja e o Estado - Suas Relações no Direito Brasileiro, § 9º.

Livre de perseguição, daí em diante, salvo os dois anos de apostasia de Juliano, a Igreja assentou definitivamente no mundo romano as suas bases e ao lado do Estado *uno*, se foi formando e consolidando a sua *unidade*, com uma legislação que provinha de várias fontes, tendo grande número de suas relações com o Estado reguladas também por leis seculares.

Desta dupla categoria de fontes, oriundas de autoridades legislativas diversas, necessariamente deveriam, em caso de colisão de princípios, surgir lutas pela predominância máxima, quando, bastante forte a Igreja legislativa mais para a humanidade do que propriamente para si mesma, nesta ou naquela nação.

Contemporaneamente, às invasões dos bárbaros, com os seus costumes jurídicos e adaptações da legislação romana por um lado, e, por outro lado, a adoção do Cristianismo pelos invasores como religião própria, iam traçando novos limites à influência do Direito do Estado e do Direito da Igreja, provocando a formação coordenada do Direito Germânico, que mais cedo ou mais tarde, teria de, por sua vez, abrir luta com o Direito Romano e o Direito Canônico.

Estudando esta luta pela predominância, não nos parece fora de propósito fazer, aqui, a mesma pergunta que Lacerda de Almeida faz quando mostra a autoridade do Direito Justinianeu ao mesmo tempo em que a do Direito Canônico, em muitos pontos predominando o último sobre o primeiro, como por exemplo, nas matérias que trouxessem pecado.

A pergunta do sábio mestre é esta: “qual dos dois Direitos, o Romano ou Canônico, antecedeu ao outro?” E para respondê-la, embora considerando a resposta questão difícil, distingue as seguintes épocas: durante o Império Romano, no período das invasões e medieval; na época da Renascença e no mundo moderno e atual⁶.

⁶ Veja-se com grande proveito, o que escreve o eminente professor na obra citada, págs. 93 a 100.

Na realidade o Direito Romano antecedeu ao Direito Canônico e posto tivesse exercido sobre este grande influência, todavia não o dominou inteiramente, nem rigorosamente poderia fazê-lo, porque o objeto do Direito Canônico constituía, em regra, assunto que escapava à interferência do Estado e que este mesmo reconhecia como da competência legislativa da Igreja.

Mas, os princípios gerais dominantes, a fonte inspiradora do Direito Canônico, não há dúvida, atuaram no espírito dos imperadores cristãos, imprimindo no Direito Romano a sua fisionomia e o cunho característico de sua universalidade⁷.

Se para fixar a antecendência de um ao outro, tomarmos como critério as três épocas assinaladas pelo preclaro professor Lacerda de Almeida, nenhuma dúvida pode haver de que, a partir das invasões bárbaras até o fim da Idade Média (de 300 a 1.450), o Direito Romano se limitou a viver de suas gloriosas tradições, porque quase todas as fontes legislativas se estancaram, mantendo-se unicamente as *constituições imperiais* como criadoras do Direito novo, ao passo que o Direito Canônico, principalmente depois do Concílio de Nicéia de 325, que condenou o arianismo, tomou proporções de notável desenvolvimento, ampliando consideravelmente os objetos de suas disposições e suprimindo as lacunas do *jus civile*, com a perfeita aquiescência dos próprios imperadores.

As codificações de Teodósio, em 438, e de Justiniano, de 528 a 534, realizando as maiores sistoles do **jus** e das *leges*, puseram termo ao desenvolvimento do Direito Romano, que daí em diante, através da Renascença e do mundo moderno e atual, serviu, apenas e ao mesmo tempo, a largos e profundos estudos e de modelo para as legislações dos povos cultos, sem nada mais haver criado a não ser o que consta das *Novelas* de Justiniano,

⁷ A vitória do Direito Romano sobre o Direito Canônico, na influência que exerceu sobre o Direito de vários povos, inclusive o nosso, foi explicada pelo sábio mestre em belas páginas das quais pedimos permissão para transcrever este trecho: "Foram o Direito Romano e o Direito Canônico as mais abundantes fontes do nosso Direito e ainda do atual tão desfigurado; constituem repositórios históricos e explicação única de muito instituto jurídico ignorado e por isso mal interpretado. Mas, o Direito Romano ficou; ficou, porque no período bizantino em que chegou às monarquias da Europa, era a expressão do absolutismo político e isso agradaria aos soberanos ocupados em extirpar as últimas raízes das liberdades públicas. Não só por isso; o Direito Romano interpretado ao sabor dos legistas fornecia armas contra a Igreja, emancipava os príncipes, alimentava e desenvolvia o regalismo, fonte próxima da convulsão extraordinária, que foi a Revolução Francesa" - págs. 97 e 98.

das *Basilicas* e das *Novelas* do Imperador Leão, o filósofo, o que chega até aos fins do século décimo.

Quando a escola de Bolonha, no começo do século XII, desenvolveu o estudo do Direito Romano, já o Direito Canônico havia atingido a um elevado grau de aperfeiçoamento, o que lhe deu importância e autoridade para ter suas cátedras no grande laboratório científico, onde brilharam os gênios dos dois mais notáveis professores do século – *Irnerius*, o fecundo restaurador do Direito Romano, e *Gratianus*, o célebre monge, autor do *Corpus Decretorum*, a primeira grande sistole do Direito Canônico. Aí, os dois monumentos da sabedoria jurídica viviam em perfeito pé de igualdade, ambos preenchendo os seus fins e concorrendo poderosamente para a civilização da humanidade.



Selo da atual Universidade de Bolonha, a primeira da Europa, fundada por estudantes medievais, cujos dísticos são: *Alma mater studiorum* (“A mãe que nutre os estudos”) e *Petrus ubique pater legum Bononia mater* (“Bolonha é a mãe das leis, mas Pedro é o pai universal”).

Deixemos, por enquanto, o Direito Romano, cuja direção civilizadora já estudamos no Título I deste livro e detenhamo-nos na apreciação do Direito Canônico, historicamente considerado, desde as suas primeiras manifestações nas três fases de sua evolução.

Costumam os Canonistas dividir o Direito Canônico em três partes: *jus antiquum*, *jus novum* e *jus novissimum*. O primeiro se compõe de todas as leis, desde os Evangelhos até os trabalhos de Graciano, o segundo, desde Graciano até ao *Concilium Tridentinum*, e, finalmente, o terceiro, desde o *Concilium Tridentinum* até ao presente, ou seja até a promulgação do *Codex Juris Canonici* (1917) e atos posteriores. Assim, o *jus antiquum* abrange um período de 1.150 anos, mais ou menos (do ano 1º a 1.150), o *jus novum* um período de 413 anos (de 1.150 a 1.563) e o *jus novissimum* um período de 354 anos (de 1.563 a 1.917).

Constituem objeto do Direito antigo, em primeiro lugar, como fundamentos, que são de toda a organização da Igreja Cristã, os quatro Evangelhos, que, conforme dissemos acima, são a própria voz de Jesus Cristo, transmitida aos fiéis por intermédio de São Mateus, São Marcos, São Lucas e São João. Seguem-se as Máximas e Preceitos dos Apóstolos, muitos dos quais foram transmitidos oralmente e outros constam das Epístolas e do Apocalipse, inspirados pelo Espírito Santo e que constituem o prolongamento fiel da palavra de Cristo⁸.

Fazem parte, principalmente, do *jus antiquum* os *Cânones* dos Concílios, as Constituições dos Papas, as concordatas do Vaticano e leis seculares de imperadores romanos e de outras nações, incorporadas à legislação canônica por ato espontâneo da Igreja.

Os *Concílios*, verdadeiras assembléias dos Prelados, em que se fixavam princípios e tomavam-se deliberações sobre assuntos dogmáticos, morais e disciplinares, além de sua função eclesiástica, representavam papel notável na elaboração das leis seculares, como os célebres Concílios de Toledo na organização do *Forum Judicum*, o código de leis mais perfeito elaborado pelos bispos da Espanha Visigótica⁹.

Os Cânones (do grego *kánon* - regra) são os atos legislativos oriundos dos *Concílios*, ou Sínodos, estabelecendo os princípios jurídicos reguladores das relações da Igreja com os fiéis e os seus subordinados hierárquicos, em tudo quanto diz respeito aos interesses gerais da instituição e da sua missão social e divina.

Foram publicadas várias coleções de cânones, tais como *Cânones dos Apóstolos*, *Cânones dos Concílios*, a começar do de Nicéia, em 325, *Cânones* ou *Coleção de Dionísio, o Pequeno*, organizada em 525, *Cânones de Santo*

⁸ "O Evangelho, diz o Padre C. Ballester – *As Epístolas dos Apóstolos e Apocalipse* – trad. do bispo de Coimbra D.Fr. Joaquim de Nossa Senhora de Nazareth – o Evangelho é a própria voz de Jesus Cristo; as Epístolas e o Apocalipse, são o seu eco, o seu prolongamento fiel. É o evangelho, para o cristão, o código, a lei, a regra de vida, o livro indispensável, no fundo mesmo, o verdadeiro e único livro. As epístolas e o Apocalipse são o seu comentário; entram nos pormenores, descem às particularidades e desta forma completam, precisam e fixam as grandes lições de Jesus Cristo. Se considerarem bem os livros do Antigo Testamento, vê-se facilmente – salta mesmo aos olhos - que não são mais do que um simples prefácio do Evangelho. Para o Evangelho as Epístolas e o Apocalipse são como que o epílogo, a conclusão, o selo". Prefácio pág. I.

⁹ Veja-se Livro Segundo, Título II – *Forum Judicum*, *Fuero Jusgo* ou *El Libro de los Jueces*.

Isidoro de Sevilha, de que há uma imitação sem autoridade legal, os *Extratos* em grego, de *João Escolástico*; do *Abade de Pruso*, em 915; *Burchard*, em 1020; de *Zês*, em 1115 e de *Alger*, em 1120 ¹⁰.

As Constituições são aqueles atos dos Papas, provendo sobre matéria de sua competência e que podem tomar a forma de *Bula*, *Breve* ou *Rescrito*, de acordo com o seu objeto¹¹.

As *Concordatas* são perfeitos tratados ou convenções Internacionais, em que a Igreja figura como pessoa de Direito Público Internacional e em que assume obrigações, adquire direitos e formula regras jurídicas, na mesma situação soberana dos Estados com quem celebra tais convenções.

As *Leis* seculares são os atos legislativos oriundos dos imperadores romanos e de outras autoridades políticas de várias nações católicas, que, pela sua perfeita conformidade com os princípios do cristianismo, a Igreja incorporou ao seu Direito, como se dela própria houvessem emanado.

Era esta a legislação da Santa Sé, quando a célebre Universidade de Bolonha, tendo à frente o notável *Irnério*, desenvolveu prodigiosamente a cultura do Direito Romano, com introdução do sistema de glosas, que chegou a provocar a criação de um poderoso grupo de exegetas das coleções de Justiniano, a que se foram incorporando muitos mestres ilustres e fundando-se a escola dos glosadores, cujos trabalhos assumiram uma autoridade indisputável até os fins do séculos XVI.

A intensificação dos estudos do Direito Romano chamou a atenção para as coleções de cânones existentes¹² e foi, desde logo, reconhecida a

¹⁰ Veja-se Cândido de Oliveira – cit. *Lições de Leg. Comp.* – pág.166, not. 4; Ballerini, *de antiquis collectionibus canonum*; Walter, *Elem. de Droit Eccles.*, § 95.

¹¹ Da mesma forma por que aos Imperadores romanos se reconheceu o *jus edicendi*, por força do princípio “*quod Principi placuit legis habet vigorem*”, igualmente se reconhece ao Papa o poder de legislar para a Igreja, colaborando nos Concílios, ou agindo pessoalmente, por força das palavras de Jesus Cristo: “*quaecumque alligaveritis super terram, erunt ligata et in caelo: et quaecumque solveritis super terram, erunt soluta in caelo*” (S. Mateus, Cap. 18, v. 18).

Bulas, propriamente, chamam-se os escritos emanados do Sumo Pontífice, autenticados com o selo redondo do lacre, ou de metal, que comumente começam pela palavra *bulia*. Elas podem ter por objeto vários assuntos, como concessões de indulgências, reconhecimento de serviços à Igreja, títulos de recompensa etc. *Breves* são, em geral, pastorais, menções, cartas sobre matéria de provimento do Papa, especialmente em assuntos particulares.

Rescritos são as bulas ou breves em favor de determinadas pessoas, geralmente em virtude do pedido ou provocação por consultas de autoridades eclesiásticas.

necessidade de remodelar e aperfeiçoar os monumentos do Direito Canônico, aproveitando, para isto, a altíssima competência de um sábio monge de São Bernardo, que, a esse tempo, lecionava na célebre universidade, com verdadeira admiração dos seus discípulos.

A Graciano, tal se chamava o sábio professor, foi confiada a confecção de uma obra, que, a semelhança das Pandectas de Justiniano, reunisse tudo quanto se havia legislado, até então, em matéria de Direito Canônico.

Durante dez anos, de 1140 a 1150, o preclaro mestre entregou-se ao imenso labor de coordenação, passando em revista tudo quanto se havia produzido até sua época, formulando o *Corpus Decretorum*, que geralmente se conhece pela denominação de *Decretum Gratiani* ¹³. Compunha-se o monumento de extratos, retirados de várias fontes, assim organizados: 1.º - *Textos da escritura sagrada*; 2.º - *Cinquenta cânones dos apóstolos*; 3.º - *Decisões de dez concílios gerais e noventa e seis particulares*; 4.º - *Setenta e oito decretos dos papas*; 5.º - *Subsídios de autores eclesiásticos*; 6.º - *Os livros penitenciais*; 7.º - *Excertos dos Código Teodosiano e do Codex Repetitae Praelectionis e das obras de Paulo e Ulpiano*; 8.º - *Capitulares dos reis de França e Rescritos Imperiais*; 9.º - *Ordo Romanus*; 10.º - *Liber Diurnus*; 11.º - *Pontificales et Festae*; 12.º - *Dicta Gratiani* (observações do autor). Toda a matéria indicada estava dividida em três mil e noventa cânones ¹⁴.

Aos capítulos do *Decretum* foram intercalados outros, a que dão a denominação de *Palêa*, atribuindo-os alguns canonistas a acréscimos de um

¹² As coleções manuseadas comumente pelos estudantes eram as denominadas *Canones Apostolorum*, de autor desconhecido, *Codex Canonum Ecclesiasticorum*, organizado por *Dionysius Exiguus*, e *Codex Canonum*, de *Isidorus Mercatoris*, mistificado, no correr do tempo, com a adição de falsas Decretais.

¹³ A célebre obra de Janus – O Papa e o Concílio – versão da tradução de Rui Barbosa – 2ª. ed., deste ano (1930) – passa em revista sob a rubrica – Decreto de Graciano – págs. 450 a 456 -, o monumento do monge Bernardo, atribuindo-lhe falsificações, de outros adotadas, corruptelas e falsificações próprias. Como exemplo destas, cita Janus a do 36.º cânon do Sínodo ecumênico de 692, em que atribui ao colecionador o ter transformado “necnon”, do texto verdadeiro para “non tamen” do novo texto que prevaleceu durante 400 anos. E como este, indica outros casos. Como se vê, nessas páginas o dedo protestante deixou a sua impressão, como criminosos a deixam nos prontuários das penitenciárias. Não foi leviana, portanto, a expressão do cardeal Manning chamando “libelo infame” a *Der Papst und das Concil.* No caso, a expressão cabe perfeitamente, porque, mesmo que houvesse indubitavelmente tais falsificações, por elas a Igreja não poderia ser caluniosamente atacada, pois, sempre afirmou – *Gratiani decreto publica nullo tempore accessit auctoritas.*

¹⁴ O *Decretum Gratiani* está dividido em três partes: 1º - *Distinctiones*; 2ª - *Causa*; 3ª - *Tractatus de Consecratione*. Foi o Papa Eugénio III quem ordenou que esta coleção servisse de texto para o ensino do Direito Canônico nas Universidades.

discípulo de Graciano e outros a interpolações posteriores ao falecimento do monge e assim chamadas para distinguir os textos respectivos introduzidos pelo Cardeal: *Proto-Palêa* ¹⁵.



Graciano, um dos primeiros professores da Universidade de Bolonha.



Página do "Decretum Gratiani", Cesena, Biblioteca Malatestiana

Organizado, assim, o monumento, constituiu-se, desde logo, não só a fonte mais autorizada das leis da Igreja, como também o compêndio para o ensino e estudo do Direito Canônico na grande Universidade de Bolonha e, mais tarde, nas de Paris, Pisa, Vicenza, Arezzo, Nápoles, Vercelli, Ferrara, Placenza, Modena, Perugia, Reggio, Toulouse, Orleans e Bourges.

Não obstante ser trabalho de altíssimo valor, o *Decretum Gratiani* não tem caráter oficial.

Seguem-se, como elementos constitutivos do *jus novum*, as *Decretais de Gregório IX*, também chamadas *Coleção Raimundina*, ou simplesmente *Decretais*, e também *Extras*, o *Livro Sexto*, as *Clementinas* e as *Extravagantes*.

¹⁵ N. A. – Não há consenso na historiografia sobre o sentido do termo *palea*, epigrafado em 903 cânones de Graciano. Podem referir-se a algum adjetivo ("antigo", "repetido") ou pessoa. Em geral os historiadores relacionam a um certo Pauca-Palêa, discípulo de Graciano, ou a ação de cardeal a quem teria Graciano submetido para análise. (Golmayo, Pedro Benito, *Instituciones del Derecho Canónico*, Madrid, Gabriel Sanchez, 1896, nota 100).

As *Decretales Gregorii IX*, mandadas organizar pelo Pontífice deste nome, em 1234, tiveram como compilador o Chanceler Papal *Raimundo de Pena Forte* e se destinavam a, consolidando o direito vigente em todas as decretais até então promulgadas, servirem de texto legal para os tribunais e ensino nas cátedras universitárias. Esta coleção, que também abrangeu outras fontes legislativas e doutrinárias, posteriores ao *Decretum Gratiani*, foi dividida em cinco livros, sob as denominações de *judex*, *judicium*, *clerus*, *sponsalia* e *crimen*¹⁶.



Raimundo Peñaforte

Gregório IX recebe as Decretais de Pena Forte, representando a celebração do Direito Divino
(Afresco de Rafael Sanzio, 1510, Vaticano)



Como Justiniano recebe de Triboniano o Digesto, representando a celebração do Direito Humano
(Afresco de Rafael Sanzio, 1510, Vaticano)

¹⁶ N. A. – Ou também pelos termos com iniciais mnemônicas: *judex*, *judicium*, *clerus*, *conubium*, *crimen*.

O LIBER SEXTUS. - A Universidade de Bolonha havia atingido nos fins do século XIII a maior prosperidade e renome, e o ensino do Direito Canônico atraiu para ela a atenção do papa Bonifácio VIII, que procurou colaborar com os seus mestres, auxiliando-os na nobre missão que desempenhavam.

Notórias eram as deficiências das coleções de Decretais e decisões dos concílios, que serviam de objeto aos estudos da universidade e, por isto, o referido papa autorizou uma nova coleção, que preenchesse as lacunas da *Collectio Raymundina* e do *Decretum Gratiani*, o que foi o feito, com a colaboração do célebre romanista florentino *Dinus Magellanus*¹⁷, professor de Direito Romano na referida universidade, que, além de ter dado à nova coleção uma parte *de regulis juris*, à semelhança das *Pandectas*, escreveu, especialmente, um comentário sobre o título da obra, por determinação de Bonifácio VIII.

A este monumento de Direito Canônico, não obstante ser a 3.^a coleção de leis da Igreja daquela natureza, se dá denominação de *Liber Sextus*, porque ocupa o sexto lugar na Coleção de Gregório IX, logo após o livro *Crimen*.

Está dividido em cinco *livros*, estes subdivididos em *títulos*, terminando o quinto livro com as *Regulae Juris* de *Magellanus*.

O *Liber Sextus* obteve força e autoridade pela Bula de 3 de maio de 1298.

AS CLEMENTINAS. - Não haviam ainda decorrido 20 anos da publicação do *Liber Sextus*, quando o papa Clemente V, que governou de 1305 a 1314, mandou organizar uma coleção de cânones do Concílio de Viena, de 1311, realizado sob sua presidência, acompanhados das duas Decretais. Este trabalho, que não chegou a ser visto ainda em vida daquele chefe da Igreja, que faleceu em 1314, recebeu o nome de *Clementinas*, e foi promulgado, em

¹⁷ Este provável jurisconsulto e professor, romanista, a princípio, e depois, *in utroque jure*, foi um grande trabalhador, entre os quais, segundo *Diplovataccius*, citado por Savigny (*Hist. do D. R. na Idade Média*, 4º vol., cap. 44), os Comentários sobre o *Digestum Vetus*, o *Infortiatum* e o *Digestum Novum*, publicados em 1513.

1317, pelo Papa João XXII, pela Bula de 25 de outubro do dito ano, expedida de Avinhão.

Como as *Decretais* gregorianas e o *Liber Sextus*, as *Clementinas* foram divididas em cinco livros.

As EXTRAVAGANTES. - Não obstante as coleções mandadas organizar por Bonifácio VIII, que governou apenas um ano (1303 a 1304) e algumas Decretais de João XXII ficaram fora das coleções, pelo que chamavam-se *Extravagantes*.

Foram glosadas em 1325 por *Lenzolinus de Cassanis*, mas, não tiveram autorização da Santa Sé para sua aplicação regular e somente com a sua inclusão no *Corpus Juris Canonici*, por força da *Bula de 1º de julho de 1580*, e a elas adicionadas outras extravagantes de Papas posteriores a João XXII até São Sisto (Sisto V), isto é, de 1334 a 1484, que haviam sido publicadas em 1500 por *Johannes Chappuis*, na edição do *Corpus Juris Canonici* de que fora encarregado, tomaram caráter oficial por determinação do Papa Gregório XIII.

Além da matéria indicada, o aludido *Corpus Juris Canonici* incorporou o seu texto, em 1582, *Decretais* de Sisto IV e V, coordenados por Pedro Matheus, de Alexandre III (de 1179), de Inocêncio IV (de 1245), cânones dos Concílios de Latrão e de Leão, e mais tarde, de 1605 a 1621, os cânones do Concílio de Trento e as Institutas de Direito Canônico de Lancelot, aprovadas por Paulo V.

Eis, aí, o que constitui o *jus novum*, que, definitivamente classificado e coordenado, serviu à composição da maior sistole jurídica e legislativa da Igreja Católica até ao século passado – o *Corpus Juris Canonici*, cuja composição ficou oficialmente ordenada da seguinte forma: 1ª parte – *Decretum Gratiani*; 2ª – *Decretales Gregorii IX*; 3ª - *Liber Sextus*; 4ª – *Clementinas*; e 5ª – *Extravagantes*.

Mas, o monumento jurídico da Igreja continuou, na evolução do Direito Canônico, a receber novos elementos de progresso e aperfeiçoamento com Decretais, Bulas, Breves, Rescritos, Concordatas, emanados de Papas os mais

ilustres, e de Atos e Cânones de notáveis Concílios, ainda não ajustados à máxima coleção existente.



Corpus Iuris Canonici, Edição de Boehmer (1742).

Estes elementos de progresso e aperfeiçoamento, que constituem o chamado *jus novissimum*, têm por objeto assuntos da maior importância para a Igreja, como por exemplo, a decisão do Concílio do Vaticano, em 1870, proclamando o dogma da infalibilidade do Papa, as Constituições de Leão XIII, de 24 de maio de 1882, e de Pio X, de 25 de dezembro de 1904, sobre eleição do Sumo Pontífice, e outros a cerca de matérias de Direito Eclesiástico.

Esta nova situação do Direito Canônico impôs a Pio X a convocação de um Concílio para, em comissão de Cardeais e Juristas versados em Direito Canônico e Teologia, organizar um Código de Leis para completar e sistematizar o Direito existente.

Este trabalho, que teve como colaboradores os mais elevados espíritos contemporâneos a Pio X e Benedito XV¹⁸, foi carinhosamente acompanhado pelo eminente Cardeal Pedro Gasparri e promulgado em 15 de setembro de 1917, com prefácio, que representa uma síntese, cuidadosamente formulada,

¹⁸ N. A. – ou Bento XV, segundo variação etimológica.

do Direito Canônico anteriormente codificado. Recebeu este novo monumento do Direito da Igreja Católica a denominação de *Codex Juris Canonici*. Está dividido em *livros* (5), estes em *partes*, que por sua vez estão divididas em *seções, títulos, capítulos, cânones*, e *§§*. O 1º livro trata das *normae generales*, - o 2º de *personis*, - o 3º de *rebus*, - o 4º de *processibus*, e o 5º finalmente, - de *delictis et poenis*. Tem, ao todo, 2414 cânones.

Não parece fora de propósito lembrar, aqui, os atos recentes da Igreja e do governo da Itália em virtude dos quais foram reatadas as relações entre os dois grandes poderes com sede na veneranda cidade de Roma.

É sabido que tomada ao papado a legendária cidade pelos exércitos de Vítor Emanuel e usurpado o poder temporal ao Chefe da Cristandade, a lei de 13 de maio de 1871, ou *Legge sulle Prerogative del Sommo Pontifice e della Santa Sede e sulle Relazione dello Stato con la Chiesa*, colocou os sucessores de São Pedro, a partir de Pio IX, naquela nobilíssima atitude de discórdia com o governo usurpador, de que resultou se constituírem prisioneiros voluntários no Vaticano.



Papa Pio IX abençoa as tropas que protegem o Estado Pontifício, antes da batalha de Mentana, pela qual o rei Vítório Emanuel II conquista Roma (20/9/1870), após a destruição de parte da Muralha que protegia a cidade, nas proximidades da Porta Pia.



Em 20 de setembro de 1870 o Reino da Itália conquista sua capital natural, Roma. As tropas de Vitorio Emanuel II encerraram o longo período de mais de mil anos de soberania temporal dos papas. Pio IX torna-se o último papa rei. (Imagem de cartão comemorativo).

Esta situação, honestamente mantida por Leão XIII, não obstante a assinalada tolerância de Joaquim Pecci, como no século se chamava o célebre sucessor de Pio IX, e de Pio X e Benedito XV, encontrou solução satisfatória em 11 de fevereiro de 1929 na concordata e no acordo que as duas potências celebraram, pondo termo a um dissídio, que cinquenta e nove anos de experiências, demonstraram, nos mais acentuados aspectos, inconveniências evidentes e enormes prejuízos aos interesses humanos dos contendores.

A *Lei das Garantias* considerava inviolável e sagrada a pessoa do Papa, punindo os atentados contra ele como se se tratasse da pessoa do Rei; assegurava as honras de soberano com proeminência em todo o território italiano; permitia a continuação da guarda do Vaticano; marcava uma renda anual de 3 milhões e 225 mil liras perpetuamente, isenta de qualquer tributo; oferecia todas as seguranças à reunião e realização de concílios; resguardava os edifícios Papais de qualquer ingerência de autoridades do Estado etc., etc. Mas, todas estas *garantias*, embora espontaneamente formuladas e mantidas pelo governo real, passaram como que despercebidas pelo Papa, irredutível na sua autoridade espiritual e na sua recusa à submissão.

O advento de Mussolini, criando para a Itália uma vida nova, uma vida de renascença, em todas as manifestações do espírito romano relativamente às grandes *unidades* preparadas por ele no curso da história – a *unidade do Estado* e a *unidade da Igreja*, - tornou possível um entendimento entre os dois poderes e ambos, animados de boa vontade, encontraram feliz solução à decantada *questão romana*, atendendo aos interesses da Igreja e aos interesses da Itália, agindo o Papa Pio XI e o Rei Vítor Emanuel III como *católicos e italianos*.



Histórico colóquio entre Pio XI e Mussolini, em 11/2/1932

A concordata e o acordo, regulando em bases patrióticas e honestas as relações que novamente começaram a vincular os dois poderes, caracterizam-se pela completa e voluntária submissão da Itália ao Papa no terreno espiritual e ao perfeito pé de igualdade no terreno político, garantida à Igreja o gozo das prerrogativas de Estado autônomo e até mesmo com regalias de nação mais favorecida.

Relativamente às conquistas espirituais agora reconhecidas ao Vaticano, basta ver, para acentuar a sua importância, que: o culto católico será único na Itália; o ensino da religião será obrigatório nas escolas do Estado; o casamento católico terá todos os efeitos civis; e isto quer dizer que a unidade da Itália

recebeu, com a proclamação dos direitos da Igreja, a consagração e a benção do Sumo Pontífice.

Não é necessário insistir na demonstração da verdade de que tudo isto constitui um poderoso elemento de desenvolvimento e progresso do Direito Canônico, firmando a segurança dos seus princípios, habilitando-o a tomar novas direções e avigorando os postulados da sua valiosa doutrinação.

E para traçar o elogio desse fator de cultura jurídica, cujos aspectos de sua fisionomia acabamos de contemplar a rápido golpe de vista, nada melhor faremos a não ser a transcrição das palavras de Martins Júnior, ao encerrar o Cap. XI do seu *Compêndio de História Geral do Direito*, quando diz:

“Abstraindo das largas modificações que o Direito Canônico introduziu no direito substantivo romano-germânico, especialmente no que toca ao direito das pessoas, assinalaremos, no campo do direito adjetivo, as conquistas capitais por ele obtidas. Foi ele quem primeiro se bateu contra os primitivos e bárbaros processos de prova dos germânicos, pela voz de S. Agobardo e pelo voto do segundo concílio lateranense; foi ele quem, pelo órgão de Inocêncio III, proclamou a necessidade do processo escrito, com os trâmites de citação, de produção de documentos, da prova testemunhal, etc.; foi ele quem introduziu na prática judiciária o remédio das apelações; foi ele finalmente, quem por intermédio de seus juristas, criou a palavra designadora da luta judiciária, substituindo pelas expressões *processus*, *processus juris* ou *processus judicarius*, o *judicium* e a *ordo judiciorum privatorum* dos romanos. E basta isso para que vejamos nele uma das poderosas alavancas da mecânica jurídica – uma alavanca de ferro e ouro que tendo como ponto de apoio a fé imponderável pode deslocar o eixo do mundo pagão”.

Não obstante, banido, hoje, do ensino das Faculdades jurídicas do Brasil, o Direito Canônico ainda conserva profundas raízes no Direito Civil pátrio, pela persistente e longa influência que exerceu na formação da sociedade nacional. Leia-se o que a este escreveram Cândido de Oliveira¹⁹ e Lacerda de Almeida²⁰ e ter-se-á a prova da verdade do nosso acerto. Advirta-se também que o

¹⁹ Op. e loc. cit. – págs. 169 a 176.

²⁰ Op. cit. - §§ 9, 10 e 11.

Congresso de Ensino Superior, realizado nesta capital, em 1927, resolveu²¹ como necessidade para a cultura nacional superior, a criação da cadeira de Direito Eclesiástico para o curso de doutorado em ciências jurídicas.



Papa Bento XV (Benedictus XV)



Pietro Gasparri

Bento XV (papa entre 1914 e 1922) promulgou o primeiro Código de Direito Canônico, em 1917, adaptando o direito canônico às novidades introduzidas pelo Concílio Vaticano I (1869-1870). O cardeal Pietro Gasparri, que mais contribuiu para sua redação, foi nomeado, depois da promulgação, o "Presidente da Comissão para a Interpretação Autêntica".

O CIC restará em vigor até a promulgação do novo Codex Iuris Canonici promulgado em 1983 por João Paulo II, que finalmente incorporou as grandes reformas, especialmente as introduzidas pelo Concílio Vaticano II (1962-1965).

²¹ *Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos*, II vol. – Congresso de Ensino Superior – Agosto de 1927 – págs. 555 e seguintes: especialmente página 558.

Curso de Direito Romano História

ABELARDO SARAIVA DA CUNHA LOBO (1869 - 1933)

LIVRO III INFLUÊNCIA UNIVERSAL DO DIREITO ROMANO

TÍTULO III O DIREITO CANÔNICO E O DIREITO GERMÂNICO



Abelardo Saraiva da Cunha Lobo nasceu em São Luís do Maranhão em 24-1-1869. Concluiu o curso jurídico na tradicional Faculdade de Direito do Recife em 1888, onde se doutorou em 1889. Foi juiz no Maranhão, diplomata no primeiro governo da República e, depois, professor de Direito Romano no Rio de Janeiro. Participou do movimento intelectual conhecido como a *Escola de Recife*, entre próceres da cultura brasileira como Tobias Barreto de Meneses, Sílvio Romero, Martins Júnior, Clóvis Bevilacqua, Capistrano de Abreu, Graça Aranha.

O texto eletrônico que ora oferecemos é o resultado da iniciativa do *Grupo de Iniciação Científica DHI (Documenta Historiae Iuris)* que tem por fim difundir material didático e histórico (fontes jurídicas e monumentos da historiografia jurídica brasileira) a todos os interessados na arte da História do Direito. Seguimos o texto da 1ª edição da Tip. de Álvaro Pinto (Rio de Janeiro, 1931) e do Volume 78 das Edições do Senado Federal (Brasília, 2006).

Colaboraram na fixação do texto desta versão eletrônica, os alunos-pesquisadores do Grupo de Pesquisa “DHI – Documenta Historiae Iuris”: José Lori Kuhn, Leda Terezinha Figueira Strey, Luiz Gustavo Machado dos Reis, Marco Antônio Lopez Rodriguez e Regina Beatriz Benedito da Rosa.

Ao texto original acomodado à grafia atual, acrescentamos as notas que são precedidas da abreviatura N.A. (Nota do adaptador).

Aos nossos alunos.

HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA

Título III – O Direito Canônico e o Direito Germânico

2ª Parte: Direito Germânico

SUMÁRIO – Organização do Direito Germânico: o princípio da personalidade das leis: a opinião de Giuseppe Carle. Os monumentos legislativos dos germanos desde a *Lei Sálica* até o *Schwabenspiegel*: breve notícia de cada um. O Direito Germânico Científico. O *Corpus Iuris Germanici*. A penetração do Direito Romano nas nações germânicas e a profunda influência nele exercida. O império alemão. A Constituição de 1871 e a Lei de 20 de dezembro de 1873: a organização do Código Civil Alemão. Os Códigos de Comércio, Penal, Penal Militar, do Processo Civil e de Instrução Criminal.

DIREITO GERMÂNICO. – Costumam os historiadores do Direito, quando estudam as organizações dos germanos, dividir os monumentos que levantaram, em duas porções: uma, em que classificam os códigos formulados com subsídio do Direito Romano – *edictum Theodorici*, *Responsa Papiniani* e *Breviarium Alaricianum*; outra, em que figuram as consolidações de costumes praticados pelos povos invasores da Gália, Ibéria e Itália, cujos ramos mais fortes eram os Godos, Burgúndios, Francos e Lombardos, sendo os seus monumentos principais – *Lex Salica*, *Lex Ripuaria*, *Lex Alamanica*, *Lex Borgundionum* (também chamada *Lex Gundobalda* e *Lex Gombetta*), *Lex Longobardorum* (também chamada *Edictum Rhotaris*), *Capitularia* e outros, de que oportunamente trataremos.

O traço característico, assinalado pelos aludidos historiadores, como a diferencial entre aquela primeira porção de leis que por serem organizados com subsídios romanos, chamam *Leis Romanas* e a segunda que por consolidarem costumes e atos legislativos de vários povos da Germânia, chamam *Leis Germânicas* ¹, está em que as primeiras podiam, por caráter

¹ Veja-se Savigny – Cit. Hist. do D. Rom. na Id. Média, II vol., cap. VII, § 3º e Cap. IX, § 28.

próprio, aplicar-se a todos, como *princípios gerais*, ao passo que os segundos obedeciam ao sistema da *personalidade* ².

Procurando explicar a razão disto, Giuseppe Carle assegura que desde os mais remotos tempos os germanos não davam ao Direito o caráter de um todo harmônico, representativo da *idéia* de *ordem* e de proporção necessária a uma *cidade*, como compreendiam os *gregos*; nem tampouco uma *lei* ou um *vínculo* social a que deviam submeter-se as vontades dos indivíduos, como o haviam compreendido e explicado os romanos.

Para os germanos o Direito era sobretudo “um *poder*, uma *força*, uma faculdade peculiar do indivíduo, que tem altíssimo sentido de sua personalidade e que, em união com sua família, ele mesmo o faz valer”. E acrescenta: - O germano, ameaçado em seus bens ou em sua vida, observa Gide, não encontra a seu lado, como o homem da sociedade moderna, um poder público pronto a defendê-lo e a armar-se em seu favor; não pode contar senão consigo mesmo e com seus aliados, os quais se reúnem, tomam as armas e perseguem o ofensor até obter dele satisfação e vingança. No direito dos germanos, pois, se encontram os vestígios das paixões que deviam agitar o homem primitivo, do mesmo modo que em sua vida se apresentam muitos traços da vida heróica e juvenil dos povos clássicos, que haviam chegado a uma civilização caduca.

O germano primitivo é, em parte, como Aquiles de Homero, do qual disse Horácio que *nihil non advocat armis*, como o antigo Quiriti, que, para obter satisfação do devedor, recorre à *pignoris capio*. No Direito Germânico, portanto, embora encontremos vigoroso e enérgico o sentido da *personalidade* e *dignidade incondicional*, está, todavia, somente em vias de formação o conceito abstrato de uma *personalidade coletiva e social*" ³.

² Rigorosamente os bárbaros, depois que se puseram em contato imediato com a civilização jurídica dos romanos, já não se preocupavam muito com o *sistema da personalidade*. Se é certo que os visigodos fizeram o chamado *Código Euriciano*, para regular as suas relações jurídicas, e o *Breviário de Alarico*, para regular as relações dos romanos entre si, conservando o primeiro destes códigos o princípio ou sistema aludido, já o mesmo não aconteceu com os ostrogodos, que fizeram o *Edito de Teodorico* com subsídios exclusivamente romanos, para ser aplicado a todos os habitantes da *península itálica*, quer romanos, quer ostrogodos.

³ Cit. La Vita del Diritto, L. II, Cap. IV.

Resumindo suas observações e assinalando a evolução dessas instituições jurídicas, o ilustre professor de Filosofia do Direito da Universidade de Turim, asserta que “entre germanos encontramos o conceito de uma *personalidade individual*, vigoroso, e só em vias de formação poderosíssimo o sentido do *útil*, que começa a pôr um freio às vinganças privadas, porém, pouco desenvolvidos os conceitos do *justo* e do *honesto*. Eles compreendem o Direito como uma *força* e *poder* do indivíduo, porém não desenvolveram o ensino da *lei* no sentido em que estamos acostumados a dar a este vocábulo, nem chegaram a um *conhecimento do direito* que possa merecer o nome de *ciência*. Isto não obsta para que também os *germanos* hajam contribuído, por uma parte, para o desenvolvimento do Direito, pois que eles são os que têm trazido aquele sentimento poderoso da *personalidade individual*, que na Grécia se havia esquecido por completo e que, depois de haver se apresentado vigorosamente nos começos de Roma, se foi debilitando cada vez mais durante o Império. Ainda quando os germanos nos apareçam como uma *força indisciplinada*, mais propensa a destruir do que a edificar, pouco a pouco começará esta força a fazer-se mais *civil*, sob a influência da *legislação romana* e *mais moral* sob a influência da *idéia cristã*. Por virtude destas influências o elemento germano, depois de haver preparado a *destruição* e *dissolução* do mundo antigo, acabará por converter-se com o tempo em uma *nova energia física* e *moral* que, penetrando em um organismo social já envelhecido, infundir-lhe-á novo espírito, compelindo-o a exteriorizar uma nova etapa de convivência civil e humana, cujo desenvolvimento terá de ser desde logo a missão da época moderna. É lícito, portanto, concluir que a evolução do elemento germânico, no novo período da civilização que se prepara, pode comparar-se a de uma atividade que, violenta e indisciplinada nos primeiros momentos, é chamada a converter-se, como o tempo, naquela *energia moral* e naquela *laboriosidade intelectual*, que formam hoje em dia o caráter das nações que em maior grau receberam a transfusão do sangue dos antigos germanos”.

Eis, aí, traçadas com mãos de mestre, as razões determinantes da feição característica da *personalidade* do sistema legal dos germanos, em oposição ao

que adotavam os romanos, para quem o Estado era a expressão viva do poder e para manifestá-lo ou exercê-lo não era preciso que fosse este ou aquele cidadão ou chefe, mas, quem quer que, legitimamente, exercesse a autoridade pública e, daqui, a *impessoalidade* da lei, que era formulada para a *nação* e não para cada um dos *cidadãos* que a compunham.

Mas, o contato dos povos germanos com a civilização jurídica romana, principalmente depois da organização das chamadas *Leges Romanae*, e a poderosa influência da civilização cristã, que eles assimilaram dentro de pouco tempo, levando-os à criação do *Sacro Império Romano do Ocidente*, que outorgou a Carlos Magno a tríplice coroa, foram fatores de alta significação na intuição do direito, sentindo-se, desde então, a preponderância das leis romanas sobre as organizações legislativas dos germanos.

Vejamos aqueles monumentos que constituem o *Corpus Iuris Germanici* e procuremos mostrar sobre quais deles se fez sentir a influência do Direito Romano.

Se para a organização do *Corpus Iuris Germanici* aceitarmos como critério a inclusão, nele, somente das leis ou costumes *exclusivamente* germânicos, alheios à influência do direito romano e do direito canônico, o monumento ficará reduzido à insignificantes proporções, pois que, em rigor, apenas os *frisões*, os *saxões* e os *turíngios* organizaram legislações de caráter rigorosamente local, mas, mesmo assim, deram a estas leis denominações latinas.

Segundo se colige dos *Monumenta Germaniae* de Aein, Pertz e Waitz, as *Leges Barbarorum*, que devem ser consideradas como componentes do *Corpus Iuris Germanici*, são as seguintes: *Lex Salica*, *Lex Ripuaria*, *Lex Chamavorum*, *Lex Borgundionum* (Gundobaldo), *Lex Allamanorum*, *Lex Wisigothorum* (código Euriciano ou *Forum Judicum?*), *Lex Bajuvariorum*, *Leges Longobardicae*, *Lex Frisonum*, *Lex Saxonum*, *Lex Angliorum*, *Lex Werinorum*, *Lex Thuringorum*, *Capitularia*, *Sachsenspiegel* (*Laudrechtbuch* e *Leharechtbuch*) e *Schwabenspiegel*.

Passemos rápida vista sobre os mais importantes destes monumentos.

LEX SÁLICA. - Esta lei passa por ser a mais notável das organizações do Direito Germânico, por ter compendiado as instituições jurídicas populares. Formulada em assembléias do povo (*mallos*), por quatro juristas, sob o reinado de Clodion I, era a lei dos Francos *salios*, donde lhe veio a denominação abreviada, sendo, porém, a verdadeira - *Pactus Legis Saliae*.

Revista ao tempo de Clovis, ficou sendo – *Capitula Pacto Legis Salicae, addita, extravagantia*, - e, mais tarde, submetida a uma nova revisão, ao tempo de Carlos Magno, recebeu o nome de - *Lex Salica emendata*, mas, os contemporâneos chamavam-na também – *Lex Salica a Carolo Magno emendata*.



Manuscrito da Lei Sállica (Biblioteca Real, Paris, nº4404: *Loi Salique ou recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi et le texte connu sous le nom de lex emendata*).

Está dividida em 65 títulos, dos quais sete tem por objeto relações e institutos do Direito Privado, especialmente em matéria de família e propriedade. Naturalmente, foi formulada na língua dos francos e depois traduzida para a latina, em cuja tradução notas-se a intercalação ao texto das palavras não latinas, precedidas de nota expressa por *mal* ou *malb*, a que os estudiosos do monumento dão o nome de *glosas malbérgicas*, como significativas de expressões da língua original, intraduzíveis na latina. A maioria das suas disposições se refere à matéria penal, especialmente à *tarifa*

das composições e multas conseqüentes das transações em juízo e indenizações por ofensas aos interesses alheios.

A Lei Sállica continha regras características do Direito Germânico, entre as quais, por exemplo, a que privava a mulher da sucessão na propriedade territorial, uma vez que houvessem herdeiros varões (título 59), regra esta que serviu em França para, em idênticas condições, excluir a mulher da sucessão ao trono.

LEX RIPUARIA. – A lei, assim chamada, é uma organização de textos legais inspirados na *Lei Sállica*, sob a influência do Direito Romano, para servir aos Francos ripuários. Compõe-se de 89 títulos, segundo uns, 91, segundo outros, tendo sido formulada, conforme o seu prólogo, pelo rei Teodorico I. A sua redação é mais cuidada que a de que lhe serviu de modelo principal, explicando-se esta circunstância pelo fato de numerosa contribuição de textos procurados nos monumentos das *leges romanae*, especialmente da *Papiani Responsa*, que coligiu subsídios valiosos do insigne mestre e príncipe dos jurisconsultos romanos.

A *Lex Ripuaria* foi também revista e melhorada por ordem de Carlos Magno, cujos acréscimos aos textos deram lugar a modificação ao nome do monumento que passou a ser também designado por – *Capitula quae in lege ripuariorum mittenda sunt*.

LEX CHAMAVORUM. No começo do século IX, os Francos, localizados a leste do Reno, no distrito dos camavos, fizeram também o seu corpo leis, buscando subsídios na Lei Sállica, em algumas instituições romanas e nos costumes que vinham praticando. É uma adaptação ou consolidação de leis e costumes, nada oferecendo à apreciação particular por qualquer característico próprio e inconfundível. Por esta razão chamavam-na todos os historiadores de Direito Germânico, não, simplesmente, como deveria ser, - *Lex Chamavorum*, - mas, sim, - *Lex Francorum Chamavorum*, - como que lembrando a origem do povo que a formulou (franco) e para quem foi formulada (camavos).

LEX BORGUNDIONUM.- Os burgúndios, que ocupavam grande parte da Gália oriental, à semelhança dos visigodos, organizaram dois corpos de leis, um - a *Papiani Responsum*, - para ser aplicado aos romanos sujeitos à sua dominação, - e outro - a *Lex Borgundionum*, - para ser aplicado aos dominadores.

Costumam alguns historiadores confundir os dois monumentos, cujas diferenças são, aliás, notáveis e profundas, até nos nomes.

É certo e sabido o fato de serem ambos estes monumentos chamados indiferentemente - *Lex Borgundionum* -, porque ambos foram organizados pelos burgúndios; mas, exatamente para evitar tal confusão, à *Lex Borgundionum* (germânica, ou de aplicação aos burgúndios) se dá também a denominação de *Lex Gundobalda*, ou *Lex Gombetta*, - e à *Lex Borgundionum* (romana, ou de aplicação aos romanos) se dá a denominação de *Lex Romana Borgundionum*, ou, mais frequentemente, *Papiani Responsum* ⁴ e até mesmo *Papiniani Liber Responsorum*.

A *Lex Gombetta*, posto que, como as dos outros povos germânicos, represente uma civilização jurídica ainda rudimentar, parece ter recebido mais direta e preponderantemente a influência romana.

A semelhança do que se fizera com o código teodosiano, Gundobaldo reuniu no seu monumento a legislação outorgada aos seus súditos, pelos reis que antecederam, sob a forma de constituições, decretos, editos e outras espécies legislativas, às quais juntou atos emanados de sua própria autoridade, procurando melhorar os institutos jurídicos à luz do direito romano, embora mantendo as linhas gerais da concepção germânica, com especialidade em matéria de direito penal.

LEX ALLAMANORUM. - A lei dos alamanos, também chamada *Lex Suevorum*, teve sua origem em um arranjo ou coletânea de costumes preparado nos meados do século VI, sob o nome de *Pactus Allamanorum*, a

⁴ Veja L. 2º, T.1.

que desde logo, Clotário I deu autoridade legal e, de 613 a 814, Clotário II, Dagoberto I e o próprio Carlos Magno mandaram rever e introduzir vários dispositivos, modificando a redação primitiva.

Como as demais leis germânicas contemporâneas, a lei dos alamanos ou suevos não traduz cultura jurídica da parte do povo que a formulou, mas, revela ter sido formulada sob a influência de idéias religiosas tão predominantes que alguns historiadores como Guilherme Oncken ⁵, afirmam que essa lei parece mais um monumento teocrático do que um código de regras jurídicas.

LEX WISIGOTHORUM. - Sob a expressão *Leges Wisigothorum* são designadas várias leis ou coleção de leis, formadas pelos visigodos, ocupantes da Península Ibérica, tais como o Código Euriciano, o Breviário de Alarico e o *Forum Judicum* ou *El Libro de los Jueces*.

Quanto aos dois últimos, isto é, quanto ao Breviário de Alarico e ao *Forum Judicum*, já estudamos detalhadamente⁶ e agora apenas nos cumpre aludir ao primeiro, isto é ao Código Euriciano.

Este código, coleção de leis visigodas para serem aplicadas aos súditos dos dominadores da maior parte da Península Ibérica, foi mandado organizar, como o seu nome está indicando, pelo rei Eurico, que, para isso, serviu-se do jurisconsulto chamado Leão. Eurico compilou todas as leis godas existentes, promulgadas pelos reis antecessores, às quais juntou as suas próprias leis e muitas também das dos romanos, acomodando-se aos interesses e crenças dos dominadores da península e procurando por este meio assentar em uma organização de caráter legal e permanente o poder que exercia já sem contraste sobre todo o povo dominado.

Esta legislação, porém, não podia corresponder às necessidades e reclamos de um povo, cuja civilização jurídica vinha, já há tantos séculos,

⁵ Historia Universal, vol. X, pag. 35.

⁶ L.2.º, T. II – “Forum Judicum. Fuero Juzgo ou El Libro de los Jueces”.

orientada pelas *constituições imperiais*, pela lição dos jurisconsultos nas suas *responsa* e pelos *editos dos pretores*.

O Código Euriciano, lacunoso, grosseiro e feroz em tudo quanto continha por adaptação das leis propriamente godas, evidenciava, em si mesmo, a disparidade com as leis romanas que coligira, cuja linguagem, simples e elegante, chocava-se com aquela grosseria dos godos.

Muitos historiadores do direito da Península Ibérica consideram o Código Euriciano como uma coleção de leis autônoma e definitiva, ao passo que outros julgam-no como o início da codificação do *Forum Judicum*.

Foi por esta razão que, ao enumeramos as leis germânicas, escrevemos – *Lex Wisigothorum* - e colocamos, em seguida, entre parênteses, com interrogação, - a expressão – Código Euriciano ou *Forum Judicum* ?

Uma rápida vista sobre os trabalhos desses historiadores mostra a dificuldade para assentar definitivamente a verdade a tal respeito.

Santo Isidoro de Sevilha, na sua *Historia de Regibus Gothorum*, ensina que foi Eurico o primeiro rei godo que formulou leis escritas – “*sub hoc rege Gothi legum statuta in scriptis habere coeperunt, nam antea tantum moribus et consuetudine tenebantur*”⁷ e acrescenta que – “*In legibus quoque ea, quae ab Eurico incondite constituta videbantur, correxit Leovigildus plurimas leges praetermissas adjiciens, plerasque superfluas auferens*”.⁸

Daqui resulta que Leovigildo reviu as leis godas, desde Eurico, e estas leis revistas eram as que constituíam o Código Euriciano com as promulgadas posteriormente, o que importa dizer que não se trata do *Forum Judicum*, por que este, como vimos⁹, tem sua origem no *Tomo Régio* levado aos concílios de Toledo, ficando definitivamente organizado em 693, no XVI concílio sob o governo de Egica¹⁰.

7 N. A. – Tradução: Sob este rei godo começaram a ter os estatutos das leis por escrito, pois anteriormente eram obrigados por hábitos e costume.

8 N. A. – Tradução: Em relação às leis, também aqueles atos que pareciam ter sido confusamente constituídos por Eurico, Leovigildo corrigiu-os acrescentando muitas leis omitidas, e introduzindo muitas outras supérfluas.

⁹ L. 2º, T. II.

¹⁰ Veja-se *El Libro de los Jueces* – de Villadiego – *observaciones generales*, ed. de 1841, Madrid, Imp. de Leon Amarita.

Provavelmente o Forum Judicum, que realizou a unificação do direito na península, buscou várias leis no Código de Eurico, pelo menos aquelas cuja autonomia prevaleceu sem repugnância dos romanos habitantes da Ibéria, desde a sua promulgação. Mas, isto não quer dizer que o *Forum Judicum* fora o mesmo Código Euriciano, que tomou aquele nome depois de adaptações de leis godas mandadas coleccionar por Leovigildo ou por seu filho Recaredo, como supunha Lucas de Tuy¹¹, nem que ao *Forum Judicum* foi indiferente o monumento de Eurico, como pretendeu Gaudenzi¹² com a descoberta dos manuscritos encontrados na biblioteca de Lord Leicester, em Holckam, manuscritos de Direito ostrogótico e não visigótico, conforme demonstrou Schupfer e corroborou Zeumer¹³.

É, pois, nossa convicção que *Código Euriciano* e o *Forum Judicum* são monumentais legislativos inteiramente distintos, tanto assim que, ao passo que aquele traduzia o princípio da personalidade da lei, adotado pelos visigodos, este realizou a unidade do direito na Península Ibérica, fundindo a tríplice corrente jurídica romana, canônica e germânica.

A *Lex Wisigothorum*, portanto, que constitui elemento formador do Direito Germânico, deve ser o Código Euriciano e não, rigorosamente, o *Forum Judicum*, também chamado *Fuero Juzgo* e *El Libro de los Jueces*.

LEX BAJUVARIORUM. – Como uma compilação de costumes germânicos e de leis canônicas e romanas, formada através de largo tempo, apareceu a lei dos bávaros no reinado de Dagoberto, sendo melhorada e argumentada sucessivamente nos governos de Teodorico II, Tassilon II e Carlos Magno.

Não oferece particularidade alguma, revelando, todavia, espírito de imitação às leis de outros povos germânicos, até mesmo na desordem de uma organização, tão comum aos códigos bárbaros do século VII.

¹¹ Veja-se Zeumer, *Leges Wisigothorum Antiquiores*, pref. pág. X; dr. Pedro Martins, História Geral do Direito Romano Peninsular e Português, págs. 347 a 367, em que o ilustre romanista, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disserta proficiente e sinteticamente sobre o assunto.

¹² *Un'antica compilazione di diritto romano e wisigothico* – citado pelo professor Pedro Martins.

¹³ Cit. *Leges Wisigothorum* – e nota precedente.

LEGES LONGOBARDICAE. – Os lombardos tiveram duas categorias de coleções de leis; uma propriamente germânica, em que predominavam os elementos costumeiros, organizada nos meados do século VII, sob a direção do rei Rotário e com o título de *Edictum Rotharis*; outra, propriamente romana, em que predominavam os elementos trazidos das coleções bizantinas, organizada no século XII por um jurista desconhecido e com o nome de *Lex Lombarda*.

A primeira, que é a que nos interessa, foi gradualmente acrescentada no correr dos tempos pelas *Capitula in breve Statuta* e os *Decreta Spuria*, aquelas dos reis Grimoaldo, Ratchis e outros, este de Didier.

Segundo afirma Martins Júnior¹⁴ esta coleção é acentuadamente germânica e revela um certo parentesco com o direito saxão e turíngio, não deixando transparecer senão uns fracos laivos de romanismo, que servem para distingui-la da *Lex Lombarda* sistematicamente organizada com subsídios romanos.

LEX FRISONUM – A Frísia, região situada entre a Holanda e a Alemanha atuais, à beira do Mar do Norte, cuidou também de organizar o seu direito, à semelhança do que já haviam feito outros povos germânicos do sul da Europa.

Nos meios dos séculos VIII, sob os reinados de Carlos Martelo e de seu filho Pepino, o *breve*, primeiro rei da dinastia carolíngia, fez-se a compilação da *Lex Frisonum*, composta dos costumes tradicionais da região, com subsídios de muitas das outras leis germânicas dos povos francos.

Estava dividida em 22 *títulos* e estes subdivididos em capítulos, cuja linguagem e objeto das disposições não correspondiam aos progressos legislativos de outros povos que haviam assimilado a orientação romana, de forma que os próprios subsídios hauridos nas fontes estranhas aos costumes locais foram deturpados e apareciam quase desconhecidos.

Para conjurar esta situação, Carlos Magno, que já havia melhorado o direito de outros povos, mandou anexar à lei dos frisões uma coleção de regras

¹⁴ Cit., Comp de Hist. Geral do Direito, pag 172.

para melhor interpretação pelos juízes, coleção esta que se supõe ter sido votada pelo *Reischstag* de *Aix la Chapelle*, em 802, sob a denominação de *Addictio Sapientium*.

LEX SAXONUM. – Trata-se de uma lei, que, segundo afirma Martins Júnior¹⁵, é francamente germânica, feita segundo os costumes de Saxe e o direito do império.

Publicada, como a *Addictio Sapientium* da lei dos frisões, em 802, sob Carlos Magno, está, como esta, dividida em títulos e capítulos, constituindo um código de matéria de Direito Penal e Direito Civil, especialmente sobre sucessões e regime de bens no casamento.

Não obstante as suas imperfeições, a *Lex Saxonum* vigora quase cinco séculos, sendo posta à margem somente quando, organizado, o *Espelho de Saxe* (*Sachsenspiegel*) começou a servir de fonte jurídica mais autorizada, para o qual, aliás, a *Lex* forneceu copiosos subsídios.

LEX ANGLIORUM RT WERINORUM, HOC EST, THURINGORUM. – Como o próprio nome está indicando, não se trata, rigorosamente, de uma lei única, mas, sim, de leis de três regiões germânicas, que se fundiram em uma só, devido às vicissitudes políticas por que passaram a Inglaterra e Dinamarca, como observamos ao tratar do Direito Romano nestes países. Organizada com os subsídios do Direito Costumeiro aplicado aos habitantes das referidas regiões durante o século V a começos do século VII, a *Lex Thuringorum* foi dividida em 17 *títulos* e estes em *capítulos*, como muitas das outras *Leges Germanicae*. Nada de particular apresentava, salvo as disposições referentes a alguns costumes de Holstein, cuja obscuridade muitos autores salientam.

CAPITULARIA. – O princípio da personalidade das leis germânicas, não obstante as conquistas dos bárbaros, que as formularam, sobre territórios

¹⁵ Cit., Comp de Hist. Geral do Direito, pag 172.

romanos, encontrava freqüentemente opositores, mesmo entre eles, que foram pouco a pouco reconhecendo preferível o sistema das leis romanas de aplicação geral, como regras ditadas para atender às necessidades humanas nas relações da vida.

As entradas as bases só *Sacro Império Romano do Ocidente*, coordenados os interesses recíprocos do Império e poder dos Francos com a Igreja, o glorioso imperador e mais notável chefe dos carlovíngios compreendeu que a sua autoridade assentaria em bases mais sólidas legislando para todo o Império, sem, todavia, romper com a tradição dos costumes germânicos, em parte incorporadas às leis regionais em vigor entre vários súbditos dos seus vastos domínios.



Estatueta de Carlos Magno (Museu do Louvre, Paris)

Para fundir as correntes de populações sob o influxo da civilização romana e dar-lhe o complemento da educação cristã, lançou mão do sistema que os imperadores romanos praticavam largamente depois de estendido o *jus civitatis* a todos os habitantes de Roma. O meio de que se utilizou foi o de decretar leis formuladas sob a inspiração do Direito Romano, que, aplicadas a todos os povos sujeitos ao seu poder, unissem as três regiões: alemã, franca e itálica em recíproca comunhão de ideais e interesses. Daqui o aparecimento

das chamadas *Capitulares*, atos legislativos dos monarcas, com aplicação geral a todo o Império.

Entretanto, posto este caráter constituísse a feição principal das *Capitularia*, várias foram as decretadas para certas regiões ou determinado lugar e povo.

Por isso, as primeiras chamavam-se *generalia* e as segundas *specialia*.

Por meio destas *Capitulares* os monarcas, ora alteravam a legislação em vigor, ora substituíam o direito local pelo geral, que se vinha formando, ora finalmente, confirmavam a prática de princípios tradicionais, cuja manutenção entendiam convenientes a certas regiões.

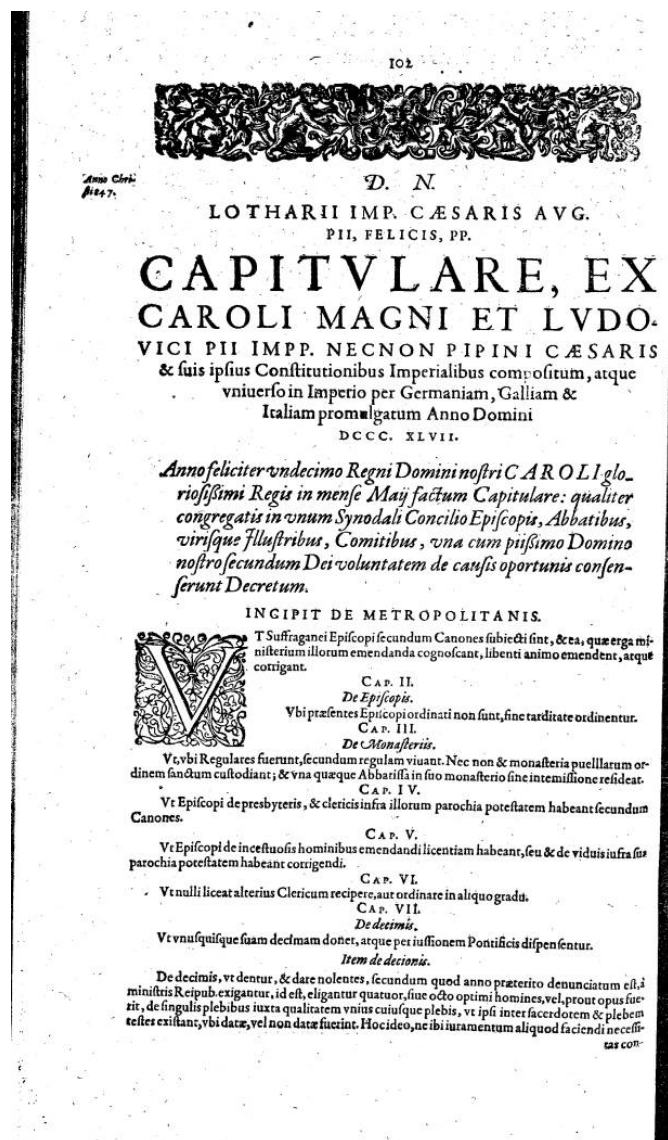
Pelas funções que exerciam, umas de caráter secular, outras como de chefes da *Igreja da Gália* e em execução de deliberações de concílios, as *Capitulares* podiam ser seculares ou eclesiásticas, quando provinham de monarcas no desempenho de tais funções.

Poderiam ser também *Capitulares legibus addendo*, *Capitularia per se scribenda* e *Capitularia missorum*.

Foram tantas e sobre tantos assuntos as *Capitulares* expedidas, que tornou necessário reuni-las em coleções. Muitas particulares procuraram coordená-las e a primeira coleção que apareceu foi organizada em 827 pelos abade Ausegise, distribuindo-as em quatro *livros*, obedecendo ao critério das matérias de que tratavam, sendo: 1.º *Capitularia ad ordinem pertinentia ecclesiasticum*, 2.º *Capitularia ecclesiastica*, 3.º *Capitularia ad mundanam pertinentia legem* e, finalmente, 4.º *Capitularia ad augmentum mundanae legis*.

Esta coleção, às vezes chamadas *Capitulares do Abade de Fontenelle* – é a única que merece esta confiança até a época a que alcança, mesmo porque, do primeiro quartel do século IX em diante, apareceram coleções de *falsas Capitulares*, como a de *Benedictus Levita*, que, à semelhança de *Isidorus Mercator*, com as Decretais, fez uma coleção, reunindo às capitulares de Ausegise mais três livros de outras inteiramente fantasiadas.

No século XVII apareceram duas coleções que têm merecido toda a confiança dos historiadores do Direito; uma organizada em 1623 pelo Padre Sirmond, que reuniu muitos exemplares das promulgadas entre 840 a 877 por Carlos, o *calvo*, e outra, organizada em 1677, por Baluze, intitulada – *Capitularia Regnum Francorum* ¹⁶.



Melchior Goldast *Collectio Consuetudinum et legum imperialium Francofordiae ad Moenum, 1613* (página 102: 102-125 Lotharii Imperatoris Augusti capitularia in imperio promulgata), Biblioteca da Universidade de Heidelberg.

¹⁶ Sobre as *Capitulares* veja-se Esmein, *Cours d'Histoire du Droit Franç.*, e Michelet, *Origines du Droit Français*. As *Capitulares* de Carlos Magno foram estudadas como elementos criadores do Direito Comum por um jurista inteiramente desconhecido, em uma obra, contemporânea dos vários *Rechtsbuch*, que teve a denominação de *Kleine Kaiserrechts*.

SACHSENSPIEGEL E SCHWABENSPIEGEL. – A influência da cultura jurídica romana se fez sentir tão preponderantemente nas regiões germânicas, que, ao lado das *Leges Germanicae*, também apareceram, como em Roma, os trabalhos dos juristas, estudando ou comentando os monumentos do direito regional, dando, assim, lugar ao aparecimento daquela dupla feição do direito, como lei e como ciência ¹⁷.



Detalhe do manuscrito do "Espelho dos Saxões", de cerca de 1300. A iluminura mostra a escolha de um rei germânico. No alto, três príncipes eclesiásticos escolhendo o rei, apontando-o. (Biblioteca de Heidelberg).

A princípio as manifestações de cultura consistiam no exhibir o conhecimento da lei, vindo, depois, o comentário, a explicação, a literatura, tudo realizando aqueles dois movimentos da circulação - sístole e diástole - que mantêm a vida no organismo jurídico.

Aquelas primeiras manifestações traduziram-se nos Weistümer, nas Offenungs, nas Vräge, instruções, declarações, consultas.

¹⁷ É mesmo da índole, que diremos econômica, do direito, essa dupla feição, que Savigny assinalou nas considerações seguintes: "Devido à marcha natural da civilização, que traz como consequência a divisão do trabalho e dos conhecimentos, aparecem na sociedade diferentes classes, cada uma dirige sua atividade a um objeto especial. Assim, o direito, que antes vivia na consciência do povo, por consequência das novas relações que a vida social cria, adquire tal desenvolvimento que seu conhecimento deixa de ser acessível a todos os membros da nação. Então se forma uma classe especial, a dos juristas, que, no domínio do direito representam o povo de que fazem parte. É esta uma forma nova, sob a qual prossegue o direito popular em seu desenvolvimento, que, desde então, tem uma dupla vida. Seus princípios fundamentais subsistem sempre na consciência da nação, porém, sua determinação rigorosa e as aplicações de detalhe pertencem aos juristas." Syst. des heut. Röm. Rechts., § XIV, vol. 1.

Os trabalhos dos sábios de Bolonha provocaram o reaparecimento, ao lado do legislador e do juiz, dos verdadeiros cultores do Direito, como em Roma, ao lado dos Pretores e Edis, surgiram aqueles eminentíssimo *sabinianos* e *proculeianos*, os trabalhos de Bolonha, repetimos, sugeriram a alguns juristas germanos a necessidade da organização de *livros de direito* para que melhor entendidos fossem os *livros de leis*.

Esses *livros de direito* tomaram formas diversas: ora representavam coleções de *fórmulas* de atos jurídicos, em que se procurava traduzir praticamente as regras legais, à semelhança das tradicionais *Formule Marculfi*¹⁸; ora eram compilações de *pareceres*, *comentários* de leis e de julgados, em que se buscava fixar princípios de aplicação geral; ora, finalmente, eram *normas* jurídicas de criação espontânea para suprir as lacunas das leis e dos costumes em vigor.

Os trabalhos desta natureza chamavam-se ordinariamente *Speculum* - os formados sob a influência direta do Direito Romano¹⁹, ou *Spiegel* – os que representavam cultura do Direito Germânico.

O primeiro trabalho que apareceu revelando cultura jurídica foi o organizado por *Eyko Repechowe*, escrito em latim, no começo do século XIII, e traduzido para o alemão (*baixo saxônico*), a pedido do Conde de Falkstein, com o nome de *Sachsenspiegel* e dividido em duas partes, uma sob a denominação de *Landsrecht*, outra sob a de *Lehnsrecht*, sendo que esta parte é mais conhecida pela denominação latina de *Vetus actor de beneficiis*. Depois de impressos e reduzidos a manuais, o primeiro teve o nome de *Landrechtsbuch* e o segundo *Lehnsrechtsbuch*.

O *Espelho da Saxônia* (*Sachsenspiegel*) teve por fonte os costumes feudais, as leis e a jurisprudência imperiais.

Consolidando o Direito Germânico e a tradição dos costumes do Norte do país, embora se chocando freqüentemente com os modelos romanos, contra os quais pretendia reagir, facilmente se fez preferir a outras fontes, tornando-se,

¹⁸ Veja-se h. L., T.I, not. 14.

¹⁹ Haja vista ao de Afonso X, o *sábio*, publicado em 1254 ou 1255. Veja L.2º, T.IV – *Ley de las Siete Partidas*.

dentro de pouco, o *direito subsidiário* por excelência e verdadeiro *direito vigente* na Alemanha do Sul, onde se constituiu a base do *Spiegel der deutschen Leute*, depois substituído pelo *Kaiserliche Land und Lehnrechtsbuch*, publicado em Ausburgo nos fins do século XIII, sob o título de *Schwabenspiegel* (Espelho da Suábia), ao qual prestou largos subsídios²⁰.

Os dois Espelhos, da Saxônia e da Suábia, prestaram grandes serviços à cultura do Direito Germânico, com a consolidação dos costumes e leis que incorporaram aos respectivos textos, e a influência que exerceram foi tão profunda que, não obstante escritos em latim, que era a língua, então, dos juristas e intelectuais em geral, como direito popular que ficaram sendo, se tornou preciso traduzi-los – o da Saxônia, para servir ao Norte, em *polaco* e *holandês*, e o da Suábia, para servir ao Sul, em francês e tcheco.

O *Schwabenspiegel* ressentia-se da influência, ao mesmo tempo, do Direito Romano e do Direito Canônico, parecendo mesmo que o seu autor não cogitou rigorosamente de edificar um monumento de Direito Germânico, mas, sim, como diria Savigny, de direito atual, contemporâneo do referido autor. Assim nos expressamos porque os historiadores asseguram que lhe foram incorporados, além do Direito Costumeiro Germânico, do Direito Romano e do Direito Canônico, várias leis de Rodolfo I, fundador da monarquia austríaca, que governava no tempo da organização desse Espelho (1273 a 1291), alguns textos da Bíblia, certas leis municipais e costumes locais alheios à influência marcadamente germânica. E, como foi exatamente ao final do século XIII que se acentuou a cultura jurídica romana na Alemanha, que afinal, veio a adotá-lo como direito vigente, do século XV em diante, não errará talvez quem afirmar ter sido o Espelho da Suábia o iniciador científico da transição do Direito Germânico puro para o *Direito Alemão*, que é um precipitado de três elementos: o Direito Germânico, o Direito Romano e o Direito Canônico.

²⁰ Estava também dividido em duas partes.

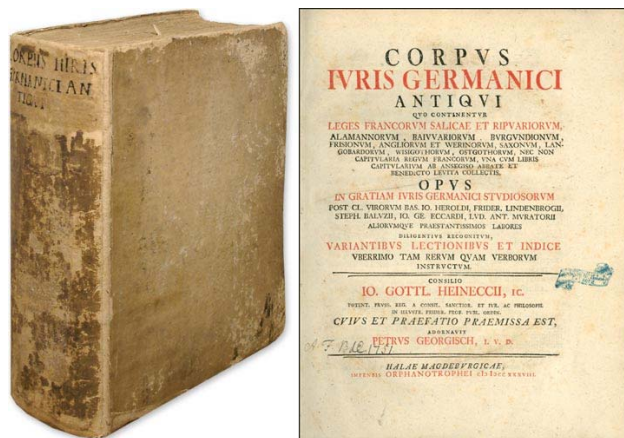


Fragmento do Schwabenspiegel. A suábia corresponde a uma histórica região, outrora denominada Alamânia, repartida entre as atuais Baviera e Baden-Wurtemberg, cuja capital era Ausburgo, local em que um monge franciscano compôs, em 1275 aproximadamente, o código conhecido como “Schwabenspiegel” (isto é, o “Espelho da Suábia”), tratando especialmente de questões feudais e influenciado especialmente pelo Pentateuco, pelo Direito Romano e pelo Direito Canônico.

CORPUS IURIS GERMANICI. - O *Corpus Juris Germanici* não foi sistematicamente organizado e o que existe com tal denominação nada mais é do que a reunião ou coordenação, em um só todo, dos monumentos acima indicados, sem cunho oficial, ou com a necessária autenticidade, de forma a merecer confiança. Mas se, por falta deste cunho oficial, não se pode atribuir autenticidade ao *Corpus Juris Germanici*, também ao *Corpus Juris Civilis* ocorre a mesma falta, porque nem Justiniano, nem qualquer dos seus sucessores mandaram organizar em um só todo, as coleções das Institutas, Digesto, Código e Novelas, que constituem o *Corpus Juris Romanorum*.

É certo, porém, que os elementos componentes do *Corpus Juris Romanorum* são de indiscutível autenticidade, o que não acontece, rigorosamente, com os elementos que figuram em algumas edições de leis germânicas com o nome de *Corpus Juris*. Há várias edições, como as de Georgisch, publicada em 1738, com o nome de *Corpus Juris Germanici Antiqui*; a de Walter, publicada em 1824, com o mesmo nome; a de Stein, Pertz e Waitz, com o nome de *Monumenta Germaniae*, a de Conciani, intitulada *Barbarorum Leges Antiquae* e outras ²¹. Mas, estas mesmas não inspiram confiança absoluta, pela incerteza da legitimidade das fontes onde foram hauridas.

²¹ Veja-se Alexandre Braun, *Traité Pratique de Droit Civil Allemand*, Intr. Histor.; Martins Júnior, cit. Hist. Geral do Direito, p. 163.



Edição do *Corpus Iuris Germanici* de 1738, compilada e editada por Heineccius, Johann Gottlieb Georgisch, Petrus: *CORPUS IURIS GERMANICI ANTIQUI QUO CONTINENTUR LEGES FRANCORUM SALICAE ET RIPVARIORUM, ALAMANNORUM, BAIVVARIORUM, BURGUNDIONUM, FRISIONUM, ANGLIORUM ET WERINORUM, SAXONUM, LANGOBARDORUM, WISIGOTHORUM, OSTGOTHORUM, NEC NON CAPITULARIA REGUM FRANCORUM, UNA CUM LIBRIS CAPITULARIUM AB ANSEGISO ABBATE ET*

BENEDICTO LEVITA COLLECTIS. OPUS IN GRATIAM IURIS GERMANICI STUDIOSORUM POST CL. VIROURUM BAS. IO. HEROLDI, FRIDER. LINDENBROGII, STEPH. BALUZII, IO. GE. ECCARDI, LUD. ANT. MURATORII ALIORUMQUE PRAESTANTISSIMOS LABORES DILIGENTIUS RECOGNITUM, VARIANTIBUS LECTIONIBUS ET INDICE UBERRIMO TAM RERUM QUAM VERBORUM INSTRUCTUM. HALLE: IMPENSIS ORPHANOTROPHEI, 1738. [xxxvi] pp., 2236.

Eis aí, em traços rápidos, o direito regional da Alemanha, quando o Direito Romano, por uma multiplicidade de fatores, dominou quase inteiramente a grande Germânia, que, no dizer de Glasson, "deu no decurso da Idade Média, o exemplo único na história de um povo que, cômscio da sua incapacidade, pede ao estrangeiro uma legislação de outros tempos, para voluntariamente se lhe submeter"²² - e, podia acrescentar, não se limitando a trazer para os centros da nação os *códigos de leis*, mas, também, mandando estudar estes códigos nas gloriosas cátedras das Universidades estrangeiras e nas próprias que, para isto criou em seu território, com grande proveito para o progresso intelectual do país e da Europa em geral.

Estudando a marcha evolutiva da penetração do Direito Romano na Germânia, desde o século XV, disse o eminente mestre Conselheiro Cândido de Oliveira²³: "Não é que o Direito Romano fosse completamente desconhecido nos países transalpinos. Na Germânia, como na Gália Franca, fora sempre a lei pessoal das populações romanas".

²² Le Mariage Civil et le Divorce, p. 201.

²³ Cit., *Liç. de Leg. Comp.*, p.479.

Reputado à *naturalis ratio*, o seu espírito penetrou nos estatutos, sem, contudo, assumir um caráter obrigatório. Somente no correr da luta entre o Império e o Papado é que a evolução do seu valor legislativo se manifestou rápida, a ponto de ser invocada a doutrina das Pandectas, não como fonte subsidiária, mas, de preferência ao próprio direito nacional.

O Imperador teutônico reputava-se o sucessor do César romano. Por que não aplicar o Direito do seu antecessor?

As Universidades e Tribunais olharam-no como o melhor dos modelos doutrinários; se ele nunca foi expressamente considerado como um código oficialmente obrigatório, nem mesmo pela Câmara Imperial de Wetzlar, o número crescente dos juristas deu-lhe um valor preponderante, por esta preparação lenta e singular, em que um direito estrangeiro substituiu o nacional.

Assim, observa Mittermeyer, o Direito Romano, fundindo-se com o Direito Germânico anteriormente em uso, tornou-se um direito nacional, constituindo-se, a partir do século XVI, o elemento do *gemeine Recht*.

Destarte, o direito comum alemão (*das deutsche gemeine Recht*) que, até 1900, regia as relações jurídicas de uma terça parte dos habitantes do Império, repousava sobre uma dupla base, a romana e a germânica. Se os dois elementos se confundiam na prática, na teoria se achavam completamente discriminados.

Os autores em seus tratados, os professores em seus cursos, estabeleciam a linha de separação entre as *Pandectas* e o Direito comum alemão²⁴.

Mas, até que chegasse a época da definitiva unificação do Império, a Alemanha regia-se, com os seus quarenta milhões de habitantes, pelo Direito Romano, pelo Código Austríaco, pelo *Landrecht* Prussiano, pelo Direito Dinamarquês, pelo *Landrecht* Badense e pelo Código Civil Francês. Estes monumentos legislativos tinham aplicação em zonas diversas e variavam de língua na expressão dos textos, alemã, latina, grega e francesa.

²⁴ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Einleitung*, § 2°.

Fácil é compreender os inconvenientes desta situação e como a unificação do Império reclamava a unificação do Direito.

OS CÓDIGOS ALEMÃES. – Promulgada a Constituição de 15 de abril de 1871, e reconhecido o poder legislativo do *Reichstag* para decretar leis de aplicação geral, a lei de 20 de dezembro de 1873 incluiu a codificação civil como objeto dos trabalhos parlamentares.

Esta deliberação encontrou, todavia, certa oposição da parte dos Estados confederados, mas, venceu, afinal, a boa causa, e o Conselho Federal nomeou uma comissão de onze membros, com sede em Berlim e sob a presidência do Chanceler do Império²⁵ para formular o projeto do Código Civil.

A comissão, no intuito de organizar as bases do trabalho, recolheu a legislação dos Estados, fez uma escolha do que havia de melhor e fundiu os subsídios apurados em dezenove volumes, com 12.313 páginas, formulando o projeto, que ficou pronto em dezembro de 1887, depois de penoso trabalho de longos treze anos.

O projeto manifestou uma acentuada tendência ao aproveitamento e preponderância do Direito Romano, com sacrifício do Direito Germânico, o que motivou uma enorme reação contra a obra e deu lugar à nomeação de uma nova comissão para revê-la, composta de juristas práticos, com a assistência de quatro membros da primeira comissão. Depois de cinco anos de trabalhos, de 1890 a 1895, foi afinal o projeto apresentado ao *Reichstag*, onde, examinado por uma comissão de 21 membros, discutido²⁶, modificado e aprovado, foi, finalmente, promulgado em 18 de agosto de 1896, para entrar em vigor no dia 1º de janeiro de 1900. Está dividido em 5 *livros*, os livros subdivididos em *seções, títulos e artigos*. Tem uma lei de introdução

²⁵ Fizeram parte da comissão: - Drs. Pape, Derscheid, Gebhardt, Johov, von Kübel, Kurlbaum, Plank, von Schmidt, Neubauer, - Achilles, Boerner, Struckmann, von Lieben, Ege, Braun, Vogel (estes 7 últimos como colaboradores) e mais o eminentíssimo romanista Windscheid e o notável germanista Roth.

²⁶ Os mais notáveis parlamentares tomaram parte nos debates, entre os quais salientaram-se, como atesta Raoul de la Grasserie (*Code Civil Allemand*, introd., pág. XXIV), Lenzmann, Bachén, Stadthgen, von Cuny, Bebel, Niederling, Groeber, von Buchen, von Stumm, Dziembowski, Ennecerus, Aner, Frohm, Lieber, Rickert, Traeger, Planck.

(*Einführungsgesetz*) e, ao todo, 2.603 artigos, dos quais 218 são da lei de introdução.

A distribuição das matérias de que trata obedeceu ao seguinte critério: 1º Livro - Parte Geral: *Pessoas, Bens, Atos Jurídicos*; 2º Livro – *Direito das Obrigações*; 3º Livro – *Direitos Reais*; 4º Livro – *Direitos de Família* e 5º Livro – *Sucessões*.

A *Einführungsgesetz* tem 4 seções: a 1ª – *Disposições Gerais*, a 2ª – *Relações entre o Código Civil e as outras leis do Império*, a 3ª – *Relações entre o Código Civil e as leis dos Estados confederados* e a 4ª – *Disposições transitórias*. O nome oficial do monumento é *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (Código Civil para o Império Alemão).

Representando a fusão dos princípios científicos e históricos do Direito Civil, coordenando em cuidadosa disposição das matérias todos os institutos jurídicos, refletindo a influência do Direito Romano e das legislações locais do Império, traduzindo em forma vigorosa a sobriedade e segurança do pensamento alemão, o Código Civil da Alemanha, que se tornou o inspirador de todos os outros dos povos cultos que lhe sucederam²⁷, “*encerrou dignamente, como disse Grasserie, o período jurídico do XIX século*” e plantou um marco assinalado para orientar a cultura jurídica da humanidade.

Convém, todavia, não esquecer também os trabalhos realizados na Alemanha relativamente à codificação do Direito Comercial, Penal e do Processo Civil e Criminal.

O Código do Comércio para a Confederação da Alemanha do Norte foi promulgado em 1869 e o Código do Comércio Alemão em 1897 para entrar em vigor, segundo o art. 1º da sua lei de introdução, ao mesmo tempo em que o Código Civil, com as duas exceções que estabelece.

Está dividido em quatro *livros*, os livros subdivididos em *títulos, seções e artigos*.

²⁷ Orientaram-se pelo Código Civil Alemão em várias partes de suas disposições os Códigos Cíveis do Japão, da Suíça, do Brasil, da Turquia e da China.

O Livro 1º - Trata – *Do Comércio em Geral*, o 2º *Das Sociedades de Comércio e da Sociedade Tácita*, o 3º - *Dos Atos de Comércio* e o 4º - *Do Comércio Marítimo*.

Como o Código Civil, tem uma *Lei de Introdução*, com 28 artigos, subdivididos em vários números e 905 artigos no seu texto.

Desde 1506, com a publicação da *Ordenança Criminal de Bamberg*, na Baviera, a Alemanha revelava a tendência para a unificação da legislação penal; mas, os interesses regionais, em colisão, iam, embaraçando a realização da idéia, de maneira que, ao advento da remodelação política de 1870, a Confederação estava em situação muito mais precária em relação ao Direito Penal, do que propriamente em relação ao Direito Civil, pois, quase todos os Estados tinham lei penais, mais ou menos dessemelhantes, como as de Altemburgo, Brunsewick, Hesse, Hamburgo, Prússia, Saxe, Turíngia, etc.

Como consequência da nova ordem de coisas, aceleraram-se os trabalhos da codificação penal e o projeto de código, formulado por uma comissão de sete criminalistas, foi convertido em lei e promulgado como Código Penal do Império Alemão, em 31 de maio de 1870, tendo sido retocado em 1876 e, posteriormente, por leis avulsas. É de 1872 o Código Penal Militar.

Datam de janeiro de 1877 os Códigos de Processo Civil e de Instrução Criminal.

Toda essa legislação codificada e una representa a mais elevada e notável cultura jurídica, constituindo-se, por isso, objeto de estudos sérios em todos os departamentos da nossa ciência e chamando para os juristas alemães a atenção dos centros intelectuais e dos cultores do Direito em toda parte do mundo.

No que diz respeito particularmente ao Direito Romano, a literatura alemã tem sido um verdadeiro e admirável prodígio de fecundidade, podendo dizer-se que, atualmente, ninguém pretenderá, com justiça, vestir a toga de romanista, sem ir buscar o seu molde nos livros dos grandes mestres da doutíssima Alemanha.

Reichs-Gesetzblatt.

N^o 21.

Inhalt: Bürgerliches Gesetzbuch. S. 195. — Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. S. 604.

(Nr. 2321.) Bürgerliches Gesetzbuch. Vom 18. August 1896.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen etc.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Personen.

Erster Titel.

Natürliche Personen.

§. 1.

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.

§. 2.

Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahrs ein.

§. 3.

Ein Minderjähriger, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, kann durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts für volljährig erklärt werden.

Durch die Volljährigkeitserklärung erlangt der Minderjährige die rechtliche Stellung eines Volljährigen.

Reichs-Gesetzbl. 1896.

Ausgegeben zu Berlin den 24. August 1896.

Publicação do Código Civil Alemão em 24/8/1896, no *Reichsgesetzblatt (RGBI)*, o jornal oficial do Reino Alemão, que circulou de 1871 a 1945, onde se lê: "Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen etc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt: [...]"



Figura extraída de uma edição da *Germania* do historiador romano Tácito (ed. M. Fuhrmann, Stuttgart 1972). Nela são relacionadas diversas tribos germânicas, no séc. I d. C..

Imperium Romanum et Gentes Germaniae

