

DIREITO ROMANO

Prof. Eliane Maria Agati

Renata Valera

1º DD

2008



FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autarquia Municipal

CADEIRA DE DIREITO ROMANO

Profa. Dra. Eliane Maria Agati Madeira
Prof. Dr. Hélcio Maciel França Madeira

Cronograma – 1º semestre de 2008
1º Ano – Diurno – Turmas B e D

TERÇA-FEIRA (Aula dupla) HISTÓRIA DO SISTEMA JURÍDICO ROMANISTA	QUINTA-FEIRA (Aula simples) INSTITUIÇÕES JURÍDICAS
19/2 Apresentação. Introdução Histórica. Os Grandes Sistemas Jurídicos.	21/2 Conceitos de Direito e Justiça.
26/2 Direitos Pré-Romanos. (Séculos XX a 1 a.C.)	28/2 Classificações do Direito.
04/3 O Direito Romano. As Fontes do Direito na Realeza. (Séculos VIII a VI a.C.)	06/3 Classificações do Direito.
11/3 As Fontes do Direito na República (I). (Séculos VI a I a.C.)	13/3 Status Libertatis (I).
18/3 A Lei das XII Tábuas (I)	20/3 Feriado
25/3 A Lei das XII Tábuas (II)	27/3 Status Libertatis (II).
01/4 As Fontes do Direito na República (II) (Séculos VI a I a.C.).	03/4 Status Civitatis. Status Familiae.
08/4 As Fontes do Direito no Alto Império. (Séculos I a.C. a III d.C.)	10/4 Status Familiae: a patria potestas
15/4 As Fontes do Direito no Baixo Império. O Corpus Iuris Civilis. (Séculos III a VI d.C.)	17/4 Status Familiae: Matrimônio (I)
22 a 30/4 - Período da 1ª Prova de Aplicação	
06/5 Direito Romano na Idade Média: Direito Romano-Germânico e Direito Bizantino. (Séculos VI a X)	Status Familiae: Matrimônio (II)
13/5 08/5 As Universidades na Idade Média e o Renascimento do Direito Romano. (Século XI). <i>texto no site (já peguei)</i>	15/5 Status Familiae: Tutela e Curatela.
20/5 A Escola dos Glosadores e os Comentadores. (Séculos XI a XV). <i>no mt</i>	22/5 Feriado
27/5 29/5 A Escola Culta. A Escola Elegante. Os Jusnaturalistas. (Séculos XVI a XVIII).	Capitis deminutio. As pessoas morais: fundações e corporações
03/6 A Escola Histórica Alemã e os Pandectistas. (Século XIX)	05/6 Objetos de Direito (res).
10/6 O Movimento Codificador. (Séculos XIX-XX)	12/6 Objetos de Direito (res): Classificações.
17/6 Revisão.	19/6 Objetos de Direito (res): Classificações (II). Revisão.
20 a 30/6 - Período da 1ª Prova Parcial	

Bibliografia Obrigatória:

- 1) *Digesto de Justiniano*. Livro I. (Qualquer edição. Há traduções para o espanhol, italiano, francês, inglês etc.). Em português: tradução de Hélcio M. França Madeira, 3a. ed., RT, 2002.
- 2) Textos eletrônicos e resumos oferecidos no sítio www.breviarium.net. PAX

Bibliografia Complementar:

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

MOREIRA ALVES, J.C. *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 2007. vol 1

De 2 Hoje

Não cai na met aula de 10/06
prova

o clã n deu

Até 8º do Agosto

moreira alves

puxa comprou

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 left corners.

1º BIMESTRE

ROMA

S + REPÚBLICA

PERÍODOS HISTÓRICOS

1. MONARQUIA → FUNDAÇÃO - 509 a.C. (+/- 200 anos de monarquia)
2. REPÚBLICA → 509 a.C. - 27 a.C.
3. IMPÉRIO → 27 a.C. - 476 d.C.

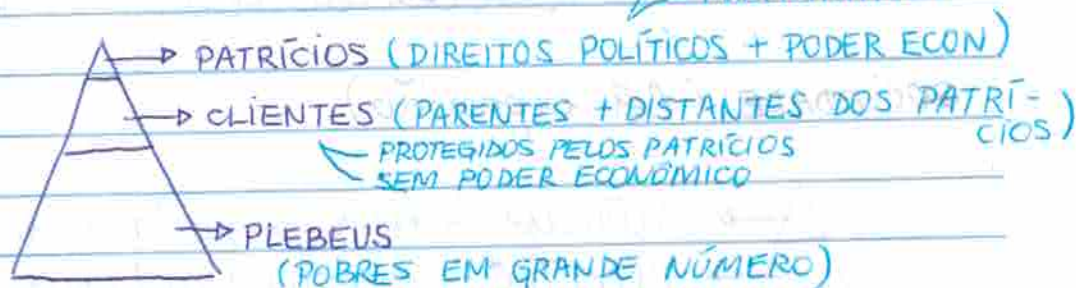
1 * PERÍODO MONÁRQUICO

POLÍTICA:

- REI → COMANDA EXÉRCITO → FORÇA BRUTA
RELIGIÃO → FORÇA IDEOLÓGICA
- SENADO → DISCUTE E PROPÕE SOLUÇÕES
- ASSEMBLEIA CURIATA → APROVA SOLUÇÕES
baseada nas cúrias romanas
(famílias de nome romanas)

ECONOMIA: AGROPASTORIL

SOCIEDADE:



Sete Reis governaram durante o período da monarquia, sendo 3 deles etruscos.

O último rei, Tarquínio o soberbo, começou a se aproximar da plebe tentando ganhar seu apoio, já que estava sem o apoio patrício.

Os patrícios expulsaram ele, então passou a ser República.

2 * REPÚBLICA

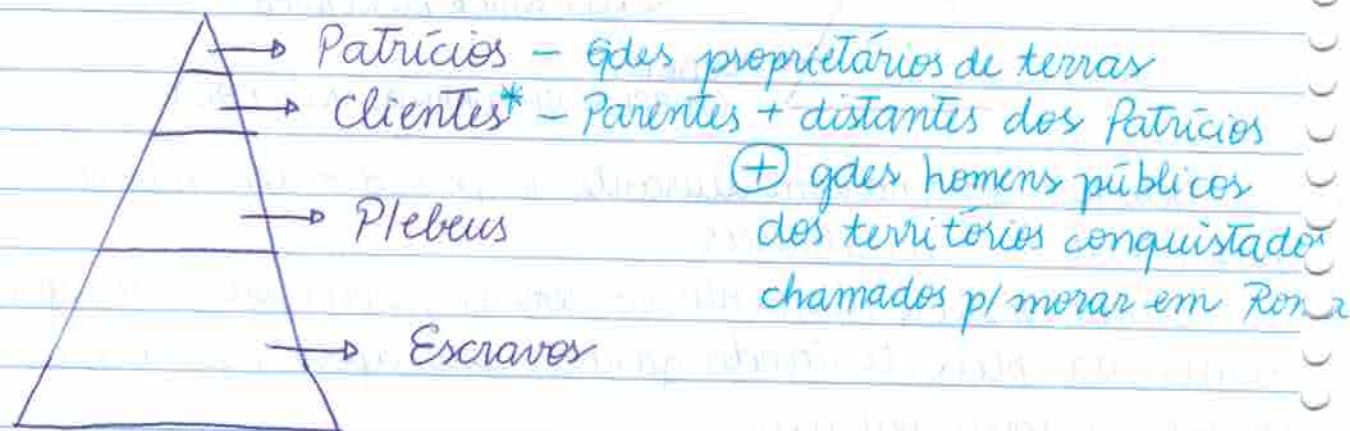
A M.C.S.

- POLÍTICA :
- SENADO (Principal órgão do governo, composto por
 - ASSEMBLÉIA CENTURIATA (Patricios)
 - MAGISTRATURAS
1. CÔNSULES
- cuidavam do Exército e da Religião

Em caso de guerra ou calamidade pública, nomeava-se um ditador (é como se fosse 1 estado de sítio = tira momentaneamente os direitos do cidadão).

- 2. PRETORES - aplicavam a justiça
 - 3. Questores - finanças
 - 4. CENSORES - censa (estabelecem a posição social
 - 5. EDIS - adm das pessoas, e que delimita seus direitos)
- * 6. TRIBUNOS DA PLEBE (PÓS REVOLTAS DA PLEBE)

SOCIEDADE (pós expansão)



ECONOMIA (pós expansão)

Base ESCRAVISTA (motor e eixo principal da econ. romana)

AGROPASTORIL

Revoltas da Plebe (GREVES)

Revolta-se através de retiradas p/ o Monte Sagrado deixando os patrícios na mão na defesa do território romano durante as guerras.

CONQUISTAS DA PLEBE

1) LEI LICÍNIA: Fim da escravidão por dívidas

2) LEI CANULÉIA: Permissão de casamento entre patrícios e plebeus (antes era proibido p/ que houvesse a manutenção do poder nas mãos dos patrícios e as terras não se perdessem).

3) TRIBUNOS DA PLEBE: 6ª Magistratura

- Direito ao plebiscito

eles ã tinham poder p/ fzr a lei mas tinham p/ vetá-la.

Expansão Romana

• Guerras Pûnicas → Cartago X Roma

↓
PERDE

Deram início ao

qde processo de

3 batalhas

expansão, que fez

com que os romanos conseguissem dominar todas as terras q ficam em volta do Mpr Mediterrâneo.

• Roma: "Senhora do Mediterrâneo"

• Crise Republicana Romana gerada pelas consequências da expansão

Crise da República

- Enorme afluxo de riquezas e escravos
- Alta corrupção e falta de ocupação p/ os plebeus

Crise Econômica

crise social

- Tentativa de Reforma agrária (por Tiberião e Caio Graco)
- Nova Classe Social: Cavaleiros
- Guerras Cívicas:
 - ↳ Patrícios X Cavaleiros X ~~Patricios~~ Militares
 - manter o poder pol só nesta classe querem poder pol + participaç pol

- Ditadura: generais < Márcio



- Triunviratos: msm poder p/ 3 pessoas (e não iam brigar?)



- * CAIO OTÁVIO → AUGUSTO (1º imperador)

3* ~~REPÚBLICA~~ IMPÉRIO < alto
baixo

alto Império

- Alto desenvolvimento

- PAX Romana

↳ política do pão e circo (já tinha sido usada na República)

↳ impedir possíveis revoltas da plebe

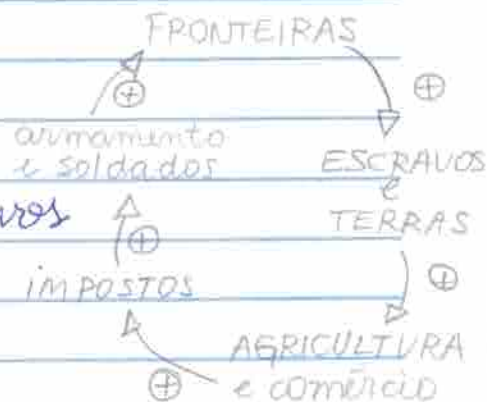
- Dinastias : - Júlio Claudiana
- Flávios
- Antoninos
- Severos → último rei desta dinastia:
auge do império

Baixo Império

Início do declínio do império

• Crise do Império

- Fim das conquistas
- Fim do acesso aos escravos
- Crise econômica
- Aumento de impostos
- Aumento da corrupção
- Ruralizaç da economia
- Surgimento do Colono
- Invasões bárbaras



- Tetrarquia
- Divisão do Império em 2 < OCIDENTE (Roma)
- ORIENTE (Bizantino)
- FIM DE ROMA: PROBLEMAS EXTERNOS + INTERNOS

Renata S. Valera

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular aposentado de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-Docente de Direito Civil e Romano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.



DIREITO ROMANO

14ª edição

Revista, corrigida e aumentada.



Rio de Janeiro
2007

VI

O DESTINO DO DIREITO ROMANO NO ORIENTE E NO OCIDENTE

Sumário: 43. No Oriente. 44. O direito romano e a queda de Roma, em 476 d.C. 45. O ressurgimento do estudo do direito romano na Idade Média. 46. Glosadores e pós-glosadores. 47. A recepção do direito romano nos países europeus. 48. A Escola Culta. 49. A Escola Elegante. 50. Os jusnaturalistas. 51. A Escola Histórica Alemã. 52. O neo-humanismo contemporâneo. 53. A papirologia jurídica.

43. No Oriente – Embora Justiniano, na constituição que promulgou o *Digesto*, tivesse proibido os comentários àquela obra – o que provavelmente se estendia às demais partes do *Corpus Iuris Civilis*, e apenas autorizado traduções literárias, índices e remissões a dispositivos sobre o mesmo assunto colocados em lugares diferentes –, essa proibição não foi observada. Com efeito, sob a denominação de *índices* fizeram-se comentários. Entre eles destacam-se os de Estéfano, os de Doroteu e os de Cirilo, ao *Digesto*; e os de Taleleu, ao *Código*. Quanto às *Institutas*, Teófilo – um de seus compiladores – escreveu, em grego, a célebre *Paraphrasis Institutionum*.¹

Essas obras foram redigidas durante, ou pouco após, o reinado de Justiniano. Em 565 d.C., falece o imperador, e a data é tradicionalmente considerada o termo final do direito romano. A partir de então, desenvolve-se, no Oriente, o *direito bizantino*, que representa uma evolução do direito justinianeu, no qual se acentuam, decisivamente, as influências orientais.²

Depois da morte de Justiniano, a aplicação de sua obra legislativa se torna cada vez mais difícil, por três motivos: 1º) a língua latina, usada na codificação, vai, a pouco e pouco, deixando de ser falada no Oriente, onde o idioma utilizado era o grego; 2º) no *Corpus Iuris Civilis* havia normas de direito romano clássico em desuso ao lado de preceitos jurídicos vigentes; e 3º) sendo cada uma de suas partes (*Institutas*, *Digesto*, *Código* e *Novelas*) um todo orgânico, onde se tratava, de maneira independente, dos diversos institutos

1 A melhor edição da *Paraphrasis Institutionum* é a de Ferrini, *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori uulgo tributa*, vols. I e II, Berolini, 1897. Essa edição foi reimpressa por *Scientia Antiquariat und Verlag Schilling & Co.*, Aalen, 1967.

2 Sobre o direito bizantino, vide Zachariae von Lingenthal, *Geschichte des Griechisch-Römischen Rechts*, reimpressa em Aalen, 1955.

jurídicos, havia dificuldades em coordenarem-se as normas, sobre cada um deles, existentes naquelas quatro partes.

Daí terem sido elaboradas, por ordem dos imperadores bizantinos, compilações para facilitar a aplicação prática da obra de Justiniano. Dentre elas, destacam-se as *Basílicas*, que se seguiram a três outras mais modestas: a *Ecloga legum compendiaría*, de 740 d.C.; a *Lex Rhodia* (sobre direito marítimo, e extraída, na mesma época, de um dos títulos do *Digesto*); e o *Prochiron legum* (que, em 870 d.C., revogou a *Ecloga legum compendiaría*).

Iniciadas por Basílio, o Macedônio, foram as *Basílicas*³ concluídas por seu filho, Leão, o Filósofo. Escritas em grego, e divididas em 60 livros, contém, no mesmo título, todas as normas sobre determinado instituto jurídico, as quais se achavam dispersas nas *Institutas*, no *Digesto*, no *Código* e nas *Novelas*. Os preceitos em desuso foram expurgados. Demais, não são as *Basílicas* simples tradução e sistematização da obra de Justiniano, porquanto em sua feitura foram aproveitados os comentários às compilações justinianéias, a que aludimos no início deste capítulo. E, no século X d.C., por ordem do imperador Constantino Porfirogeneta, juntaram-se ao texto das *Basílicas* notas de juristas contemporâneos de Justiniano – são os *escólios antigos*; desse século até o XII, acrescentaram-se às primeiras outras, decorrentes das *anotações* de particulares aos manuscritos, que possuíam, das *Basílicas* – são os *escólios novos*.⁴

Mas ainda as *Basílicas* estavam desproporcionadas à cultura jurídica de sua época. Em razão disso, surgiram várias condensações, como, por exemplo, a *Synopsis* de Miguel Ataliata (século XI), a *Synopsis legum* (século XI), o *Tipucito* (final do século XI),⁵ o *Prochiron auctum* (fins do Século XIII) e o *Promptuarium* ou *Manuale legum siue hexabiblos*, escrito por Constantino Hermenopolo, magistrado de Tessalonica (século XIV – a última e a mais perfeita).⁶⁻⁷

- 3 Apesar das críticas que se lhe fazem, a melhor edição completa (inclusive com tradução latina) das *Basílicas* até os meados do século XX era a de Heimbach, *Basilicorum Libri LX*, em seis volumes, publicada em Leipzig, de 1833 a 1870 (há dois suplementos: um elaborado por C. E. Zachariae; outro, da lavra de J. Mercati e C. Ferrini – o primeiro é de 1846; e o segundo de 1897). Atualmente, há uma nova edição do texto grego das *Basílicas* e de seus escólios a cargo de Scheltema e Van Der Wal, e Scheltema e Holwerda, publicada, em Groningae, de 1953 a 1988.
- 4 Sobre os escólios, vide Pringsheim, *Ueber die Basiliken-Scholien*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* – vol. 80 (1963), p. 287 e segs.
- 5 Em grego *Tipoukeitos* (que significa: *onde se acha?*). Sobre sua origem, vide Berger, *Tipoukeitos: the origin of a name*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, vols. XIV-XV N.S. (1951), p. 277 e segs.
- 6 Sobre o direito romano no Oriente, vide C. G. Heimbach, *Prolegomena et Manuale Basilicorum*, vol. VI da edição das *Basílicas* referidas neste capítulo, na nota 3; Vilanueva, *Diritto Bizantino*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*; e Morteuil, *Histoire du Droit Byzantin*, 3 vols., reimpressão da edição de 1843/1846, Osnabrück, Otto Zeller, 1966.
- 7 As fontes bizantinas a que nos referimos no texto têm grande importância para o estudo do direito romano, pelas três seguintes razões apontadas por Salvatore Riccobono (*Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano*, p. 236): 1ª, para estabelecer o texto das compilações justinianéias, suprimindo lacunas nos manuscritos destas, ou corrigindo suas lições imperfeitas, ou confirmando a autenticidade de passagens duvidosas; 2ª, para servir de subsídio ao conhecimento do direito clássico, pois a elas foram incorporados elementos de origem pré-justinianéia; e 3ª, para a interpretação do *Corpus Iuris Civilis*, uma vez que algumas dessas obras jurídicas são coevas de Justiniano e até da autoria de colaboradores de sua compilação.

44. O direito romano e a queda de Roma, em 476 d.C. – Em 476 d.C., cai o Império Romano do Ocidente com a deposição de Rômulo Augusto pelos hérulos (povo bárbaro), que, admitidos no exército romano, se revoltaram e proclamaram Odoacro rei da Itália. Era a etapa final da conquista, pelos bárbaros, do Império Romano do Ocidente, pois – anteriormente, mas nesse mesmo século V – já se haviam apossado da Gália, da Espanha e da África.

Aos hérulos sucederam os ostrogodos. Estes, em 533, foram derrotados pelo exército bizantino de Justiniano, que, como imperador do Oriente, desejava reunir, de novo, os dois impérios.

Com a reconquista da Itália, Justiniano enviou para aí, oficialmente, exemplares de suas compilações e das novelas até então publicadas.

A hegemonia bizantina foi efêmera. Três anos após a morte de Justiniano, os lombardos foram, a pouco e pouco, conquistando aos bizantinos quase toda a península itálica. No século IX nada mais resta nela do domínio bizantino.

45. O ressurgimento do estudo do direito romano na Idade Média⁸ – Depois da queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., qual o destino do direito romano na Europa?⁹

A esse respeito, os dados de que dispomos são escassos até o século XI. Sabe-se que, por ocasião da morte de Justiniano, existia em Roma uma escola de direito, de cujo destino, após essa data, se perde o traço. Com relação ao período que vai desse tempo até o século XI, há grande controvérsia entre os autores sobre a persistência, ou não, do estudo do direito romano no Ocidente. Alguns pretendem que o direito romano foi, então, estudado como disciplina jurídica, enquanto outros – e essa é a corrente maior – julgam que nessa época o estudo do direito romano decaiu tanto que se realizava nas escolas de artes liberais, onde se ensinavam noções jurídicas muito sumárias e imperfeitas.¹⁰

8 Sobre o estudo do direito romano desde a Idade Média, vide Brugi, *I fasti aurei del diritto romano*, Pisa, 1880; De Diego, *Introducción al Estudio de las Instituciones de Derecho Romano*, p. 185 e segs., Madrid, 1900; Pou y Ordinas, *Historia Externa del Derecho Romano*, 2ª ed., pp. 446/495, Barcelona, 1895; Calasso, *Medio Evo del Diritto*, I – *Le fonti*, Milano, 1954; Cavanna, *Storia del Diritto Moderno in Europa*, I, Milano, 1979; Cannata, *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea*, II (*Dal medioevo all'epoca contemporanea*), Torino, 1976; e Orestano, *Introduzione allo Studio del Diritto Romano*, Bologna, 1987.

9 A propósito, vide Koschaker, *Europa und das Romische Recht*, 2ª ed., München und Berlin, 1953 (há tradução espanhola de Tejeiro, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, 1935); Vinogradoff, *Diritto Romano nell'Europa Medioevale* (trad. Riccobono, Milano, 1950); Ermini, *Corso de Diritto Comune*, vol. I (*genesi ed evoluzione storica, elementi costitutivi – fonti*), 2ª ed., Milano, 1946; Wieacker, *Historia do Diritto Privado Moderno*, trad. Botelho Espanha, Lisboa, 1980; e Kreller, *Romisches Recht*, vol. II (*Grundlehren des Gemeinen Rechts*), Wien, 1950.

10 Vide, a respeito, como representante da primeira corrente, Fitting, *Les Commencements de l'Ecole de Droit de Bologne*, trad. Paul Leseur, p. 1 e segs., Paris, 1888; e como defensor da segunda, Flach, *Études Critiques sur l'Histoire du Droit Romain au Moyen Age*, p. 104 e segs., Paris, 1890.

nacionalismo → No século XI, verifica-se, na Europa, o ressurgimento do direito romano, graças a Irnerio, que, dando nova orientação ao ensino jurídico em Bolonha (Itália), funda a Escola dos Glosadores. Segundo parece, duas foram as causas desse fenômeno: (1ª) razão de ordem política (nessa época, os partidários do imperador da Alemanha lutavam contra os do Papa; deste era aliada a Condessa Matilde de Tuszien, que incumbiu Irnerio de aprofundar o estudo do direito romano, tendo em vista que, sendo ele direito nacional, serviria de elemento de combate ao direito estrangeiro)¹¹ e (2ª) motivo de natureza econômica (nesse tempo, observa-se o desequilíbrio entre o desenvolvimento econômico da Itália e as acanhadas normas jurídicas então em vigor; para eliminá-lo, bastava a utilização do direito romano).

46. Glosadores e pós-glosadores – Os glosadores têm essa denominação graças às notas (glosas) – interlineares ou marginais, isto é: entre as linhas ou à margem do texto – que faziam à codificação de Justiniano. Com o tempo, surgiram, além das glosas, outras espécies de composições, como, por exemplo, as sumas (resumos dos resultados de estudos sobre uma das partes da compilação justinianéia) e os aparatos (comentários a título do *Corpus Iuris Civilis*).

A escola dos glosadores dominou nos séculos XII e XIII (de 1100 a 1300). Sua fase de esplendor vai de 1100 a 1250; os restantes 50 anos são período de transição entre essa escola e a dos pós-glosadores.

Entre os mais importantes glosadores destacam-se: Irnerio (o fundador da escola), Búlgaro, Martinho, Hugo, Jacó, Vacário, Azo (autor da mais célebre das sumas) e Acúrsio (escreveu a *Magna Glosa*, onde reuniu, com acréscimos de sua autoria, as principais glosas de seus antecessores).

Os glosadores têm altos méritos e grandes defeitos, mas aqueles são superiores a estes.

Graças aos glosadores – comentaram eles quase todo o *Corpus Iuris Civilis*, conhecendo-o como até hoje ninguém o conheceu –, o direito romano se tornou acessível aos juristas medievais, que o estudaram pelas glosas. Foram eles, portanto, que possibilitaram fosse o direito romano a base do direito privado moderno. Demais, não tendo antecessores, tiraram de si os seus conhecimentos, e realizaram trabalho ainda hoje muito útil ao estudioso do direito romano e do direito privado moderno.¹²

Como defeitos dessa escola salientam-se a falta de conhecimentos históricos (diziam os glosadores, por exemplo, que Justiniano subira ao trono antes do nascimento de

11 Nesse sentido, Flach (*Études Critiques sur l'Histoire du Droit Romain au Moyen Age*, pp. 124/125, Paris, 1890).

12 As glosas se encontram nas edições glosadas do *Corpus Iuris Civilis*, dos fins do século XV ao início do século XVII (última edição glosada é a de Fehio, publicada, em seis volumes, em 1627). Como salienta Cogliolo (*Glosse preaccursiane, in Scritti Varii*, I, 4ª ed., p. 31, Torino, 1914), as edições glosadas mais corretas são as do século XV (de 1476 a 1500).

Cristo), a latinidade bárbara (Rabelais, a esse respeito, critica duramente a *Magna Glosa* de Acúrsio), a falta de bom senso e as observações ridículas e ineptas.¹³

Aos glosadores sucederam os pós-glosadores, que dominaram nos séculos XIV e XV.

Entre as duas escolas, não há, propriamente, antagonismo, mas, sim, transição. Com efeito, embora o interesse dos glosadores, no estudo do *Corpus Iuris Civilis*, fosse de ordem prática, primeiro se fazia mister o conhecimento do direito romano pela interpretação da codificação de Justiniano. Aclarado, segundo a ciência da época, o sentido dos preceitos jurídicos romanos – obra dos glosadores –, surgia nova dificuldade: a de aplicar, na prática, o direito romano, adaptando-o às necessidades do tempo, e entrosando-o com as normas jurídicas então vigentes. Para esse fim convergiram os esforços dos pós-glosadores. Daí terem abandonado o estudo direto das fontes romanas e se utilizado dos preceitos trazidos à luz pelas glosas de seus antecessores.

Os pós-glosadores também são chamados comentadores, por terem escrito longos comentários, onde fundiam as normas de direito romano, de direito canônico e dos direitos locais, fazendo surgir o que se denominou *direito comum*. Suas obras se ressentem de vários defeitos, como a prática abusiva de divisões e subdivisões sutilíssimas da matéria estudada; a primazia, nas questões controvertidas, da opinião da maioria dos autores que tinham versado o assunto – opinião essa, aliás, seguida como dogma; e a má latinidade em que eram escritos seus trabalhos.¹⁴ Isso não obstante, muito deve o direito moderno aos pós-glosadores, que estabeleceram as suas bases.

O mais ilustre dos pós-glosadores foi Bártolo, e, depois dele, seu discípulo Baldo. Destacaram-se, ainda, Paulo de Castro e Jasão.¹⁵

47. A recepção do direito romano nos países europeus – Foi no período compreendido entre os séculos XIII e XV que se verificou a recepção do direito romano em diversos países europeus, como na Alemanha, na França, na Espanha e em Portugal.¹⁶

13 A propósito, vide Berriat Saint-Prix, *Histoire du Droit Romain, suivie de l'histoire de Cujas*, p. 287 e segs., Paris, 1821.

14 Vide, a respeito, Berriat Saint-Prix, ob. cit., p. 300 e segs.

15 Sobre glosadores e pós-glosadores, vide Savigny, *Storia del Diritto Romano nel Medio Aevo*, vols. II e III, trad. Bollati, Roma, 1972; Trifone, *Le Fonti della Storia del Diritto Italiano*, p. 222 e segs., Napoli, 1947; e W. Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien*, Leipzig, 1939.

16 Para visão de conjunto da recepção do direito romano em Europa, vide Genzmer, *Il Diritto Romano come Fattore della Civiltà Europea*, in *Conferenze Romanistiche (Università degli Studi di Trieste)*, Milano, 1960, p. 113 e segs.

Sobre a época de introdução do direito romano em Portugal, vide José Anastácio de Figueiredo, *Memória sobre qual foi a época certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal, o modo de sua introdução, e os graus de autoridade que entre nós adquiriu*, e Thomaz Antônio de Villa-Nova Portugal, *Memória ao Programa: Qual seja a época fixa da introdução do Direito Romano em Portugal; e o grau de autoridade que ele teve nos diversos tempos*, ambas vindas à luz nas *Memórias de Literatura Portuguesa* publicadas pela Academia Real das Ciências de Lisboa, respectivamente no tomo I, p. 258 e segs., Lisboa, 1792, e no tomo V, p. 377 e segs., Lisboa, 1793; Mello Freire, *Historiae Iuris Civilis Lusitani Liber Singularis*, 5ª ed., § LXII, p. 52, Conimbricæ, 1860; e Secco, *Manual Histórico de Direito Romano*, Parte III, Liv. II, cap. adicional, pp. 47 a 51, Coimbra, 1848.

Nesses países, o direito romano aplicado à prática vigorou como *direito comum* até a codificação, em cada um deles, do direito privado, o que ocorreu, principalmente, no século XIX.

48. A Escola Culta – Com a renascença, a exaltação dos estudos clássicos se projetou sobre o campo do direito, e acarreta o aparecimento de uma nova Escola – a dos Cultos. Agora, não há simples transição, como sucedera de glosadores a pós-glosadores, mas antagonismo de método e de finalidade. Os Cultos, estudando o direito romano como direito histórico, fazem a separação entre a teoria e a prática, e a esta desterram-na das Universidades. Seu objetivo precípua era restaurar o direito romano clássico. Em razão disso, dedicaram-se à busca das interpolações, e não pouparam de ataques contundentes Triboniano – o ministro a quem Justiniano encarregara de elaborar sua Codificação –, pois o consideravam um cruel profanador dos monumentos clássicos.

A Escola Culta, que floresceu principalmente na França, não conseguiu anular a dos Comentadores, mas, tão-somente, impõe-se ao seu lado. Daí, nos séculos XVI, XVII e XVIII, encontrarmos na Europa jurisconsultos que, divergindo do método da Escola Culta, estudavam o direito romano para aplicá-lo na prática (a essa orientação de estudos, Stríckio, na Alemanha, denominou *usus modernus pandectarum*, isto é, uso moderno das *Pandectas*).

Entre os Cultos, destacaram-se: Cujácio (o mais ilustre deles), Donelo (que escreveu a primeira obra sistemática de direito romano), Duareno, Hotomano, Antônio Favre (célebre no campo das buscas interpolacionísticas), Jácobo Godofredo (Jacques Godefroy, autor de notável comentário ao Código Teodosiano).

A atuação dos Cultos teve um aspecto negativo para o prestígio desfrutado pelo direito romano na época: a descoberta de interpolações e os ataques a Triboniano fizeram que diminuísse a autoridade, na aplicação prática, do *Corpus Iuris Civilis*.

49. A Escola Elegante – Nos séculos XVII e XVIII, a separação entre a prática e a teoria, estabelecida pelos Cultos, foi amenizada pela Escola Holandesa ou Elegante, que seguia a orientação humanística dos Cultos. Entre seus adeptos, merecem referência especial Vínio (autor de afamado comentário às *Institutas* de Justiniano), Voet, Bynkershoek (que teve grande renome no terreno da teoria e da prática) e Noodt.

50. Os jusnaturalistas – Nesses mesmos séculos XVII e XVIII – principalmente neste – a infalibilidade do direito romano, até então indiscutível, sofreu o primeiro abalo sério, devido aos jusnaturalistas, isto é, aos adeptos da Escola do Direito Natural.

Partiam eles da premissa de que o homem havia renunciado, por necessidade de convivência social, a alguns de seus direitos em favor do Estado, e este, posteriormente, invadira a esfera jurídica que ficara reservada aos indivíduos, razão por que era necessária nova legislação para o restabelecimento dos direitos individuais.

Essa doutrina, portanto, pregava a elaboração, nos diferentes países, da codificação do direito. Nessa codificação, salientavam os jusnaturalistas, muitos dos princípios do direito romano deveriam ser mantidos por se coadunarem com os preceitos do direito natu-

ral, mas aqueles em que essa coincidência não ocorresse deveriam ser repudiados. O direito natural servia, assim, como medida de aferição de valor do direito romano, pois eram os seus princípios que determinariam quais os preceitos romanos a conservar.

A Escola do Direito Natural teve adeptos ilustres, entre os quais Grócio, Puffendorf, Tomásio e Wolff.

51. A Escola Histórica Alemã¹⁷ – À Escola do Direito Natural contrapôs-se a Escola Histórica Alemã, que dominou no século XIX. Em poucos anos – e apesar de o direito romano, em decorrência das idéias dos jusnaturalistas, ter perdido vigência na Prússia e na Áustria, com a promulgação de seus códigos –, Savigny e seus discípulos conseguiram restaurar-lhe o prestígio.

Para os seguidores da Escola Histórica Alemã, o direito de um povo é produto orgânico de sua história, e não criação arbitrária do legislador; é uma adaptação de suas tradições às necessidades da sociedade.

Com a aplicação dessa tese, deveria a Escola Histórica Alemã ter estudado o direito romano à maneira dos Cultos. Ela, no entanto, visava não apenas ao passado, mas também ao presente; daí o que se observa é que a Escola Histórica Alemã se projetou mais na atualização do direito romano para sua aplicação na Alemanha do século XIX do que no estudo histórico do direito romano puro. Apesar disso, os trabalhos históricos sobre o direito romano, que seus seguidores escreveram, os consagraram como os criadores da verdadeira história do direito.

Gustavo Hugo foi o precursor dessa Escola, cujo fundador, entretanto, foi Savigny, seu mais ilustre representante. Além dele, destacam-se, entre outros, Puchta, Gans, Mühlenthal, Keller.

Seus adeptos, em geral, quando escreviam sobre direito romano puro, denominavam a obra *Institutionen* (*Instituições*); quando versavam direito romano aplicado à Alemanha de sua época, intitulavam-na *Pandekten* (*Pandectas*), de onde serem chamados também *pandectistas*.

52. O neo-humanismo contemporâneo – Nos fins do século XIX, ressurgiu, com meios de investigação mais aperfeiçoados, a orientação que os Cultos haviam imprimido ao estudo do direito romano: a de que esse direito deve ser encarado como direito histórico. E isso se explica facilmente: no século XIX, o direito romano deixou de vigorar nos países da Europa, com a promulgação de seus códigos.

Esse movimento – que é denominado *neo-humanismo* – teve como precursor Ilario Alibrandi, que, em seus estudos, fez ressurgir a pesquisa das interpolações, para estabelecer a evolução dos diferentes institutos jurídicos no direito clássico e no direito justinianeu. No último quartel do século XIX, o movimento ganhou terreno na própria

17 A propósito, vide *La Escuela Histórica del Derecho – documentos para su estudio por Savigny, Eichorn, Gierke, Stammler*, trad. R. Atard, Madrid, 1908.

Alemanha, onde, na falta do Código Civil, o direito romano, convenientemente atualizado, era vigente. Em 1883, Lenel divulgou uma sábia reconstituição do Edito Perpétuo;¹⁸ quatro anos depois, Gradenwitz sistematizou os métodos de busca às interpolações;¹⁹ em 1889, ainda Lenel publicou a *Palingenesia Iuris Civilis*,²⁰ onde procurou reconstituir a estrutura das obras dos jurisconsultos romanos; e Mitteis, em 1891, analisou o conflito entre o direito romano e o oriental.²¹

Com a entrada em vigor, em 1900, do Código Civil alemão, essa orientação de estudos tornou-se universal.

A partir de então, o que se observa, nos estudos romanísticos, é o esforço dos autores na determinação da evolução dos institutos jurídicos romanos nos períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico. Para isso, são necessários aprofundados conhecimentos de diferentes ciências auxiliares, como, entre outras, a história, a filologia, a epigrafia, a arqueologia, a paleografia.

Demais, no século XX, além do importante papel que desempenhou a verificação das interpolações nos textos jurídicos romanos, foi alvo de grande interesse a *papirologia jurídica*.

53. A papirologia jurídica – Tem ela por objeto o exame do conteúdo dos papiros que apresentam interesse para o conhecimento dos direitos da antiguidade.

Esse estudo apresenta grandes perspectivas para o romanista, porque os papiros – que, desde os fins do século XVIII, têm sido encontrados nas escavações feitas no Egito – nos mostram uma faceta do direito antigo até então desconhecida: o da sua realização prática. Com efeito, enquanto as demais fontes que possuímos nos apresentam o direito romano abstratamente, como conjunto de preceitos jurídicos, os papiros – que são escritos, geralmente, em grego – nos fornecem documentos do direito aplicado na prática (escrituras, testamentos etc.). Por outro lado, o direito a que se referem os papiros não é apenas o romano, mas também o grego, o egípcio, o oriental – daí possibilitarem eles o estudo da influência desses direitos sobre o romano.²²

18 *Das Edictum Perpetuum – Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª ed., Leipzig, 1927 unveränderter Nachdruck, Aalen, 1956 (há tradução francesa da 1ª ed. por Frédéric Peltier em dois volumes, Paris, 1901 e 1903).

19 *Interpolationen in den Pandekten – Kritische Studien*, Berlin, 1887.

20 2 vols., Lipsiae, 1889.

21 *Reichsrecht und Volksrecht in den Östlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, Nachdruck, Hildesheim, 1963.

22 A propósito, vide Modica, *Introduzione allo Studio della Papirologia Giuridica*, Milano, 1914; Taubenschlag, *The law of Greco-Roman Egypt in the Light of Papyri* (332 B. C. – 640 A. D.), Warszawa, 1955; Henn, *La Papyrologie et les Etudes juridiques*, in *Conférences faites à l'Institut de Droit Romain en 1947*, p. 77 e segs., Paris, 1950; e Wenger, *The importance of Greek Papyrology in the study of roman law in Bulletino dell' Instituto di Diritto Romano*, XLIV (1936-1937), p. 421 e segs.

DIREITOS
PRÉ-ROMANOS

- Os grandes Sistemas jurídicos
- Conceito de Direito e Justiça
- Direitos pré-Romanos
- Fontes do Direito na Realiza
na República
no Império
 - ↳ alto (Principado)
 - ↳ baixo (Domínio)
- status
 - ↳ libertatis
 - ↳ civitatis
 - ↳ familiae

Os Grandes Sistemas Jurídicos

Famílias / sistemas jurídicos

Romano (Romano-Germânico)
Brasil, Portugal, Itália, Alemanha, França

Anglo-Saxônico ("common law")
EUA (exceto o Estado da Louisiana q. tem do Romano), Ing.

de base religiosa
por ex. islâmico e Hindu

de base socialista
Cuba e China, apesar de estar se abrindo ao capitalismo

Características do Direito de Base Socialista

- concepção instrumental do direito: meio de edificação da sociedade comunista sem classes; funamenta p/ alcançar a socied comunista e classes sociais
- monopólio político do partido marxista-leninista;
- Estado e Direito são considerados fenômenos indissociáveis; gde valorização do Direito
- *lei é a única fonte do Direito semelhante ao Romano

Características

Sistema jurídico Romano	Sist. Jur. Anglo-Saxônico
<ul style="list-style-type: none"> • lei é única fonte do Direito É codificado - A lei é um preceito genérico e hipotético - O precedente judiciário parte do abstrato 	<ul style="list-style-type: none"> • A lei não é a única fonte do Direito → O Direito é JURISPRUDENCIAL: A principal fonte do Direito é o precedente Judiciário, o recurso frequente ao Tribunal do Juri - O precedente judiciário parte do concreto - Há mudança de precedente em alguns casos

- Nesse código é detalhado, os princípios estão por trás

• Roma Antiga República { vida liberdade cidadania crimes contra esses elementos iam ao júri popular, e que na época era chamado de "provocatio ad populum". → se é membro da sociell, parte do Estado
No Brasil atual se chama o júri apenas em casos de crimes dolosos (o/ intenção) e contra a vida.

- Código baseado em princípios

• Pouca influência romana

Características dos Sistemas jur. de base Religiosa:

• Baseado no livro sagrado:
os mandamentos do livro são válidos também p/a esfera jurídica. Existem alguns livros jurídicos p/arrematar estes mandamentos.

Conceito de Direito e Justiça

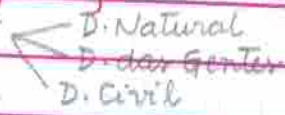
Celso: Direito é a arte do bom e do justo

Ulpiano: Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu Direito.

Classificações do Direito

De acordo com Ulpiano

* **Direito Natural**



É o direito que a natureza ensinou a todos os animais.

Direito Natural é aquele que é aplicado a todos os animais. (Ulpianus)

É o que é sempre bom, sempre justo. (Paulus)

* **Direito das Gentes**

Aquele que os povos utilizam. (Ulpianus)

Direito das Gentes é aplicado a / por todos os homens.

Equivaler atualmente ao Direito Internacional

* **Direito Civil**

"Jus Civile"

Cada povo constitui

aplicado a / por cada sociedade. Específico de cd. socie //

Equivaler atualmente ao D. Nacional

* Direito Pretoriano

"Jus Honorarium" (somente na República)

- oriundo da atividade do pretor
- Expresso nos Editos
- Tem a função de auxiliar, corrigir e suprir o Dir. Civil.

Pretor = cargo magistrado - funcionário público - anual
eleito pelo povo após campanha política eleitoral

Edito = programa de orientação da justiça / de julgamento

Direitos Pré-Romanos escritos

A preocupação jurídica é anterior a Roma

- ausência de sistematização (livre associação de ideias) ^(bagunça)
- ausência de abstração (tem ideia de concretude) ^(pouco geral, mto específico)
- presença de religião / origem divina
- juízo de Deus (ou ordálias) ^{no tem na Grécia nem em Roma (XII Tábulas)}
 - Recorrer a uma prova divina para provar a culpabilidade ou inocência do acusado.

Consistiam em submeter o acusado a uma certa e determinada prova, supondo que Deus não o deixaria sair dela com vida se fosse culpado. Essa espécie de prova encontra-se em quase todos os povos primitivos.

Exemplos: - Os Hebreus usavam a prova das águas amargas, empregada com a mulher suspeita de adultério. Se depois de haver tomado a bebida das mãos do sacerdote contraísse o rosto e os olhos corados de sangue, era culpada.

- Em Antígona, de Sófocles, alguns guardas, suspeitos de haverem desobedecido o rei, ofereciam-se a pegar em ferro quente e atravessar o fogo, com o que provariam sua inocência.

As ordálias continuaram a ser usadas em épocas posteriores a Roma em diversos povos.

- A prova da água a ferver, usada na lei sálica (código legal datado do reinado de Clóvis I no séc V, dos Francos Sálivos, Norte da França e Bélgica atuais), consistia em tirar um objeto do fundo de uma caldeira de água fervendo, de forma que, se o acusado no fim de 3 dias não tivesse nas mãos algum sinal de queimadura, a prova era favorável (tinha que cicatrizar nesse período).

- A prova do ferro quente consistia em levar o acusado uma barra de ferro em brasa na distância de 9 passos, ou dar nove passos sobre a relha de uma charua no mesmo estado, sem se queimar.
 peça de ferro do carro de boi arado gde de ferro

- A prova da cruz consistia em colocar um litigante em frente ao outro com os braços abertos, de forma que aquele que primeiro os deixasse cair perdia a causa.

- formais e rígidos

- costumes transformam-se em lei

- aplicação de diversos tipos de pena: pecuniárias (\$)

de morte

castigos físicos (pena corporal)

ñ apenas pessoais

divergentes p/pessoas de classes \$s

- prática do Talião <antes>>>... (lei de Talião)

Presente em diversas legislações (Hamurabi, legisl. Hebraica, XI Tábuas) até mesmo posteriores a Roma.

OBJETIVO da Pena: Atualmente a pena é pedagógica, aplicada para corrigir o indivíduo.

Antigamente era uma forma de limitar a vingança, característica vista principalmente na pena de Talião.

Consiste na reciprocidade do crime e da pena (retaliação = retribuir com dano igual ao recebido; exercer represália contra; vingar; desforçar). Idéia de correspondência de correlaç e semelhança entre o mal causado a alguém e o castigo imposto a quem causou. Porém; as punições variavam de acordo c/ a classe social do criminoso e da vítima (se um nobre ferisse um escravo, o escravo ñ poderia ferir o nobre).

Os primeiros indícios da Lei de Talião foram encontrados no código de Hamurabi, mas não é uma lei pertencente só desde código.

Lei de Talião vem do latim "Lex Talionis" em que lex = lei e talis = tal, parulho.

Esta lei é frequentemente expressa pela máxima "olho por olho, dente por dente".

Escreve-se com inicial minúscula pois não se trata, como muitos pensam, de um nome próprio.

- esoterismo cede à língua popular
- pacto entre grupos sociais em conflito (elemento pacificador)
- descobertos no séc XX

Fontes do Direito

Diversos modos de formação do Direito

Na Realiza

- Lei - torna certos costumes obrigatórios formalmente
- Costumes - regras aceitas por todos como obrigatórias sem qqr proclamação ou reconhecimento de um poder legislativo estabelecido.

Na República

- Lei Republicana
- Costumes
- Plebiscito - decisões tomadas pela plebe
- Jurisprudência (interpretatio prudentium)
- Editos dos pretores (Direito Pretoriano)

No Império < Principado
Dominato

→ Alto Império (Principado)

- Lei
- Costumes
- Senatus-consultos
- Editos dos pretores (Vir. Pretoriano) → Edito Perpétuo
- Responsa Prudentium - Jurisprudência com caráter oficial atribuída pelo Imperador Augusto
- Constituições Imperiais - medidas legislativas emanadas pelo imperador (a partir de Adriano).

→ Baixo Império (Dominato)

- Constituições Imperiais (Leges)

não atribuído

apenas no Dominato

"O que agrada o príncipe tem força de lei". (Ulpiano)

Fim do Dominato: Justiniano (Roma Oriental)

Compilações das fontes anteriores classificadas periodicamente de acordo com as obras de Justiniano:

- antes de Justiniano
- obras de Justiniano
- após Justiniano

Essas compilações receberam o nome de:

- Corpus Iuris Civilis

INTRODUÇÃO
e
GRANDES SISTEMAS
JURÍDICOS

O DIREITO GREGO ANTIGO

*Texto gentilmente cedido pelo Prof. Titular Luiz Carlos de Azevedo, extraído de sua obra
O Direito Grego Antigo, in série Opuscula, Osasco, 1999.*

1. INTRODUÇÃO.

Os mitos helênicos fornecem o elenco das paixões comuns que sempre empolgaram a humanidade, desde épocas distantes, até os dias atuais. Por isso, Édipo, Electra, Antígona, não são fantasmas de um passado ilusório e transato, mas continuam vivos, ao nosso lado, compondo o coro da realidade, repetindo-se continuamente no encadeamento que criaram, proporcionando a tônica desta persistente ansiedade, presente em força, equilíbrio, paciência e coragem. (...)

Se nas artes, na filosofia, na própria formação do ideal político de igualdade, a civilização helênica soube tão bem transmitir estes impulsos perante o mundo antigo, a nem tanto alcançaram os seus institutos de direito, notadamente no que diz com a área privada ou com aquela que trata dos elementos constitutivos da ordem judicial.

E, todavia, um simples esforço junto às fontes permitirá concluir que também nesse campo ocorreu profusa e animada elaboração jurídica, uma vez que a convivência social se achava arraigada à consciência ética e à índole do povo grego, aos seus hábitos, costumes. A célebre passagem de Aristóteles afirma que "o homem é, por natureza, um animal social" (καὶ ὅτι ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῷον) enquanto o que se afasta, desta forma de agir, "não conhece tribo, lei ou morada" (ἀφρητὸρ ἀθέμιστος ἀνέστιος) (Política, I, 1, 1253a, nesta última parte remontando à Homero, *Iliada*, IX, 63).

Sob tal enfoque, pois, o direito grego é de ser examinado em profunda consonância com a estrutura da *pólis*: se as cidades-estados, engastadas aos rebordos escarpados de um solo imperfeito, orgulham-se de suas características peculiares, da mesma forma, o pensamento jurídico como que brota das relações estabelecidas entre os seus cidadãos, voltados, todos, para um sentimento conjugado de justiça. Ugo Enrico Paoli, ao tratar do direito ático, deixa claro que, ao apreciá-lo, não basta limitar-se, apenas, ao estudo formal da lei e do quanto ela dispõe: é preciso ir mais além, saber qual a reação causada ao povo para o qual se dirigiu, saber quais os efeitos que causou, se realmente chegou a ser utilizada com proveito (*Studi sul Processo Attico*, Padova, Cedam, 1933, pp. 4 e 5). Tarefa típica do pesquisador, mas nem sempre fácil de executar.

2. FONTES DO DIREITO

É o que acontece quando da análise do direito grego, pois é certo que a maior parte de suas fontes acabou por se perder: e se assim foi, a precariedade de informações dificulta uma reconstituição completa e precisa a respeito de suas leis e instituições. Se diplomas estiveram reunidos, um dia, de modo a perfazer um corpo legal, nada disto chegou ao nosso tempo, da maneira como sucedeu em

Roma, onde a doutrina e constituições imperiais viram-se coligidas e compiladas a mando de Justiniano. Por isso, lamenta-se Rodolphe Dareste, o pesquisador só tem à frente fragmentos esparsos ou fontes mediatas, sobrando-lhe elaborar, por indução, uma imagem incorreta do direito que à época se redigiu e se aplicou (*Nouvelles Études d'Histoire du Droit*, Paris, 1902, L.Larose, p. 60).

E quais são estas fontes? Em primeiro lugar, entre outros, trechos constantes das obras de Platão e Aristóteles, "As Leis" daquele, "A Política" e a "Ética à Nicômaco" deste; fragmentos das orações deixadas pelos retóricos, Demóstenes, Ésquines, Lisias, Antifonte. Mas, por isso mesmo, esbarra-se desde logo, no primeiro problema: não há como acolher por inteiramente verdadeiro o que ali se diz, já que os filósofos poderiam estar se referindo a uma sociedade hipotética, ideal, e não real, da qual participassem; assim, não se pode afirmar, com segurança, que as passagens porventura escolhidas, discorressem sobre a correspondente estrutura administrativa e judiciária do período; em mais de uma sequência, aliás, verifica-se que estes autores usam a expressão "dever ser", o que não significa dizer que "é".

Por sua vez, os discursos proferidos pelos exímios oradores durante o calor dos debates nos tribunais, nem sempre estariam acompanhando, também, o originário espírito da lei; como a argumentação não se fazia para convencer juízes togados, mas jurados leigos, permitiam-se expedientes próprios da oratória, capazes de impressionar o público para o qual aquela se dirigia.

Ademais, embora sustentada em texto legal, a interpretação podia se afastar do critério apostado pelo legislador. Apenas como exemplo, verifica-se que em mais de uma passagem, Demóstenes assevera, enfaticamente, que a lei é clara, recusa toda ação quando já ocorridas a quitação e a desobrigação do compromisso anteriormente assumido (cf. "Contra Nausímacos e Xenopeitas", 5; "Por Formion", 25; "Contra Pantenetos", 19). Mas, em todos estes processos, revestidos de certa complexidade, teria ocorrido a alegada quitação perante quem estava legitimado a fornecê-la? Ou, por outra, aplicar-se-ia aquela lei, cujo teor resulta claro na oração, à controvérsia em debate, ou teria havido uma interpretação distorcida de seu primeiro intuito? Talvez por isto Tucídides houvesse dito, com razão, que nem sempre seria lícito emprestar crédito a oradores, tanto quanto aos poetas... ("História da Guerra do Peloponeso", 1, 21).

Mas, ao lado destas defesas circunscritas ao âmbito jurídico, é possível colher informações de valia nos textos literários em geral, tal como nas obras de Heródoto ou Xenofonte, e bem assim nas tragédias de Ésquilo, Sófocles, Eurípides; de forma mais expressiva ainda, nas comédias de Aristófanes, quando este retrata alguns momentos da sociedade ateniense, criticando e ridicularizando determinadas situações causadas pelas constantes crises que a abalaram; assim, por exemplo, na comédia "As vespas", aponta as deturpações do sistema judiciário, ao tempo da guerra do Peloponeso: refugiados da campanha subsistiam praticamente de favor, à conta dos parques óbolos que lhes propiciavam as funções de jurados, as quais, por natural, não se cumpriam com a esperada imparcialidade; assim como as vespas que emprestam o nome à peça, tais juízes ganhavam a vida à custa de picar e perseguir os cidadãos, de preferência os mais abonados, servindo-se dos aguilhões de seu efêmero poder: παντὰ γὰρ χεντοῦμεν ἄνδρα κάκτοριζομεν βίον ("As vespas", fala de Filócleon, 1113).

Completando este repertório, resta lembrar a *patria romana*, na qual as obras de Plauto e Terêncio, já por reproduzirem enredos extraídos de autores gregos, fornecem dados de interesse para a elucidação do direito que a estes correspondia, e não propriamente do de Roma.

3. DA FAMÍLIA À CIDADE-ESTADO

A família é o elemento constitutivo da cidade; e esta, por sua vez, diz-nos Fustel de Coulanges, representa "a associação religiosa e política das famílias e das tribos. (*La Cité Antique*, Paris, Hachette, 1905, p. 151)

Mas, assim como sucede com a família romana, a grega há de ser vista, também, sob dois enfoques: o primeiro, mais restrito, larário, reduzido ao marido e pai, à mulher, filhos, agregados, escravos; e o segundo, em sentido mais amplo, abrangendo todos os membros do mesmo grupo, descendentes de um ancestral comum, longínquo, na maioria das vezes, mítico.

Esta última comunidade, a γένος (*guénos*), atua nos dois ângulos, seja o religioso, pelo culto aos antepassados, seja o político, na discussão e decisão de seus interesses quotidianos: por isso, estes grupos de γένος, fratrias (de *frater*, irmão) ou tribos, reúnem-se em assembléias, ditam normas de conduta, estabelecem os princípios fundamentais pelos quais irão administrar e regular seus direitos e deveres, visando à proteção e convivência pacífica dos que a integram. Subsistem na γένος (como na "gens" romana), estreitos laços de solidariedade familiar.

Nesta sequência, encontramos, o δῆμος (*démos*) designação que abarca tanto o território, quanto a população que o habita. E sem suprimir estes institutos, a evolução alcança finalmente a πόλις, a cidade, que lhes dá a necessária conformação política e unidade.

A cidade caracteriza-se por ser um tipo de organização adjungida ao centro urbano, mas que com este exatamente não se confunde: na verdade, envolve-o, vai além, para atingir a periferia, os aldeamentos vizinhos, eventualmente o porto. A cidade, vista como cidade-estado é, assim, uma comunidade de limites mais amplos do que os geográficos, tanto que composta pelos πολῖται, cidadãos livres que ali habitam; goza de autonomia administrativa, política e econômica, circunstância que permite possa dar livre curso ao seu destino, estabelecendo legislação própria, regulamentando seus interesses de natureza interna e externa, exercendo poderes autônomos e de soberania.

Dois são os princípios que regem a cidade-estado, sem os quais ela não conseguirá alcançar o ideal da democracia: igualdade de direitos perante a lei, ἰσονομία, e liberdade de conduta, ἐλευθερία. Mas, liberdade, não significa fazer o que quiser, pois aquela há de vir definida, pelo que dispõe a lei (cf. palavras de Demátaros e Xerxes, Herodoto, "História", 7, 104).

Se o homem não tem condições de se realizar a não ser que se associe e se organize em comunidade, esta é a razão de ser da cidade, a qual virá protegê-lo, e a sua família (Aristóteles, Política, 1253a), fornecendo-lhe estabilidade e segurança, com vistas à preservação dos princípios que a inspiram.

A estes dois direitos, acrescenta-se aquele pelo qual tem o cidadão a prerrogativa de expressar livremente o seu pensamento, expor sua queixa em público, no mesmo grau de igualdade da qual seus pares também dispõem: é a isegoria, (ισσηγορία) repetidamente afirmada na composição dos conselhos e tribunais colegiados.

4. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIÁRIA

O fundamento da democracia se apoia na soberania popular, expressa pela viva voz dos cidadãos, no exercício de suas funções públicas, no direito de haver assento e voto nos tribunais, na participação quotidiana de que desfrutam nas assembléias e conselhos.

No sentido de resguardar o equilíbrio entre a liberdade individual e o poder público, a atividade da cidade-estado desenvolve-se por meio de três órgãos coletivos principais, correspondentes, em princípio, e guardadas às devidas proporções, aos poderes executivo, legislativo e judiciário.

A Boulé (βουλή) ou Conselho dos Quinhentos, vinha composto por cidadãos escolhidos por sorte; em Atenas, cinquenta de cada tribo. Cuidava de questões religiosas, financeiras, diplomáticas, militares. Seus membros, ao assumir o encargo, deviam jurar fidelidade às leis da cidade, não as contrariando e nem agindo em desacordo com os interesses da democracia. Redigiam e preparavam decretos, enviando-os à assembléia popular, para discussão e aprovação.

Entre outras atribuições, incumbiam-se, também, de controlar a atividade dos magistrados, por meio da docimasia (δοκιμασία). Por outro lado, quando necessário, especialmente em casos urgentes, os membros do conselho que compunham a pritania, ou junta administrativa que periodicamente se revezava entre as tribos, expediam decretos (ψηφισμα) para imediata aplicação.

As sessões eram públicas, mas não existia participação de outros cidadãos senão daqueles que compunham o corpo do Conselho.

Já a Eclésia, (Εκκλησία), ou assembléia popular, ao contrário, reunia cidadãos maiores de dezoito anos no pleno exercício de seus direitos políticos: aberta a todos que detivessem tais prerrogativas, possibilitava o concurso de centenas de membros, alternando-se a frequência de acordo com a importância da matéria ou disponibilidade dos cidadãos, muitas vezes empenhados em seus afazeres no comércio, na messe, ou, ainda, aproveitando a oportunidade da estação propícia à navegação, onde o movimento no porto era sempre maior. Não se contavam, por igual, aqueles que residiam em sítio mais afastado, tudo isto levando, por consequência, a uma defasagem no número de seis mil participantes possíveis de exercerem o direito de voto.

Os assuntos englobavam matéria relativa à política externa, como tratados e alianças com cidades congêneres, recepção às embaixadas, ou temas de maior gravidade e urgência, como a declaração de guerra; e no tocante à administração interna, provisões e armazenamento de cereais, tributos, confisco de bens, ostracismo. Reunidos em local amplo, capaz de abrigar considerável população, - na Ágora, ou na colina de Pnix - de ordinário, procediam abertamente as votações, alçando uma das mãos; outras vezes, faziam-no em segredo, marcando a escolha em algum objeto, mais

comumente, nas cidades litorâneas, na parte lisa das ostras. Daí a palavra ostracismo (ὄστρακισμός) medida pela qual se votava o exílio de um cidadão, a bem do interesse público, por período que podia se estender até dez anos.

Outra sanção era a atimia, (ἀτιμία) perda total ou parcial dos direitos civis: a total, dirigia-se aos condenados por crimes em geral, alguns graves, outros nem tanto: assim, o roubo, a corrupção, o falso testemunho, mas também as simples vias de fato e até a vadiagem ou a ociosidade. Quando parcial, ficava reduzida à restrição que a sentença determinara. Uma terceira possibilidade alcançava os devedores do erário: atuando mais como coerção do que pena, a princípio vigorava provisoriamente, até que solvido o pagamento. Persistindo a mora, convertia-se em definitiva, duplicando-se a dívida e se executando o débito, pelo confisco dos bens (cf. Pierre Lavedan, *Dictionnaire Illustré de la Mythologie et des Antiquités Grecques et Romaines*, verbete “atimie”, Paris, Hachette, 1931, p. 141)

Finalmente o Elieú (Ἠλιαία) ou Tribunal dos Heliastas, júri popular, composto de até 6.000 cidadãos, escolhidos por sorte, entre os que tivessem mais de trinta anos, e se colocassem à disposição da cidade para exercer estas importantes funções. As decisões emanadas deste órgão, justamente por constituírem a expressão da vontade e soberania popular, eram definitivas, não admitiam recurso algum: sua jurisdição e competência, estendia-se tanto às causas públicas como às privadas, γραφαί e δίκαι, embora não pareça fácil distinguir nos textos, às vezes, esta dicotomia, porque, em ambos os casos, o debate se iniciava entre as duas partes.

A par destes tribunais, compunha-se a organização judiciária de inúmeros magistrados, com atribuições definidas, entre os quais aqui resumidamente se enumeram: os tesmotetas, incumbidos de promover a revisão das leis e presidir os pleitos que envolviam interesses de ordem pública: os eisagogueis, juízes para as causas comerciais (δίκαι ἐμπορικά) que exigiam pronta solução, restrita aos meses em que o Mediterrâneo não oferecia perigo à navegação e à carga transportada, e ainda para outras querelas que podiam conhecer decisão mais rápida.

Além destes, o demarca e o polemarcha. O primeiro, era o principal magistrado do δῆμος, incluindo-se entre suas múltiplas funções aquela de zelar pelo cumprimento da justiça e em especial das sentenças proferidas nas questões postas entre as partes. Na verdade, cada cidadão estava inscrito no registro de seu δῆμος e o demótico adjunto a seu nome é que lhe dava a qualidade e o estado correspondente, de modo que, em princípio, era fácil localizá-lo, na hipótese de se pretender chamá-lo à juízo. Já o polemarcha era o juiz que atendia às causas em que em pelo menos uma das partes não dispunha da condição de πολίτης, era meteco, estrangeiro. Há uma passagem, em discurso proferido pelo orador Lisias (contra Panceonte XXIII, 2) que retrata bem esta diferenciação: “Há muito que ele me importunava: fui ao local onde trabalhava e citei-o diante do polemarcha, pois o acreditava meteco; todavia, alegou ser platense; perguntei-lhe: de que família? Isto porque um dos presentes me aconselhara a citá-lo, então, perante os juizes da tribo à qual pretendia pertencer. Respondeu-me: Dos decélios; citei-o, pois, diante dos juizes da tribo de Hipotontes”.

Como reforço e ilustração a respeito da importância que se emprestava às magistraturas administrativas e judiciárias da cidade-estado, segue a tradução, em forma livre, de duas referências constantes das obras de Aristóteles, respectivamente na "Política" e na "Ética à Nicômaco"; ambas, evidenciam que as preocupações ali existentes são as mesmas, mostram-se tão atuais como hoje em dia:

"... O primeiro cargo necessário é aquele que se refere ao mercado, para o qual deve haver uma magistratura que vigie os contratos e para que estes se executem regularmente; pois de uma maneira geral todas as cidades têm necessidade de comprar e vender para suprir suas necessidades... outro cargo é aquele que cuida dos edifícios públicos e privados da cidade, para que estejam em condições, conservando-os e reparando-os, assim como aos caminhos... outra magistratura registra os contratos privados e as decisões dos tribunais... e depois desta, talvez a mais necessária e difícil, entre todas, é a que se ocupa da execução das penas consignadas nesses registros... se é difícil pelos muitos ódios que possa acarretar, é necessária, porque de nada serve que se realizem processos para determinar o que é justo, mas não se executem as decisões ali proferidas..." (Política, 8, 8, 1321b e 1322a).

E no que diz respeito à responsabilidade e alcance do poder de decisão do juiz: "Por isso, sempre que há uma controvérsia, recorre-se ao juiz: ir ao juiz, significa ir à justiça, pois o juiz é como se fosse a imagem viva da justiça; ao restabelecer a igualdade, age como se, de uma linha cortada em partes desiguais, tira da maior a parte que excede, atando-a à parte menor... e quando o todo se divide entre duas partes iguais, costuma-se dizer que cada um tem o que é seu..." (Ética à Nicômaco, 5, 43, 1132, a).

Azevedo, L.Carlos. *O Direito Grego Antigo*, in série Opuscula, FIEO, Osasco, 1999.

O DIREITO NA ANTIGÜIDADE PRÉ-ROMANA.

ROTEIRO DE AULA

1. Há três grandes revoluções na História do Direito, associadas diretamente a três descobertas nas formas de comunicação humana:
 - a. Descoberta da Escrita (aproximadamente em 3000 a.C.), da qual originaram os códigos.
 - b. Descoberta da Imprensa (no séc. XV), da qual originou maior acesso aos textos e a formação de cidadãos mais críticos (condição, e.g., do surgimento do Protestantismo)
 - c. Descoberta da Informática (séc.XX), cujas conseqüências sentimos hoje.
2. Pouco sabemos sobre o período anterior à escrita. Havia uma diversidade de experiências e o costume, como única fonte do direito, foi-nos revelado em adágios, narrações, oração de anciãos etc.
3. Com a escrita surgem os "códigos", ou seja, amplos documentos em que os costumes são registrados, para oferecer segurança aos cidadãos. Estas legislações, na *Antigüidade Pré-Romana* (ou seja, antes da criação da *iurisprudencia* - ciência do direito), mantiveram características muito semelhantes.
4. São elas: **a) religiosidade** (as normas são reveladas pelos deuses, aplicadas e interpretadas por sacerdotes, dotadas de sanções severíssimas que são proporcionais à ofensa divina cometida pelo infrator); **b) carecem de sistematização**; suas disposições seguem, em geral, a lei psicológica da "livre-associação de idéias"; **c) refletem um pacto**, para garantir, em geral, a existência de um grupo social ou de uma tribo; **d) revelam, por escrito, aquilo que já era costume** de um povo ou de parte dele; **e)** com exceção dos livros bíblicos, foram descobertas ou **decifradas apenas no século XX** (Códigos de Hamurabi, de Esnuna, de Lipit-Istar, de Ur-Namur, Chow-Li, Manu etc.); **f) conviviam com o costume**, que continuava a ser a maior fonte do direito.
5. As leis, reveladas pelos deuses ou votadas em assembléia, opõem-se aos costumes, porque: a) o costume é velho, a lei é nova; b) ele é espontâneo, ela é ocasional e reflexiva; c) ele é reiterado, ela é estabelecida por uma só vez; d) ele é unânime, ela é de uma só vontade soberana (de um rei) ou de uma deliberação por maioria (de assembléia de cidadãos, ou de seus representantes). A oposição "unanimidade x maioria" faz do costume uma fonte de maior legitimidade. Por que os Estados modernos, no entanto, proíbem o costume *contra legem*? Crítica à opção pela segurança: dos Romanos à Robespierre; de Rousseau à Escola Histórica.
6. *Consuetudo secunda natura est* (Santo Agostinho). Hábito e imitação são os fundamentos psicológicos dos costumes. A "Lei da Imitação" de Gabriel Tarde.

“À HISTÓRIA DO DIREITO”

PROF. HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA

1. Introdução. 2. Para um conceito de História do Direito. 3. Finalidades da História do Direito. 4. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Faltam historiadores do Direito no Brasil. Seja da História Geral do Direito, seja da História do Direito Brasileiro. Escasseia a bibliografia nacional, já limitada pelo autodidatismo de seus clássicos autores¹, pela ausência de uma tradição escolar entre mestres e discípulos e pela casualidade de seus fins.

A introdução da Monografia Final ou Tese de Láurea como superior e derradeiro estudo dos alunos, a merecer-lhes a conclusão do curso jurídico, desvelou professores e alunos em busca de temas mais aprofundados do que os contidos nos habituais manuais escolares. E, como era esperado, para fugir ao direito presente era preciso ou fazer prognósticos *de lege ferenda* ou conhecê-lo no seu passado. Essa é, de fato, a vocação das monografias.

Mas ultrapassar os lindes temporais, em direção ao passado ou ao futuro, exige método histórico. Exige uma posição de estudo diferente, infreqüente nas disciplinas do curso jurídico. E as duas citadas adversidades - carência bibliográfica e inexperiência metodológica - fizeram do capítulo “introdução histórica”, tão comum nas monografias finais, o mais depauperado.

Este artigo pretende sugerir, àqueles que se ocuparem da Monografia Final, uma possível visão do que é a História do Direito e o quanto pode ela auxiliar no conhecimento de um instituto do direito. Quiçá possa, também, encorajar a realização de monografias exclusivamente de História do Direito, tão necessárias à formação e ao conhecimento de tradições jurídicas locais e nacionais. Professores de todas as disciplinas, com pequeno esforço, estão aptos para orientação de monografias de História do Direito. E, por uma inversão histórica, pungidos pelos próprios discípulos, profetizamos o nascimento dos necessários mestres da História do Direito, especialmente do Direito Nacional.

2. PARA UM CONCEITO DE HISTÓRIA DO DIREITO

A unidade e a indivisibilidade do suceder histórico e a multilateralidade dos fatos da vida constituem um obstáculo insuperável ao historiador de esgotar sua compreensão do passado e de apresentar a completude histórica do objeto que elegeu para narrar.

¹ Citem-se, como corifeus da História do Direito Nacional, Cândido Mendes de Almeida, Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, Isidoro Martins Júnior, José Gomes Bezerra Câmara, César Tripoli, Waldemar Ferreira, Haroldo Valladão e Milton Duarte Segurado.

Toda história é, em alguma medida, especializada (Histórias do Brasil, da Economia, da Religião, da Ciência, da Filosofia etc.). Mesmo a História Geral sofre as limitações (em maior medida, até) de objeto, pois o historiador elegerá alguns aspectos que julga relevantes na sua visão.

Toda história expõe, inevitavelmente, o historiador a graves riscos, pois ao eleger sua especialidade ou ao estabelecer um período, acaba ele por mutilar a unidade global da vida, assim como a vida histórica é ferida pela unilateralidade de sua visão.²

Entre os diversos gêneros da história, há aquelas especializadas por determinado período temporal (e.g. História do Brasil Colônia) e as especializadas por gênero de atividade (e.g. História da Arte, do Direito). Estas últimas são mais limitadas e perigosas do que as primeiras, pois a história, quando limitada somente pela periodização, pode manter seu foco para a integral vida humana. Mas quando limitada por um só aspecto da realidade histórica, como ocorre com a História do Direito, exigir-se-á do historiador uma força extraordinária, dificilmente realizável, para que o conjunto da realidade histórica não fique negligenciado e o conduza a equivocadas interpretações.

Tanto o conceito de História, quanto o de Direito, não são objetos da História do Direito. E diversos (e desconhecidos em geral dos juristas) são conceitos de História³, como diversos os de Direito (para se lembrar de alguns deles bastaria a leitura de Paulo D.1.1.11, *ius pluribus modis dicitur*). Multiplicadas as possibilidades de interpretação de um (História) e de outro (Direito), haverá tantas Histórias do Direito quantas as combinações. Diversas, por conseguinte, também são as metodologias da História do Direito, todas elas válidas se coerentes aos conceitos adotados e se aplicadas com o necessário rigor científico.

Em termos gerais poder-se-á conceituar História do Direito, enquanto ramo especial da História Geral, como a ciência – ou disciplina, que estuda a origem e as transformações do Direito.

Um curso de História do Direito pode tomar inúmeros rumos; é ele, portanto, a consequência de uma deliberada escolha de conceito ou conceitos de História e de Direito. Esta escolha, por sua vez, é norteadada pela *finalidade* desejada pelo historiador.

1.2. FINALIDADES DA HISTÓRIA DO DIREITO

As finalidades da História do Direito, enquanto ciência e disciplina, são apresentadas diversamente pelos que dela trataram. Uma rápida leitura dos poucos autores de livros gerais de História do Direito (seja sobre história universal dos direitos, ou das variadas

² J.H.Rodrigues, *Teoria da História no Brasil*, p. 145.

³ Sugerimos aos nossos alunos, como exercício, sumariar alguns conceitos de História e relacionar as principais Escolas Históricas conhecidas. Para os vários conceitos de direito, consultar os manuais de Introdução à Ciência do Direito ou, simplesmente, localizar na biblioteca e ler uma tradução de Digesto, 1,1,11.

histórias dos direitos nacionais), permite-nos listar estas finalidades assumidas, na prática, pelos cientistas. Mais difícil, senão impossível, seria apresentar as finalidades segundo a vastíssima e complexa bibliografia sobre as finalidades da História ou sobre as do Direito.

São, assim, sucintamente, as principais finalidades da História do Direito⁴:

- a) *Oferecer um elemento geral de cultura;*
- b) *Esclarecer o passado: levantar as fontes (cartas, autos processuais, textos de leis, contratos, escritos antigos etc.), restituir sua forma original, descobrir sua proveniência, interpretá-las e reconstituir o direito vigente no período estudado.*
- c) *Conhecer a origem e o desenvolvimento de um direito para poder conhecê-lo na sua forma posterior;*
- d) *Servir como instrumento de interpretação do direito vigente;*
- e) *Conhecer as normas antigas, não para imitá-las, mas como estudo que auxilia a redação e o estabelecimento de novas normas.*
- f) *Identificar os elementos de direito anterior que sobrevivem às transformações sociais, fundamentando, modificando ou contaminando os novos direitos.*
- g) *Conhecer as instituições jurídicas no seu contexto político, econômico e social, assim como as idéias jurídicas presentes no sentimento jurídico dos diversos grupos sociais (de populares, dominantes, políticos, discriminados, sábios, comerciantes e outros).*
- h) *Refinar o conhecimento do jurista atual enquanto artista, dando-lhe a conhecer os meios técnicos pelos quais os juristas anteriores, por sua própria atividade, auxiliaram na definição de rumos sociais relevantes. Estas atividades dos juristas do passado, quando reveladas pelo estudo de seus estilos, de seus métodos, de suas sistematizações e interpretações, de suas funções sociais assumidas, aumentam a experiência do jurista moderno e, freqüentemente, são resgatadas para a adoção de posturas inovadoras. Resgatar parte do passado, apesar da aparente contradição, é aumentar as oportunidades de o jurista refletir sobre o presente, para transformá-lo.*
- i) *Impedir os efeitos negativos do conservadorismo. As disciplinas e a prática do direito são movidas em grande parte pela tradição. A prática forense ou educacional é movida em grande parte pelo imediatismo. Uma aula, uma sentença ou uma causa pode ser habilmente preparada com o uso das ferramentas tradicionais, com a citação dos autores renomados. Um texto jurídico, quando "bem acompanhado" pela citação de autores reconhecidos, goza da presunção de que está certo. Pretender repensar o direito a cada pequena atividade jurídica é, sob certo aspecto, temerário, pois põe em risco a própria causa, ou a própria opinião – a qual, se nova, não foi*

⁴ Apenas como exemplos de adoção de uma ou outra finalidade: J. Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, p. 9; M. Caetano, *História do direito português*, pp. 17 e ss. M. Roberti, *Storia del diritto italiano*, p. 21; A. Garcia-Gallo, *Curso de historia del derecho español*, p. 15 e ss.

suficientemente aprovada pela comunidade científica, nem se mostrou coadunada com todos os ramos do saber conexos (por exemplo, uma nova interpretação de uma regra civil pode, por falta de estudo mais aprofundado, ferir um princípio constitucional ou da teoria geral do direito). As tradições se mantêm ora por comodismo, ora por crença, ora por paixões, conforme os juristas sejam mais práticos, idealistas ou eruditos. As conclusões de um jurista não podem ser apressadas. Devem ser contrastadas com a tradição jurídica para não repetir os erros anteriores, ou para não "descobrir", com desperdício de tempo e de esforços intelectuais, o que há muito já estava descoberto. O conservadorismo é uma força motriz do direito. Quando necessário, a melhor forma de superá-lo é conhecê-lo. Compreender a tradição é parte da história do direito, como também o é criticá-la e acompanhá-la no contexto das sociedades. A história do direito, enfim, combate o comodismo, fundamenta ou destrói as crenças e impede que a erudição dificulte o diálogo acadêmico e a renovação do conhecimento jurídico.

O direito pode ser mero efeito de causas econômicas e sociais, como pode ser obra da fatalidade ou de circunstâncias psicológicas do legislador. As teorias da história, freqüentemente reducionistas, optam pelo predomínio de uma ou outra causa. Mas os historiadores do direito, a quem não compete fazer teoria geral da história, nem teoria geral do direito, têm a missão de mergulhar nos fatos passados, com os experimentados olhos do presente, para suscitar tudo aquilo que julgar relevante para agir no seu presente. Como visto, o conservadorismo é próprio das disciplinas do direito, seja em razão do apelo da prática jurídica, seja pela necessidade de compreensão de uma extensa seqüência de conceitos técnicos que a comunidade científica acolheu. Mas a História do Direito é relativamente mais imune ao dogmatismo. Não sofre as pressões da aplicabilidade imediata de seus frutos. Enquanto disciplina (embora nem sempre aceita no currículo pleno do curso jurídico), não tem o compromisso de explicar como se solucionam os conflitos jurídicos, nem de dizer como deveriam ser solucionados. A história do direito, enquanto disciplina (não enquanto ciência), ao selecionar os fatos passados e discursar sobre eles, elegerá os pontos que julgar importantes para a formação profissional do seu momento histórico. Nessa escolha, conduzida pela mestra Pedagogia, procurar-se-á fugir ao eruditismo, ao discurso meramente legitimador ou conturbador da ordem vigente, ao reducionismo histórico (que pretenda, por exemplo, condicionar as normas apenas a razões econômicas, ou políticas, ou ideológicas) ou ao cômodo relativismo. Já enquanto ciência é de se admitir a liberdade na escolha do objeto, do método de investigação e do discurso final, contanto que haja critério, contanto que admita o "controle" da comunidade científica, ou seja, que os

resultados possam ser verificados ou confirmados por outros que pretendam traçar o mesmo itinerário.

Todas as finalidades acima referidas são defensáveis cientificamente e se complementam na tarefa de apresentar os mais diferentes aspectos da História do Direito. A eleição de uma ou mais finalidades da História do Direito complementa-se pela adoção de uma orientação que oscila entre os dois extremos: o da orientação histórica pura e o da orientação jurídica pura. Nesse intervalo encontramos a atual tendência de considerar a História do Direito como um ramo especial da História Geral, que estuda o direito positivo no tempo, não como um sistema lógico-jurídico puro, nem como projeção de conceitos da dogmática atual (como costumam fazer frequentemente, por exemplo, os autores que apresentam um capítulo de “antecedentes históricos” na obra sobre o instituto que está por apresentar).

A especialidade deste ramo da História mostra-se mais profícua e menos sujeita ao insulamento científico quando se adota a análise não dos institutos dogmáticos, mas das instituições que constituem as bases da vida social – é a chamada orientação institucional.

Ainda permanece, todavia, especialmente para a História do Direito Brasileiro, a necessidade de estudos históricos instrumentais e introdutórios a uma análise mais aprofundada, seja por uma orientação dogmática, seja por uma orientação institucional da História do Direito. Isto é, faltam-nos ainda estudos e compilações das fontes jurídicas, como a que em Portugal foi modelo, apenas como exemplo, os *Portugaliae Munimenta Historica*⁵, editada pela Academia de Ciências de Lisboa e consequência dos esforços do grande historiador lusitano Alexandre Herculano (1810-1877). A História do Direito Brasileiro tem necessidade, urgente, de diálogo com a comunidade científica da História, da Paleografia, da Arquivologia e da Lingüística, a fim de assentarem as bases documentais necessárias à formulação de qualquer discurso histórico.

Antes ainda, urge compor uma base de dados bibliográfica (um repertório), que ofereça ao investigador o acesso imediato à relação dos livros, artigos de periódicos, fontes jurídicas e literárias, arquivos públicos e privados dedicados à História do Direito.

Eis-nos os desafios.

BIBLIOGRAFIA

- RODRIGUES, José Honório. *Teoria da História do Brasil (Introdução Metodológica)*, coleção *Brasiliana* (Grande Formato), vol.11, 7ª ed., São Paulo, Ed.Nacional, 1978. (*) *Cep. 6 Diversos gêneros da história*, pp. 145-162.
- ROBERTI, Melchiorre. *Storia del Diritto Italiano*, Milano, CETIM, 1942.
- GARCIA-OALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, AGESA, 1958.
- SALDANHA, Nelson. *O Problema da História na Ciência Jurídica Contemporânea*.
- MARNOCO E SOUZA, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, França Amado, 1910.
- AZEVEDO, Luiz Carlos. *História do Direito, Ciência e Disciplina*, série *Opuscula*, vol IV, Osasco, FIBO, 1998.

⁵ A obra foi dividida em quatro seções: I) *Scriptores*; II) *Leges et Consuetudines* (incluindo o Código Visigótico, leis gerais, forais e costumes até o séc XIII); III) *Diplomata et Chartae*; IV – *Inquisitiones*.

DIREITO ROMANO
antigo

Manual Elementar de Direito Romano

Texto original em francês, de domínio público, do Manuel Elementaire de Droit Romain de René Foignet, editado em Paris em 1947, traduzido, adaptado e atualizado por Hécio Maciel França Madeira, para uso escolar.

Foignet foi um célebre autor de manuais de vulgarização nos diversos ramos do direito, com considerável sucesso entre os estudantes franceses do meado do século XX, especialmente pela capacidade didática de sistematização do conhecimento. Esta versão, renovada e adaptada, é destinada especialmente aos estudantes brasileiros do século XXI, resguardados os direitos de tradução e adaptação.

Os textos novos da adaptação são apresentados em azul.

Introdução Geral

Tradicionalmente, o Direito Romano é definido como "o conjunto de regras jurídicas que estiveram em vigor em Roma e nos territórios submissos à dominação romana, desde a fundação de Roma (754 a.C.) até a morte do imperador Justiniano (565 d.C.)".

Sob uma perspectiva histórica ampla, o Direito Romano é um sistema de princípios, conceitos e regras jurídicas que tiveram origem na Antiga Roma e que se perpetuam até o presente dos povos que os mantêm vigentes ou por continuidade histórica ou por recepção intelectual, formando o contemporâneo Sistema Jurídico Romanista.

Justificativa de seu Estudo

O estudo do Direito Romano é interessante por diversas razões:

I. Do ponto de vista prático. As leis romanas, em vigor sob Justiniano, formaram por séculos a legislação de uma grande parte da Europa, incluindo a Península Ibérica e a atual região de Portugal, berço do direito brasileiro. Elas formaram grande parte do direito escrito, como preencheram as lacunas dos períodos mais costumeiros da história lusitana. Mesmo com a redação das Ordenações do Reino de Portugal (séculos XV a XVII) mantiveram-se presentes como importante fontes do direito e dos estudos jurídicos. Depois da redação de nosso primeiro Código Civil, de 1916, ainda que elas não fossem mais suscetíveis de aplicação direta, mantiveram-se como um conjunto de informações científicas organizadas e aptas para auxiliar a interpretação das novas normas brasileiras, bem como de diversos países modernos (e.g. da Argentina ao México, de Portugal à Rússia).

II. Do ponto de vista da técnica jurídica. O estudo do Direito Romano é uma excelente escola para a formação do denominado *espírito jurídico*. Os juristas romanos, sobretudo os da época clássica, fizeram da interpretação das leis uma arte realmente superior, deixando modelos de discussões jurídicas. Ensinam-nos até hoje a distinguir, em cada causa judicial, quais são as questões jurídicas nela presentes, quais os princípios que a regem, quais os conceitos jurídicos que se aplicam. Notório é o seu auxílio na Teoria Geral do Direito e, especialmente, no Direito Civil. Em menor dimensão, é relevante para a compreensão do Processo Civil e Penal, da Ética Jurídica, do Direito Penal, do Direito Tributário e do Direito Internacional.

III. Do ponto de vista histórico e filosófico. De todas as legislações da Antigüidade, nenhuma é tão conhecida como a dos romanos. A duração de sua história (por mais de doze séculos) permite-nos seguir cada instituição jurídica em todos os cursos de sua evolução, desde as origens mais remotas até a esmerada forma final. Ao abrigar as grandes mudanças da história instituições jurídicas em sua própria história, o Direito Romano apresenta-se como disciplina de interesse geral permanente da humanidade.

Como estudar o Direito Romano

Esta própria concepção histórica e filosófica indica-nos o método mais conveniente para estudar o direito romano. Não devemos estudá-lo como estudamos o direito brasileiro, ou seja, buscando em cada caso a norma vigente em seu último estágio, na sua final e acabada versão. Mas devemos fazer um estudo histórico, isto é, procurar para cada instituto como ele nasceu, como e sob quais influências ele transformou-se nos diferentes períodos de sua história; como se extinguiu ou como sobreviveu aos tempos de Justiniano. O ensino do Direito Romano é, assim, uma exposição histórica do conjunto de instituições jurídicas romanas.

História do Ensino do Direito Romano

O método de estudo que seguimos, dito *método histórico*, não foi o adotado ao longo da história.

Os Glosadores – Irnério, professor da Escola de Bologna no século XI, foi quem inaugurou o método de interpretação literal dos textos do Imperador Justiniano, sem qualquer preocupação prática. Deu origem à importante corrente universitária medieval, a Escola dos Glosadores, que estudava o Direito Romano por meio da elaboração de notas (glosas) às margens dos antigos textos latinos, então renascidos no seio universitário.

Os Comentadores – No final do século XIII, surgiu, com Bártolo, a Escola dos Comentadores, que passou a estudar os textos justinianeus e extrair deles longas interpretações ou comentários, que apresentavam os princípios dos quais se retiravam as conclusões lógicas para serem aplicadas à prática do direito. Adotaram no ensino, portanto, o método exegético.

Cujácio e o método histórico - No Renascimento surgiu, sob a influência de Cujácio, um método mais científico, o método histórico, baseado na história das instituições. Compreende-se que o direito de Justiniano não é um conjunto homogêneo e que merece uma crítica histórica para que possa ser aproveitado para a prática. A História será, desde então, um bom auxílio para a exegese. Esta concepção garantiu a continuidade da aplicação prática do Direito Romano no início da Idade Moderna em boa parte da Europa, especialmente na França, mas com a exclusão de Portugal, que seguiu o método bartolista até o século XVIII. Hoje, não mais se constituindo como direito com força obrigatória, seu estudo não deve ser motivado pela aplicação imediata de seus resultados. A análise e a interpretação dos textos jurídicos latinos restam-nos, sobretudo, como um meio de traçar a evolução das instituições jurídicas e de reconhecer a existência de um permanente sistema jurídico universal.



Conceito de Direito e Justiça

Celso: "Direito é a arte do bom e do justo"

Ulpiano: "Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu Direito"

Classificações do Direito

De acordo com Ulpiano há quatro tipos de Direito:

Direito Natural

- "É o que a natureza ensinou a todos os animais".

Um exemplo de regra do dir. nat. é a união entre os 2 sexos ("matrimônio") - D.1.1.1.3

Direito das Gentes

- "É aquele do qual os povos se utilizam". Equivale ao atual Dir. Internacional.

- "... se distancia do natural, porque este é comum a todos os animais e aquele é comum somente aos homens entre si".

- Exemplos: Guerra (D.1.1.5) e Escravidão (D.1.1.4)

- Florentinus, D.1.1.3:

Direito Natural ≠ Direito das Gentes

Instinto

Razão

Ius Civile (Direito Civil)

- É aquele que cada povo constituiu para si mesmo. Direito específico de cada sociedade. Equivale atualmente ao D. Nacional. Particular de um povo.

- Vem do Direito Natural (D.1.1.6pr.)

Direito Pretoriano (ou Honorário)

- "É o que os pretores introduziram a fim de auxiliar, suprir ou corrigir o *ius civile*, por causa de uma utilidade pública. O qual também se diz honorário, assim denominado em razão da honra dos pretores". (D.1.1.7.1)

- A partir da República até o Principado

- Oriundo da atividade do pretor¹

- Expresso nos editos dos pretores

- Função de auxiliar, suprir e corrigir o Direito Civil.

¹ Pretor: cargo magistrado, funcionário público anual eleito pelo povo após campanha política eleitoral. Seu programa de governo é expresso nos seus Editos e tem função de orientação do Direito.

Fontes do Direito

História do Direito Romano: As Fontes

I Período (Realeza)	1. Costume (<i>mos maiorum</i>) 2. Lei (<i>leges regiae</i>)				
II Período (República)	1. Costume 2. Lei (entre as diversas leis votadas pelo povo, a excepcional Lei das XII Tábuas, em 450 a.C.) 3. O plebiscito	4. <i>Interpretatio Prudentium</i>	<table><tr><td>Evolução histórica:</td><td>a) A ciência dos pontífices: fase esotérica até IV séc. a.C. b) Divulgação da ciência dos pontífices: <i>ius flavianum</i> (300 a.C.) c) Sistematização do Direito: Q. Mucius Scaevola (I séc. a.C.)</td></tr></table>	Evolução histórica:	a) A ciência dos pontífices: fase esotérica até IV séc. a.C. b) Divulgação da ciência dos pontífices: <i>ius flavianum</i> (300 a.C.) c) Sistematização do Direito: Q. Mucius Scaevola (I séc. a.C.)
Evolução histórica:	a) A ciência dos pontífices: fase esotérica até IV séc. a.C. b) Divulgação da ciência dos pontífices: <i>ius flavianum</i> (300 a.C.) c) Sistematização do Direito: Q. Mucius Scaevola (I séc. a.C.)				
	5. Edito dos Magistrados <i>+ senatus (n. ef.)</i>	<table><tr><td>a) o pretor no período das <i>legis actiones</i> (até 149 a.C.) b) o pretor no período do procedimento <i>per formulas</i> c) Tipos e partes do Edito</td></tr></table>		a) o pretor no período das <i>legis actiones</i> (até 149 a.C.) b) o pretor no período do procedimento <i>per formulas</i> c) Tipos e partes do Edito	
a) o pretor no período das <i>legis actiones</i> (até 149 a.C.) b) o pretor no período do procedimento <i>per formulas</i> c) Tipos e partes do Edito					
III Período (Alto Império)	1. Costume 2. Lei 3. Senatusconsultos	4. Edito dos magistrados	<table><tr><td>- Influência diminuída - <i>Edictum perpetuum</i> de Sálvio Juliano em 128 d.C.</td></tr></table>	- Influência diminuída - <i>Edictum perpetuum</i> de Sálvio Juliano em 128 d.C.	
- Influência diminuída - <i>Edictum perpetuum</i> de Sálvio Juliano em 128 d.C.					
	5. Constituições Imperiais	<table><tr><td>a) <i>edicta</i> b) <i>mandata</i> c) <i>decreta</i> d) <i>rescripta</i></td></tr></table>		a) <i>edicta</i> b) <i>mandata</i> c) <i>decreta</i> d) <i>rescripta</i>	
a) <i>edicta</i> b) <i>mandata</i> c) <i>decreta</i> d) <i>rescripta</i>					
	6. <i>Responsa Prudentium</i> <i>9. Plebiscito (< inf.)</i>	<table><tr><td>O <i>ius publice respondendi</i> Principais jurisconsultos: a) No início do Império: Sabinianos e Proculianos b) Sob Marco Aurélio: Gaio c) Sob os Severos: Papiniano, Paulo e Ulpiano</td></tr></table>		O <i>ius publice respondendi</i> Principais jurisconsultos: a) No início do Império: Sabinianos e Proculianos b) Sob Marco Aurélio: Gaio c) Sob os Severos: Papiniano, Paulo e Ulpiano	
O <i>ius publice respondendi</i> Principais jurisconsultos: a) No início do Império: Sabinianos e Proculianos b) Sob Marco Aurélio: Gaio c) Sob os Severos: Papiniano, Paulo e Ulpiano					
IV Período (Baixo Império)	<ul style="list-style-type: none">- Desaparecimento das antigas fontes- Única fonte importante: as Constituições Imperiais- A "Lei das Citações" do imperador Teodósio II- Monumentos jurídicos do Baixo Império:<ul style="list-style-type: none">I. Compilações pré-justinianéias:<ul style="list-style-type: none">a) privadas: Código Gregoriano e Código Hermogenianob) oficiais: Código Teodosiano, leis romanas dos bárbarosII. Compilações de Justiniano:<ul style="list-style-type: none">a) <i>Codex</i>b) <i>Digesta</i>c) <i>Institutiones</i>d) <i>Novellae</i><i>Corpus Iuris Civilis</i>III. Compilações pós-justinianéias:<ul style="list-style-type: none">a) <i>Basilicas</i>b) Paráfrase das Institutas<i>Prin. Iuris</i>				

Manual Elementar de Direito Romano

Versão: março/2007

Introdução Histórica

Texto original em francês, de domínio público, do Manuel Elementaire de Droit Romain de René Foignet, editado em Paris em 1947, traduzido, adaptado e atualizado por Hécio Maciel França Madeira, para uso escolar.

Foignet foi um célebre autor de manuais de vulgarização nos diversos ramos do direito, com considerável sucesso entre os estudantes franceses do meado do século XX, especialmente pela capacidade didática de sistematização do conhecimento. Esta versão, renovada e adaptada, é destinada especialmente aos estudantes brasileiros do século XXI, resguardados os direitos de tradução e adaptação.

Os textos de adaptação são apresentados em cor azul.

Objeto. - O estudo da evolução histórica do direito de um povo compreende dois objetos diferentes: a história das fontes do direito e a história das instituições. Consagraremos esta introdução à história das fontes do direito romano.

HISTÓRIA DAS FONTES DO DIREITO ROMANO

Definição - Entendemos por *fontes* do direito os diversos modos de formação do direito¹. Quais são estes modos e quais as transformações ocorridas no curso da história é o objeto da *história das fontes do direito*. Esta história é intimamente ligada à história da organização política, porque as fontes do direito dependem naturalmente do sistema constitucional de cada país.

Assim, a divisão mais simples e mais racional da história das fontes é aquela que segue a divisão que inspira a própria história de Roma: Realeza, República, Alto Império e Baixo Império.

1º Período. A Realeza. - Limites: desde a fundação de Roma (754 a.C.) até o estabelecimento da República (509 a.C., 245 da fundação de Roma).

2º Período. A República. - Limites: desde a República (509 a.C.) até o Império (27 a.C., 727 de da Fundação de Roma)

3º Período. O Alto Império ou Principado. - Limites: desde o principado de Augusto (27 a.C.), até a ascensão de Diocleciano como imperador (284 d.C.)

¹ O termo *fonte* também tem outro sentido: significa toda espécie de documento que dá conhecimento do direito.

4º Período. O Baixo Império ou Dominato. - Limites: de Diocleciano (284 d.C.) até a morte do Imperador Justiniano (565 d.C.).

1º PERÍODO – A REALEZA

Origens de Roma. - Uma grande obscuridade reina sobre as origens de Roma. Admite-se em geral que a cidade romana foi constituída da reunião de três tribos étnicas distintas, os *Ramnenses*, os *Titienses* e os *Luceres*, estabelecidos, sob a autoridade de um rei, sobre as colinas que ladeavam a margem esquerda do rio Tibre.

A pretensa fundação de Roma seria assim a federação de vilas pré-existent, unidas sob a influência e a força dos etruscos.

Organização social. - *Os Patrícios.* - Cada uma das três tribos era dividida em dez cúrias; cada cúria em *gentes*. A *gens* era um conjunto de pessoas que descendiam em linha masculina de um ancestral comum: cada *gens* compreendia certo número de famílias (*domus*). Cada família era subordinada à autoridade de um chefe, o *pater familias*. *Os patres* e seus descendentes formavam a classe dos patrícios que compunham exclusivamente, na origem, o *populus Romanus*.

Os clientes. - Ao lado de cada família patrícia vivia certo número de pessoas, os *clientes*, de diversas origens: escravos alforriados pelo *pater*, estrangeiros refugiados em Roma e que permaneciam voluntariamente sob a proteção e influência de um patrício etc.

Os plebeus. - Enfim, pouco a pouco, uma outra classe de origem incerta e controvertida forma-se na cidade romana, a plebe (*plebs*), livre de qualquer subordinação aos patrícios, mas formando uma camada social inferior na cidade. Sem ser clientes de algum particular, os plebeus estão sob a proteção do rei.

Organização política. - Os poderes públicos compreendem três elementos: o rei, o senado e os comícios.

1. O rei (*rex*), designado pelo seu predecessor ou por um senador (*interrex*), é um soberano vitalício cujos poderes são limitados pelos do Senado e do povo. É um chefe militar, religioso e judiciário. Possui, em relação a estas três esferas, um poder absoluto, o *imperium*.

2. O Senado é um corpo composto de cem, depois trezentos patrícios nomeados pelo rei. O rei o consulta nos casos mais graves. O Senado ratifica, ao conceder a sua *auctoritas*, a lei votada pelo povo por proposta do rei.

3. O povo (*populus Romanus*) compõe-se de patrícios com capacidade de portar armas. Ele reúne-se em assembléias, os comícios por cúrias (*comitia curiata*), em uma parte do fórum denominada *comitium*.

O povo vota as leis por proposta do rei. A unidade do voto é a cúria. Suas decisões são chamadas *leges curiatae*.

No início, somente os patrícios tiveram vez no governo da cidade, bem como somente eles pagavam impostos e subordinavam-se ao serviço militar.

A introdução da plebe na vida política é atribuída ao rei Sêrvio Túlio (578-535 a.C.), que instituiu uma nova divisão do povo, fundada não mais sobre o nascimento, mas sobre a fortuna. Os plebeus passaram a ser chamados não só para o serviço militar e para o pagamento de impostos, mas também para a confecção de leis, nas novas assembleias, reunidas no Campo de Marte sob a denominação de *comitia centuriata* (comícios por centúrias), nas quais a unidade de voto era a centúria².

A reunião do povo romano, agora formado por patrícios e plebeus, em comícios por centúrias, não fez extinguir os comícios por cúrias, que passou a desempenhar papel político secundário. *Na República a assembleia Curiata se extinguiu.*

Fontes do Direito. – As fontes do Direito na Realeza são duas: 1º - o costume; 2º - a lei.

1. O costume. – A única fonte do direito, nas origens de Roma, é o costume, *mos maiorum*, que podemos definir como “um conjunto de regras aceitas por todos como obrigatórias, sem qualquer proclamação ou reconhecimento de um poder legislativo estabelecido”. O costume retira sua autoridade do consenso geral e tácito dos cidadãos. Transmite-se de geração a geração por uso repetido. É freqüentemente conhecido como *ius non scriptum* (direito não escrito).

2. A lei. – Por oposição ao costume, a lei é uma disposição obrigatória que retira a sua autoridade do consenso formal dos cidadãos.

O rei propõe a lei ao povo reunido em comício por cúrias ou por centúrias: o povo aceita ou rejeita a proposta. Se a aceita, a lei se torna obrigatória a todos, após ratificação do Senado.

A publicidade com que a votação é feita permite a cada um o conhecimento fácil e preciso da lei. Esta é uma das vantagens da lei sobre o costume, como fonte do direito.

Características da lei na época da realeza. – As normas aprovadas pelo povo em comício não eram, como nas leis modernas, disposições de ordem geral: eram leis particulares e circunstanciais. Tratavam, por exemplo, de modificar a composição de uma *gens*, transferindo um *pater* de uma família para outra (*adrogatio*); ou de modificar a atribuição da fortuna de um *pater* a outras pessoas que não fossem os herdeiros regulares (*testamentum*). A lei apresentava-se como uma espécie de contrato concluído entre os *patres* da cidade, por proposta do rei e que todos deveriam observar.

Mas não houve leis de aplicação geral.³

² A reunião do povo romano por centúrias funcionou ao lado dos comícios por cúrias, sem extingui-los. O povo romano, nele compreendidos os plebeus, foi dividido em cinco classes segundo a fortuna, mais a classe dos cavaleiros. As classes se subdividiam em centúrias, no total de 193 (segundo Dionísio de Halicarnasso). Aos cavaleiros foram atribuídas 18 centúrias, à 1ª classe 80 centúrias, às 2ª, 3ª e 4ª classes 20 centúrias, à 5ª classe 30 e, finalmente, a classe dos artesãos e músicos comportava 8 centúrias. O voto nas centúrias era uma espécie de revista militar; procedia-se como na guerra. Os cavaleiros (os que combatiam a cavalo) votavam primeiro, como na guerra eram os primeiros a combater. Depois vinha a primeira classe, e assim por diante. Quando a maioria era obtida em favor de uma proposta, encerrava-se a votação. Ou seja, a maioria era obtida com o voto de 97 centúrias. Por consequência, se os cavaleiros e a primeira classe votassem em um mesmo sentido, não se consultavam as demais classes. Os comícios por centúria valorizavam, portanto, a fortuna e não o nascimento.

³ As *leges regiae*. É uma questão controvertida se existiram leis gerais na realeza. Pompônio informa que as leis régias foram votadas em comícios curiatis e que, sob Tarquínio o Soberbo, um certo *Papirius* as

2º PERÍODO – A REPÚBLICA

Limites. As origens da República também são de um período lendário da história de romana. Admite-se que em 509 a.C. (245 de Roma), depois da expulsão do rei Tarquínio, sucedeu uma República que durará até 27 a.C.

Organização social. – A organização da cidade romana não foi modificada pela queda da realeza. Mas Roma não tardou a sofrer, sob a influência de diversos fatores (extensão da dominação romana, desenvolvimento do comércio e das relações externas), uma transformação lenta e contínua que acabou por completamente fundir, no final no IIIº século a.C., as duas ordens outrora distintas, de patrícios e plebeus.

Pode-se até dizer que a história interna de Roma acompanha as fases progressos realizados pela plebe.

Os tribunos da plebe. – A plebe foi fortemente ajudada, na sua conquista pela igualdade civil e política, pela instituição do tribunato. Os tribunos (*tribuni plebis*) que foram instituídos em 494 a.C., em resposta a uma secessão da plebe que se retirou para o monte Aventino, foram magistrados essencialmente plebeus, em número de dois, na origem. Posteriormente foram elevados a cinco, e depois 10.

O papel dos tribunos da plebe. – Eles são invioláveis (*sacrosancti*) e possuem um direito de veto contra uma decisão que irá ser tomada. Podem até impedir, pela *intercessio*, que uma decisão tomada seja executada. Eles podem oferecer oposição, em Roma ou nos arredores, às decisões de todos os demais magistrados da cidade, sejam dos cônsules ou do próprio Senado.

Os tribunos não se limitavam a estes poderes negativos. Foi sob a iniciativa do tribuno *Tarentilius Arsa* que foi decidido, em 453 a.C., a redação da lei das XII Tábuas. Esta lei estava longe de consagrar a igualdade entre patrícios e plebeus (plebeus continuavam impedidos de casar-se com patrícios e de serem eleitos para as principais magistraturas públicas), mas a redação de uma lei conhecida por todos, aplicada a todos, era já um verdadeiro progresso. O direito deixou de ser segredo e patrimônio apenas de patrícios.

Os tribunos obtiveram a votação de leis importantes que conduziram à realização da igualdade civil entre patrícios e plebeus, como a lei Canuléia (*lex Canuleia*) de 445 a.C., que permitiu o casamento legítimo entre patrícios e plebeus.

Organização política. – Os Cônsules. – O rei é substituído por dois magistrados patrícios, os cônsules (*consules*), eleitos por um ano, ambos

publicou em um livro chamado *ius papirianum*. A existência desta compilação não é duvidosa, mas ela não nos chegou. Suas disposições referiam-se principalmente ao direito sagrado; outras ao direito privado. Mas o ponto controverso é saber se realmente são do período régio. Segundo um critério moderno, esta compilação seria uma publicação apócrifa do final da República. O direito sagrado, que é objeto das maior parte das pretendidas leis reais, era reservado aos pontífices, pois não se admitia que o povo fosse consultado em questões desta natureza. As *leges regiae* são, para alguns, disposições de direito costumeiro, relativas aos *sacra*, que foram redigidas pelos pontífices a uma época posterior ao período régio e atribuídas aos reis para dotá-las de mais autoridade.

com iguais poderes. Eles herdaram os direitos que antes pertenciam ao rei. Todavia, os poderes religiosos do rei foram atribuídos ao *rex sacrorum* cuja sede permaneceu no antigo palácio real.

O Senado. - O Senado, composto por 300 *patres* nomeados pelos cônsules, depois pelos censores, permanece como corpo consultivo, embora sua importância tenha aumentado: os cônsules, magistrados anuais, responsáveis pessoalmente pelos cargos que ocupam, costumam ter o cuidado de obter a opinião favorável do Senado sobre todas as questões importantes. O Senado deve, além disso, sempre ratificar as leis votadas, para que ela tenha eficácia. Mas este costume de confirmá-las torna-se, com o tempo, mera formalidade e a *auctoritas* senatorial, depois da lei *Publilia* (de 379 a.C.) passou a ser oferecida antes mesmo da votação da lei.

O Povo. - O povo, reunião de patrícios e plebeus, reúne-se em comícios: comícios por cúrias, por centúrias e, como novidade, em comícios por tribos. A plebe reúne-se nas assembleias reservadas aos plebeus, os *concilia plebis*.

Os comícios por centúrias são os mais importantes e os comícios por cúrias, enfraquecidos, reduzem-se à deliberação sobre certas matérias religiosas, até serem extintos no II século a.C., quando trinta *lictors* passaram a representá-la nos atos meramente formais do direito sacro que ainda remanesciam.

Comícios por tribos. - Os magistrados passaram a convocar o povo por bairros, ou tribos: são os *comitia tributa*. Com o recrutamento do povo por um critério territorial as decisões dos comícios passaram a ser mais democráticas.

Concilia plebis. - Finalmente, os tribunos tomaram o costume de convocar a plebe para reuniões, os *concilia plebis*, aos quais os patrícios não compareciam e nos quais eram tomadas as resoluções com o nome de plebiscitos (*plebiscita*), originalmente apenas obrigatórios para a plebe.

Um *lex Hortensia* (287 a.C.) torna as decisões dos *plebiscita* obrigatórias também aos patrícios.

Em todos esses comícios, o povo exerce os poderes legislativo, judiciário e eleitoral.

O poder legislativo. - As leis são votadas pelo povo, por proposição (*rogatio*) de um magistrado, como outrora eram por *rogatio* do rei.

A lei leva o nome gentílico, colocado no feminino, do magistrado que a propôs. Exemplo: *lex Hortensia*.

Se a lei foi proposta pelos cônsules, leva o nome duplo, composto dos nomes de ambos os cônsules, ainda que tenha sido proposta por um só, caso em que o nome do autor do projeto é colocado em primeiro. Exemplo: *lex Valeria Horatia*.

O poder judiciário. - Os delitos contra o povo Romano e certos delitos graves contra os particulares deram lugar à *provocatio ad populum*. Esta assembleia judiciária era reunida por cúrias, quando o crime era punido

com a pena capital, ou por tribos, no caso de delitos menos graves. A *provocatio ad populum*, que parece ter sido usada na realza por iniciativa do rei, tornou-se obrigatória na República com a *lex Valeria de provocatione* de 300 a.C.

O poder eleitoral. A eleição dos magistrados. – O povo elege seus magistrados. Ao lado dos cônsules (criados em 509 a.C.), surgem outros magistrados. O crescimento da população e a intensidade da vida social necessitam, a partir do início da República, da criação de novos magistrados, com funções especializadas, com diminuição da sobrecarga dos cônsules. São eles:

1º. Os questores (*quaestores*), criados em 449 a.C., foram encarregados da guarda do tesouro e da administração financeira.

2º. Os censores (*censores*), criados entre em 443 a.C., ocupavam-se do censo (recenseamento), do recrutamento do Senado e da vigilância dos costumes.

3º. Os edis curuis (*aediles curules*), criados pelas leis Licinianas em 367 a.C., receberam as atribuições de polícia da cidade, de vigilância dos mercados e das provisões alimentares etc.

4º. Os pretores (*praetores*), criados no mesmo ano, foram encarregados da justiça. A partir de 242 a.C. são dois pretores: o pretor urbano, para os processos em que as duas partes forem romanas, e o pretor peregrino, para os processos entre romanos e peregrinos ou somente entre peregrinos.

O ditador (*dictator*). Para remediar o perigo que poderia representar, em tempo de crise, a divisão de poderes entre magistrados, foi possível eleger, a partir de 501 a.C. um ditador (*dictator*), que por seis meses recebia o encargo de resolver, sozinho (portanto mais facilmente), uma crise intestina, uma sedição ou uma guerra. Ele reunia excepcionalmente em suas mãos os poderes de todos os magistrados ordinários.

5º. Dentre outros magistrados, para a Itália surgem os *praefecti iure dicundo*, que são delegados dos pretores encarregados de dizer o direito.

6º. Nas províncias os governadores (propretores ou procônsules) são magistrados judiciais como o pretor, ao mesmo tempo em que são magistrados políticos como o cônsul. Ao lado deles, os questores têm as mesmas funções que os edis curuis em Roma.

Acesso da plebe às magistraturas. – O surgimento da República não modificou imediatamente a situação política da plebe. Ela não abriu o acesso da plebe às magistraturas, nem ao Senado. Mas pouco a pouco, tanto na esfera política como na do direito privado, a plebe obtém o seu reconhecimento.⁴

⁴ O último degrau foi atingido, em 254 a.C., no dia em que um plebeu, Tibério Coruncânio, foi elevado à dignidade de grande pontífice.

Graças a sua mobilização política organizada, a plebe acaba por obter o direito de eleger plebeus nas diversas magistraturas, antes reservadas ao patriciado. Edis plebeus e tribunos da plebe são eleitos desde 494 a.C. A partir de 367 a.C. elegem seus primeiros cônsules; em 364 a.C., os edis curuis; em 356 atingem a ditadura e, em 351 a censura. Os primeiros pretores plebeus, em definitiva conquista política, serão eleitos a partir de 337 a.C.

Em 254 a.C. Tibério Coruncânio, em evolução semelhante ocorrida no direito sacro, foi elevado à dignidade de Pontífice Máximo.

Cursus honorum. – Com esta expressão os romanos designavam o percurso das honras, uma espécie de escala de sucessão eleitoral a que os candidatos se submetiam para atingirem a suma magistratura, o consulado.

A *lex Cornelia de magistratibus*, do I século a.C., fixou, além disso, idades mínimas: 30 para questor, 32 para edil, trinta e oito para pretor, quarenta para cônsul e quarenta e cinco para censor.

Fontes do Direito – São elas:

- 1º. O costume;
- 2º. A lei;
- 3º. O plebiscito;
- 4º. A *interpretatio prudentium*;
- 5º. O edito dos magistrados.

1º. O costume. – Ele conserva ainda um papel importante na formação do direito.

2º. A lei. – **A Lei das XII Tábuas** – *Sua redação* – Durante os três primeiros séculos de Roma, o direito privado só teve o costume como fonte; sua incerteza favorecia a arbitrariedade dos magistrados patrícios, os únicos encarregados de administrar a justiça. A plebe exigia a redação de uma lei conhecida por todos, aplicável a todos os cidadãos.

Em 462 a.C. o tribuno Tarentílio Arsa propôs que fosse nomeada uma comissão encarregada de redigir uma grande lei. Os patrícios e o Senado, composto exclusivamente de patrícios, no desejo de conservarem seus privilégios, resistiram por oito anos. Os plebeus, em resposta, mantiveram os mesmos tribunos no poder. Em 454 a.C. os patrícios cederam e se prontificaram a redigir uma lei que se aplicasse a patrícios e plebeus. Uma delegação de três patrícios foi enviada para a Magna Grécia (Itália meridional), com a missão de reportar cópia das leis gregas em vigor, como inspiração. Ao retornarem, em 452 a.C., as magistraturas ordinárias foram suspensas e o poder foi confiado a uma comissão de dez membros, os *decemviri legibus scribendis*, eleitos em 453 a.C. por comícios centuriatos e encarregados de redigir as leis. Dez tábuas de leis foram redigidas, votadas pelos comícios centuriatos e gravadas em dez tábuas de bronze que ficaram expostas no *comitium*, a parte do fórum na qual se desenrolava a justiça. No ano seguinte, em 450 a.C., outros decênviros, nomeados para redigir novas leis, propuseram duas novas tábuas. A tradição relata que estes decênviros desejaram permanecer ilegalmente no poder e foram derrubados. Suas tábuas foram aprovadas pelos comícios centuriatos e expostas no fórum com as demais. As XII Tábuas, destruídas pelo incêndio

de Roma infligido pelos gauleses em 390 a.C., foram depois reconstituídas. Mas não chegaram até nós. É possível parcialmente reconstituí-las por meio de seus fragmentos, graças às citações e aos numerosos comentários de juristas, como Gaio, e de literatos, como Cícero e Aulo Gélio.

Seu conteúdo – A Lei das XII Tábuas é considerada pelos romanos como a própria fonte do direito público e privado, *fons omnis publici privatiue iuris*. Ela regulamentou matérias de direito público, direito privado e direito sacro. Os decênviros procuraram não modificar o direito existente, mas apenas codificar os costumes não escritos anteriores. Este fato é que explica o sucesso das XII Tábuas, talvez mais do que a própria certeza que produziu. É um grande erro supor que as XII Tábuas fossem uma cópia de leis gregas. A própria viagem de uma delegação à Itália meridional para conhecer as leis gregas é provavelmente lendária. A influência grega não se manifesta, salvo em alguns preceitos de direito sacro. O espírito da Lei das XII Tábuas, ao contrário, é fundamentalmente romano. Revelam uma legislação rude, primitiva, pouco diferente das demais civilizações pré-Romanas.

Afora algumas disposições relativas ao direito público (por exemplo, o direito de o povo julgar os delitos públicos) e ao direito sacro (como as normas referentes aos funerais), a Lei das XII Tábuas ocupou-se, sobretudo do processo civil, assunto no qual revelou seu caráter violento e excessivamente formalista. Poucas eram as normas concernentes à família. Quanto ao patrimônio, algumas regras visavam à transmissão *causa mortis* e, mais minuciosamente, à transferência de bens entre vivos, por procedimentos formais como o da *mancipatio*.

Outras leis. – *Leges rogatae*. – A partir da lei das XII Tábuas, até o final da República, as novas leis são numerosas. A lei é votada pelo povo por proposta (rogatio) de um magistrado. Daí o nome *leges rogatae* (leis rogadas) em oposição às *leges datae* (leis dadas).

Uma lei compreende três partes: a *praescriptio* (data e nome do magistrado que a propôs), a *rogatio* (ou dispositivo) e a *sanctio* (sanção, isto é, o enunciado das medidas que serão tomadas contra os transgressores).

Leges datae. – No final da República, algumas leis são designadas como *leges datae* (leis concedidas). São medidas unilaterais tomadas em nome do povo, sem votação, por um magistrado, que impunham verdadeiros regulamentos para certos municípios, colônias ou províncias.

3º. O plebiscito. – *Definição* – Os plebiscitos eram as decisões tomadas pela plebe nos *concilia plebis*, por proposta de um tribuno.

Força obrigatória. – Os plebiscitos aplicavam-se, no início, à plebe; mas a partir da *lex Hortensia* (286 a.C.), adquiriram a mesma eficácia que a lei. Os próprios textos passaram a designá-los com o termo *lex* (pl. *leges*).

4º. A *iurisprudentia* ou *interpretatio prudentium*. – *Definição.* – Depois que os costumes nacionais foram codificados e conhecidos de todos, foi preciso de um lado preencher as lacunas da lei das XII Tábuas e, de outro lado, adaptar a lei às necessidades em permanente modificação pela

prática. Este trabalho de acomodação é a *interpretatio*, obra de jurisconsultos, *iurisprudentes* ou, simplesmente, *prudentes*.

O termo *iurisprudência* (*iurisprudentia*) designava, em Roma, a ciência do direito. Modernamente o termo *iurisprudência* tem um significado muito diferente: designa um conjunto de decisões continuadas dos tribunais superiores. O conceito romano corresponde, então, mais ao moderno conceito de *doutrina*.

História da *interpretatio prudentium*. – Podemos dividir a história da *iurisprudência* romana em três fases.

1º. – *A ciência dos pontífices. – Fase esotérica.* – Até o século IV a.C. a ciência do direito é monopólio do colégio dos pontífices, que a guardam em segredo, isto é, é esotérica. Sem dúvida, o direito teórico era conhecido de todos desde a publicação das XII Tábuas. Mas o que continuava desconhecido do vulgo era a prática do direito. Para praticar os atos jurídicos ou demandar em juízo era preciso conhecer o calendário e saber quais os dias fastos, *dies fasti* (dias permitidos pelos deuses). As ações exigiam o pronunciamento de fórmulas, conhecidas somente pelos pontífices. Cabia a eles a interpretação das leis, bem como a condução dos ritos da prática jurídica negocial e processual. Neste mister, os pontífices mantiveram-se conservadores, sem acompanhar as necessidades da nova economia, que se tornava cada vez mais baseada no mercado internacional e na expansão territorial.

2º - *A divulgação da ciência dos pontífices. – Fase de vulgarização.* Um certo *Cneus Flavius*, escriba do patrício *Appius Claudius Caecus*, em aproximadamente 300 a.C., divulgou, em uma coleção chamada *ius Flavianum*, as fórmulas das ações da lei, até então guardadas em segredo pelos pontífices, assim como o calendário que estabelecia os dias *fasti* para pleitear em juízo. Os plebeus puderam assim se dedicar, como os patrícios, ao estudo do direito, bem como dar consultas em público. Tibério Coruncânio foi o primeiro a dar consultas públicas, cinquenta anos após a publicação do *ius Flavianum*.

A função dos jurisconsultos. – Segundo Cícero, o jurisconsulto deve ser *ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus*; isto é, ele deve estar apto a:

1º *Respondere*: dar consultas orais ou escritas; as consultas dos juristas se chamam *responsa prudentium*.

2º *Agere*: assistir o cliente nos processos.

3º *Cavere*: assistir o cliente na redação dos atos jurídicos.

3º - *Fase de sistematização da ciência do direito.* – Com *Quintus Mucius Scaevola*, cônsul em 95 a.C., começa o período de sistematização do direito. Este jurista, o mais célebre da época, deixou um *ius civile*, em 18

volumes, a primeira exposição metódica do direito civil, o qual foi frequentemente comentado pelos juristas imperiais.

Outros juristas famosos do final da República foram *Sextus Aelius Peto Catus* (o mais antigo, cônsul em 198 a.C., autor de um *ius Aelianum* e de uma coleção em três partes, *tripertita*, sobre as XII Tábuas, a *interpretatio prudentium* e as *legis actiones*), *M. Manilius* (cônsul em 149 a.C.), *P. Mucius Scaevola* (cônsul em 133 a.C.) e *M. Iunius Brutus*, os quais são apresentados como os três fundadores do direito civil, autores de obras puramente práticas, sem finalidade de sistematização. Depois, *Quintus Mucius Scaevola*, cônsul em 95 a.C., com o qual se inicia o período de sistematização do direito. Seu discípulo *Aquilius Gallus* (pretor em 66 a.C.) e *Servius Sulpicius Rufus*, cônsul em 51 a.C. e autor do primeiro livro de comentários ao Edito, foram contemporâneos e amigos de Cícero. Estes juristas foram chamados, pelos de época posterior, de *veteres*, i.e., os antigos.

A interpretatio prudentium era realmente fonte do direito na República? – A *interpretatio prudentium* não tinha ainda, na República, força obrigatória; não vinculava o julgador. Mas as decisões dos jurisconsultos adquiriram uma autoridade privada, moral, em razão especialmente do eminente prestígio de que gozavam no Estado romano. O conjunto de soluções, que os prudentes ofereciam, constituía um direito costumeiro novo, que servia de inspiração aos próprios magistrados, na redação dos seus editos, bem como aos jurados, nas soluções dos processos que eram a eles remetidos.

5º. Os editos dos magistrados. – Definição – Os altos magistrados romanos, cônsules, censores, pretores, governadores de província, tinham o costume de publicar, no momento de sua eleição, as declarações (*edicta*), nas quais apresentavam os seus projetos. Eram geralmente escritos em letras negras sobre tábuas pintadas de branco (*alba*). Os títulos eram escritos em letras vermelhas (*rubrae*), daí a palavra *rubrica*.

Dentre os *edicta*, os únicos que interessam às fontes do direito são os dos magistrados judiciários, investidos da função de *dizer o direito* (*iurisdictio*). Eram, em Roma, os editos dos pretores e dos edis curulis; nas províncias, os dos governadores e questores. O edito que teve o papel mais importante na formação do direito é o do pretor urbano, *edictum urbanum*.

Influência do edito do pretor na formação do direito. Para explicar a influência do pretor na formação do direito romano, é preciso indicar brevemente quais foram as formas sucessivas de procedimento na República.

1º Até o II séc. a.C.: o sistema das legis actiones. – A instância dividia-se em duas fases sucessivas: a fase *in iure* e a fase *apud iudicem*. A função judiciária era dividida entre duas pessoas: o magistrado (pretor, edil curul etc.) e o juiz (*iudex*), um simples particular escolhido para uma determinada causa.

Papel passivo do magistrado. – O magistrado dirige e organiza a instância, mas não julga a causa. Ele participa apenas da primeira fase da

instância. Perante ele as partes apresentam, de forma solene, as suas pretensões contraditórias. O magistrado assegura-se de que foram rigorosamente observadas as formalidades previstas na lei e que não podem ser modificadas por ele. Nestas condições é compreensível que o pretor não podia exercer, naquele período, qualquer influência na solução do processo, nem sobre a formação do direito.

2º A partir do II séc. a.C.: o procedimento formulário. Na metade do II séc. a.C. (ca. 149 a.C.) a *lex Aebutia* introduziu um novo sistema de procedimento, o procedimento por fórmula escrita, que permitiu ao magistrado de assumir um papel considerável na formação do direito.

Papel ativo do magistrado. – As partes expõem ao magistrado, sem qualquer formalismo, suas pretensões contraditórias. Se entender correto, o pretor concede a eles uma fórmula escrita (*formula*), no qual se estabelece uma ordem ao juiz de condenar ou absolver, depois de analisar se os fatos dão fundamento às alegações do autor. A fórmula é um programa rígido que o juiz (*iudex*) deve seguir ao pé da letra.

Importância do papel do pretor. – O pretor poderia recusar-se a entregar uma fórmula, mesmo quando as pretensões do autor estavam em conformidade ao direito civil. Ele também poderia conceder uma fórmula mesmo no caso de o direito civil não reconhecer ao autor qualquer direito. Enfim, ao confeccionar a fórmula, ele poderia até paralisar o efeito de um direito civil, outorgando uma exceção.

Por isso é freqüente dizer que os pretores *confirmam, complementam e corrigem* o direito civil.

O imperium do pretor. – Como o pretor, encarregado de aplicar a lei, pode ter o poder de alterá-la e de fazer nascer um direito novo? O pretor possuía, como todos os magistrados judiciais, a *iurisdictio*, o poder de dizer o direito, mas tinha também, como todos os magistrados superiores e outrora os reis, o *imperium*, o poder de tomar, nos limites de sua competência, as medidas que lhe pareciam úteis. É em virtude de seu *imperium* que, desde a introdução do procedimento formulário, o pretor podia suprir as lacunas do direito civil, graças a quatro procedimentos: a imissão na posse, as estipulações pretorianas, os interditos e as *in integro restitutiones*, que serão estudados na parte que trata das ações.

O Editto do Pretor. – O Pretor indicava previamente no seu editto, afixado no fórum, os casos nos quais ele usaria de seu *imperium*. As diversas fórmulas que ele dava às partes litigantes para a proteção de seus direitos.

Diversos tipos de editto: edictum perpetuum, edictum repentinum. – O editto era obrigatório enquanto duravam os poderes de seu autor, isto é, um ano. Por isso, era chamado de *edictum perpetuum* (*perpetuum* significa, aqui, permanente). Ao editto perpétuo se opunha o *edictum repentinum* que o pretor expedia no decorrer de suas funções, quando se encontrava diante de um caso especial não previsto pela lei. Esta faculdade, porque gerou abuso de certos pretores, que acabaram por violar o próprio editto, foi tolhida pela *lex Cornelia*, de 67 a.C.

A *pars translaticia* do edito. - O edito era anual e sua autoridade expirava com os poderes de seu autor. O novo pretor publicava um edito e não estava mais, em princípio, obrigado a manter aquele de seu predecessor. Mas, de fato, o edito adquiriu uma firmeza comparável a da lei. Cícero o denomina *lex annua* (lei anual). As cláusulas do edito que pareciam justas e úteis eram mantidas pelos pretores sucessivos e formavam a *pars translaticia* do edito, à qual se opunha a *pars nova*.

Ao lado dos editos, que eram disposições gerais e permanentes e que obrigavam os magistrados até o final de seus mandatos, existiam também medidas individuais e circunstanciais, os decretos. Da distinção entre editos e decretos é que se extrai uma importante distinção entre ações editais e ações decretais, a ser estudada na parte das ações.

O direito honorário. - O conjunto de regras contidas nos editos formava o direito pretoriano, *ius praetorium*; ou, de genericamente, o direito honorário (*ius honorarium*), porque emanado de magistrados investidos de funções públicas, *honores* (pretor, edis curvis, governadores etc.). O direito honorário opõe-se ao direito civil, conservador, rigoroso e formalista.

Ele é mais leve e mais progressista. Sua função tradicional é de confirmar, suplementar e corrigir o direito civil (*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*).

Comparação entre o edito e a lei. - Há as seguintes diferenças entre o edito e a lei:

1º. Quanto à sua aplicação no tempo: a eficácia do edito cessa com os poderes do magistrado que foi o autor dela; o edito é anual, enquanto a lei é perpétua.

2º. Quanto à sua aplicação no espaço: o edito aplica-se somente na região territorial do magistrado que o estabeleceu. A lei estende-se a todo território submetido à dominação de Roma.

3º. Quanto à sua eficácia teórica: à diferença da lei, o edito não pode diretamente ab-rogar nem criar uma regra de direito.

É preciso notar que esta inferioridade do edito em comparação à lei é mais aparente do que real. Isto por pelo menos três razões: a) como vimos, a *pars translaticia* do edito deu a ele uma estabilidade temporal igual à da lei; b) as cláusulas do edito do pretor urbano que eram consideradas úteis pelos outros magistrados eram freqüentemente reproduzidas nos seus editos; c) quanto à eficácia do edito, se não é teoricamente igual à da lei, na prática tem praticamente a mesma força.

Direito das Gentes ou *ius gentium*. - O velho *ius civile*, conservador e restrito, sofreu a concorrência não somente do direito honorário. Ele foi igualmente rivalizado por um outro direito progressista, o *ius gentium*.

A oposição entre *ius civile* e *ius gentium* é de essência internacional. O *ius civile* é o direito nacional, autóctone da comunidade romana. O *ius gentium* é, ao contrário, um direito que é comum aos romanos e aos demais povos da civilização mediterrânea. É, por exemplo, o direito que o

pretor peregrino aplica entre dois estrangeiros de lei nacional diferente ou entre um Romano e um peregrino.

Naturalmente, na proporção em que Roma conquista o Mediterrâneo e desenvolve suas relações comerciais e intelectuais, o *ius gentium* é aplicado com mais freqüência em Roma. No final do período republicano, ele torna-se o que poderíamos denominar uma espécie de direito comum do Estado romano.

Mas sua influência não pára aí. Os Romanos, verificando que as disposições dele eram muitas vezes mais perfeitas de que as suas, adotaram-nas até mesmo para as relações entre eles. É assim, por exemplo, que a tradição substitui progressivamente o antigo modo de transferência da propriedade, que é a formal *mancipatio*, que a *sponsio* romana foi trocada pela *fidepromissio* etc.

Direito Natural. – Finalmente, neste mesmo período final de República, os filósofos e certos juristas começam a falar de um direito natural, um direito superior, *ideal*, vindo dos deuses ou da natureza. Cícero refere-se a ele como a *vera lex naturae congruens... constans, sempiterna*.

Com certa variação, mas com semelhanças, os jurisconsultos clássicos definirão o *ius naturale* desde como uma espécie de *ius gentium* estendido a toda humanidade até como um direito comum ao seres vivos em geral. Mas, apesar das divergências conceituais, o direito natural terá uma grande influência sobre o direito positivo, sobretudo quando a doutrina estoica tornar-se uma prestigiada corrente de pensamento no período do Alto Império.

3º PERÍODO – O ALTO IMPÉRIO

Limites. – Este período começa com o principado de Augusto (27 a.C.) e termina com a morte de Diocleciano (284 d.C.). O período do Alto Império, ou Principado, é caracterizado pelo fato de o imperador (*princeps*) dividir, teoricamente, o poder com o Senado. É uma *diarquia*, um governo por dois.

Organização política. – As magistraturas: o imperador; seus agentes; os antigos magistrados. – O imperador, *princeps*, primeiro magistrado, reúne todas as atribuições que, na República, eram divididas entre os diversos magistrados. Sua autoridade repousa: a) no *imperium* proconsular que ele recebe do exército e do Senado, em virtude dos quais ele tem o comando do exército, o direito fazer a nomeação de todos os empregos civis e militares, o direito de fazer a guerra ou a paz etc.; b) no poder tribunício que ele recebe do povo, no dia sua ascensão, por uma *lex de império* em virtude da qual ele é inviolável.

Ele tem a administração das províncias imperiais e o gozo de seu tesouro privado, o *fiscus*. O que era uma província imperial? Em consequência das guerras, as províncias romanas tornaram-se numerosas. Distinguiam-se: a) as *províncias imperiais*, submetidas à administração do imperador e cujas receitas somavam-se ao tesouro do imperador; b) as *províncias senatoriais* ou províncias do povo, administradas pelos procônsules ou pelos propretors, designados, ao menos em teoria, pelo Senado e cujas receitas eram revertidas ao tesouro público, o *aerarium*.

Em geral, as províncias imperiais eram as das novas fronteiras ou aquelas para as quais era necessária a presença de forças armadas.

Os antigos magistrados republicanos. – Os magistrados da República não desapareceram. Cônsules, pretores, edis etc. continuam a ser eleitos pelos comícios até 14 d.C.; depois pelo Senado, que herda, nesta data, os poderes eleitorais dos comícios, isto é, na verdade, pelo imperador, que exerce sobre as eleições um influência cada vez maior. Mas a autoridade dos antigos magistrados romanos é completamente ofuscada pela autoridade do imperador e de seus delegados. O papel deles será apenas honorífico.

Os comícios. – Os comícios perdem seus poderes eleitoral, judiciário e legislativo. O poder judiciário em verdade já havia perdido toda importância no final da República, com o aumento progressivo das *quaestiones perpetuae*, isto é, com os tribunais especiais compostos de certo número de cidadãos (semelhantes aos júris modernos), presididos por um pretor, para julgar delitos públicos específicos. No império estes tribunais caem em desuso com o desenvolvimento de uma jurisdição denominada *extra ordinem*.

O Senado. – O Senado herdou o poder eleitoral dos comícios e parte de seu poder legislativo. Ele compartilha, com o imperador, do poder judiciário e administra as províncias senatoriais cujas receitas revertem ao erário público.

Por outro lado, o Senado perde a sua função de corpo consultivo. Perde também a sua independência e se submete ao imperador, não obstante alguns sobressaltos de independência. O equilíbrio fundado ficticiamente por Augusto é rapidamente quebrado em favor do imperador.

As fontes do direito. – São elas:

- 1º. O costume;
- 2º. A lei;
- 3º. Os senátus-consultos;
- 4º. O edito dos magistrados;
- 5º. As constituições imperiais;
- 6º. Os *responsa prudentium*.

1º. O costume. – O costume continua sendo importante na formação do direito, sob o Império.

2º. A lei. – Até o final do Iº século d.C. ainda encontramos *leges rogatae*, votadas, como outrora, nos comícios. Citem-se, como exemplo, sob Augusto, as famosas *leges Iuliae*. Depois disso encontramos apenas algumas *leges datae*. As *leges datae*, surgidas no final da República, são medidas tomadas em nome do povo, antes por um magistrado e agora pelo imperador, em favor de certas pessoas, de certas cidades ou províncias.

3º. Os senátus-consultos. – Os *senatusconsulta* são medidas legislativas emanadas do Senado.

Origem. - Na República, o Senado não tinha poder legislativo propriamente dito. Ele se limitava a emitir um voto de aprovação de uma medida legislativa tomada por um pretor.

O *senatusconsultum* era geralmente emitido por proposta (*oratio*) de um cônsul, de quem recebia o nome: por exemplo, *Senatusconsultum Trebellianum*.

No principado, o Senado continua por certo tempo esta prática de injunção aos magistrados. Mas com o desaparecimento de fato dos comícios, o Senado herda o poder legislativo. Logo todo *senatus-consulto* passou a ser deliberado por proposta do imperador (*oratio principis*). O Senado, com o tempo, por submissão, passa a votar as propostas do imperador sem mesmo as discutir. Algumas vezes a própria *oratio principis* é tomada como *senatusconsultum*. Como exemplos: a *oratio Severi* (de 195 d.C.) interditou o tutor de alienar os *prédios rústicos ou suburbanos* de seu pupilo; a *oratio Severi et Antonini* (de 206) relativa à doação entre esposos.

4º. O edito dos magistrados. - Diminuição de sua importância. - O papel do pretor, tão importante na República, diminui no principado. A partir da metade do século I d.C., os pretores contentaram-se, em geral, a reproduzir os editos dos pretores anteriores.

O Edictum perpetuum de Sálvio Juliano. - Em uma data indeterminada, entre 125 e 138, o jurisconsulto *Salvius Iulianus*, Juliano, foi encarregado pelo imperador Adriano de codificar os *edicta perpetua* publicados pelos pretores. Este código denominou-se *Edictum Perpetuum* (agora com um novo sentido para o termo *perpetuum*).

A publicação do Edito Perpétuo foi o golpe decisivo à legislação dos pretores, que tiveram de se conformar às soluções nele consagradas, sem poder fazer qualquer alteração.

Reconstituição do Edito Perpétuo. - A obra de Juliano não chegou diretamente até a modernidade. Mas o Digesto de Justiniano reproduz diversos fragmentos dele. O romanista Otto Lenel, em 1883, a partir desses elementos, pôde reconstituir-lhe o texto original, que hoje se encontra à disposição dos pesquisadores.

5º. As constituições imperiais. - As constituições imperiais são medidas legislativas emanadas do imperador.

Origem. - No início, o Príncipe, como qualquer magistrado, não tinha o poder legislativo. A partir de Adriano (imperador entre 117 e 138 d.C.), o poder legislativo dos imperadores começa a desenvolver-se justamente quando o edito do pretor deixa de ser uma fonte viva do direito. Em breve, as constituições imperiais tornar-se-ão a mais importante fonte do direito.

Diferentes espécies. - Podemos distinguir quatro tipos de constituições imperiais: os *edicta*, os *mandata*, os *decreta* e os *rescripta*.

a) Os *edicta* são as disposições análogas aos editos dos magistrados. São também anunciadas pelo imperador quando assume seu cargo.

b) Os *mandata* são as instruções dirigidas pelo imperador aos seus funcionários e, particularmente, aos governadores de província, traçando-lhes uma linha de conduta no exercício de sua magistratura.

c) Os *decreta* são as decisões judiciais dadas pelo imperador nos processos em que a ele se apelou ou que ele próprio avocou a si. Os *decreta* desempenharam importante papel na formação do direito porque os magistrados e os governadores de província conformavam-se em seus julgamentos à jurisprudência imperial.

d) Os *rescripta* são as respostas dadas pelo imperador a um funcionário ou a um particular, sobre questões de direito que lhe são formuladas. A resposta era escrita seja no próprio requerimento do particular (quando levava o nome de *subscriptio*), seja em folha separada (a *epistula*) em resposta à pergunta feita por um funcionário.

6º. Os *responsa prudentium*. – Os *responsa prudentium* tornaram-se importante fonte do direito no Alto Império, especialmente depois de uma reforma realizada por Augusto.

O *ius publice respondendi*. – Até Augusto, os prudentes eram simples jurisconsultos que respondiam às consultas sem caráter oficial. Augusto concedeu, a alguns deles, uma qualidade oficial, ao atribuir-lhes o *ius respondendi*, isto é, o direito de dar respostas oficiais às consultas que lhes fossem dirigidas.

A força dos *responsa prudentium*. – Os *responsa* (respostas, pareceres) dos prudentes que gozavam do *ius publice respondendi* vinculavam, quanto ao direito, os julgadores aos quais eram os pareceres encaminhados. Revestidos do selo imperial, suas consultas eram estimadas como tendo sido dadas em nome do povo (*publice*). Fundamentados, em tese, na vontade popular, tinham a mesma autoridade da lei que eles interpretavam.

Neste período os *responsa prudentium* vinculavam somente o árbitro do processo na ocasião em que eram emitidos. Ao contrário, segundo um texto de Gaio (G.1,7) os pareceres têm força de lei quando eles estão todos de acordo em um determinado assunto, em virtude de um rescrito do imperador Adriano. Deixaram de ser, então, um mero parecer para um caso particular e passaram a formar uma fonte de direito fundada nas opiniões vinculantes dos jurisconsultos que gozaram do *ius respondendi*. Esta nova fonte do direito encontrava-se escrita nas obras deixadas por eles ao longo de suas vidas e deviam ser seguidas pelos órgãos julgadores.

Principais Jurisconsultos do Alto Império. – O principado é período mais criativo da história da literatura jurídica romana.

Sabinianos e Proculianos. – Até o império de Antonino Pio, os jurisconsultos são divididos em duas escolas rivais: a) a escola de Sabino (*Sabini schola*), fundada por *Capito*, ao qual sucedeu *Massurius Sabinus*, que deu nome à escola, e depois por *Cassius*, *Iavolenus* e *Iulianus*, que codificou o Edito Perpétuo, *Pomponius* e *Gaius*; b) a escola de Próculo (*Proculi schola*), fundada por *Antistius Labeo*, teve por sucessores *Proculus*, *Celsus* e *Neratius*.

Diferenças entre as duas escolas. – É difícil reconhecer uma linha de demarcação entre as duas escolas. É costume apresentar a escola sabiniana como mais conservadora, representada por autores-juristas (*auctores*) mais tradicionais, enquanto que a escola de Próculo como mais inovadora.

No período dos imperadores Antonino Pio e Marco Aurélio, o jurista mais célebre é Gaio. Sua obra principal são as *Institutiones* (ou *Commentarii*) em quatro livros, que serviu de modelo para as Institutas de Justiniano.

O manuscrito original das Institutas de Gaio foi descoberto em 1816 na biblioteca da Catedral de Verona, pelo historiador Barthold Georg Niebuhr. Era um manuscrito palimpsesto, isto é, um pergaminho raspado e reutilizado. Sobre o manuscrito de Gaio, que foi raspado no século VI, foi copiado um texto das cartas de São Jerônimo. Com o auxílio de reagentes químicos foi possível fazer desaparecer a segunda escrita e reconstituir a primeira, com exceção de alguns fragmentos. A descoberta permitiu uma grande revisão nos estudos do direito romano do período de Gaio. Em 1933, a descoberta no Cairo de um papiro com textos das Institutas permitiu uma luz ainda maior no conhecimento da obra de Gaio.

Mas permanecem incertos a origem de Gaio e o local em que viveu. Provavelmente nasceu sob o império de Adriano (117-138), publicou suas obras no período dos imperadores Antonino Pio e Marco Aurélio (138 a 180). Suas obras foram muito populares nos tempos de Teodósio II (século V) e de Justiniano. Supõe-se que tenha sido professor em uma província asiática, pois ele se ocupa muito do direito provincial e se denomina da escola sabiniana, quando em Roma a distinção das duas escolas já não estava mais na moda.

Os jurisconsultos no final do IIº século d.C. – Os principais juristas são Paulo, Ulpiano e Papiniano, este último considerado o maior jurisconsulto romano.

Papiniano foi prefeito do pretório no período dos imperadores Severo e Caracala (198 a 211) e acabou assassinado, em 212, por motivos políticos, por ordem do imperador Caracala. Suas principais obras foram os livros de *responsa* e de *quaestiones*.

Depois de Papiniano, Paulo e Ulpiano foram ambos assessores de Papiniano no Pretório. Foram os dois últimos grandes jurisconsultos. Deixaram, cada um, diversos livros de comentários ao Edito do pretor e de direito civil. Paulo também escreveu livros de *responsa* e de sentenças (*sententiae*), e Ulpiano, de regras (*regulae*).

Com estes dois juristas encerra-se o período clássico da jurisprudência romana, que não mais revelará grandes juristas, salvo talvez Modestino. A partir de então os *responsa prudentium* deixam de ser uma fonte viva do direito.

4º PERÍODO – O BAIXO IMPÉRIO

Limites. – Este período começa com a morte do imperador Diocleciano (284 d.C.) e encerra-se com a morte do imperador Justiniano (565 d.C.). É caracterizado, do ponto de vista político, pelo fato de o imperador governar sozinho. À diarquia do Alto Império, sucede a monarquia.

Organização Política. – *Divisão do Império.* No início do século IV, com Constantino, a sede do governo é transferida para Constantinopla. Depois da morte de Teodósio I, o império se divide em duas partes: Império do Oriente e Império do Ocidente. Na chefia de cada Império encontra-se um imperador. O Império do Ocidente desaparece em 476, invadido pelos

bárbaros. O Império do Oriente manter-se-á até a tomada de Constantinopla pelos turcos em 1.453. Mas prevaleceu o uso de limitar o estudo do direito romano até o ano 565, data da morte de Justiniano.

O Imperador. – Ele possui um poder absoluto. Sem dúvida, seu poder, já no Alto Império, havia de fato se tornado absoluto com a progressiva submissão do Senado. Mas o imperador era ainda, ao menos em teoria, um magistrado investido do poder por meio de eleições.

O imperador exerce o poder com um conselho (*consistorium*), antigo *consilium principis*, e com a ajuda de inúmeras pessoas, ao mesmo tempo ministros e domésticos: o *quaestor sacri palatii*, o *magister officiorum* etc., que estão na chefia de numerosos funcionários especializados e hierarquizados.

A insegurança política e econômica leva ao nascimento e desenvolvimento de um verdadeiro socialismo de Estado, que tende a sobrecarregar uma burocracia já excessiva.

As antigas magistraturas republicanas. – As antigas magistraturas republicanas não desapareceram, mas os magistrados perderam todas as suas atribuições: o pretor urbano organiza os jogos, os questores cuidam de questões municipais etc.

O Senado. – No Baixo Império é mero conselho municipal da capital.

Fontes do Direito. – *Desaparecimento das antigas fontes.* – As fontes do direito antigas (leis, senátus-consultos e responsa prudentium desapareceram).

Lei das citações. – Em 426, Teodósio II e Valentiniano III, renderam uma Constituição Imperial, conhecida pelo nome de *lei das citações*, confirmando a autoridade dos escritos de Paulo, Ulpiano, Papiniano, Modestino e Gaio, bem como a de algumas obras de *Scaevola*, *Sabinus* e *Juliano* – citadas por eles, mas desde que fosse possível apresentar um manuscrito de suas obras. Em caso de desacordo entre os jurisconsultos, importa decidir de acordo com a maioria. Em caso de empate entre os jurisconsultos, importa decidir de acordo com a opinião de Papiniano. Esta determinação livrou os juizes (frequentemente de fraca cultura) de discussões inextricáveis e de citações fantasiosas de advogados mal intencionados. Por outro lado, a lei das citações revogava a regra da unanimidade exigida por Adriano.

Única fonte: as constituições imperiais. – As constituições imperiais, agora chamadas de *leges*, são as únicas fontes do direito do Baixo Império. O poder legislativo do imperador é afirmado nas Institutas de Justiniano de um modo enérgico, atribuído a Ulpiano: *quod principi placuit, legis habet vigorem* (o que agrada ao príncipe tem força de lei). Por conseqüência, admite-se que o imperador é, igualmente, o único e aceitável intérprete da lei.

As diversas variedades de constituição imperial existentes no Alto Império (*mandata*, *decreta*, *edicta*, *rescripta*) tendem a se confundir, até que finalmente todas elas levam o nome de *edicta*. Mas não há qualquer

semelhança entre os antigos *edicta* dos magistrados com os *edicta* ou *leges edictales* dos imperadores do Baixo Império.

Os *edicta* são as ordens dos imperadores dirigidas a um destinatário específico: o Senado, um funcionário qualquer (prefeito do pretório, governador de província etc.).

Os monumentos do direito no Baixo Império. – Para conhecê-los, é preciso distingui-los nos três períodos:

1º Antes de Justiniano. *compilações não oficiais até 1º ofic: CODEX de Teodósio*

2º Obras de Justiniano.

3º Depois de Justiniano.

1º Antes de Justiniano.

a) Compilações privadas. – São as primeiras compilações, sem caráter oficial.

O Código Gregoriano e o Código Hermogeniano (entre o final do IIIº século o início do IVº século) são compilações de constituições imperiais. Estes dois códigos não nos foram transmitidos diretamente. Eles são-nos conhecidos por meio de fragmentos do Vaticano e de leis romanas dos bárbaros.

Os fragmentos do Vaticano (do final do século IV) são uma compilação de constituições imperiais e de excertos de numerosos jurisconsultos (descobertos pelo cardeal Mai em 1821).

A *collatio mosaicorum et romanorum legum*, da mesma época, é uma comparação entre a legislação romana e as leis mosaicas.

O *livro siro-romano*, ou *leges seculares* (leis seculares) é uma recolha de direito romano aplicada na Síria. O texto original latino foi perdido e seu conteúdo nos foi transmitido por traduções árabes e siríacas.

b) Codificações oficiais. – O *Código Teodosiano*. – A primeira codificação oficial das *leges* é o *Codex Theodosianus*, promulgado no Oriente, em 438, por Teodósio II e tornado obrigatório no Ocidente sob o império do Valentiniano III. É uma compilação de constituições imperiais publicadas desde Constantino.

Ela nos é conhecida graças a lei romana dos Visigodos e dos Burgúndios.

Leis romanas dos bárbaros. – Os reis bárbaros que invadiram o Ocidente respeitaram as leis dos romanos e fizeram redigir, para os vencidos, compilações de normas romanas. São exemplos disso: a lei romana dos Visigodos ou Breviário de Alarico (506 d.C.), a lei romana dos Burgúndios (promulgada ca. 502), o edito de Teodorico, rei dos Ostrogodos (ca.500).

2º A Obra de Justiniano.

Finalidade. – Foi para facilitar o trabalho dos juristas, que tinham de recorrer a grande quantidade de textos dos antigos jurisconsultos,

freqüentemente contraditórios, que Justiniano empreendeu enorme trabalho de codificação.

Em ordem cronológica, seus esforços compreenderam as seguintes obras:

- 1º O *Codex* (529);
- 2º Os *Digesta* (533);
- 3º As *Institutas* (533);
- 4º O Segundo *Codex* (534);
- 5º As *Novelas*.

1º O *Codex* (529). – O Código de Justiniano é uma compilação de constituições imperiais em vigor no momento de sua redação.

Redação. – Para elaborar seu código, Justiniano nomeou uma comissão de dez membros, sob a presidência de Triboniano. Ele deveria refundir os três Códigos anteriores (o *Codex Gregorianus*, o *Codex Hermogenianus* e o *Codex Theodosianus*) e nele ajuntar as novas constituições. Este primeiro código, publicado em 529, não chegou até nós.

2º Os *Digesta*. (533) – O Digesto é uma coleção metódica de fragmentos extraídos das obras dos jurisconsultos romanos, denominada originalmente de *Digesta* (de *digere*, selecionar, ordenar, classificar) ou *Pandectas*.

Redação. – A redação do Digesto foi confiada a uma comissão de dezesseis membros, dirigida por Triboniano. Esta comissão dividiu-se provavelmente (segundo a hipótese proposta por Bluhme, em 1823) em três, e depois em quatro subcomissões, correspondentes às diferentes massas de obras a consultar: a massa Sabiniana (obras de *Sabinus*), a massa edital (de comentários ao Edito), a massa Papiniana (obras de *Papinianus*) e a massa das demais obras não abrangidas nas três subcomissões precedentes. No total, foram aproveitados trechos de cerca de 2.000 obras de jurisconsultos clássicos.

As três primeiras massas, que são essenciais, correspondiam ao programa dos três primeiros anos de ensinamento do Direito.

Composição. – O Digesto compreende cinquenta *libri* (livros). Cada livro é dividido em *tituli* (títulos). Cada título é dividido em *leis* ou *fragmentos*, com o nome do jurisconsulto e da obra de onde foram extraídos. Cada *lei* ou *fragmento* é dividido em parágrafos. Assim, a citação do Digesto apresenta-se da seguinte forma: por exemplo, D.14,4,5,7 – isto é: Digesto, livro XIV, título 4, fragmento 5, parágrafo 7.

O Digesto é um livro de manuseio sutil e merecedor de grande cuidado na leitura, especialmente porque os textos originais dos juristas são, muitas vezes, interpolados, isto é, sofrendo alterações, já não refletiam mais o clássico direito romano. A caça às interpolações, com o fim de restabelecer o texto original dos juristas clássicos, ocupou grande parte dos romanistas do início do século XX.

3º As *Institutas*. – As *Institutas* são um manual de ensinamento destinado aos estudantes de Direito de Constantinopla e de outros grandes centros de estudos superiores (como Beirute).

Redação. – Esta obra foi redigida por Triboniano, Doroteu (professor de Constantinopla) e Teófilo (professor de Berito), segundo o modelo dos Comentários de Gaio, dos quais textos inteiros foram copiados.

Composição. – As Institutas são divididas em quatro livros; cada livro em títulos; cada título, em parágrafos.

4º O Segundo Codex. (529) – É uma segunda edição do *Codex* de 529, atualizada com as reformas legislativas de Justiniano. Seu texto chegou-nos integralmente.

Composição. – O Código justinianeu é dividido em doze livros; cada livro em títulos; cada título em leis (ou constituições) e cada lei em parágrafos.

5º As Novelas. – É a **compilação das novas constituições** (*novellae leges*) promulgadas por Justiniano depois da confecção do Código. Estas constituições novas foram objeto de compilações de natureza privada, notadamente o *epítome de Juliano* e o *Authenticum*.

O Corpus Iuris Civilis. – O conjunto da obra de Justiniano forma um monumento jurídico que ficou conhecido pelo nome de *Corpus Iuris Civilis*, dado no século XVI pelo humanista Denys Godefroi (Godofredus).

3º Depois de Justiniano.

As duas principais obras legislativas posteriores a Justiniano são:

a) A *Paráfrase das Institutas de Justiniano*, em grego, publicada pouco depois das Institutas, de autoria de Teófilo, um dos redatores das Institutas.

b) As *Basílicas*, compilação em língua grega que reúne, em 60 livros e em uma ordem lógica e nova, extratos das Institutas, do Digesto e do *Codex*. Esta compilação foi publicada no século IX, sob a ordem do imperador Leão, o Filósofo. Ela é acompanhada de comentários, designados *escólios* (da palavra grega *scolia*, nota), de épocas diversas, algumas remontando ao VI século.

A LEI DAS XII TÁBUAS

ELIANE MARIA AGATI MADEIRA*

SUMÁRIO:

1. Antecedentes da Lei das XII Tábuas
 - 1.1 A queda da Realeza e a instalação da República em Roma
 - 1.2 Os privilégios do novo patriciado e o "nascimento da plebe". As reivindicações plebéias.
2. O processo de elaboração da Lei das XII Tábuas
3. Reconstituição do texto da Lei das XII Tábuas
4. Conteúdo da Lei das XII Tábuas
5. Importância da Lei das XII Tábuas

1. Antecedentes da lei das XII Tábuas

1.1 A queda da Realeza e a instalação da República em Roma

A compreensão da Lei das XII Tábuas é facilitada mediante o conhecimento e a reflexão dos fatos históricos que a antecederam e que contribuíram para sua criação.

Como se sabe, a primeira forma de governo adotada pelos romanos foi a Realeza, que perdurou das origens de Roma até, segundo a tradição, a expulsão do sétimo rei romano, Tarquínio, o Soberbo, de origem etrusca, em 510 a.C., por meio de uma revolução que idealizava atribuir a administração da *civitas* ao povo¹.

A historiografia romana entende que o período da Realeza foi constituído, na verdade, de duas fases. Na primeira etapa, a influência latina se fez sentir e o rei, chefe político e religioso de uma federação de *gentes*², era na verdade o representante da aristocracia ou patriciado,

* Doutora em Direito Romano e Civil pela USP. Especialista em Direito Romano pela "Università di Roma La Sapienza". Professora Titular de Direito Romano na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

¹ De acordo com a tradição, o fato que levou o povo a revoltar-se contra os reis diz respeito ao estupro de Lucrecia, virtuosa matrona romana. Esposa de Tarquínio Colatino, Lucrecia teria sido estuprada por Sexto Tarquínio, filho do Rei. Envergonhada pelo ultraje sofrido, Lucrecia, arquétipo da *pudicitia* feminina, empunhando um punhal, mata-se diante de seu pai e marido, não sem antes proferir as célebres palavras: "Vós cobrareis o que aquele homem deve. Mesmo isenta de culpa, não me sinto livre do castigo. Nenhuma mulher há de censurar Lucrecia por ter sobrevivido a sua desonra" (TITO LÍVIO, *História de Roma*, I, 58. As traduções da obra de Lívio utilizadas pela presente autora são de MATOS PEIXOTO, São Paulo, Paumape, 1989).

² É importante ressaltar, cf. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, Napoli, Jovene, vol. I, 1951, pp. 28

investido por ela de seus poderes. Posteriormente, com a ocupação etrusca, o poderio do patriciado extingue-se e inicia-se uma monarquia diversa, de caráter popular, odiada pela antiga nobreza³. Em tal monarquia a autoridade real é exercida diretamente sobre o povo, por meio do *imperium* do soberano e não mais por intermédio das gentes. É a esta monarquia que se atribui a fundação jurídica e urbanística da cidade.

Em 510 a.C., em reação ao domínio monárquico, funda-se a República. No entanto, a constituição original da *Res Publica* é exemplo típico de uma oligarquia pura⁴. Afinal, foi a nobreza dos primórdios da Realeza, o patriciado, quem instigou e foi responsável pela extinção da monarquia popular dos reis etruscos.

A República sustenta-se sobre uma constituição política tripartida: Magistraturas, Senado e Comícios. O outrora rei vitalício é substituído por dois cônsules (princípio da colegialidade das magistraturas republicanas) que, em princípio, exercem o consulado durante apenas um ano (característica da temporariedade das magistraturas republicanas). No entanto, a estrutura, a fonte e o conteúdo do poder consular têm essência monárquica⁵.

1.2 Os privilégios do novo patriciado e o “nascimento da plebe”. As reivindicações plebéias.

O acesso ao consulado e às demais magistraturas republicanas, inicialmente, é reservado aos patrícios. Delas estão excluídos os demais membros do povo, que ignoram por meio de quais regras e costumes o direito é constituído e aplicado. O direito, mantido, em segredo, é de conhecimento exclusivo dos pontífices, também eles patrícios.

Tal situação, adicionada às graves dificuldades econômicas que proporcionavam o endividamento de grande parte da população, foi responsável pelo “nascimento da plebe”⁶ enquanto grupo coeso e consciente de suas reivindicações. A par dos diversos grupos que a compunham, a mesma marginalização os unia. A plebe, no dizer de HUMBERT⁷, é uma

e segs., que, ao interno da *gens*, verdadeiro organismo político soberano, há uma classe de pessoas a ela subordinada, a clientela. Os clientes têm obrigações em relação a seus patronos e deles recebem assistência. Há entre eles um vínculo recíproco fundado na *fides*. Dedicados os clientes à agricultura, essa classe, formada especialmente por estrangeiros e desprovida da cidadania romana, fornece a principal força de trabalho no *ager publicus*. No entanto, não há que confundi-los com os plebeus, que têm origens, funções sociais e políticas diversas. A submissão destes, diferentemente dos clientes, ocorreu no interior da *civitas* e não da *gens*.

3 HUMBERT, Michel, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Paris, Dalloz, 1997, p. 188.

4 HUMBERT, cit., p. 203.

5 HUMBERT, cit., p. 190.

6 Para conhecer as diversas teorias que procuram explicar a origem da plebe, baseadas seja na diversidade étnica, seja em dados políticos e econômicos, vide DE MARTINO, cit., ps. 55 e segs. que nos oferece um panorama do estado da literatura sobre o tema.

7 HUMBERT, p. 198 (tradução nossa).

“realidade política rigorosamente definida” e representa uma “fração da Cidade que se colocou em oposição duradoura contra a organização oficial ou patricia da Cidade”. De acordo com tal perspectiva histórica, “a plebe nasceu na ilegalidade”⁸ em 494 a.C. E assim, como reação à revolução aristocrática que houvera dado início à república, os plebeus deram início a uma segunda revolução. É bem verdade que a imensa massa de trabalhadores, artesãos e pequenos comerciantes que compunham a plebe já era considerada, durante a monarquia etrusca, como formada de cidadãos integrantes dos comícios por cúrias⁹, do exército e dos comícios centuriados¹⁰. Mas isso não havia lhes trazido de fato nenhuma prerrogativa.

As reivindicações plebéias, de acordo com SERRAO¹¹, deram-se nos mais variados campos: econômico, social, político e jurídico. Quanto ao primeiro aspecto, pleiteavam os plebeus participação na distribuição de terras. Do ponto de vista social, almejavam a igualdade de direitos e a abolição das distinções jurídicas de classe. No que diz respeito aos aspectos político e jurídico, requeriam participação no poder e a conquista da certeza do direito a ser-lhes aplicado.

É de se ressaltar que o endividamento da plebe, na época em que vigorava ainda o princípio da responsabilidade pessoal do devedor, provocava a submissão de diversos de seus membros aos credores e este foi um dos fatores que mais contribuiu para sua revolta¹².

Os plebeus saem de Roma em 494 a.C. e se instalam no Monte Sagrado, a alguns quilômetros de Roma, onde votam as *leges sacratae*, cuja observância juram impor com força revolucionária. Seu retorno à Roma foi condicionado ao reconhecimento da primeira magistratura plebéia: o Tribunato da Plebe.

Eleitos anualmente pelos plebeus nos *concilia plebis*, inicialmente em número de dois¹³,

8 HUMBERT, cit., p. 198.

9 A origem dos comícios por cúrias remonta à Realeza. Segundo MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, vol. I, p.17, eram tais comícios inicialmente compostos apenas de patricios. Em fins do século III a.C. os plebeus são nele admitidos. Na República, mantendo-se a tradição já iniciada na Realeza, tinham apenas competência para votação da *lex curiata de imperio* e apreciação das ad-rogações e testamentos. DE MARTINO, cit., p. 130, no entanto, considera provável que a admissão dos plebeus aos comícios por cúrias tenha sido efetuada ainda na Realeza, durante a monarquia etrusca. Os comícios por centúrias, por sua vez, “constituem a assembléia por excelência da Constituição Republicana”, embora sua criação seja atribuída ao rei Sêrvio Túlio (578-535 a.C.). Eram tais comícios integrados por patricios e plebeus agrupados de acordo com seus patrimônios. Entre suas atribuições podemos ressaltar: eleição de magistrados superiores, votação das leis, jurisdição em matéria penal e intervenção em grau de recurso por meio da *provocatio ad populum*, cf. CURTIS GIORDANI, *Iniciação ao Direito Romano*, Rio de Janeiro, ps. 140 e 143. É bem verdade que, por serem as votações, no âmbito de tal comício, determinadas por critérios censitários, na prática os plebeus tinham pequena interferência em sua condução, já que as centúrias compostas por cidadãos menos favorecidos economicamente eram as últimas a votar. Nesse sentido, se houvesse entre as centúrias superiores consenso a respeito da votação, era possível (e freqüente) que a eleição fosse interrompida sem dar às últimas centúrias a chance de votar ao alcançar-se a maioria absoluta por centúrias antes disso.

10 SERRAO, *Classi, Partiti e Legge nella Repubblica Romana*, Pisa, Pacini, s.d., p.26.

11 SERRAO, cit., p. 26.

12 TITO LÍVIO, II.23.

13 Em 471 a.C. serão em número de quatro e a partir de 457 a.C. serão eleitos dez tribunos.

eram os tribunos da plebe titulares de poderes extraordinários: *auxilium* e *intercessio*. Pelo *auxilium*, qualquer plebeu poderia solicitar a intervenção do Tribuno para que este o protegesse contra o ato do titular de *imperium* que houvesse ameaçado sua pessoa ou seus bens. Como consequência necessária do *auxilium*, a *intercessio* é o direito de veto com o qual poderiam os tribunos afastar decisões dos cônsules ou do Senado desfavoráveis à plebe¹⁴. Por fim, são os tribunos *sacrosancti*, ou seja, a eles está garantida a inviolabilidade física de sua pessoa e de sua autoridade. Quem quer que atentasse contra ele ou suas decisões era considerado *sacer*, ou seja, destinado a morrer.

2. O processo de elaboração da Lei da XII Tábuas

Por iniciativa do tribuno Gaio Terentílio Arsa, em 462 a.C., inicia-se o movimento plebeu favorável a um corpo de leis escritas que pudessem limitar o *imperium* dos cônsules. O historiador romano Tito Lívio¹⁵ ressalta que a proposição Terentília era de apresentar projeto de lei que criasse uma comissão de cinco membros (*ut quinqueviri creentur*) para regulamentar o poder consular, pois o poder dos cônsules mostrava-se “excessivo e intolerável numa cidade livre”. Esta proposta foi duramente criticada diante do Senado pelo prefeito da cidade, Quinto Fábio, e foi provisoriamente abandonada. Cerca de cinco anos mais tarde, os tribunos fizeram uma proposta mais moderada aos patrícios. Tal proposta consistia na “designação de uma comissão mista de patrícios e plebeus com o encargo de redigir leis úteis às duas ordens e capazes de assegurar a igualdade e a liberdade”¹⁶. Os patrícios concordaram, mas declararam que somente os patrícios poderiam ser legisladores.

Foi então que, em 454 a.C., como decorrência de um acordo entre os patrícios e plebeus, enviou-se a Atenas¹⁷ alguns senadores encarregados de estudar as célebres Leis de Sólon¹⁸. No início de 451 a.C., como os tribunos insistissem cada vez mais para que finalmente fosse iniciada a elaboração das leis, foi eleito para tanto um colégio de dez legisladores (*decemviri*

14 HUMBERT, cit., p.200.

15 TITO LÍVIO, III.9.5: “ut quinqueviri creentur legibus de império consulari scribendis”.

16 TITO LÍVIO, III. 31.11.

17 É importante ressaltar que a Lei das XII Tábuas, dentre os monumentos jurídicos da Antiguidade, não se apresenta pioneira do ponto de vista cronológico. Vejam-se algumas das Principais Legislações Antigas: Código de Ur-Namur (sumérios) – ca. 2.040 a.C.; Código de Lipit-istar (babilônicos) – ca. 1.880 a.C.; Código de Hamurabi (babilônicos) ca. 1680 a.C.; Legislação Judaica (atribuída lendariamente à Moisés) ca. 900 a.C.; Legislação de Chow-Li (chinesa) ca. 1100 a.C.; Código de Manu (híndu) ca. 1200-500 a.C. (teorias modernas) ou I-II d.C. (teorias contemporâneas). Sólon, nascido entre 640 e 630 a.C, instaurou em Atenas uma democracia moderada. Datam suas leis de 594-593 a.C.

18 TITO LÍVIO, III.31. 12. DE MARTINO, cit., ps.249 e 250 acentua que eram frequentes os intercâmbios econômicos e culturais entre a Itália central e as cidades gregas da Itália meridional, assim como as trocas entre a Etrúria e a Grécia. Diante destes fatos e ainda da possibilidade de tal embaixada ser apenas um expediente dilatório, considera possível a veracidade deste evento.

legibus scribundis), todos patrícios¹⁹. Deteve o decenvirato poderes militares e civis. Durante sua existência, ocorreu a suspensão de todas as magistraturas patrícias e plebéia e proibiu-se a instituição da *provocatio*²⁰. Como atesta Lívio²¹, houve uma ruptura radical da *forma civitatis*, como outrora da Realeza ao Consulado.

Conforme nos informa Lívio²², a presidência do decenvirato foi confiada a Ápio Cláudio por sua popularidade junto à plebe. Durante o primeiro ano, Ápio Cláudio e os demais membros do decenvirato exerceram tal ofício com bastante dedicação. Preparam dez tábuas de lei e as submeteram ao povo para “estudarem juntos o que deveria ser suprimido ou acrescentado”²³. Em seguida, foi tal lei aprovada pelos comícios centuriados, o que lhe conferiu a condição de *lex rogata*²⁴.

No entanto, ainda segundo o relato liviano, surge o rumor de que duas novas tábuas precisavam ser acrescentadas ao corpo de leis e, para tanto, procede-se à eleição de novos decênviros. Mediante manobras políticas, Ápio Cláudio consegue ser reeleito e, a partir daí, os membros do segundo decenvirato passam a reunir-se para elaborar planos para um governo arbitrário. Feito o acréscimo das duas últimas tábuas, nenhum motivo justificava a manutenção do decenvirato, entretanto, ninguém se referia às eleições e surge o temor popular da prorrogação indefinida de tais homens no cargo. Foi então que a paixão criminosa de Ápio Cláudio por Virgínia²⁵ fez que o povo se rebelasse contra os decênviros e os destituísse do poder, com o apoio do Senado. Conforme assevera Lívio²⁶: “não só os decênviros tiveram o mesmo fim dos reis, mas também perderam o poder pelo mesmo motivo”.

É o jurista romano Pompônio quem, após ter afirmado que com a expulsão dos reis o

19 Conforme nos informa TITO LÍVIO (III.33.3) os nomes destes decênviros eram: Ápio Cláudio, Tito Genúcio, Públio Séstio, Lúcio Vetúrio, Caio Júlio, Aulo Mânlio, Públio Sulpício, Públio Curiácio, Tito Romílio e Espúrio Postúmio.

20 HUMBERT, cit., n.1. p. 205 acentua que a expressão utilizada por Pompônio em D.1.2.2.4 (texto transcrito a seguir) significa, na realidade que os decênviros não estavam submetidos à *intercessio* dos tribunos da plebe, fato que é confirmado por TITO LÍVIO em III.32.6.

21 TITO LÍVIO, III.33.1

22 TITO LÍVIO, III. 33.

23 TITO LÍVIO, III. 34.

24 A esse propósito HUMBERT, cit., p. 207 ressalta: “Ce fut la première véritable *lex rogata*”.

25 Conforme narração de TITO LÍVIO (III.44-48), Ápio Cláudio apaixonou-se por uma jovem plebéia, Virgínia que fora prometida em casamento a um ex-tribuno da plebe. Tendo em vista que suas investidas não foram bem sucedidas, Ápio Cláudio encarrega um seu cliente de reclamar a jovem como escrava e de não ceder diante de qualquer pedido de liberdade provisória. Ocorre que o pai da jovem, Virgínio, estava ausente, pois ocupava posição importante no exército sediado no Algido, próximo de Túsculo. Ao ser trazida a jovem à presença do magistrado, o próprio Ápio, este não permitiu que a liberdade provisória fosse concedida à Virgínia por alegar que o suposto senhor da escrava apenas poderia renunciar a seus direitos em favor do pai de Virgínia. O povo indignou-se e o noivo de Virgínia intercedeu favoravelmente à liberdade da jovem. Como não houvesse meios de resistir, Ápio Cláudio se vê obrigado a adiar a audiência para o dia seguinte, oportunidade em que, na presença do pai de Virgínia que houvera se dirigido à Roma apressadamente, foi sua filha declarada escrava. É então que o pai de Virgínia, apanhando um facão de açougueiro disse: “Minha filha, este é o único meio de que disponho para devolver-te a liberdade” e, então, transpassa-lhe o peito.

26 TITO LÍVIO 3.44

“povo romano começou a utilizar mais um direito incerto e um costume indeterminado do que um direito por meio da escrita: e isto tolerou por aproximadamente 20 anos²⁷” assim nos esclarece sobre a formação do decenvirato e a confecção da Lei das XII Tábuas, em D.1.2.2.4:

Pomponius libro singulari enchiridii

“Em seguida para que isso não durasse por muito mais tempo, foi de consenso serem constituídos pela pública autoridade dez varões, por meio dos quais fossem procuradas as leis das cidades gregas e a civitas tivesse o seu fundamento nas leis: as quais compuseram registradas em tábuas de marfim defronte dos rostros, de modo que as leis pudessem ser assimiladas mais abertamente; e foi dado naquele ano a eles o direito mais elevado na civitas, para que também melhorassem as leis, se fosse necessário, e as interpretassem e que não se fizesse a provocação penal contra eles, assim como contra os magistrados restantes. Os próprios dez varões reconheceram que faltava algo a estas primeiras leis e por isso no ano seguinte acrescentaram outras duas tábuas: e assim desde o acréscimo, foram chamadas Lei das Doze Tábuas. Algumas pessoas contaram ter sido o autor destas leis propostas um certo Hermodoro de Éfeso, que vivia exilado na Itália.”

Em seguida, referindo-se ao episódio que engendrou a queda do decenvirato, Pompônio, em D.1.2.2.24, acentua que após a morte de Virgínia e “pelo consenso do povo os decênviros em parte foram mortos.²⁸ Assim, a *res publica* retomou novamente o seu estado”.

Foram então eleitos cônsules M.Valério e M. Horácio, os quais teriam publicado²⁹, gravadas em bronze, as leis decenvirais, compreendidas as duas últimas tábuas, denominadas por Cícero *tabulae iniquae*³⁰.

DE MARTINO³¹ aponta algumas incongruências neste relato da tradição a respeito do segundo triunvirato, desde a transformação de Ápio Cláudio em odioso tirano às aprovações, por um decenvirato composto provavelmente também de plebeus, da proibição do conúbio entre patrícios e plebeus. Mas o que lhe parece ainda mais estarrecedor é o fato de os cônsules terem

27 D.1.2.2.3.

28 TITO LÍVIO, porém, informa-nos diferentemente. Segundo o historiador (III.54), por proposta do tribuno da plebe Lúcio Icílio aprovada pelos plebeus, determinou-se que “não fosse feita nenhuma perseguição aos decênviros”. De qualquer modo, Ápio Cláudio morrerá apenas mais tarde, suicidando-se na prisão (TITO LÍVIO, III, 61).

29 As fontes antigas não são uniformes em admitir esta versão. Lívio (III.57) afirma que segundo alguns historiadores foram os edis que desempenharam essa função por ordem dos tribunos.

30 A denominação de Cícero (Rep. 2.63) refere-se especialmente à proibição de conúbio entre patrícios e plebeus.

31 DE MARTINO, cit., ps. 251 e segs. “É assurdo, in ogni caso, che i consoli, i quali vengono salutati come restauratori della libertà e difensori della plebe, pubblicchino anche le due tavole inique!”

publicado as duas últimas tábuas. Defende DE MARTINO que as dez primeiras tábuas da lei sejam certamente *leges rogatae* e que, tendo em vista que os comícios não tinham o poder de emendar a lei, esta tenha sido aprovada com algumas disposições ainda desfavoráveis à plebe. Quanto às duas últimas tábuas, acredita que também estas possam ter sido aprovadas nos comícios, mas considera que tal questão ainda esteja “aberta”. TALAMANCA³², por sua vez, considera infundada esta versão sobre o segundo decenvirato e acentua que somente um autor, Diodoro Sículo (12.26.1) atribuiu as duas últimas tábuas aos côsules e que este ignorava a distinção entre tábuas justas e injustas.

3. Reconstituição do texto da lei das XII Tábuas

Tendo em vista que o texto completo da lei das XII Tábuas não chegou até nós, muitos romanistas, desde o fim da Idade Média, têm procurado reconstituir seu conteúdo. Dessa forma, o conhecimento que modernamente se tem da lei das XII Tábuas é o resultado dos frutos de intensos trabalhos de romanistas que efetuaram a sua reconstituição, por meio das referências diretas ou indiretas dos juristas, historiadores, poetas e gramáticos romanos ao conteúdo da lei.

Tais referências podem indicar com segurança a localização ou o conteúdo dos dispositivos da Lei. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho da obra de Aulo Gélcio, *Noites Áticas* (20,1,25), no qual faz-se remissão à obra de Labeão sobre a Lei das XII Tábuas, durante uma discussão entre o filósofo *Favorinus* e o jurista *Sexto Cecilius*, em torno das características de vários dos dispositivos da lei que, aos olhos do filósofo, pareciam-lhe ora obscuras, ora cruéis ora lenientes³³:

Aulo Gélcio, *Noites Áticas* (20,1,25)

“Itaque cum eam legem Labeo quòque vester in libris, quos “Ad Duodecim Tabulas” conscripsit, non probaret: “ Quidam, in inquit, L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordi (...)”.

As tábuas originais, de acordo com a tradição, foram exibidas em praça pública e,

32 TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 99.

33 O jurista, convencido da autoridade e concisão da lei, passa a elogiá-la. Este diálogo entre um partidário da lei e um opositor constitui excelente oportunidade de conhecer seu conteúdo. Nesta parte do texto, entretanto, o filósofo faz alusão ao comentário de Labeão sobre um certo *L. Veratius*, homem improbo, que, tendo em vista a ínfima multa prevista pela lei das XII Tábuas de 25 asses a quem ofendesse alguém, anda pelas ruas de Roma acompanhado de seu escravo, dando bofetadas nos passantes. Imediatamente em seguida, ordena seu escravo de pagar a multa estabelecida em Lei ao homem livre ofendido.

aproximadamente sessenta anos depois foram queimadas na ocasião em que Roma foi incendiada pelos gauleses, em 387 a.C. A tradição oral foi responsável, em grande parte, pela perpetuação de seu conteúdo. Nesse sentido, Cícero³⁴ nos informa sobre a prática, nas escolas primárias romanas, de exigir que os alunos memorizassem o texto da lei.

De acordo com Sílvio Meira³⁵, foi Aymar du Rivail quem, na sua obra *Historia Iuris Civilis et Pontificii*, em 1515, deu início à grandiosa tarefa de reconstituir a Lei. Seguem-se a ele diversos outros romanistas, dentre os quais se destacam Jacques Godefroy³⁶, cuja obra pouco foi alterada ao longo dos séculos vindouros e Dircksen, que mais tarde, em 1824, baseando-se na proposição de Godefroy, estabelece uma classificação por tábuas e leis que é considerada o fundamento da reconstituição moderna.

A reconstrução empreendida por Jacques Godefroy pautou-se por ter aquele autor estimado que os Comentários de Gaio às XII Tábuas deveriam ter obedecido à mesma ordem e critérios constantes da primitiva lei. Com efeito, a obra gaiana é composta de seis livros, o que permitiu supor que cada livro trouxesse um comentário de duas tábuas. No entanto, a afirmação do gramático romano Festo, por sua vez: *in secunda tabula secunda lege scriptum* pode indicar que cada tábua se referisse a uma determinada lei.

Entre os juristas, destacam-se como comentadores da Lei: Sexto Élio Peto Cato, Lúcio Aelílio, Lúcio E. S. Preconino, Sêrvio Sulpício Rufo, Labeão, um certo Valério e Gaio³⁷.

GUARINO, ao ressaltar que são poucos os fragmentos a respeito dos quais paira certeza de sua localização, considera verossímil que os decênviros não tenham seguido uma ordem lógico-jurídica na sistematização das várias normas. Neste sentido, GUARINO³⁸ critica as diversas tentativas de palingenese das XII Tábuas, por considerá-las ilusórias e muitas vezes inúteis.

De qualquer forma, em que pesem as antigas críticas que negavam a historicidade do decenvirato³⁹ e de qualquer codificação no século V a.C., podemos hoje considerar, como

34 Cícero, *De legibus*, II,3,9,23,59.

35 MEIRA, *A Lei das XII Tábuas, Fonte do Direito Público e Privado*, Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 131.

36 Foi este célebre romanista quem, no fim do século XVI, alcinhou a obra de Justiniano (Digesto, Institutas, Código e Novelas) de *Corpus Iuris Civilis*. No que diz respeito ao seu trabalho de reconstituição da lei, seus méritos foram apontados por MEIRA, cit., p. 162 e consistem em ter localizado fragmentos que estudiosos anteriores omitiram; pôr em ordem o material deixado pelos antecessores; ter emitido opinião em notas quando está em desacordo com os estudos de seus antecessores; ter composto um *index* de velhas palavras empregadas nas XII Tábuas.

37 Cf. BONFANTE, *Storia del Derecho Romano*, Vol. I. Madrid, 1944, p. 147.

38 GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 1990, p. 143.

39 A autenticidade da Lei das XII Tábuas foi negada inicialmente por Giambattista Vico no século XVIII que considerou fantasiosas a existência do decenvirato e a embaixada à Grécia. No final do século XIX, Ettore Pais e Lambert também apresentaram objeções à Lei das XII Tábuas. Ettore Pais, um dos mais ferrenhos críticos da Lei, ao apontar alguns anacronismos em seu conteúdo, considera que esta tenha sido o resultado de um trabalho de reunião dos mais primitivos costumes romanos efetuado apenas nos fins do século IV a.C., enquanto que o jurista

acentua DE MARTINO, que “o núcleo central da tradição sobre o decenvirato e sobre as XII Tábuas é genuíno”⁴⁰.

4. Conteúdo da lei das XII Tábuas

O conteúdo original da Lei das XII Tábuas não nos é conhecido. Uma das possíveis explicações deste fato relaciona-se à aludida destruição de seu texto original em 390 a.C, por ocasião do incêndio gálico⁴¹. Sabe-se, entretanto, que nos primeiros decênios do II século a.C, o jurista Sexto Élio Peto Cato⁴², nas *Tripartita*⁴³, elaborou uma recensão do código decenviral acrescida de interpretações acerca de seu conteúdo. Esta obra parece ter se tornado referência à época romana republicana e do Alto Império.

De qualquer forma, o texto das XII Tábuas de que dispunham os romanos nos últimos dois séculos da República e no Principado era substancialmente autêntico ao original⁴⁴, embora com ligeiras alterações na ortografia e na morfologia de certas palavras. A forma legislativa da Lei das XII Tábuas, em sua simplicidade, nos dizeres de BONFANTE⁴⁵, “é pura, grandiosa, quase estética”. Para tanto contribuem sua brevidade epigráfica e suas proibições ou mandamentos absolutamente imperativos. TALAMANCA⁴⁶ acentua o caráter elíptico da linguagem e da normatividade da Lei, cujo conteúdo considera ser muitas vezes implícito.

Tito Lívio (3.34.3) refere-se à Lei das XII Tábuas como “fons omnis publici privatiue iuris” (fonte de todo o direito público e privado). Será tal afirmação exagerada?

Passamos, a seguir, a descrever parte do conteúdo da referida lei de acordo com sua palíngense moderna.

A Tábua primeira cuida de aspectos processuais. Estabelece regras quanto ao comparecimento do réu em juízo e horário das audiências. Apresenta uma preocupação de

francês Lambert atribui a Sexto Élio Peto Cato, no século II a.C., uma compilação de brocardos que teriam dado origem à lei propriamente dita.

40 DE MARTINO, cit., p. 248 que acrescenta: “Il compito dello storico oggi non è tanto di insistere nella ricerca delle contraddizioni, incongruenze, e particolari romanzati, ma di discernere nel racconto trazionale i genuini motivi e le cause di ordine econômico e sociale che determinarono la necessità di una codificazione del diritto”. Também TALAMANCA, cit., p. 99 acentua que “Attualmente si può considerare definitivamente superata la radicale tendenza critica, la quale, - promossa soprattutto dal Lambert e dal Pais - negava la storicità del decenvirato e di qualsiasi codificazioni del *ius civile* nel corso del V secolo a.C.”

41 A este propósito informa-nos TALAMANCA, cit., p. 100 que “È da escludere che cio risulti inequivocabilmente dalle fonti”.

42 TALAMANCA, cit., p. 299 informa que o jurista Sexto Élio Peto Cato foi edil curul em 200 a.C., cônsul em 198 e censor em 194 a.C. Foi este jurista o responsável pelo nascimento da literatura jurídica.

43 Pompônio, em D.1.2.2.38, refere-se aos “Tripartidos” de Sexto Élio Peto Cato como o livro que “contém por assim dizer o berço do direito” e afirma que “Diz-se “Tripartidos” porque, enunciada a Lei das XII Tábuas, junta-se a interpretação e a seguir se expõe a *legis actio*.”

44 TALAMANCA, cit., p. 100.

45 BONFANTE, cit., p. 148.

46 TALAMANCA, cit., p. 104.

caráter humanitário ao dispor da necessidade de o autor providenciar transporte para o réu doente ou velho⁴⁷. Além disso, admite que o litígio possa ser extinto por acordo entre as partes ("Se as partes entram em acordo em caminho, a causa está encerrada.").

A Tábua Segunda cuida especialmente dos furtos, distinguindo o furto diurno do noturno, o cometido por impúbere daquele cometido por homem livre ou escravo. Para o crime de furto cometido por homem livre durante o dia, em havendo flagrante (*furtum manifestum*), será o ladrão fustigado e entregue como escravo à vítima (II,4). Já, para o mesmo crime, se cometido por escravo, será o ladrão fustigado e precipitado do alto da rocha Tarpéia⁴⁸. Equipara-se ao *furtum manifestum*, ensejando, portanto as mesmas sanções, a localização do produto do furto em casa do ladrão efetuada de acordo com o antigo ritual da procura *cum lance licioque*. Trata-se de ritual de caráter mágico pelo qual a vítima adentra a casa do suposto ladrão praticamente nua, envolta apenas na região da cintura de uma pequena faixa de tecido (*licio cintus*) e segurando em mãos um prato (*lancem habens*). Além do significado religioso desta prática que se mostra ainda hoje bastante obscuro, é provável que com ela também se objetivasse um aspecto prático: a impossibilidade de se esconder qualquer objeto sob as vestes da vítima. Verifica-se que a diversidade de sanções previstas relaciona-se especialmente à condição pessoal e jurídica do autor do furto. Nesse sentido, penalidades mais brandas são atribuídas aos impúberes (que serão fustigados com varas a critério do pretor e deverão indenizar a vítima, conforme previsto em II, 5), enquanto a redução à escravidão precedida de castigos físicos é reservada ao livre surpreendido em flagrante e, finalmente, a pena de morte poderá ser aplicada em se tratando de ladrão escravo. Proíbe ainda tal tábua o usucapião de coisas furtadas (II,11) e estabelece que "Se alguém comete furto à noite e é morto em flagrante, o que matou não será punido" (II, 3), assim como também não será punido quem matar o ladrão que, durante o dia e a mão armada cometa furto (*fur diurnus qui telo se defendit*), desde que a vítima invoque previamente socorro em altas vozes. Em se tratando de *fur nec manifestus* adotou-se a composição legal ao estabelecer pena pecuniária do dobro do valor da coisa (II, 8). A mesma tábua admite sanção pecuniária pelo abatimento de árvores de outrem (25 asses por árvore cortada). De acordo com Gaio (Inst. III,91), a Lei das XII Tábuas também punia o *furtum conceptum* e *oblatum* com a pena do triplo do valor da coisa. O primeiro se caracterizava pelo

47 É bem verdade que o filósofo *Favorinus*, em diálogo reproduzido por AULO GÉLIO, Noites Áticas (20.1.25) ressalta que considera cruel conduzir o doente ou velho à presença da autoridade.

48 A rocha Tarpéia localiza-se no ponto mais alto do Monte Capitolino. De lá era também lançados os traidores da pátria. O nome da rocha relaciona-se ao célebre episódio de traição ocorrido nos primórdios da Realeza. Tarpéia, filha de Espúrio Tarpéio, comandante da cidadela de Roma durante a guerra contra os sabinos, concordou em introduzir soldados inimigos na cidadela. Não se sabe ao certo porque teria agido assim. Alguns afirmam estar apaixonada por um sabino, outros (TITO LÍVIO, I.11) informam que ela "deixou-se seduzir pelo ouro" do inimigo. Ao adentrarem no local, os sabinos trucidaram-na.

fato de a *res furtiva* ser encontrada na residência do suspeito sem o emprego da procura *cum lance licioque*, enquanto que no *furtum oblatum* a *res* seria localizada junto a terceiro de boa-fé.

A Tábua terceira, denominada “Dos direitos de crédito”, contém um dos dispositivos mais cruéis e polêmicos da Lei das XII Tábuas⁴⁹. Trata-se da possibilidade de “dividir o corpo do credor em tantos pedaços quantos sejam os credores”, expressa no imperativo “*partes secanto*”⁵⁰. (III, 9). Esta hipótese é necessariamente precedida das seguintes etapas: a) o devedor confessou sua dívida ou já foi condenado judicialmente ao pagamento⁵¹; b) transcorreu o prazo de trinta dias para efetuar o pagamento; c) pelo procedimento da *manus iniectio*, foi o devedor conduzido pelo credor novamente à presença do magistrado; d) não pagou a dívida nessa oportunidade tampouco alguém se apresentou como *vindex*; e) o devedor foi levado pelo credor e mantido preso (*addictio*)⁵²; f) tentou-se conciliação que resultou infrutífera; g) foi o devedor, durante sessenta dias de prisão, conduzido por três dias seguidos de feira⁵³ ao *comitium* onde, em altas vozes, se proclamou o valor da dívida.

Durante a permanência do devedor junto ao credor, este será acorrentado com cadeias de até 15 libras “ou menos, se assim quiser o credor” (III,6) e deverá este último dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério (III,7).

Os credores, ao invés de procederem ao esquiteamento do devedor, podem optar por vender o devedor como escravo, além do Tibre (*trans Tiberim*), ou seja, além dos confins mais antigos da cidade.

Apenas mais tarde a *Lex Poetelia Papiria de nexis*, votada nos comícios por centúrias em 326 a.C., suavizou consideravelmente as desumanas condições dos devedores e determinou que os indivíduos submetidos ao *nexum* não pudessem ser acorrentados. Segundo alguns autores esta lei já teria abolido por completo o instituto, que passou a ser considerado repugnante. De qualquer modo, marca tal lei o início de uma concepção patrimonialística e não mais pessoal da responsabilidade do devedor pelo inadimplemento.

A Tábua Quarta estabelece normas relativas ao pátrio poder e à legitimidade de filhos. A

49 BONFANTE, cit., p. 148 refere-se a esta disposição como reveladora de um “código bárbaro”.

50 MOREIRA ALVES, cit., vo I., p 203 n. 65 esclarece que este preceito “se explica por idéias religiosas primitivas” e expõe brevemente a opinião de FRANCIOSI (“Partes Secanto” tra Magia e Diritto in Labeo, vol. 24, 1978) de acordo com a qual este ritual visava “promover a fertilidade dos campos dos credores, pela crença antiga de que, sepultando-se as partes esquiteadas da vítima se fertilizava o terreno com a força mágica existentes (sic) no corpo, no sangue ou nas cinzas do morto”.

51 HUMBERT, cit., acentua que a situação dos insolventes foi melhorada pela Lei das XII Tábuas, pois a execução sobre sua pessoa só pode ocorrer após condenação judiciária, mas ainda assim considera rigorosas as disposições relativas ao *nexum*.

52 O *nexum* é um instituto admitido no primitivo direito através do qual o devedor sujeitava-se fisicamente ao credor até que sua dívida fosse paga e, então, ocorresse a *nexi liberatio*.

53 Trata-se do *trinundium*. Segundo GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Milano, Jovene, 1994, p.209 os mercados eram denominados *nundinae*, porque ocorriam a cada nove dias. Nessa ocasião objetivava-se obter alguém que resgatasse o prisioneiro.

amplitude do pátrio-poder é facilmente constatada já na primeira disposição desta tábua que confere ao pai o poder de “matar o filho que nasceu disforme mediante o julgamento de cinco vizinhos” (IV.1). Ainda que tal grave decisão seja compartilhada pela apreciação de cinco vizinhos, sua iniciativa cabe ao *paterfamilias*. Sabe-se que a deformidade física, em Roma, poderia ser fato que caracterizasse o *monstrum vel prodigium*, seres desprovidos de forma humana ou de configuração anormal. A essas pessoas não era reconhecida a possibilidade de contrair direitos e obrigações, modernamente designada capacidade jurídica de direito⁵⁴. As XII Tábuas, entretanto, não nos orientam a respeito do grau de deformidade da criança⁵⁵ que autorizasse sua morte.

Quanto ao célebre *ius vitae ac necis* (IV.2), admitia-se que o *paterfamilias* tivesse a possibilidade de matar seus *fili* se considerasse oportuno. É bem verdade que tal poder foi, na prática, limitado pelo sentimento religioso e pela consciência social⁵⁶. Além disso, tal prerrogativa, assim como as demais relativas à extensão da *patria potestas*, com o desenvolvimento do direito romano, foram progressivamente mitigadas⁵⁷.

Outro aspecto que acentua a gravidade do pátrio-poder na Roma pré-clássica é a faculdade de o *paterfamilias* vender seu *filius* (*ius vendendi*). A Lei das XII Tábuas não vetou, apenas limitou tal prática, que se mostrava freqüente. Estabeleceu a extinção da *patria potestas* àquele que vendesse seu *filius* três vezes (III.3)⁵⁸. Ressalte-se que a venda por três vezes tornava-se de fato possível se o *filius*, ao ser vendido, fosse em seguida libertado por aquele que o houvesse adquirido como *liber in causa mancipii*⁵⁹. Nessa hipótese, o *filius* retornava *ipso iure* ao poder paterno. Se o filho fosse sucessivamente vendido, libertado e, por fim o terceiro adquirente o libertasse, só então este *filius* tornava-se *sui iuris*, como consequência da sanção aplicável ao *paterfamilias*.

Também na tábua quarta encontramos disposição relativa à presunção de legitimidade do

54 Ver D.1.5.14; D.50.16.38 e D.50.16.135.

55 DALLA e LAMBERTINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 48. DALLA, cit., p. 80 considera obrigação do *paterfamilias* eliminar o filho *monstrum*. Talvez isso se devesse ao fato da coletividade, como um todo, sentir-se ameaçada com a existência deste ser, considerado sinal de desventura. O interesse social na sua extirpação pode, a nosso ver, justificar a participação dos vizinhos nesta decisão, retirando-a, portanto, da esfera exclusivamente doméstica.

56 GUARINO, cit., p. 553.

57 Conforme GUARINO, cit., p. 554, já no período pré-clássico, o abuso deste direito ensejava a *nota censoria* e, mais adiante, em época imperial, concedia-se *extra ordinem* a *deportatio in insulam* ao *paterfamilias* que houvesse matado seu *filius*. Somente no período pós-clássico, especialmente por influências cristãs, puniu-se como *crimen homicidii* a morte do *filius* provocada voluntariamente pelo *paterfamilias*.

58 Embora a *mancipatio filii*, em época clássica, não fosse freqüente e fosse condenada pelos costumes sociais, a partir do séc. IV observa-se um crescimento desta prática, motivado por razões econômicas. Constantino estabeleceu que o *pater* pudesse resgatar o *filius* vendido e Justiniano, além de confirmar esta regra, limitou o *ius vendendi* aos casos de extrema pobreza do *paterfamilias*, cf. GUARINO, cit., p.555.

59 Ver Gaio 1.138-141 para a manumissão dos *liberi in causa mancipii*.

filho nascido até o décimo mês da dissolução do matrimônio por morte do marido (IV.4).

A Tábua quinta cuida das heranças e tutelas. Admite a supremacia testamentária (V.1) e estabelece as classes de herdeiros legítimos. Assim, na falta de testamento, prevê a atribuição dos bens aos *sui heredes*⁶⁰ ou, na ausência destes, aos agnados mais próximos⁶¹ ou ainda, na falta destes, aos *gentis*⁶². Prevê ainda o direito do patrono ou até mesmo de seus filhos à sucessão do liberto que morre intestado ou sem deixar *sui heredes*. Quanto à tutela do impúbere, na falta de disposição testamentária a respeito, esta é conferida ao agnado mais próximo (V.7). Por fim, competem aos agnados mais próximos e, não sua falta, aos *gentis* o exercício da curatela dos loucos ou pródigos (V.8).

A Tábua Sexta cuida do Direito de propriedade e da posse. Além disso, traz algumas disposições de natureza familiar, como a aquisição da *manus* pelo tempo de convivência entre homem e mulher (VI.6) e a necessidade de o marido apresentar as razões do eventual repúdio de sua mulher (VI.9). A provável razão do ingresso da mulher na família do marido (*conventio in manum*) estar disciplinado em uma tábua que cuida, precipuamente, de temas inerentes ao direito de propriedade, relaciona-se ao fato de o *usus*⁶³ ser um ato análogo à *mancipatio*. Para evitar a caracterização do casamento *cum manu*, resta como alternativa recorrer à *trinoctii usurpatio*, ou seja, deverá a mulher ausentar-se por três noites seguidas de casa, interrompendo assim, o prazo de convivência. O jurista romano Gaio (Inst.I.111) ressalta que em sua época o *usus* era simples reminiscência histórica. Além de diversas outras disposições, estabelece tal tábua o prazo de dois anos para usucapir bens imóveis e de um ano para o usucapião de bens móveis (VI.5).

A Tábua Sétima disciplina a repressão penal de alguns principais ilícitos privados. Prevê, em caso de dano causado por animal, o pagamento de indenização ou a entrega do animal ao

60 Os *sui heredes* eram os descendentes do falecido *pater familias* e as mulheres casadas *cum manu*.

61 Trata-se dos colaterais mais próximos do *de cuius*, integrantes da família *communi iure*. Estes receberão por cabeça (*per capita*).

62 Sabe-se muito pouco sobre este tipo de sucessão. DALLA, cit., p. 445 considera que esta ocorresse de forma coletiva e informa que esta modalidade de sucessão bem cedo desaparecerá.

63 A aquisição da *manus* poderia decorrer da *confarreatio*, da *coemptio* ou do *usus*. Um dos seus efeitos é a aquisição, relativamente à mulher, da *potestas* de seu marido ou do *pater familias* de seu marido sobre ela. GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, Paris, ps. 63 e segs. entende que a *manus* não atribuía direitos sobre a pessoa da mulher, mas sobre seus bens. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p.133 considera que o *usus* fosse apenas um modo de suprir os efeitos de uma *coemptio* ineficaz ou inexistente. Afirma ainda ser impossível determinar se, de acordo com a mentalidade primitiva romana, a convivência matrimonial anterior ao tempo previsto para o *usus* caracterizasse um *iustum matrimonium*. A propósito, parece-nos oportuno transcrever as diferenças apontadas pelo romanista italiano entre o concubinato e o *iustum matrimonium*. A união duradoura, acompanhada da *affectio maritalis* entre pessoas desprovidas de *conubium* caracteriza o *iniustum matrimonium*, enquanto que para haver concubinato não há necessidade de *affectio maritalis*, mas apenas de duração do relacionamento (daí a possibilidade de se ter várias concubinas ou uma ou mais concubinas além da *iusta uxor*). No entanto, TALAMANCA, cit., p. 154 acentua que há “una zona grigia di confine”, pois no caso de haver *conubium* a falta da *affectio maritalis* é indispensável para caracterizar o concubinato. Além disso, seria difícil distinguir o concubinato do *iniustum matrimonium* naquelas relações em que faltasse o *conubium* e subsistisse a *affectio*.

prejudicado (VII.1). Numa clara expressão dos valores religiosos e da importância agrícola na primitiva sociedade romana, estabelece a lei pena severíssima a quem praticasse encantamentos contra a colheita de outrem ou colhesse-a furtivamente. Será tal pessoa condenada à morte por meio de sacrifício à Ceres⁶⁴, a não ser que o autor do dano seja impúbere, o que ensejará sua fustigação e a indenização em dobro do valor do prejuízo.

A pena de morte é imposta a quem incendiar intencionalmente uma casa ou um monte de trigo perto de uma casa. Antes, porém será o incendiário fustigado com varas e, em seguida, lançado ao fogo (VII.7). Se, porém, não agiu intencionalmente, deverá reparar o dano e se não tiver recursos sofrerá punição menos severa que aquele que agiu intencionalmente (VII.8).

A *iniuria*, ofensa à integridade física ou moral de alguém, se for de natureza leve, será punida no valor de 25 asses. A pena de Talião (VII.11) será aplicada em caso de *membrum ruptum*, desde que não haja *pactio*. Para a hipótese de *os fractum* estima-se multa cujo valor varia de acordo com o fato de a vítima ser homem livre (300 asses) ou escravo (150 asses). Tal dispositivo não parece levar em consideração o elemento intencional (VII.12). A difamação por palavras ou cânticos será punida com a fustigação (VII.10), enquanto que a pena de morte por lançamento do alto da Rocha Tarpéia é atribuída a quem proferir falso testemunho (VII.16). Por fim, a *poena cullei*⁶⁵ é aplicada a quem cometer *parricidium* (VII.18).

A Tábua oitava se ocupa dos direitos prediais. Estabelece, entre outras coisas, a distância mínima entre construções vizinhas e atribui os frutos caídos no terreno dos vizinhos ao proprietário da árvore que os produziu, além de permitir a poda de galhos da árvore do vizinho que se inclinem à altura de mais de quinze pés.

A Tábua Nona reveste-se de conteúdo de direito público. Em seu primeiro dispositivo estabelece: "Que não se estabeleçam privilégios em leis" (IX.1). Em seguida dispõe: "Aqueles que foram presos por dívidas e as pagaram, gozam dos mesmos direitos como se não tivessem sido presos" (IX.2). Ao juiz ou árbitro indicado pelo magistrado, que recebeu dinheiro para julgar a favor de uma das partes em prejuízo de outrem, prevê a morte" (IX.3). Uma das mais significativas garantias desta tábua é aquela que diz respeito à instituição de uma jurisdição popular⁶⁶. Serão os comícios por centúrias quem apreciarão decisões relativas à vida, liberdade, cidadania e família de um cidadão (IX.4). Os *quaestores parricidii* organizarão a instrução preparatória em diversas audiências públicas, formularão a demanda de pena e a submeterão ao

64 Ceres, de acordo com BRANDÃO, *Dicionário Mítico-Etimológico*, Brasília, Edunb, 1993, p.80, era a deusa da vegetação que ensinou a todos os homens a técnica de arar a terra. Em sua honra celebravam-se os *ludi cereales*.

65 A *poena cullei* consistia em fechar o autor do crime em um saco de couro juntamente com uma cobra, um cão, um galo e um macaco e, em seguida, lançar este saco no Tibre.

66 Cf. CURTIS GIORDANI, *Direito Penal Romano*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 1997 "processo comicial não se vincula essencialmente à *provocatio*".

povo reunido em centúrias⁶⁷.

A Tábua Décima dispõe sobre direito sacro. Entre outras disposições, determina que os mortos sejam enterrados fora dos limites da cidade e estabelece o modo de vestir o cadáver. Disciplina o comportamento das pessoas nos funerais, especialmente das mulheres (X.7): "Que as mulheres não arranhem as faces nem soltem gritos imoderados".

As Tábuas XI e XII são um apêndice de normas variadas. É na Tábua décima primeira que se encontra a célebre proibição do casamento entre patrícios e plebeus (XI.2). Trata-se de disposição efêmera, pois em 445 a. C a Lei Canuléia autorizará tais uniões. Estabelece ainda que "a última vontade do povo tenha força de lei" (XI.1). Por fim, a Tábua Décima Segunda prevê a entrega do escravo que furtou ou causou dano com conhecimento de seu patrono, ao prejudicado, a título de indenização.

5. Importância da lei das XII Tábuas.

A parcimônia dos romanos na elaboração de leis, fez com que não se conhecesse, em Roma uma profusão delas. Mesmo em época em que a *interpretatio prudentium* e o *ius honorarium* adequavam-nas às novas realidades, o respeito às XII Tábuas manteve-se estável. E ainda que a laicização do direito seja atribuída à publicação, nos fins do século IV a.C., do calendário pontifical por Gneu Flávio, escriba de Ápio Cláudio Cego, já era possível vislumbrar na Lei das XII Tábuas o início de tal processo. Quanto à divulgação do direito, a atuação de Tibério Coruncânio⁶⁸ no sentido de professar publicamente a ciência do direito civil não teria sido possível sem a elaboração prévia da legislação decenviral.

A importância da Lei das XII Tábuas não está relacionada apenas ao seu conteúdo, que reúne, de um lado, a simples reprodução de *mores* e de, outro, elementos inovadores. Relaciona-se muito mais ao aspecto simbólico desta lei, responsável por impulsionar a transição da oralidade à literalidade, da insegurança à segurança, do esoterismo à laicidade, do incógnito ao público e do estado de submissão às reivindicações populares, fundamentais para sua criação e para as posteriores conquistas plebéias.

Bibliografia:

BONFANTE, *Storia del Derecho Romano*, Vol. I, Madrid, 1944.

BRANDÃO, *Dicionário Mítico-Etimológico*, Brasília, Edunb, 1993.

⁶⁷ HUMBERT, cit., ps. 206 e 207.

⁶⁸ Tibério Coruncânio foi o primeiro pontífice máximo de origem plebéia. A ele se atribui o início do ensino público do direito, conforme exposição de Pompônio em D.1.2.2.35.

CURTIS GIORDANI, *Iniciação ao Direito Romano*, Rio de Janeiro
CURTIS GIORDANI, *Direito Penal Romano*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 1997
DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, Napoli, Jovene, vol. I, 1951,
GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, Paris, Forcel, 1885.
GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 1990
GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, Jovene, 1994.
MEIRA, *A Lei das XII Tábuas, Fonte do Direito Público e Privado*, Rio de Janeiro, Forense, 1972.
MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.
SERRAO, *Classi, Partiti e Legge nella Repubblica Romana*, Pisa, Pacini
TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989,
TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
TTO LÍVIO, *História de Roma*, tradução de MATOS PEIXOTO, São Paulo, Paumape, 1989.

Lei das XII Tábuas

(450 A.C.)

Esta lei foi um dos resultados da luta por igualdade levada a cabo pelos plebeus em Roma.

A escola tradicionalista atribui ao tribuno da plebe, Gaio Arsa a criação de uma magistratura no ano de 461 a. C. encarregada de fazer redigir uma forma de lei que diminuísse o arbítrio dos cônsules.

Em contrapartida, a lei escrita traria uma menor variação nos julgamentos que envolvessem Patrícios e Plebeus, já que, sendo os juizes de origem patrícia, a tendenciosidade de seus julgamentos ficava óbvia.

Teria sido enviados a Grécia uma comissão coma missão de estudar as leis de Sólon. Dois anos depois foi nomeada uma magistratura extraordinária composta por dez membros, os decênviros (= dez varões) que teria redigido a posteriormente nomeada Lei das XII Tábua

LEI DAS XII TÁBUAS

TÁBUA PRIMEIRA

Do chamamento a Juízo

1. Se alguém for chamado a Juízo, compareça.
2. Se não comparecer, aquele que o citou tome testemunhas e o prenda.
3. Se procurar enganar ou fugir, o que o citou poderá lançar mão sobre (segurar) o citado.
4. Se uma doença ou a velhice o impedir de andar, o que o citou lhe forneça um cavalo.
5. Se não aceitá-lo, que forneça um carro, sem a obrigação de dá-lo coberto.
6. Se se apresentar alguém para defender o citado, que este seja solto.
7. O rico será fiador do rico; para o pobre qualquer um poderá servir de fiador.
8. Se as partes entrarem em acordo em caminho, a causa estará encerrada.
9. Se não entrarem em acordo, que o pretor as ouça no *comitium* ou no *forum* e conheça da causa antes do meio-dia, ambas as partes presentes.
10. Depois do meio-dia, se apenas uma parte comparecer, o pretor decida a favor da que está presente.
11. O pôr-do-sol será o termo final da audiência.

TÁBUA SEGUNDA

Dos julgamentos e dos furtos

1. ... cauções ... subcauções ... a não ser que uma doença grave..., um voto ..., uma ausência a serviço da república, ou uma citação por parte de estrangeiro, dêem margem ao impedimento; pois se o citado, o juiz ou o arbitro, sofrer qualquer desses impedimentos, que seja adiado o julgamento.
2. Aquele que não tiver testemunhas irá, por três dias de feira, para a porta da casa da parte contrária, anunciar a sua causa em altas vozes injuriosas, para que ela se defenda.
- 3 . Se alguém cometer furto à noite e for morto em flagrante, o que; matou não será punido.
4. Se o furto ocorrer durante o dia e o ladrão for flagrado, que seja fustigado e entregue como escravo à vítima. Se for escravo, que seja fustigado e precipitado do alto da rocha Tarpéia.
5. Se ainda não atingiu a puberdade, que seja fustigado com varas a critério do pretor, e que indenize o dano.
6. Se o ladrão durante o dia defender-se com arma, que a vítima peça socorro em altas vozes e se, depois disso, matar o ladrão, que fique impune.
7. Se, pela procura *cum lance licioque*, a coisa furtada for encontrada na casa de alguém, que seja punido como se fora um furto manifesto. 8. Se alguém intentar ação por furto não manifesto, que o ladrão seja condenado no dobro.
9. Se alguém, sem razão, cortar árvores de outrem, que seja condenado a indenizar à razão de 25 asses por árvore cortada.
10. Se alguém se conformar (ou se acomodar, transigir) com um furto, que a ação seja considerada extinta.
11. A coisa furtada nunca poderá ser adquirida por usucapião.

TÁBUA TERCEIRA

Dos direitos de crédito

1. Se o depositário, de má fé, praticar alguma falta com relação ao depósito, que seja condenado em dobro.
2. Se alguém colocar o seu dinheiro a juros superiores a um por cento ao ano, que seja condenado a devolver o quádruplo.
3. O estrangeiro jamais poderá adquirir bem algum por usucapião.
4. Aquele que confessar dívida perante o magistrado, ou for condenado, terá 30 dias para pagar.
5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado.
6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.

7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério.

8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.

9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.

TÁBUA QUARTA

Do pátrio poder e do casamento

1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.

2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.

3. Se o pai vender o filho três vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno.

4. Se um filho póstumo nascer até o décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo.

TÁBUA QUINTA

Das heranças e tutelas

1. As disposições testamentárias de um pai de família sobre os seus bens, ou a tutela dos filhos, terão a força de lei.

2. Se o pai de família morrer intestado, não deixando herdeiro seu (necessário), que o agnado mais próximo seja o herdeiro.

3. Se não houver agnados, que a herança seja entregue aos gentis.

4. Se um liberto morrer intestado, sem deixar herdeiros seus, mas o patrono ou os filhos do patrono a ele sobreviverem, que a sucessão desse liberto se transfira ao parente mais próximo da família do patrono.

5. Que as dívidas ativas e passivas sejam divididas entre os herdeiros, segundo o quinhão de cada um.

6. Quanto aos demais bens da sucessão indivisa, os herdeiros poderão partilhá-los, se assim o desejarem; para esse fim o pretor poderá indicar três árbitros.

7. Se o pai de família morrer sem deixar testamento, indicando um herdeiro seu impúbere, que o agnado mais próximo seja o seu tutor.

8. Se alguém tornar-se louco ou pródigo e não tiver tutor, que a sua pessoa e seus bens sejam confiados à curatela dos agnados e, se não houver agnados, à dos gentis.

TÁBUA SEXTA

Do direito de propriedade e da posse

- 1 . Se alguém empenhar a sua coisa ou vender em presença de testemunhas, o que prometeu terá força de lei.
2. Se não cumprir o que prometeu, que seja condenado em dobro.
3. O escravo a quem for concedida a liberdade por testamento, sob a condição de pagar uma certa quantia, e que for vendido em seguida, tornar-se-á livre, se pagar a mesma quantia ao comprador.
4. A coisa vendida, embora entregue, só será adquirida pelo comprador depois de pago o preço.
5. As terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse, as coisas móveis depois de um ano.
6. A mulher que residir durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa, será adquirida por esse homem e cairá sob o seu poder, salvo se se ausentar da casa por três noites.
7. Se uma coisa for litigiosa, que o pretor a entregue provisoriamente àquele que detiver a posse; mas se se tratar da liberdade de um homem que está em escravidão, que o pretor lhe conceda a liberdade provisória.
- 8 . Que a madeira utilizada para a construção de uma casa, ou para amparar a videira, não seja retirada só porque o proprietário reivindicar; mas aquele que utilizou a madeira que não lhe pertencia seja condenado a pagar o dobro do valor; e se a madeira for destacada da construção ou do vinhedo, que seja permitido ao proprietário reivindicá-la.
9. Se alguém quer repudiar a sua mulher, que apresente as razões desse repúdio.

TÁBUA SÉTIMA

Dos delitos

1. Se um quadrúpede causar qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado.
2. Se alguém causar um dano premeditadamente, que o repare.
3. Aquele que fizer encantamentos contra a colheita de outrem; ou a colher furtivamente à noite antes de amadurecer ou a cortar depois de madura, será sacrificado a Ceres.
4.
5. Se o autor do dano for impúbere, que seja fustigado a critério do pretor e indenize o prejuízo em dobro.
6. Aquele que fizer pastar o seu rebanho em terreno alheio,

7. e o que intencionalmente incendiar uma casa ou um monte de trigo perto de uma casa, seja fustigado com varas e em seguida lançado ao fogo.
8. mas se assim agir por imprudência, que repare o dano; se não tiver recursos para isso, que seja punido menos severamente do que se tivesse agido intencionalmente.
9. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses.
10. Se alguém difamar outrem com palavras ou cânticos, que seja fustigado.
11. Se alguém ferir a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo.
12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deverá ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido for um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido for um escravo.
13. Se o tutor administrar com dolo, que seja destituído como suspeito e com infâmia; se tiver causado algum prejuízo ao tutelado, que seja condenado a pagar o dobro ao fim da gestão.
14. Se um patrono causar dano a seu cliente, que seja declarado *sacer* (podendo ser morto como vítima devotada aos deuses).
15. Se alguém participar de um ato como testemunha ou desempenhar nesse ato as funções de libripende, e recusar dar o seu testemunho, que recaia sobre ele a infâmia e ninguém lhe sirva de testemunha.
16. Se alguém proferir um falso testemunho, que seja precipitado da rocha Tarpéia.
17. Se alguém matar um homem livre e; empregar feitiçaria e veneno, que seja sacrificado com o último suplício.
18. Se alguém matar o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio.

TÁBUA OITAVA

Dos direitos prediais

- 1 . A distância entre as construções vizinhas deverá ser de dois pés e meio.
2. Que os soldados (sócios) façam para si os regulamentos que entenderem, contanto que não prejudiquem o público.
3. A área de cinco pés deixada livre entre os campos limítrofes não poderá ser adquirida por usucapião.
4. Se surgirem divergências entre possuidores de campos vizinhos, que o pretor nomeie três árbitros para estabelecer os limites respectivos.
5. Lei incerta sobre limites
6. ... Jardim

7. ... herdade

8. ... choupana

9. Se uma árvore se inclinar sobre o terreno alheio, que os seus galhos sejam podados à altura de mais de 15 pés.

10. Se caírem frutos sobre o terreno vizinho, o proprietário da árvore terá o direito de colher esses Frutos.

11 . Se a água da chuva retida ou dirigida por trabalho humano causar prejuízo ao vizinho, que o pretor nomeie cinco árbitros, e que estes exijam do dono da obra garantias contra o dano iminente.

12. Que o caminho em reta tenha oito pés de largura e o em curva tenha dezesseis.

13. Se aqueles que possuírem terrenos vizinhos a estradas não os cercarem, que seja permitido deixar pastar o rebanho à vontade. (Nesses terrenos).

TÁBUA NONA

Do direito público

1. Que não se estabeleçam privilégios em lei. (Ou que não se façam leis contra indivíduos).
2. Aqueles que forem presos por dívidas e as pagarem, gozarão dos mesmos direitos como se não tivessem sido presos; os povos que forem sempre fiéis e aqueles cuja defecção for apenas momentânea gozarão de igual direito.
3. Se um juiz ou um arbitro indicado pelo magistrado receber dinheiro para julgar a favor de uma das partes em prejuízo de outrem, que seja morto.
4. Que os comícios por centúrias sejam os únicos a decidir sobre o estado de uma cidade (vida, liberdade, cidadania, família).
5. Os questores de homicídio...
6. Se alguém promover em Roma assembléias noturnas, que seja morto.
7. Se alguém insuflar o inimigo contra a sua Pátria ou entregar um concidadão ao inimigo, que seja morto

TÁBUA DÉCIMA

Do direito sacro

1. do juramento.2. Não é permitido sepultar nem incinerar um homem morto na cidade.
3. Moderai as despesas com os funerais.
4. Fazei apenas o que é permitido.
5. Não deveis polir a madeira que vai servir à incineração.

6. Que o cadáver seja vestido com três roupas e o enterro se faça acompanhar de dez tocadores de instrumentos.
7. Que as mulheres não arranhem as faces nem soltem gritos imoderados.
8. Não retireis da pira os restos dos ossos de um morto, para lhe dar segundos funerais, a menos que tenha morrido na guerra ou em país estrangeiro.
9. Que os corpos dos escravos não sejam embalsamados e que seja abolido dos seus funerais o uso da bebida em torno do cadáver.
10. Que não se lancem licores sobre a pia de incineração nem sobre as cinzas do morto.
11. Que não se usem longas coroas nem turíbulos nos funerais.
12. Que aquele que mereceu uma coroa pelo próprio esforço ou a quem seus escravos ou seus cavalos fizeram sobressair nos jogos, traga a coroa como prova do seu valor, assim com os seus parentes, enquanto o cadáver está em casa e durante o cortejo.
13. Não é permitido fazer muitas exéquias nem muitos leitos fúnebres para o mesmo morto.
14. Não é permitido enterrar ouro com o cadáver; mas se seus dentes são presos com ouro, pode-se enterrar ou incinerar com esse ouro.
15. Não é permitido, sem o consentimento do proprietário, levantar uma pira ou cavar novo sepulcro, a menos de sessenta pés de distância da casa.
16. Que o vestibulo de um túmulo jamais possa ser adquirido por usucapião, assim como o próprio túmulo.

TÁBUA DÉCIMA PRIMEIRA

- 1 . Que a última vontade do povo tenha força de lei.
2. Não é permitido o casamento entre patrícios e plebeus.
3. ... Da declaração pública de novas consecrações.


TÁBUA DÉCIMA SEGUNDA

- 1 do penhor
2. Se alguém fizer consagrar uma coisa litigiosa, que pague o dobro do valor da coisa consagrada.
3. Se alguém obtiver de má fé a posse provisória de uma coisa, que o pretor, para pôr fim ao litígio, nomeie três árbitros, que estes condenem o possuidor de má fé a restituir o dobro dos frutos.
4. Se um escravo cometer um furto, ou causar algum dano, sabendo-o patrono, que seja obrigado esse patrono a entregar o escravo, como indenização, ao prejudicado.



O jurisconsulto, segundo a enunciação de Cícero, era em primeiro lugar um conhecedor das leis e costumes dos romanos, objetos de sua reflexão e interpretação e a partir dos quais exerceria as três funções indicadas: responder a questões postas por particulares ou magistrados acerca de um problema prático suscetível de solução jurídica, normalmente a ser resolvido em juízo (*respondere*); auxiliar na prática de um ato jurídico para que este tenha os efeitos desejados pelas partes (*cavere*); indicar os meios processuais adequados a cada caso (*agere*).

Fonte: <http://goo.gl/jWqryX>

PRETOR		JURISTA
Cargo público		Intelectual
Político		No principado, era intelectual que recebeu do imperador o privilégio de responder oficialmente
Faz editos (correções e atualizações do Direito)		Faz jurisprudências

Status

- libertatis
- civitatis
- familiae

escolha do tutor

1 / 1

- testamento (p.f. indica em testamento)
- dativa (pretor indica)
- mulher escolhe (em épocas + finais → qual?)
- lei (XII Tábuas)

↓
jor que é 1 f. de natur. pública
agnado + próximo

filiis famílias = alieni iuris (dependentes do p.p.)
(filhos → traduç literal)

* Loucos podem ser sui iuris?

~~cap de DIR~~

Jim, se for 1 louco ← { sui iuris (p.f.)
ciddão ROM
livre } cap. de DIR

NÃO IMPORTA A SANIDADE MENTAL.

↳ Mas, ele vai ser 1 louco apenas formalmente, quem cuidará de tudo, é o seu curador!

(D. 1.6.8 p. 1)
título sexto
e D. 1.6.8.1

Cap de FATO o p.f. louco n tem

As mesmas regras da tutela se aplicam à curatela
qto à escolha do ~~tutor~~ curador

DESTITUIÇÃO da Tut ou Cur → Precisa ter ~~cap de~~
ineficiência moral (se houver desvio de finalidade destitui)

Família	Cap. jur. de direito
"Sui iuris"	{ liber//
≠	{ cidad. rom
"alieni iuris"	{ sui iuris
(dependente do pp)	
Cap. de fato = de agir	

Cap. de fato.

Tutela e Curatela
 (ferramentas p/ suprir a falta de cap de fato)

idd → (*1) → (*2)

Tutela ← sexo → curatela n obrigatória
 (n surgiu em

Curatela ← * II a.C. (púberes menores → lei factória)
 de 25a
 loucos e pródigos

possível mas não obrig. em razão da inexistência do cara

(*1) 0-7 tutor sempre → abs. inc. de agir
 7-12 ♀ ● tutor qdo. necessário } relat. cap. de
 7-14 ♂ " " } agir

- tutores de fcs diferentes
- Mudança conforme o tempo até o estágio de ...
- A própria mulher escolhe seu tutor → mera formalidade e n necessari (Gaio)

(*2) ♀ (Tutela perpétua)

escolha do menino ou de qm vai negociar c/ ele

"auctor interpositio"

Manual Elementar de Direito Romano

AS PESSOAS

(PARTE I – INTRODUÇÃO. *STATUS LIBERTATIS*)

Texto original em francês, de domínio público, do Manuel Elementaire de Droit Romain de René Foignet, editado em Paris em 1947, traduzido, adaptado e atualizado por Hélio Maciel França Madeira, para uso escolar.

Foignet foi um célebre autor de manuais de grande divulgação nos diversos ramos do direito, com considerável sucesso entre os estudantes franceses do meado do século XX, especialmente pela capacidade didática de sistematização do conhecimento. Esta versão, renovada e adaptada, é destinada especialmente aos estudantes brasileiros do século XXI, resguardados os direitos de tradução e adaptação.

Os textos de maior adaptação são apresentados em cor azul.

Edição: março de 2008.

Introdução. – Todo direito, segundo Gaio, refere-se ou às pessoas, ou às coisas, ou às ações (D.1.5.1). O estudo das *peçoas* é essencial e prévio ao entendimento dos demais, pois "todo direito é constituído por causa dos homens" (*hominum causa omne ius constitutum est*, segundo Hermogeniano, D.1.5.2).

A prioridade dada às *peçoas* é um dos grandes fundamentos do Direito Romano, a fim de que não se esqueça a razão para a qual o direito foi criado.

O direito não foi criado para proteger uma abstrata sociedade ou "Estado", mas para proteger os homens, como *peçoas* concretas.

O direito também não se confunde com a norma, nem a norma pode estar acima dos homens. As normas, como a ciência do direito, foram criadas por causa do homem, para a proteção da sua concreta *peçoas*.

O direito, assim, refere-se a todos: livres ou escravos, romanos ou estrangeiros, amigos ou inimigos. E, porque não se excluem do direito os escravos, os estrangeiros ou os inimigos, a eles se aplicam desde as origens de Roma os importantes *ius naturale*, *ius gentium* e *ius fetiale*.

Como estes três fundamentais direitos foram longamente cultivados em suas relações com o direito dos cidadãos Romanos (*ius Quiritium*), foi este último de tal modo amplificado e enriquecido, que o conceito de *ius Romanum* tornou-se um conceito aplicável e válido para todos os povos, fato que propiciou ao direito romano uma de suas maiores características: o universalismo.

A atual vigência dos direitos estatais abstratos, com seus igualmente abstratos conceitos de "personalidade" e "capacidade jurídica de gozo" (que freqüentemente ainda excluem ou restringem os direitos de muitas pessoas como, por exemplo, os imigrantes e os nascituros) dificulta, mas não impede, que os juristas modernos resistam a essa exclusão.

O estudo do direito romano com a utilização das categorias abstratas e restritivas (de "personalidade", "capacidade de direito" e "capacidade de fato" etc.), já parte de um pressuposto lógico equivocado, que fere a sua realidade.

Por isso, só podemos admiti-lo *didaticamente e com muita reserva*, como forma de aproximar-se do direito romano com os mesmos termos dos Códigos Civis Modernos, que utilizam essa terminologia abstrata.

Mas não se deve perder o senso crítico de que se trata de uma projeção inicial falsa, que deve ser superada posteriormente com o estudo direto das fontes latinas, especialmente com a leitura do primeiro livro do Digesto de Justiniano.

Assim, na exposição da matéria, adotaremos ainda a terminologia moderna dominante (que se utiliza de categorias não-romanas, como as de *capacidade de direito, capacidade de fato, sujeitos de direito, relação jurídica*). Mas esperamos, ainda hoje, o despertar de vocações acadêmicas que consigam, com base nas fontes jurídicas latinas, apresentar o direito romano moderno por meio dos seus princípios, da sua terminologia e das suas regras, conforme permanecem estáveis no tempo e no espaço, e segundo uniformidade do direito da comunidade de nações que formam o Sistema Romanista. Estudos dessa natureza constituem, no século XXI, um vasto campo de pesquisa para os estudantes do Direito Romano.

Definição. – Pessoa é todo ser humano capaz de ter direitos e obrigações.

Os três elementos da personalidade jurídica. – Modernamente se diz que todas as pessoas físicas são *capazes de direito*, isto é, que todos têm personalidade jurídica. A capacidade de direito, também conhecida como *capacidade jurídica de gozo*, é, nos direitos modernos, concedida igualmente a todos os *cidadãos*, desde a concepção até a morte.

Em Roma, diferentemente, para que uma pessoa tivesse completa capacidade jurídica de gozo, era preciso satisfazer a três condições quanto ao seu *status*; era preciso ter uma situação particular e dominante na sociedade, na cidade e na família: era preciso ser 1º) livre, 2º) cidadão romano e 3º) *sui iuris*, isto é, ser independente do pátrio poder.

Capacidade de direito e capacidade de fato. – A capacidade de direito não se confunde com a capacidade de fato. Enquanto a capacidade de direito refere-se à possibilidade de alguém ser sujeito de direitos e de obrigações (por exemplo, ter direito de propriedade, ter direito à herança, ter o dever de pagar um imposto etc.) a capacidade de fato refere-se à possibilidade de praticar atos jurídicos (por exemplo, comprar, vender, fazer testamento, quitar uma dívida etc.).

capacidade de
direito (jur de
gozo) ← Livre
 cidadão romano
 sui iuris

Capacidade de
Direito:

possibilidade de ter
personalidade jurídica

* classificação:

- status libertatis
 - liber
 - ingenuus
 - libertus
 - semi-liber
 - in mancipio
 - escravos
 - colonos
- status civitatis
 - romanos
 - não romanos
 - latinos
 - peregrinos
- status familiae
 - sui iuris
 - alieni iuris

Capacidade de
Fato:

possibilidade de
praticar atos jurídicos

* classificação:

- totalmente
capazes
- incapazes
 - sob
tutela
 - sob
curatela

* capazes de fato

- ↑ pubere (idade)
- ↑ homem (sexo)
- ↑ cidadão romano
- ↑ sui iuris

A capacidade de fato, também conhecida como capacidade de agir ou de praticar atos jurídicos, só é concedida àqueles que podem bem discernir e bem declarar suas vontades. Por isso são reputados *incapazes de fato* os menores, os mentalmente insanos e, em Roma, as mulheres. Os incapazes de fato, conforme veremos, serão representados ou assistidos por tutores ou curadores.

Classificação das Pessoas Físicas em Roma. – Podemos distinguir as pessoas físicas em Roma segundo quatro pontos de vista: três relativos à capacidade de direito e um relativo à capacidade de fato.

Quanto à capacidade de direito, podemos distinguir as pessoas de acordo com as seguintes situações ou *status*:

1º - Quanto ao *status libertatis* (situação de liberdade) as pessoas ou são livres ou são escravas. Os livres são ou *ingênuos* (os que nasceram livres) ou *libertos* (os que foram um dia escravos).

2º - Quanto ao *status civitatis* (situação de cidade ou cidadania) há os romanos e os não-romanos (latinos, peregrinos etc.)

3º - Quanto ao *status familiae* (situação de família), as pessoas ou são *sui iuris* (independentes do pátrio poder) ou *alieni iuris* (dependentes do pátrio poder).

4º - Quanto à capacidade de fato, podemos classificar em pessoas *plenamente capazes* e pessoas que estejam sob tutela ou curatela.

Pessoas Morais. – Além das pessoas físicas, o direito ainda atribui personalidade jurídica a certas pessoas morais (entidades como as associações, as fundações etc.), denominadas *pessoas morais ou jurídicas*.

Divisão desta parte. – Dividiremos, por consequência, o estudo das pessoas em quatro títulos e dois apêndices, da seguinte forma:

Título I – O *status libertatis*: escravos e libertos.

Título II – O *status civitatis*: cidadãos e não-cidadãos.

Título III – O *status familiae*: pessoas *sui iuris* (em especial o *paterfamilias*) e pessoas *alieni iuris*.

Título IV – A proteção dos incapazes

Apêndice I – A *capitis deminutio*: estudo sobre as mudanças de *status* das pessoas físicas.

Apêndice II – As pessoas morais.

TÍTULO I

O STATUS LIBERTATIS

Divisão das pessoas segundo o *status libertatis*. – Gaio (I, 9) divide os homens em livres e escravos. É a *summa divisio hominum*.

Entre os homens livres, convém distinguir os que são livres de nascença (os *ingênuos*, *ingenui*) e os que ficaram livres depois de terem sido escravos (os *libertos*, *liberti*).

Há, também, certo número de pessoas que estão em situação intermediária (os semilivres), dentre os quais as pessoas *in mancipio* e os colonos.

Divisão. - Estudaremos, sucessivamente:

Capítulo I - Os escravos.

Capítulo II - Os libertos.

Capítulo III - Os Ingênuos.

Apêndice I - As pessoas *in mancipio*.

Apêndice II - Os colonos.

CAPÍTULO I - OS ESCRAVOS

Definição. - O escravo ou *servus* é um ser humano desprovido de toda personalidade para o direito civil. Ele é um simples objeto de direito, uma coisa (*res*). Como tal, ele pertence à propriedade de um outro ser humano, que exerce sobre ele a *dominica potestas* do mesmo modo como pode exercer sobre um animal doméstico ou sobre um bem qualquer.

Segundo alguns autores, a escravidão (*servitus*) seria uma instituição de direito Internacional, isto é, o escravo romano originalmente seria essencialmente um estrangeiro e todo estrangeiro seria virtualmente um escravo em Roma (Arg. Pomponius D.49,15,5,2). Confundir-se-iam, assim, primitivamente, as qualidades de escravo e de estrangeiro.

Divisão do capítulo. - Nós estudaremos a escravidão de acordo com a seguinte divisão:

§ 1º - Como alguém se torna escravo (fontes da escravidão).

§ 2º - Qual é a condição jurídica do escravo.

§ 3º - Como alguém deixa de ser escravo (cessação da escravidão).

§ 1º - Fontes da escravidão

Distinção. - Uma pessoa tornar-se escrava:

1º - Por um modo do *ius gentium* (direito das gentes):

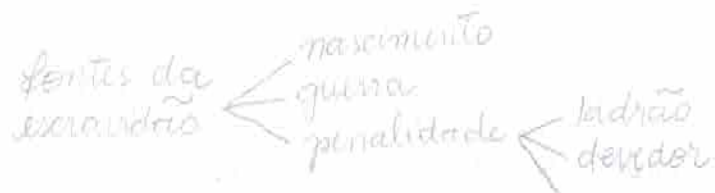
A catividade (occupatio bellica). - Os Inimigos feitos prisioneiros tornam-se escravos do Estado romano que os capturou (*servi publici*) e depois são revendidos aos particulares. A guerra é a principal causa originária da escravidão na República e no Alto Império.

Etimologicamente, *servus* (escravo) significa "o conservado", aquele que foi poupado das guerras.

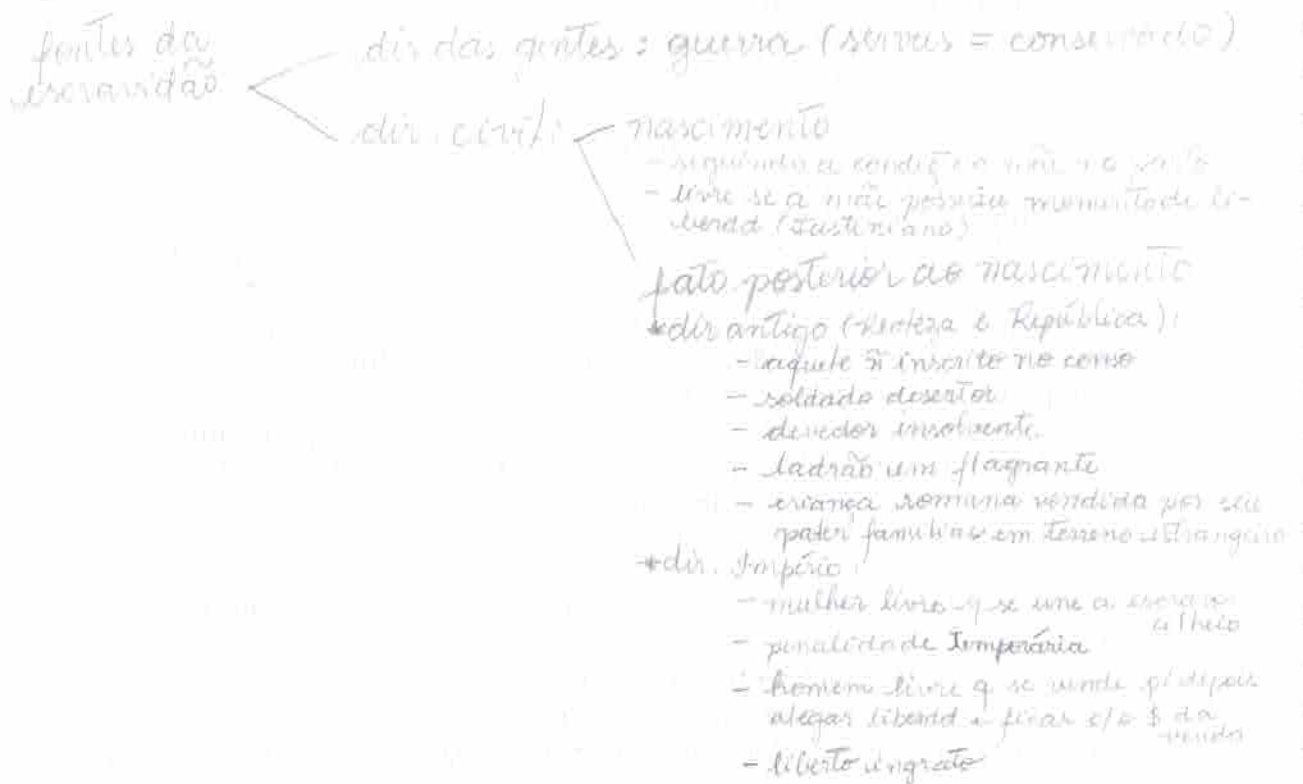
2º - Por um modo do *ius civile* (direito civil):

a) Nascimento

Regra. - São escravos os filhos de escravas. Nasceram escravas as crianças nascidas de uma mulher que seja escrava no momento do parto. Pouco importa se o pai é livre ou escravo, pois, nas uniões não reconhecidas como *casamento* a criança segue a condição da mãe. E uma mulher escrava não pode contrair matrimônio.



específico com as mudanças Imperiais:



Assim, no direito clássico, havia que se considerar o momento do parto para estabelecer a condição jurídica do filho.

Porém Justiniano decidiu em favor da liberdade ao filho que nascia livre, quando a mãe tivesse sido livre em um momento qualquer entre a concepção e o parto. (Inst. 1,4.).

b) Fatos posteriores ao nascimento

1º. *No direito antigo.* - Ao tempo da Lei das XII Tábuas, havia no *ius civile* quatro tipos de escravos, conforme o fato que lhe causou a escravidão: a) aquele que, não inscrito nos registros do censo (*incensus*), é vendido como escravo pelo Estado romano; b) o soldado desertor; c) o devedor insolvente e condenado (*addictus*), vendido como escravo pelo seu credor; d) o ladrão encontrado em flagrante delito (*fur manifestus*); e) a criança vendida no estrangeiro pelo seu *paterfamilias*.

Em todos os casos, o cidadão romano só poderia ser vendido como escravo fora dos limites de Roma, além do rio Tibre (*trans Tiberim*), pois não era concebível que um cidadão se tornasse escravo na mesma cidade onde tivesse antes sido livre.

2º. *No período imperial.* - As antigas causas da escravidão caem no desuso e surgem outras novas.

A partir do *senatusconsultum Claudianum* (52 d.C.), a mulher livre que se unisse a um escravo alheio, apesar da proibição do dono dele, tornava-se escrava do dono do escravo.

Na época do Imperador Adriano, o edito do pretor decidiu punir, com a escravidão de verdade, aquele homem livre que se vendesse como escravo, com a ajuda de um cúmplice vendedor, para depois alegar que era livre e dividir o preço da venda com o comparsa.

No período imperial, diversos crimes de menor gravidade tinham por pena a *damnatio ad metalla*, isto é, os trabalhos forçados nas minas, como forma de expiação do delito. Durante o período de aplicação da pena o condenado era considerado escravo. Igualmente eram escravos os condenados a enfrentar as feras no circo (*condemnatio ad bestias*).

Também o liberto ingrato retornava à condição de escravo.

§ 2º - A condição jurídica do escravo

Distinção. - É preciso distinguir três momentos históricos:

- a) O direito antigo.
- b) As reformas do final da República e do Alto Império.
- c) As reformas dos Imperadores cristãos no Baixo Império.

a) Direito antigo

A condição de direito do escravo é muito diferente de sua condição de fato.

Condição de fato. - O escravo é membro da *família*. Participa ativamente dela e vive nela sem necessidade de ser preso, amarrado ou

Condição jurídica do escravo:

* Condição de direito:

- ~~ser~~ (sem personalidade)
- dominação potestas (poderes sem limites do dono do escravo sobre este)
- ausência de personalidade jurídica (possuir direitos e deveres): impossibilidade de cobrança jurídica por seus atos.

* condição de fato:

- ~~ser~~ com personalidade humana (para o D^o Natural, o escravo é livre por ser 1 pessoa)
- amenização da dominação potestas e da ausência de personalidade jurídica sem com o tempo, dando-lhe o direito de admitir-se a representação jurídica de pessoas por seus escravos e a confusão de pecúlios de escravos (colocavam escravos p/ cuidar de comércio, por ex, cobrança de dívida que, porém, só poderia ser cobrada moralmente ao escravo por seu dono).

vigilado. Como *persona* (pessoa) participava dos *sacra* (cerimônias religiosas) da cidade e da família de seu dono.

Até o século IV a.C. a escravidão não tem grande relevância na economia romana.

Condição de direito. - Princípio: o escravo é uma coisa. - O escravo, para o direito, era uma coisa e não uma pessoa. Era desprovido de toda personalidade¹.

Conseqüências. - Deste princípio resulta, por conseqüência, que:

a) ***Dominica potestas.*** - O dono do escravo tem um direito absoluto sobre o escravo, a *dominica potestas*, como o proprietário tem sobre a sua coisa (o *dominium*). Este poder, na origem, era sem limites. O dono tem o direito de vida e de morte sobre seu escravo e o direito de servir-se dele como lhe aprouver. Tem direito sobre os filhos de sua escrava (*partus ancillae*) semelhantemente como tem a propriedade das crias de seus animais.

b) ***Ausência de personalidade jurídica.*** - O escravo não tinha direito algum, não tinha personalidade jurídica alguma. Não podia ser proprietário de bem algum; não podia ser credor ou devedor; não tem direitos de família; não podia casar, nem ter filhos submetidos a sua autoridade. A união de escravos, denominada *contubernium* era um simples fato sem conseqüências jurídicas. Ele não pode ir a juízo, nem como autor, nem como réu. Mesmo quando ele pretende discutir sua liberdade em juízo (na denominada *causa liberalis*) deve ser representado por um terceiro (o *adsertor libertatis*).

Amenização. - ***Amenização de fato da "dominica potestas".*** - Os escravos, de fato, não tinham muito do que se lamentar. Pouco numerosos no início, da mesma etnia e da mesma religião de seus donos, viviam com os próprios donos, ao lado de suas crianças e trabalhando com elas.

Amenização de ausência de personalidade jurídica do escravo. - 1º ***Representação ativa do dono do escravo.*** - Com o tempo admite-se, no interesse do dono, que o escravo podia representar seu dono em atos jurídicos, para adquirir direitos para ele (um crédito ou uma propriedade), mas não para agravar a sua condição (diminuindo-lhe o patrimônio ou tornando-o devedor).

2º ***O pecúlio do escravo.*** - O dono confiava ao escravo, com freqüência, a gestão de um pecúlio (um conjunto de bens), do qual ele conservava a propriedade.

b) Fim da República e Principado.

Piora da condição de fato. - No final da República e no Principado, a condição de fato do escravo agrava-se. Os escravos tornam-se numerosos e vivem distantes da família de seu dono, trabalhando principalmente nos domínios rurais de seus donos. São em geral estrangeiros de etnia e de cultura diversas das de seu dono, fato que dificulta a assimilação e enseja o

¹ Já dissemos acima o quanto este entendimento é artificial. O escravo é *persona* e, pelo direito natural, é livre.

abuso de poder de seus donos. Quando a condição de fato do escravo aproxima-se da condição de direito, o legislador é chamado a intervir para protegê-lo e para estabelecer uma importante limitação à *dominica potestas*.

Melhora da condição de direito. – Aos poucos, uma legislação nova, em parte inspirada na filosofia grega, surge para estabelecer diversas proibições aos donos de escravo, como:

1º) a de mandar os escravos para o combate com as feras (*ad bestias*), salvo em virtude de uma autorização do magistrado (*lex Petronia* de 61 d.C.).

2º) a de abandonar os escravos velhos e enfermos, sob pena de perder o direito de propriedade sobre eles (*edictum* de Cláudio).

3º) a de matar o escravo, sem motivo, sob pena de responder por homicídio; ou de maltratar o escravo, sob pena de ser constrangido pelo magistrado a vendê-lo (duas constituições Imperiais de Antonino Pio).

Melhora na capacidade de agir do escravo. – Embora o escravo não possa se obrigar *iure civili* por contratos, ele pode obrigar-se *iure naturali*; ele pode contrair uma obrigação natural.

Além disso, ele se obriga *iure civili* pelos seus delitos; mas ele somente poderá ser utilmente demandado em juízo depois que sua escravidão estiver encerrada, quando então poderá ter patrimônio.

Finalmente, o direito pretoriano admitiu que em certos casos o escravo pudesse praticar atos que tornassem o seu dono um devedor; é a teoria das *actiones adiectitiae qualitatis* que estudaremos quando tratarmos da capacidade do *filius familias*.

c) Baixo Império.

Reconhecimento da "cognatio servilis". – No Baixo Império, sob a influência do cristianismo, a união de escravos e sua família tornam-se mais reconhecidas pelo direito. Uma constituição de Constantino declara que o dono que abandona seus escravos recém-nascidos perde o direito de propriedade sobre eles. Mais tarde, uma constituição de Justiniano atribui algumas consequências jurídicas ao parentesco servil para efeitos de direito sucessório.

§ 3º - Cessaçãõ da escravidão.

São diversas as causas de extinção da escravidão:

- a) Em virtude da lei;
- b) Em virtude do *ius postliminii*;
- c) Por manumissão (ou alforria).

a) **Pela lei.** – A escravidão se extingue, segundo a lei, em numerosos casos, como o do escravo velho, ou doente, abandonado pelo seu dono (edito de Cláudio); igualmente o escravo recém-nascido abandonado (legislação de Constantino).

b) **O *ius postliminii*.** – O cidadão romano, feito prisioneiro pelo Inimigo, torna-se escravo. Mas sua escravidão cessa em virtude do *ius postliminii*, se

ele conseguir escapar e voltar a Roma. Ele é, nesse caso, retroativamente livre e restabelece-se em todos os direitos, como se nunca tivesse sido escravo: volta a ser dono de seus bens, a exercer a *patria postestas* sobre os filhos etc.

c) *Pela concessão da liberdade* (manumissão, alforria). Em razão da importância deste tema, dedicaremos o próximo capítulo para ele.

CAPÍTULO II – A MANUMISSÃO E OS LIBERTOS

Definição. – A *manumissio* (de *manu mittere*, “enviar, expedir com a mão”) é um ato por meio do qual um dono confere a liberdade ao seu escravo.

O escravo liberto chama-se *libertus*, *libertinus* ou *manumissus*. O livre liberto opõe-se ao livre *ingenuus*, aquele que jamais foi escravo.

Divisão do capítulo. – Estudaremos, em relação aos libertos, os seguintes assuntos:

§ 1º - Formas de manumissão.

§ 2º - Limitações à faculdade de manumitir.

§ 3º - Condição jurídica do liberto. O patronato.

§ 1º - Formas de manumissão

Distinção. – É preciso distinguir três momentos históricos:

- a) O direito antigo;
- b) O direito clássico;
- c) O Baixo Império.

a) O direito antigo

Três formas solenes de manumissão. – No direito antigo existiam três formas solenes de manumissão:

- 1º O censo;
- 2º A *vindicta*;
- 3º O testamento.

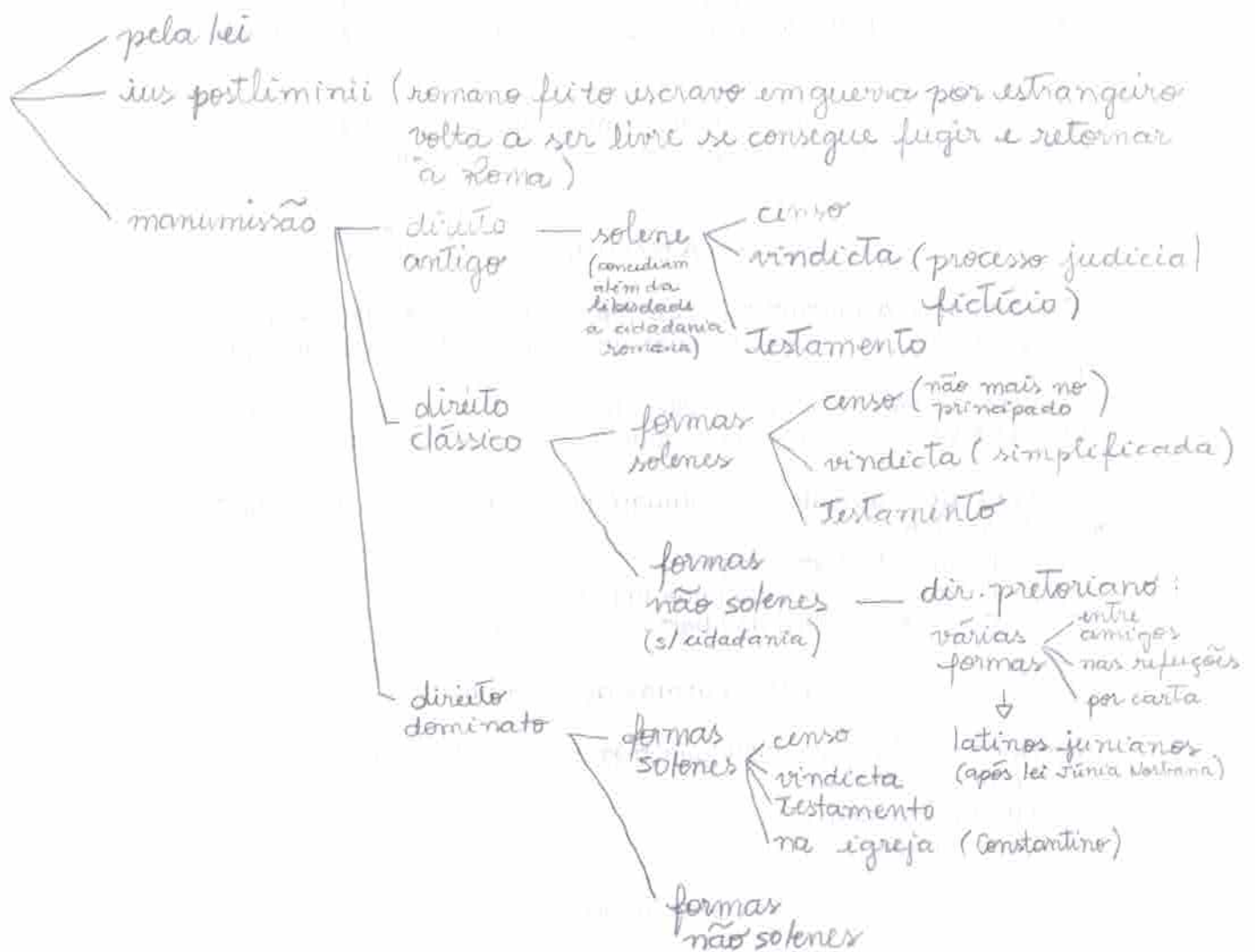
1º O censo. – *Forma.* – Este modo de manumissão consistia na inscrição de um escravo nos registros do censo, como cidadão romano, desde que com a permissão de seu dono.

Por procedimento simétrico, perdia a liberdade o cidadão que deixava de inscrever-se no censo.

Seus inconvenientes. – Este procedimento era insuficiente: a) porque só era praticável em Roma; b) porque o censo somente era feito a cada cinco anos.

2º A *vindicta*. – *Forma.* – A manumissão por *vindicta* consistia na utilização aparente de uma ação judicial de reivindicação da liberdade. O dono que queria libertar seu escravo compareceria até o pretor acompanhado de um amigo, o *adsertor libertatis*. Este amigo, cuja presença é indispensável (pois escravos não podiam ajuizar ações), tocava o escravo

Fim da escravidão:



com uma vareta (*vindicta*) e dizia: "eu declaro que este homem é livre". O dono não o contraditava e o magistrado fazia a declaração de que o homem era livre (*addictio libertatis*).

3º O testamento. - Forma. - O dono podia, em seu testamento, conceder a liberdade ao escravo diretamente, com as seguintes palavras: *Stychus servus meus liber esto* (que Estico, meu servo, seja livre). Neste caso, o escravo torna-se livre assim que o herdeiro aceitava a herança. O escravo torna-se, então, um *libertus orcinus*, isto é, aquele cujo patrono já morreu (ou, segundo a mitologia, foi habitar o reino de Orco).

Enfim, importa saber que estas três formas de manumissão (*censu*, *vindicta* e *testamento*), porque eram do *ius civile*, concediam ao escravo, além da liberdade, a cidadania romana.

b) O direito clássico

Formas solenes de manumissão. - No direito clássico ocorrem as seguintes alterações nas antigas formas solenes de manumissão:

O censo. - O censo deixa de ser realizado no início do principado.

A vindicta. - É mantida com algumas simplificações. Bastava ao dono declarar, perante o magistrado, sem formalidades, a sua vontade de libertar o escravo.

O testamento. - Além da atribuição direta de liberdade ao escravo, o testador também podia concedê-la por meio indireto, *per fideicomissum*, quando determinava ao herdeiro, ao legatário ou ao fideicomissário a obrigação de libertar um determinado escravo. Neste caso, o escravo manumitido tornava-se *libertus* do herdeiro manumitente. Aprofundaremos esta forma de manumissão na parte relativa aos direitos das sucessões.

Formas não solenes de manumissão (ou manumissões pretorianas). - Ao lado das formas solenes, que subsistem, surgem novos meios sem qualquer formalismo: como a manumissão diante dos amigos (*inter amicos*), durante a refeição (*per mensam*) ou por carta dirigida ao escravo (*per epistolam*).

Efeitos das manumissões não solenes. - Pelo direito civil a manumissão sem forma não produzia efeitos. O indivíduo permanecia escravo e podia ser reivindicado por seu dono. Mas o pretor interveio em nome da equidade e estabeleceu meios de defesa em favor daquele que foi libertado por meio não solene, contra o proprietário reivindicante. Ou seja, concorriam duas situações: *iure civili* ele é escravo, mas *iure praetorio* é livre.

Lex Iunia Norbana. - A lei Júnio Norbana regularizou a situação destes libertos. Declara que eles são livres, porém não são cidadãos romanos. Estes libertos ficaram conhecidos como latinos junianos. Latinos porque sua condição de cidadania se aproximava a dos Latinos; junianos em razão da *lex Iunia*. Aprofundaremos, mais adiante, a condição jurídica dos latinos junianos.

c) Baixo Império

Formas Solenes. - Mantêm-se as formas anteriores (*vindicta* ou *testamento*). A *manumissio vindicta* podia ser uma simples declaração perante o magistrado ou o conselho imperial.

Nova forma. - Constantino estabeleceu uma nova forma de manumissão, a *manumissio in sacrosanctis ecclesiis* (manumissão nas sacrossantas Igrejas), por meio de uma declaração feita pelo padre diante do dono e dos fiéis.

Formas não solenes. - A manumissão entre amigos ou por carta é praticada com mais freqüência e já produz os mesmos efeitos que a manumissão solene.

§ 2º - Limitações à faculdade de manumitir

Origem das limitações à faculdade de manumitir. - Enquanto a escravidão era uma instituição doméstica, a manumissão não era muito praticada. Até o final da República não houve qualquer limitação aos poderes de manumissão dos donos de escravo. Os ricos romanos reputavam honrosa a manumissão do maior número possível de escravos.

No século II a.C. a escravidão, já bastante mudada e sob influência de causas diversas, é uma instituição de grandes conseqüências sociais. As manumissões tornam-se muito numerosas e a cidade povoa-se de libertos de moralidade freqüentemente duvidosa, feitos cidadãos romanos. Uma grande corrente de opinião, hostil às manumissões, se forma na cidade e, na época de Augusto, as leis *Aelia Sentia* e *Fufia Canina* impõem restrições ao direito de manumitir.

Lex Aelia Sentia. - Foi uma *lex rogata* em 4 d.C. pelos cônsules *Aelius Cato* e *Sextius Saturnius*, na tentativa de sanar a corrupção social.

Sua finalidade. - Sua principal finalidade é a de impedir que a liberdade e a cidadania sejam concedidas muito facilmente a quem não é digno de as merecer.

Suas disposições. - Três foram as situações previstas:

1º. O dono que libertava um escravo deveria ter pelo menos vinte anos, se não a manumissão era nula. Se desejasse libertar um escravo antes de atingir esta idade, deveria apresentar justificativa perante um conselho especial de senadores e cavaleiros.

2º. O liberto deve ter pelo menos trinta anos menos. Se não tiver, não se torna cidadão romano, mas terá a condição de latino juniano (a ser estudada adiante).

3º. O liberto que durante sua escravidão houvesse sofrido penas infames, não passava a ser cidadão romano nem latino, e sim *peregrinus dediticius*. (Veremos depois qual era essa situação).

4º. Nula é a manumissão feita em fraude dos direitos dos credores, ou seja, realizada com a finalidade de transformar o dono em devedor insolvente ou menos solvente e prejudicar dolosamente o direito dos credores.

Lex Fufia Canina. – Emanada em 2 a.C., trouxe importantes inovações na *manumissio testamenti*, vetando aos *domini* de libertar por testamento mais de uma certa quota de sua *familia* servil.

Sua finalidade. – Teve por fim restringir o número de manumissões por testamento, feitas em prejuízo dos herdeiros.

Suas disposições. – Entre as principais limitações, citem-se:

1º. O dono de três a dez escravos não pode manumitir mais do que a metade;

2º. Quem possui de onze a trinta, não mais do que um terço;

3º. De trinta a cem, não mais do que um quarto;

4º. De cento e um a quinhentos, não mais do que um quinto;

5º. Quem possui mais do que quinhentos, até o limite de cem.

Reformas de Justiniano. – Justiniano conservou da *lex Aelia Sentia* somente duas disposições:

1º. A relativa à manumissão feita por menor de vinte anos.

2º. A relativa à manumissão em fraude do direito dos credores.

§ 3º - Condição jurídica do liberto. O patronato.

Distinção. – É preciso distinguir a condição do liberto nos três momentos históricos:

a) O direito antigo;

b) As reformas do início do Império;

c) O Baixo Império.

a) O direito antigo

Condição social do liberto. – No direito antigo os libertos dos romanos gozavam de uma condição jurídica uniforme. Eram livres e cidadãos romanos. Mas a condição deles, sob diferentes pontos de vista, era inferior à condição dos ingênuos.

1º Do ponto de vista dos direitos políticos, eles são eleitores: têm o *ius suffragii*. Mas não são elegíveis às magistraturas: não têm o *ius honorum*.

2º Do ponto de vista dos direitos privados, eles não possuem o *ius connubii*, o direito de contrair justas núpcias com um ingênuo e, mais tarde, com uma pessoa da classe senatorial. Suas crianças nasciam ingênuas, mas não era uso acolhê-las na classe dos senadores.

Obrigações do liberto em relação ao seu patrono. – Além disso, o liberto mantém-se ligado ao seu antigo dono, que se torna o seu patrono (*patronus*) e que passa a ter sobre ele alguns direitos, os denominados *iura patronatus*:

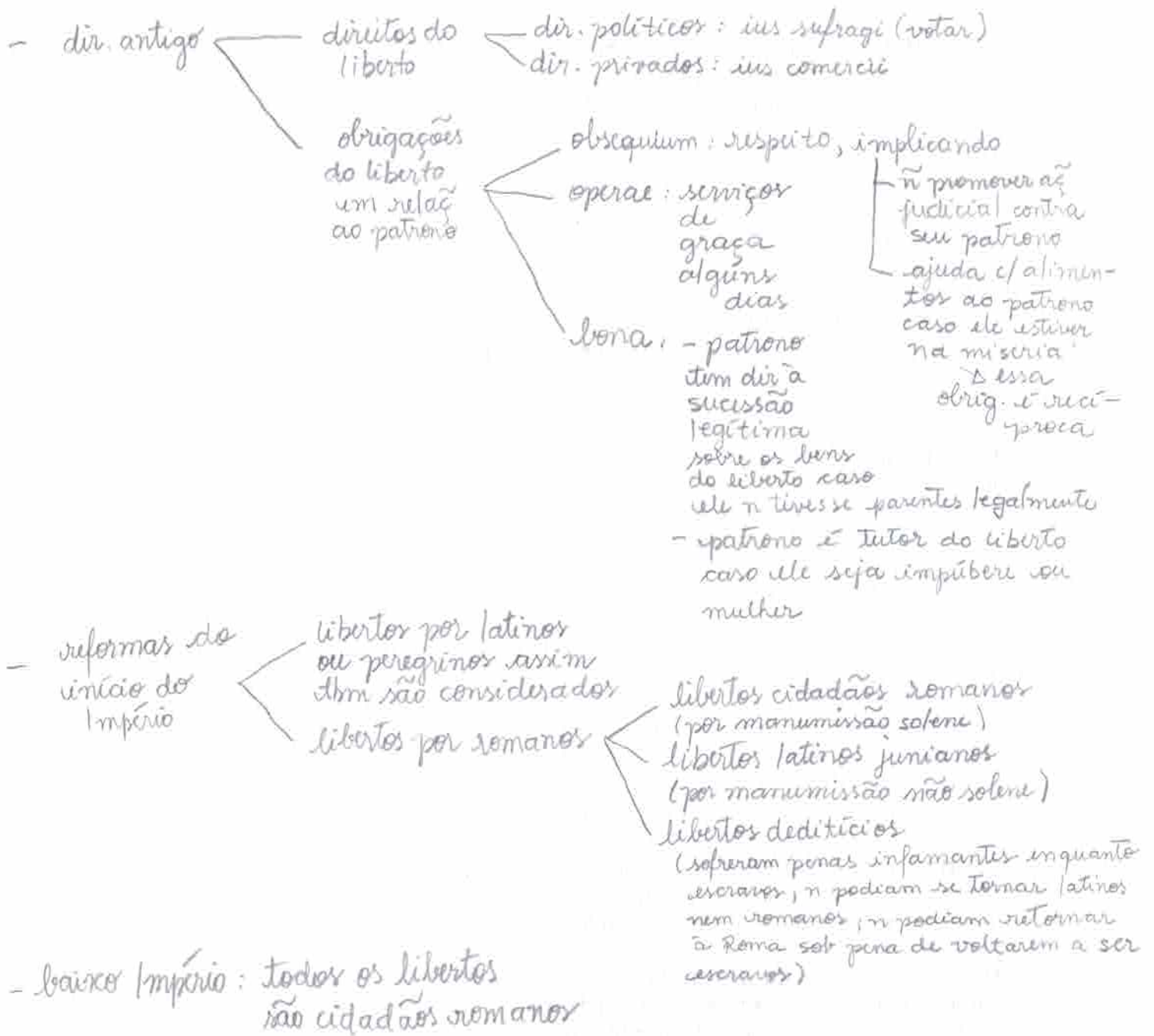
1º O *obsequium*;

2º As *operae*;

3º Os *bona*;

Obsequium. – Era o dever de respeito devido ao patrono e aos seus descendentes. Como consequência, o liberto não podia chamar a juízo o seu

Condição jurídica do liberto: Patronato



patrono, sem uma autorização do magistrado. E jamais poderia intentar uma ação judicial criminal ou infamante contra ele.

O vínculo de patronato também gerava o direito de o patrono, caso estivesse reduzido à miséria, reclamar alimentos de seu liberto. Por outro lado, a obrigação de prestar alimentos em caso de miséria era recíproca, em razão do vínculo da *fides* que os unia.

Operae. – Eram os serviços devidos pelo liberto. As *operae officiales* são os serviços domésticos devidos em caráter pessoal e sem possibilidade de apreciação em valor monetário. As *operae fabriles*, tendo um caráter Industrial e um valor pecuniário, eram somente devidas se em virtude de uma promessa feita sob juramento no momento da manumissão.

Bona – Quando o liberto morria sem deixar filhos, de um casamento posterior à sua manumissão, os seus bens eram entregues ao seu antigo dono. Ou seja, o patrono tinha o direito de sucessão legítima sobre os bens do liberto, uma vez que este não tinha legalmente ascendentes ou parentes colaterais.

Além disso, o patrono tinha o direito à tutela do liberto, caso ele fosse impúbere ou do sexo feminino.

Duração dos *iura patronatus*. – As obrigações do liberto em relação ao seu patrono eram perpétuas e os descendentes do patrono podiam exigir a continuidade delas.

Mas os encargos do liberto passavam, com sua morte, aos seus filhos? Juridicamente os filhos do liberto nasciam ingênuos, logo não eram vinculados pelos *iura patronatus*. Mas, de fato, continuavam freqüentemente na dependência moral e até econômica do antigo patrono de seu pai.

b) Reformas do início do Império

Três classes de libertos. – “Ninguém pode transferir mais poderes do que tem”. Esse princípio jurídico, aplicado à *libertinitas*, fazia do escravo libertado por um dono estrangeiro Latino ou peregrino, um liberto Latino ou peregrino.

Mas, por outro lado, os libertos dos cidadãos romanos, de acordo com as disposições das leis *Iunia* e *Aelia Sentia*, foram divididos em três classes:

- 1ª Os libertos cidadãos romanos;
- 2ª Os libertos latinos junianos;
- 3ª Os libertos dedíticios.

1ª classe: libertos cidadãos romanos. – São aqueles que foram libertados por um modo solene, e que não se subordinam aos rigores da *lex Aelia Sentia*.

Condição jurídica. – Sua situação não foi alterada desde o direito antigo. Do ponto de vista político, continuam com o direito de votar, mas não com o de ser eleito.

Do ponto de vista do direito privado, eles possuem a *maior libertas*, a maior liberdade. Têm o *ius commercii* e o *ius connubii*, mas o casamento entre ingênuos e libertos foi ainda por muito tempo proibido. Somente a *lex Iulia de maritandis ordinibus*, sob Augusto, concedeu-lhes o *ius connubii*

com os ingênuos. Mas ainda assim continuavam proibidos de se casarem com pessoas da classe senatorial.

2ª classe: libertos latinos junianos. – São principalmente os libertos que foram alforriados por modos não solenes (segundo a *lex Julia Norbana*); ou aqueles que foram libertados com idade inferior a de 30 anos (segundo a *lex Aelia Sentia*). Além disso eram aqueles que foram libertados por um dono que tivesse sobre ele somente a chamada “propriedade bonitária” (uma espécie inferior de propriedade que será estudada mais adiante).

Condição jurídica. – Do ponto de vista político eles não possuem direito algum, nem o *ius suffragii* (direito de votar), nem o *ius honorum* (direito de ser eleito às magistraturas).

Em relação aos direitos privados, eles não tinham o *ius connubii* (direito de se casar em justas núpcias). Mas tinha o *ius commercii*, o direito de praticar os atos jurídicos segundo o direito civil dos romanos. Em suma, a situação deles era semelhante àquela dos colonos latinos, de onde se originou o nome.

Incapacidade testamentária. – Todavia, do ponto de vista do testamento, eles submetem-se a uma dupla incapacidade:

1º Não podiam fazer testamento. Não tinham, portanto, a *factio testamenti* ativa; os seus bens retornavam necessariamente ao seu antigo dono, como o pecúlio do escravo. Por isso é que se costuma dizer que eles “viviam como livres, mas morriam como escravos”.

2º Eles podiam ser instituídos herdeiros ou legatários em um testamento, ou seja, tinham a *factio testamenti passiva*. Mas não tinham direito de receber o benefício (não tinham o *ius capiendi*), salvo se se tornassem cidadãos romanos no prazo de 100 dias a contar da morte do testador. Nesse caso a concessão da cidadania lhes era facilitada para esse fim.

3ª classe: libertos deditícios. – São aqueles libertos que tinham sofrido penas infamantes durante o período de escravidão (segundo as disposições da *lex Aelia Sentia*).

Condição jurídica. – A condição jurídica deles era ruim: era a *pessima libertas*. Era ainda mais dura do que a dos peregrinos deditícios, que lhes serviu de modelo. Eles não podiam se tornar latinos, nem cidadãos romanos. Eram proibidos de ir a Roma ou no perímetro de cem milhas em torno da cidade, sob pena de retornarem à situação de escravos.

c) Baixo Império

Uma só classe de libertos. – Só há uma classe de libertos; todos são cidadãos romanos. Não há mais libertos latinos junianos, nem libertos deditícios.

CAPÍTULO III – OS INGÊNUOS

Definição. – O ingênuo (*ingenuus*) é a pessoa que nasce livre e que jamais deixou de sê-lo. Pouco importa se seu pai seja ingênuo ou liberto.

Pessoas In Mancipio

- ← alieni iuris vendidos por seu pater fam a outro pater fam
- ← alieni iuris q cometeram delito e foram abandonados por seu pater fam a vítima (mancipio temporário)
- ← alieni iuris na emancipação ou na adoção

Condição jurídica. – Os ingênuos podiam ser cidadãos romanos, latinos ou peregrinos. O ingênuo cidadão romano tem todos os direitos de cidadão romano; os ingênuos latinos e peregrinos tinham uma situação inferior (veja a seção seguinte, sobre o *status civitatis*)

Aquisição da ingenuidade. – O liberto podia adquirir a qualidade de ingênuo:

1º Por meio da *restitutio natalium*, concedida pelo Imperador com o consentimento do patrono.

2º Por meio do *ius anuli aurei*, o privilégio de usar o anel de ouro, também concedido pelo príncipe. Nesse caso, embora os libertos adquirissem o direito de poder portar o anel, sinal distintivo da ingenuidade, não se eliminavam a relação de patronato e os deveres privados inerentes a ela.

APÊNDICE I – AS PESSOAS *IN MANCIPIO*

Definição. – O *mancipium* é um poder de conteúdo amplíssimo, que incluía primitivamente a *patria potestas* e a *dominica potestas*, que um homem livre exercia sobre um outro homem livre, àquele subordinado.

Causas. – Estavam *in mancipio*:

1º Os *alieni iuris* emancipados pelo seu *paterfamilias* (isto é, os filhos vendidos pelo próprio pai por meio da *mancipatio*) a um outro *paterfamilias*.

2º Os *alieni iuris* que tinham cometido um delito e que tinham sido abandonados, *noxali causa*, pelo seu *paterfamilias* à vítima. Nesse caso, o *mancipium* era temporário. O *alieni iuris in mancipio* devia ser posto em liberdade quando tivesse resgatado, com seu trabalho, o prejuízo causado.

3º Na emancipação e na adoção, o *alieni iuris* que era emancipado ou que era adotado tornava-se subordinado a um *mancipium* fictício, que durava apenas um instante (veja *infra*, adoção e emancipação).

Condição da pessoa *in mancipio*. – Comparação com a escravidão. – A pessoa *in mancipio* estava em uma situação próxima a de um escravo. Os textos diziam que ela estava *loco servi*. Todavia, ela conserva seu *status civitatis* e seu *status libertatis*. Diferentemente do escravo, então, quando ela deixa de ser *in mancipio*, ela continua ingênuo e não recebe a qualificação de liberto.

Desaparecimento do *mancipium*. – Na época de Gaio (II séc. d.C.), o *mancipium* não existe mais em caso de abandono noxal do filho de família. Sob Justiniano, o *mancipium* desapareceu.

Outras figuras. – As pessoas *in mancipio* são apenas um exemplo das diversas situações de semi-liberdade. Assim, existiam também outras categorias, como dos *addicti* (indivíduos que foram objeto de *addictio* de um magistrado), os *nexi* (tomadores de empréstimo de somas em dinheiro que davam o próprio corpo em garantia), os *auctorati*, os *redempti* ou cativos resgatados etc.

APÊNDICE II – OS COLONOS

Definição. - O colonato é uma instituição do Baixo Império, por meio da qual um homem, o colono (*colonus*), permanecia vinculado perpetuamente a uma terra, assim como seus descendentes, para cultivá-la mediante recebimento de uma remuneração em dinheiro ou em frutos.

Origem histórica. - A época precisa em que apareceu o colonato é muito discutida. A opinião mais corrente é de que esta instituição dataria da primeira metade do século IV. A primeira constituição imperial que se refere a ela é 332.

Razão do seu aparecimento. - Ela teria por fim fixar os produtores em suas terras, para assegurar ao Império o pão e os impostos.

No Dominato, era habitual o procedimento de limitação da liberdade das pessoas em razão do forte dirigismo econômico da administração imperial, que freqüentemente vinculava hereditariamente cada homem a uma função econômica ou administrativa.

Como alguém se torna colono. - Torna-se colono:

1º Pelo nascimento. Essa é fonte mais freqüente do colonato.

2º Por convenção. Um homem livre, para fugir da miséria, vendia-se a um proprietário, de quem ele recebia uma terra para cultivar na qualidade de seu colono.

3º Por prescrição. Aqueles que permaneciam em uma terra por mais de 30 anos não mais poderia deixá-la.

4º A título de pena. Os mendicantes são feitos colonos àqueles que os denunciavam.

5º Enfim, o próprio Estado romano, no lugar de reduzir à escravidão os prisioneiros, poderia os transformar em colonos.

Condição jurídica do colono. - O colono é:

1º Um homem livre;

2º Vinculado a uma terra.

1º *Um homem livre.* - À diferença da escravidão, ele não depende de seu dono. Ele tem uma personalidade jurídica completa. Como consequência, ele tem os direitos de família: pode contrair casamento legítimo e ter filhos submetidos a sua autoridade. Ele pode ser proprietário, como pode se obrigar *iure civile*, tornando-se credor ou devedor.

2º *Vinculado a uma terra.* - Os textos das fontes usam expressões que denotam um vínculo de verdadeira subordinação à terra que cultivam: servo da terra (*servus terrae*), servo da gleba (*servus glebae*), adscritício (*adscripticius* ou *glebae adscriptus*).

Ele não pode deixar a terra na qual se estabeleceu; se ele a deixar, pode o proprietário exigir a sua volta, como se fosse um escravo fugitivo. Além disso, se a terra for alienada pelo dono, o colono, que é acessório do solo, é ao mesmo tempo alienado.

Sua liberdade individual é, portanto, muito restrita, assim como a sua liberdade econômica, conforme as rígidas regras fixadas previamente (*lex fundi*).

Como alguém deixa de ser colono. – São raras as causas que fazem cessar o colonato. A manumissão e a prescrição extintiva não se aplicam ao colonato, pois o colono é uma coisa pertencente à terra.

O colonato se extinguiu, todavia, se o colono adquirisse a propriedade da terra da qual ele era servo. Igualmente se ele fosse elevado à condição de *episcopus*.

Manual Elementar de Direito Romano

AS PESSOAS (continuação)

Texto original em francês, de domínio público, do Manuel Elementaire de Droit Romain de René Foignet, editado em Paris em 1947, traduzido, adaptado e atualizado por Eliane Maria Agati Madeira e Hécio Maciel França Madeira, para uso escolar.

Foignet foi um célebre autor de manuais de grande divulgação nos diversos ramos do direito, com considerável sucesso entre os estudantes franceses do meado do século XX, especialmente pela capacidade didática de sistematização do conhecimento. Esta versão, renovada e adaptada, é destinada especialmente aos estudantes brasileiros do século XXI, resguardados os direitos de tradução e adaptação.

Os textos de maior adaptação são apresentados em cor azul.

Edição: abril de 2008.

TÍTULO II

O STATUS CIVITATIS

Já estudamos a *summa divisio hominum*: os homens ou são escravos, ou são livres.

Os homens livres, do ponto de vista da cidadania (ou direito de cidade), podem ter condição jurídica variada, conforme a nacionalidade de cada um. Desde as origens de Roma já se distinguem os cidadãos romanos dos não-cidadãos (latinos e peregrinos). Estudaremos, assim, sucessivamente:

Capítulo I. – Os cidadãos romanos.

Capítulo II. – Os não-cidadãos: latinos e peregrinos.

CAPÍTULO I – OS CIDADÃOS ROMANOS

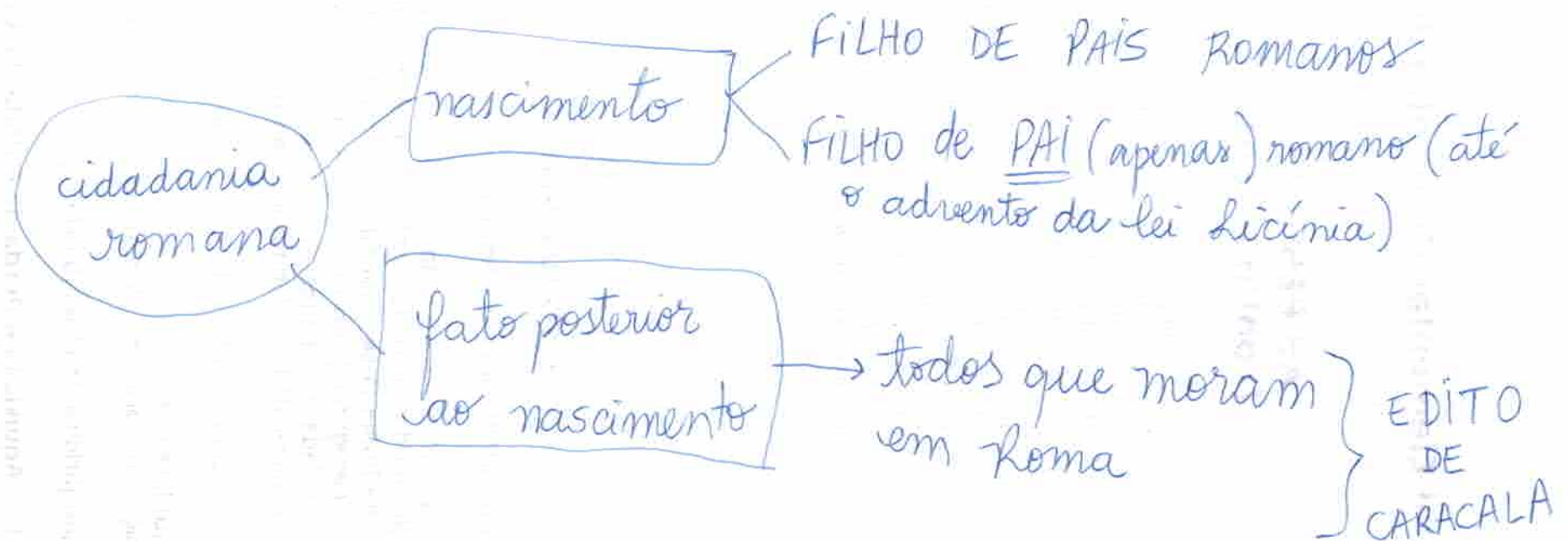
Divisão. – Estudaremos:

§ I. – Aquisição e perda do direito de cidade (isto é, da cidadania romana).

§ II. – Condição jurídica do cidadão romano.

§ I. – Aquisição e Perda da Cidadania Romana

I. Como se adquire a cidadania romana



Distinção. – Adquire-se a cidadania romana: 1º) pelo nascimento; 2º) por um fato posterior ao nascimento.

1º) Nascimento. – A condição de cidadão se adquire pelo nascimento. O filho de pais cidadãos é também cidadão. Se apenas um dos pais for cidadão, o filho segue a condição do pai no momento da concepção se os pais forem casados (justas núpcias). Se os pais não tiverem o *conubium* (capacidade matrimonial) entre eles e, portanto, não forem unidos por um matrimônio legítimo, o filho segue a condição da mãe no momento do parto. No entanto, uma *lei Minícia*, do fim da República, recusa a condição de cidadã romana à criança nascida de mãe romana e de pai latino ou peregrino. *O Filho segue a condição latina do pai.*

2º) Por fato posterior ao nascimento. *A civitas augescens.* A cidadania romana é progressivamente estendida ao longo dos séculos por medidas de "inclusão" do estrangeiro e do imigrante, segundo a concepção universalista do direito que o sistema do *ius Romanum* irá revelar.

A concessão da cidadania romana (*civitatis donatio*) podia ser realizada excepcionalmente, como forma de reconhecimento a um estrangeiro por sua benemerência ou especial serviço a Roma, bem como, mais frequentemente, era realizada por meio de medidas legislativas cada vez mais amplas, segundo critérios pessoais e territoriais.

Adiante estudaremos como aos poucos a cidadania é estendida aos latinos, depois à Península Itálica e, finalmente, até a definitiva inclusão de todos os habitantes do Império, fazendo até mesmo desaparecer a distinção entre cidadão romano e estrangeiro.

I. Como se perde a cidadania romana

Há três causas principais:

- 1º. Em decorrência da perda da liberdade;
- 2º. Em se fazendo membro de uma cidade estrangeira;
- 3º. Por efeito de determinadas condenações, como, na República, pela aplicação da pena da "interdição da água e do fogo" (*aquae et ignis interdictio*) e, no Império, pela deportação.

§ II. – Condição Jurídica do Cidadão Romano

Distinção. – A cidadania oferece prerrogativas do ponto de vista do direito público e do privado.

Sob a perspectiva do direito público, a cidadania assegurava:

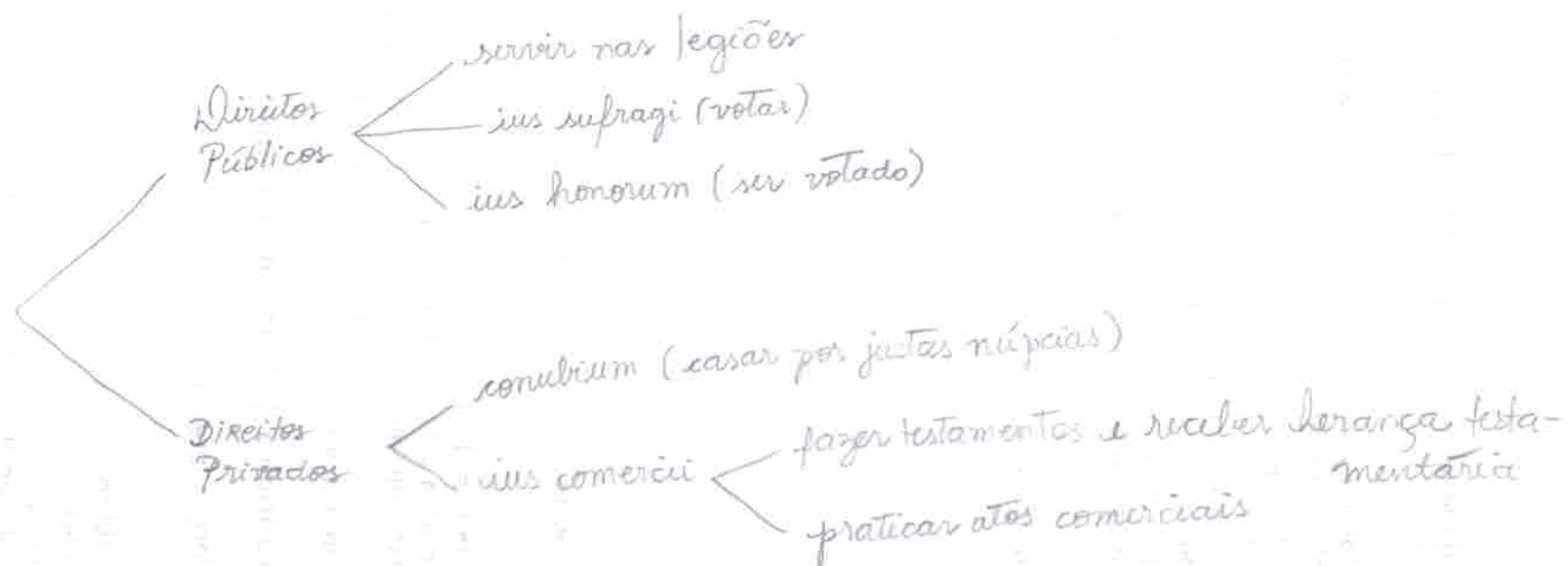
- 1º. O direito de servir nas legiões;
- 2º. O *ius suffragii* ou direito de voto;
- 3º. O *ius honorum*, ou direito de ser eleito para as magistraturas.

Sob a perspectiva do direito privado, era assegurado ao cidadão:

- 1º. O *ius conubii* ou *conubium*: o direito de casar-se em justas núpcias e de fundar uma família romana;

- 2º. O *ius commercii* ou *commercium*. Trata-se do direito de tornar-se proprietário quiritário, credor, devedor e de praticar atos do *ius civile* como

Direitos do Cidadão Romano



a *mancipatio*, *in iure cessio*, *usucapio*, *sponsio* etc (que serão estudados mais tarde).

Também por meio do *ius commercii* adquiria-se o direito de fazer testamento (*testamenti factio ativa*) e de ser instituído herdeiro ou legatário em um testamento (*testamenti factio passiva*).

3º. O direito de agir em justiça pelo antigo procedimento da *legis actio* (ação da lei).

Direito ao nome. - Aos direitos públicos e privados, acrescenta-se um direito de natureza particular, o direito ao nome romano. Este "nome romano" é ligeiramente diferente conforme se trata de um cidadão ingênuo ou de um liberto.

Para os ingênuos. - No fim da República e no início do Principado, o nome do cidadão romano era composto de três elementos essenciais: o **prenome**¹, que era a parte do nome que caracterizava cada indivíduo singularmente, indicado normalmente apenas pela primeira letra, o **nome gentílico** ou de família² e o **sobrenome** ou **cognomen**, correspondente ao nome de um ramo da família.³

Exemplo: *M. (arcus) Tullius Cicero*. *Marcus* é o nome que o individualiza. *Tullius*, o *nomen gentilicum*, que esclarece que ele pertence a *gens Tullia*. *Cicero* é o nome de seu sub-ramo familiar.

O sistema dos *tria nomina* (três nomes) se difundiu na República para que fosse possível identificar com mais clareza quem era cidadão romano (*cives Romanus*) em razão da complexa sub-ramificação das famílias originárias.

Para adquirir o nome completo era necessário acrescentar dois outros elementos: o prenome do pai, *Marci filius*, indicado por duas iniciais, *M.f.* e a indicação da tribo, *Cornelia*, por exemplo. Desse modo, um nome completo teria a seguinte estrutura: *M. Tullius M.f. Corn. Tr. Cicero*.

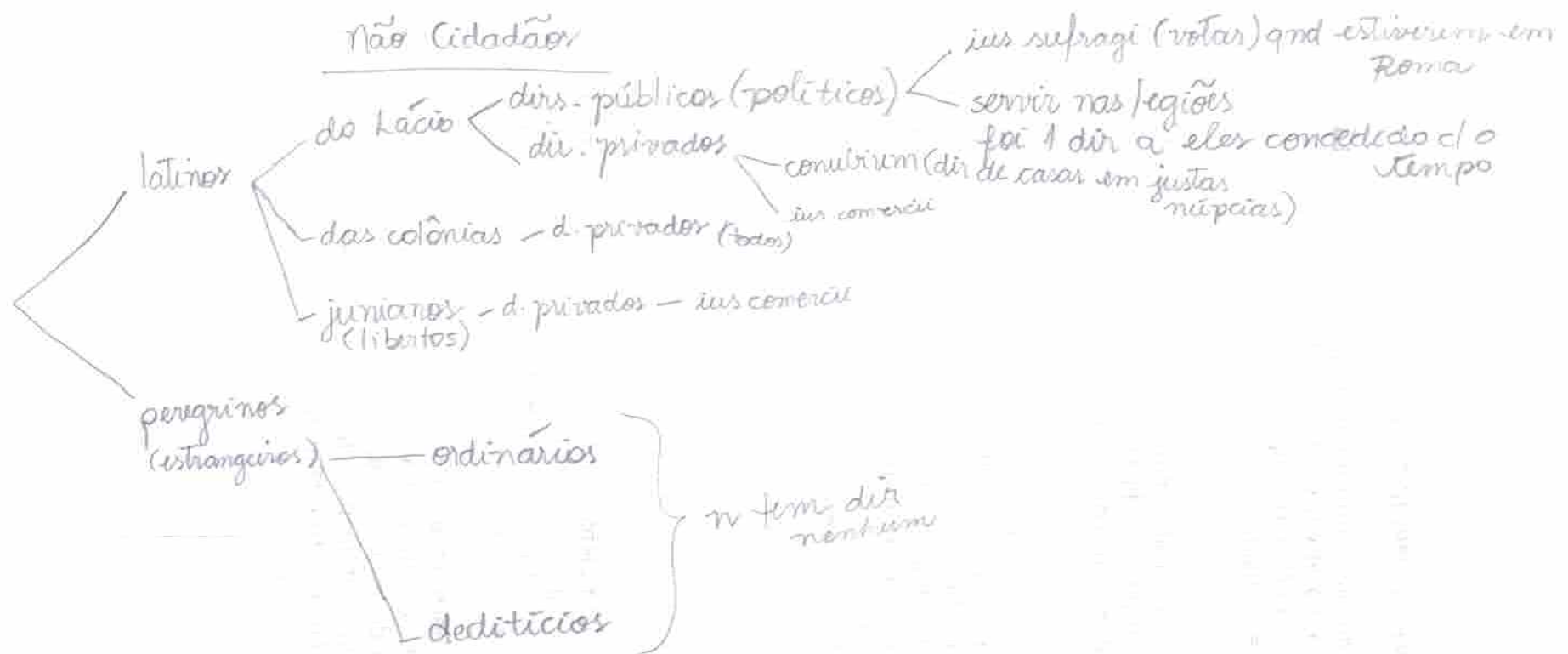
Para os libertos. - O liberto leva o nome e até mesmo o prenome do seu antigo dono, ao qual se acrescenta uma menção a sua qualidade de liberto, conservando-se, a título de sobrenome, seu nome de escravo. O escravo *Stichus*, por exemplo, manumitido por *Marcus Tullius*, se chamará: *Marcus Tullius Marci libertus Stichus* e será designado: *M. Tullius M. l. Stichus*.

O sistema dos *tria nomina* cairá em desuso no período pós-clássico, quando cada indivíduo será identificado com apenas um único nome: *Petrus*, *Marcus*, *Eusebius* etc. Frequentemente, para distinguir alguém, acrescentava-se um epíteto relativo ao lugar de sua origem ou relativo a algum fato marcante. Exemplo: *Eusébio de Cesaréia* (porque nascido na cidade de Cesaréia), também conhecido como *Eusébio de Pânfilo* (por ter sido amigo de Pânfilo).

¹ O *praenomen* (prenome) corresponde no Brasil ao prenome (também denominado *nome de batismo* ou *antenome*).

² O *nomen gentilicum*, referente à grande família, caiu em desuso já no direito romano.

³ No Brasil o *sobrenome* corresponde a um ou mais nomes de família (do último ramo familiar paterno, materno ou de ambos). A palavra *cognome* em português não se refere mais ao nome, mas a uma eventual alcunha ou qualificativo.



CAPÍTULO II – OS NÃO-CIDADÃOS: LATINOS E PEREGRINOS

Divisão. – Há duas classes de não-cidadãos. Além dos estrangeiros no sentido próprio, ou bárbaros, que não concluíram nenhum tratado com Roma e que são virtualmente *hostes* (inimigos) sem direitos subjetivos⁴, o direito romano distingue dois tipos de não-cidadãos:

§ I. - Os latinos.

§ II. - Os peregrinos.

§ I. – Os Latinos

Distinção. – Os latinos compreendiam duas classes distintas:

a) Os *latini veteres* ou *prisci* (antigos);

b) Os *latini coloniarii*.

Latino do Lácio
a) **Latini veteres ou prisci.** – São inicialmente os antigos habitantes do *Latium*; depois serão também os membros das colônias fundadas pela Liga Latina até a sua dissolução, em 338 a.C.; finalmente, serão todos aqueles a quem Roma concedeu a qualidade de latino até 268 a.C.

Condição Jurídica. – Os *latini veteres* têm uma situação jurídica próxima àquela do cidadão romano.

Do ponto de vista dos direitos políticos, têm o direito de voto quando estiverem em Roma. Mas não têm o direito de ser eleitos ou de servir nas legiões.

Quanto aos direitos privados, têm o *conubium* e o *commercium*, assim como o direito de agir em juízo pela ações da lei.

Assimilação dos latini veteres aos cidadãos romanos. – Esta classe de latinos (*latini veteres* ou *prisci*) foi a primeira a desaparecer. Os *latini veteres* poderiam se tornar cidadãos romanos simplesmente ao fixarem domicílio em Roma. Mas, com o despovoamento das cidades latinas, esta faculdade foi restringida para, em seguida, ser suprimida em 95 a. C pela lei *Licinia Mucia*.

Finalmente, a lei Julia, em 90 a.C., concedeu o direito de cidadania a todos os latinos da Itália.

b) **Latini coloniarii.** – São todos aqueles a quem foi concedido o direito de latinidade pelo fato de integrarem uma *colonia latina*, isto é, um centro populacional estabelecido (normalmente por um *senatusconsultum*) em alguma região do império, dotado de grande autonomia administrativa e jurisdicional.

⁴ Já advertimos que o conceito de "direito subjetivo" é moderno e não se adapta com correção quando o projetamos ao direito romano. Mas por força das circunstâncias atuais, os manuais de direito romano ainda adotam esta terminologia predominante desde o século XIX. Na verdade, assim como ao escravo, ao estrangeiro também se aplica o *ius naturale*, além do *ius fetiale* e do *ius gentium*.

A instituição de colônias latinas teve diversos escopos políticos, militares e comerciais, além de significar um importante fator de expansão da cidadania e de integração jurídica dos povos.

A *deductio coloniarum* era a decisão de fundar uma nova colônia, segundo os termos de uma lei ou senátus-consulta, ato que era posteriormente seguido de uma votação popular ou plebiscito com que se confirmava o modelo de colônia. Diversas decisões eram tomadas: sobre a espécie (se colônia latina ou romana), sobre o número e a seleção dos colonos, sobre a extensão das terras assinaladas etc.

Posteriormente a condição de *latinus colonarius* foi estendida a outras cidades, ainda que não fizessem realmente parte das colônias romanas. Foi assim que Vespasiano (69-79 d.C.), por exemplo, concedeu a todos os habitantes da Espanha tal direito.

Não possuíam os *latini coloniarii* o *ius conubii*, mas possuíam o *ius commercii* e o direito de agir em justiça por meio das ações da lei.

Esta classe de latinos progressivamente desapareceu. O Edito de Caracala, em 212 d. C., que concedeu o direito de cidadania a todos os habitantes do Império, aplicou-se igualmente aos latinos. No segundo século, só restam os latinos junianos que, como já vimos, são os libertos pela manumissão pretoriana.

Perda da qualidade de latino. – Perde-se a qualidade de latino ao se perder a liberdade ou ao sofrer a pena da “interdição da água e do fogo”. Além disso, perde-se a qualidade de latino em razão da obtenção da cidadania romana pela lei ou pela naturalização, instituições que serão estudadas adiante, ao tratarmos dos peregrinos.

§ II. – Os Peregrinos

Os peregrinos não são propriamente estrangeiros, mas indivíduos a quem Roma reconheceu certos direitos.

Distingulam-se dois tipos de peregrinos:

- 1º. Peregrinos ordinários ou peregrinos *cum civitate*.
- 2º. Peregrinos *deditícios*.

1º. *Os peregrinos ordinários ou cum civitate.* – São os habitantes de cidades que concluíram com Roma tratados de aliança e que mantiveram suas leis e costumes nacionais, como os gregos e os gauleses.

2º. *Os peregrinos deditícios.* – São membros de cidades que se renderam a Roma, mas com as quais Roma não estabeleceu tratados de aliança.

Também são considerados *deditícios* os cidadãos condenados a penas graves ou os libertos que sofreram, antes da alforria, penas infamantes (isto é, os que praticaram atos ou delitos que tivessem causado a perda da *publica aestimatio*, como um *furtum*, uma *rapina* etc.).

Condição Jurídica dos peregrinos. - Os peregrinos não possuíam qualquer dos atributos da cidadania, nem do ponto de vista público, nem do privado. Algumas vezes, entretanto, o *ius commercii* lhes foi concedido por tratados.

Eles viviam sob o império das leis particulares de suas cidades nas relações com peregrinos da mesma cidade, quando isso fosse autorizado por Roma. Por outro lado, nas relações com os romanos ou com os peregrinos de outras cidades, utilizavam-se do *ius gentium*, que se desenvolveu progressivamente para se aplicar a todos os habitantes de Roma, cidadão ou peregrino.

O *ius gentium* será aplicado também aos *deditícios* que não gozam de seus direitos nacionais.

Recordemos que o pretor peregrino se ocupou dos processos entre peregrinos ou entre peregrinos e romanos, a partir da criação desta magistratura em 242 a.C.

Aquisição da cidadania romana pelos peregrinos. - Os peregrinos poderiam adquirir a cidadania romana, por um benefício legal (como o dado pela *lex Acilia repetundarum*, que em 123 a.C. concedeu a cidadania romana aos peregrinos que auxiliassem na condenação de um magistrado concussionário), ou por concessão graciosa coletiva ou particular (é o que ocorreu por meio da *lex Roscia*, de 49 a.C., que concedeu aos gauleses transpadanos a cidadania romana; ou por meio das concessões de cidadania aos antigos soldados peregrinos que serviram a Roma no exército). Tais concessões constituem a prática do que denominamos "naturalizações"⁵.

Edito de Caracala ou *Constitutio Antoniniana* (212 d.C.). - Em 212 d.C., o Imperador Caracala concede a cidadania romana a todos os habitantes do Império, com exceção aos peregrinos *deditícios*. Razões políticas e a vocação universalista do direito romano, bem como o objetivo fiscal de aumentar a arrecadação de alguns impostos (que não eram recolhidos dos estrangeiros, como a vigésima parte das sucessões e dos valores dos escravos alforriados) podem ser vistos como causas de sua decisão.

Segundo parece, esta medida não suprimiu inteiramente a categoria dos latinos e peregrinos, pois:

- 1º. Continuam a existir latinos junianos e peregrinos *deditícios*;
- 2º. Haverá sempre cidadãos que, em razão de condenações, serão privados da cidadania;
- 3º. O edito se aplicava provavelmente apenas aos cidadãos atuais do Império. Outros que se submeteram mais tarde à dominação romana serão ainda considerados peregrinos, como atestam diversos diplomas militares do final do século III d.C;

⁵ Também o termo "naturalização" não é romano, mas uma abstrata criação moderna.

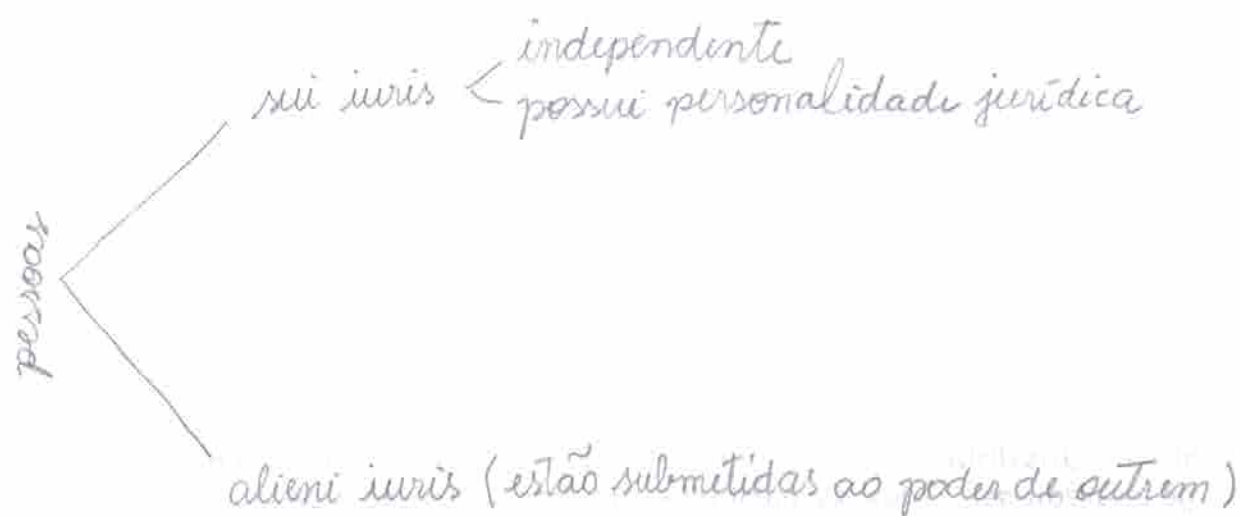
4º. Enfim, de acordo com um papiro descoberto em 1910, a cidadania era recusada aos peregrinos deditícios.

O edito de Caracala, assim, para alguns, teria apenas estendido a cidadania, não fazendo disso uma regra universal.

Por outro lado, entendemos que o direito romano aos poucos substituiu o princípio da personalidade das leis pelo princípio da territorialidade das leis, isto é, no direito romano a cidadania romana será cada vez mais universal, com a aplicação de um direito cada vez mais em função do território em que vive uma pessoa, e cada vez menos em função da ascendência sanguínea dela. Por isso, a medida de Caracala deve ser compreendida no contexto da denominado *civitas augescens* ("cidadania crescente") ou *civitas amplianda*, nos termos dos juristas Pompônio, Galo e do próprio Imperador Justiniano. → ?

Reforma de Justiniano. - Sob o reinado de Justiniano, o edito de Caracala generalizou-se. Todos os habitantes do Império serão cidadãos. Serão cidadãos também todos os libertos. A única classe de peregrinos a remanescer será aquela composta por aqueles que, em razão de condenação, perderam a cidadania.

Renata S. Valera



Manual Elementar de Direito Romano

Versão: Abril/2012

AS PESSOAS

(Título III. *Status Familiae*. Capítulo I – A Família e o Parentesco)

Texto original em francês, de domínio público, do Manuel Elementaire de Droit Romain de René Foignet, editado em Paris em 1947, traduzido, adaptado e atualizado por Eliane Maria Agati Madeira e Hécio Maciel França Madeira, para uso acadêmico.

Foignet foi um célebre autor de manuais de vulgarização nos diversos ramos do direito, com considerável sucesso entre os estudantes franceses do meado do século XX, especialmente pela capacidade didática de sistematização do conhecimento. Esta versão, renovada e adaptada, é destinada especialmente aos estudantes brasileiros do século XXI, resguardados os direitos de tradução e adaptação.

Os textos de adaptação são apresentados em cor azul.

Distinção entre pessoas *sui iuris* e pessoas *alieni iuris*. – Do ponto de vista do *status familiae* as pessoas se dividem em pessoas *sui iuris* e pessoas *alieni iuris*. São *sui iuris* as pessoas que não estão sob a dependência de outrem e *alieni iuris* aquelas que estão submetidas ao poder de outrem.

Importa distinguir, também, as diferentes espécies de poderes que podem ser exercidos por um chefe de família:

1. *Dominica potestas*: poder do dono (*dominus*) sobre seus escravos;
2. *Patria potestas*: poder do chefe de família (*paterfamilias*) sobre as pessoas *alieni iuris* a ele submetidas;
3. *Mancipium*: poder do chefe de família sobre as pessoas *in mancipio*;
4. *Manus*: poder do chefe de família sobre sua esposa (com quem se casou *cum manu*) ou sobre as esposas de seus descendentes que tenham se casado *cum manu*¹.

O *dominium*, por sua vez, é o poder que o *dominus* exerce sobre as coisas que lhe pertencem.

Recomendamos a leitura do Título VI do Livro Primeiro do Digesto de Justiniano, intitulado *De his qui sui vel alieni iuris sunt* (dos que são *sui iuris* ou *alieni iuris*).

Interesse prático desta distinção.– O indivíduo *sui iuris* é independente e possui uma "personalidade jurídica"¹. Ele tem patrimônio

¹ O casamento *cum manu*, como se verá, é uma modalidade de matrimônio romano em que a esposa ingressa juridicamente na família de seu marido, rompendo os laços com sua família de origem.

próprio e tudo que adquire por seu trabalho ou de qualquer outra forma lícita pertence-lhe exclusivamente.

Ao contrário, o indivíduo *alieni iuris* está sob a dependência de outro e, na primitiva situação, esta subordinação era até mesmo física, existencial³.

O *alieni iuris* não tem patrimônio próprio e quando figura em um ato jurídico o faz como uma espécie de representante ou mensageiro daquele a quem está submetido e é a este último que aproveitam as aquisições.

Essas observações iniciais são indispensáveis para compreender a organização e estrutura da família romana.

CAPÍTULO I. - GENERALIDADES

A FAMÍLIA E O PARENTESCO

Definição. - A palavra *família* tinha, em Roma, diversos sentidos. Aplicada às coisas, designava o conjunto de bens (o patrimônio) do *paterfamilias* ou apenas o conjunto de escravos. Aplicada às pessoas, designava a reunião de indivíduos submetidos à autoridade de um mesmo chefe (D. 50,16,195).

Características da família romana e comparação com a família moderna.

Regime patriarcal. - A família romana é uma família patriarcal, ou seja, está inteiramente fundamentada sobre a autoridade de um homem que é o seu chefe. Este chefe é o *paterfamilias*. É a autoridade deste chefe, designada *patria potestas*, que permanece à base da família e do parentesco e não, como hoje, o matrimônio. Um homem solteiro ou impúbere pode ser *paterfamilias*. Basta, para tanto, que não tenha ascendente masculino vivo.

Grupo fortemente organizado. - Sob a autoridade deste *paterfamilias* a família romana apresenta-se como um grupo fortemente organizado, com vida própria no seio da sociedade, com seus interesses particulares, pecuniários ou religiosos, estes últimos simbolizados pelos *sacra privata*.

Parentesco civil. - O parentesco civil não se subordina aos laços sanguíneos, mas sobre a *identidade de poder*. São parentes, aos olhos da lei, aqueles que estão submetidos à *patria potestas* de um mesmo chefe de família. Este vínculo de parentesco denomina-se *agnatio* (agnação).

Os laços sanguíneos criam apenas um parentesco natural, a *cognatio* (cognação), destituída, em princípio, de efeitos jurídicos⁴.

No direito moderno, ao contrário, o parentesco repousa sobre vínculos sanguíneos. São parentes todos aqueles que descendem uns dos outros (parentes em linha reta) e todos aqueles que descendem de um tronco comum (parentes em linha colateral).

³ Como vimos, o conceito abstrato de "personalidade jurídica" não é romano. Conferir as advertências feitas no texto da introdução ao *status libertatis*.

⁴ A *patria potestas* sobre os homens livres *alieni iuris* a ele submetidos era, originalmente, amplíssima e abrangia o *ius vitae et necis*, ou seja, o poder de punir os *filii familias* até mesmo com a morte. Gradualmente, tal poder vai se abrandando.

⁵ A *cognatio*, ao longo da evolução histórica, assumirá importância crescente.

Como consequência, depreende-se que o parentesco civil, no direito romano, é transmitido apenas pelos varões.

Uma criança é, assim, parente de seu pai e de seus irmãos e irmãs. Mas a criança é apenas parente de sua mãe (parentesco agnático) se esta ingressou na família de seu marido, submetendo-se à sua autoridade (*manus*) ou a de seu *pater familias* (caso ele próprio, marido, não fosse ainda *pater familias*) ou seja, desde que ela tenha se casado *cum manu*. Não haverá qualquer parentesco agnático entre esta criança e sua mãe se esta última ainda pertencer ao seu agrupamento familiar originário.

criança parente da mãe se ela casou *cum manu*

De qualquer modo, esteja ou não esta mulher *in manu*, jamais haverá parentesco agnático entre esta criança e os parentes de sua mãe.

Características da patria potestas. - A *patria potestas*, poder do chefe de família sobre os membros de sua família, é um poder comparável à *dominica potestas* de um dono sobre seus escravos. Difere a *patria potestas* do atual poder familiar (arts. 1630 a 1638 do Código Civil Brasileiro). Este último é, em princípio, exercido por ambos os genitores e leva em consideração, entre outros aspectos, a proteção e a assistência que os pais devem prestar aos filhos, ou seja, os deveres inerentes à paternidade e à maternidade, ainda que também assinala a obediência e o respeito dos filhos para com seus pais. Por sua vez, a *patria potestas* romana, é autêntico poder absoluto sobre a pessoa e o patrimônio dos *alieni iuris*².

Amplitude da domus. - Modernamente, o círculo de pessoas submetidas à autoridade dos pais é bastante limitado. Compreende apenas os descendentes em primeiro grau, até que estes alcancem a maioridade. Assim que os filhos se casam, ainda que não tenham alcançado a maioridade, deixam de estar submetidos ao poder familiar e fundam nova família, na qual serão titulares daquele poder. Os netos, por sua vez, não se submetem ordinariamente à autoridade do avô.

Em Roma, ao contrário, os membros de uma família submetidos a uma mesma *patria potestas* constituem um círculo amplo denominado *domus*, o qual não se assemelha com qualquer instituição familiar moderna. A *patria potestas* dura por toda a existência do *pater familias*. Deste modo, os filhos, netos e bisnetos, independentemente de suas idades e do fato de serem ou não casados, permanecem subordinados ao *pater familias* enquanto este viver.

Além da *domus* existem outros dois círculos familiares concêntricos mais amplos, a *agnatio* (que se opõe à *cognatio*) e a *gens*.

A agnação e a cognação. - Definição. - A agnação é um liame de parentesco civil que existe entre aqueles que estão, estiveram ou estariam (caso o *pater familias* não morresse e supondo que vivesse indefinidamente) subordinados ao poder de um mesmo *pater familias*. A agnação é algumas vezes indicada nos textos por meio da expressão *familia communi iure*.

² Inúmeras medidas legislativas atenuarão tal característica originária, como já se ressaltou acima. O jurista Marciano, em D. 48.9.5, recorda a determinação do Imperador Adriano para que fosse deportado o *pater familias* que matou seu filho ao tê-lo surpreendido em adultério com a madrasa, ressaltando que este houvera matado seu filho "mais como bandido do que se utilizando de seu direito paterno, pois a *patria potestas* deve consistir em afeto e não em crueldade". Também Ulpiano, recordando diversas constituições imperiais em D. 25.3.5, acentua o dever de alimentos entre pais e filhos e vice-versa.

A cognação, por sua vez, é um vínculo sanguíneo existente entre pessoas que descendem umas das outras ou de um antepassado comum.

1. Agnação. – As pessoas unidas pelos vínculos de agnação são agnadas entre elas. Encontram-se unidas por tal vínculo:

1º. Aqueles que estão submetidos ao poder *atual* de um mesmo *pater familias* (isto é, os membros da *domus* ou *familia proprio iure*), ou seja:

a) Os filhos ou filhas, legítimos ou adotivos;

b) A mulher do *pater familias* que a ele se uniu por matrimônio *cum manu*. Esta mulher é considerada *loco filiae* (literalmente, "no lugar de filha"), o que significa que ocupa a mesma posição jurídica de uma filha do *pater familias*. Se, porém, casou-se *sine manu* permanece sob a *patria potestas* de seu mais ramoto ascendente masculino vivo e não integra a família de seu marido;

c) As esposas dos filhos (ou de qualquer outro descendente masculino) casadas *cum manu*;

d) Os netos ou netas do *pater familias* ou qualquer outro descendente masculino ou feminino que não tenha ingressado em outra família por adoção ou matrimônio (se mulher).

2º. Aqueles que estiveram submetidos ao poder de um mesmo *pater familias*. Assim que um *pater familias* morre, os filhos que estavam a ele submetidos tornam-se *sui iuris*, mas continuam agnados entre eles.

3º. Aqueles que poderiam estar sob o jugo de um mesmo *pater familias*, se este tivesse uma duração de vida ilimitada, como os netos do *pater familias* nascidos após sua morte.

Caráter artificial da agnação. – O liame de parentesco criado pela agnação é puramente artificial. Pode existir entre pessoas que não tenham nenhum vínculo sanguíneo entre elas, como entre irmãos adotivos, e não existe entre todos os parentes de primeiro grau, como entre uma mãe casada *sine manu* e seus filhos.

Importância jurídica da agnação. – A agnação é o único parentesco reconhecido e sancionado pelo *ius civile*. Traz consequências sucessórias: os agnados herdam e os cognados, em princípio, não. Apenas os agnados podem exercer a tutela legítima.

2. Cognação. – A cognação é um parentesco que repousa sobre a comunhão de sangue. São cognados, inicialmente, os agnados unidos por vínculos sanguíneos provenientes do lado masculino e, além deles, os parentes das mulheres.

Evolução da legislação romana: proteção da cognação. – No antigo direito romano, somente a agnação era reconhecida juridicamente⁶. Em

⁶ O parentesco consanguíneo limitava-se a gerar algumas consequências já no antigo direito romano. Assim, já havia incapacidade de contrair matrimônio entre parentes pelo lado

seguida, por influência filosófica, a legislação romana evoluiu no sentido de proteger cada vez mais a cognação.

A atividade do pretor foi, no início, a responsável pela admissão do direito de sucessão dos cognados, que era negado pelo direito civil.

Em seguida, o senátus-consulta Tertuliano⁷, da época de Adriano, e o senátus-consulta Orfitiano (de 178 d.C), emanado durante o império de Marco Aurélio e Cômodo, estabeleceram, na ausência de disposição testamentária de deserdação, direitos recíprocos de sucessão entre mãe e filho no casamento *sine manu*.

Mais tarde, o direito a alimentos foi reconhecido a parentes de ambos os lados, masculino e feminino.

Mas será preciso esperar até Justiniano para ver triunfar definitivamente a cognação. Esse foi o objeto de duas famosas novelas: as novelas 118 e 127, dos anos 543 e 548.

A gens. – Ao lado da família, os textos nos indicam um outro agrupamento, a *gens*, cujos membros são designados *gentiles*. Não possuímos textos jurídicos específicos sobre este agrupamento, mas apenas uma definição de Cícero (106-43 a.C.), que acentua serem *gentiles* aqueles que possuem o mesmo nome gentílico (*nomen gentilicium*), descendentes de ingênuos que não tenham origem servil e que nunca tenham sofrido *capitis deminutio*.

A *gens* seria assim composta de pessoas que descendem de um antepassado comum e longínquo. Os *gentiles* seriam, então, agnados, em grau bastante distante. Originariamente, a *gens* seria uma instituição patrícia. Cada uma das *gentes* localizava-se em certa circunscrição territorial e formava uma unidade política e econômica.

Efeitos jurídicos da gentilitas. – Na ausência de agnados, aos *gentiles* eram conferidas a sucessão e a tutela.

Desaparecimento da gens. – A *gens* cai em desuso e no século segundo da nossa era já não existe mais.

feminino, assim como o incesto era proibido não só entre os agnados, mas também entre os cognados.

⁷ Ressalte-se que o Senatusconsulto Tertuliano concedeu apenas às mães que houvessem se beneficiado do *ius trium vel quattuor liberarum* a condição de herdeira do filho, na qualidade de *heres suus*.

Manual Elementar de Direito Romano

Ver. 1.00 - maio/2008

AS PESSOAS

(Título III. *Status Familiae*. Capítulo II – A *Patria Potestas*)

Texto original em francês, de domínio público, do Manuel Elementaire de Droit Romain de René Foignet, editado em Paris em 1947, traduzido, adaptado e atualizado por Eliane Maria Agati Madeira e Hécio Maciel França Madeira, para uso acadêmico.

Foignet foi um célebre autor de manuais de vulgarização nos diversos ramos do direito, com considerável sucesso entre os estudantes franceses do meado do século XX, especialmente pela capacidade didática de sistematização do conhecimento. Esta versão, renovada e adaptada, é destinada especialmente aos estudantes brasileiros do século XXI, resguardados os direitos de tradução e adaptação.

Os textos de adaptação são apresentados em cor azul.

CAPÍTULO II. – A *PATRIA POTESTAS*

Divisão. – Estudaremos:

- § 1. – A natureza da *patria potestas*.
- § 2. – Os efeitos da *patria potestas*.
- § 3. – As fontes da *patria potestas*.
- § 4. – A extinção da *patria potestas*.

§ 1. – Natureza da *patria potestas*

A *patria potestas* é o poder exercido pelo *paterfamilias* sobre os membros de sua *domus*. Difere, em diversos pontos de vista, do poder familiar de hoje.

Hoje, o poder familiar é conferido a ambos os genitores sobre os seus filhos, no interesse destes últimos, para protegê-los até que possam, sozinhos, conduzir suas vidas.

Em Roma a *patria potestas* era comparável à *dominica potestas* que o dono exercia sobre seus escravos. Era inerente ao *paterfamilias* e era exercida em seu próprio interesse. Ao contrário de hoje, conferia ao *paterfamilias* precipuamente direitos e não deveres.

Hoje, quando as crianças atingem a maioridade, escapam ao poder parental. Em Roma a *patria potestas* permanece enquanto viver o *paterfamilias*. Os filhos permanecem sob a *patria potestas* independentemente da idade atingida e até mesmo se se casarem e tiverem filhos. Eles só escaparão à *patria potestas* com a morte do *paterfamilias*.

Assim, nem sempre o titular da *patria potestas* é o pai de quem a ela se submete, mas o mais remoto ascendente masculino vivo. O avô, por exemplo, é quem exerce a *patria potestas* sobre os netos e bisnetos.

Com a morte do *pater familias*, seus subordinados (os *alieni iuris*), independentemente de suas idades, tornam-se *sui iuris*.

Mas ainda que a mulher ou a filha se torne *sui iuris* com a morte do *pater*, jamais a *patria potestas* será conferida a uma mulher.

§ 2. - Efeitos da *patria potestas*

Distinguiremos os efeitos da *patria potestas*:

1º. No direito antigo;

2º. No direito clássico e no Baixo Império.

1º. Direito Antigo

Poderes do *pater familias* sobre as pessoas. - O *pater* tinha, em princípio, sobre seus filhos, os mesmos poderes que tinha sobre seus escravos.

Poderia não aceitar o recém-nascido no grupo familiar¹. Poderia abandoná-lo por meio da exposição (*expositio*). Mas a morte de um filho com menos de três anos era vetada por uma lei régia.

Ele é juiz dos delitos cometidos pelos membros de sua família e pode aplicar castigos corporais aos seus dependentes. Tem sobre eles direito de vida e de morte (*ius vitae et necis*), mas para tanto deve recorrer ao conselho dos parentes próximos (*consilium propinquorum*). Cabe ao censor, especialmente em meados da república, indiretamente reprimir os eventuais abusos disciplinares do *pater* ou a sua decisão pela morte da criança, por meio da emissão de uma *nota censoria* e pelo estabelecimento da obrigação de o *pater* ser aconselhado por um *tribunal domesticum*, composto de familiares, amigos e vizinhos, para tomar decisões mais graves contra a criança.

Pode vender seus dependentes como escravos além do rio Tibre (*trans Tiberim*). Pode dá-los *in mancipio*. Mas a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) decidiu que depois de três vendas sucessivas, a título de penalidade atribuída ao *pater*, o *filius* se tornava *sui iuris*. O *pater* também possui o direito de reivindicar seus *fili*, da mesma maneira como pode reivindicar os objetos de sua propriedade.

Pode obrigar seus dependentes a contrair matrimônio; exerce a *manus* sobre sua esposa e sobre as esposas de seus descendentes; exerce a *patria potestas* sobre seus netos. Pode dissolver o matrimônio dos seus *fili*, a eles impondo o divórcio.

¹ O *tollere liberum* (literalmente, "levantar o filho") consistia na manifestação de reconhecimento da paternidade do filho pelo *paterfamilias*, por meio do recolhimento e levantamento do recém-nascido que estava colocado a seus pés. A falta desta prática indicava a negação da paternidade.

Poderes sobre os bens. - O *pater familias* é o único proprietário do patrimônio familiar. Dele dispõe, em vida e por ocasião de sua morte, por testamento, como lhe convém. Ele pode deserdar seus *fili familias*.

Os *fili familias*, como os escravos, não podem, em princípio, praticar atos jurídicos, tornando-se credores ou devedores. Não podem ser proprietários de bens e tampouco intentar ações na justiça em nome próprio.

Atenuações. - 1º. *Representação ativa do pater pelo filius familias.* - Como ocorria com os escravos, admitiu-se que o *filius* pudesse representar o *pater* em atos jurídicos em que lhe houvesse aquisição de direitos. O *filius* é, portanto, um instrumento de aquisição jurídica para seu pai.

2º. *Pecúlio profectício.* - O *pater* passou a conferir ao seu *filius*, como a seu escravo, um pecúlio que na origem consistia em certa quantidade de ovinos, bovinos ou caprinos (*pecus minus ou maior*) e que, em seguida, compreendia qualquer espécie de bens.

Deste pecúlio, denominado *peculium profecticiu*, apenas a gestão, e não a propriedade, era atribuída ao *filius*. As aquisições realizadas pelo *filius* no âmbito da administração de seu pecúlio aproveitavam ao *pater*. Pelas dívidas, em princípio não respondia o *pater*, tampouco o *filius*. Mas o pretor intervém para permitir a terceiros de perseguir o *pater* por obrigações contraídas pelo filho durante a gestão do pecúlio. O pretor concede assim a ação de *peculio*.

Por ocasião da morte do *filius*, o *pater* retomava o pecúlio *iure peculii*, o que significava que ele respondia pelo passivo apenas na medida do ativo (e não *iure hereditario* como o herdeiro que, como veremos, responde pelas dívidas mesmo quando sejam superiores ao ativo da herança).

3º. - *Representação passiva do pater pelo filius familias.* - Próximo ao final da República, admite-se que o *filius familias*, assim como o escravo, possa representar o *pater* mesmo que seja para contrair obrigações para ele.

A representação exclusivamente ativa, até então admitida, mostrou-se insuficiente. Com frequência é vantajoso se obrigar para adquirir um crédito: na compra, por exemplo, para se tornar credor da coisa é necessário se obrigar a pagar o preço. De acordo com princípios antigos, o filho de família comprador tornava o pai titular da coisa comprada sem que para tanto fosse obrigado a oferecer o preço convencionado. Era necessário então, permitir ao *filius familias* obrigar o seu *pater* de modo válido. É o que fez o pretor, desde antes do fim da República, concedendo a terceiros o direito de agir diretamente contra o *pater* em decorrência de obrigações contraídas pelo *pater familias*. Concedeu o pretor a terceiros as ações *adiectitiae qualitatis* (literalmente, "de qualidade acrescentada"), assim designadas em razão de o *pater* ser unido ao filho como devedor, porque a sua qualidade é unida à do filho.

As ações adiectitiae qualitatis.

A ação assim concedida contra o *pater* não é uma ação nova criada pelo pretor especificamente para esta circunstância, mas é a ação decorrente do

contrato por meio do qual o *pater* se obrigou (*actio venditi, actio empti*, etc.), com a fórmula modificada.

Trata-se de uma fórmula com transposição de sujeitos: na *intentio* figura o nome do filho e a qualidade com que ele agiu. Na *condemnatio* consta o nome do *pater* e, se necessário, a proporção pela qual ele se obrigou (pela totalidade ou por parte do compromisso assumido pelo representante).

Dois grupos de ações *adiectitiae qualitatis*. – Distinguímos dois gêneros:

1º. As ações que obrigavam o pai *in solidum*, isto é, na totalidade da obrigação assumida pelo filho. São elas a *actio quod iussu* e as *actiones exercitoria* e *institoria*.

2º. As ações que obrigavam o pai apenas em parte da obrigação assumida pelo filho. São elas a *actio de peculio vel de in rem verso*.

Finalmente, outra ação, diferente das precedentes pela sua finalidade, merece estudo a parte: a *actio tributaria*.

1º. Ações do 1º grupo. – Nestas ações o *pater* (ou *dominus*) responde pela totalidade da obrigação assumida por seu filho (ou por seu escravo). Isso porque nesses casos o terceiro que contratou com o filho (ou escravo) assim o fez em razão da pessoa e do crédito do *pater* e, além disso, o filho agiu sob ordem específica (*iussus*) do *pater*, que anuiu expressa ou tacitamente à participação do filho ou do escravo no negócio.

a) *Actio quod iussu*: ela é concedida nos casos em que o filho se comprometeu segundo o *iussus* (segundo a ordem, a determinação) de seu *pater*.

b) *Actiones exercitoria et institoria*: eram concedidas nos casos em que o filho (ou escravo) era encarregado pelo *pater* (ou *dominus*) de realizar os negócios em razão de um comércio.

Para o comércio marítimo, expedia-se a *actio exercitoria*, em que o *pater* era denominado *exercitor* (armador), e o filho, *magister navis* (capitão do navio).

Para o comércio terrestre, expedia-se a *actio institoria*, em que o filho, denominado *institor*, era o preposto do *pater* no exercício de um comércio ou na gestão de uma taverna.²

2º. Ações do 2º grupo. – Nestas ações o *pater* não responde pela totalidade das obrigações assumidas pelo filho, mas somente em certa medida.

Actio de peculio vel de in rem verso. – A *actio de peculio* é concedida no caso de o filho, administrador de um pecúlio, ter contraído obrigações durante sua gestão. O *pater* era obrigado apenas na medida do montante

² Institor (em latim, *institor*) é aquele que foi nomeado preposto para administrar um comércio. O que distingue o institor do mandatário era a notoriedade, em relação a terceiros, da *praepositio negotiationi*, ou seja, a preposição era feita abertamente, com público reconhecimento. O preponente (*pater* ou *dominus*) respondia por inteiro pelas obrigações assumidas pelos prepostos.

do pecúlio, ou seja, não respondia por dívidas que ultrapassavam o valor do pecúlio.

Todavia, se o *pater* se enriquecesse pelas operações do filho, de modo que seu enriquecimento superasse o montante do pecúlio, respondia ele pela *in rem verso*, isto é, na medida de seu enriquecimento.³

A ação igualmente se aplica ao caso de pecúlio de escravo.

Hipótese da actio tributaria. – Pode o *pater* ter necessidade de desfazer o pecúlio do filho ou escravo, para repartir *pro rata* as somas disponíveis entre os credores. Isso acontece, por exemplo, quando o filho que administra o pecúlio (e não é preposto) entra em “falência”, isto é, assume mais dívidas do que deveria. Nesse caso, se o *pater*, ao fazer essa repartição dos valores do pecúlio, lesar a algum dos credores, terá este a *actio tributaria* para exigir a sua parte⁴.

2º. Direito Clássico e Baixo Império

Atenuação da patria potestas. Melhoramento da condição do filius familias – Desde o final da República há uma clara tendência de limitação dos poderes do *paterfamilias* e de reconhecimento dos direitos do filho, tanto em relação à pessoa quanto em relação aos bens.

1º. Melhoramento da condição pessoal do filho. Na época de Constantino (III séc. d.C.) o pai não mais podia abandonar seu filho, salvo no momento do nascimento, *adhuc sanguinolentus*. A criança exposta passa ao poder daquele que a recolhe. No período Justiniano (VI séc. d.C.), ela é livre, *sui iuris* e Ingênuo.

O direito de vida e de morte do pai sobre sua criança é suprimido pelo imperador Septímio Severo (193-211). Reconheceu-se à criança o direito de queixar-se em juízo dos maus tratos infligidos pelo pai. A criança pode exigir alimentos do *pater*.

Sob Antonino Caracala (212-217), a venda das crianças pelo pai é proibida, salvo no caso de extrema miséria.

A entrega de uma criança *in mancipio* não mais existe, senão no caso de abandono noxal.

Enfim, o pai perdeu o direito de casar sua criança sem o consentimento dela; igualmente, não mais pôde romper, pelo divórcio, o casamento de seu filho.

2º. Melhoramento da condição do filho quanto aos seus bens. No período clássico, o *pater* é, em princípio, o único proprietário do patrimônio familiar. Ele pode dele dispor segundo sua vontade. Mas desde o início do Alto Império, ele não mais pode deserdar suas crianças sem uma causa reconhecida pelo direito.

³ *In rem verso*, literalmente, significa “o que é vertido para a coisa”, para o patrimônio do *pater*. Note-se que nesta ação o *pater* responde sem ter dado seu consentimento (*iussus*) ao filho (ou escravo).

⁴ Literalmente, a *actio tributaria* é aquela estabelecida de acordo com o *tributum*, isto é, o *quantum* exigido pela parte. É, de certo modo, um dos antecedentes da falência do direito moderno.

O *filius familias* pode assim ser proprietário de certos bens.

a) Reconhecimento da capacidade contratual do *filius familias*. –

No período clássico, o *filius* pode se obrigar *iure civili* pelos contratos celebrados. Pode mesmo agir em juízo. O escravo, por sua vez, como vimos, não pôde ter esse direito.

Mas esta capacidade contratual só foi eficaz quando se reconheceu ao filho a propriedade de alguns bens: o pecúlio *castrense*, o pecúlio *quasi castrense* e os bens adventícios. Afinal, quem, de fato, admitiria negociar com um *filius familias* se este não tivesse bens para responder à execução de suas obrigações? Antes desse período, o *filius familias* só respondia pelas obrigações com os bens que ele recebia com a morte do *pater*.

A restrição do *Senatusconsultum Macedonianum* – O melhoramento da condição do *filius* trouxe certos abusos e foi preciso limitá-la. Assim, de acordo com o senatus-consulta Macedoniano, estabelecido ao tempo do Imperador Vespasiano, o *filius familias* não poderia mais se obrigar por empréstimo de dinheiro. O empréstimo, se fosse contraído, não era nulo; mas, se houvesse cobrança, o filho poderia opor uma exceção processual: a *exceptio senatusconsulti Macedoniani*.⁵

b) Os pecúlios. – A condição jurídica do *filius familias* também se torna melhor em relação aos seus direitos patrimoniais ativos, com o reconhecimento de sua propriedade sobre diversos tipos de pecúlio.

Ao lado do pecúlio profectício⁶, que continua sempre a existir com as características anteriores, o *filius familias* poderia possuir um *peculium castrense*, um *peculium quasi castrense*, bem como alguns bens adventícios.

O pecúlio castrense. – *Origem e finalidade* – O surgimento do pecúlio castrense coincide com a instituição dos exércitos permanentes, no início do Principado. Para manter os soldados nas forças armadas, garantiu-se a eles que os bens que adquiridos durante a vida militar permaneceriam em seus próprios patrimônios e não acresceriam ao patrimônio dos *patres*.

⁵ Emanado no século I d.C., o *senatusconsultum Macedonianum* teve por consequências: a concessão de uma *exceptio*, que era oposta à ação intentada por um mutuante contra o *filius*, e a denegação (*denegatio*) da ação de *peculio*, exercida pelo mutuante contra o *pater familias*.

Essa proibição de cobrança por parte do mutuante não era válida se o pai tivesse dado o seu consentimento ao mútuo ou se o filho, tornado *sui iuris*, o tivesse ratificado.

Se o filho, por sua vez, tivesse feito o pagamento, era um caso de *solutio retentio* (retenção de pagamento) por parte do mutuante, não podendo o filho reclamar com a ação de repetição do indébito (*condictio indebiti*). Por isso a obrigação contraída (com o empréstimo de dinheiro) pelo filho pode ser considerada como *obligatio naturalis* (obrigação natural).

⁶ A origem do termo *profecticium* se relaciona ao que procede dos pais, dos avós, bem como é o supino do verbo *profisci* (derivar, partir de) e incoativo de *proficere* (avançar, ser útil, servir).

Bens compreendidos – Constituem o pecúlio castrense todos os bens que o *filius* adquiria na qualidade de militar, *apud castra*, nos acampamentos, especialmente o seu soldo e sua parte no butim de guerra.

Regime dos bens – O *filius* era considerado como um *pater familias* em relação aos bens que ele adquiriu no exército. As primeiras medidas de Augusto e de seus sucessores foram a de permitir-lhe a disposição desses bens por testamento. A mesma permissão foi estendida às disposições entre vivos, fato do qual se partiu para considerar o *filius* como proprietário do *peculium castrense*.

Todavia, se ele morresse sem ter feito a disposição dele, *iure peculii*, o pecúlio era revertido ao *pater* nas mesmas condições do *peculium profectivum*. O pai não era obrigado ao pagamento das dívidas senão no limite do valor do pecúlio.

Com Justiniano esta regra é mudada. O pai, com a morte do filho, recebe o pecúlio castrense do filho *iure hereditario* (e não *iure peculii*), e somente se seu filho morrer sem deixar filhos, irmãos ou irmãs.

O pecúlio quasi-castrense. – **Origem e finalidade.** – O pecúlio quase castrense aparece nos tempos do Imperador Constantino, no momento em que a corte Imperial é transportada para o Oriente. Para lá manter os *filius familias*, foi preciso estabelecer que os bens que eles recebessem na corte permaneceriam como propriedade deles.

Bens compreendidos – Compreendia todos os bens que um *filius* recebesse durante a sua permanência na corte imperial.

Regime dos bens – O pecúlio quase-castrense é submetido, a partir de Justiniano, ao mesmo regime do pecúlio castrense. Antes disso, o filho só poderia dispor dos bens peculiares por meio de um favor especial do Imperador.

Os bens adventícios. – **Origem e finalidade.** – Os bens adventícios (*bona adventicia*) foram criados pelo Imperador Constantino, em 319 d.C.

Bens compreendidos – No início, os bens adventícios compreendiam apenas os bens que a criança recebia por sucessão de sua mãe. Depois de Constantino, os imperadores subseqüentes (no séc. V), também consideraram bens adventícios aqueles que a criança recebia dos parentes de sua mãe ou de seu cônjuge. Finalmente, Justiniano decide que todos os bens recebidos pelos filhos, além dos pecúlios castrense, quase-castrense e profectício, serão bens adventícios a ele pertencentes.

Regime dos bens – Sobre os bens adventícios o *pater* possuía apenas um direito de administração e gozo; não tinha, portanto, o poder de alienação. A nu-propriedade pertencia ao *filius familias*. Desse modo, não podia dispor deles por testamento ou por qualquer outro ato. Com a morte do *filius* os bens adventícios eram revertidos ao *pater*; *iure peculii*, na época do imperador Constantino; *iure hereditario*, com Justiniano – e somente se o *filius* não deixasse criança, nem irmão, nem irmã.

O regime dos *bona adventicia* é de origem diferente do chamado direito ao usufruto legal, que o direito civil moderno concederá aos pais sobre os bens dos menores.

§ 3º. Fontes da *patria potestas*

Enumeração. – A *patria potestas* nasce de três fontes distintas:

1º. A procriação por matrimônio legítimo;

2º. A legitimação;

3º. A adoção.

justas núpcias

Em razão da importância de cada uma, serão elas estudadas em capítulos à parte.

§ 4º. Causas de Extinção da *patria potestas*

Com a morte do *pater*. – Em princípio, a *patria potestas* só cessa com a morte do *pater*. Até lá os filhos permanecem em poder dele independentemente da idade, de serem casados e mesmo de serem pais.

Excepcionalmente, antes da morte do *pater*. – A *patria potestas* também se extingua:

1º. Quando o *pater* perdia a liberdade ou o direito de cidade;

2º. Em determinados casos definidos em lei, como, por exemplo, quando um pai expusesse seu recém-nascido;

3º. Por acesso do filho ou da filha a certas dignidades: a dignidade de flâmine de Júpiter, para o filho, ou a de vestal, para a filha. Com Justiniano, a *patria potestas* extinguiu-se com a assunção de certas funções públicas, como as de cônsul, prefeito do pretório, epíscopo etc.

4º. Finalmente e sobretudo pelo modo tradicional: a emancipação.

A emancipação (*emancipatio*).

Definição. – É o ato pelo qual o *pater familias* põe fim a sua *patria potestas* sobre um de seus filhos, tornando-o *sui iuris*.

Modernamente, os pais podem, antes da maioridade do filho, liberá-lo do poder familiar, emancipando-o. Mas a emancipação de hoje é uma medida em favor do filho, que terá um aumento de sua capacidade de fato, sem todavia retirar dele os seus vínculos de parentesco e seus direitos daí decorrentes, como os direitos de sucessão.

Em Roma, ao contrário, a emancipação tornava o *filius* um *sui iuris*, com ruptura de todo vínculo de parentesco com sua antiga família. Todos os direitos de sucessão eram perdidos.

Formas de Emancipação. – a) *Forma antiga.* – Os costumes antigos não admitiram qualquer meio direto de o pai abdicar seu poder, emancipando o seu filho. Mas já vimos que a lei das XII Tábuas determinara que o pai que tivesse vendido o seu filho três vezes perderia o seu poder sobre ele. Os práticos então encontraram aí um meio de emancipação. Aqui, como na adoção, a velha regra foi deturpada em seu sentido original e adaptada às necessidades práticas. Bastava ao pai vender ficticiamente o seu filho por três vezes que ele assim o liberava de seu poder.

Para tanto, o *pater* entrava em acordo com um amigo. Vendia seu filho ao amigo, com o estabelecimento de um contrato de *fidúcia* em que este se obrigava a libertar o filho. O filho, libertado pelo comparsa, retornava ao poder do *pater*.

Uma segunda venda, com as mesmas conseqüências, era então feita.

Na terceira venda, o pai estabelecia o compromisso com seu amigo de que este não libertaria o filho, mas que lhe devolvesse *in mancipio*. Assim,

na qualidade de titular do *mancipium* sobre o filho, o *pater* o libertava (na qualidade de *parens manumissor*). Dessa forma os direitos de patrono ficavam com o pai.

A manumissão também poderia ser realizada por um terceiro comparsa (*extraneus manumissor*).

Emancipação das filhas. – Para uma filha, e para um neto, uma só venda era suficiente para realizar a emancipação. Essa conclusão era extraída por interpretação das XII Tábuas, que exigia literalmente três vendas apenas para os filhos.

b) **Forma simplificada.** – O Imperador Anastácio, por volta do ano 500, admitiu que a emancipação dos filhos que estivessem longe do núcleo familiar poderia ser concedida por rescrito imperial (*per rescriptum principis*) transcrito nos registros públicos. Era a *emancipatio Anastasiana*.

Justiniano aboliu as antigas formas e admitiu apenas duas *emancipationes*: a *emancipatio per rescriptum principis* e a *emancipatio per tabulas*, ou seja, por meio da redação de uma declaração perante um magistrado judiciário. Era a emancipação justinianéla.

Efeitos da Emancipação. – a) Efeitos no direito antigo – A emancipação no direito antigo era mais prejudicial ao emancipado, do que favorável (como é hoje).

O filho emancipado deixava de pertencer a sua família de origem. Todo liame era interrompido com seus pais (pai, mãe casada *cum manu*, irmãos e irmãs), e mesmo com seus próprios filhos, se eles não fossem emancipados com ele. Ele perdia todos os direitos de sucessão vinculados à agnação.

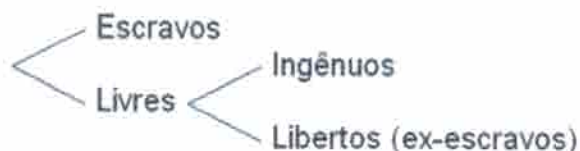
O filho emancipado tornava-se *sui iuris*. Se ele fosse Impúbere, ele ingressava na tutela de alguém.

b) Efeitos no direito novo – A condição do filho emancipado tornou-se cada vez melhor. O pretor concedeu a ele o direito de sucessão em concorrência com seus outros irmãos e irmãs.

Era costume que o filho emancipado mantivesse seu pecúlio profectício, a menos que houvesse manifestação contrária de seu *pater*. Além disso, ele conserva seus pecúlios castrense, quase-castrense e seus bens adventícios. Mas Constantino decidiu que, sobre esses últimos, teria o *pater* o direito de reter um terço em plena propriedade, a título de indenização pela perda do gozo deles. Com Justiniano, o *pater* passou a ter o direito de usufruto sobre a metade deles.

STATUS LIBERTATIS

- condição de liberdade e escravidão
- patronato e manumissões



A condição escrava evolui conforme a passagem dos períodos romanos. Isso acontece devido a mudanças do modo de vida no passar do tempo, um fator que exemplifica tal mudança é o aumento do número de escravos. Além disso, sabe-se desde a Roma Antiga que o Direito deve acompanhar a realidade da sociedade.

O escravo é considerado uma *Res*, ou seja, um objeto de direito, mas com personalidade humana.

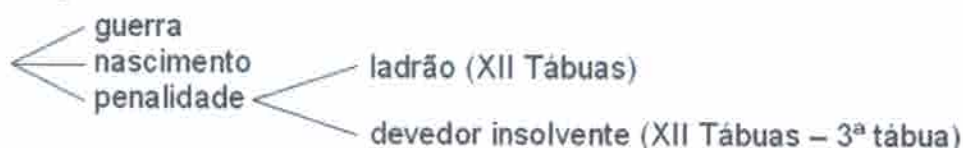
O término da personalidade se dá com a morte, mas se projeta até depois dela resguardando/preservando o "respeito aos mortos" e o "sentimento religioso". *Tenia abolido até hj em nosso código penal br.*

ESCRAVO

O escravo só possuía obrigações naturais, mas seus donos muitas vezes os incumbiam de obrigações civis: como cuidar de um comércio, por exemplo -, porém, ele não podia ser cobrado juridicamente por essas obrigações, apenas cobrado moralmente pelo seu senhor.

O livro *Schiavo manager*, de Andréa di Porto, relata sobre essa situação na Roma Antiga.

Origem da escravidão:



MANUMISSÕES

Formais/Solenes:

- *ius civile*
- Além da liberdade, o liberto recebe cidadania romana relativamente limitada
- Formas:

- *testamento*
- *processo judicial fictício* *→ dono que quer libertar um escravo dá início a esse processo → definir da liberdade → aqui o dono cala pl consentir*
- *censo* (o dono escreve o nome do escravo como homem livre no censo, que é a contagem das pessoas em Roma feita de 5 em 5 anos para saber quais e quantos são os bens de cada pessoa com o objetivo de definir quem vota, pois o voto era censitário)

No Direito Pretoriano os pretores começam a admitir formas de manumissões muito mais simples, mas nesse Direito o escravo não ganha cidadania, ganha a condição de latino juniano, condição com pouquíssimos direitos. *(formas não solenes)*

Latino → condição intermediária entre o cidadão romano e o estrangeiro.

PATRONATO

Patrono → Liberto (ex-escravo)
Direitos e deveres entre os dois

Exemplo: o liberto passando por necessidade econômica pode exigir do patrono alimentos, e vice-versa.

Deveres do liberto:

- respeito para com o ex-dono (que implica em não promover ações que comprometessem a honra deste) *(obsequium)*
- trabalhar alguns dias para o ex-dono de graça *(operae)*

Direito do Patrono:

- a herança do liberto se ele não fez testamento ou não tem descendentes

STATUS CIVITATIS

A cidadania em Roma

QUEM É CIDADÃO ROMANO

- Filho de pais romanos (ambos)
- Filho de apenas pai romano, em caso de casamento misto até o advento da Lei Minícia, que surgiu no final da República
- Lei Minícia: O filho segue a condição de latino em caso de casamento misto
- Edito de Caracala (ou Constituição Antoniniana): Todos que moram em Roma

ATRIBUTOS DA CIDADANIA ROMANA

Direitos Públicos

a mulher não podia participar deste

servir nas legiões (possibilidade de ascensão social)

votar (*ius suffragii*) (eleger magistrador e as próprias leis, ser ativo na vida política)

ser votado (*ius honorum*)

Direitos Privados

contrair matrimônio legítimo (justas nupcias)

ius commercii

fazer testamentos e receber herança testamentária
praticar atos comerciais

Latinos (3 tipos)

Latinos do Lácio (da região do Lácio - os arredores de Roma)

- Tem todos os direitos privados mais quanto aos públicos, só podem ser votados e a possibilidade de servir nas legiões lhes foi concedida com o tempo.

"Latinos" das colônias

- Pessoas que moravam nas colônias foram consideradas latinas.
- Possuem direitos privados.

"Latinos" junianos

- Não são incluídos no primeiro momento no Edito de Caracala. São incluídos posteriormente pelo próprio Direito (com as atualizações pretorianas) e essa condição deixa de existir.
- Libertos pelas manumissões informais (pretorianas).
- Têm limitados direitos privados: apenas o *ius commercii*.

Peregrinos (estrangeiros) dentro do Império

Quando Roma dominava um território estrangeiro, os peregrinos poderiam fazer uma aliança com ela. Nenhum peregrino tem direitos (públicos ou privados).

Ordinários (normais) → Tem tratado com Roma → Edito de Caracala os engloba também.

Deditícios → Não tem tratado com Roma

- Não fazer uma aliança com Roma significa que não aceitam a dominação.
- Não são incluídos no Edito de Caracala.

CAPÍTULO 5

SUJEITOS DE DIREITO

São as pessoas que possam ter relações jurídicas e, portanto, direitos subjetivos, tanto do lado ativo (poder de exigir o comportamento de outrem), como do lado passivo (obrigação ao referido comportamento nessa relação).

Pessoa natural é a pessoa humana. O direito, contudo, reconhece também personalidade, isto é, a qualidade de sujeito de direito, a entidades artificiais, que são chamadas pessoas jurídicas.

PESSOA FÍSICA

A pessoa natural, também chamada pessoa física, é o homem. Sua existência se inicia com o nascimento.

O nascituro não é ainda pessoa, mas é protegido desde a concepção e durante toda a gestação, que o direito presume durar o prazo mínimo de 180 dias e o máximo de 300 dias (*praesumptio iuris et de iure*). Já o direito romano conheceu essa proteção: considerava o nascituro como já nascido (ficção), para fins de reservar-lhe vantagens: *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus agatur* (cf. Gai. 1.147 e D. 1.5.7).

O feto tem que nascer com vida e com forma perfeita. Não é pessoa o nati-morto. Por isso havia discussões entre os juristas romanos sobre o que significava sinal de vida do parto: seriam necessários vagidos ou bastariam quaisquer movimentos do corpo? O aborto e o monstro não eram considerados pessoas para fins de direito.

Extingue-se a pessoa física com a morte do indivíduo. Sua verificação não dependia de formalidades no direito romano, que não conhecia o registro civil como nossa época. Desconhecia, também, o direito romano, a declaração e a presunção de morte pelo desapareci-

mento durante longo tempo. Quem tivesse interesse relacionado com o falecimento de alguma pessoa teria que produzir a respectiva prova.

No direito justinianeu estabeleceram-se regras para o caso de várias pessoas, principalmente da mesma família, perecerem em um mesmo acidente. Presumia-se que o filho impúbere morrera antes do pai e o filho púbere depois (D. 34.5.9, D. *h.t.* 23). Essa presunção era simples (*praesumptio iuris tantum*), admitindo prova em contrário.

CAPACIDADE JURÍDICA DE GOZO

Capacidade jurídica de gozo, também chamada capacidade de direito, significa a aptidão do homem para ser sujeito de direitos e obrigações. Modernamente todo homem tem capacidade de direito, desde o nascimento. Não era assim no direito romano, pois nele se distinguiam diversas categorias de homens.

Para ter a completa capacidade jurídica de gozo, isto é, para ter a idoneidade de ter direitos e obrigações, era necessário, no direito romano, que a pessoa fosse: 1.º) livre; 2.º) cidadão romano; e 3.º) independente do pátrio poder (*sui iuris, paterfamilias*).

Verifiquemos, pois, esses três requisitos, examinando a liberdade (*status libertatis*), a cidadania (*status civitatis*) e a situação familiar (*status familiae*), pressupostos da capacidade jurídica de gozo em Roma.

Liberdade (*Status libertatis*)

Os homens podiam ser livres ou escravos, conforme as regras do direito romano.

Eram livres aqueles que não eram escravos. Esses últimos não podiam ser sujeitos de direito; eram apenas objeto de relações jurídicas. Não podiam ter direitos ou obrigações, nem, tampouco, relações familiares no campo do direito.

A escravidão era um instituto reconhecido por todos os povos da antiguidade. Sua origem vem da guerra: os inimigos capturados passavam a ser escravos dos vencedores. Mas não só os prisioneiros de guerra. Todos os estrangeiros que pertencessem a um país que não fosse reconhecido por Roma, ainda que não estivesse em estado de guerra, eram considerados escravos, se caíssem no poder dos romanos. O mesmo se dava com o romano que caísse em mãos do inimigo. Mas o cidadão romano que se tornava prisioneiro de guerra do inimigo, ao

voltar à pátria, recuperava automaticamente a liberdade e todos os direitos que tinha antes de ser capturado (D. 49.15.5.2, D. 41.1.7 pr.). Isso se chamava *ius postliminii*.

Outra fonte da escravidão era o nascimento. Era escravo o filho de escrava, independentemente da classe social do pai (livre ou escravo). Foi somente o direito justinianeu que concedeu o favor da liberdade ao filho de escrava que tivesse estado em liberdade em qualquer momento da gestação. Isso com base na ficção estabelecida pela regra já mencionada, isto é, a de que o nascituro era considerado como já nascido (Inst. 1.4 pr., D. 1.5.5.2).

Havia outras fontes da escravidão, porém de menor importância. Assim é que alguém podia ser reduzido à condição de escravo a título de pena, ou por insolvência. O mesmo acontecia no direito antigo com o *filiusfamilias* vendido pelo pai fora dos limites da cidade de Roma. O direito clássico considerou os filhos assim vendidos pelo pai não mais como escravos, mas sim em situação especial (*in causa mancipii*). Posteriormente, Justiniano aboliu o instituto por completo.

Quanto ao conteúdo da escravidão, escravo não podia ser sujeito de direitos, por lhe faltar a capacidade jurídica de gozo. Não podia ter direitos privados nem públicos. Sua união conjugal (*contubernium*) não era casamento no sentido jurídico romano. Não havia, assim, entre ele, a mulher e os filhos, relações de parentesco, para fins de sucessão e outros. Não tinha patrimônio e tudo que adquiria pertencia ao dono (Gai. 1.52). Este tinha sobre ele poderes tão amplos como sobre as demais coisas de sua propriedade. Podia aliená-lo; em princípio, até matá-lo. Entretanto, mesmo assim, a condição humana do escravo o distinguia das outras coisas do patrimônio do dono. O direito romano reconheceu sempre a personalidade humana do escravo (*persona servilis*). Ele também participava, desde as origens, do culto religioso da família. Seu túmulo era lugar sagrado, à semelhança do dos livres. Matar um escravo era crime, a que, já na República, correspondia a pena pública do homicídio, pela *lex Cornelia de sicariis*. No período imperial, ao dono foi proibido seviciar os escravos. Podiam estes impetrar a proteção dos magistrados (Gai. 1.53). Do ponto de vista patrimonial, verificou-se, também, uma evolução favorável ao escravo. Já na República o escravo podia possuir um pequeno pecúlio, cedido pelo seu dono, que ele geria livremente. Legalmente o pecúlio continuava a pertencer ao dono, mas na prática estava sendo administrado pelo escravo, como se fosse dele.

A condição de escravo era permanente. O escravo sem dono, por qualquer razão que fosse (por exemplo, por ter sido abandonado), não se tornava livre. Continuava escravo, escravo sem dono (*res nullius*).

A atribuição da liberdade ao escravo fazia-se, ordinariamente, por meio de um ato voluntário do dono e se chamava manumissão. Havia, contudo, a possibilidade de o escravo obter a liberdade por directa disposição de lei.

O direito quiritário (*ius civile*) conheceu três formas de manumissão, pelas quais o dono conferia a liberdade a seu escravo: a *manumissio vindicta*, a *manumissio censu* e a *manumissio testamento*.

A *manumissio vindicta* nada mais era que a utilização do processo judicial em que se discutia a questão de liberdade. É muito instrutivo examinar em que este consistia.

O problema vital da liberdade de uma pessoa era objeto de um processo, que se chamava *vindicatio in libertatem* ou *vindicatio in servitute*, conforme se visasse a declaração da liberdade de uma pessoa que servia como escravo, ou da condição de escrava de uma pessoa que vivesse como livre. Para isso era necessário que a pessoa, de cuja liberdade se tratasse, fosse defendida por um terceiro, cidadão romano, capaz, chamado defensor da liberdade (*adsertor libertatis*). Assim, as partes no processo eram o dono (que alegava ser escrava a pessoa envolvida) e o defensor da liberdade desta. A questão era resolvida pelo juiz a quem o pretor remetia o caso para decisão.

Na *manumissio vindicta* o dono utilizava esse processo. Pedia a um amigo que intentasse uma *vindicatio in libertatem* perante o pretor, como defensor da liberdade. Quando o defensor declarava sua fórmula, alegando que o escravo era livre: *Hunc ego hominem ex iure Quiritum liberum esse aio*, tocava-o ao mesmo tempo com a *vindicta* (varinha), sinal do poder. O dono não contestava e o silêncio dele era tido, processualmente, como confissão ou admissão da veracidade das alegações da outra parte. Em face disto, o pretor declarava livre o escravo, sem remeter o caso ao juiz para ulteriores averiguações e decisão final.

Posteriormente, as formalidades tão complicadas da *manumissio vindicta* foram simplificadas, passando ela a ser uma declaração simples mas solene do dono perante o pretor e pela qual se conferia a liberdade ao escravo (Gai. 1.20, D. 40.2.23).

A *manumissio testamento*, ou alforria testamentária, já era conhecida pelas XII Tábuas. O testador podia determinar no seu testa-

mento que, com sua morte, o escravo fosse livre: *Stichus servus meus liber esto* (Gai. 2.267).

A *manumissio censu* processava-se mediante a inscrição, com autorização do dono, do nome do escravo na lista dos cidadãos livres da cidade. A lista era elaborada pelos *censores* a cada cinco anos.

Além desses modos de alforria do direito quiritário, o pretor reconhecia outros, sem solenidades. Tais eram a alforria feita perante testemunhas (*manumissio inter amicos*), por escrito (*per epistulam*), fazendo-se sentar o escravo à mesa (*per mensam*), colocando-se-lhe o chapéu (*per pileum*). Tais modos também conferiam a liberdade.

Mas enquanto a alforria, realizada por um dos modos do direito quiritário e praticada pelo dono *ex iure Quiritum*, sem contrariar as restrições legais impostas ao direito de manumitir, conferia, além da liberdade, também a cidadania romana, a alforria pretoriana colocava o escravo libertado numa situação inferior. Neste caso, o liberto passava a ter a posição de latino, por força da lei *Junia Norbana* (19 d.C.), sendo chamado latino Juniano.

A legislação de Augusto introduziu reformas em matéria de alforria, restringindo-a consideravelmente. A *lex Fufia Caninia* (2 a.C.) limitou o número dos que podiam ser alforriados em proporção com o total dos escravos pertencentes ao dono (Gai. 1.42-43). A *lex Aelia Sentia* (4 d.C.) foi além: restringiu o direito de alforria, condicionando-o a uma certa idade do dono e dos escravos, declarando, por outro lado, nulas as manumissões praticadas em prejuízo dos credores do dono (Gai. 1.18 e 37).

O escravo libertado se chamava liberto (*libertinus* ou *libertus*). Seus direitos políticos eram limitados. No campo do direito privado, encontrava-se sob o patronato do ex-dono. O patronato implicava uma relação de interdependência entre o ex-dono, patrono, e o escravo, alforriado, liberto e até uma espécie de sujeição deste àquele.

Do patronato decorriam direitos e obrigações recíprocas, mas nem sempre equivalentes, entre as duas partes. Essa relação de patronato subsistiria enquanto o liberto vivesse, não se transmitindo, porém, aos seus herdeiros. Por parte do patrono, entretanto, a relação passava aos filhos, no caso de ele morrer antes do liberto.

Quanto ao conteúdo do patronato, incluía ele, primacialmente, o dever recíproco de prestar alimentos no caso de necessidade. O liberto passava a ter o nome do patrono e devia a ele respeito e reverência contínua (*obsequium*). Por isso, era-lhe proibido intentar ações criminais ou infamantes contra o patrono. E a propositura de qual-

quer outra ação contra ele exigia a autorização prévia do magistrado. Além disso, o liberto devia certos serviços ao seu patrono (*operae*). Finalmente, o patrono tinha um direito de sucessão legítima (*bona*) nos bens do liberto, visto que o liberto não tinha legalmente nem ascendentes nem parentes colaterais. O pretor garantia ao patrono a metade da herança do liberto que morresse sem deixar filhos ou que os deserdesse em vida. Essa metade da herança cabia ao patrono, mesmo contra outros herdeiros estranhos, nomeados em testamento pelo liberto.

Com o favor imperial chamado *natalium restitutio* (D. 40.11.1), cessam totalmente os direitos do patronato e o liberto adquire, retroativamente, a posição de um ingênuo, pessoa nascida livre, que nunca foi escrava. O *ius aurei anuli* era outro favor, também conferido pelo imperador, e pelo qual se eliminavam as restrições político-sociais impostas aos libertos, como as de não poderem ser magistrados, não poderem ser nomeados senadores, não poderem servir nas legiões do exército. Do ponto de vista dos direitos privados, o *ius aurei anuli* eliminava o impedimento matrimonial entre liberto e pessoa de classe senatorial, mas não extinguiu os direitos do patronato. Com ele o liberto passava a ser um quase ingênuo.

Ficavam livres por lei, a título de punição do dono (*edictum Claudii*, D. 40.8.2), os escravos velhos e doentes por ele expostos; a título de recompensa, o escravo que delatasse o assassino de seu amo (*senatusconsultum Silanianum*, 10 d.C.). Também ficavam livres por lei os escravos que vivessem em liberdade por mais de 20 anos.

Os ingênuos são os nascidos livres e que nunca deixaram de o ser, desde o nascimento. Não sofrem, destarte, nenhuma restrição decorrente de seu estado de liberdade.

Cidadania (*Status civitatis*)

Em princípio, o direito romano, tanto público como privado, valia só para os cidadãos romanos (*Quirites*).

Os estrangeiros (*peregrini*) não tinham a capacidade jurídica de gozo no concernente aos direitos e obrigações do *ius civile*. Entretanto, a eles se aplicavam as regras do *ius gentium*. O estrangeiro podia adquirir propriedades pelo direito dele, mesmo em Roma. Também podia fazer testamento, conforme as regras de sua cidade. Somente os *peregrini dediticii*, os inimigos vencidos, cujo direito e independência política não foram reconhecidos pelos romanos, estavam

privados do uso de seu direito de origem. Eles se sujeitavam pura e exclusivamente às regras do *ius gentium* romano.

Entre os estrangeiros, os latinos tinham uma posição especial. Os latinos, vizinhos de Roma (*latini prisci*), tinham capacidade jurídica de gozo semelhante à dos cidadãos romanos. Tinha o direito de votar nos comícios (*ius suffragii*), quando se encontravam em Roma, e podiam comerciar e contrair matrimônio: *ius commercii* e *ius conubii*. Com a extensão da cidadania romana a toda a Itália, em 89 a.C., essa categoria de latinos deixou de existir. Como segunda categoria, porém, aparece a dos *latini coloniarii*, que eram os cidadãos das colônias fundadas por Roma e às quais fora dado o *ius Latii*. Estes gozavam da capacidade de ter os direitos privados (*ius commercii* e *ius conubii*), mas não os públicos (*ius suffragii* e *ius honorum*). Essa categoria, também, desapareceu com a extensão da cidadania a todos os habitantes livres do império, por Caracalla, em 212 d.C. (*constitutio Antoniniana*). Uma terceira categoria de latinos existiu desde a lei *Junia Norbana* (19 d.C.) e sobreviveu às demais. Como foi mencionado, os escravos alforriados pelos modos pretorianos ou mesmo contra as disposições restritivas das leis de Augusto, adquiriram a posição de latinos e não a de cidadãos romanos. Sua capacidade jurídica de gozo era mais restrita que a dos pertencentes às outras categorias de latinos. Só tinham, os *latini Juniani*, o *ius commercii inter vivos*, o direito de serem sujeitos de relações patrimoniais entre vivos. Não podiam eles, pois, casar pelo *ius civile*, nem fazer testamento ou herdar. Diz-se que “viviam como livres, mas morriam como escravos” (*Salvianus, adv. avar. 3.7*). Por falecimento do *latinus Junianus*, seu patrimônio era devolvido ao patrono *iure peculii*, isto é, não a título de sucessão, mas como devolução ao próprio dono.

A cidadania romana adquiria-se por nascimento de justas núpcias ou mesmo fora delas, se a mãe fosse cidadã no momento do parto. Os filhos nascidos de matrimônio misto (isto é, em que um dos cônjuges fosse estrangeiro) seguiam a condição de estrangeiro, de acordo com as disposições da lei *Minicia* (Gai. 1.78).

Adquiria-se a cidadania também pela alforria quiritária, como já foi explicado. Além disso, a cidadania podia ser conferida pelos comícios por determinação dos magistrados e, mais tarde, pelos imperadores. A concessão podia ser feita a estrangeiro, quer em caráter individual, quer como medida de ordem geral. Por exemplo, a extensão da cidadania a toda Itália em 89 a.C. e a todos os habitantes livres do império em 212 d.C.

O cidadão romano, desde que preenchesse também o requisito da independência do poder familiar, tinha plena capacidade jurídica de gozo. Assim, ele podia ter a totalidade dos direitos públicos e privados e as obrigações respectivas.

Perdia-se a cidadania pela perda da liberdade. Podia-se, contudo, perder a cidadania sem a perda da liberdade, como no caso do exílio, da deportação, da renúncia.

Situação familiar (*Status familiae*)

Para ter a completa capacidade jurídica de gozo, era preciso que o sujeito, além de ser livre e cidadão romano, fosse também independente do pátrio poder. A organização familiar romana distinguia entre pessoas *sui iuris* (*paterfamilias*), independentes do pátrio poder, e pessoas *alieni iuris*, sujeitas ao poder de um *paterfamilias*. A independência do pátrio poder não tinha relação com a idade. Um recém-nascido, não tendo ascendente masculino, era independente do pátrio poder, ao passo que um cidadão de 70 anos, com o pai ainda vivo, era *alieni iuris*, isto é, sujeito, na qualidade de *filiusfamilias*, ao poder de seu pai.

Os *alieni iuris* não eram absolutamente incapazes. Tinham plena capacidade no campo dos direitos públicos: podiam votar e ser votados para as magistraturas (*ius suffragii* e *ius honorum*) e, também, servir nas legiões. No campo dos direitos privados podiam casar-se (*ius conubii*), desde que obtivessem consentimento do *paterfamilias*, que, aliás, exercia o pátrio poder também sobre os netos. Nas relações patrimoniais, tudo o que o *alieni iuris* adquirisse, adquiria para o *paterfamilias*; nas obrigações assumidas pelos *alieni iuris* a situação era diferente: o *paterfamilias* somente respondia excepcionalmente por elas. A evolução do direito romano se caracterizou pela responsabilização sempre crescente do *paterfamilias* no respeitante às obrigações contraídas pelos seus familiares. Por outro lado, foi conferida cada vez maior independência patrimonial aos *alieni iuris* por meio do desenvolvimento do instituto do pecúlio (*peculium*). Este era uma parte do patrimônio da família, entregue à administração direta dos *alieni iuris*.

“CAPITIS DEMINUTIO”

A situação da pessoa, quanto à capacidade jurídica de gozo, era determinada pelos três estados: o de liberdade, o de cidadania

e o de família. Mudando-se qualquer um desses requisitos, mudava-se a situação jurídica da pessoa também, mudança essa que se chamava *capitis deminutio*. Embora representasse principalmente a perda de determinados direitos (sendo equiparada à morte civil, cf. Gai. 3.153), a idéia básica da *capitis deminutio* não é essa, mas a de extinção da personalidade do ponto de vista jurídico, para ser substituída por uma nova. Isso podia significar, também, uma mudança para melhor, como a passagem da situação de *alieni iuris* para *sui iuris*. Assim, pode-se falar de *capitis deminutio* no caso da emancipação.

Tendo em vista os três estados (liberdade, cidadania, família), requisitos da capacidade jurídica de gozo, três podiam ser as alterações sofridas por *capitis deminutio*: 1.^a) a perda da liberdade, que acarretava a *capitis deminutio maxima*; 2.^a) a da cidadania, a *media*; e 3.^a) a mudança no estado familiar, a *capitis deminutio minima*.

A perda da liberdade verificava-se quando o cidadão romano caía prisioneiro do inimigo, *servus hostium* (Gai. 1.129). Embora tivesse perdido o prisioneiro sua capacidade de ter direitos e obrigações, enquanto ele ficasse em poder do inimigo, sua situação era a de pendência, pois, pelo *ius postliminii*, quando ele voltasse a Roma, recuperaria todos os direitos que anteriormente tivesse, como se nunca os houvesse perdido. Note-se, entretanto, que o *ius postliminii* se aplicava tão-somente aos direitos e não às situações de fato. Estas últimas tinham que ser restabelecidas. Essa distinção terá sua aplicação com relação ao matrimônio e à posse.

Por outro lado, se o prisioneiro morresse nas mãos do inimigo, pela ficção introduzida pela lei *Cornelia* (*fictio legis Corneliae*), ele seria considerado como falecido antes de ter caído prisioneiro, isto é, como falecido no estado de livre. Isso para o efeito de abertura da sucessão por sua morte. É que não se podia abrir sucessão de pessoa morta na condição de escravo, tornando ineficaz o testamento eventualmente deixado por ela (*testamentum irritum factum*).

Perdia-se, também, a liberdade a título de punição, como, por exemplo, no caso do ladrão colhido em flagrante (*fur manifestus*). No direito arcaico, o devedor executado, que não conseguisse pagar sua dívida, também podia ser vendido como escravo, fora de Roma (*trans Tiberim*).

A perda da liberdade acarretava a perda da cidadania e da situação na família romana também, pois a liberdade era pressuposto da cidadania e do *status familiae*.

Na *capitis deminutio media*, o cidadão passava à condição de estrangeiro pelo exílio voluntário ou pelo imposto por punição (*interdictio aqua et igni*). A pena de deportação foi instituída por Tibério (14-37 d.C.). Podia alguém voluntariamente transferir-se para uma colônia latina. Era renúncia à cidadania romana, que representava *capitis deminutio media* também (cf. Gai. 1.131).

A alteração no estado familiar representava a *capitis deminutio minima*. Nesse caso o *capite deminutus* (quem sofreu a mudança) perde todas as relações jurídicas (mas não as de consangüinidade) com a família anterior, adquirindo novo estado familiar. Pode-se verificar pela passagem de uma pessoa *alieni iuris* de sua família de origem para uma nova família (adoção ou *conventio in manum*) ou para o estado de *sui iuris* (emancipação). Vice-versa, um *sui iuris* podia passar à sujeição, na qualidade de *alieni iuris*, na família do *adrogator* (espécie de adoção).

OUTRAS CAUSAS RESTRITIVAS DA CAPACIDADE

Havia outras circunstâncias que tinham influência na capacidade jurídica de gozo.

As mulheres não tinham capacidade para direitos públicos e sofriam restrições no âmbito do direito privado também. A mulher não tinha direito ao pátrio poder, nem à tutela, e não podia participar dos atos solenes na qualidade de testemunha.

Restringiam a capacidade jurídica de gozo a *intestabilitas*, a *infamia* e a *turpitude*, que eram penalidades impostas em consequência de atos ilícitos, penalidades que importavam na falta de honrabilidade.

A religião também, com os impedimentos matrimoniais, incapacidade de testar e de herdar, podia ser fator que concorresse para certas restrições da capacidade jurídica.

PESSOA JURÍDICA

Como já mencionamos, além da pessoa física, o direito reconhece personalidade também às pessoas chamadas jurídicas ou morais, que são entidades artificiais.

Trata-se de organizações destinadas a uma finalidade duradoura, que são consideradas sujeitos de direito, isto é, com capacidade de ter direitos e obrigações.

Pela doutrina moderna, a pessoa jurídica pode ser de duas espécies: corporação (*universitas personarum*), que é a associação de pessoas, e fundação (*universitas rerum*), que é um conjunto de bens, destinados a uma determinada finalidade.

Parece que o direito romano clássico somente conheceu as corporações. As origens das fundações, nós as encontramos somente no direito pós-clássico.

A característica essencial das pessoas jurídicas é terem elas personalidades distintas da de seus componentes, bem como terem patrimônio e relações de direito distintas das de seus membros: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* (D. 3.4.7.1).

No direito romano, as corporações incluíam o Estado Romano (*populus Romanus*) e seu erário, as organizações municipais e as colônias, todas estas predominantemente de caráter público. Além delas, havia associações de caráter privado, chamadas *sodalitates*, *collegia* e *societates*, que tinham fins religiosos, como os colégios de sacerdotes da era pagã, ou fins econômicos, como as corporações profissionais de artesãos, as de comércio e as sociedades dos coletores de impostos e também as associações visando a garantir funerais decentes a seus membros.

As fundações começaram a surgir somente na época cristã. Considerou-se, então, como sendo sujeito de direito um determinado patrimônio, vinculado a certas finalidades, especialmente para fins de beneficência ou fins religiosos (*piae causae*). O ato constitutivo, prevendo a finalidade e regulando a sua organização interna, bastava para constituir a fundação.

Quanto às corporações privadas, exigia-se para seu funcionamento autorização do senado e, posteriormente, do imperador.

Para sua constituição, era necessário o mínimo de três membros (*tres faciunt collegium*, D. 50.16.85).

Tais corporações eram reguladas pelos seus estatutos (*lex collegii*), que tinham que determinar, além do fim social, também os órgãos representativos (*actores, syndici*) da pessoa jurídica.

O nascimento e extinção das corporações públicas não interessam ao direito privado.

Extinguia-se a pessoa jurídica quando sua finalidade era preenchida ou quando o senado, e mais tarde o imperador, revogava a respectiva autorização para funcionar. Nas corporações privadas, motivo de extinção era o desaparecimento de todos os seus membros. A fundação extinguia-se pela perda da totalidade do patrimônio.