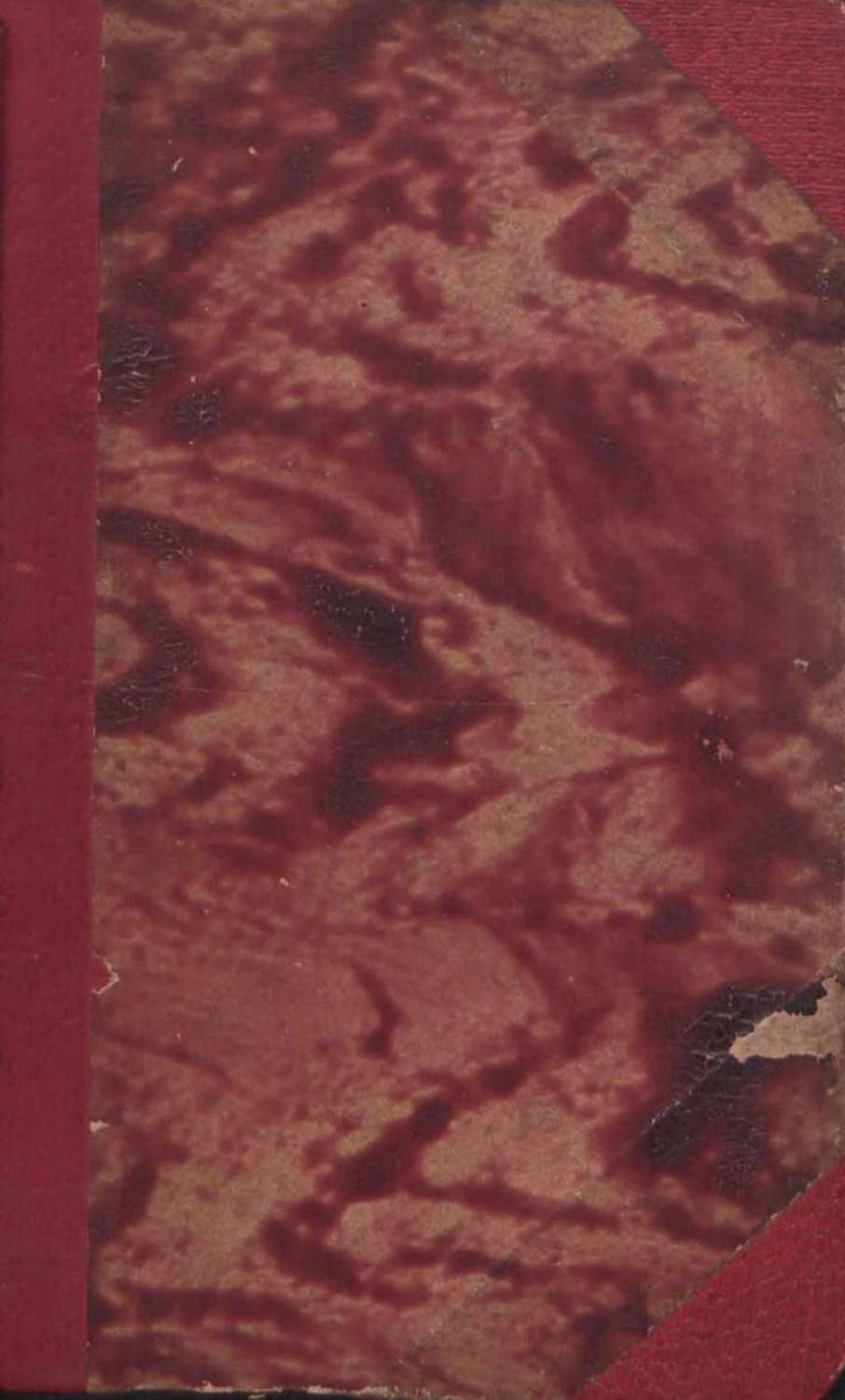






MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE
BIBLIOTECA
DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

OBRA

N.º

1592

VOLUME

N.º

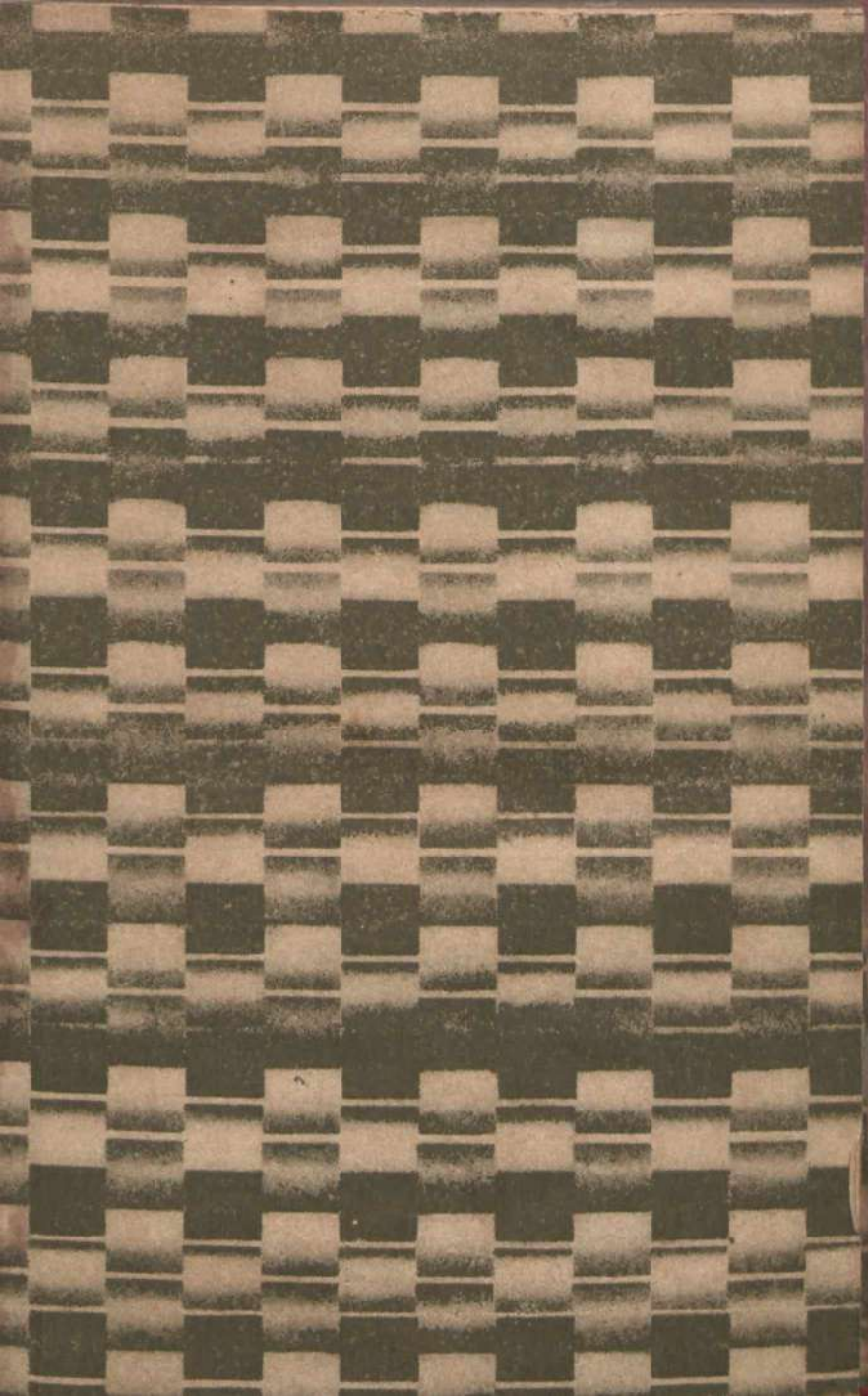
CLASSIFICAÇÃO

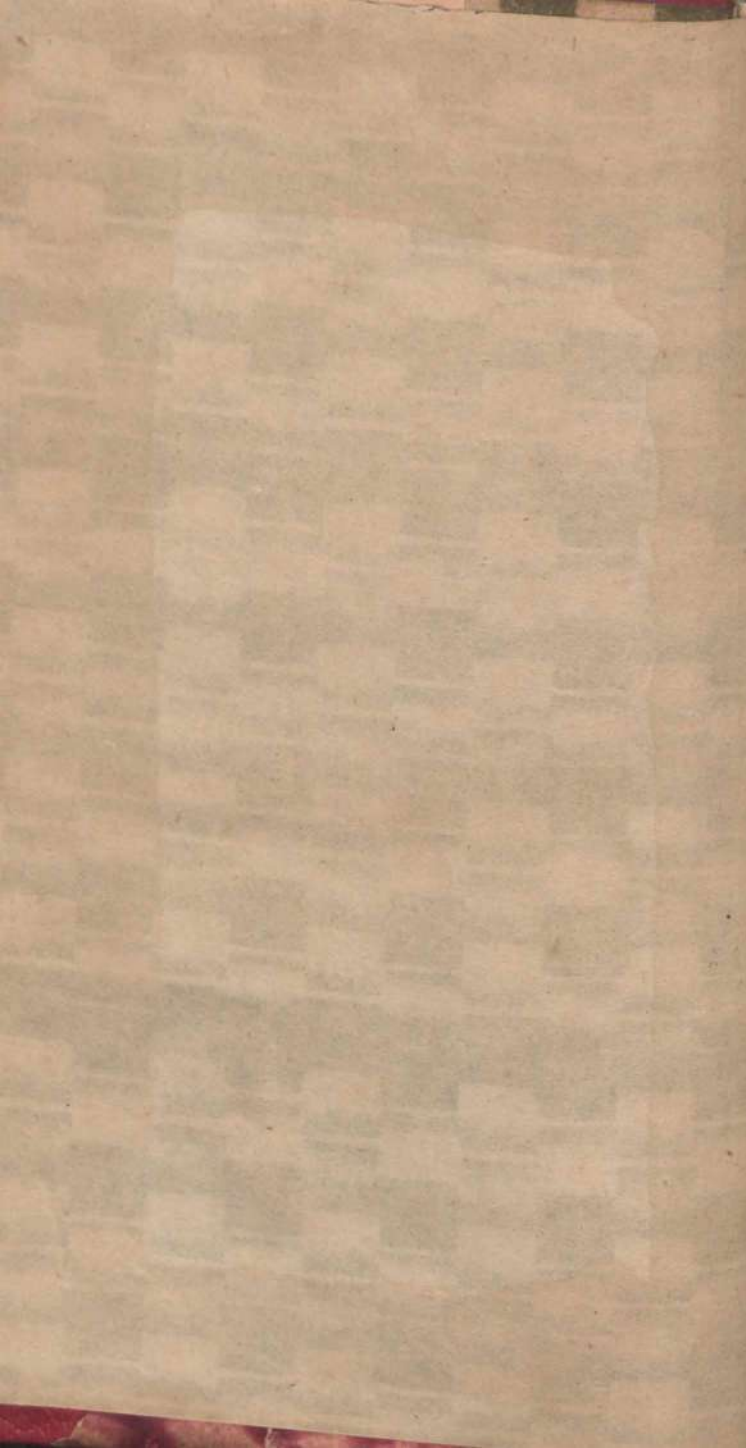
OBSERVAÇÕES

DO REGIMENTO INTERNO DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Art.º 92 — Os livros, revistas, jornais, brochuras e manuscritos da Biblioteca não poderão, sob pretexto algum ser retirados para leitura fóra do estabelecimento.

Art.º 93 — No salão de deposito dos livros somente é permitido o ingresso aos professores e empregados da secção. Os chefes e empregados de outras, os estudantes e o publico em geral serão atendidos no salão de leitura, mediante pedidos impressos que lhes serão fornecidos pelos empregados de serviço.





ELEMENTOS
DE
DIREITO ROMANO

ADAPTADOS AO PROGRAMMA APPROVADO PELA CONGREGACAO

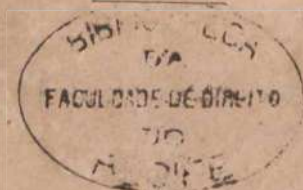
DA

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Para licções da 2.^a Cadeira do 1.^o anno

POR

Barros Guimarães



PERNAMBUCO
TYPOGRAPHIA DO JORNAL DO RECIFE
Rua do Imperador n. 47

1883

92

Ac 326559

UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE LETRAS
BIBLIOTECA

6163

9

8

1949

8X 8640251

ND 490616361

PROGRAMMA

DO ENSINO DA 2ª CADEIRA DO 1º ANNO DA FACULDADE DE
DIREITO DO RECIFE EM 1883.

INTRODUÇÃO

I. Definição do direito romano, suas divisões, importância e utilidade de seu estudo.

II. Fontes do direito romano e indicação dos juriconsultos celebres nos quatro periodos ou épocas em que geralmente se divide a historia externa desse direito.

III. Litteratura juridica em suas generalidades; obras ou escriptos sobre direito romano descobertos no principio deste seculo.

IV. Legislação justinianeá; organismo do *corpus juris* e modo de citação de suas partes.

V. Noção de direito (*jus*) no sentido objectivo e subjectivo.

VI. Da justiça, da equidade e da moralidade.

VII. Do direito publico e privado em suas relações mais geraes.

VIII. Do direito natural, do direito das gentes, do direito civil e de suas distincções.

IX. Do direito escripto e não escripto; indicação de suas formas ou elementos principaes.

X. Noção de lei e de suas especies.

XI. Da interpretação, suas especies e regras.

XII. Dos Plebiscitos, senatusconsultos e seus effeitos.

XIII. Das Constituições dos Imperadores, suas especies e effeitos.

XIV. Dos edictos dos magistrados, suas especies e effeitos.

XV. Das respostas dos Prudentes, suas especies e sua influencia no tempo de Justiniano.

XVI. Dos costumes e de seus requisitos.

XVII. Da jurisprudencia dos tribunaes (*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*) e seus requisitos.

XVIII. Justificação resumida da divisão ou classificação do direito romano privado em direito das pessoas, direito das cousas e direito das acções.



ELEMENTOS

DE

DIREITO ROMANO

PARTE PRIMEIRA

INTRODUÇÃO

I

DEFINIÇÃO DO DIREITO ROMANO, SUAS DIVISÕES, IMPORTANCIA E UTILIDADE DO SEU ESTUDO.

§ 1.

Definição do Direito Romano

A palavra *direito* (*jus*) era empregada pelos Romanos em diversas accepções.

A principio e enquanto predominaram o despotismo e a dominação patricia, o *direito* não significava mais do que o complexo das ordens impostas pela autoridade..

O *direito* (*jus*) encontrava sua origem etymologica em *jubere* ou *jussus* (ordem imperativa) de que depois por contracção se fez *jus*. (1).

A *justiça* (*de juri stare*) consistia então em observar as ordens da autoridade, boas ou más, justas ou injustas e a sciencia do direito (*jurisprudencia*) em conhecê-las.

O direito era considerado como fonte da moral e consagração do arbitrio da autoridade; impunha-se *imperii ratione* e não *rationis imperio*.

Mas a proporção que o progresso da civilização e da sciencia se foram estendendo sob a influencia da philosophia, tambem a idéa do direito se generalizou e aperfeiçoou-se sob o influxo dos escriptos dos jurisconsultos, dos edictos dos magistrados e da cultura das letras.

(1) Refere Festus que os autores antigos em lugar de *jura* empregavam a palavra *jussa*.

D'ahi a reacção que se realison entre os Romanos, que, mais esclarecidos, comprehenderam que o direito exigia, como condição de sua existencia e regular applicação, as inspirações da justiça para esta dar-lhe fôrça e autoridade.

Essa reacção levou os jurisconsultos a excessos opostos aos da primeira época e confundiram o direito e a moral.

O Jeto Celso define então o direito *ars boni et aequi*, (2) Ulpiano commette um erro philologico, mudando o sentido primitivo da palavra *justitia* para della derivar *jus*, (3) e formúla, como preceitos juridicos, alguns principios exclusivamente moraes. (4).

Felizmente essas idéas não passaram do dominio da especulação e não exerceram influencia sensivel na legislação até o dia em que o christianismo tornou-se o principal inspirador das leis. (5).

A palavra *direito* (*jus*) é tambem empregada :

1.º Como faculdade moral de agir, ex. : *cui jus est donandi, eidem et vendendi et concedendi jus est*. (6).

2.º Como complexo de leis, ex. : direito romano.

3.º Pelo lugar em que se administra a justiça, ex. : o titulo do Dig. *De in jus vocando*. (eitar).

Ainda se emprega *direito* no sentido de lei ou norma, de jurisprudencia, e em outros que se podem ver em Brissson, Vicat e Vinnius.

D'entre as diversas accepções referidas, é evidente, que a expressão *direito romano*, empregada no programma, refere-se a 2.º, ou ao complexo das leis romanas.

O direito romano em sua mais restricta comprehensão e na significação propria, ou strictissima, vem a ser o direito compilado por Justiniano e d'ahi lhe vem a denominação de *direito justiniano*.

Nesta accepção o direito romano comprehende as Institutas, o Digesto, o Codigo *repetitæ prelectionis*, e as Novellas promulgadas por Justiniano e treze edictos, que

(2) Dig. de just. et jar. fr. 1. (I., 1.º)

(3) Ibidem.

(4) Ibidem fr. 10 § 1.º — viver honestamente, não offender a ninguém e dar a cada um o que fôr delle.

(5) Accarias. Precis de Droit Romain.

(6) Dig. de div. reg. fr. 163 (L., XVI). Quem tem o direito de doar, tambem pôde vender e ceder.

contém disposições peculiares a algumas cidades e províncias.

Em sentido, propriamente stricto, o direito romano vem a ser o direito *justiniano* e mais as Novellas e compilações feitas pelos successores de Justiniano das quaes algumas vêm no *Corpus Juris*, como *appendices*.

O direito romano em sua mais lata comprehensão se define o complexo de todas as regras jurídicas, que vigoraram entre os Romanos desde as leis dos seus primeiros reis até as ultimas constituições dos seus imperadores.)

§ 2.

Divisões do Direito Romano

Historicamente o direito romano divide-se em direito anterior a Justiniano, direito *justiniano*, e direito posterior a este imperador.)

Alguns escriptores não admittem o direito posterior a Justiniano por não traduzir mais os costumes e originalidade dos Romanos, o que se nota pela differença do estylo, impropriedade dos termos, linguagem incorrecta, ausencia de logica e pela violencia.

Essa divisão corresponde a que outros fazem em direito antigo, direito novo ou classico e direito novissimo.

A divisão fundamental do direito romano e sob o ponto de vista das relações, que regula, é a que se acha estabelecida na Inst. de just. et jur. § 4. (I., 1.). *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum*: Duas são as partes em que se divide o direito, em *publico* e *privado*. (7.)

Cicero e Ausonio fazem a divisão em *divino*, *publico* e *privado*, outros em *divino* e *humano*, subdividindo o ultimo em *publico* e *privado*.

Essa divisão em trez partes é inutil, porquanto o direito *publico* comprehende o *divino*, como diz Ulpiano no Dig. de just. et jur. fr. 1 § 2. (I., 1.): *Jus publicum in sacris, sacerdotibus et magistratibus consistit*.

Alguns dividem ainda o direito romano em *commum* e *singular* sob o fundamento da maior ou menor extensão

(7) Damos esta traducção, autorizado por Vinícius, que diz: *positiones id est, partes; studium figuratè pro jure, cui studetur*.

da autoridade de suas regras; mas tal divisão não tem cabimento aqui, pois o direito *commum* e o *singular* podem confundir-se com o *publico* e *privado*, posto que em alguns casos estejam em opposição e em outra acceção podem constituir uma subdivisão do *privado*, como melhor se verá, quando em outro lugar nos occuparmos especialmente do direito *publico* e *privado*.

Outros autores, como Didier Pailhè, dividem o direito romano em *escripto* e não *escripto* sob o ponto de vista de sua formação; em *natural*, *das gentes e civil* segundo a extensão de sua applicação; e em direito das *pessoas*, *das cousas* e *das acções*, quanto ao seu objecto.

Taes divisões podem ser acceitas, não como divisões geraes do direito romano, e sim como divisões, ou antes subdivisões do direito *privado*. (8).

Admittida a divisão geral do direito romano em *publico* e *privado*, suscita-se a questão de saber se o direito *internacional*, o direito *administrativo* e o direito *criminal* estarão comprehendidos nessa divisão geral ou antes deverão formar uma divisão separada.

Nenhuma difficuldade, diz um commentador, póde apparecer sobre a classificação do direito *internacional*, que, a considerar-se, como existente entre os Romanos, reduzia-se a algumas fórmas empregadas nas declarações de guerra e nos tratados e tinha a denominação de *jus feciale*.

Quanto ao direito *administrativo* os Romanos não o conheceram com esta denominação, nem formando uma especie separada; seus elementos acham-se no direito *publico* ou no direito *privado*, conforme a natureza das relações, que tinha de regular.

A difficuldade surge sobre a classificação do direito *criminal*.

Póde-se consideral-o, como dependencia do direito *privado*, attendendo-se, que as Insts. cujo plano só comprehende o direito *privado*, consagram ao direito criminal um titulo especial, que é o titulo XVIII do livro IV.

Se considerarmos, porém, que o direito *criminal* depende essencialmente da organização politica, classifical-o-hemos como parte do direito *publico*. Entretanto pa-

(8) Veja-se a demonstração quando desenvolvermos os programmas, relativos a essas subdivisões.

rece, que o pensamento de Justiniano foi considerá-lo como um ramo distincto, por isso que collocou-o em um livro especial no Dig. Liv. XLVIII e no Cod. Liv. IX.

§ 3.

Importancia e utilidade do estudo do Direito Romano

A importancia e utilidade do estudo do direito romano são incontestaveis sob o triplice ponto de vista, historico, litterario e juridico.

E' evidente, que os principaes acontecimentos da vida interior ou exterior dos Romanos, como sejam as longas lutas entre os patricios e plêbeus, as guerras servís e a guerra social, só podem ser satisfactoriamente explicadas por meio das causas oriundas da natureza de suas instituições juridicas.

Não é menos evidente, que a litteratura latina, estudada em sua fórma e como reflexo da expressão da vida real e dos costumes dos Romanos, acclara-se com o conhecimento do direito.

Quem ignora absolutamente o direito romano não póde penetrar nos segredos de sua lingua litteraria.

A construcção geometrica da legislação romana, o rigor das deducções logicas, a linguagem elegante e propriamente juridica e o senso pratico de suas disposições elevam-n'a a cathegoria de modelo, e como tal tem servido á legislação de todos os paizes, que a conhecem.

Entre nós o estudo do direito romano, além de util, é necessario por ser a fonte e fundamento da nossa legislação e serve de direito subsidiario para todos os casos omissos.)

Já as Ordenações Affonsinas no Liv. 2.º tit. 9 mandavam seguir o direito romano, quando fosse conforme á razão.

Essa mesma disposição passou para as Ordenações Manoelinas, Liv. 2.º tit. 5.º e desta para as Philipinas, Liv. 3.º tit. 64, que constituem parte da nossa legislação.

Afinal a Lei de 18 de Agosto de 1769, chamada da *boa razão*, interpretada pelos Estatutos da Universidade de Coimbra fixou de uma vez a autoridade do direito romano, determinando as condições e os casos em que devia ser invocado.

D'ahi a importancia, utilidade e necessidade do estudo do direito romano para os philosophos, litterattos e especialmente para os nossos jurisconsultos, que quizerem conhecer as razões historicas, o fundamento e o complemento de nossa legislação.

II

FONTES DO DIREITO ROMANO E INDICAÇÃO DOS JURISCONSULTOS CELEBRES NOS QUATRO PERIODOS OU EPOCAS EM QUE GERALMENTE SE DIVIDE A HISTORIA EXTERNA DESSE DIREITO.

§ 1.

Divisão da historia do direito romano

Para bem entender-se e estudar-se o direito romano é necessario saber-se a sua historia.

A sciencia da historia do direito, como exposição circumstanciada, que é das successivas modificações e evoluções deste, tem duas tendencias ou dous lados distinctos.

O seu organismo desenvolve-se e póde referir-se ao todo ou a cada uma de suas partes e cada uma dessas partes tem a sua historia, embora conjuncta e dependente do todo.

D'ahi a divisão da historia do direito romano, communmente adoptada hoje, em historia *interna* e *externa*.

A historia *interna*, tambem chamada, *antiquitates juris*, occupa-se das instituições juridicas, cada uma de per si, sua origem, progresso e successivas modificações em todo curso de sua existencia.

A historia *externa* occupa-se do estudo das fontes do direito em cada uma das epochas em que se divide, e indaga os diversos modos da formação do direito, limitando-se a descrever o mecanismo que dá-lhe a forma e o vigor.

Esta é um capitulo do direito *publico*, aquella é a historia de todo direito *privado*.

Como bem nota Maynz, essa divisão é racional, mas os termos empregados são inteiramente arbitrarios.

O estudo do direito romano nas nossas Faculdades envolve o da historia *interna* e *externa* no mesmo curso e por isso o methodo seguido participa do *synchronistico* e do *chronologico*.

A historia *externa* é geralmente dividida em quatro periodos ou epochas, divergindo os escriptores a respeito dos factos ou acontecimentos, que devem servir de determinação dos limites desses periodos ou epochas.)

Holtius marca o 1.º periodo, da origem de Roma até a Pretura urbana; o 2.º da Pretura até Augusto; o 3.º de Augusto até Constantino; o 4.º de Constantino até Justiniano.)

Mackeldey, Giraud, Blondeau, Gibbon, Hugo e outros marcam o 1.º periodo, da fundação de Roma até a lei das XII Taboas; o 2.º da lei das XII Taboas até Cicero; o 3.º de Cicero até Alexandre Severo, e o 4.º de Alexandre Severo até Justiniano.)

O Compendio da Faculdade adopta esta ultima divisão.

Gibbon comparou o desenvolvimento progressivo e a decadencia do direito romano com o da vida humana, considerando o 1.º periodo o da formação e da *infancia*; o 2.º o do desenvolvimento e da *mocidade*; o 3.º o da perfeição e da *virilidade* e o 4.º o da decadencia e da *velhice*.

Marczoll, Maynz, Accarias e outros autores modernos marcam o 1.º periodo, da fundação de Roma até a lei das XII Taboas, comprehendendo 300 annos de 750 a 450 antes de Jesus Christo; o 2.º da lei das XII Taboas até a fundação do Imperio por Cesar Augusto, comprehendendo 420 annos, de 450 a 30 antes de Jesus Christo; o 3.º de Augusto até Constantino, comprehendendo 350 annos, de 30 antes de Jesus Christo á 320 depois de Jesus Christo; o 4.º de Constantino até a legislação de Justiniano, comprehendendo 250 annos, de 320 a 570 depois de Jesus Christo.

Esta divisão nos parece preferivel porque se fundamenta em factos de uma alta importancia, quer politica, quer juridica, ou como diz Maynz, porque as epochas são determinadas por grandes mudanças, operadas na organização do Estado e do poder legislativo.

Ha escriptores, que admittem divisões differentes, como Ortolan, que faz a divisão em trez periodos, o *real*, o *republicano*, e o *imperial*, subordinando a historia do di-

reito á historia politica ; outros, como Lariche Bonjean, dividem em cinco periodos ; entretanto a divisão mais geralmente adoptada é a de que trata o programma, isto é, em quatro periodos ou epochas.

§ 2.

Fontes do direito romano e indicação dos jurisconsultos celebres em cada um dos periodos da historia externa.

Pela expressão *fontes do direito romano* póde-se entender : 1. os principios philosophico-juridicos, que serviram de fundamento ao complexo das regras componentes do direito romano privado e nesta acceção dizem as Insts., que o *direito privado dimanou de tres fontes porque procede das leis naturaes, das gentes e civis* (1) ; 2. as bases do direito em geral ou as proprias instituições do direito e nesta acceção se póde dizer que o *Corpus Juris* é a fonte geral do direito romano ; 3. os monumentos, inscrições, documentos, livros e manuscriptos que concorrem para a perfeita intelligencia do direito romano e interessam a jurisprudencia, e nesta acceção se consideram essas fontes como *litterarias* ou *externas*, tambem chamadas *não juridicas* e taes são os escriptos dos philosophos, dos historiadores, dos rhetoricos, grammaticos etc. ; 4. as formas exteriores do direito ou modos de sua formação, correspondentes a divisão do direito privado em *scriptum* e *non scriptum* (2) e é nesta acceção, que a enumeração das fontes do direito se encontra em muitas passagens dos jurisconsultos romanos (3) e é tambem sob este ponto de vista que de accordo com o programma a consideraremos.

Desses diversos modos de considerar as fontes do direito romano resulta a divisão em fontes *juridicas* e *não juridicas*, ou em *internas* e *externas* ; outros dividem em fontes *legislativas* e *litterarias*.

(As fontes do direito *scriptum* e *non scriptum* são enu-

(1) Inst. de just. et de jur. § 4 (I, 1.)

(2) Inst. de jur. nat. § 8. (I, 2.)

(3) Savigny. Traité de Droit Romain § XXIII.

meradas em Cicero (4) no Digesto (5) e na Inst. de jur. nat. § 3.º e 9.º (1.2.º) taes são : *lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium et mores*. (6)

As fontes mencionadas, que constituem outros tantos processos legislativos, ou modos da formação do direito, manifestaram-se entre os Romanos na ordem chronologica, constante dos periodos em que se divide a historia *externa* e pelo modo que passamos a expôr.

Primeiro periodo. Durante este periodo, que comprehendendo dous seculos e meio de monarchia e cerca de meio seculo de republica o direito forma-se exclusivamente pelos *costumes* e pelas *leis*.

Sob o dominio da realza são as *leis* votadas pelo povo em comicios por curias, d'ahi a denominação de *leges curiatae*, que foram colleccionadas no reinado de Tarquinio o Soberbo por Sextus Papirius, summo pontifice, d'onde veio o chamar-se a essa collecção *Jus civile Papirianum*, não tendo o trabalho de Papirius outro merito além do de pôr em ordem as leis, que permaneciam confusamente dispersas. (7).

Pensam alguns autores que Papirius apenas colleccionou as leis relativas ao culto.

Com a abolição da realza as *leges regiae* foram abrogadas em massa e ficaram predominando os *costumes*; apparecendo depois do estabelecimento da republica as *leges centuriatae*, votadas em comicios por centurias, segundo a refôrma de Servio Tullio.

Os plebeus ensaiaram impôr suas decisões, tomadas nos comicios por tribus, mas os patricios recusaram-se a reconhecer nellas fôrça obrigatoria.

Para satisfazer as reclamações dos *tribunos da plebe*, tornar a lei conhecida de todos e basear o direito nos principios da igualdade (*aequare libertatem, aequare jura*)

(4) Top. cap. 5 — De part. orat. 6. 37. Convém notar que Cicero confunde as fontes propriamente ditas com os factos individuais, que servem de base as relações juridicas.

(5) Dig. de just. et jur. fr. 7 (I., 1.º) de orig. jur. fr. 2 § 12 (I., 2.º)

(6) A definição e desenvolvimento de cada uma dessas fontes se encontrarão nos programmas, que a ellas se referem.

(7) Dig. de orig. jur. fr. 2.º (I., 2.º) *non quia Papirius de suo quicquam ibi adjecit, sed quod leges sine ordine latus in unum composuit.*

foram suspensas todas as magistraturas por um anno dez decenviros investidos de um poder absoluto (*sine pro vocatione*) foram encarregados de formular e organizar a legislação, o que fizeram, publicando a *Lex Duodecim Tabularum*.

A Lei das XII Taboas, da qual só nos chegaram alguns fragmentos, regulava o direito publico e privado, nunca foi abrogada em sua totalidade, subsistindo muitas de suas disposições, ainda no tempo de Justiniano.

Foi a Lei das XII Taboas o unico ensaio de codificação geral antes de Justiniano.

Durante este periodo os patricios exercem uma dominação quasi exclusiva, já directa e já indirectamente sobre os plebeus; elles administram a justiça e são depositarios das *formulas* das *accões*, que deixaram de ser um mysterio para o povo depois que Appius Claudius reduziu a escripto, Flavius, seu secretario, as roubou e publicou. (8).

As fontes do direito neste periodo são os costumes e as leis; e jurisconsultos celebres, rigorosamente pôde-se afirmar, que não existiram, porque Sextus Papirius e Appius Claudius não podem ser considerados como jurisconsultos e ainda menos celebres como taes; em vista do que dizem Cicero (9) e Pomponius (10) quando attestam que antes de Tiberius Coruncanus, os que se applicavam ao estudo do direito, conservavam em segredo os seus conhecimentos.

Segundo periodo. Nesta época continuam os costumes, porém como fonte menos productiva, que no primeiro periodo, e as leis, sobretudo as *leges centuriatae*, apparecendo a nova fonte dos *plebiscitos*, munidos de uma autoridade igual a das leis em virtude da lei *Hortensia*. D'ahi em diante a legislação tende a estabelecer uma certa igualdade entre os patricios e plebeus.

Apparecem tambem os *edictos dos Magistrados* e as *respostas dos Prudentes*, que apesar de não figurarem ainda entre as fontes do *jus scriptum*, exercem uma influencia consideravel sobre o desenvolvimento dos costumes.

(8) Dig. de orig. jur. for. 2 § 7 (I., 2°).

(9) De Orat., 1, 41.

(10) Dig. de orig. jur. fr. 2 § 35 (I., 2°).

Os jurisconsultos não se limitam mais, como no primeiro periodo, a responder sobre especies, ensinam, escrevem e constituem theorias; começa a coordenação scientifica do direito.

A philosophia grega penetra em Roma e encontra em Cícero o vulgarizador de suas theorias, que por meio de seus numerosos escriptos dá a essas theorias um caracter mais pratico.

Alguns autores, seguindo a Paraphrase de Theophilo, admittem os *senatus-consultos* neste periodo, quando pelo contrario é certo que, antes do estabelecimento do Imperio, nenhum *senatus-consulto* existia com relação ao direito privado (11); no tempo da republica os *senatus-consultos* constituíam a fonte mais importante do direito publico.

Marcam o fim deste periodo dois acontecimentos notaveis, a substituição do antigo e odioso processo das *legis actiones* pelo *systema formulario* e a fundação do Imperio por Cesar Augusto, que apoderou-se disfarçadamente de todos os titulos das antigas magistraturas e o seu poder tornou-se absoluto.

O plebeu Tiberius Coruncanius foi o primeiro Jeto, que nesta epoca ensinou publicamente o direito.

Sextus Elivs Catus publicou um novo livro de formulas (*alias actiones*) a que se deu o nome de *jus alianum*.

Marcus Porcius Caton, o Antigo, publicou a primeira obra juridico-scientifica, com a denominação de *Commentarii juris*, e seu filho do mesmo nome é contado entre os Jetos.

Publius Mucius Scævola, Marcus Junius Brutus e Manilius estabeleceram os fundamentos do direito civil (*qui fundaverunt jus civile*, diz Pomponius.)

Seguem-se Lucius Crassus, que Cícero chama *jurisconsultorum disertissimum*, Quintus Mucius Scævola e Hostilius, autor das *actiones hostilianæ*, que suppõe-se serem as formulas do testamento.

Cícero, apesar de seus conhecimentos juridicos e de seus numerosos escriptos não é rigorosamente considerado Jeto e sim orador e philosopho.

Terceiro periodo. A revolução que substituiu o povo

(11) Veja-se Accarias, Demangeat, Giraud e Vinnius; contra Ortolan, Mielckelley, Mahlenbruch e Hugo.

pelo imperador devia levar com si as leis e os *plebiscitos*. Alguns textos (12) referem-se a algumas leis promulgadas ainda neste periodo, mas alguns pensam que são *senatus consultos* mal qualificados.

Quanto aos *plebiscitos* a historia não registra mais um só neste periodo, posto que uma passagem de Tacito dê lugar a conjecturar-se, que existiam ainda. O que parece certo é que os Imperadores foram pouco a pouco deixando de convocar os comícios, até que o povo esqueceu seus direitos, e as leis e os *plebiscitos* desapareceram de facto.

Em compensação appareceram neste periodo as *constituições imperiaes* e os *senatus consultos*; estes, mais frequentes no principio, tornaram-se mais raros a proporção, que o poder imperial se consolidava.

No reinado de Adriano os *edictos dos magistrados*, colleccionados por Salvius Julianus e as *respostas dos Prudentes* são considerados fontes do *jus scriptum*.

Os pretores humanisavam a legislação, os Jatos davam-lhe a feição scientifica e exerciam nesta epoca, chamada do direito classico, a mais subida influencia sobre a legislação.

Neste periodo se formaram as *seitas* ou *escolas* dos Sabinianos, Proculleianos e Cassianos, que se distinguiram umas das outras pelas opiniões dos seus chefes ou professores.

O fim desta epoca é assignalada com a completa mudança do processo, realisada sob Diocleciano.

O direito romano chega a sua maturidade e tende a acompanhar a propria sociedade romana em sua decomposição sob a influencia do despotismo, do christianismo e da invasão dos barbaros.

E' muito longa a lista dos jurisconsultos celebres desta epoca, mencionaremos os mais conhecidos.

Proculus, que deu o nome a seita dos Proculleianos; Massurus Sabinus a dos Sabinianos; Cajus Cassus a dos Cassianos; Salvius Julianus, que colleccionou o *edictum perpetuum*; Pomponius, autor do *Enchiridion juris*; Gaius, autor das *Institutiones*, que serviram de base ás Institutas de Justiniano; Emilius Papinianus, autor de

(12) Dig. de term. mot. fr.^o 3 § 1. (XLVII — 21) Gaius I § 157.

varios escriptos ; Domitius Ulpianus, autor dos *Frag-
menta Ulpiani* ; Julius Paulus, que escreveu as *Sententiae
receptae* e Modestinus, autor das obras *Regularum lib. III,
de bonis libertorum et de excusationibus tutorum et cura-
torum.*)

Quarto periodo. Este periodo se caracteriza politi-
camente pelo despotismo aperfeiçoado e juridicamente
pela completa decadencia das fontes.

Ninguém contesta a inexistencia das *leis e plebiscitos*
nesta epoca ; o subterfugio dos *senatus consultos* tornou-se
inutil, o senado não passa de uma farça ; os magistrados,
se é que ainda tem o *jus edicendi*, não se servem deste di-
reito para innovar ; os Prudentes perdem o *jus jura con-
dendi* em virtude da *lei das citações* e é duvidoso que os
costumes tivessem ainda a mesma força.

No meio desse esgotamento das fontes do direito, a
unica productiva são as *constituições imperiaes*.

Constantino declara (13) que só elle póde decidir as
questões ; Justiniano estabelece como regra que só elle
póde fazer e interpretar as leis. (14)

No reinado de Theodosio foi tão grande o numero
das *constituições imperiaes*, que este imperador mandou
escolher as que queria conservar e formou o *Codigo*
Theodosiano, abrogando as de mais.

Antes desse *codigo* já existiam duas collecções de
constituições imperiaes, organisadas pelos Jatos Grego-
rianus e Hermogenianus, conhecidas sob a denominação
de *Gregorianus et Hermogenianus Codex*.

Servem de termo a este periodo os trabalhos legisla-
tivos de Justiniano, que produziram as *Institutas*, o *Diges-
to*, o *Codigo* e as *Novellas*.

D'entre os *jurisconsultos* deste periodo merecem ser
notados Gregorianus, Hermogenianus, Aurelius Arch-
adius Charisius e Julius Aquila, os dous primeiros por
causa do *codigo* de seus nomes, e os outros pelos seus frag-
mentos contidos no *Digesto*. (15)

(13) Cod. de leg., const. 1 (1., 14)

(14) Ibidem const. 12 § 1.

(15) Para mais minucioso estudo dos quatro periodos recorra-
se a Accarias, Demangeat, Mackeldey, Bruschy, Ortolan e Pon-
cellet, d'onde extrahimos o presente resumo.

LITTERATURA JURIDICA EM SUAS GENERALIDADES ; OBRAS
OU ESCRIPTOS SOBRE DIREITO ROMANO DESCOBERTOS NO
PRINCIPIO DESTE SECULO.

§ 1

Litteratura juridica em suas generalidades

A expressão *litteratura juridica* tem uma dupla significação e póde ser considerada no sentido *objectivo* e no *subjectivo*.

No sentido *objectivo* *litteratura juridica* vem a ser o conjuncto de todas as obras existentes sobre a sciencia do direito nesta ou n'aquella época, neste ou n'aquelle povo, e d'ahi vem o costume de dizer-se que tal ou qual paiz tem uma grande ou uma pequena *litteratura juridica* ; no sentido *subjectivo*, porém, é o conhecimento *methodico* da existencia e conteúdo dessas mesmas obras.

Este conhecimento compõe-se de trez partes : uma parte *bibliographica* que, sob a denominação de *bibliographia juridica*, trata da simples indicação das obras, escriptas sobre o direito, é uma pura noticia de livros ; uma parte *historica* que vem a ser o conhecimento do tempo em que foram publicadas taes obras e das relações em que se acharam com o movimento geral dos espiritos ; e uma parte *critica* em que se faz a apreciação do que possam ter de bom ou de máe e do pouco ou muito que contribuíram para o desenvolvimento da sciencia.

A *litteratura juridico-romana* é, pois, no primeiro sentido a totalidade das obras escriptas sobre o direito romano, comprehendendo, segundo alguns, as obras dos escriptores romanos, desde a Lei das XII Taboas, e na opinião de outros, apenas desde os exegétas do começo do XII seculo, até a actualidade ; e no segundo sentido, ou *subjectivamente* a *litteratura juridico-romana* é o conhecimento *systematisado* dessas mesmas obras.

Como se vê, é um conhecimento que seria impossivel se a parte *critica* não diminuisse, como diminhe, a parte *historica* e *bibliographica*, deixando sómente a obrigação

de conhecer-se as obras *mais importantes*, que não são em tão grande numero.

O proprio programma reconheceu a impossibilidade desse conhecimento completo, exigindo apenas as *generalidades* da litteratura juridica.

Discordam os escriptores sobre as épocas, que devem ser comprehendidas na *litteratura juridica* e consequentemente sobre as obras, que devem ser consideradas como partes componentes dessa mesma litteratura.

Quasi todos, e alguns confundindo a Jurisprudencia com a litteratura juridica, accordam-se em remontar a litteratura juridico-romana aos primeiros tempos de Roma e d'ahi a terminar em Justiniano e outros consideram-n'a até os tempos modernos.

Alguns, porém, entendem e a nosso ver com razão, que sómente fazem parte da litteratura as obras escriptas do XII seculo em diante, por isso que as obras dos jurisconsultos e magistrados romanos podem ser consideradas, não constituindo litteratura juridica e sim parte da legislação ou do direito romano.

Entretanto para acompanharmos o methodo adoptado na Faculdade pelo distincto e illustrado lente da cadeira de direito romano (1) e também tendo em vista que os presentes *Elementos* são especialmente destinados aos alumnos do 1.º anno academico, deixamos de parte a controversia dos escriptores sobre esse assumpto.

Dividiremos, pois, as épocas da litteratura juridica em duas partes: a 1.^a comprehenderá as obras mais importantes dos jurisconsultos *romanos*; a 2.^a as obras mais importantes dos jurisconsultos *romanistas*.

A primeira póde subdividir-se nas mesmas épocas em que se divide a historia externa do direito, a segunda em *antiga* e *moderna*.

Mackeldey classifica os numerosos e importantes escriptos dos jurisconsultos romanos em sete ordens (2) que podemos resumir, como faz o conselheiro Ribas no seu *Curso de Direito Civil*, nas cinco seguintes:

1.^a *Commentarios* sobre algumas fontes do direito, es-

(1) Dr. João José Pinto Junior, autor do programma de ensino do direito romano.

(2) Mackeldey, Manuel de Droit Romain § 48.

pecialmente sobre a Lei das XII Taboas, o Edicto, alguns decretos do povo e senatus consultos.

2^a *Systemas*: aos resumos davam-se os nomes de *Institutiones*, *Regulae* e *Definitiones*, aos tratados o de *Digesta*.

3^a *Commentarios* sobre os systemas de outros jurisconsultos.

4^a *Monographias* ou tratados sobre certas materias juridicas, a que se dava o nome de *libri singulares*.

5^a *Escriptos dos casuistas* ou collecção de consultas, discussões e decisões com os nomes de *responsa*, *epistolae*, *questiones*, *disputationes*, *libri variarum lectionum*, *differentiarum*, *membranarum*, *casibus enucleatis*.

Poucas são as obras dos jurisconsultos romanos, que chegaram até nós; de umas tem-se conhecimento por causa das referencias que a ellas faz o *Corpus Juris* e de outras (e estas em mui pequeno numero), por meio de collecções como a *Mosaicarum et romanarum legum collatio* (3) e de alguns fragmentos encontrados, em antigas bibliothecas.

Mencionaremos as mais importantes, não incluindo na seguinte enumeração, as que foram descobertas no principio deste seculo:

1^a *Tituli ex corpore Ulpiani*, modernamente chamada *Fragmenta Ulpiani* por ter-se apenas encontrado na bibliotheca do Vaticano em 1544 parte da obra que se suppõe ser o *Liber singularis regularum* de Ulpiano, em que este jurisconsulto tratava do direito em geral.

2^a *Sententiae receptae* de Julius Paulus, cuja primeira edição foi publicada em 1525.

Essas *Sentenças* tratam do direito e das materias não comprehendidas nos commentarios sobre o Edicto.

3^a *Enchiridion juris* de Pomponius, de que se conhece apenas um grande fragmento sobre as fontes do direito, e se acha no Digesto.

4^a *Regularum lib. III, de bonis libertorum* de Modestinus, sendo que a obra mais importante deste jurisconsulto trata de *excusationibus tutorum et curatorum*.

5^a *Actiones hostiliae* de Hostilius, que se suppõe serem as formulas do testamento.

As obras dos jurisconsultos romanistas, que formam

(3) E' uma obra em que se pretende mostrar que o direito romano decorre do Mosaico; é attribuida a um judeu.

propriamente a litteratura juridico-romana, podem ser divididas do seguinte modo :

1. Obras *bibliographicas*, como a *Bibliothèque choisie des livres de droit*, de Camus.

2. Obras *lexicographicas*, como a de Brisson, que se intitula *De verborum significatione*.

3. Obras *exegeticas*, e a esta classe pertencem as obras da escola dos glossadores, assim chamada por limitarem-se os seus jurisconsultos a interpretar os textos palavra por palavra (glossa), formulando hypotheses e acompanhando-as de decisões (summæ) pelo que tambem foram denominados *summistas*.

As observações e decisões dos glossadores eram escriptas em notas interliniaes e marginaes junto aos textos do *Corpus Juris*.

A escola dos glossadores possui nomes illustres, como Irnerio, fundador da escola e professor de direito em Bolonha ; Accursio, chefe da seita dos Accursianos, que refundio as glossas de seus antecessores e augmentou-as com as suas no livro que foi chamado Glossa Accursiana ou *Glossa ordinaria* ; Bartolo, chefe dos Bartolistas ; Cujas, reformador das seitas anteriores, e professor de direito em Cahors, Burges, Valence, Turim e Bolonha.

4. Obras *historicas* como as de Heineccio, Gravina, Hugo, Savigny e outros.

5. Obras *dogmaticas* que se subdividem em Manuaes, como as *Institutiones* seu *Elementa juris romani* de Warnekenig, e em *tratados* como a Paraphrase de Theophilo.

6. Monographias e controversias de que ha uma quantidade innumeravel.

§ 2

Obras ou escriptos sobre direito romano, descobertos no principio deste seculo

1. *Gaii institutionum commentarii quatuor.*

Dentre os escriptos dos jurisconsultos romanos, de que temos conhecimento directo e independente das referencias do *Corpus Juris*, o mais importante é sem contestação o de Gaius, sob o titulo de *Institutas de Gaius* que serviram de fundamento e de norma as *Institutas de Justiniano*.

As Institutas de Gaius eram apenas conhecidas pelos fragmentos, constantes do *Breviarium Alaricianum* (4) até que em 1816 Niebuhr descobriu as verdadeiras Institutas em um palimpsesto (5) da bibliotheca capitular de Verona, as quaes foram publicadas em 1820, sendo a melhor edição a de 1842 por Lachmann.

As Institutas de Gaius forneceram muita luz para o conhecimento do direito classico, e especialmente para a interpretação das Institutas de Justiniano.

Gaius escreveu muitas outras obras de que ha noticia pelas citações do Digesto, sendo a mais conhecida a que tem por titulo *Res quotidiane seu aureæ*, que suppõe-se ser um novo trabalho sobre as Institutas, contendo addições, rectificações e explicações.

2ª *Fragmentum veteris Jcti de jure fisci*. E' um fragmento de uma obra juridica (de jure fisci) descoberta ao mesmo tempo, que as Institutas de Gaius, e cujo autor não se sabe quem exactamente seja. Alguns attribuem-n'o a Gaius talvez pelo facto de achar-se esse fragmento junto as Institutas; outros com mais fundamento attribuem-n'o a Julius Paulus não só porque este jurisconsulto escreveu dous livros de *jure fisci*, como tambem porque no Dig. de *jure fisci* fr. 43 § 3. (XLIX, 14) ha um fragmento de Paulus semelhante ao que foi descoberto por Niebuhr.

3ª *Ulpiani Institutionum fragmenta*. Estes fragmentos foram descobertos por Endlicher na bibliotheca palatina de Vienna e por isso chamados *Vindobonensia* e publicados em 1835 com este titulo: *De Ulpiani Institutionum fragmento in Bibliotheca palatina Vindobonensi nuper reperto*. Suppõe-se que estes fragmentos pertencem ao *Libri II Institutionum* de Ulpiano.

4ª *Fragmenta Vaticana*. E' uma miscellanea de escriptura

(4) Codigo mandado organizar por Alarico, rei dos Visigodos, para uso dos seus subditos romanos. Compõe-se de extractos dos codigos Gregoriano e Theodosiano, de algumas Novellas e dos escriptos de Gaius, Paulus e Papinianus.

(5) E' um manuscrito sobre pergaminho, cuja escripta o copista apagou para sobre elle escrever de novo.

Por meios chimicos tem-se conseguido descobrir a primitiva escripta e foi o que se deu com o palimpsesto de que se trata, no qual os copistas escreveram as Inst. de Gaius e depois as cartas de S. Jeronymo.

Foi decifrado o manuscrito por Goeschen e Bethmann-Hollweg, e revisto por Blume.

tos de jurisconsultos e trechos de constituições imperiaes em 28 folhetos, descobertos em um palimpsesto da bibliotheca do Vaticano (d'ahi vem a sua denominação) pelo abba-de Angelo Majo.

O abba-de Majo publicou-os em 1823 com o titulo de *Juris civilis antejustinianei reliquiae ineditae*. Logo depois foram publicados em Pariz e Berlim com o titulo que é hoje admittido geralmente de *Fragmenta Vaticana*; a melhor edicção é a de 1860 por Mommsen.

O autor, que não é conhecido, parece ter tido em vista um fim immediatamente pratico, entretanto admitte decisões contradictorias.

Asseguram alguns que foi Hermogenianus o autor dos *Fragmenta Vaticana*, mas tal asseguuração é falsa, porque o proprio Hermogenianus declara (6) que em sua obra (*Libri juris epitomarum*) seguiu o methodo do Edicto e o methodo dos *Fragmenta* é inteiramente diverso.

Foram tambem descobertos neste seculo: um fragmento publicado em 1817 com o titulo de *Fragmentum graecum de obligationum causis et solutionibus, imprimis de stipulatione aquiliana ab Angelo Maio nuper in lucem protractum edidit*, um pequeno fragmento do *Liber singularis regularum* de Pomponius sobre a indivisibilidade das servidões, encontrado por Cramer e outro de Modestinus por Spangenberg.

Todos os escriptos mencionados revelam que os jurisconsultos romanos desenvolveram em suas obras e no mais alto gráo o bom senso pratico, o espirito analytico, exacta e rigorosa precisão de linguagem. Ainda ninguem excedeu-os, como interpretes, mas dous requisitos lhes faltaram: 1.ª a critica, na accepção elevada desta palavra; elles distinguiram bem os principios das leis, mas não procuravam prescrutar o seu valor philosophico nem demonstrar a sua razão historica; 2.ª o methodo na composição de um livro.

Sob este ponto de vista as *Sentenças* de Paulus são o modelo da desordem, ao passo que as *Institutas* de Gaius apresentam uma verdadeira superioridade relativa (7).

(6) No Dig. de statu hom. fr. 2 (I, 5).

(7) Accarias *Precis de Droit Romain*.

IV

LEGISLAÇÃO JUSTINIANEA, ORGANISMO DO CORPUS JURIS E
MODO DE CITAÇÃO DE SUAS PARTES

§ 1

Legislação Justinianea

Constituem a legislação Justinianea todos os trabalhos legislativos do imperador Justiniano, comprehendendo não só o direito por elle mandado compilar, como tambem o que elle proprio decretou, inclusive os treze *edicta Justiniani* relativos a algumas cidades e provincias.

Justiniano, assim chamado do nome de seu tio Justino, que adoptou-o (1) e nomeou-o seu successor no throno de Constantinopla, tornou-se celebre pelos seus trabalhos legislativos.

No que diz respeito ao seu character, a opinião mais segura é que a grandes virtudes reunia alguns vicios e fraquezas, que alguns explicam pela influencia sobre elle exercida por Theodora, que depois de frequentar o *Embolum* (2) e o theatro passou a sentar-se ao lado do throno, como imperatriz, por tel-a Justiniano desposado.

Quando Justiniano subio ao throno, a reforma das leis romanas tinha-se tornado tão indispensavel, quanto difficil de realisar.

Durante dez seculos o numero infinito das leis, dos *plebiscitos*, das *respostas dos Prudentes*, das *constituições imperiaes*, enfim os escriptos legaes sobre o direito romano enchiam milhares de volumes, que o homem o mais rico não podia comprar e para cuja leitura não era suffi-

(1) Era costume tomarem os adoptados o nome dos adoptantes com o acrescimo da desinencia, assim de Justinus se formou Justinianus, cujo verdadeiro nome era *Uprauda* em lingua slava.

(2) *Embolum* era um portico de prostituição, que ficou celebre. Theodora mandou construir no lugar do *Embolum* a igreja de S. Pantaleão, como expiação de sua vida passada, dizem uns, ou para fazer desaparecer o theatro de sua vergonha, dizem outros.

ciente a vida de um homem (3), de modo que nenhum *ingenuo* queria dedicar-se ao estudo da Jurisprudencia.

Justiniano, que segundo alguns autores, tinha estudado jurisprudencia (4) em sua mocidade, attendendo as difficuldades, que a legislação apresentava e por ser o *Codex Theodosianus* muito incompleto, resolveu fazer uma compilação de todas as regras de direito, qualquer que fosse a sua origem, reunindo-as em um só corpo.

Antes de Justiniano tinham projectado fazer essa compilação Cneus Pompeius (5) Julius Cesar (6) que chegou a determinar que os jurisconsultos não dessem *decisões* que contrariassem a sua compilação, Cicero, Crassus, Pomponius, e Constantinus (7), mas não chegaram a realisala.

No primeiro anno de seu reinado aos 13 de Fevereiro de 528 Justiniano nomeou uma commissão de dez funcionarios e jurisconsultos, presidida por Joannes, ex-Questor do sacro palacio, e encarregou-os de formar um codigo, que comprehendesse as constituições dos codigos Gregorianus, Hermogenianus e Theodosianus e outras posteriores, pondo-as em ordem systematica, supprimindo, alterando, revogando as que fossem contradictorias e já desusadas e consignando de modo claro as que fossem sabias e uteis á pratica dos tribunaes e necessidades da epoca (8).

Esse trabalho que se chamou Codigo Justiniano (9) foi dividido em doze livros por analogia as XII Taboas e publicado aos 7 de Abril de 529, quartorze mezes depois de começado. Esse codigo não faz parte do *Corpus Juris*.

(3) *Eunapius* assegura que uma bibliotheca completa de jurisconsulto fornecia cargas para muitos camellos.

(4) Essa asserção, que Gibbon reproduz, diz Mainz, que não é apoiada por documento algum. Uns attribuem a Justiniano um genio quasi universal, outros fundados em *Suidas* asseguram que elle nem sabia ler, mas taes opiniões extremas carecem de fundamento e quanto a passagem de *Suidas*, está averiguado que elle refere-se a Justino I que quando assignava os decretos precisava do seu secretario para lhe dirigir a mão.

(5) Isidor. Orig., V, 1.

(6) Suetonio. Julius Cesar 44.

(7) Não ha certeza dos projectos destes ultimos.

(8) Esse plano consta da const. *de novo codice faciendo*.

(9) *Vicat. in verb. codex* diz que codigos eram chamados os livros quadrados, qualquer que fosse o seu assumpto.

Depois da confecção desse código, Justiniano, julgando-o incompleto e insufficiente, ordenou em 15 de Dezembro de 530 que se fizesse uma collecção de leis, composta de fragmentos tirados das obras dos juriconsultos romanos. Foi encarregado desse trabalho Tribonianus, *questor sacri palatii* (10), que escolheu para ajudal-o onze advogados da prefeitura do Oriente e quatro professores de direito da escola de Beryto e Bysancio e entre estes contavam-se Theophilo e Dorotheo.

Essa commissão foi investida de uma jurisdicção absoluta na apreciação das obras que deviam ser compiladas (11) e trez annos depois tinha acabado o seu trabalho, incluindo em cincoenta livros, divididos em sete partes, os fragmentos de cerca de dous mil tratados de trinta e nove dos mais habéis juriconsultos.

Esse trabalho foi publicado aos 16 de Dezembro de 533 com o nome de *Digesta seu Pandectæ* e recebeu força obrigatoria em 30 do mesmo mez.)

Os compiladores seguiram na classificação das materias a mesma ordem, adoptada por Salvius Julianus no Edicto.

Nota-se nessa compilação, que muitos textos dos juriconsultos foram interpolados, mudados e modificados. Chamam-se essas interpolações *emblemata Triboniani* (12).

Em quanto se confeccionava o Digesto, encarregou Justiniano a Tribonianus, Theophilo e Dorotheo a redacção de uma obra elementar, destinada ao ensino nas Escolas de direito e que tivesse ao mesmo tempo o character legislativo afim de que os estudantes adquirissem mais gosto pelo estudo, sabendo que aprendiam verdadeiras leis e não simples theorias.

D'ahi resultou a confecção das Institutas, divididas em quatro livros, modeladas pelas de Gaius e conservando tanto quanto foi possivel suas proprias palavras.) O con-

(10) *Questor sacri palatii* era um funcionario, especie de grande chanceller, encarregado da conservação das leis, redacção dos projectos e dos rescriptos e da organização da lista das dignidades concedidas pelo principe.

(11) *Præfationes*, 1, de conceptione *Digestorum*, 1, § 12.

(12) Alguns autores dizem que Tribonianus de proposito introduziu essas interpolações, tornando ambíguas e obscuras as leis para que depois elle as interpretasse segundo os interesses de seus clientes.

tendo foi tirado do Digesto, do Código e dos trabalhos de Gaius, acrescentando-se observações historicas e algumas vezes modificações do que temos um exemplo na Inst. de rer. div. § 25 (II., 1°).

Foram publicadas as Institutas, chamadas por Justiniano *Institutiones*, como synonymo de *Elementa* em 21 de Novembro de 529, um mez antes da publicação do Digesto e tornaram-se obrigatorias em 30 de Dezembro do mesmo anno.

Tendo Justiniano julgado incompleto o código de 529 e attendendo as disposições das cincoenta decisões (13) (*quinquaginta decisiones*) promulgadas depois da confecção desse código, e tambem tendo em vista as mudanças, que adoptou depois do Digesto e das Institutas, entendeu conveniente ordenar uma nova edição (*repetita praelectio*) do antigo código e encarregou dessa revisão a Tribonianus com assistencia de quatro collaboradores.

O novo código denominou-se *Codex repetitae praelectionis* e foi promulgado aos 16 de Novembro de 529, contendo as cincoenta decisões, as novas constituições e d'entre as antigas as que os compiladores não julgaram conveniente supprimir.

Com a publicação do novo Código foi abrogado o *Justiniano*.

De 529 a 565, anno em que morreu Justiniano, publicou este imperador muitas constituições, modificando alguns pontos importantes de sua legislação. Essas novas constituições, escriptas, parte em grego e parte em latim e em um estylo obscuro e incorrecto, são conhecidas pelo nome de *Novellas* (*novellae constitutiones*).

Promettera Justiniano compilar essas *Novellas*, reduzindo-as a um corpo systematico, mas a collecção que hoje possuímos não foi arranjada por elle, como é facil de ver, porque não segue nem a ordem das materias, nem a ordem chronologica dos tempos de sua promulgação.

Além dos trabalhos mencionados, devemos citar os *Edicta Justiniani*, que vêm no appendice do *Corpus Juris* e que como diz, Mackeldey, são verdadeiras *Novellas*.

(13) Essas *decisiones* foram dadas por Justiniano para decidir as questões ou processos, que lhe foram apresentados durante o tempo da confecção do Digesto.

Organismo do Corpus Juris

Chama-se *Corpus Juris*, em geral, a collecção das diferentes partes do direito, quer civil, quer canonico, e por isso quando se quer oppôr o civil ao canonico acrescenta-se a palavra *civilis* (14).

Por *Corpus Juris Civilis* entende-se o complexo de todas as partes do direito romano, compilado e decretado por Justiniano.

Os escriptos, que em algumas edicções do *Corpus Juris*, se acham acrescentados a essa collecção pelos edictores, nem se devem ter como partes integrantes della, nem tem obtido entre os povos modernos autoridade de lei (15).

O organismo do *Corpus Juris* consta das seguintes partes:

1.^a Das Institutas, 2.^a do Digesto, 3.^a doCodigo, 4.^a das Novellas.

Além destas costuma-se juntar mais as seguintes, que Heineccius denomina *appendices*, taes são: 13 edictos de Justiniano, constituições ou Novellas de diferentes imperadores, os *canones S. S. apostolorum*, os feudos (*consuetudines feudorum*) as Extravagantes de Frederico II, o Livro da Paz de Constança e fragmentos de jurisconsultos romanos.

As *Institutas* (*Institutiones D. Justiniani*) comprehendem quatro livros, divididos em 98 títulos (16) precedidos, cada um, de uma inscripção ou epigraphic, seguidos de um *principium* e subdivididos todos em 706 paragraphos.

As *Institutas* contém um resumo de todo o direito privado, e muitas noções philosophicas e historicas sobre as instituições juridicas.

(14) Demangeat. *Cours elementaire de Droit Romain*.

(15) Warnkœnig. *Instituições de Direito Romano* § 94.

(16) Alguns contam 99 títulos; a differença está no numero dos títulos do livro 3.^o, a que algumas edicções dão 29 e outras 30 títulos. O engano está em considerar-se o § 10 do tit. 6.^o, como um novo titulo com a rubrica de *servili cognatione*.

Digesta, seu *Pandectæ*, também chamada *Codex enucleati juris*. (17) comprehende sete partes, divididas em cincoenta livros, e estes (18) subdivididos em 443 titulos, segundo a materia constante da inscripção ou epigraphie de cada um delles. Cada titulo se divide em leis ou fragmentos e estes em um *principium* e paragraphos.

Os Glossadores dividiram o Digesto em trez volumes: o 1.^o a que chamaram *vetus* contém os primeiros vinte e trez livros e o 1.^o e 2.^o titulos do livro 24; o 2.^o comprehende o 3.^o e ultimo titulo do livro 24 e os livros seguintes até 38 inclusive e denominaram-n'o *infortiatum*; 3.^o o *novum*, que se compõe dos 12 ultimos livros.

Os fragmentos de que se compõe o Digesto indicam os nomes e as obras dos juriscultos de que foram extrahidos e referem-se a todo o direito privado com innumeraveis casos e respectivas decisões.

O *Codex repetita prælectionis* contém as constituições imperiaes e divide-se em doze livros, que comprehendem 765 titulos, cada um dos quaes consta de uma ou mais constituições imperiaes com o nome do imperador, que as promulgou, o da pessoa a quem eram dirigidas, a data em que foram expedidas e os nomes dos consules da mesma data.

Do mesmo modo, que os fragmentos, as constituições têm um *principium* e paragraphos. A ordem das materias é quasi a mesma que do Digesto.

Novellæ constitutiones são uma collecção de constituições promulgadas depois da compilação e das quaes se publicou logo depois da morte de Justiniano uma collecção de 168, sendo 154 de Justiniano e as outras de seus successores.

As *Novellæ* têm uma inscripção com o nome do Imperador, um prefacio, que expõe os motivos ou um resumo do seu conteúdo, o final (*epilogus*) que especifica o modo da publicação e as penas com que é sancionada, e a subscripção que contém o lugar e data da publicação. São

(17) *Digesta* vem de *digerere* — por em ordem —. *Pandectæ* vem de duas palavras gregas que significam *omne capere* — conter tudo —; *Codex enucleati juris* por ser o seu conteúdo, tirado ou escolhido dentre os escriptos dos juriscultos.

(18) Exceptuam-se os livros XXX, XXXI, XXXII de *legatis et fideicommissis* que não são divididos em titulos.

divididas pelos Glossadores em *collationes* (só a Nov. 8. tem dous titulos) cada Nov. em *capita* e estes algumas vezes em *paragraphos*.

São estas as partes, que constituem propriamente o organismo do *Corpus Juris*; as que lhe foram additadas, como *appendices*, não vigoram como direito romano e por isso limitamo-nos a indicação já feita, deixando de desenvolver as partes do *appendice*.

Como se vê, Justiniano fez-se professor nas Institutas, que são um resumo ou manual do direito privado, commentador no Digesto e colleccionador no Codigo.

Apezar dos defeitos, que alguns escriptores notam no methodo ou processo da compilação de Justiniano, é pre-eiso reconhecer-lhe um duplo merito: 1. a sua legislação, eia religiosa, inspirou-se em geral dos sentimentos de humanidade e realison um certo progresso moral, o que consta das leis sobre a escravidão e familia romana, 2. fez elle desaparecer instituições gastas, cuja lembrança e influencia embaraçavam a exposição do direito e sob este ponto de vista harmonisou a theoria com a pratica, o que se poderá ver estudando a propriedade e as successões.

§ 3.

Modo de citação das partes do *Corpus Juris*

Antes da exposição do modo pratico pelo qual se costuma citar ou indicar cada uma das partes do *Corpus Juris*, julgamos conveniente tratar da autoridade legal de cada uma dessas mesmas partes, afim de que os principiantes em vista das citações conheçam logo quaes as que exprimem preferencia ou força derogatoria, umas em relação as outras partes.

Todas as partes principaes do *Corpus Juris* gozam de igual autoridade, quando são conformes entre si e assim uma disposição qualquer prova-se por ser fundada nas Institutas, ou no Digesto, ou no Codigo, ou nas Novellas.

Quando porém houver collisão ou antinomia entre as disposições das partes do *Corpus Juris* applicar-se-ha a regra em virtude da qual a lei posterior derroga a anterior,

Deste modo as Novellas prevalecem contra todas as outras partes, o Codigo contra o Digesto e Institutas.

Se a collisão apparecer entre o Digesto e as Institutas, cessa a regra estabelecida, porque estas duas partes tiveram força de lei no mesmo dia.

O Digesto prevalecerá se conhecer-se que servio de fonte á disposição das Institutas (19) e estas prevalecerão, quando se conhecer que o legislador quiz estabelecer direito novo (20) ou estatuir alguma cousa de modo geral.

Quando a antinomia se estabelece entre disposições de uma mesma parte, do Digesto por exemplo, a opinião que for confirmada pelos compiladores deve ser preferida, no caso contrario não se póde estabelecer regra geral (21).

Para conciliar dous textos assim contradictorios, deve-se attender á connexão historica e interna das materias, que dão lugar á contradicção. á analogia, ao lugar que occupam na compilação, á sua natureza e aos principios em que se fundam.

Para estes casos particulares só um interprete intelligente e instruido poderá decidir com segurança.

Para citar o *Corpus Juris* servem-se os jurisconsultos de abreviaturas que convem conhecer.

I., Inst. (quer dizer *Institutas*), D. Dig. (*Digesta*) P. (*Pandectæ*). C. Cod. (*Codigo*), Auth., Nov., N. (*Authenticas e Novellas*), L. (*lex*), Fr. ff (*fragmentum*, indica que a citação refere-se ao Digesto), const., c. (*constitutio*) pr. (*principium*) Pr. (*Proemium*) L. un. (*lex unica*) L. ult. (*lex ultima*), h. t. (*hoc titulo*, isto é, o fragmento ou constituição de um titulo de que se trata), arg. leg. (*argumento legis*, isto é, o que se diz não vem expressamente mencionado nas leis, decorre porém dellas).

Nas glossas vem tambem i, isto é, *infra*, e s, isto é, *supra*, o que quer dizer. que o lugar citado está na parte que se segue ou na que preceden.

Os primeiros jurisconsultos citavam o *Corpus Juris* com o numero, segundo o livro, titulo e as sentenças. Os Glossadores, porém, citavam, dando em principio o para-

(19) Ex : no caso do Dig. de adq. rer. dom. fr. 7 § 7 (XL I, 1) e das Inst. de rer. div. § 25 (II., 1).

(20) Ex : no caso da Inst. ex quib. causis manum. § 7 (I, 8) e do Dig. de manum. vind. frs. 9 e II (XL., 2).

(21) Mackeldey Manuel de Droit. Romain § 97.

Corpus Juris { *Institutas*
 Digesto
 Codigo
 Novellas

grapho, fragmento ou constituição, depois as primeiras palavras do paragrapho, por ultimo o nome da collecção e do titulo, como por exemplo :

§ *Si adversus*. Inst. de nupt.

L. Si inst. § de testam. D. de inoff. test.

C. ab Anast. § et justum. C. mandati.

Hoje geralmente cita-se assim :

Inst. de nuptiis § 12 (I, 10.)

Dig. de inoff. test. fr. 27 § 4. (V, 2.)

Cod. mandati c. 23 § 3. (IV, 35) (22).

Alguns citam tambem collocando em primeiro lugar o numero do paragrapho, depois a collecção e por ultimo a rubrica do titulo, sem indicarem o numero do livro e do titulo, assim : § 12 Inst. de nuptiis, fr. 27 § 4. Dig. de inoff. test., c. 23 § 3. cod. mandati.

Este modo de citar difficulta a verificação das citações, porque tem-se de procural-as segundo a rubrica do titulo e não pelo numero do livro e do titulo o que é mais facil, salvo quando o *corpus Juris* traz um indice alphabetico em cada uma de suas partes.

Como os livros XXX, XXXI, XXXII do Digesto não tenham senão um titulo e com a mesma rubrica ou inscripção, que é *de legatis et fideicommissis*, citam-se do modo seguinte : Dig. de leg. I (30) ; Dig. de leg. II (31) ; Dig. de leg. III (32).

Os Glossadores citavam as Novellas segundo a rubrica do titulo com as primeiras palavras do capitulo e do paragrapho, assim :

Auth. de hered. ab intest. § Si quis.

As vezes augmentavam o numero da *collatio*, hoje cita-se simplesmente :

Nov. 118 cap. 1.

(22) Alguns chamam L (leis) as disposições do Digesto e doCodigo quando propriamente devem ser Fr. (fragmento) e const. (constituições).

V

NOÇÃO DO DIREITO (JUS) NO SENTIDO OBJECTIVO E
SUBJECTIVO

§ 1.

Noção do direito (jus) no sentido objectivo

As expressões *objectivo* e *subjectivo* applicadas ao direito (jus) foram primeiramente empregadas pelos juriconsultos allemães para distinguir-se o direito *faculdade* do direito *regra*.

Os romanos não desconheciam essa distincção e em mais de um texto do *Corpus Juris* encontramol-a claramente estabelecida, posto que nenhum termo ou qualificativo especial houvessem adoptado para denominal-a.

No sentido objectivo a palavra *jus* significa-as leis ou as regras que os homens, como seres racionais, devem observar em suas relações reciprocas, como a norma de suas acções e d'ahi vem o dizer-se que *jus*, no sentido objectivo, *est norma agendi*.

Essas leis e regras, tendo uma força tal, que os homens vivendo em sociedade são obrigados a observal-as e cumpril-as pela autoridade, constituida no Estado, formam o direito propriamente *juridico* em opposição aos principios ou preceitos da *moral* cuja observação nenhuma força exterior, nenhuma coacção podem ordenar.

Para accentuarem mais essa opposição entre os preceitos *juridicos* e *moraes* alguns interpretes, como Mackeldey, dividem o direito *objectivo*, sob o ponto de vista de sua origem, em direito *natural* e *positivo*, entendendo por direito natural os principios de direito que derivam de idéas puramente racionais, ou a theoria das condições geraes da coexistencia livre dos homens no estado social, a que tambem se dá o nome de *philosophia* do direito, ou *metaphisica* do direito; *positivo* o que se fundamenta nos factos historicos, ou o complexo dos preceitos, que em um Estado qualquer são reconhecidos, observados e seguidos como principios juridicos, a que os romanos chamaram *jus civile* ou *jus proprium civitatis*.

O conselheiro Ribas em seu *Curso de Direito Civil*

define o direito objectivo, quasi que pelas mesmas palavras de que se serve Mackeldey, diz elle :

O direito no sentido *objectivo* é a lei que nos é imposta para reger-nos, como seres racionais e livres, preceito ou *norma agendi*, a que devemos conformar as nossas acções sob pena de sermos a isso coagidos pelo poder competente ou punidos por essa infracção.

Tambem tomado nesse sentido se denomina direito a collecção dessas leis ou preceitos e a sciencia, que delles se occupa.

Mais elegantemente definio R. von Ihering o direito no sentido objectivo, dizendo que, é---o conjuncto de condições existenciaes da sociedade, asseguradas coactivamente.

Objectivamente, *jus* emprega-se para significar o modo de sua manifestação (*lex, regula*).

Os romanos ordinariamente usavam da palavra *jus* em lugar de *lex*, o que se póde vêr no Dig. de *leg. fr.* 3, 4, 8, 9, 14, 15, e outros (I, 3.) onde o jurisconsulto Celsus diz--que as leis não devem ser feitas para casos particulares (*ex his quæ forté uno aliquo casu accidere possunt JURA non constituuntur*) Ulpianus--que as leis não são estabelecidas para algumas pessoas em particular e sim para todos em geral (*JURA non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*)--que não se póde duvidar da autoridade que tem o senado para fazer leis (*non ambigitur senatum JUS facere posse*) Pomponius, tratando do modo pelo qual as leis deviam ser estabelecidas emprega a phrase *JURA constitui oportet*, Paulus, e Julianus referindo-se as decisões ou prescripções da lei, usam da expressão *rationem JURIS* e deste modo muitas outras passagens existem que comprovam o conhecimento que da distincção do direito em objectivo e subjectivo tinham os romanos.

§ 2.

Noção do direito (*jus*) no sentido subjectivo

No sentido *subjectivo* a palavra *jus* significa---faculdade de agir ou a possibilidade moral de fazermos alguma coisa, ou de exigirmos de alguém a pratica ou omissão de um acto de que auferimos vantagens e por isso se define *jus est facultas agendi*.

Neste sentido *jus* indica a relação favorável em que um individuo póde achar-se relativamente a outro, do que temos um exemplo frisante na Inst. *de servit*, pr. (II, 3.) e d'ahi vêm o dizer-se que a todo o direito *subjectivo* corresponde um dever exigível, positivo ou negativo (*officium*) ou, como modernamente se diz, obrigação.

Assim como o direito encerra uma possibilidade moral, uma faculdade de agir, assim também o dever suppõe uma necessidade moral, uma obrigação.

A coacção é pois um attributo natural do direito; primitivamente este attributo residia no proprio sujeito do direito com grave sacrificio da justiça e imparcialidade que devem presidir as decisões sobre as contestações individuaes, actualmente reside no poder politico ou governamental, incumbido da protecção dos direitos de todos.

Tratando deste assumpto, diz o conselheiro Ribas, que o direito *subjectivo* ao mesmo tempo que limita a actividade de todos em proveito de todos, obrigando-nos a praticar certos actos, ou abster-nos de outros, assegura a cada um o livre exercicio da sua actividade dentro destes limites e dá-lhe a faculdade de exigir dos outros a pratica ou abstenção de alguns actos. Ora essa faculdade de obrar livremente dentro da esphera, traçada pela lei e de exigir dos outros certas acções ou omissões em nosso proveito, é o que se denomina direito no sentido *subjectivo*.

O direito *subjectivo* consta de dous elementos essenciaes, o *sujeito* e o *objecto*. O *sujeito* do direito é a pessoa a quem elle compete, o *objecto* é aquillo sobre que elle recae, não podendo os actos internos do homem, taes como os pensamentos, os sentimentos e as volições ser *objecto* do direito porque sobre elles não se póde estender a coacção.

Os romanos também entendiam o direito no sentido *subjectivo* do que temos um exemplo no Dig. *de reg. jur.* fr. 163 (L., 17) onde o jurisconsulto Ulpianus diz—*cui jus est donandi, eidem et vendendi et concedendi jus est* (quem tem o direito (*faculdade*) de doar, também póde vender e ceder).

Modernadamente se diz, que o direito no sentido *subjectivo*, não tem actualmente outro valor senão o de uma ideia ou sentimento.

Como faculdade de obrar dentro de certos limites o seu conceito se confunde com o de liberdade social.

VI

DA JUSTIÇA, DA EQUIDADE E DA MORALIDADE

§ 1

Da Justiça

A palavra *Justiça* é empregada em diversas accepções, a saber : 1.^a como tribunal no qual se julgam os pleitos, e por isso se diz *Supremo Tribunal de Justiça*, 2.^a como lugar em que é administrada, exemplo : *Palacio da Justiça* ; 3.^a como autoridade ou poder de administrá-la, exemplo : *recorrer a Justiça* ; 4.^a pelo que é conforme as leis, exemplo : *é de Justiça pagar as dividas* ; 5.^a como caracter das acções humanas ou como uma virtude do homem : *Justitia est constans et perpetua voluntas jussuum cuique tribuendi*, dizem as *Inst. de just. et jur.* § 1.^o (I. 1.^o), sendo esta definição copiada do Jurisconsulto Ulpianus, como se vê do *Dig. de just. et jur.* fr. 10 pr. (I. 1.^o).

Segundo Platão a *Justiça* é o complexo harmonico de todas as virtudes ; segundo Aristoteles é a pratica das virtudes, manifestada por actos externos em relação aos outros homens ; no sentido stricto é a virtude pela qual cada um recebe o que é seu (nos bens externos) (1) ; segundo os Romanos é a *vontade firme de dar sempre a cada um o que fôr delle*.

Limitando-nos sobre este assumpto a conhecer o verdadeiro sentido em que os Romanos empregavam a palavra *Justitia*, deixaremos de parte as contestações philosophicas a que o sentido dessa palavra tem dado lugar.

Justiniano depois de collocar no principio das *Inst.* e do *Dig.* um titulo com a significativa rubrica *de justitia et jure* e de principiar as *Inst.* com a denificação de *Justitia*, querendo assim mostrar que a *Justiça* ia dominar toda a sua compilação, nos dá no prefacio da *Nov.* 69 a prova de que ainda em seu tempo a idéa de *Justiça* era associada a de virtude ou antes resumia em si e comprehendia todas as virtudes.

(1) Cons. Ribas. Curso de Direito Civil § 1.^o

Para bem entender-se a definição, que os jurisconsultos romanos davam de Justiça, é necessario saber-se que nessa definição predominaram as idéas da philosophia dos stoicos.

Voluntas, segundo os stoicos, significava exclusivamente e por opposição a *libido* ou *cupiditas*, todo impulso firme e consciente de si mesmo para o bem (2); d'ahi a consequencia natural de considerarem uma virtude essa *voluntas*, que por si só indicava já um sentido muito semelhante ao de *justitia* e como pensavam que toda a virtude devia ser firme e perpetua addicionaram á palavra *voluntas* as expressões *constans et perpetua*.

Constans indica que a *voluntas* deve ser firme e não vacillante; *perpetua* exige que não haja interrupção no modo de exercitar a *voluntas constans*.

Sobre o sentido da palavra *perpetua* não se acham de accôrdo os interpretes.

Uns entendem (3) que *perpetua* quer dizer que a Justiça consiste na vontade firme de dar *perpetuamente* a cada um o que fôr d'elle e neste sentido não se póde dizer justo aquelle que tiver intenção de observar os principios da Justiça hoje e infringil-os amanhã.

Segundo os que assim pensam, os jurisconsultos romanos por um mecanismo de linguagem, muito commum no genio da lingua latina, de algum modo personificavam a vontade, dizendo *perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, quando pelo contrario deviam regularmente dizer: *voluntas perpetuó jus suum cuique tribuendi*.

Outros entendem que a palavra *perpetua* podia ser omittida por isso que os actos justos sel-o-hão sempre, hoje e amanhã, apezar das injustiças que o autor d'aquelles posteriormente praticasse.

Ambas as opiniões podem ser acceitas ou recusadas, segundo se tiver em vista attribuir ao texto citado o pensamento de definir o homem justo ou o acto justo.

Constans et perpetua voluntas é o genero na definição e *jus suum cuique tribuendi* é o fim da Justiça e a differença especifica, que faz distinguil-a das demais virtudes.

Opinam alguns interpretes, fundados no Dig. de pœn.

(2) Cicero. *Tuscul Disput.* IV, 6.

(3) Ortolan. *Explication des Instituts.* n. 12.

fr. 18 (XLVIII., 19) que *voluntas* significa unicamente a conformação com as normas legais (4) e d'ahi origina-se a divisão da Justiça em *moral* e *civil* ou *interna* e *externa*, segundo a differente natureza das acções humanas. (5).

Outros dividem-n'a em *attributiva* e *explectiva* definindo esta a que dá a cada um o que lhe é devido por um direito perfeito (*jure perfectio*) e aquella a que dá a cada um o que lhe dicta a vontade e o dever moral.

Tambem costuma-se dividir a Justiça em *universal* e *particular*, subdividindo-se esta em *commutativa* e *destructiva* (6).

Heineccius regeita esta subdivisão porque a *destructiva* não tem lugar nos premios e castigos e a *commutativa* nos contractos.

Alguns textos, em lugar da palavra *tribuendi* que se lê na definição de Justiça trazem *tribuens*, o que altera o sentido, porquanto não se póde dizer *voluntas tribuens*, porque denotaria a Justiça em acção; a vontade não dá, conduz a isto.

§ 2.

Da equidade

Equitas, seu aequalitas, id est, duorum pluriumve ratio vel proportio consistit in harmonia seu congruentia, dizia Leibnitz, definindo a equidade e considerando-a synonyma de igualdade. Etymologicamente e mesmo juridicamente

(4) Esse modo de interpretar a palavra *voluntas* não se conforma com as idéas dos juriconsultos romanos sobre a Justiça, em geral, e o texto citado refere-se propriamente a justiça civil.

(5) Justiça *moral* ou *interna* é a que consiste na intenção com que alguém modela pela lei todas as acções; neste sentido não é justo o que observa a lei sem ser por amor a virtude.

Justiça *civil* ou *externa* a que consiste exclusivamente na conformação das acções com os preceitos da lei, embora essa conformação seja constrangida ou inspirada pelo receio do castigo.

(6) *Commutativa* é a que attende as cousas e não as pessoas ou qualidades destas e assim estabelece a igualdade absoluta ou arithmetica, ex.: vender pelo mesmo preço qualquer mercadoria sem attenção á pessoa do comprador; *destructiva* a que attende as qualidades das pessoas e seu merito e demerito, estabelecendo a igualdade geometrica ou relativa ex.: quando se dão empregos attende-se as aptidões e qualidades dos nomeados.

em certos casos, essa synonymia pôde ser exacta, mas não de modo absoluto.

E' difficil precisar bem o que seja *equidade*, e alguns, como Rousell, dizem que não se pôde definil-a, tantas são as accepções em que pôde ser considerada e as opiniões dos escriptores. Uns confundem a *aequitas* com o *jus* e definem *aequitas enim nihil aliud est, quam jus quod lex scripta prætermisit* (7).

Outros estabelecem uma synonymia entre *aequitas* e *justitia* e dizem : *aequitas juris et morum norma est.* (8).

Alguns consideram a *aequitas* como uma percepção instinctiva de que são dotados os homens para distinguirem entre o justo e o injusto, o bem e o mal, independentemente do conhecimento das leis civis.

D'ahi a divisão da equidade em *natural* e *civil*, conforme o fundamento, que se lhe der. Os romanos não tinham idéas precisas sobre a *equidade*.

As vezes antepunham-n'a a idéa de *jus*, quando diziam que as razões de justiça e de equidade deviam ser preferíveis as do direito stricto (9) e isto que se verificava na linguagem juridica era seguido na linguagem litteraria, pois que já em seu tempo Quintilliano dizia que se podia *pugnare jure aut æquo*.

Gaius pensava do mesmo modo, dizendo no Comment. IV § 116. *Sæpe accidit est quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari.*

A antithese entre *aequitas* e *jus* ainda encontra fundamento no facto de achar-se muitas vezes o *direito preto-toriano*, cuja base era a *equidade*, em opposição ao direito civil.

Outras vezes os romanos consideravam a *aequitas* como o mesmo *jus*, e neste sentido o jurisconsulto Celsus dizia que o direito era *ars boni et æqui*, isto é, o bem e a equidade formulados em regras praticas.

O Jurisconsulto Paulus seguia a mesma idéa definin-

(7) *Cujacius in lib. de Feudis.*

(8) A antithese entre *justum et æquum, injustum et iniquum* consta de muitos textos, sendo expressa a *Iust. de excep. pr.* (IV., 13.) *Justum* designa o que, equitativo ou não, é conforme com o direito, assim se diz *justa servitus, justæ nuptiæ*.

(9) *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ equitatisque quam stricti juris rationem.* *Cod. de jud. c. 8* (III., 1.) Ha ainda outros textos no mesmo sentido.

do o direito — *quod semper æquum ac bonum est*, e Cicero apenas via no direito civil a organização da equidade (*æquitas constituta*) entre os cidadãos. (10).

A equidade servio de fundamento aos juriconsultos e magistrados romanos para que *ajudassem* as leis nas interpretações, que faziam, quando obscuras, *corrigissem-n'as*, quando a sua dureza ou rigor ia de encontro a equidade, ou quando não estavam de conformidade com as idéas esclarecidas do seculo; d'ahi, porém, não se segue, que elles podessem proceder arbitrariamente, ou considerar a *equidade*, como pretexto para arbitrio.

As regras da *equidade* e sua applicação devem emanar do *systema* das leis civis combinadas com as leis naturaes, afim de que não degenerem em arbitrio ou despotismo.

Praticamente póde entender-se por *equidade* os principios de rectidão que determinam a decisão de um juiz segundo as regras *strictas* com que é obrigado a conformar-se, e tambem significa a justiça exercida, não segundo o rigor da lei, mas sim moderada e adoçada razoavelmente.

§ 3

Da moralidade

Chama-se *moralidade* a relação das acções do homem com a lei que lhe serve de norma. Sendo a lei a regra das acções, e comparando-se esta com aquella, resultará que as acções acham-se conformes ou oppostas á lei e esta qualificação das acções em relação a lei é o que se chama *moralidade*.

Pode-se considerar a *moralidade* ou em relação as acções, ou em relação aos homens, e como as acções podem ser boas ou más, justas ou injustas, diz-se tambem dos homens que são virtuosos ou viciosos, bons ou máos.

Pode-se tambem entender por *moralidade* o complexo das regras destinadas a regular as acções, e nesta ac-

(10) Ainda outras accepções da palavra *æquitas* constam dos textos, taes são: *humanitas*, *benignitas*, *utilitas communis*, *religio judicantis*, etc., notando-se que os juriconsultos romanos não deram as razões destas e outras variantes de considerar a equidade.

cepção é synonyma de *moral* : outras vezes *moralidade* exprime o complexo das acções ou o caracter nacional de um povo, que são conformes com as regras da moral, e neste sentido *moralidade* é o mesmo que *boni mores*.

A *moralidade* no sentido de *boni mores* e como synonyma de *moral* encontrava consagração nas leis romanas (11) para o fim de se considerar nullo o acto, que lhe fosse opposto, ou pelo menos produzir uma diminuição na *existimatio* ou restricções na capacidade do agente, que tal acto praticava.

VII

DO DIREITO PUBLICO E PRIVADO EM SUAS RELAÇÕES MAIS GERAES

§ 1

Do direito publico

Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat, tal é a definição de direito publico que nos dá Justiniano na *Inst. de just. et jur* § 4^o (I., 1^o) de accordo com o que diz Ulpianus no *Dig. h. t. fr. 1^o § 2^o* (I., 1^o)

Esta definição tem por fundamento unico o objecto ou fim do direito publico, a que os textos emprestam muitas outras accepções, menos technicas.

Jus publicum designa igualmente : 1^o *jus commune*, isto é, o direito applicavel na ausencia de derrogação formal (1) e nesta accepção *jus publicum* oppõe-se a *jus singulare*; 2^o as regras ou principios de ordem publica, que não podem ser derogados por convenções particulares (2); 3^o as regras do direito sob o ponto de vista *objectivo* e *subjectivo*, assim se chama *jus publicum* o direito de todos ao gozo dos rios e estradas e *publica jura* os direitos peculiares aos senadores, como membros do senado, e aos cidadãos, como membros da assembléa do povo. (3)

Jus publicum é o que respeita a republica romana

(11) *Non solum quid liceat considerandum est, sed et qui honestum sit.* *Dig. de reg. jur. fr. 187.* (L., 17)

(1) *Dig. de don. int. vir. fr. 7 § 6* (XXIV, 1^o)

(2) *Dig. de reg. jur. fr. 45 § 1^o* (L., 17).

(3) Savigny. § 16.

(*quod rei romane spectat*) isto é, o que refere-se ao governo do povo romano, aos seus interesses geraes e communs (*sunt quædam publicæ utilia*, diz Ulpianus) d'ahi o poder-mos dizer que o *direito publico* entre os romanos era o complexo das regras destinadas a regular esses interesses geraes e communs.

Accarias é de opinião que a definição seria mais scientifica se em lugar da palavra *romane* Justiniano empregasse a palavra *publicæ*, tanto mais quanto, segundo o *Dig. de verb. sig. fr. 15 (L. 16)* a expressão *publica* por si só indica propriamente o povo romano, e é sabido que todos os povos tem o seu direito publico e privado.

O *jus publicum* comprehende todas as instituições e negocios, que se refere : 1.º *ad religionis cultusque divini curam* ; 2.º *ad pacis bellicque ordinationem* ; 3.º *ad fines et magnitudinem imperii* ; 4.º *ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum* ; 5.º *ad exercenda judicia et delicta coercenda* ; 6.º *ad magistratusque creandos, per quos hæc expendantur*.

Ulpianus resume o objecto do direito publico nos trez termos seguintes : *sacra, sacerdotes, magistratus* ; *publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*, diz o *Dig. de just. et jur. fr. 1.º § 2.º (I, 1.º)*

Sacra comprehende a determinação dos deuses officialmente reconhecidos, o culto instituido para cada um delles e os diversos ritos e sacrificios, que o culto comporta.

Sacerdotes comprehende a organização dos diversos sacerdocios, a formação do pessoal de cada sacerdocio, as funções e prerogativas de cada sacerdote ou collegio de sacerdotes.

Magistratus comprehende o numero e natureza das diversas magistraturas, quer romanas, quer municipaes, o modo de nomeação e attribuições de cada magistrado, a organização e a competencia das assembléas publicas ou corpos constituídos, taes como a assembléa do povo, o senado.

Os romanos, como todos os povos em sua infancia, comprehendiam as instituições religiosas entre as instituições publicas, resultado da crença popular sobre a intervenção de um poder sobrenatural nos actos mais importantes de sua vida publica, taes como a deliberação e votação

das leis, a declaração das guerras, construcção de monumentos publicos, etc.

Logicamente essa crença devia desaparecer com o estabelecimento do christianismo em Roma, mas os imperadores christãos procuraram mantel-a com a conservação da instituição official de uma religião a fim de dominarem esta e empregal-a como meio commodo de governo e o clero christão por sua vez não duvidou aceitar-a, esperando dominar o poder publico e apoderar-se da direcção moral da sociedade.

Eis porque Justiniano em pleno dominio do christianismo julgou conveniente conservar a definição que Ulpianus dava de *jus publicum*, embora ella comprehendesse o direito religioso da epocha pagã.

Os termos *sacra* e *sacerdotes* comprehendem o direito sagrado dos pontifices e feciaes (*jus feciale*) e o direito pontificio.

Direito fecial era o que regulava as attribuições dos feciaes, ou sacerdotes encarregados de todas as relações com as nações estranhas os quaes declaravam a guerra e concluiam tratados de paz e alliança.

Direito pontificio era o que regulava as attribuições dos pontifices ou sacerdotes superiores, cujo conselho (*concilium*) presidido pelo summo pontifice, decidia os negocios concernentes á religião.

O direito publico entre os romanos foi pouco a pouco enfraquecendo-se, consequencia das successivas modificações porque passaram as instituições accessorias das bases principaes do seu direito publico, e principalmente por causa das usurpações, que com tacito consentimento do povo os imperadores realisaram, chegando a firmar o despotismo com sacrificio das attribuições populares.

Enquanto o direito publico ia perdendo sua importancia, reflectindo o arbitrio e desvarios dos imperadores, o direito privado, entregue as meditações dos jurisconsultos, organisava-se scientíficamente e elevava-se, como methodo e como equidade até o ponto de merecer a qualificação de *razão escripta*.

Do direito privado

Jus privatum est quod ad singulorum utilitatem pertinet—direito privado é o que respeita ao interesse de cada cidadão. Esta definição é igualmente, como a de direito publico, copiada de Ulpianus e escripta na *Inst. de just. et jur.* § 4. (I, 1.)

Ao passo que o direito publico considera os membros da sociedade *uti universi*, isto é, em sua totalidade, o direito privado considera-os cada um de per si, isto é, *uti singuli*, como bem se deduz dos termos de sua definição.

O direito privado é tambem chamado direito *particular* no sentido restricto, para denotar, que suas regras, suas intuições, só regulam, ou tem sómente applicação aos nacionaes ou individuos que compõem a mesma associação politica e assim considerado é synonymo de direito civil.

Póde o direito privado ser tambem denominado direito *commum* por ser applicavel a todos os cidadãos e não a certas e determinadas classes, e direito *singular* em relação aos estrangeiros.

As instituições do direito privado podem constituir *jura generalia*, quando applicaveis a todos, e *jura singularia*, quando apenas referem-se a uma certa classe ou categoria de individuos e por isso tambem se chamam *beneficia legis*.

O objecto do direito privado vem a ser as relações que se agitam entre os individuos na razão de seus interesses particulares; essas relações do dominio do direito privado podem estabelecer-se do mesmo modo entre os cidadãos e o Estado, considerando-se este como pessoa juridica, capaz de direitos patrimoniales, como qualquer pessoa natural.

Os elementos do *jus privatum* são o *jus gentium*, o *jus naturale*, e o *jus civile* segundo a opinião de Ulpianus no *Dig. de just. et jur.* fr. 1, § 2. (I, 1.) seguida pela *Inst. h. t.* § 4. in fine: *Dicendum est igitur de jure privato, quod*

tripertitum est ; collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium, aut civilibus (4).

Alguns consideram esses elementos ou fontes do *jus privatum* como partes em que elle se subdivide sob o ponto de vista de sua applicação. (5)

Em relação ao objecto do *jus privatum* os interpretes subdividem-no em trez partes, que correspondem ao direito das *pessoas* das *cousas* e das *acções*.

Essas trez partes constituem ou formam a classificação do direito privado romano segundo a *Inst. de jur. nat.* § 12. (I, 2.) *Omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.*

A critica não tem poupado essa classificação, que incontestavelmente não está de accordo com os principios apezar do bom senso pratico, que se lhe reconhece (6).

§ 3.

Relações geraes entre o direito publico e privado

Pelas relações entre o direito publico e privado se devem entender a conexão natural, ligação ou dependência que existe entre estes dous ramos do direito, sendo bem difficil extremar-se com precisão os limites de um e de outro sem contudo tornal-os completamente independentes.

O direito privado reflecte sempre com mais ou menos fidelidade as variações, vicissitudes e progressos do direito publico por isso mesmo que o estado politico de um povo influe largamente sobre a formação das leis e da jurisprudencia.

O direito publico exerce influencia sobre o direito privado porque, pertencendo-lhe determinar a autoridade competente para fazer as leis civis, estabelecer as jurisdicções encarregadas de decidir os pleitos dos particula-

(4) Deve-se emfim dizer, quanto ao direito privado, que elle dimanou de trez fontes, porque procede ou das leis naturaes, ou das leis das gentes, ou das leis civis. *Inst. e Dig. cit.*

(5) E' muito debatida entre os interpretes essa subdivisão, querendo uns que seja *bipartida* e outros *tripartida* de accordo com a *Inst.* citada. Veja-se o desenvolvimento do programma VIII.

(6) Veja-se o desenvolvimento do programma XVIII.

res e organizar a força publica imprescindivel á execução das sentenças judicarias, necessariamente ha-de transmitir ao direito privado os mesmos principios que servirão de fundamento a organização politica ou governamental.

Se este conceito não encontra justa applicação ao direito publico e privado dos romanos, porque este progredia quando aquelle caminhava para a decadencia, é isto devido a causas especiaes, que não cabe aqui elucidar (7); sendo porém incontestavel que o direito privado entre os romanos resentio-se dessa influencia do poder publico durante o ultimo periodo de sua historia, quando o despotismo imperial estava no auge dos seus triumphos e mesmo anteriormente quando as successivas modificações do direito publico pelo progressivo triumpho do plebeiado e pelas lutas sociaes produzio alterações nas instituições privadas e relações juridicas; do que temos exemplos nos plebeitos.

O direito privado suppõe portanto a existencia do direito publico principalmente quando se attende que é o direito publico quem provê ao exacto cumprimento das regras do direito privado, uma vez que seja invocada a sua intervenção e mesmo nos casos em que esta se effectúa independentemente de provocação, o que se verifica com relação as instituições de direito privado que se fundamentam na utilidade publica, como sejam a organização da familia, a instituição dos tutores, etc.

Tinha razão Bacon quando dizia—*jus privatum latet sub tutela juris publici*, sem que d'ahi se conclua que o direito privado seja sob todas as suas relações dependentes do direito publico e vice-versa; um serve de complemento ao outro, auxiliam-se mutuamente.

Se entender-se a palavra *relações*, empregada no programma, na acceção de *analogia* ou semelhança, ainda assim encontraremos relações entre o direito publico e privado.

A constituição da familia, a autoridade do pai e a obediencia dos filhos, objectos de direito privado, offercem um exemplo de analogia com a constituição do Estado, que é objecto do direito publico.

(7) Veja-se Accarias cit.

VIII

DO DIREITO NATURAL, DO DIREITO DAS GENTES, DO DIREITO CIVIL E DE SUAS DISTINÇÕES

§ 1.

Do direito natural

Direito natural, segundo o jurisconsulto Ulpianus, é o que a natureza ensinou a todos os animaes (*jus naturale est quod natura omnia animalia docuit*).

Esta definição tem sido muito criticada pelos commentadores por ter Ulpianus affirmado que o direito natural não é proprio do genero humano, mas de todos os animaes (*jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium*) e para exemplos citou factos, como o matrimonio, a procreação e educação dos filhos, que são communs aos homens e aos irracionais (*hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio hinc educatio*) e por suppôr os animaes irracionais conhecedores do direito natural (*videmus cetera animalia, feras etiam, istius juris peritia censer*) (1).

Entretanto alguns interpretes opinam que se não deve entender a definição de Ulpianus no sentido de attribuir-se direitos aos irracionais, porque este mesmo jurisconsulto affirmou que o irracional não podia praticar damno com má intenção *quod sensu caret* (2), e portanto não se póde attribuir-lhe responsabilidade.

Muitas são as explicações, com que alguns commentadores tem procurado justificar a definição de Ulpianus.

Makeldey diz, que o *jus naturale*, segundo os romanos era todo preceito, que tinha a sua origem material na natureza animal, commum aos homens e animaes, e Savigny parece adoptar esta explicação, quando diz que os jurisconsultos romanos não attribuiam aos animaes propriamente direitos, mas sim a materia do direito, a relação natural, que serve de base ao direito.

(1) Inst. de jur. nat. pr. (I., 2.) Dig. de just. et jur. fr. 1 § 3. (I., 1.)

(2) Dig. si quadrupeds paup. fec. dic. fr. 1 § 3. (IX., 1.)

Pretendem alguns defender Ulpianus, assegurando que os stoicos, cuja philosophia muitos jurisconsultos romanos seguiram, attribuiam uma intelligencia aos animaes, e por isso eram susceptiveis ou capazes de direitos, mas tal asserção é inexacta, quer a respeito dos stoicos, como se vê no livro de Plutarcho de *solertia animalium*, quer relativamente aos jurisconsultos, como se prova com a opinião do proprio Ulpianus sobre a falta de intelligencia dos animaes no texto citado na nota 2ª (3).

O sentido, que os criticos de Ulpianus attribuem a sua definição não é acceptavel por achar-se em opposição com outros muitos textos do direito romano; quando muito se poderá dizer que Justiniano, citando como exemplo desse pretenso *jus naturale*, applicavel aos animaes, leis que entre os irracionais recebem uma applicação fatal e irresistivel, confundio as leis que formam o direito privado propriamente dito e só referentes aos hommens com as que são relativas ás sciencias naturaes e communs a todos os seres animados; o que era inutil incluir em uma codificação juridica.

O *jus naturale* tinha tambem entre os romanos a mesma significação que modernamente se dá a expressão *direito natural* para designar o complexo das concepções juridicas adequadas á noção do justo e é neste sentido que o jurisconsulto Paulus definia o *jus naturale*— *id quod secundum aequum ac bonum est* (4) a que Cicero chamava o verdadeiro direito e a pura justiça (*verum jus germanaque justitia*). (5)

§ 2.

Do direito das gentes

O direito das gentes (*jus gentium*) tinha entre os romanos uma significação dupla, a que Heineccius qualifica de *primario e secundario*, expressões estas equivalentes a *theorico e pratico* as quaes não se encontram nos textos, mas que são por elles autorisadas.

(3) Veja-se o § 3.º deste programma, onde enumeramos as outras opiniões sobre a definição de Ulpianus á proposito da divisão do direito privado em trez partes.

(4) Dig. de just. et jur. fr. 11 (I., 1.º)

(5) Cicero de Off. III, 17.

O *jus gentium primario* é o direito de que usam todos os povos e que a razão natural constitue entre todos os homens e é observado do mesmo modo por todos os povos, (*quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur*) (6).

O *jus gentium secundario* é --- o direito que pelas exigências da vida e pelas necessidades humanas os povos constituíram, para si (... *usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt*). (7).

O *primario* deriva-se da razão e o *secundario* das convenções tacitas, usos e costumes entre as nações.

Esta divisão do direito das gentes em *primario* e *secundario* serve justamente para explicar a opposição, que a primeira vista parece existir entre *jus gentium* e *jus naturale*, a respeito de algumas instituições, como a escravidão, que, sendo de direito das gentes, era ao mesmo tempo *contra naturam*; é que a escravidão era uma instituição de direito das gentes *secundario* opposta aos princípios do *jus gentium primario*.

Póde-se ainda entender por *jus gentium primario* ou *theorico* o direito que deveria ser seguido e o *secundario* ou *pratico* o direito seguido, bem ou mal, com ou sem razão pela maioria dos povos.

Os jurisconsultos romanos enumeravam alguns objectos do direito das gentes; Pomponius diz que elle comprehendia o culto divino, a obediencia aos paes e á patria; Florentinus attribue-lhe o direito de defeza, Ulpianus as manumissões, Hermogenianus diz que d'elle nasceram as guerras, distinguiram-se os povos, fundaram-se os reinos, extremaram-se os campos, construíram-se edificios, creou-se o commercio, instituíram-se obrigações, e a maior parte dos contractos. (8)

Nos primeiros tempos de Roma o *jus gentium* era desconhecido, nem d'elle haviam mister os romanos por isso que nenhuma relação pacifica tinham com os estrangeiros.

Mas desde que os romanos submeteram a seu império grande numero de nações, cujos membros tornaram-se seus subditos sem que adquirissem os direitos de cidade.

(6) Inst. de jur. nat. § 1. (I., 2)

(7) Ibidem § 2.

(8) Dig. de just. et jur. frs. 2, 3, 4, 5, (I., 1.)

romana, os magistrados romanos tiveram frequentes occasiões de decidir contestações entre nacionaes e estrangeiros ou sómente entre estes.

Os magistrados não podiam applicar aos estrangeiros (*peregrini*) as regras do direito civil por ser isto privilegio dos cidadãos romanos. (9)

D'ahi a creação de uma nova magistratura exercida pelo *prætor peregrinus*, que julgava e decidia os pleitos em que tinham parte estrangeiros.

O *prætor peregrinus* indagava o que havia de semelhante nas instituições, usos e leis da generalidade dos povos, então conhecidos, e fazia applicação dos principios geralmente acceitos ás diversas classes de estrangeiros.

Esses principios ou instituições formaram uma especie de direito commun (*commune omnium jus*) que se denominou direito das gentes provavelmente pelo facto de ser admittido entre todas as nações (*quasi quo jure omnes gentes utuntur.*)

Muitas dessas instituições do direito das gentes passaram posteriormente para o *jus civile*, conservando entretanto a sua origem historica e por isso diz Justiniano que o povo romano usa em parte de um direito exclusivamente seu (*jus civile*) e em parte do commun a todos os homens (*jus gentium*) (*populus romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur.*) (10)

§ 3.

Do direito civil e da divisão do direito privado

O direito civil (*jus civile*) é o que cada povo constitue para si mesmo (*quod quisque populus ipse sibi jus constituit*) é exclusivo da sua cidade (*id ipsius civitatis proprium est.*)

(9) *Peregrini* não corresponde a ideia que modernamente é traduzida pela palavra *estrangeiro*; os *peregrinos* formavam uma classe de subditos do imperio romano, eram os povos que os trataram ou as conquistas tornaram participantes da sociedade romana, mas não das vantagens e condições do *civis romanus*.

(10) Inst. de jur. nat. § 1.º in fin. (I, 2)

O direito civil toma a denominação da respectiva cidade, como o dos Athenienses (*jus civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium*); é também assim chamado o direito de que usa o povo romano sob a denominação de direito civil dos romanos, ou direito quiritário de que usam os Quirites (*jus quo populus romanus utitur, jus civile romanorum appellamus, vel jus Quiritium, quo Quirites utuntur.*) (11)

A expressão *direito civil*, na opinião de Pomponius, constante no Dig. de orig. jur. fr. 2.º § 5.º e 12.º, significa também o direito formado pelas respostas dos Prudentes, em opposição ao *jus honorarium*, formado pelos edictos dos Magistrados e a Inst. de jur. nat. § 10 (I, 2) emprega-a como synonyma de *jus privatum*.

E' provavel, segundo affirma Blondeau, que a expressão *jus civile* fosse adoptada para distinguir as disposições que regem um povo das que se não encontram entre a maior parte dos outros povos, porque como diz Ulpianus no Dig. de just et jur. fr. 6.º (I, 1) o direito civil é o direito particular de um povo, que sem seguir exactamente os principios de direito natural e das gentes, não se affasta inteiramente delles e forma-se com alguns principios tirados do direito commun e com outros que são extranhos a este direito (*jus civile, quod neque in totum á naturali vel gentium recedit, neque per omnia ei servit; ita, que cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, civile effcimus*).

Justiniano, seguindo a Ulpianus, dividio o direito privado em trez partes: o direito particular aos romanos (*jus civile*) o direito commun a todos os povos (*jus gentium*) o direito commun aos homens e animaes (*jus naturale*).

Esta classificação tem sido considerada por alguns interpretes como uma theoria individual, puramente especulativa e sem influencia pratica sobre os principios do direito, e os que assim pensam preferem a divisão seguida por Gaius, Modestinus, Paulus, Florentinus e outros como a unica racional e que exprime o pensamento dominante entre os jurisconsultos romanos os quaes dividiam o direito em duas partes: *jus civile* e *jus gentium aut naturale*.

(11) Ibidem §§ 1.º e 2.º Dig. de just. et jur. fr. 9 (I, 1.º)

Cada uma destas divisões é justificavel, segundo o ponto de vista sob que forem consideradas.

A divisão tripartida corresponde, segundo alguns interpretes, as trez grandes classes em que se dividiam os subditos do imperio romano em uma certa época.

Assim, o *jus naturale* era a collecção de preceitos cuja applicação os proprios escravos poderiam invocar, e o legislador, determinando esses preceitos, partio do principio de que não se podia recusar aos escravos o que o dono de um animal domestico costumava conceder-lhe; o *jus gentium* compunha-se de instituições applicaveis a todos os homens livres e o *jus civile* dos preceitos unicamente applicaveis aos cidadãos romanos.

Savigny, que combate a divisão tripartida, diz que ella se fundamenta na hypothese de figurar-se trez epochas, correspondentes ao *jus naturale*, *gentium* e *civile*.

A primeira epocha comprehende o tempo em que as relações mutuas dos homens não differiam das dos animaes, na segunda o Estado, a escravidão, a propriedade e as obrigações foram uniformemente estabelecidas entre os homens, na terceira formou-se em cada Estado um direito particular.

Outros, defendendo Ulpianus, dizem que este jurisculto, estabelecendo distincção entre o *jus gentium* et *naturale*, teve em vista tornar bem patente que a natureza é ou commum aos brutos e aos homens, ou propria do homem, que viver segundo aquella e viver segundo o direito natural e viver segundo esta é viver segundo o direito das gentes. ex : o defender-se contra o aggressor é commum aos brutos e aos homens, logo é de direito natural ; o observar os pactos, é proprio dos homens, porque os brutos não pactuam, logo é de direito das gentes.

Uma outra explicação se fundamenta na opinião, attribuida a Ulpianus, de considerar este o homem sob trez aspectos : como animal, como homem e como cidadão, correspondendo a estas condições o *jus naturale*, *gentium* e *civile*.

Apezar dessas e outras explicações justificativas da divisão tripartida é incontestavel que ella não teve applicação nem influencia sobre o systema do direito romano.

Justiniano parece tel-a considerado, como mera especulação, por isso que em outros textos emprega *jus gen-*

tium e *naturale* como expressões synonymas e equivalentes. (12)

O proprio Ulpianus, tratando das especies de parentes e das obrigações, abandonou a divisão tripartida por ter certamente reconhecido que ella não se adaptava ao *systema*, que praticamente se seguia na codificação jurídica. (13)

A divisão bipartida acha-se consagrada por innumeros textos, sobresahindo os de Gaius, Modestinus, Paulus, Marcianus e outros, que consideram o *jus gentium* e *naturale*, como um só e mesmo direito, segundo a accepção geralmente accepta pelos jurisconsultos e observada na codificação.

§ 4.

Distincções entre o direito natural, das gentes e civil.

As distincções entre o direito natural, das gentes e civil variam conforme o ponto de vista sob que forem considerados os preceitos de cada um delles.

Relativamente a extensão, obrigatoriedade e comprehensão de suas regras distinguem-se entre si por serem as do direito natural universaes, sejam ou não applicadas, as do direito das gentes que são constituídas pelos povos têm applicação especial as exigencias da vida e necessidades humanas, e as do direito civil são particulares a cada povo.

Sob este ponto de vista o *jus naturale* é o que em todos os tempos e lugares for equitativo e bom, o *jus gentium* é o que, equitativo ou não, fôr seguido pelos povos, e o *jus civile* o que for particularmente util a cada povo.

Relativamente ao modo pelo qual era, segundo a theoria de Ulpianus, considerado o homem, distinguem-se porque o direito natural considerava o homem, como animal, o direito das gentes, como ser racional, vivendo com

(12) Inst. de rer. div. § 1.º e 11.º (II, 1.º)

(13) Dig. de adopt. fr. 17 § 1.º (I, 7.º) de fidej. fr. 6 § 2.º, fr. 8.º § 3.º (XLVI, 1.º) de obl. et act. fr. 14 (XLIV, 7.º) de compens. fr. 6.º (XVI, 2.º) de verb. sig. fr. 10 (L, 16.º) de pec., const. fr. 1.º § 7.º (XIII, 5.º)

outros em sociedade (14) e o direito civil, como membro de um Estado determinado.

Relativamente ao modo de sua formação distinguem-se porque o direito natural não se forma do mesmo modo que o das gentes e civil, os quaes dependem de promulgação expressa ou tacita.

Considerando-se o direito das gentes, como synonimo de natural, segundo a divisão bipartida, vemos que ha distincções entre o *jus gentium* e *civile*.

Alguns interpretes, tendo em vista o objecto do direito, estabelecem distincção entre o direito das gentes e civil, attribuindo a este instituições exclusivas e que se não encontram entre os outros povos, mas semelhante distincção não é rigorosamente exacta porque a instituição do patrio poder, que figura como exclusivamente do direito civil dos romanos, existia de um modo identico entre os Gaulezes como é attestado por Gaius (I § 55) e por Cesar (de Bell. Gall.). A distincção fundamental entre o *jus gentium* e *civile* refere-se a applicação de suas regras.

O direito civil só era applicado aos cidadãos romanos, o direito das gentes se applicava a nacionaes e estrangeiros, segundo as circumstancias.

Assim, se um peregrino fizesse testamento segundo as formas do direito civil, os magistrados romanos não faziam executar o seu testamento, se pelo contrario um romano se associasse com um peregrino o *pretor peregrinus* fazia executar o contracto.

D'ahi não se segue que haja completa opposição entre o *jus gentium* e o *jus civile*, porquanto se são distincções nos detalhes, e modos de applicação, são identicos, quanto aos principios fundamentaes, convindo entretanto distinguir sómente aquellas instituições, mais ou menos arbitrarías, que são a expressão immediata do genio ou character nacional.

O direito civil não se affasta totalmente do direito das gentes nem o acompanha em tudo (*jus civile neque in totum á naturale vel gentium recedit, nec per omnia ei servit.*) Este criterio, que nos fornece Ulpianus, serve perfeitamente para determinar-se as relações entre o direito civil e o das gentes.

Entretanto, sendo o *jus gentium* e *civile* estabelecidos

(14) Dig. de just. et jur. fr. 1. § 4 (I, 1)

dos pelo homem, pôde succeder que ambos consagrem disposições, que em uma certa hypothese produzam um conflicto na applicação dellas.

Justiniano distingue o direito das gentes do civil, attribuindo áquelle o caracter de immutabilidade e a este o da mutabilidade. (15)

IX

DO DIREITO ESCRIPTO E NÃO ESCRIPTO, INDICAÇÃO DE SUAS FORMAS OU ELEMENTOS PRINCIPAES

§ 1.

Ponto 5.º 6.º

Do direito escripto e não escripto

O direito civil dos romanos, considerado sob o ponto de vista dos modos de sua manifestação ou formação, divide-se em *escripto* e *não escripto*, (*constat jus nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto*). (1).

A acceção das palavras *escripto* e *não escripto* dá lugar a grande divergencia e larga controversia entre os interpretes.

Uns são de opinião, que a differença essencial entre o direito *escripto* e o *não escripto* consiste em serem as regras ou preceitos daquelle gravados por meio de lettras ou reduzidos a escriptura, e os do *não escripto* confiados a tradição ou memoria do povo por outros meios que não seja a escriptura.

Os que assim pensam attendem a materialidade ou sentido grammatical dessas expressões e procuram fundamentar esse modo de considerar o direito *escripto*, dizendo :

1.º Que a palavra *lex* vem de *legere* e portanto deve ser escripta, porque só assim pôde ser lida; o que ainda mais se confirma com o que diz Justiniano a respeito do direito dos Athenienses e Lacedemonios, sendo que entre

(15) Inst. de jur. nat. § 11 (I, 2.º)

(1) Inst. de jur. nat. § 3 (I, 2.º).

estes as leis eram confiadas á *memoria* e aquelles observavam como leis os preceitos nellas *escriptos*. (2).

2. Que Justiniano diz que os direitos civis começaram a existir, quando começou-se a edificar cidades, crear magistrados e escrever (*scribere*) leis (3) por onde se vê que *scribere* se toma pelo facto de estampar por meio de letras a vontade do legislador ;

3. Que assim como a sentença do juiz não val sem ser *escripta* (4) assim tambem e por maioria de razão a lei o deve ser ;

4. Que Theophilo, um dos jurisconsultos que confeccionaram as Institutas, paraphraseando o § 10 das mesmas não dá lugar a dvidas e menos a subtilezas, porque tratando do direito dos Athenienses diz, que as suas leis eram reduzidas a *escripto* (5).

Outros interpretes são de opinião, que o direito *escripto* vem a ser o que é formulado e promulgado por expressa e especial vontade do legislador ou imperante ; e o *não escripto* o que se fórma pelo uso e costume com tacito consentimento do legislador. —

Os que assim interpretam as expressões *escripto* e *não escripto* não as consideram no sentido grammatical e allegam, que póde existir direito *escripto* que nunca foi traçado em letras e direito *não escripto* estampado pela *escriptura* e respondem aos argumentos contrarios do modo seguinte :

1. Que *lex* não vem de *legere* e sim de *ligare*, e que quando mesmo assim não fosse, *legere* não significa sómente ler, mas sim escolher, dizendo-se *lei* porque escolhe-se uma regra d'entre muitas outras e que não procede o que diz Justiniano com relação ao direito dos Lacedemo-

(2) *In his civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii magis ea quæ pro legibus observarent, memoris mandarent ; Athenienses vero, ea quæ legibus scripta comprehendissent, custodirent.* Inst. h. t. § 10.

(3) *Civiliajura tunc esse cœperunt, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi cœperunt.* Inst. de rer. div. § 11 (II., 1.)

(4) ... *scriptas quæ (sententiæ) ex libello partibus legant* Cod. de sent. expr. rec. cont. 2. (VII., 47)

(5) *Athenienses ea servarent quæ in litteras essent relata.* Paraphrase § 10.

nios e Athenienses, porque é sobre este mesmo facto, que se questiona ;

2. Que *scribere* na Inst. citada não significa *escrever*, mas sim *promulgar*, por isso mesmo que no tempo da fundação das primeiras cidades ainda não era conhecida a arte de escrever ;

3. Que não ha paridade entre o juiz e o legislador, porque si se exige que a sentença seja escripta é para tirar-se ao juiz a possibilidade de mudar elle a sentença, que já havia dado, ou ás partes pleiteantes a de disputarem ainda sobre o que elle havia dito diante de poucos, o que se não verifica com a lei feita e proclamada a um povo inteiro como regra geral e não para um caso especial como é a sentença ;

4. Que o testemunho de Theophilo nada póde provar por ser suspeito, uma vez que versa precisamente sobre a justificação de um trecho do seu proprio escripto.

Contra esses argumentos, em parte especiosos, pode-se oppôr muitas considerações, que aqui omittimos, por estarem ao alcance ainda mesmo dos principiantes.

A distincção litteral ou grammatical entre o direito *escripto* e o *não escripto* a cujas expressões os romanos, na opinião de Savigny, não ligavam grande importancia, é, segundo Accarias, evidentemente desprovida de consequências praticas, pois que a força obrigatoria das regras de direito depende unicamente da competencia da autoridade, que as impõe e não da fórma sob a qual ellas se apresentam.

Accarias teria certamente razão si se tratasse aqui de uma questão doutrinaria e não de uma investigação historica, relativamente ao modo pelo qual os romanos entendiam as expressões *escripto* e *não escripto*.

E quando assim não fosse, a circumstancia de ser ou não a lei escripta era uma formalidade, que, como outra qualquer poderia muito influir na autoridade da mesma lei.

O povo romano legislava, mas para que a sua vontade fosse traduzida em lei, era mister manifestal-a segundo as regras e formalidades prescriptas na deliberação e votação das leis.

Scientificamente, têm razão os que não acceitam as expressões *escripto* e *não escripto* na accepção litteral ou grammatical, historicamente, porém, os que pensam de

modo contrario estão de accordo com o pensamento dos romanos, manifestado pelos jurisconsultos e até pelos escriptores não juridicos.

Justiniano na Inst. citada não fez mais do que seguir a opinião de Ulpianus (6) de Gaius (7) e de Cicero, cujas palavras são tão decisivas, que destroem toda e qualquer subtiliza, que se lhes queira oppôr (8).

E não eram estes os unicos jurisconsultos que assim pensavam; Hermogenianus e Paulus, occupando-se da autoridade dos costumes, deixam bem patente a distincção grammatical, quando dizem que estes não precisam ser escriptos em vista de sua autoridade e geral approvação (9).

Mackeldey, tratando da divisão do direito civil em *escripto* e *não escripto*, diz, que estas expressões entre os romanos eram ordinariamente tomadas no sentido grammatical, mas que actualmente são entendidas de modo differente (10); parece-nos que este modo de considerar a questão concilia todas as opiniões.

§ 2.

Indicação das formas ou elementos principaes do direito escripto e não escripto.

Por formas ou elementos principaes do direito *escripto* e *não escripto* devemos entender as fontes de que dimanam as suas regras, os modos de sua formação ou manifestação pratica e os diversos processos legislativos de que se serviram os romanos para a organização ou composição do seu direito escripto e não escripto.

Os romanos, como todos os povos em sua infancia, re-

(6) *Jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto: ut apud Græcos, id est, legum alia quidem scriptæ, alia verò non scriptæ.* Dig. de just. et jur. fr. 6 § 1. (I., 1.)

(7) Comm. 1 § 2.

(8) *Sed propria legis et ea, quæ scripta sunt et ea quæ sine litteris, aut gentium jure, aut majorum more, retinentur.* Cic. de part. orat. c. 87.

(9) *Immo magnæ auctoritatis hoc jus habetur quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.* Dig. de leg. fr. 36 (I., 3)

(10) *Manuel de Droit Romain* § 118.

X

giam-se principalmente pelos usos e costumes, resultado da manifestação espontanea e unanime de suas necessidades e aspirações.

Mas desde que organisa-se o poder legislativo de um modo permanente e regular, este poder não espera que os costumes se estabeleçam definitivamente, precede-os, formulando em regras o pensamento ou a necessidade que os dictou, de modo que se o costume fórma a lei na infancia dos povos, por sua vez a lei entre os povos, que tem chegado a sua virilidade, é quem fórma, prepara e desenvolve os costumes.

Por isso os costumes, que nas primeiras épocas da historia romana eram a fonte mais productiva do direito, tornaram-se posteriormente uma das menos productivas até que extinguiu-se completamente.

D'ahi resulta a principal divisão, que se póde fazer do direito de um povo sob o ponto de vista de suas fontes immediatas ou fórmas exteriores em *direito legislativo* e *direito consuetudinario* ou *costumeiro*, correspondendo, se bem que impropriamente, estas denominações ao que os romanos chamavam *direito escripto* e *não escripto*.

Dizemos impropriamente porque o *direito scientifico*, que era obra dos jurisconsultos e o *direito pretoriano*, formado pelos edictos dos magistrados, não são propria e rigorosamente *direito legislativo* principalmente quando considerados em si mesmos, independentemente da autoridade e força obrigatoria que lhes deram os imperadores e especialmente a compilação de Justiniano.

A enumeração ou indicação das fórmas ou elementos principaes do direito, feita pelos jurisconsultos romanos não repousa, como diz Savigny, em um principio systematico.

E' uma simples exposição das fórmas externas do direito sem attenção a sua essencia, origem e classificação, que deveria fundar-se nas relações e differenças do seu conteúdo.

Gaius indica, como fontes ou fórmas do *direito escripto* --- as leis, os *plebiscitos*, os *senatus consultos*, as *constituições imperiaes*, os *edictos dos magistrados*, e as *responsas dos prudentes* (11).

Justiniano reproduz a mesma indicação nas Institutas

(11) Comm. I, § 2°.

--- scriptum jus est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium (12).

Papinianus segue a mesma enumeração de Gaius, notando-se que elle substitue a expressão *responsa prudentium* por uma mais comprehensiva de *auctoritas prudentium* e considera os *edictos dos magistrados* como um direito distincto sob a denominação de *jus prætorium* ou *honorarium* (13).

Pomponius faz identica indicação, accrescentando as *legis actiones*, cuja inclusão entre as fontes ou formas do direito só pôde ser explicada, como diz Savigny, por ser antes historica do que pratica a parte da obra em que Pomponius se occupa dessa indicação (14).

Accresce ainda que este jurisconsulto considera as *responsas dos prudentes*, como fonte do direito não escripto, mas deve-se attender que isto não pôde contrariar os outros textos, porque Pomponius falla da *interpretatio* e não de *responsa prudentium* e além disto elle não é prebiscito e senatus consultos, que elle define, não estão de accordo com os factos historicos e formalidades, que explicam a origem e formação destas fontes (15).

A indicação das formas do direito ainda consta de uns trechos de Cicero, o qual approxima-se um pouco dos textos dos jurisconsultos.

Em um destes trechos, diz Cicero, que o direito civil é o que consiste nas leis, nos senatus consultos, na coisa julgada, na autoridade dos jurisperitos, nos edictos dos magistrados, no costume e na equidade. (16)

Em um outro trecho Cicero diz que a lei escripta é feita ou pela autoridade publica, como o *senatus consultum* ou pelos particulares como o *pactum conventum* e a *stipulatio*.

Ha nisto uma confusão, que os jurisconsultos romanos nunca fizeram, e consiste em considerar-se os factos individuaes do homem como fontes do direito, quando propriamente servem apenas de base as relações juridicas.

(12) Inst. de jur. nat. § 3 (I, 2).

(13) Dig. de just. et jur. fr. 7 e § 1. (I, 1).

(14) Dig. de orig. jur. fr. 2. § 12 (I, 2).

(15) Nos programmas relativos a essas formas do direito escripto desenvolvemos essa questão.

(16) Cicero, Top. cap. 5.

O direito *não escripto* tem por formas ou elementos principaes as instituições, que são consagradas pelo uso (*ex non scripto jus venit quod usus comprobavit*). (17)

Quaes sejam essas instituições, consagradas pelo uso, vê-se no programma XVI. (18)

X

NOÇÃO DE LEI E DE SUAS ESPECIES

§ 1.

Noção de lei

Lei é uma expressão da razão publica, formulada em uma declaração solemne e juridica pelo poder competente para servir de regra socialmente obrigatoria.

A lei será a expressão da razão publica a respeito das necessidades publicas, mas esta expressão não póde ser vaga e duvidosa, deve ser formulada em uma declaração, que pela importancia do seu objecto exige uma solemnidade e para distinguil-a das outras declarações solemnes deve ser juridica e emanar do poder competente, sendo que esta competencia poderá variar segundo as diversas fôrmas de governo.

A declaração, assim emanada do poder competente deve ter por fim servir de regra socialmente obrigatoria para todos os que se acharem sobre o territorio nacional.

A lei na ordem physica é a fôrça e tem por fim a harmonia ; na ordem intellectual é a logica e tem por fim a verdade ; na ordem moral é a consciencia e tem por fim a virtude ; na ordem social é a coacção psychologica e destina-se a assegurar coactivamente as condições existenciaes da sociedade.

Os romanos approximavam-se desse conceito sobre a lei, definindo-a, como Papinianus, o preceito *commune*, a decisão dos prudentes, a punição dos crimes voluntarios

(17) Inst. de jur. nat. § 9. (I, 2).

(18) As definições e apreciações de cada uma das formas do direito mencionadas constam do desenvolvimento dos programmas, relativos a essas mesmas formas.

— *scriptum jus est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratum edicta, responsa prudentium* (12).

Papinianus segue a mesma enumeração de Gaius, notando-se que elle substitue a expressão *responsa prudentium* por uma mais comprehensiva de *auctoritas prudentium* e considera os *edictos dos magistrados* como um direito distincto sob a denominação de *jus praetorium* ou *honorarium* (13).

Pomponius faz identica indicação, acrescentando as *legis actiones*, cuja inclusão entre as fontes ou fórmulas do direito só pôde ser explicada, como diz Savigny, por ser antes historica do que pratica a parte da obra em que Pomponius se occupa dessa indicação (14).

Accresce ainda que este jurisconsulto considera as *respostas dos prudentes*, como fonte do direito não escripto, mas deve-se attender que isto não pôde contrariar os outros textos, porque Pomponius falla da *interpretatio* e não de *responsa prudentium* e além disto elle não é prebiscito e *senatus consulta*, que elle define, não estão de accordo com os factos historicos e formalidades, que explicam a origem e formação destas fontes (15).

A indicação das fórmulas do direito ainda consta de uns trechos de Cicero, o qual approxima-se um pouco dos textos dos jurisconsultos.

Em um destes trechos, diz Cicero, que o direito civil é o que consiste nas leis, nos *senatus consulta*, na coisa julgada, na autoridade dos jurisperitos, nos *edictos dos magistrados*, no costume e na equidade. (16)

Em um outro trecho Cicero diz que a lei escripta é feita ou pela autoridade publica, como o *senatus consultum* ou pelos particulares como o *pactum conventum* e a *stipulatio*.

Ha nisto uma confusão, que os jurisconsultos romanos nunca fizeram, e consiste em considerar-se os factos individuaes do homem como fontes do direito, quando propriamente servem apenas de base as relações juridicas.

(12) Inst. de jur. nat. § 3 (I., 2°).

(13) Dig. de just. et jur. fr. 7 e § 1° (I., 1°):

(14) Dig. de orig. jur. fr. 2° § 12 (I., 2°).

(15) Nos programmas relativos a essas fórmulas do direito escripto desenvolvemos essa questão.

(16) Cicero, Top. cap. 5.

O direito *não escripto* tem por formas ou elementos principaes as instituições, que são consagradas pelo uso (*ex non scripto jus venit quod usus comprobavit*). (17)

Quaes sejam essas instituições, consagradas pelo uso, vê-se no programma XVI. (18)

X

NOÇÃO DE LEI E DE SUAS ESPECIES

§ 1.

Noção de lei

Lei é uma expressão da razão publica, formulada em uma declaração solemne e juridica pelo poder competente para servir de regra socialmente obrigatoria.

A lei será a expressão da razão publica a respeito das necessidades publicas, mas esta expressão não póde ser vaga e duvidosa, deve ser formulada em uma declaração, que pela importancia do seu objecto exige uma solemnidade e para distinguil-a das outras declarações solemnes deve ser juridica e emanar do poder competente, sendo que esta competencia poderá variar segundo as diversas fórmulas de governo.

A declaração, assim emanada do poder competente deve ter por fim servir de regra socialmente obrigatoria para todos os que se acharem sobre o territorio nacional.

A lei na ordem physica é a fôrça e tem por fim a harmonia ; na ordem intellectual é a logica e tem por fim a verdade ; na ordem moral é a consciencia e tem por fim a virtude ; na ordem social é a coacção psychologica e destina-se a assegurar coactivamente as condições existenciaes da sociedade.

Os romanos approximavam-se desse conceito sobre a lei, definindo-a, como Papinianus, o preceito *communis*, a decisão dos prudentes, a punição dos crimes voluntarios

(17) Inst. de jur. nat. § 9. (I, 2).

(18) As definições e apreciações de cada uma das formas do direito mencionadas constam do desenvolvimento dos programmas, relativos a essas mesmas formas.

ou involuntarios, e obrigação contrahida por toda a nação (1).

Marcianus registra e adopta duas definições, semelhantes a de Papinianus, sendo uma de Demosthenes — *lex cui omnes obtemperare convenit* e outra de Chrysippus, philosopho stoico — *lex est omnium divinarum et humanarum rerum regina* (2).

Lex teve entre os romanos varias accepções quanto a especie de direito, que designava, assim significava: 1.º todo o direito; 2.º sómente o direito escripto; 3.º as leis regias, compiladas por Sextus Papirius; 4.º as leis das XII Taboas, primeira codificação geral do direito entre os romanos; 5.º as respostas dos Prudentes, principalmente no tempo em que estes tinham o *jus jura condendi*; 6.º alguns plebiscitos; 7.º a vontade do principe, no tempo dos imperadores (3).

Justiniano define *lex*, sob o ponto de vista de um dos elementos ou fórmas do direito escripto, o que o povo romano determinava sob proposta de um magistrado senatorial, como o consul (*lex est quod populus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat*) (4).

Para a confecção das leis entre os romanos trez poderes concorriam em uma certa proporção, a saber o rei, mais tarde substituído pelos consules, dictadores, pretores ou outro qualquer magistrado de ordem senatorial, o senado e os comícios populares em *curias* (5) e mais tarde em *centurias* (6).

(1) *Lex est commune præceptum, virorum prudentium consultum, dactorum quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio; communis reipublicæ sponsio.* Dig. de leg. fr. 1.º (I., 3.º).

(2) Dig. h. t. fr. 2.º.

(3) *Quod principi placuit, legis habet vigorem.* Inst. de jur. nat. § 6.º (I., 2.º).

(4) Inst. de jur. nat. § 4.º (I., 2.º).

(5) As *curias* formavam as divisões do povo em trinta partes e assim chamadas porque tomavam *curam reipublicæ*. Segundo a opinião mais geral as *curias* eram compostas do *populus* ou dos patricii com exclusão da *plebs*. As *curias* se reuniam no *Forum*.

(6) As *centurias* formavam as divisões em cento e noventa e trez partes, subdivididas em seis classes, segundo a fortuna dos cidadãos, compreendendo os patricios e plebeus. Esta divisão foi feita por Servius Tullius, e só servio para a confecção das leis depois da expulsão dos reis. As *centurias* se reuniam no Campo de Marte.

O rei convocava e presidia os comícios e nomeava os trez angures que consultavam os auspícios, funções estas que depois passaram para o *magistratus senatorius*.

O senado era ouvido sobre o projecto de lei, escripto pelo magistrado senatorial e se o approvava, lavrava-se um *senatus consulto de lege ferenda*, que era exposto por vinte e sete dias para que todos o pudessem ler e examinar. Depois de votada a lei um novo *senatus consulto* era necessario para ratificar-a ou confirmal-a, mas no anno 416 de Roma, sendo dictador Publilius Philo, uma lei decidio que essa ractificação seria dada antes da votação da lei e desde então o *senatus consulto* que autorisava a convocados comícios e approvava a *lex ferenda*, era considerado como uma sanção previa.

Convocados os comícios e marcado o dia (*comitia indigere*), reuniam-se as curias e depois de feitos os sacrificios, apparecia o magistrado senatorial e propunha a lei (*rogabat legem*) com a seguinte formula : quereis e ordenais cidadãos romanos, que esta lei seja recebida ? (*velitis, jubetis, Quirites, an hæc lex recipienda sit ?*)

Feito isto entregavam-se a cada cidadão duas taboas uma com um *A. (antiqua proba)* e servia para regeitar a lei e outra com as letras *U. R. (uti rogas)* e servia para approval-a.

Immediatamente os cidadãos, distribuidos em curias ou centurias caminhavam por partes e lançavam em uma cestinha (*cistulam*) uma das duas taboas.

Apurados os votos em cada curia ou centuria, predominava a maioria e a opinião de cada curia ou centuria se contava por um voto.

Finalmente depois de contados os votos das curias ou centurias, verificando-se maior numero com a letra *A*, a lei era regeitada, mas se o maior numero era de taboas com as letras *U. R.*, promulgava-se a lei, approvada pelos suffragios do povo, e era publicada. á principio, pela voz do pregoeiro em altos brados durante trez dias de mercado (feira) e desde então tornava-se obrigatoria para todos.

Essas leis ou tomavam o nome do magistrado que as propunha, como a lei *Cornelia*, ou da materia sobre que legislavam, como lei *Agraria*, ou reuniam no titulo ambas as cousas, como lei *Julia de adulteriis*.

Os patricios exerceram sempre uma influencia preponderante na confecção das leis, a principio eram elles

sómente, que votavam as leis *curiatis*, e nas leis *centuriatas* eram os da sua classe que propunham a lei, que convocavam os comícios, que consultavam os auspícios, formalidade essencial para validade da lei e eram também os que primeiro votavam, e desde que as primeiras curias ou centurias formavam maioria para approvar ou regeitar a lei, as outras não eram mais consultadas.

Accresce ainda, que os patricios podiam inutilisar a deliberação dos comícios, quando conheciam, que o resultado lhes era contrario, declarando os augures que os auspícios não eram favoraveis, pelo que immediatamente eram dissolvidos os comícios sob a formula *alio die*.

Esse modo de confeccionar as leis por *centurias* tinha lugar ainda no tempo de Augusto, outros dizem que ainda no tempo de Tiberio e Caligula haviam leis *centuriatas*, outros, porém, seguem opinião contraria, fundados no que diz Tacito, que *comitia é campo ad Patres* (senadores) *translata*.

Gaius define *lex, quod populus jubet atque constituit*, donde se vê que Justiniano só fez accrescentar a esta definição a circumstancia de ser a lei proposta por um magistrado senatorial. (7)

As leis eram ordinariamente divididas em capitulos e terminavam por uma sancção penal contra os que as infringissem.

Omittimos aqui o desenvolvimento de alguns principios estabelecidos pelos romanos sobre o objecto, autoridade, confecção, applicação e interpretação das leis, que podem ser estudados no Dig. e Cod. *de legibus*.

§ 2.

Especies de leis

A palavra *lex* no sentido lato comprehendia entre os romanos todas as disposições legislativas com força obrigatoria, qualquer que fosse a sua fonte, e nesta accepção

(7) *Magistrado senatorial* era todo magistrado, que tinha o direito de convocar o senado e apresentar-lhe um *senatus consulto* e taes eram os consules, os pretores, os tribunos da plebe, o *praefectus urbis*, os dictadores e os tribunos militares no tempo em que substituiram os consules.

ha tantas especies de leis, quantas são as fontes do direito romano.

No sentido restricto a *lex* comprehendia entre os romanos as seguintes especies :

(a) Em relação a sua origem historica ou modo de formação : 1.^a as leis regias (*leges regiae*) que foram promulgadas no tempo dos reis ; 2.^a as leis curiatis (*leges curiatae*) que eram as leis votadas nos comicios curiatis ou pelas curias ; 3.^a as leis centuriatis (*leges centuriatae*) que eram as leis votadas pelos comicios centuriatis ou pelas centurias e nesta acceção dá-se tambem as leis centuriatis a denominação de *populiscita* por serem votadas por todo o povo ; 4.^a as leis provinciales (*leges provinciales*) que eram as leis votadas pelo senado ou promulgadas pelo pretor, encarregado da organização do territorio conquistado e para exemplos citamos a *lex Emilia Pauli*, promulgada especialmente para a Macedonia, a *lex Mummia* para a Grecia, a *lex Rupilia* para a Sicilia e outras ; 5.^a a lei das XII Tabas que os romanos consideravam como a *lex* por excellencia ; 6.^a as leis sobre diferentes materias (*leges satutae*) que comprehendiam materias, que o povo só accetava porque vinham envoltas com outras que lhes eram favoraveis, e como a votação se fazia englobadamente o povo não podia regeitar as partes da lei que eram-lhe adversas ; 7.^a muitas outras leis conhecidas por nomes especiaes.

(b) Em relação a sua natureza ou formula usada pelo legislador para manifestar sua vontade : 1.^a as leis *substantivas*, que são as que definem e estabelecem as relações de direito ; 2.^a as leis *adjectivas* que são as que estabelecem o processo ou modo pratico de applicação ; 3.^a as leis *imperativas* que são as que impõem a obrigação de fazer alguma cousa ; 4.^a as leis *prohibitivas*, que são as que prohibem a pratica de certos actos ; 5.^a as leis *punitivas* ou *criminaes*, que são as que estabelecem penas para os actos criminosos, previstos e definidos pelas leis ; 6.^a as leis *permissivas* ou *facultativas*, que são as que estabelecem preceitos, autorisando acções que não são obrigatorias ; (*legis virtus haec est : imperare, vetare, permittere, punire*) (8).

(c) Em relação a comprehensão territorial ou pessoal de suas disposições ; 1.^a as leis *geraes* (*jus commune*) que

(8) Dig. de leg. fr. 7 (I, 3)

são obrigatorias para todos os cidadãos e sobre toda extensão do territorio nacional ; 2.^a as leis *locaes* e *pessoaes*, (*jus singulare*) que obrigam sómente aos habitantes de certas circumscripções territoriaes, tomando o nome de *privilegio* quando são feitas para beneficiar uma certa classe de pessoas, ou uma só pessoa.

(d) Em relação ao tempo em que devem vigorar as suas disposições : 1.^a as leis *permanentes*, que devem ser applicadas em quanto não forem revogadas, 2.^a as leis *transitorias*, cuja applicação deve cessar com o desaparecimento dos motivos especiaes, que as determinaram, ou com a realisação do fim especial que tiveram em vista, ou ainda com a extincção do prazo estabelecido para sua duração.

(e) Em relação ao seu objecto costuma-se distinguir as leis em *civis*, *commerciaes*, *criminaes*, *fiscaes*, *politicas*, etc.

(f) Em relação umas as outras ou aos seus effeitos poz-se fazer menção das leis *interpretativas* que explicam o sentido de leis anteriores, leis *abrogatorias* que revogam leis anteriores, leis *derrogatorias*, que apenas revogam parte de leis anteriores e outras especies de que falla Ulpianus. (9)

XI

DA INTERPRETAÇÃO, SUAS ESPECIES E REGRAS

§ 1.

Da interpretação e suas especies

Interpretar, derivado provavelmente segundo a sua origem etymologica, de *inter* e *partes*, parece ter primeiramente significado a enunciação de uma idéa conciliadora entre partes ou pessoas, que discordavam sobre a intelligencia de uma disposição legal.

E' com tudo certo, que *interpretar* exprime, em geral a idéa de enunciar o esclarecimento de uma materia, de

(9) *Lex aut rogatur*, idest, fertur ; aut *abrogatur*, idest, pars aliquæ legis tollitur, aut *subrogatur*, adjecitur aliquid primæ legis aut *obrogatur*, idest, mutatur aliquid ex prima lege Ulp., Pr § 3.

um ponto ou de uma proposição difficil por obscura ou ambigua.

D'ahi se formou a palavra *interpretação* (acção de interpretar) que em relação as leis vem a ser---a *exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redacção ou duvidosa com relação aos factos occurrentes ou silenciosa*.

Esta sabia definição do sempre chorado mestre, conselheiro Paula Baptista, é precisa e completa; comprehendendo as palavras (*verba*) e o sentido ou pensamento da lei (*sententia, mens, vis, potestas, ratio*) e bem assim os casos em que a *interpretação* torna-se necessaria.

Entendem alguns escriptores, de accordo com a opinião de Savigny (1), que a *interpretação* deve acompanhar a applicação de todas as leis, ainda as mais claras e fundam-se em alguns textos romanos, como o fragmento de Ulpianus---*quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, tamen non est negligenda interpretatio ejus*. (2).

Contra semelhante doutrina protestam os textos; assim ao fragmento citado de Ulpianus, que refere-se especialmente ao *edictum praetoris* oppomos a regra geral---*quando verba sunt clara non admittitur mentis interpretatio* e o fragmento de Paulus---*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio* (3).

Os que seguem Savigny necessitam mudar o sentido da palavra *interpretar* para definirem *interpretação*---a *reconstrução do pensamento do legislador*, de modo que o interprete poderia ser levado até a esphera da formação do direito e as leis embora authenticamente interpretadas estariam sempre sujeitas as controversias dos interpretes com desprezo das leis interpretativas, posto que clarissimas.

Costumam os jarisconsultos considerar a *interpretação* sob trez diversas relações, isto é, quanto a sua origem, aos seus elementos ou objecto, e aos seus resultados ou effeitos.

As especies de *interpretação* variam, conforme a relação sob que a considerarmos.

(1) Tr. de Dr. Rom. §§ 32 á 50.

(2) Dig. de insp. vent. fr. 1. § 11 (XXV. 4.)

(3) Dig. de verb. obl. fr. 137 § 2 (XLV, 1.); de leg. 3. fr. 25 § 1. (XXXII)

Sob o ponto de vista de sua origem é—*authentica* a que emana do legislador ; *doutrinal* a que emana dos juizes ou administradores, como inherente a applicação e execução positiva das leis, e dos jurisconsultos, como simplesmente consultiva ou instructiva.

Convém notar que os jurisconsultos e magistrados romanos em virtude do *jus jura condendi* e do *jus edicendi* interpretavam as leis, como se fossem legisladores, o que dára em quanto os seus poderes não ficaram incompatíveis com a autoridade imperial.

A interpretação *authentica* é também chamada *legal* ou *publica*, incluindo-se na interpretação publica a *usual*, que indica o sentido, que tem sido dado a lei por algum uso regularmente constituido.

A' interpretação doutrinal também dá-se o nome de *privada*, mas impropriamente, porque muitas vezes o interprete, como agente de um poder publico, enuncia em actos officiaes e publicos o modo de entender-se e applicar-se a lei.

Alguns escriptores chamam interpretação *por via de autoridade* a *authentica*, porque nella sobresahe a autoridade do legislador, e interpretação *por via de sciencia* a doutrinal, porque nesta sobresahe as luzes e a sciencia do interprete.

Em relação aos seus elementos ou objecto a interpretação pode ser *grammatical*, se tem por objecto a linguagem da lei (*verba legis*) e versa sobre a construcção textual e as diversas accepções das palavras (4) ; *logica* se tem por objecto o pensamento da lei (*mens legis*) e versa sobre a decomposição do pensamento do legislador e relação logica das materias da lei.

Savigny accrescenta ainda dous elementos, o *historico* que tem por objecto a historia da lei, e o *systematico* que estuda as relações da lei interpretada com as demais ; estes dous elementos acham-se comprehendidos, segundo a autorisada opinião do conselheiro Baptista, no *scientifico*.

Quanto aos seus resultados ou effeitos a interpretação é *extensiva*, quando autorisa a applicação do texto a casos, que não estando incluídos na significação de suas palavras, estão, todavia, incluídos em seu espirito ; *restrictiva*

(4) As accepções das palavra podem ser grammatical, natural, usual, juridica, geral ou particular etc.

va, quando recusa a applicação do texto a casos, que parecendo estar incluídos na significação de suas palavras, contrastam evidentemente o seu espirito; *declarativa*, quando indica simplesmente o sentido do texto para ser applicado ao mesmo caso, de que elle trata e tal qual tem sido determinado por suas palavras.

A *extensiva* e *restrictiva* não são, em geral, applicaveis ás leis criminaes e fiscaes, mas entre os romanos era seguida doutrina opposta (5); a *declarativa* tem lugar em todas as leis.

§ 2.

Das regras de interpretação

A enumeração das regras de interpretação depende da dos casos em que a interpretação se faz necessaria e é impossível mencionar-se um a um todos esses casos, de modo que os proprios tratados de Hermeneutica tratam apenas dos mais frequentes.

Póde-se dividir as regras de interpretação em *geraes* e *especiaes*, as geraes applicam-se em toda e qualquer especie de interpretação, as especiaes ou auxiliares a certos e determinados casos e em certas e determinadas leis.

Os romanos fundamentavam a interpretação das leis no seguinte principio—*scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (6) e consideravam como regra principal de interpretação a que se fundava no *honesto*, *equitativo* e *util* como claramente decorre de diversos textos—*placuit in omnibus rebus praecepum esse justitiae equitatisque, quam stricti juris rationem*, diziam os imperadores (7); *in omnibus, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit*, diziam os jurisconsultos. (8)

Além desta regra principal que dominava o modo de interpretar as leis entre os romanos, podemos accrescentar ainda as seguintes regras geraes: 1ª que o interprete evite attribuir a lei algum absurdo (*interpretatio illa*

(5) *Interpretatio lata summi debet cum agitur de delicto puniundo*, tal é a regra antiga.

(6) Dig. de leg. fr. 17 (L. 3)

(7) Cod. de jud. c. 8 (L. 3)

(8) Dig. de reg. jur. fr. 90 (L. 17).

summenda, quae absurdum evitetur); 2.^a que o interprete deve attender primeiramente ao uso seguido, porque o costume é um excellente interprete das leis (*si de interpretatione legis quærat*; *in primis inspiciendum est, quod jure civitas in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpretis consuetudo*) (9); 3.^a que o interprete deve estudar a lei em todas as suas partes antes de intolterar aquella sobre que tem duvidas (*incivile est, nisi dicare vel respondere*) (10).

As regras particulares applicam-se ordinariamente nos casos de obscuridade, duvida ou silencio da lei.

Nos casos de obscuridade o interprete deve preferir o sentido mais verosimil e o mais pratico (*in obscuris, inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet*) (11) ou a opinião mais favoravel (*semper in obscuris, quod minimum est, sequimur*) (12).

Nos casos de duvida e em que a lei for susceptivel de diversos sentidos deve o interprete adoptar o que for mais conforme a lettra da lei (*in re igitur dubia melius est verbis edicti servire*) (13) ou o que for mais conforme a natureza e importancia do negocio de que se tratar (*quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipitur, quæ rei gerendæ aptior est*) (14); ou o que for mais benigno (*semper in dubiis benigniora præferenda sunt*) (15) ou finalmente o que possa produzir menos mal (*in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, sed quam tutius*) (16).

Nos casos em que a lei é silenciosa o interprete pôde applical-a a casos não previstos por ella, uma vez que nestes se verifiquem os mesmos motivos fundamentaes e geraes, que no caso previsto, de accordo com as seguintes regras: 1.^a que a parte se contenha no todo (*in toto pars continetur*); 2.^a que o genero comprehenda a especie (*semper specialia*

(9) Dig. deleg. fr. 37 (I 3.)

(10) Ibidem fr. 24.

(11) Dig. de reg. jur. fr. 114 (L. 17.)

(12) Ibidem fr. 9

(13) Dig. de sup leg. fr. 7 § fin.

(14) Dig. de reg. jur. fr. 67 (L. 17.)

(15) Ibidem fr. 56.

(16) Ibidem fr. 192 § 1.

generalibus insunt) (17) 3^a que a mesma razão presuppõe a mesma disposição (*ubi eadem causa, ibi idem jus statuendum*) (18).

Se se tratar de leis criminaes o interprete deve seguir o que for mais favoravel ou mais benigno (*in pœnali-bus causis benignius interpretandum est*) (19).

Em caso algum o interprete poderá alterar o sentido claro da lei sob pretexto de ser a sua lettra rigorosa e não poder-lhe attribuir um motivo justo (*durum est, sed ita lex scripta est*) porquanto a ignorancia dos verdadeiros motivos da lei não fal-a perder sua força e autoridade, e por muito que o interprete presuma de si, deverá convencer-se de que, nesse caso, a falta é antes sua, do que do legislador (*non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.*) (20).

XII

DOS PLEBISCITOS, SENATUS CONSULTOS E SEUS EFEITOS

§ 1^o

Dos plebiscitos e seus effeitos

Etymologicamente *plebiscitum* significa *ordem da plebe* (1), pois se deriva de *plebis* e *scitum* (ordem).

Gaius define *plebiscito* o que a plebe ordena e determina (*quod plebs jubet atque constituit*) e Justiniano na Inst. de jur. nat. § 4^o (I., 2^o) diz que *plebiscito* é o que a plebe, sob proposta de um magistrado plebeu, como o tribu-

(17) Ibidem frs. 113 e 147.

(18) Dig. de leg. Aquil. fr. 32.

(19) Dig. de reg. jur. fr. 153 § 2^o (L. 17)

(20) Dig. de leg. fr. 20 (I., 3^o)

(1) *Plebe* era o povo romano com exclusão dos patricios e senadores. *Plebis appellotione, sine patriciis et senatoribus ceteri cives significantur.* Inst. de jur. nat. § 4^o (I., 2^o) Dig. de verb. sig. fr. 298 (L., 16^o)

no, (2) determinava (*plebiscitum est quod plebs, plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat*).

Ambas estas definições não podem ser rigorosamente exactas, porque se os plebiscitos foram a principio votados unicamente pela plebe, posteriormente eram votados por todo o povo, inclusive os patricios, nos comícios por *tribus* (*comitia tributa*) que tinham por base a divisão dos romanos em *tribus*.

As *tribus* eram primitivamente em numero de trez e tinham por base as velhas origens nacionaes, (*ex generibus*) depois Servius Tullius dividio o povo, segundo o domicilio e regiões (*ex regionibus et locis*) em quatro *tribus* urbanas e vinte e seis ruracs, que augmentadas com os povos, que adquiriam o direito de cidade, attingiram depois o numero de trinta e cinco (3).

Todas essas *tribus*, compostas de patricios e plebeus, votavam os plebiscitos, e por isso pode-se com mais exactidão definir *plebiscitos* — as deliberações tomadas nos *comitia tributa* sob proposta de um magistrado plebeu.

As definições de Gaius e Justiniano só podem ser justificadas si se considerar os plebiscitos em seu principio, tanto mais quanto Justiniano é o primeiro a affirmar que a palavra *plebe* não comprehendia os patricios e differia de povo como a especie do genero, (*plebs a populo eo differt, quo species a genere* (4).

Tambem se póde justificar a definição de Justiniano, attendendo-se a que a *plebe* nos *comitia tributa* constituia por si só uma grande maioria e podia fazer prevalecer a sua opinião contra a vontade de todos os patricios; e ahi vem talvez ter Justiniano attribuido exclusivamente

(2) Tribunos eram os magistrados plebeus, que tinham por missão proteger os plebeus contra as violencias dos patricios; esta protecção se verificava pela intercessão dos tribunos (*intercessio*) ou pela opposição que por meio do veto faziam aos actos dos consules e as decisões do Senado. A principio eram dous os tribunos mas depois augmentou-se o numero até dez.

Chamavam-se tribunos, ou porque o povo era dividido em trez partes, ou porque eram escolhidos, cada um por cada uma dessas partes ou ainda porque eram eleitos pelos votos das *tribus*. Dig. de orig. jur. fr. 2. § 20 (I., 2.).

(3) As *tribus* tinham por base o domicilio, as *curias*, a aristocracia de raça, as *centurias*, a aristocracia do dinheiro. Veja-se Ortolan. 7. edicção, vol. 1. pag. 69 e segs.

(4) Inst. de jur. nat. § 4 (I., 2.).

à plebe a confecção dos plebiscitos, quando verdadeiramente ella apenas predominava pelo numero nas votações.

Pomponius nos explica a origem dos plebiscitos pelo facto de dissensões entre os senadores e os plebeus, (5) e os historiadores prendem a historia dos plebiscitos a da criação dos tribunos da plebe.

Foi realmente depois da criação da magistratura tribunicia, que os plebeus começaram a tomar deliberações em assembléas, a principio chamadas *concilia* por formarem uma especie de conciliabulo em que apenas entrava uma parte do povo.

Essas deliberações da plebe não eram obedecidas pelos patricios, apesar da lei *Valeria Horatia*, que determinava *ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret*.

Os tribunos vingavam-se por seu lado, usando do *velo*, que oppunham a todos os senatus consultos para que estes não obrigassem a plebe e deste modo a luta permanecia em toda a sua força entre patricios e plebeus.

Para evitar a continuação de taes discordias, o dictador Publilius Philo no anno 415 fez publicar uma nova lei (*Pubilia*) renovando a determinação da lei *Valeria Horatia* para que todos os romanos obedecessem aos plebiscitos.

Ainda assim os patricios não quizeram reconhecer a obrigatoriedade dos plebiscitos, até que no anno 407 a plebe retirou-se para o monte Janiculo, protestando não voltar enquanto o senado não reconhecesse a autoridade de suas deliberações.

Era então dictador Q. Hortensius, que pela lei *Hortensia* renovou as mesmas determinações sobre a autoridade dos plebiscitos e conseguiu que os patricios e senadores se submettessem as deliberações dos *comitia tributa*.

Desde então os plebiscitos foram votados por todo o povo e com as mesmas solemnidades, usadas na confecção das leis *centuriatas*.

O projecto de plebiscito era ordinariamente approvado pelo Senado antes de ser proposto aos *comitia tributa*, mais esta formalidade não era obrigatoria, salvo

(5) *Evenit ut plebs in discordiam cum patribus perveniret et recederet, sibi que jura constitueret. quæ jura plebiscila vocantur.*
Dig. de orig. jur. fr. 2 § 8 (I, 2).

quando se tratava de uma questão governamental de alta administração, porque neste caso o plebiscito era votado em virtude de um *senatus consulto*, communicado aos tribunos por um consul (6).

Em satisfação dos prejuizos religiosos dos romanos os auspícios eram consultados antes da votação dos plebiscitos, salvo nos que tinham por fim nomear os tribunos (7).

Cada *tribu* se contava por um voto significativo da opinião da maioria dos seus membros.

Depois da lei *Hortensia* até o fim da Republica os plebiscitos constituem a fonte de direito a mais consideravel, sobre tudo do direito privado, e desde então são ordinariamente chamados *leges* e a assembléa que os vota é muitas vezes designada com o nome de *populus* (8).

Os effeitos dos plebiscitos não foram sempre os mesmos; no começo só obrigavam a plebe, mas depois da lei *Hortensia* tinham força obrigatoria para todos os romanos e os seus effeitos eram iguaes aos das leis, das quaes apenas differiam na fórma, (9) tanto assim que o jurisconsulto Atteius Capito dizia que a lei era a ordem geral do povo ou da plebe (*lex est generale jussum populi aut plebis*) e muitos plebiscitos têm o nome de leis, como a lei *Falcidia*, a lei *Agrilia* e outras.

Pomponius no Digesto e Justiniano na *Inst. de jur. nat.* § 4. asseguram que depois da lei *Hortensia* começaram os plebiscitos a valer tanto como as leis (*plebiscita, lata lege Hortensia, non minus valere, quam leges ceperunt.*)

Pode-se, pois, com segurança afirmar que os plebiscitos são equiparados as leis (*legibus exaequata*) e que tem a mesma força ou autoridade (*potestas*) que as leis.

Os principaes effeitos dos plebiscitos são portanto a mesma autoridade e obrigatoriedade de que gozam as leis e bem assim o serem considerados como um dos modos da formação do direito.

(6) Tito Livio, XXX, 27.

(7) Cicero. *Ad. famil.*, VII, 30; *De leg.* II., 12.

(8) *Acilius et Minucius, tribuni plebis ad populum tulerunt ... de pace, uti rogassent, omnes tribus jussurunt*, Tit. LIV XXX 43. Cicero, *Philipp.* VI, 3.

(9) *Inter legem et plebiscita discrimen in constituendi specie tantum, non in potestate fuit.* Aul. Gel. XV. *Dig. de orig. jur.* fr. 2. § 8 in fin. (I., 2°).

Os plebiscitos tomavam regularmente o nome do magistrado que os propunha.

§ 2.

Dos senatus consultos e seus effeitos

Senatusconsulto é o que o senado (10) manda e determina (*senatus consultum est quod senatus jubet atque constituit.*) (11)

Justiniano, seguindo a opinião de Pomponius (12) commette um erro attribuindo a origem dos senatus consultos ao facto do augmento da população, que tinha tornado difficil a reunião dos comícios. (13)

O que é verdade é que a população se achava diminuida por causa das guerras civis e os imperadores deixaram pouco a pouco de reunir os comícios, temendo a indocilidade e turbulencia do povo e para dissimularem o seu despotismo, recorriam ao senado que estava sempre prompto para servilmente obedecer aos seus desejos.

Antes dos imperadores o senado romano tinha por missão regulamentar o serviço religioso, velar na segurança exterior da Republica, deliberar sobre o plano geral das guerras, receber os embaixadores dos povos estrangeiros, fazer com estes tratados e convenções, nomear os embaixadores da Republica e os commissarios dos territorios conquistados, dar-lhes instrucções, decretar os impostos necessarios, as levas de soldados, e quando a patria

(10) O senado era uma assembléa composta dos chefes das principaes casas (*domus*) que haviam dado origem a cada familia (*gens*). Outros dizem que era composto de patricios (*patres*) de modo que com a admissão dos plebeus, usou-se da formula *Patres et conscripti* para significar os senadores patricios e plebeus, sendo estes *inscriptos* ou *escolhidos* (*adlecti*).

Outros ainda dizem que o senado era assim chamado de *senes* (velhos) porque os senadores eram ou deviam ser homens velhos, antigos. Cicero tratando dos senadores diz — *quos senes appellavit, nominarunt senatum*

(11) Inst. de jur. nat. § 5 (I. 2.)

(12) Dig de orig. jur. fr. 2 § 9 (I. 2.)

(13) Nam cum auctus esset populus romanus in eum modum ut difficile es et in unum eum convocari legis sanciendo causa equum visum est senatum vice populi consuli Inst. de jur. nat. fr. 2 § 9 (I. 2.)

estava em perigo o senado podia suspender as leis e autorisar os consules a procederem discricionariamente segundo as necessidades da occasião.

Sob o ponto de vista do direito privado o senado discutia, autorisava ou approvava os projectos de lei que eram-lhe apresentados e que tinham de ser sujeitos a votação dos comicios.

Desde então os senatusconsultos começaram a correr para a formação do direito privado e eram confectionados do seguinte modo :

O imperador convocava o senado ou directamente na qualidade de consul, pretor ou tribuno, ou indirectamente por intermédio dos magistrados por elle designados.

Reunido o senado o *quæstor candidatus* (14) lia a epistola ou *oratio principis* na qual o imperador expunha os motivos e regras da nova lei, e em seguida o consul ou magistrado que presidia o senado, consultava, perguntando o parecer dos senadores e estes podiam propor emendas (*sententie*) sob a formula *præterea censeo*.

Determinadas as opiniões, procedia-se a votação, extinguindo cada senador o seu voto (*per relationem*) ou separando-se os senadores em dous lugares distinctos para então contarem-se os votos por cabeça (*per discessionem*) e d'ahi vem as denominações de *senatusconsultum per relationem* e *senatusconsultum per discessionem*.

Quando o imperador achava-se presente, era o primeiro a votar na qualidade de *princeps senatus*.

Depois da votação um dos secretarios do senado redigia o que se tinha deliberado, e o senatus consulto depois de gravado em cobre e exposto publicamente era levado para o erario do Templo de Saturno.

Ordinariamente os senatusconsultos eram conhecidos pelos nomes dos consules ou magistrados que faziam o relatorio no senado, com excepção do senatus consulto *Macedoniano*, que tirou sua denominação de Macedonio, usurario, que deu lugar a repressão da usura, (15) e do que supprimio as festas bacchanacs.

Os effeitos dos senatusconsultos não foram sempre os mesmos.

(14) *Quæstor candidatus principis* era o encarregado de transmittir pessoalmente ao senado os actos imperiaes *per epistolam aut orationem*. Dig. de off. quæst. fr. 1.º § 4. (2, 13).

(15) Dig. de sen. cons. Maced. fr. 1.º (XIV, 6).

No tempo da realza e da Republica o senado era apenas consultado para dar sua opinião sobre os projectos de leis e essa consulta nenhum effeito produzia se não fosse confirmada por uma lei votada pelos comícios.

D'ahi a formula muito usada entre os romanos—*populus jubet, senatus auctor est* e por isso chamavam-se simplesmente *senatus auctoritas* os decretos e deliberações do senado, que não eram approvados pelo povo, ou a que os tribunos oppunham o *veto*.

Entretanto nos casos imprevistos e urgentes e quando a Republica estava em tão grande perigo, que não permitia as delongas de uma convocação dos comícios, o senado tomava deliberações e decretava medidas que eram immediatamente executadas; mas para que tivessem effeitos de lei era preciso o tacito consentimento do povo.

A maior parte dos escriptores acham-se de accordo em attribuir aos *senatusconsultos* os mesmos effeitos das leis a contar de Tiberio porque desde então eram confeccionados por proposta (*oratio*) do imperador e sob sua autoridade.

O *senatus consulto* assim confeccionado era chamado *senatus consultum factum ad orationem principis* ou então *jus orationibus principum constitutum*, pelo que alguns juriconsultos, referindo-se aos *senatus consultos*, empregam muitas vezes a expressão *orationes principum*.

O *Codigo de senatus consultis* (I. 16.) dá aos *senatus consultos* um perpetuo vigor, secundado pelas leis (*quamvis senatus consultum perpetuam per se obtineat firmitatem, tamen nostris legibus etiam idem prosequimur.*)

Fundados neste texto pretendem alguns interpretes, que os *senatusconsultos* tivessem em todos os tempos os mesmos effeitos que as leis, mas semelhante opinião é contraria aos factos historicos e inconciliavel com a existencia simultanea das outras fontes do direito.

Os *senatus consultos* tiveram força de lei ainda depois de Alexandre Severo, segundo o testemunho de Ulpiano no *Dig. de leg. fr. 9*, onde este juriconsulto assegura ainda em seu tempo que *non ambigitur senatum jus facere posse*.

E isto parece tanto mais exacto quanto foi necessario para acabar com a autoridade do senado que o imperador Leão o philosopho, abrogasse o *fr. 9* do *Dig.* citado pela sua *Novella 78*.

Outros querem que os senatus consultos tivessem força de lei ainda no tempo de Justiniano, mas tal opinião é inadmissível porque é o proprio Justiniano, que determina competir unicamente ao imperador fazer e interpretar as leis. (16)

Quanto aos effeitos dos senatus consultos como fonte do direito póde-se em resumo affirmar, que, enquanto os comicios eram convocados para a confecção das leis, os senatus consultos tinham por effeito autorisar a convocação do povo depois de approvado o projecto de lei por meio da *senatus auctoritas* e depois que os comicios deixaram de ser convocados, os senatus consultos exprimindo a approvação das *orationes principum* tiveram os mesmos effeitos, que as leis.

XIII

DAS CONSTITUIÇÕES DOS IMPERADORES, SUAS ESPECIES E EFFEITOS

§ 1.

Das constituições dos Imperadores

Constituições imperiaes (*constitutiones principis vel placita*) eram as decisões ou determinações dos imperadores.

Justiniano seguindo a Ulpianus, Pomponius e Gaius definio-as *quod principi placuit, ou quodcumque imperator constituit*. (1).

Ulpiano e Justiniano fallam de uma *lex regia* que conferia aos imperadores o *imperum* e o poder popular (2) originando-se d'ahi o poder legislativo dos príncipes, ou o direito de darem força de lei as suas determinações.

Entendem alguns interpretes, fundados no § 7 da

(16) *In præsenti leges condere soli imperatori concessum est leges interpretari solo dignum imperio esse oportet*. Cod. de leg const 11 § (I, 14.)

(1) Inst. de jur. nat. § 6 (I., 2.) Dig. de const. princ. fr. o § 1. (I, 4.) Dig. de orig. jur. fr. 2 § 12 (I, 2.) Comm. I § 5.

(2)..... *legis Regia, quæ de ejus imperio lata est populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concessit*. Inst. o Dig. cits.

Const. *Deo auctore* (um dos prefácios do Digesto) que a *lei regia* era uma lei antiga por meio da qual o povo tinha abdicado suas prerogativas, conferindo-as de um modo absoluto a Augusto, primeiro imperador e seus successores. (3). Esta opinião é vantajosamente contradicta por outros textos, pela historia e por diversas passagens dos escriptores.

Apenas Justiniano e Ulpianus fallam dessa *lei regia* e suppõe-se, que o fragmento de Ulpianus, copiado nas Institutas, foi alterado pelos compiladores.

Pomponius no Dig. *de orig. juris*, definindo as constituições imperiaes nada diz sobre a existencia da *lei regia*; Gaius falla de uma lei que conferia o *imperium* aos imperadores; mas nenhum texto, com excepção dos de Ulpiano e Justiniano, dá a entender, que essa lei fosse promulgada por uma só vez, e ainda no tempo dos reis, *lex Regia* era uma lei, que após sua eleição o rei apresentava de *imperio suo* aos comícios curiados para o fim de ser confirmada a sua eleição.

A historia nos mostra que Augusto, como habil politico foi pouco a pouco usurpando as attribuições populares, o que se não accorda com a hypothese de ter o povo de uma só vez abdicado seus direitos.

Numerosas passagens de Tacito e Suetonio provam que essa lei, a que por uma antiga tradição alguns chamavam *regia*, era um senatus consulto, que confirmava a eleição de cada imperador e lhe conferia o *imperium*. (4).

Tanto parece ser exacto isto, que, sendo Maximino proclamado imperador por um exercito e tendo reinado *sine decreto senatus*, Julius Capitolinus assignala este facto como excepcional e do mesmo modo Eutropio. (5).

Finalmente um monumento, cuja authenticidade tem sido inutilmente contestada, uma taboa de bronze, descoberta na basilica de Latrão no meiado do XIV seculo, contendo uma parte da lei que investia Vespasiano de seus poderes, diz que o senado outorga a Vespasiano o direito de presidir as cousas divinas e humanas, o de alte-

(3) *Lege antiqua*, quæ *Regia* muncupabatur, omne jus omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem. Const. *Deo auctore* § 7.

(4) Tacit. *Ann.* I. 11 e 12, XII, 69, *Hist.* 1, 47. Suet. *Tib. Ces* 24 *Gaius Calig.* 14.

(5) Jul. Cap. *Maximini duo.* Entrop. *Hist. rom* IX

rar as leis e o poder tribunicio e consular, accrescentando que já se havia feito o mesmo com Julio Cesar, Augusto e Tiberio.

Tudo isto concorda exactamente com o texto tão preciso de Gaius, onde assegura que o imperador *per legem imperium accipit* e Gaius não fallaria no presente si se tratasse de uma lei promulgada uma só vez (6).

O que é fóra de duvida é que os imperadores desde o começo do Imperio legislavam, porquanto, se no Codigador Justiniano as constituições mais antigas são do imperador Adriano, no Digesto e nas Institutas os textos referem-se a algumas, que remontam-se á Claudio, Tiberio, Augusto até a Cesar. (7).

E' possível, que a principio o poder legislativo fosse partilhado pelo príncipe, senado e comícios populares, por que na qualidade de tribuno do povo podia o príncipe convocar o senado e provocar uma deliberação sobre objecto, que o príncipe julgasse conveniente e incluísse na *relatio* ou *oratio principis*, a qual o senado ordinariamente votava, approvando, e no mesmo caracter podia ainda o príncipe convocar os comícios e propor-lhes uma lei, sendo certa a existencia de leis centuriadas ainda no tempo dos primeiros imperadores.

Pouco a pouco o poder legislativo foi-se tornando exclusiva prerrogativa dos imperadores, até que legalmente foi estabelecido, como regra reconhecida que só o imperador podia fazer e interpretar as leis (8).

As constituições imperiaes constituem uma das mais abundantes fontes do direito escripto durante o terceiro e quarto periodo da historia do direito.

§ 2.

Especies e effeitos das constituições dos imperadores

As constituições imperiaes podem ser consideradas ou em relação a forma ou sob o ponto de vista do objecto sobre que versam.

(6) Accarias, *Precis de Droit. Romain.*

(7) *Inst. de Justinien non est. permis. fr.* (II, 12), *Dig. de test. milit.* fr. 1. fr. (XXIX, 1).

(8) *Cod. de leg. const.* 12 § 1. (I., 14).

São geraes as constituições que pela generalidade de suas disposições obrigam a todos (*alice, cum generales, sint, omnes procul dubio tenent*) (9).

São especiaes ou pessoas e também chamadas privilegios (*privatae leges*) as constituições pelas quaes o imperante concede alguma cousa a alguém por merecimento ou ordena um castigo por excepção e não são trazidas para exemplo porque não passam da pessoa (*ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, nam quod alicui ob merita indulgit, vel si cui poenam irrogaverit, vel si cui sine exemplo subvenit personam non transgreditur*) (10).

Em relação a fôrma as constituições se dividem em *edictos, decretos e rescriptos* ou *epistolas* (*quodcumque imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto precepit, haec sunt quae constitutiones appellantur*) (11).

Justiniano não incluiu na enumeração das especies de constituições os *mandatos*, (*mandata*) que eram instruções dadas a um funcionario publico, determinando o procedimento que devia ter no desempenho de suas funções.

Essa omissão é incontestavelmente motivada pelo caracter meramente politico dos *mandatos* que só por excepção referiam-se ao direito privado, do que é uma prova o fragmento 65 do Dig. de rit. nupt. (XXIII., 2°).

Edictos são constituições geraes (12) em que o imperante estabelece espontaneamente um direito novo, conlirma ou interpreta o já existente; distinguem-se particularmente das outras especies de constituições por serem promulgados por iniciativa imperial.

Os *edictos*, sendo constituições geraes, têm os mesmos efeitos que as leis e produzem um *jus generale* ou em tudo e para todos ou pelo menos com relação a certo e determinado genero de negocio (*generale secundum quid*).

Decretos são as constituições pelas quaes o imperante, tomando conhecimento de uma causa, dava sentenças definitivas ou despachos interlocutorios (*vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est*). (13).

(9) Inst. de jur. nat. § 6.

(10) Ibidem.

(11) Ibidem.

(12) Cod. de leg. const. 8 (1., 14°).

(13) Dig. de const. princ. fr. 1° § 1° (I., 4°).



No primeiro caso havia um exame judiciario da causa, no segundo o imperante proferia uma decisão acerca do plano e sem exame judiciario (*sine strepitu judicii*).

Nestas decisões eram os imperadores assessorados por um conselho de jurisconsultos, chamado *auditorium* os quaes examinavam a questão e instruam o principe para dar a sentença.

Os *decretos* se distinguem dos *edictos* por não serem promulgados espontaneamente e sim por provocação das partes, que appellavam para o imperador das sentenças dos juizes e tinham por efeitos estabelecer direito sómente entre as partes litigantes, segundo se vê de uma constituição do imperador Theodosio, (14) entretanto Justiniano equiparou os *decretos* ás leis, tornando-os obrigatórios e applicaveis a todos os casos semelhantes, (15) quer, tratando-se de um direito novo, quer da interpretação do já existente.

Rescriptos são as constituições em que o imperante dava resposta as consultas, que lhe eram dirigidas.

Como essas consultas podiam ser feitas pelos particulares, pelos juizes ou magistrados, e por corporações, os *rescriptos* se denominavam: *anotações* ou *subnotações* (*subscriptiones*) quando eram formulados em resposta as consultas (*supplicationes*) dos particulares e eram escriptos logo abaixo da consulta; *epistolas*, quando a resposta era dada aos juizes ou magistrados e em papel separado da consulta; *pragmaticas* quando se dirigia a corporações, como uma provincia, uma cidade, e um municipio. Para que os *rescriptos* tivessem força de obrigar, eram exigidos os seguintes requisitos: 1.º que fossem as-

(14) *Quæ... vel consultatione in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorum introducto negotio statui- mus, nec generalia jura sint, sed leges faciant his duntaxat ne- gotiis, atque personis, pro quibus fuerint promulgata. Cod. de leg. const. 2.º (I., 14.).*

(15) *Quod principi placuit legis habet vigorem. Inst. de jur. nat. § 6.*

Si imperialis magestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus comminus sententiam dixerit, omnes omnino judices sciant hanc esse legem non solum illi causæ, sed et omnibus similibus.

Definimus omnem imperatorum legum interpretationem... sive in judiciis, ratam et indubitam haberi. Cod. de leg. const. 12.

signados pelo proprio punho do imperante com declaração do dia e anno (16); 2.º que os motivos da consulta se fundassem na verdade (*si preces veritate nituntur*) sendo considerados nullos os *rescriptos* obtidos *ob* e *subrepticamente* e castigados os magistrados, que conhecendo isto, os executavam (17); 3.º que o *rescripto* não prejudicasse direitos de outrem ou o bem publico; 4.º que fossem registrados nos *acta publica* para não ficarem sujeitos a excepção de *ob* ou *subreppção*.

Os *rescriptos* tinham os mesmos effeitos que os decretos e eram geralmente obrigatorios, quando o imperante formalmente assim determinava e quando a sua disposição se fundava em um principio geral de direito sem apontar restricção alguma em sua applicação. Justiniano equiparou-os as leis (18).

Alguns autores negam o caracter obrigatorio dos *rescriptos* em todas as epochas do direito romano, o que é manifestamente um erro, como evidentemente decorre do que affirmam Justiniano e Gaius, que collocam os *rescriptos* a par dos *edictos*.

Além disto ha o testemunho de Julius Capitolinus, que assegura ter o imperador Opilius Macrinus concebido o projecto, que não realisou, de abrogar todos os *rescriptos* dos seus antecessores. Tal projecto seria absurdo e incomprehensivel se os *rescriptos* não tivessem força obrigatoria (19).

As constituições *especiales*, tambem chamadas *privilegios* dividem-se, em vista dos termos da definição dada, em *favoraveis* quando tem por fim beneficiar alguem por causa do seu merito, e *odiosos* quando inflingem uma pena extraordinaria ou um castigo maior do que o determinado pela lei.

Os *privilegios favoraveis* se subdividem em *dispensa* (*dispensatio*) e *privilegio* propriamente dito, sendo aquella para um caso certo e determinado e portanto de duração limitada, e este para vigorar enquanto se não mandar o contrario.

Ainda se costuma dividir os *privilegios* subjectiva-

(16) Cod. de div. rescrip. const. 3 e 4 (I., 23.).

(17) Ibidem. const. 7.

(18) Vejam-se os logares citados na nota 15.

(19) Accarias. Precis de Droit Romain.

mente em *pessoas, reaes e mixtos*, segundo se attender mais as pessoas, ou as cousas, ou a ambas.

Dos primeiros temos um exemplo no que era concedido aos militares para fazerem testamento sem instituição de herdeiro, dos segundos no de que gosam os bens dotaes para não responderem pelas dividas do marido, dos *mixtos* temos um exemplo no privilegio concedido aos menores de não serem responsaveis pelas fianças em que se comprometterem.

Os effeitos dos *privilegios* podem ser equiparados aos das leis, porquanto se por um lado são restrictos a certas pessoas (*personam non transgreditur*) nem por isso referem-se exclusivamente aos privilegiados e são obrigatórios para todos afim de que não embarquem o privilegiado no uso do privilegio, e sob este ponto de vista podem ser chamados leis.

XIV

DOS EDICTOS DOS MAGISTRADOS, SUAS ESPECIES E EFEITOS

§ 1.

Dos edictos dos magistrados e suas especies

Edicto vem da palavra *edicere*—publicar, dizer antecipadamente e significa todo e qualquer regulamento, ordem e edital publicado por um magistrado.

Magistrados, em geral, eram os que tinham a *jurisdictio*, isto é, o direito de administrar a justiça, e dividiam-se em maiores como os *edis curús*, e menores como os *edis plebeus* e em *ordinarios* como os consules, e *extraordinarios* como os dictadores.

Todos publicavam *edictos* a fim de fazerem conhecer aos cidadãos as regras e principios que serviriam de base á apreciação e decisão das contestações ou casos occorridos, que durante sua administração lhes fossem submettidos. (1)

Essas regras e principios, publicados, quer ao entrar

(1) ... magistratus jura reddebant, et ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque præmunirent, edicta proponebant. Dig. orig. jur fr 2. § 10 (I, 2.)

o magistrado em funções, quer durante o curso de sua magistratura, constituíam os *edictos dos magistrados*.

As espécies de *edictos* podem differir ou relativamente aos magistrados, que os publicavam, ou sob o ponto de vista da duração de sua autoridade, ou finalmente com relação a especie de direito a que elles se referiam.

No primeiro caso contam-se as seguintes espécies :

(a) *Edicta consulis*, que eram os publicados pelos consules, magistrados ordinarios, que depois da abolição da realza passaram a exercer os poderes reaes, que posteriormente foram sendo destacados para outras magistraturas. (2).

(b) *Edicta censorum*, os publicados pelos censores, que eram encarregados da classificação dos cidadãos no censo e da vigilancia dos costumes publicos e privados. (3)

(c) *Edicta tribunorum*, os publicados pelos tribunales. (4).

(d) *Edictum provinciale* ou *proconsulare*, o publicado pelos *presides provinciarum*, que a principio eram um pretor, nomeado expressamente para administrar a provincia, e depois um propretor, isto é, o cidadão que acabava de exercer a pretura em Roma ; no tempo da Republica era um consul, que governava a provincia na qualidade de proconsul : estes magistrados reuniam todos os poderes que em Roma eram repartidos por diversas magistraturas.

Os edictos provinciaes eram ordinariamente uma pura reproducção dos edictos pretorianos. (5)

(e) *Edicta praetorum*, os publicados pelos pretores, que eram encarregados da administração da justiça civil em Roma.

As attribuições dos pretores eram a principio exercidas pelos consules, posteriormente julgou-se necessaria a creação dos pretores, como magistratura independente

(2) Desta especie de edicto nos dá noticia Aulo-Gell. XIII 15. In edicto consulum, quo edicent, quis dies comitiis centuriatis futurus sit.

(3) Cato censor factus, multas res novas addit in edictam quare luxuria reprimeretur. Corn. Nepos. *Caton*, 2.

(4) Cum eorum (tribunorum) edicto non liceret quemquam, Romae esse, qui rei capitalis condemnatus esset. Cic. in *Verrem*, II, 2, 41.

(5) Gaius Comm. § 6.

afim de que elles substituissem os consules todas as vezes que estes eram obrigados a sahir de Roma para commandar os exercitos. (6)

Outros opinam que a creação da pretura foi motivada pelo facto de haver o consulado deixado de ser privativo dos patricios e quererem estes conservar a sua preponderancia sobre a plebe, o que conseguiram excluindo da pretura os plebeus, que afinal chegaram a occupar tambem o lugar de pretor.

No começo só existia o *praetor urbanus*, que tinha sob sua jurisdicção a cidade de Roma e julgava as questões ente os cidadãos; mais tarde foi creado um outro *praetor peregrinus*—para administrar justiça aos estrangeiros e decidir suas contestações.

O numero dos pretores chegou a elevar-se a dezesseis; o imperador Claudio creou os pretores *fideicommissarios*, que tomavam conta dos fideicommissos, Nerva creou outro para as causas do Fisco e denominou-o *fiscal*, Marco Antonio creou um pretor *tutelar* que curava das tutelas.

Por muito tempo foi o pretor a segunda autoridade em Roma, era precedido de *lictors*, collega dos consules, convocava o senado, reunia os comícios e presidia os tribunaes criminaes.

Os pretores administravam a justiça—*decernendo* e *judices dando*.

Consistia o *decernere* em declarar o meio juridico (acção) de se conseguir alguma coisa, depois de examinar se a relação juridica em que a parte fundava sua pretensão devia ser garantida pela justiça: *dare judicem* consistia em nomear um juiz, que tomasse conhecimento da questão e desse uma sentença conforme a formula, que o pretor prescrevia.

D'ahi a distincção entre *fieri in jure* e *fieri in juri dicio*.

Como a lei não pode prever todos os casos da vida pratica, nem descer as especialidades, aos pretores reservou-se a missão de amplial-a ou restringil-a, segundo os preceitos da equidade, quando houvesse de applical-a aos casos occurrentes.

Papinianus resume assim os meios empregados pelos pretores na applicação da lei: *adjuvandi, vel supplendi*.

(6) E' o que affirma Pomponius no fr. 2 Dig. de orig. jur.

vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam. (7).

E os pretores *ajudavam* a lei nas interpretações, que lhe attribuiam, quando obscuras ; *supprimam*, quando omis-
sas ; *corrigiam*, quando a sua dureza ia de encontro a equidade.

Para esse fim os pretores : 1.º inventavam novos vocabu-
los, com que designassem as cousas, salvando na apparen-
cia a disposição terminante da lei, como, por exemplo, cha-
mando *bonorum possessio* a herança ; 2.º introduziam no-
vas acções, como a *publiciana* ; 3.º davam *excepções* nos ca-
sos em que por lei não se podia dar uma acção ; 4.º inven-
tavam ficções como no *postliminio*.

Todos esses meios ou remedios empregados pelos pre-
tores deviam fundamentar-se em regras e principios, esta-
belecidos pelos *edictos*, que eram publicados no começo
da magistratura, para que não fossem os pretores taxados
de injustos e parciais ou não se deixassem influenciar
pelas circumstancias da occasião em que era invocada a
sua autoridade.

Das regras e preceitos estabelecidos no *edicto* não
podia o pretor afastar-se, nem alteral-os, em virtude da
lei Cornelia que ordenava *ut prætoris ex edictis suis per-
petuis jus dicerent, quæ res tunc gratiam ambitiosis præto-
ribus, qui variè jus dicere asseverant, sustulit*.

Os edictos dos pretores exerceram uma grande in-
fluencia na formação do direito.

(f) *Edicta ædilitia*, os publicados pelos magistrados
chamados *edis curiis* (8) e versavam sobre os contractos
que habitualmente se faziam nos mercados e especialmen-
te serviam para regular as vendas de escravos e animaes
domesticos (9)

(g) *Edicta quæstorum*, os publicados pelos questores,
encarregados da guarda e conservação de thesouro pu-
blico.

Além dos edictos mencionados, que são os mais conhe-
cidos, ainda podem ser referidos os do prefeito da cida-

(7) Dig. de just. et jur. fr. 7 § 1.º (I, 1.º)

(8) *Edis curus* eram os magistrados que se sentavam em pu-
blico na cadeira *curul* ; tambem haviam os *edis plebeus* escolhidos
dentro a plebe.

(9) Dig. de ædilitio edicto (XXI, 1) e Inst. de jur. nat. § 7 in
fin. (I, 2)

de (*praefectus urbi*) os do prefeito do pretorio (*praefectus praetorio*) os dos tribunos, dos dictadores, e outros magistrados.

Os mais importantes para o direito privado são os dos pretores e dos edis.

Considerados sobre o ponto de vista do tempo que duravam as determinações ou preceitos dos edictos, comprehendem as seguintes especies :

(a) *Edictum perpetuum* (10) tambem chamado *edictum annum*, *lex annua*, era um edicto geral publicado pelo magistrado ao entrar em suas funções e cujas prescripções eram obrigatorias em quanto durava a sua magistratura.

(b) *Edicta repentina* eram os publicados especialmente para um caso occorrente e não previsto no *edictum perpetuum*.

(c) *Edicta translaticia* eram as disposições extrahidas dos edictos anteriores.

(d) *Edicta nova* eram as disposições ainda não incluídas ou adoptadas por outros edictos e que pela primeira vez appareciam.

Nas expressões *edicta nova* e *translatitia* a palavra *edictum* não significa um edicto considerado em seu todo, mas sim uma parte ou uma simples disposição do edicto. e nesta acceção empregam-n'a varios textos (11), salvo se os edictos novos e translaticios só contiverem disposições inteiramente novas, ou já reproduzidas ; a primeira hypothese podia facilmente verificar-se no tempo em que os edictos começaram a ser usados, a segunda nos ultimos tempos em que os edictos eram geralmente a reprodução de outros, o que certamente muito concorreu para a formação do *direito pretoriano*.

Em relação a especie de direito para cuja formação concorriam os edictos, podem ser divididos em duas especies : a primeira refere-se ao *jus publicum*, como por exemplo os edictos dos censores ; a segunda refere-se ao *jus privatum*, como os edictos dos pretores.

(10) *Perpetuum* é aqui empregado para significar que o edicto só perdia sua força obrigatoria, quando terminavam as funções do magistrado que o publicava.

(11) *Dig. ex quib caus. mag. fr. 1.º pr. (IV., 6) de pec. const. fr. 1.º pr. (XIII, 5.)*

Todos esses edictos constituíram o chamado *jus honorarium* (direito honorario) por ser introduzido por pessoas *in honore*, ou porque as magistraturas se denominavam *honores*, ou como diz Justiniano, porque deram-lhe autoridade os que trazem insignias honoríficas, isto é, os magistrados (12).

Alguns interpretes, illudidos pelas expressões de alguns textos ou dominados pela importancia superior do *jus prætorium* (13) estabelecem uma perfeita synonymia entre o *jus honorarium* e o *jus prætorium*, quando pelo contrario este é a especie de que aquelle é o genero.

O direito pretoriano comprehende somente as regras estabelecidas pelos edictos dos pretores.

§ 2.

Effeitos do edictos dos magistrados

Para se determinar os effeitos dos edictos dos magistrados é mister consideral-os antes e depois do imperador Adriano, ou que vem a ser o mesmo, antes e depois do *edictum perpetuum*—de Salvius Julianus.

Emquanto os edictos constituíram uma das fontes do direito não escripto, o que teve lugar até que a sancção imperial veio dar-lhe força e autoridade legislativa, os seus effeitos consistiam em auxiliar, supprir e corrigir o direito civil, o que é expresso em um fragmento de Papinianus (14).

Quanto a sua força e autoridade nenhuma contestação pôde haver, elles se impunham a obediencia dos que estavam sujeitos a jurisdicção dos magistrados que os publicavam.

A difficuldade consiste em determinar a origem ou fundamento dessa autoridade.

Uns comparam os magistrados aos legisladores, outros negam toda e qualquer autoridade aos seus edictos e censuram as subtilezas e ficções de que elles lançavam mão para alterar as leis.

(12) *Inst. de jur. nat.* § 7.

(13) *Dig de orig. jur.* fr. 2. § 10: *d. just. et jur.* fr. 7 § 1 in fine.

(14) *Ibidem.*

Entretanto os proprios romanos pensavam de outro modo e o jurisconsulto Marcianus chamava ao *direito honorario viva vox juris civilis*.

A autoridade dos edictos tinha uma origem muito natural, era a *jurisdictio* ou *imperium* de que os magistrados se achavam investidos pelo povo ou pelo principe.

Dava-se, como diz Demangeat, uma especie de delegação de soberania com a eleição ou nomeação dos magistrados.

A tacita approvação dos actos dos magistrados pelo povo completava a autoridade de que sempre gosaram os edictos.

Depois do imperador Adriano os edictos são considerados, como fontes do *direito escripto* e sua autoridade e efeitos são iguaes aos das leis.

Adriano, attendendo a que as disposições pretorianas reproduziam-se de edictos em edictos com pequenas alterações, quiz addicionar definitivamente ao direito civil os resultados que o direito pretoriano tinha conseguido.

Encarregou Salvius Julianus, o mais celebre jurisconsulto daquella epoca de compilar os edictos, o que realisado, foi o trabalho de Julianus, sancionado como lei.

Esse trabalho se denominou *edictum perpetuum* por ser uma compilação dos *edicta perpetua*.

Os magistrados não perderam por isso o *jus edicendi*, que ficou apenas limitado aos casos não previstos pelo texto de Julianus (15).

XV

DAS RESPOSTAS DOS PRUDENTES, SUAS ESPECIES, E SUA INFLUENCIA NO TEMPO DE JUSTINIANO

§ 1.

Das Respostas dos Prudentes e sua influencia no tempo de Justiniano

Respostas dos Prudentes são as sentenças e opiniões daquelles a quem era permittido fixar os direitos (*respon-*

(15) Cod. de vet. jur. enucl. const. 2 § 18 (I., 17) const. De-
dit nobis Deus § 18.

sa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat iura condere. (1),

Para bem entender-se esta definição, que Justiniano copiou de Gaius é mister indagar, que especie de permissão era a de que se trata, por quem e em que epoca foi dada.

Alguns escriptores costumam considerar as respostas dos prudentes em quatro epocas distinctas, a saber : 1.^a em quanto foram simplesmente *officiosas* ; 2.^a quando se tornaram *officiaes* por ter o imperador Augusto privilegiado alguns jurisconsultos, concedendo-lhes o *jus respondendi publicè* e *obligatorias* por determinação de Adriano ; 3.^a quando foram limitadas por Theodosio II pela *Lei das citações* ; 4.^a quando serviram de base a legislação de Justiniano, compilada no Digesto.

Durante muito tempo em Roma a sciencia do direito constituio um mysterio e privilegio exclusivo dos patricios e pontifices.

Depois da publicação da Lei das XII Taboas alguns plebeus applicaram-se ao estudo do direito, ensinaram esta sciencia, praticaram-n'a e no fim da Republica já existiam muitos jurisconsultos, cujas opiniões e decisões influíam poderosamente no animo dos magistrados.

Até Augusto nenhuma outra distincção, que não fosse a do talento e da sciencia, havia entre os jurisconsultos.

Augusto regulamentou as funcções dos jurisconsultos para dar-lhes maior autoridade, e instituiu o *jus publicè respondendi*, que era concedido como uma graça imperial ou por meio de um diploma especial. (2).

Pensam alguns que sómente os juris consultos, designados pelo imperador podiam dar *responsa* e que estas tinham força obrigatoria, como as leis, porque eram dadas em nome do principe (*ex-auctoritate ejus responderent*).

Tal opinião não póde ser verdadeira, não só porque não é crível que entre tantos jurisconsultos apenas um,

(1) Inst. de jur. nat. § 8. (L. 2.) Gaius Comm. § 7.

(2) Ante tempora Augusti, publicè respondendi jus non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate ejus responderent, Dig. de orig. jur. fr. 2 § 47.

Masurius Sabinus, fosse digno do *jus respondendi publicè*, como também porque a historia e os textos lhe são contrarios (3).

O que parece certo é que o privilegio concedido pelo imperador e seus successores a alguns jurisconsultos era mais uma distincção honorifica do que um direito exclusivo de dar *responsa*.

Quanto a força obrigatoria de taes *responsa*, é certo que tinham mais autoridade que as dos jurisconsultos não privilegiados, mas não eram equiparadas as leis; e tanto é isto exacto, que sómente do reinado de Adriano em diante são as respostas dos jurisconsultos consideradas por Gaius como fontes do *jus scriptum*.

As respostas se tornaram obrigatorias para os juizes depois que o imperador Adriano assim o determinou por um rescripto, mas sómente no caso de não haver divergencia entre os jurisconsultos (*quorum omnium si in unam sententiam concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet*) (4).

Depois do rescripto de Adriano os jurisconsultos, (*prudentes*) investidos do *jus respondendi publicè*, são denominados *juris auctores* e segundo o testemunho de Gaius tinham a *permissio* ou o *jus jura condendi*.

Alguns interpretes opinam que o *jus jura condendi* nada tinha de commun com o *jus respondendi* e era sómente concedido as obras de alguns jurisconsultos depois da morte destes por um senatusconsulto ou constituição imperial; mas taes opiniões se firmam em meras conjecturas, que se contradizem, uma vez que se procure confrontal-as com os textos. (5).

Até aqui a influencia e autoridade dos jurisconsultos na formação do direito se exercitam de um modo brilhante e sempre progressivo; de *officiosas*, que eram suas decisões e opiniões, tornaram-se *officiaes* e obrigatorias, participando elles do poder legislativo, não para abrogar textos formaes das leis existentes, mas sim para interpretal-as e preencher suas lacunas e omissões.

Theodosio II em uma constituição do anno 426, denominada *lei das citações*, que sob Valentiniano III am-

(3) Sueton. *Calig.* 34. *Dig. de postul. fr.* 1 § 3.

(4) Gaius. *Comm.* § 7.

(5) Veja-se Bonjean, Demangeat, Accarias e Maynz.

pliou-se ao Occidente, limitou a força obrigatoria das *respostas dos prudentes* (6).

Esta lei supprimio a autoridade dos escriptos dos jurisconsultos, exceptuando os de Papinianus, Paulus, Gaius Ulpianus e Modestinus e as opiniões de outros jurisconsultos citados por estes, uma vez que se verificasse ser exacta a citação.

Determinou que no caso de haver divergencia entre estes jurisconsultos devia o juiz seguir a opinião da maioria; havendo empate devia prevalecer o parecer de Papinianus, e se este não se pronunciava, o juiz adoptaria a opinião que mais razoavel lhe parecesse.

Tem aqui justa applicação o que disse Hugo sobre esta lei: Theodosio formou um conselho de mortos presidido por Papinianus.

Entretanto forçoso é reconhecer com Accarias que ha nesta lei uma profunda sabedoria.

Muitos jurisconsultos, trinta e nove pelo menos, tinham obtido o *jus jura condendi*, e devendo o juiz investigar a respeito de cada questão o parecer delles para verificar se era unanime e observal-o, d'ahi provinha um trabalho immenso e quasi impossivel, como o de folhear uma grande quantidade de volumes, que pela carestia ou raridade nem sempre os juizes podiam ter a sua disposição.

A lei de Theodosio simplificou essa tarefa, posto que reduzindo a missão do juiz a contar as opiniões dos jurisconsultos em caso de divergencia.

No tempo de Justiniano as *respostas dos prudentes* não são mais contadas entre as fontes vivas do *jus scriptum*, ellas desappareceram no meio da ignorancia geral e do despotismo imperial.

A influencia e autoridade dos *respostas dos prudentes* no tempo de Justiniano decorrem do facto de terem ellas servido de base a compilação do Digesto.

Justiniano reconheceu a importancia, o cuidado especial e o influxo poderoso que os jurisconsultos por todos os meios tinham empregado na formação e desenvolvimento do direito, e esta importancia é tambem reconhecida pelos romanistas, quando attribuem ás *respostas dos prudentes* a formação do direito que chamam *scientifico*.

A mais exuberante demonstração da influencia das

(6) Cod. Theod. de resp prud. const. 3 (L. 4°).

responsa no tempo de Justiniano decorre das palavras deste imperador nas constituições sobre a compilação e aprovação do Digesto.

" Ordenamos, diz Justiniano á Tribonianus, que leias e corrijas os livros, que sobre direito romano escreveram os antigos jurisconsultos de sorte que possas tirar desses livros um corpo de jurisprudencia.

Não devem ser só escolhidos os livros dos jurisconsultos que tiveram a faculdade de redigir e interpretar as leis, mas também os dos que não tiveram esse poder. Queremos que todos esses jurisconsultos tenham a mesma autoridade sem haver preferencia de um ou de outro.

Todos os autores cujas decisões forem aproveitadas terão a autoridade dos mais habéis jurisconsultos, como se elles tivessem trabalhado em nossas leis, ou como se seus escriptos fossem nossos, porque consideramos como nossas as obras dos jurisconsultos aos quaes damos autoridade " (7).

" Tudo que foi considerado util nos livros antigos se acha encerrado no Digesto e os nomes dos jurisconsultos aos quaes damos a mesma autoridade de lei. " (8)

E não é sómente o Digesto que nos fornece prova da influencia das respostas dos *prudentes*; as Institutas foram compiladas e organisadas, tendo por base as dos jurisconsultos, como é expresso e consta da constituição *Tanta circa*.

Justiniano subscreeveu ainda o que Ulpianus dizia dos *prudentes*, considerando-os *sacerdotes do direito*, (9) e a denominação de *jus civile* (direito formado pelos cidadãos) que dá Pomponius as suas respostas (10).

Van-Wetter fallando dos jurisconsultos diz que foram elles os que asseguraram ao direito romano uma superioridade definitiva, distinguindo-se alguns pela denominação de *classicos* que lhes deu a posteridade e os seus escriptos mereceram servir de base a compilação do Digesto, quasi que em sua totalidade.

(7) Const. *Deo auctore*.

(8) Const. *De confirm. Digestorum*.

(9) Dig. *de just. et jur. fr. 1. § 1. (I., 1.)*.

(10) Dig. *de orig. jur. fr. 2. § 5. e 12 (I., 2.)*.

§ 2.

Especies das respostas dos prudentes

As respostas dos prudentes são de tantas especies quantos os modos pelos quaes concorriam os jurisconsultos para a formação do direito.

A 1.^a consistia nas *respostas ás consultas*.

Estas respostas eram verbaes ou escriptas segundo a importância do assumpto e o lugar em que eram dadas; depois do imperador Augusto exigio-se que fossem assignadas para que valessem.

O uso tinha estabelecido certas formalidades para taes respostas.

Licet consulere ? era a pergunta que o consultante dirigia ao jurisconsulto. *Consule*, respondia este, e então o cliente expunha o assumpto e terminava dizendo *quæro, an existimes*, ou *id jus est, nec ne* ?

O jurisconsulto decidia e se era em favor do cliente terminava com as palavras *secundum ea quæ proponuntur extimo, placet, puto*.

A 2.^a especie se denomina *disputatio fori* ou *forensis*, que era o resultado de uma discussão entre os jurisconsultos sobre questões de maior gravidade, que, suscitando divergencias, necessitavam ser amplamente discutidas para chegar-se a uma decisão.

As discussões eram no *Forum* ou no templo de Apollo segundo pensam alguns.

A *Instituta de codicillis* § 25 (XI, 25) refere uma destas discussões entre os jurisconsultos, convocados pelo imperador Augusto.

Alguns interpretes dizem que *disputatio fori* era o resultado dos pareceres dos centumviros, que eram certos magistrados ou jurisconsultos, dentre os quaes se tirava uma especie de conselho para a revisão dos processos e observancias das formulas.

A 3.^a especie consistia nos *conselhos*, que os jurisconsultos, na qualidade de assessores, davam aos magistrados quando estes tinham de decidir demandas verbaes ou escriptas, ou organizar edictos e formulas, e aos principes

sobre as constituições imperiaes que queriam promulgar (11)

A 4ª especie consistia nas *defezas*, que como patronos, faziam dos interesses e direitos dos seus clientes perante os magistrados.

A 5ª e ultima especie, que era tambem o mais importante modo pelo qual concorreram para a formação do direito, consistia nos *escriptos*, nas suas numerosas obras sobre as leis ou sobre o direito em geral.

XVI

DOS COSTUMES E DE SEUS REQUISITOS

§ 1.

Dos costumes

A expressão *costumes* tem diversas acceções, segundó referir-se as regras da moral, á conducta geral ou á vida privada das nações e dos cidadãos individualmente considerados.

Sob o ponto de vista das relações juridicas que os *costumes* estabelecem e da sua posição em face das leis ou do *direito escripto*, formam o direito que se tem denominado *costumeiro*, *consuetudinario*, *popular* e *direito não escripto* (*jus sine scripto*), servindo de base para a distincção que os romanos faziam entre *direito escripto* e *não escripto* quando são considerados em relação as fontes ou aos elementos do direito privado (*jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto..... Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit* (1).

O *direito consuetudinario* (*jus non scriptum*) se compõe dos *costumes* (*mores*, *consuetudo*, *usus*) das *respostas dos prudentes* e *edictos dos magistrados* até a época do imperador Adriano, e das *cousas perpetua e semelhantes julgadas* (*rerum perpetuò similiter judicatarum*) a que modernamente se dá o nome de *jurisprudencia dos*

(11) Dig. de asses fr. 1. (I., 22).

(1) Inst. de jur. nat. § 3 e 9 (I., 2.) dig. de just. et jur. fr. 6 § 1. (I., 1.)

tribunaes (2) : uma vez que por direito *consuetudinario* se entendam as disposições não promulgadas solenemente, isto é, as que são formadas pelo uso constante e aceites por todos, ou a convicção do povo relativa ao que deve ser tido e observado como direito, manifestada por uma applicação constante e uniforme (3).

A promulgação solenne, feita pela autoridade legislativa, ou que tem este poder, é o ponto cardeal da distincção entre as leis e os costumes, entre o direito escripto e o não escripto, cujos fins e resultados são aliás communs e identicos.

Assim entendido, o direito *consuetudinario* se divide em *popular*, *scientifico* e *honorario* conforme a sua autoridade originar-se das praticas constantes do povo, das obras ou investigações dos jurisconsultos e das determinações ou decisões dos magistrados.

O direito *popular* ou *costumeiro* propriamente dito, aquelle direito, que era applicado na falta de leis escriptas, é definido pelo jurisconsulto *Julianus quod moribus et consuetudine inductum est* (4), ou como diz *Justiniano*, *quod usus comprobavit*.

Costumes, segundo define *Ulpianus*, são os usos antigos, introduzidos pelo consentimento tacito do povo, comprovado por esse longo uso (*mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*) (5).

Os romanos empregavam as palavras *mores*, *consuetudo*, e raramente *usus* para exprimir ou traduzir *costumes*, entretanto da construcção grammatical de alguns textos parece resultar, que *mores* traduzia especialmente a propria disposição juridica e *consuetudo* o habito, a pratica constante, o uso inveterado de observar e applicar a disposição juridica (*mores*).

A autoridade dos costumes, na legislação romana é incontestavel, quer se os considere em si, como concorrente para a formação das leis, quer se os considere finalmente como aniquilando estas pelo seu não exercicio.

Justiniano, seguindo ao jurisconsulto *Julianus*, fundamenta a autoridade dos costumes na vontade popular.

(2) Veja-se o desenvolvimento dos programmas XIV, XV e XVII.

(3) *Cic. de invent II*, 53, 54.

(4) *Dig. de leg. fr.* 32 (I, 3).

(5) *Lib. sing. de Ulpianus de leg. et mor.*, § 4.

Os costumes antigos, comprovados pelo consentimento dos que o seguem, parecem-nos leis, diz Justiniano, (*diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*) (6).

Um costume antigo é observado, com razão, como lei, visto como se as leis são obrigatorias porque o povo assim o quer, aquillo que for approvado por este deve tambem obrigar a todos, pouco importando, que o povo declare sua vontade por meio do suffragio ou por meio de um costume (*rebus ipsis et factis*) observado (*inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur..... nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt; merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes, nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?*) (7).

Os costumes, quanto aos seus effeitos especiaes, dividem-se em diversas especies a saber :

1.º Os costumes interpretativos das leis e taes são os de que falla o jurisconsulto Callistratus, quando diz, que o primeiro dever do interprete é investigar qual o costume popular sobre o assumpto de que cogita, por isso que o costume é um excellente interprete das leis (*si de interpretatione legis quaeratur; in primis inspiciendum est, quomodo civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo*) (8).

2.º Costumes complementares ou suppletorios das leis, que são observados e applicados nos casos especiaes, não previstos litteralmente pelas leis, e servem portanto para completar os textos vagos ou ambiguos das leis e supprir ou preencher suas lacunas (*nam imperator Severus rescripsit in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, auctoritatem, vim legis obtinere debere*) (9); de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus inductum est) (10).

3.º Costumes abrogatorios das leis e taes são os que autorisam a fazer o que a lei prohibe e a não fazer o que a lei ordena.

(6) Inst. de iur. nat. § 9.

(7) Dig. de leg. fr. 32 § 1.

(8) Ibidem fr. 37.

(9) Ibidem fr. 38.

(10) Ibidem fr. 32.



Justiniano expressamente attribue este effeito aos costumes, quando diz que o direito escripto póde ser mudado pelo tacito consentimento do povo (11), que a pena das injurias introduzida pela lei das XII Taboas, cahio em desuso (12) e ainda quando, dirigindo-se a Tribonianus, prohibio que este inserisse na compilação as leis antigas que cahiram em desuso (*quæ per desuetudinem abierunt*) (13).

D'ahi o dizer-se que, o costume, de accordo com os principios geraes do direito, e sancionado pelo consentimento do povo, revoga as leis.

Entretanto uma objecção importante contra este effeito dos costumes é ordinariamente apresentada e fundamentada em uma constituição de Constantino, onde se determina que não é para desprezar a autoridade de um longo costume, porém ella não pode ir até o ponto de prevalecer sobre a razão ou lei (*consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est: verum non usque ad eum sui valituri momento, ut aut rationem vincat, aut legem*) (14).

Como conciliar esta constituição com os textos citados?

São muitas as opiniões dos interpretes e não comportando o nosso trabalho um longo desenvolvimento, limitamo-nos a adoptar a opinião de Savigny (15) que parece-nos ter resolvido a questão.

O *consuetudinis ususque longævi* de que falla Constantino é um costume local que não póde prevalecer sobre uma lei ou costume geral, o que evidencia-se, estudando-se a constituição de Constantino sob o ponto de vista da collocação que ella occupa em relação á materia de que trata o Codigo no titulo citado.

Antes e depois da constituição de Constantino acham-se duas outras; a primeira trata de um costume local da cidade, onde reside o *præsides provincie*, ao qual incumbe observar esse costume em suas decisões (*quæ in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet*)

(11) Inst. de jur. nat. § 11.

(12) Inst. de inj. § 7 (IV., 4)

(13) Cod. de vet. jur. enuc. const. 1. § 10 (I 17)

(14) Cod. quæ sit. long. cons. const. 2. (VIII. 53)

(15) Savigny. Tr. do Dr. Rom. 1.º Vol. app. 2.



A terceira trata dos costumes locais relativos aos officios, curias, cidades etc. (*et quod officiis, curiis.... praesentum fuisse cognoscitur, perpetuae vicem obtinere statui-mus*).

Ora se todo o titulo 53 citado só trata de costumes locais, como admittir-se que a constituição de Constantino, que é a 2ª do titulo, versa sobre costumes geraes ?

A constituição de Constantino não restringio a autoridade dos costumes, e sim impedio que os costumes locais destruíssem uma lei absoluta.

E quando não se quizer acceitar esta explicação, Justiniano tira todas as duvidas, por isso que em uma epoca posterior a da compilação do Codigo consagrou em uma Novella a regra ou principio em virtude do qual o desuso revoga a lei (*haec non recipimus, quoniam et non utendo perempta est*) (16); ora é incontroverso, que as Novellas revogam as disposições do Codigo, e d'ahi a conclusão de que a constituição de Constantino, se é que não trata unicamente de costumes locais, está revogada pela disposição da Novella citada.

A autoridade dos costumes, quer completando, quer supprindo, quer abrogando ou derogando as leis, não pôde ser contestada.

§ 2.

Requisitos dos costumes

Para a formação dos costumes o direito romano exige os seguintes requisitos ou condições existenciaes :

1ª Deve o costume ser acceito geralmente, isto é, ter em seu favor o tacito consentimento do povo (*tacitus consensus populi*).

Além do fundamento que este requisito encontra na definição de *mores*, outros muitos textos claramente o exigem (17).

O costume a que faltar este requisito se denominara *local* e não *geral*.

2ª Deve o costume ser usado por longo e diuturno tempo.

(16) Nov. 89 cap. 15.

(17) Dig. de leg. frs 32 § 1º Inst. de jur nat. § 11 e outros.

O direito romano não marca o tempo necessario para que o costume tenha força de lei ; os textos para significar este longo tempo empregam as expressões *inveterata consuetudo*, *longa consuetudine*, *longævis usus*, *antiquitus probata*, *frequenter et tenaciter servata*, *per annos plurimos observata* e outras semelhantes.

3. Deve o costume ser observado e seguido uniformemente, muitas e repetidas vezes (*frequenter*) porque os actos praticados uma ou outra vez não podem constituir costume.

4. Deve o costume ser praticado de modo que os que o observam, estejam persuadidos de que o uso a isso os obriga (*opinionem necessitatis*).

5. Deve o costume ser razoavel e de accordo com os bons costumes (*quæ contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (18)— *malæ quæ consuetudines neque ex longo tempore.... confirmantur* (19).

6. Deve o costume ser comprovado (*comprobatus*).

O modo de estabelecer esta prova não é indicado pelas fontes.

7. A convicção que servir de base ao costume não deve ser erronea, de modo que com attenção ordinaria se conheça logo o erro, porquanto o que foi admittido sem razão e deve sua origem ao erro, ainda que confirmado pelo costume, não deve ser estendido aos casos semelhantes (*quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet* (20).

São estes os principaes requisitos dos costumes para que tenham força obrigatoria.

(18) Dig. de cond. inst. fr. 15 (XXVIII, 7.)

(19) Nov. 134 cap. 1.

(20) Dig. de leg. fr. 39.

XVII

DA JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAES (AUCTORITAS RERUM PERPETUO SIMILITER JUDICATARUM) E SEUS REQUISITOS.

§ 1.

Da jurisprudencia dos tribunaes

A palavra *jurisprudencia* era empregada pelos romanos para significar a sciencia do direito, ou antes o conhecimento que alguém tinha a respeito do direito, pois que *prudencia* por si só significa o conhecimento ou a sciencia de alguma coisa e d'ahi veio o chamar-se *prudentes* ou *juris prudentes* os que possuem ou sabem a *jurisprudencia*.

Justiniano e Ulpianus deliniram *jurisprudencia* o conhecimento das cousas divinas e humanas, a sciencia do justo e do injusto (1).

Já se póde ver que não é empregada pelo programma a palavra *jurisprudencia* na accepção admittida entre os romanos, e sim para significar coisa differente.

E' que a *jurisprudencia* tem propriamente dous objectos ; um que se refere ao conhecimento do direito e outro que consiste em fazer applicação dos principios do direito ou das regras da lei.

Os romanos fizeram comprehender nesta palavra somente o primeiro objecto ; modernamente tem sido considerada como a sciencia de applicar as leis ás acções dos homens ou antes de julgar as acções dos homens segundo a lei (*jurisprudencia est habitus practicus recte judicandi de actionibus hominum secundum leges*).

Entendem-se tambem por *jurisprudencia* os principios juridicos, formados e observados em cada paiz ou tribunal, e assim se diz—*jurisprudencia franceza, jurisprudencia do Supremo Tribunal de Justiça* ; emprega-se tambem a palavra *jurisprudencia* para significar o habito, ou o modo particular de interpretar as disposições de

(1) *Jurisprudencia est divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia. Inst. de just. et jur. § 2. (I, 1) Dig. eod. tit. fr. 10 § 2. (I, 1)*

uma mesma lei relativamente a uma questão, formando uma serie de julgamentos ou decisões uniformes, que por sua vez constituem um *costume usus fori*.

E' certamente nestas ultimas accepções que o programma emprega a expressão *jurisprudencia dos tribunaes*, que se póde definir : o *costume formado pelos julgamentos ou sentenças uniformes dos tribunaes quando na decisão de questões da mesma natureza applicam invariavelmente os mesmos principios ou regras*.

Esta simples noção do que seja *jurisprudencia dos tribunaes* decorre de alguns textos, que sem usarem da mesma expressão, traduzem todavia a mesma ideia.

O jurisconsulto Callistratus, tratando dos effeitos do *costume*, assignala o de completar os textos vagos ou ambiguos das leis, firmando-se em um rescripto, onde o imperador Severo decidio, que nas duvidas que nascem das leis é necessario recorrer ao costume ou a *autoridade dos julgamentos* (casos julgados) *que tem sido sempre os mesmos na questão de que se trata* (aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem) (2).

O jurisconsulto Julianus tambem parece seguir os mesmos principios, quando diz que na falta de leis escriptas e de usos deve se consultar o que se costuma observar em casos semelhantes (*quod proximum et consequens ei est*) (3).

Quaes eram, porém, as *res judicatae* de que falla Callistratus ?

Modestinus define *res judicata* (coisa julgada, caso julgado) *quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit* (4).

Estas *res judicatae* gosavam de uma grande autoridade, tinham força de lei (*vim legis*) e formavam o que o programma denomina *jurisprudencia dos tribunaes*, uma vez que rennissem os requisitos exigidos e se verificassem as condições de que falla Callistratus.

E' principio incontraverso que a lei ainda que podesse ser casuistica, não póde prever todas as hypotheses para adaptar-lhes uma regra especial : *non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis compre-*

(2) Dig. de leg. fr. 33 (I, 3). Cod. *quæ sit long. cons. const.* (VIII, 53).

(3) Ibidem fr. 32 pr.

(4) Dig. de re jud. fr. 1 (XLII, 1).

hensi já dizia Julianus, e entretanto eram os magistrados obrigados a decidir as contestações, e applicar as normas do direito ás relações e ás acções dos homens, ainda mesmo que as leis sejam ambignas, obscuras e silenciosas ou omissas acerca da hypothese sujeita a decisão do juiz (5).

D'ahi o direito que tem os magistrados de interpretar a lei, isto é, dar as suas disposições o sentido que lhe parecer mais razoavel, mais equitativo ou mais conforme á intenção do legislador (6).

D'ahi ainda o dizer Papinianus que os pretores suppriam as leis, quando estas eram omissas, e de facto as suppriam por meio de *edictos*, resultando a formação de principios e regras a que se deu o nome de *direito pretoriano*.

As leis romanas por mais completas, que fossem, corriam sempre a mesma sorte dos codigos modernos, dos quaes nenhum pretende comprehender a infinidade de relações, que todos os dias apparecem e se modificam.

Por isso o magistrado romano devia seguir pontualmente a lei, quando esta era clara (*non exemplis, sed legibus judicandum sit*) si porém era obscura, devia esclarecê-la, interpretando-a, e suppril-a quando omissa, recorrendo a tudo que podesse esclarecer seu espirito e guiar sua razão (7), e muitas vezes estendendo-a aos casos semelhantes (*ad similia procedere*) (8).

Por isso quando uma lei era omissa ou ambigua, o magistrado naturalmente procurava saber, qual a opinião seguida ou dominante na applicação de uma lei a um caso determinado e para isto não podia soccorrer-se de melhor auxilio do que consultando os *præjudicia* (9) ou o modo pelo qual se tinham julgado os casos identicos.

Por este modo formou-se ao lado das leis um deposito de maximas, de usos, de decisões e de doutrinas, que por determinação do legislador, constituiram um supple-

(5) De qua re cognoverit iudex, pronuntiare quoque cogendus est. Dig. de judiciis fr. 74 (V., 1).

(6) Dig. de cond. et dem. fr. 64. (XXXV. 1)

(7) Quod legibus omisum est, non amittetur religione iudicantium. Dig. de test. fr. 13 (XXII, 5).

(8) Dig. de leg. fr. 12.

(9) Præjudicium dicitur res, quæ cum statuta fuerit, affectu iudicaturis exemplum, quod sequantur. Ascon., in Cic. de in cæcil. c. 4)

mento da legislação, como é expresso no fragmento citado de Callistratus.

Pelo que fica dito, é patente que a origem da *jurisprudencia dos tribunaes* provém do dever que teem os juizes de decidir as questões que lhe são submittidas, e da presumpção de que aquillo que é examinado muitas vezes e julgado sempre do mesmo modo por grande numero de homens probos e instruidos, constitue a propria verdade, que se impõe pelo exemplo e pelo habito á todos.

A *jurisprudencia dos tribunaes*, ou os casos julgados (*res judicatae*) tira sua fôrça e autoridade do direito consuetudinário, do qual é uma das fontes ou elementos: pois seria erro, como diz Savigny, attribuir-se aos casos julgados autoridade independente do direito consuetudinário, visto como os *prejudicia* só podem ter valor e fôrça obigatoria como monumentos deste direito. (10).

§ 2.

Requisitos da jurisprudencia dos tribunaes

Sendo a *jurisprudencia dos tribunaes* um dos elementos, fontes, ou modos de formação do direito consuetudinário, segue-se que deve ter os mesmos requisitos que são exigidos para a constituição de um costume. (11).

Além disto outros requisitos são especialmente exigidos para que se forme a *jurisprudencia dos tribunaes* e são elles: 1.ª a existencia de casos julgados (*res judicatae*) em um certo numero que mostre constante repetição das mesmas questões; 2.ª que as *res judicatae*, isto é, os casos julgados sejam *perpetuamente* (*perpetuò*) fundados nos mesmos principios ou regras, de modo que não haja contradicção entre elles, ou differença quanto ao ponto de direito em que se baseam; 3.ª que haja *uniformidade* ou *semelhança* (*similiter*) nas especies ou causas a que se applicam os mesmos principios ou regras.

Estes tres requisitos são expressamente exigidos pelo rescripto do imperador Severo a que o jurisculto Callistratus réferio-se no fragmento já indicado.

(10) Veja-se o Cod. de sent. et. interl. const. 13 (VII, 45) e confronte-se com o Dig. de leg. fr. 38.

(11) Veja-se o desenvolvimento do programma antecedente no § 2.

Póde-se ainda considerar como requisitos os que são apontados para constituir a *causa julgada* pelos fragmentos 12, 13 e 14 do Dig. de excep. rei judicatae, que Neratius no fragmento 27 (*eodem*) reduz as seguintes palavras: *personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis*, isto é, *identidade de objecto, identidade de causa, e identidade de pessoas e de suas qualidades*, devendo aqui entender-se este ultimo requisito, não para ficar de accordo com o principio de que *res inter alios judicata aliis nec prodest nec nocet*, mas sim como condição de uniformidade ou semelhança a respeito das qualidades das pessoas a que se referir o caso julgado.

Assim se diversos casos julgados constituíssem o principio em virtude do qual os menores não seriam obrigados pelas fianças, que prestassem, estes casos julgados não poderiam ser invocados em favor de maiores, sem que d'ahi resultasse a conclusão de só applicar-se aquelle principio a certos e determinados menores, porque nesse caso devia comprehender todos os menores que tivessem as mesmas qualidades ou estivessem na mesmas condições.

XVIII

JUSTIFICAÇÃO RESUMIDA DA DIVISÃO OU CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO ROMANO PRIVADO EM DIREITO DAS PESSOAS, DIREITO DAS COUSAS E DIREITO DAS ACÇÕES

A divisão ou classificação do direito romano privado consta das Institutas e do Digesto: (*omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*) (1), todo direito, de que usamos, refere-se ou as pessoas ou as coisas, ou as acções, diz Justiniano.

Este principio de classificação a que Justiniano pretendia dar força legislativa, como se as verdades scientificas dependessem de decretação do legislador, foi extrahido das Institutas de Gaius (2) e repetido no Digesto (3). Este enunciado foi accedido pelos commentadores

(1) Inst. de jur. nat. § 12 (I, 2°) Convém notar que algumas edições das Institutas collocam o texto citado no principio do Liv. 1 tit. III de jur. personarum.

(2) Gaius Comm. I § 8.

(3) Dig. de stat. hom. fr. 1 (I, 5)

como uma regra de divisão do direito civil, foi considerado um principio classificador das leis romanas, (4) e antedateira esta regra de Justiniano, que Cujacios chegou a chamar *ineptissimi* os que a combatiam.

Modernamente os criticos não tem poupado censuras a esta classificação e os que a defendem reconhecem aliás os defeitos que são apontados.

O proprio Justiniano que consagrou esta divisão, não se lhe conservou fiel na coordenação das suas diversas compilações legislativas.

Referindo-se esta divisão ao direito privado unicamente, segundo alguns, ou a todas as leis romanas, segundo outros, nota-se que o Digesto e o Código tratam do direito publico e privado e a serie dos seus *Livros* é tão destituída de nexo que não revela observancia de methodo algum.

Nas Institutas, onde esta divisão devera ser rigorosamente observada, por serem destinadas ao ensino do direito, a distribuição das materias, que contém, não seguiu a ordem estabelecida por Justiniano.

Os escriptores não estão de accordo sobre o que deva conter a primeira parte—*de personis*— e as duvidas augmentam quando se cogita de limitar as outras duas—*de rebus et actionibus*.

Se a divisão tem por fundamento o objecto a que o direito se applica, segue-se que o *jus personarum* abrange todo direito privado, pois que não ha direito que não pertença a uma pessoa, natural ou de criação legal, o que é confirmado por um fragmento de Hermogenianus, onde este jurisconsulto diz: *quum igitur hominum causa omne jus constitutum sit* (5)

Tambem o direito das *causas* e o das *acções*, cada um de per si, podem abranger todo direito civil, uma vez que por *causas* entender-se tudo quanto póde ser objecto dos direitos, e por *acções* os modos ou meios de fazel-os respeitar e manter e não se póde conceber a existencia do direito sem um objecto a que se applique e sem meios ou força de fazer-se reconhecer e conservar; d'ahi a conclusão, que tiram alguns escriptores, de que cada uma das

(4) T. de Freitas, *Cors. das Leis civis*.
(5) *Dig. de stat. hom. fr. 2.*

trez partes, que constituem a classificação de Justiniano, pôde por si só comprehender todo o quadro do direito privado.

E esta conclusão tem em seu favor a autoridade de Leibnitz, que assim se exprime: *institutionum methodus per personas, res et actiones primum superflua est.*

Objecta-se ainda contra o systema das Institutas com as dvidas que tem suscitado a designação do lugar onde devem ser collocados os direitos relativos as obrigações, dizendo uns que pertencem á terceira parte, isto é, as *actiones*, e outros que a segunda, por serem consideradas *res incorporales*, e outros ainda que ellas constituem uma subdivisão do *direito das cousas*.

Estas e outras accusações feitas contra a classificação de Justiniano, posto que procedentes, não tem entretanto impossibilitado a alguns escriptores de procurar justificar-a, considerando-a sob aspecto differente.

A classificação do direito privado em trez partes, admittida pelas Institutas de Gaius e de Justiniano é análoga a consagração de um costume antigo entre os romanos, qual o de attribuir as regras jurídicas a três classes de objectos: — *personae, res, actiones*, o que bem denotam as expressões de Gaius — *quo ulimur*.

Não é, portanto, uma divisão do direito *subjectiva* e sim *objectivamente* considerado, que Justiniano inseriu nas suas Institutas (6).

Que importa não terem os jurisconsultos romanos, especialmente os que escreveram *Institutiones*, admittido esta classificação?

Si Gaius nas suas *Res quodidiane*, não seguiu esta divisão, foi certamente por não consideral-a científica ou philosophica; mas d'ali não pôde resultar a negação do costume referido.

Considerando-se a classificação sob o ponto de vista de seu merito intrinseco, este é incontestavel, uma vez que ella seja apreciada em seu todo e conforme a realidade das cousas, posto que nos detalhes de sua applicação não seja satisfactoria.

Sob este ponto de vista Accarias attribue-lhe um verdadeiro bom senso pratico.

De feito, quando examinamos praticamente a classifi-

(6) E' esta a opinião de alguns, referida por Savigny.

ração das Institutas é evidente que ella comprehende as instituições principaes do direito e as resume de um modo muito favoravel aos que precisam consultar as disposições legaes.

E' natural que no estudo do direito procure-se primeiramente tratar das pessoas, pois, como diz Justiniano... pouco é conhecer-se o direito, se são desconhecidas as pessoas por amor de quem foi elle constituido (*et prius personis videamus; nam parum est, jus nosse, si persone, quarum causa constitutum est, ignorentur*) (7).

Primeiramente estudam-se as *pessoas*, independentemente de suas relações com as *cousas*, sob o ponto de vista de sua posição social, de sua capacidade, de seu *status*, etc.

Depois estudam-se as *cousas* em suas relações mediatas e immediatas com as *pessoas*, e afinal supõe-se que os direitos sejam desconhecidos ou desrespeitados e então estudam-se as *acções* ou o processo seguido para fazel-os respeitar; de modo que em ultima analyse a theoria das *pessoas* tem por objecto os direitos inapreciaveis em dinheiro, a theoria das *cousas*, os direitos que constituem ou compõem o patrimonio (*direitos dos bens*) e a theoria das *acções*, a saneção pratica de todos estes direitos.

Ha ali uma concatenação de idéas, que, por não ser absolutamente mathematica, não deve por isso ser negada, nem considerada arbitraria.

Esta classificação justifica-se ainda por juntar á vantagem incontestavel de ser romana e portanto de não desnaturar a feição propria do direito romano, o merito de ser a mais commoda e facil para o estudo progressivo das diversas materias do direito.

Do mesmo modo pensa Belime (8) quando diz que o principal merito de uma classificação juridica é o de facilitar o conhecimento do direito e por isso a classificação romana tem uma incontestavel superioridade sobre os novos methodos, que não são familiares ou conhecidos geralmente; a classificação romana offerece ao espirito casos bem desermiinados, o que se não verifica nas emmanhadas e difficeis classificações modernas, que se con-

(7) Inst. de jur. nat. § 12.

(8) Inst. de Droit. IV cap. XVI.

tam pelo numero dos escriptores, produzindo confusão aos que estudam o direito

Do mesmo parecer é Demangeat (9) quando aprecian-
do as classificações geralmente seguidas na Allemanha,
diz, que sendo ellas muito dissemelhantes uma das outras,
e mais ou menos arbitrarias, só produzem o effeito de tor-
nar mais difficil aos principiantes o estudo do direito ro-
mano, e basta isto para justificar-se a classificação das
Institutas.

Ortolan (10) apesar de reconhecer que o principio
classificador, estabelecido nas Institutas não tem applica-
ção exacta, quando se trata dos detalhes, contudo esfor-
ça-se por demonstrar que sob o ponto de vista historico
deve ser preferida a divisão de Gaius como a mais pro-
pria para a intelligencia do direito romano, que deve ser
estudado e apreciado como direito romano, isto é, conser-
vando e respeitando-se sua feição, sua linguagem e seu
genio.

(9) Cours elem. do droit romain.

(10) Gener. du droit. rom.

XIX

SUCCESSO DO DIREITO ROMANO NO ORIENTE E OCCIDENTE.
ESCOLAS DOS GLOSSADORES E SEUS PRINCIPAES TRABALHOS.

§ 1.

Successo do Direito Romano no Oriente.

A legislação de Justiniano foi observada e seguida no imperio do Oriente com as modificações feitas pelos trabalhos dos jurisconsultos e pelas constituições imperiaes, até que cessou a sua autoridade com a publicação das *Basilicas*.

Estas foram observadas até a destruição do imperio em 1453, sendo então abolido o uso do direito romano no Oriente (1) ou ficando a sua autoridade muito enfraquecida até que extinguiu-se de todo.

Entre as obras dos jurisconsultos contemporaneos e posteriores a Justiniano merecem especial menção :

(a) A *Paraphrase Grega das Institutas* que é uma traducção grega das *Institutas*, acompanhada de commentarios explicativos do texto da colleção imperial.

Esta obra, attribuida a Theophilus, um dos collaboradores das *Institutas*, forneceu preciosos esclarecimentos aos interpretes do direito romano ;

(b) O *Epitome Juliani*, que é um extracto de 125 *Novellas* ; foi feito por Julianus, professor em Beryto e em Constantinopla, abreviando os textos, quando prolixos, e supprimindo os prefacios e epilogs das *Novellas*.

Este epitome a que tambem se deu o nome de *Liber Novellarum* teve grande autoridade no Occidente durante a idade media ;

(c) A *Versio Vulgata*, que é uma traducção latina de 134 *Novellas*, approvada pelo imperador Justino II, é tambem conhecida pelos nomes de *Vetus* por causa de sua antiguidade, de *Authentica* talvez para distinguil-a do *Epitome Juliani*, que não obteve a approvação imperial e o

(1) Berriat Saint-Prix—*Histoire du Droit Romain*.

de *Vulgata* em opposição a outras versões, que o uso não consagrou. (2)

Desprezada por uns por obscura e barbara, elogiada por outros pelo merito de ser exacta é a que se encontra na maior parte das edicções do *Corpus Juris*.

Dos trabalhos de outros juriconsultos sobre a legislação de Justiniano são apenas conhecidos alguns fragmentos; vejamos agora os trabalhos imperiaes.

Leão III e seu filho Constantino publicaram em 740 um resumo da legislação de Justiniano, estabelecendo notaveis alterações no direito relativo á familia.

No IX seculo a abundancia de constituições imperiaes, os commentarios contradictorios dos juriconsultos, as variantes das traducções gregas haviam produzido grande confusão no direito.

No intuito de consolidar a legislação, e principalmente em attenção á mudança dos costumes, o imperador Basilio, o Macedonio, emprehendeu em 878 uma importante reforma pela confecção de um novo codigo.

Fallecendo antes de realisar a sua empreza, seu filho Leão, o *Philosopho*, completou a reforma e promulgou-a em 887, dando ao novo codigo o nome de *Basilicas* em attenção ao imperador Basilio ou por conter as constituições imperiaes (*ta basilica*).

Constantino, o *Porphyrogeneta*, ordenou em 944 uma revisão das *Basilicas* e publicou uma nova edicção.

As *Basilicas*, extrahidas da legislação de Justiniano, das leis posteriores e dos escriptos dos juriconsultos gregos e dos canones dos concilios, são divididas em 6 partes e em 60 livros, cada livro consta de titulos e cada titulo de leis numeradas, mas sem indicação das fontes, donde foram extrahidas.

As *Basilicas* tem modernamente a utilidade de indicar o sentido em que o direito romano era entendido e applicado em uma época proxima á de Justiniano.

Logo depois da publicação das *Basilicas* alguns juriconsultos compozeram *scholios* (3) esclarecendo o texto das mesmas, o que servio posteriormente para facilitar a interpretação e supprir as lacunas dos textos.

(2) São desconhecidos os autores da *Versio Vulgata*, presume-se por causa da diversidade do estylo, que foram muitos.

(3) *Scholios* são pequenas annotações, commentarios ou glosas feitas aos textos da lei para facilitar sua comprehensão.

No XIV seculo, o jurisconsulto Harmenopolo escreveu uma obra elementar sobre o direito em 6 livros, a que se deu a denominação de *Promptuarium Juris*; teve esta obra autoridade igual a das leis e constituiu o direito civil da Grecia até a época moderna (4).

§ 2.

Successo do Direito Romano no Occidente

O uso constante do direito romano pelos povos do Occidente é comprovado por diversos monumentos juridicos e por factos historicos.

Os barbaros conquistadores das provincias romanas, ou submettiam-se ao direito romano ou permittiam o systema do *direito pessoal* em virtude do qual em uma mesma cidade os romanos regiam-se pelo direito romano, os conquistadores pelos seus costumes e os estrangeiros pelas leis de suas respectivas nações.

Alguns reis barbaros codificaram o direito que devia reger conquistadores e conquistados.

Theodorico I, rei dos Ostrogodos, promulgou em 500 sob o nome de *Edictum Theodorici* um codigo com 154 capitulos, quasi exclusivamente baseado no direito romano.

Este codigo era obrigatoriamente seguido por todos os subditos, sem distincção de vencidos e vencedores.

Alarico II, rei dos Visigodos, promulgou em 506 um codigo, obrigatorio sómente para os romanos, e extrahido de constituições imperiaes e dos escriptos dos jurisconsultos romanos.

Este codigo é conhecido pelas denominações de *Breviarium Alaricianum* em attenção ao nome de seu autor, de *Breviarium Aniani* por ter sido Anianus, quem o referendou, de *Lex romana Visigothorum* por ser destinado ao uso dos romanos no reino dos Visigodos.

Gondebaldo, ou seu filho Sigismundo, rei dos Borguinhões, fez compôr entre 517 e 536 um codigo para os seus subditos romanos, extrahido das fontes romanas e do codigo de Alarico, sob a denominação de *Lex romana*

(4) Maynz - Cours de Droit Romain § 84.

Burgundiorum e mais geralmente conhecido pelo nome de *Papiani Responsa*, ou *Papiani Liber Responsorum* (5).

Além destas collecções que são as mais importantes pôde-se accrescentar o *Brachylogus*, título dado a uma compilação systematica do direito romano, baseada nas *Institutas*, e feita na Lombardia talvez no XI ou XII seculo.

Tudo isto e o facto de ser a organização municipal dos romanos seguida até além da idade media prova o uso do direito romano no Occidente, mas a sua influencia não podia deixar de ser fraca e incerta no meio das trevas e catastrophes politicas daquelles tempos de vandalismo.

No XII seculo o direito romano resurgio com tal brilho e esplendor, que os jurisconsultos, deslumbrados, acreditaram que anteriormente elle havia sido completamente esquecido e pretenderam explicar o seu renascimento por circumstancias maravilhosas.

O renascimento do direito romano e da sciencia juridica começou em Bolonha com a fundação de uma escola de direito.

Esta escola, triumphando dos obstaculos que se lhe oppuzeram, (6) congregou os mancebos que de todas as nações vinham estudar o direito e estes voltando á patria fundaram novas escolas e applicaram o direito romano no fôro, de modo que em pouco tempo o clarão de Bolonha illuminou todo o occidente e o direito romano foi seguido como legislação commun e universal.

Começa então a *escola dos Glossadores*.

§ 3.

Escola dos Glossadores e seus principaes trabalhos

Glossadores eram, a principio, os jurisconsultos que explicavam ou interpretavam os textos do *Corpus Juris*,

(5) O título de *Papiani Liber Responsorum* foi dado por Cujas, seu primeiro editor, indusido em erro por uma citação de um frag. de Papiniani, Lib. I. *responsorum* e em que o nome *Papiniani* estava escripto abreviadamente *Papiani* segundo o uso daquelles tempos.

(6) Os obstaculos constam de uma ordem do concílio de Tours e do papa Honorio 3. prohibindo o estudo do direito romano pelo mal que d'ahi vinha ao direito romano.

palavra por palavra, ou cada phrase separadamente por meio de pequenas notas a que chamavam *glossa*.

Estas notas explicativas (*glossæ*) eram, ora intercaladas no texto (*glossæ interlineares*) ora escriptas a margem do livro (*glossæ marginales*).

Eram os *glossadores* tambem chamados *summistas* porque costumavam fazer extractos ou resumos (*summæ*) das materias contidas em cada titulo dos livros do *Corpus Juris*.

Além destes trabalhos elementares os *glossadores* faziam *commentarios* (*apparatus*) sobre os textos mais importantes; colligiam todos os casos ou *hypotheses* (*casus*) a que eram applicaveis os textos; formulavam regras geraes de direito, acceitos como axiomaticos (*brocarda*) publicavam obras sobre o processo (*ordines iudiciorum*) discutiam publicamente questões juridicas (*disputationes*) e finalmente faziam prelecções de direito aos seus discipulos.

Notam-se nos *glossadores* muita ignorancia, erros de historia, estylo barbaro e outros defeitos, mas até certo ponto encontram elles justificação na falta de altos conhecimentos scientificos naquelles tempos, na ausencia de certos escriptos e fontes, sómente hoje conhecidos e nas difficuldades que tiveram no comêço de uma carreira inteiramente nova.

Os *glossadores* se dividem nas seguintes principaes escolas:

(a) Os *Irnerianos*, assim chamados do nome de Irnerio, fundador da escola de Bolonha e dos estudos do direito romano.

Os *irnerianos* subdividiram-se em *bulgarianos* e *gosianos*, sectarios de Bulgarus e Gosias, discipulos de Irnerio, que divergiam por inclinar-se mais o primeiro ao rigor do direito e o segundo a equidade.

A escola *irneriana* durou cerca de um seculo (1128 1227).

(b) Os *Accursianos*, do nome de Accursio, discipulo de Azo (7) e distinguem-se dos *irnerianos* pelos seus trabalhos mais desenvolvidos sobre o direito.

Accursio, refundindo as *glossas* de seus antecessores

(7) Azo, jurisconsulto da escola *irneriana*, foi discipulo de Irnerio.

e augmentando-as com as suas proprias, formou a *Grande Glossa*, *Glossa ordinaria* ou *Glossa Accursiana* que obteve grande autoridade no tóro, sendo preferida aos proprios textos. (8)

Esta escola durou pouco mais de um seculo (1227 1340).

(c) Os *Bartholistas*, do nome de Bartholo, fundador desta escola, que se distinguio pelo extenso desenvolvimento de seus trabalhos sobre as obras dos juriconsultos anteriores, pela applicação da dialectica á sciencia do direito (9) e pelo esforço que empregaram em descobrir a *communis opinio* (10) sobre uma hypothese ou caso.

Esta escola durou quasi dois seculos (1340---1518).

(d) Os *Cujacianos*, do nome de Cujas, que apesar de ser um dos ultimos juriconsultos principaes desta escola, foi quem forneceu-lhe a denominação pela importancia e autoridade do seu nome entre os sectarios da mesma.

E' tambem chamada *Alciatina*, do nome de Andre Alciati, um dos fundadores desta escola, que se distinguio das anteriores pela nova direcção que deu ao estudo do direito, illustrando-o com as luzes da historia, da philosophia e da philologia e sujeitando-o a uma critica severa.

E' a epoca da jurisprudencia elegante.

Os adversarios desta escola chamavam aos *cujacianos* --- *grammaticos* e *nominalistas*, para indicar que estes preocupavam-se mais com a fórma e com os nomes do que com a realidade.

Uma fracção de juriconsultos separou-se desta escola para fundar a dos *Ramistas*, sectarios do systema do philosopho Ramus, que em cada materia investigava quatro especies de causas, a *material*, a *formal*, a *efficiente* e a *final*. Esta escola, que teve por fundador Wesembeck, professor em Iena, teve poucos sectarios e não progredio.

A escola *cujaciana* começou no XV seculo com Angelo Politiano e nella termina a escola dos *glossadores*.

(8) *Volo pro me potius glossatorem quam textum*, dizia um autor do XV seculo.

(9) Por isso Bach chama a Bartholo o inventor da *chicana*.

(10) Descobriam a *opinião communis*, sommando os pareceres e opiniões dos juriconsultos sobre um assumpto e prevalecia o parecer do maior numero.

XX

INTRODUÇÃO DO DIREITO ROMANO EM PORTUGAL E NO
BRAZIL, SUAS CAUSAS E INFLUENCIA NA LEGISLA-
ÇÃO E NO FORO.

§ 1.

*Introdução do Direito Romano em Portugal
e suas causas*

A introdução do direito romano em Portugal é attribuída por uns ao tempo de D. Affonso Henriques, primeiro rei de Portugal (1) outros attribuem-na ao tempo do reinado de D. João I (2) e outros ao tempo de D. Affonso II (3).

Ao tempo de D. Affonso Henriques, Portugal, nação ainda comparativamente fraca, não podia cogitar da renovação e aperfeiçoamento de sua legislação; precisava concentrar todos os seus esforços em defender e firmar a sua nacionalidade e em organizar o seu governo.

Além disto não era possível que o direito romano, cujo crédito e brilho começavam apenas a despontar na escola de Bolonha, pudesse penetrar as trevas em Portugal, sendo tão grandes as difficuldades, que á livre comunicação dos povos oppunha o feudalismo.

O facto da introdução do direito romano em Portugal, para com certeza ser determinado, não deve ser estudado, em relação ao tempo de um ou outro reinado isoladamente, pois, é incontroverso que essa introdução operou-se gradualmente.

E' preferível referir-a a uma época que comprehenda desde os primeiros conhecimentos desse direito até a sua adopção pelos costumes e pela legislação e seu ensino nas escolas.

Attribuir a introdução do direito romano em Portu-

(1) J. A. Figueiredo. *Memoria sobre a época certa da introdução do Direito Justiniano em Portugal.*

(2) T. A. Villa Nova Portugal. *Memoria sobre a época fixa da introdução do Direito Romano em Portugal.*

gal ao tempo dos reinados de D. Affonso II ou de D. João I seria restringil-a ao conhecimento que deste direito tinham os jurisconsultos ou a sua acceitação pelos costumes, ou sómente a sua adopção pela legislação.

Durante a primeira dynastia portugueza e principio da segunda, que formam justamente a época em que pôde-se affirmar que o direito romano foi introduzido em Portugal, isto é, de D. Affonso Henriques a D. João I, (1140-1385) (3) diversas causas determinaram a vulgarisação e acceitação do direito romano.

O *Breviarium Alaricianum*, sendo em grande parte extrahido do direito romano, e observado em toda a Hespanha; a consideração e autoridade, que o direito canonico, tambem em parte inspirado pelo direito romano, alcançou desde a fundação da monarchia; a *Lei das Partidas* de D. Affonso X, o *sábio*, (4) na generalidade copiada daquelle direito a qual sendo mandada traduzir por D. Diniz, parece que foi de algum uso em Portugal; o esplendor da escola de Bolonha, que derramou o conhecimento do direito romano por toda a Europa; o credito e immensidade deste direito para regular o maior numero de casos; o interesse que os reis tinham em fazer adoptar o direito romano, porque descrevia e garantia-lhes os *direitos reaes* contra a desordem feudal; a facilidade de recorrer a lei escripta, quando o costume por local, parcial e não escripto tinha perdido o vigor; as citações e referencias que ao direito romano eram feitas nos documentos, contractos e *concordatas*; finalmente o ensino publico deste direito na universidade, eis as causas de sua introdução na legislação e no fóro de Portugal.

§ 2.

Influencia do Direito Romano na legislação e no fóro

A influencia do direito romano na legislação portugueza accentuou-se definitivamente a contar de D. João I

(3) Prefação as Ords. de Affonso V; Mello Freire *Hist. Jur. Civ. Lus*; A Herclano *Histor. de Portugal*

(4) *Lei das Partidas*, tambem conhecida pelo nome de *Código das Sete Partidas* por ser dividido em 7 partes, foi promulgada em Castella.

que mandou organizar um *codigo nacional*, que, concluido na menoridade de D. Affonso V, teve a denominação de *Ordenações Affonsinas*, sendo em parte observado no tempo de D. João I.

Estas *Ordenações* foram principalmente extrahidas do direito romano, fazendo-se sobre algumas materias uma traducção livre ou paraphrase de titulos inteiros do *Corpus Juris*.

A mesma influencia, se não maior, pela decrescente autoridade e uso do direito feudal, teve a legislação romana nas codificações posteriores---as *ordenações Manueltas* e *Philippinas*, que ainda hoje são a principal fonte do nosso direito civil.

Com effeito, por um lado as mudanças politicas, operadas no reinado de D. João I, trouxeram como consequencia alterações no direito civil e por outro lado a necessidade de proscreever a *Lei das Partidas* para tornar completa a separação de Castella, impunha o Dr. João das Regras e outros jurisconsultos com os seus escriptos contribuíram poderosamente para essa substituição.

E' no fôro que a influencia do direito romano foi tanta quanta jamais alcançara em outro paiz.

Declarado direito *subsidiario*, conjuncta, mas gradualmente com o direito canonico e opiniões de Accursio e de Bartholo, nas *Ordenações Affonsinas* (5) e igualmente nas *Manoelinas* (6) e *Philippinas* (7) gosou sempre de grande autoridade.

Não foi, entretanto, a razão de ser elle subsidiario, a causa unica que determinou sua immensa autoridade no fôro, mas tambem o ter sido objecto exclusivo dos estudos e escriptos dos jurisconsultos de então e o ser exigido como habilitação indispensavel para ser-se magistrado ou advogado e ainda por ser fonte do direito portuguez.

Assim legitimado e firmado o dominio do direito romano, cada vez se foi elle mais alargando no fôro, de

(5) L. 2, Tit. 6 8 ou 9 (conforme os exemplares) que tem por epigrapha: — Quando a ley contrradiz áa de grratal, qual dellas se deve guardar.

(6) Liv. 2, Tit. 5 — Como se julgaram os casos que nom forem determinados por nossas ordenações.

(7) Liv 3 Tit. 64 — Como se julgaram os casos que não forem determina-tos por as Ordenações.

modo que as leis nacionaes eram postergadas e os direitos dos litigantes obscureciam-se e tornavam-se vacillantes e incertos (8).

Para fazer cessar semelhantes abusos foi promulgada a lei de 18 de Agosto de 1769, que no § 9.º declarou as leis romanas privadas de força extrinseca e só applicaveis, quando conformes com a *bôa razão* (9) a qual consiste nos primitivos principios que contém verdades essenciaes, intrinsecas e inalteraveis, estabelecidas pela ethica ou pelos direitos divino e natural ; ou nas regras que de universal consentimento estabeleceu o direitos das gentes ; e nas leis politicas, economicas, mercantis e maritimas das nações christãs.

Apezar destas disposições da lei o direito romano continuou a ser largamente applicado no fôro, que ficou entregue as inspirações da *bôa razão*, tão vagamente definida.

Reconheceu o legislador a necessidade de restringir o sentido em que era empregada essa expressão --- *bôa razão*,--- o que fez, interpretando authenticamente a lei de 1769 nos Estatutos da Universidade de Coimbra, approvados por Carta de lei de 28 de Agosto de 1772 e determinando que, para se conhecer, se as leis romanas são ou não conformes a *bôa razão* cumpre indagar, se se fundam em alguma razão puramente civil e peculiar do povo romano, como a sua religião, costumes e maximas ou circumstancias daquelles tempos ; e se tem sido admittidas no *uso moderno* das nações civilisadas, devendo-se para este fim consultar as obras dos jurisconsultos, que sobre este assumpto têm escripto.

Não ficou, entretanto, o uso do direito romano proscripto do fôro, ao contrario conservou elle a mesma autoridade de que gosava pela anterior legislação, pois continuou a ser seguido, como direito subsidiario, em todos os casos não providenciados por lei, estylo ou costume do reino, comtanto que fosse conforme á *bôa razão*, ou corregido segundo as declarações legaes.

(8) Ribas— *Curso de Dir. Civ. Bras.*

(9) Lêa-se o § 9 da Lei de 18 de Agosto de 1769 (*Lei da Bôa Razão*) que declara a autoridade do Direito Romano e canonico, dos Assentos, Estylos e Costumes.

§ 3.

Introdução do Direito Romano no Brazil, suas causas e influencia na legislação e no fôro

No Brazil a introdução, do direito romano realisou-se em virtude da legislação portugueza, que já o havia acceito, e que até hoje tem constituido a fonte principal do nosso direito civil.

Em quanto colonia portugueza o Brazil regeu-se pelas leis portuguezas, continuando na mesma situação depois de elevado a reino pela carta de lei de 16 de Dezembro de 1815.

Depois da Independencia as circumstancias daquelle tempo impuzeram-nos a necessidade de acceitar ainda a legislação portugueza para nos servir de regras reguladoras das nossa relações civis.

Um dos primeiros e mais importantes actos da Assembléa Constituinte foi a lei de 20 de Outubro de 1823, mandando vigorar no imperio as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções, promulgados pelos reis de Portugal e pelas quaes o Brazil se governara até o dia 25 de Abril de 1821 e todas as que foram promulgadas daquelle data em diante por D. Pedro de Alcantara, como regente do Brazil, em quanto Reino e como Imperador Constitucional desde que se erigio, em Imperio, em quanto *se não organisava um novo Codigo*, ou não fossem especialmente alteradas.

Em virtude desta lei o direito romano é entre nós direito subsidiario, como o era em Portugal pelas *Ordenações do Reino* e basta isto para demonstrar a sua influencia na legislação e no fôro do Brazil (10).

(10) Veja-se o § 3 do 1.º programma a pag. 9.



ELEMENTOS DE DIREITO ROMANO

PARTE SEGUNDA

DO DIREITO DAS PESSOAS



PARTE SEGUNDA

DO DIREITO DAS PESSOAS

XXI

DO DIREITO DAS PESSOAS

§ 1.

Condições de existencia das pessoas. Das pessoas naturaes e juridicas.

O direito das pessoas, segundo o sentido em que esta expressão é empregada pela Inst. *de jure personarum*, refere-se as condições da existencia das *pessoas* (*personalidade*) e a sua capacidade e estado (*caput, status*).

Pessoa é todo ente susceptível de direitos e obrigações (1).

Segundo os principios geraes do direito todo homem é pessoa, mas em face da lei ha homens que não são pessoas, (os escravos) e pessoas que não são homens (as juridicas).

As pessoas podem ser creadas natural e legalmente e d'ahi a divisão das pessoas em relação a sua origem, em *pessoas naturaes* ou *physicas* e *pessoas juridicas*.

Por direito romano só é homem ou *pessoa natural* o ente nascido de mulher, concorrendo os seguintes requisitos: *1. ter a fôrma humana*, sendo considerado *monstrum* ou *prodigium* o feto cujos vicios e irregularidades impor-

(1) Pessoa de *persona*, ou *personare* (rescar) significava a principio a mascara usada pelos actores para augmentar a voz ou para um só individuo poder representar diversos papeis, mudando de mascara. Dahi passou a palavra *persona* a significar o caracter que o actor representava, depois ao papel que cada individuo representa na vida social e finalmente a ter a significação tecnica que lhe dão os juristas.

tassem a inteira ausencia daquelle fôrma (2); 2.^a, *estar completamente separado da mãe* do contrario será considerado, como fazendo parte das visceras maternas e ainda não nascido (3), sendo indifferente que o parto seja natural ou por meio de operação cirurgica; 3.^a, *viver depois desta completa separação* (4) sendo bastante que dê quaesquer signaes certos de vida, qualquer que seja a duração da vida e independentemente das condições de vitalidade (5).

Excepcionalmente e por meio de uma ficção considera-se provisoriamente como nascido para que comece a gozar de capacidade o filho desde que é concebido, si se tratar de seus interesses --- *nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur*. (6).

Como limite da existencia das pessoas naturaes o direito romano marcava a idade de 100 annos (7); morrendo na mesma occasião duas pessoas, presume-se que falleceram no mesmo momento, excepto quanto aos pais e filhos, pois que se estes forem impuberes, presume-se que morreram primeiro e depois se forem puberes.

As pessoas *juridicas*, assim chamadas por serem de criação legal, são tambem conhecidas pelos nomes de *personas civis, moraes, abstractas e ficticias* por não serem de existencia visivel.

Os romanos não tinham um termo generico que as denominasse, diziam para significar-as *personae vice fungitur, personae vicem sustinet*.

(2) Dig. de statu hom. fr. 14 (I,5); de verb. sig. fr. 88, 135 e 141 (L. 16) Cod. de posth. hered. inst. const. 3 *in fine* (VI, 29).

(3) Dig. de insp. vent. fr. 1 § 1 (XXV,4) *Partus antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*. Dig. ad Leg. Falc. fr. 9 § 1 (XXXV,2); de statu hom. fr. 28 (I,5).

(4) Cod. de posth. hered. inst. const. 3 (VI,29) Dig. de verb. signo fr. 129.

(5) Cod. (ejusdem tit.) const. 2. *Vitalidade* ou *viabilidade* consiste na maturidade do feto e na ausencia de vicio de conformação de modo que seja provavel a prolongação da vida. Alguns romanistas exigem a vitalidade, como condição da personalidade, mas não ha textos positivos em que se fundem e de mais a medicina não póde affirmar em todos os casos sem receio de erro os requisitos da vitalidade.

(6) Dig. de st. hom. frs., 7 e 26; de verb. sign. fr. 232, Inst. de bon. po. ss (III,9).

(7) Arg. do Cod. de Sacr. Eco. const. 19 (XXXII,2).

Pessoa jurídica é, segundo a definição de Savigny, o sujeito do direito dos bens, creado artificialmente.

São característicos das pessoas jurídicas : 1.º deverem a sua personalidade a disposição expressa da lei, e autorisação do Estado ; 2.º a restricção de sua capacidade aos direitos patrimoniaes ; 3.º o necessitarem de uma pessoa physica que as representem.

O direito romano reconhece como pessoas jurídicas : 1.º (as de existencia necessaria) o Estado, o príncipe, como detentor do supremo poder, o thesouro do povo (*aerarium*) e o do príncipe, (*fiscus*) os municipios, as cidades e outras povoações inferiores, e as curias ; 2.º (as de existencia voluntaria) os collegios de sacerdotes pagãos e depois os do clero christão, as sociedades de funcionarios publicos, principalmente as dos *scribas* (*decuriae*) e as corporações de artífices (8), 3.º as instituições pias, 4.º as heranças jacentes, isto é, as que não tinham successores, ou cujos successores eram desconhecidos (9).

§ 2.

Das pessoas em relação ao seu estado.

As diferentes qualidades, que se verificam nos homens, em virtude das quaes e segundo as leis elles gozam de direitos e ficam sujeitos á obrigações, ainda que muitas e diversas, resumem-se, segundo os jurisconsultos romanos, em trez qualidades ou condições principaes, que reunidas na mesma pessoa, formam o que elles chamavam *status* ou *caput*,— consubstanciação de todos os direitos e deveres sociaes.

A estas trez qualidades ou condições que os romanos designavam pelas expressões de *status libertatis*, *civilitatis* e *familie*, correspondiam os trez principaes grãos de capacidade das pessoas.

Estes trez estados serviam de fundamento uns aos ou-

(8) Essas sociedades precisavam ter pelo menos trez socios, e extinguiam-se sendo dissolvidas por convenção, por prohibição da lei ou pela falta de representantes.

(9) Ribas — *Curso de Dir. Civ. Bras.*

tros na ordem em que se acham de modo que a perda do primeiro importava a dos outros e a perda do segundo acarretava a do ultimo.

Estas perdas de estado equivaliam a outras tantas restricções de capacidade ou condições modificativas do estado juridico das pessoas, e se denominavam *capitis deminutiones*, (10) a *maxima* que consistia na perda da liberdade, a *media* na perda da cidade, e a *minima* na da familia.

A cada um dos trez principaes estados correspondiam outras tantas grandes divisões das pessoas em:

1ª *Liberi e servi* (11) os *liberi* subdividião-se em *ingenui e libertini*.

2ª *Cives, latini e peregrini*.

3ª *Personae sui juris e alieni juris*.

Livres (*liberi*) são os que tem o poder natural de fazer o que querem se a violencia ou a lei lh'os não prohibe (*et libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur*. Inst. de jur. pers. § 1º)

Escravos (*servi*) são os submettidos contra a natureza ao dominio de outrem (*quis dominio alieno contra naturam subicitur*. Inst. cit. § 2º)

Cidadãos romanos (*cives*) eram os que gozavam dos direitos politicos (*jus civitatis, jus suffragii et honorum*) (12) e dos direitos civis (*jus quiritarium*) (13).

A qualidade de cidadãos romanos (*civitas*) era adquirida

(10) *Caput* em linguagem juridica designava o estado das pessoas, o capitulo do censo onde se inscreviam os nomes das pessoas e tambem significava a propria pessoa. *Deminutio* significava perda ou diminuição, eutretanto alguns pensam o contrario por que a *minima capitis deminutio* operava em alguns casos somente a mudança do estado da familia.

(11) Inst. de jur. pers. pr. *Summa divisio de jure personarum haec est, omnes homines aut liberi sunt aut servi*.

(12) *Jus civitatis* comprehendia o direito da inscripção de nome no Censo, de servir na *militia lecta*, de votar nos comicios, de exercer cargos de magistratura e sacerdocio e de tomar parte nos sacrificios religiosos.

(13) *Jus quiritarium* comprehendia os direitos de liberdade, de constituir uma familia (*gens*) de contrahir justas nupcias (*jus connubii*), de contrahir e praticar certos actos mediante certas solemnidades (*jus commercii*).

rida de trez modos : por *nascimento*, (3) por *concessão* (14) e pela *manumissão* (15).

Peregrinos (*peregrini*) eram os estrangeiros submettidos a dominação romana, e os povos independentes, amigos e alliados dos romanos.

Estes ultimos, quando em guerra com os romanos, eram chamados *hostes*.

Aos peregrinos eram applicadas as regras de *jus gentium*.

Entre os peregrinos e os cidadãos romanos havia uma classe intermedia, a dos latinos (*latini*) que eram a principio os povos do antigo Lacio (*latini veteres*) depois os que constituíam as colonias latinas (*latini coloniarii*) e ultimamente os escravos manumittidos, segundo as prescripções da lei *Junia Norbana* (*latini Juniani*).

Os latinos gozavam do *jus commercii*.

Todas estas distincções desappareceram com a constituição de Caracalla que conferio a qualidade de cidadão romano a todos os subditos do imperio (16).

Perdia a *civitas* o cidadão que soffria a *maxima e media capitis deminutio*. Esta tinha lugar quando o cidadão se tornava escravo, quando era condemnado a interdicção d'agua e do fogo, á deportação, ao trabalho das minas, a combater com as feras (*ad metallum et bestias*), e quando emigrava.

Além dos trez estados ou condições principaes sob os quaes temos considerado as pessoas, estas ainda eram divididas segundo o direito romano :

(a) Em relação ao *parentesco* em agnados e cognados, conforme era o parentesco estabelecido pela *agnatio* (parentesco civil) ou pela *cognatio* (parentesco natural) ;

(b) Em relação ao *sexo* em homens e mulheres, servindo esta divisão de base a certas restricções peculiares a capacidade das mulheres e á privilegios que lhes eram concedidos ;

(14) Por nascimento quando provinha a *civitas* da mãe ou do pai ; d'este se era cidadão e se tinha *jus connubii*, d'aquella se era *civis romana* e tinha filhos *extra matrimonium*.

(15) Por concessão, a principio, do povo e depois do imperador (príncipe) era dada a *civitas* a individuos, a provincias e Estados inteiros.

(16) Pela manumissão concedendo-se a liberdade ao escravo

Em relação a *idade* em maiores, os que tinham mais de 25 annos, e em menores, os que não tinham atingido esta idade.

Os menores se subdividiam em puberes que eram os homens maiores de 14 annos e as mulheres de 12 annos, e em impuberes os que não tinham ainda esta idade, e subdividiam-se em infantes até os 7 annos e d'aí em diante eram impuberes *pubertati proximi et infantie proximi*, conforme achavam-se mais proximos da época da infancia ou da puberdade.

(d) Em relação a *saude* em sãos (*sani*) e doentes (*morbo aut vitio laborantes*).

(e) Em relação a *religião* e no ultimo periodo do direito romano, as pessoas se dividiam em *fideles* e *infideles*, segundo seguiam ou não a religião do christianismo; os primeiros subdividiam-se em *catholici* e *heretici*, segundo aceitavam ou não todos os dogmas da Igreja; os segundos em *judaei* e *pagani* conforme seguiam a lei de Moysés ou do polytheismo e em *apostatae* os que abandonavam as doutrinas do catholicismo.

(f) Em relação a *consideração civil* (*existimatio*) em pessoas que gosavam da plenitude da consideração civil e pessoas, que não gosavam dessa plenitude por terem incorrido em *infamia* e *indignidade*. (17).

Os diferentes estados ou condições que fundamentam estas divisões das pessoas servem ao mesmo tempo de base e motivo para restricções e desigualdade da capacidade juridica das mesmas.

§ 3.

Da escravidão e condição dos escravos

Escravidão é uma instituição do direito das gentes pela qual é alguém submettido contra a natureza ao dominio de outrem (*servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subijcitur*. Inst. de jur. pers. § 2°).

(17) Dig. de stat hom. fr. 17 (I,5). Nov. 78 cap. 5.

Da outra divisão em *persona sui juris et alieni juris* trataremos no programma XXIII.

Segundo o jurisculto Marcianus, que neste ponto acha-se em desacôrdo com a Instituta, as causas da escravidão dividiam-se em duas classes: uma que se fundamentava no *jus gentium* e outra no *jus civile*. (18)

As causas da escravidão, segundo o *jus gentium*, eram a captura (*per captivitatem*) e o nascimento.

Pela captura tornavam-se escravos os que eram feitos prisioneiros em uma guerra entre duas nações, precedida de uma declaração regularmente feita. (19)

Os prisioneiros de piratas ou de guerra civil não eram escravos.

Por nascimento era escravo o que nascia de uma escrava (*ex ancilla*) qualquer que fosse a condição do pai (*partus sequitur ventrem*); bastava, porém, que a escrava fosse livre um momento durante o tempo da concepção ao parto para que o filho fosse livre (20).

Por direito civil (*jure civili*) tornavam-se escravos:

(a) O devedor que não podia satisfazer ao credor e depois de vendido *trans Tiberim*, o que foi posteriormente abolido.

(b) O que era agarrado furtando (*fur manifestus*) ficava escravo daquelle a quem tivesse feito o furto em pena do seu acto; esta pena foi pelo edicto dos pretores substituída por uma multa pecuniaria.

(c) O que fugia ao recrutamento (*lectio*) era vendido pelo Estado como escravo, o que cahio em desuso posteriormente.

(d) O que se não tinha alistado no censo tornava-se escravo, porque só os escravos não tinham inclusão no censo, o que desapareceu com a abolição do censo.

(e) A mulher, que tinha relações com um escravo sem consentimento do senhor e apesar de trez avisos deste,

(18) Marcianus dizia: *Servi in dominium nostrum rediguntur, aut jure civili, aut gentium*. Dig. de stat. hom. fr. 5 § 1. Justiniano dizia: *Servi aut nascuntur aut fiunt, nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium aut jure civili*. Inst. de jur. pers. § 4. Marcianus é mais methodico.

(19) Por excepção eram tambem escravos os prisioneiros que mesmo em plena paz faziam os romanos entre os povos que não eram seus alliados. Dig. de capt. fr. 5 § 2 (XLIX, 15.)

(20) Inst. de ing. pr. *sufficit ei qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse*.

ficava escrava do senhor do escravo com todos os filhos, o que foi revogado por Justiniano. (21)

(f) Os condemnados *ad metallum* ou *ad bestias* ou á morte tornavam-se escravos da pena (*servi pence*), o que foi revogado pela Nov. 22 cap. 8.

Todas estas causas de escravidão *jure civili* não foram acceitas pela legislação de Justiniano e sim sómente as duas seguintes :

(g) O que tendo vinte annos de idade se deixava vender dolosamente, como escravo, para depois provar que era livre e participar do dinheiro da venda, ficava sendo escravo. (22)

(h) O liberto a quem tinha sido espontaneamente concedida a liberdade e que por violencias ou outra falta grave manifestava ingratidão para com seu patrono era a requerimento deste considerado escravo pelo pretor e entregue por este ao patrono. (23) /

A condição legal dos escravos pode ser resumida nas seguintes proposições :

Primeira, o escravo era considerado cousa (*sine capite*) e o senhor tinha sobre elle o direito de vida e morte (*jus vitæ et necis*) segunda, o escravo não tinha patrimonio, tudo o que adquiria era para o senhor ; terceira o escravo não podia obrigar-se validamente, excepto por delicto ou por ordem do senhor, e se alguém obrigava-se para com elle, transferindo-lhe algum direito, este direito pertencia ao senhor.

Na epoca do Imperio a condição do escravo foi sendo pouco a pouco melhorada senão em attenção aos escravos ao menos por interesse publico (*expedit reipublicæ ne quis re sua male utatur*).

Assim uma lei *Petronia* do tempo de Nero prohibio a venda de escravos para combater com as feras ; o imperador Adriano abolio o *jus vitæ et necis*, devendo o magistrado decidir sobre a applicação da pena de morte ; Antonino Pio prohibio os tormentos crueis e obscenos sobre os escravos e determinou que o senhor que matasse

(21) Inst. de succes. subl. § 1. (III, 12).

(22) Dig. de lib. caus. fr. 7 (XL, 12).

(23) Dig. de agnosce vel alend. lib. fr. 6 § 1. (XXV, 3) Cod. de lib. et lib. cor. const. 1 e 2 (VI 7).

um seu escravo ficava sujeita a mesma pena que o que maltrava o escravo alheio ou um homem livre.

O senhor que maltratava o escravo, era obrigado a vendel-o, e assim muitas outras concessões foram feitas aos escravos.

Não ha differença na condição dos escravos, diz a Instituta (*in servorum conditione nulla est differentia*) mas isto só é exacto em relação aos direitos do senhor sobre o escravo, pois muitas differenças de *facto* existiam conforme as profissões ou officios a que eram destinados os escravos.

Mesmo sob o ponto de vista juridico havia distincção pois os *servi publici populi romani*, por excepção, podiam ter um patrimonio.

XXII

DOS INGENUOS, DOS LIBERTOS E DAS MANUMISSÕES

§ 1.

Dos ingenuos

Ingenuo (1) é o que nasce livre e nunca tem estado em justa escravidão.

Justiniano na Instituta *de ing.* definia ingenuo aquelle, que ao nascer era logo livre, (2) exigindo portanto como condição da *ingenuidade* sómente o ser livre ao nascer, mas como os livres por nascimento podiam tornar-se escravos e embora posteriormente readquirissem a liberdade, já não eram ingenuos e sim libertos, por isso exige-se mais como condição da *ingenuidade* que o livre nunca tenha estado em justa escravidão.

Diz-se na definição *justa escravidão*, porque póde-se estar em servidão (*in servitute*) e não ser-se escravo (*ser-*

(1) *Ingenuus*, segundo Ortolan, era o que nascia em uma *gens*, isto é, o que tinha genealogia, familia, avós livres.

Outros derivam *ingenuus* de *gignendo* — o que era livre pela geração em opposição aos que eram livres por manumissão.

(2) *Ingenuus est is qui statim, ut natus est, liber est.* Inst. cit. pr.

us non esse) como no caso do prisioneiro de piratas, que está em servidão porque não gosa de liberdade, mas não é escravo porque a lei não reconhece a captura por piratas como uma causa de escravidão.

E' neste sentido, que deve ser entendido o § 1.º da Instituta *de ing.*, fazendo-se distincção entre as expressões : *in servitute esse*, que exprimem o facto e *servus esse*, que denotam o direito (3).

Eram ingenuos por nascimento os filhos do matrimonio de dous ingenuos ou de um ingenuo e um liberto ou de pai e mãe libertos ; tambem o filho de mãe livre e pai escravo, o de mãe livre e pai incerto e o de mãe escrava, que durante a gestação foi livre ao menos por um momento (4).

Por ficção consideravam-se ingenuos, como se fossem livres desde o nascimento :

(a) Em virtude da ficção do *postliminium* o ingenuo, que, feito prisioneiro de guerra e tornando-se portanto escravo, voltava posteriormente á patria (5).

(b) O que era declarado ingenuo por sentença, em virtude do principio --- *res judicata pro veritate accipitur*.

(c) Aquelle, que, sendo-lhe deferido juramento pelo patrono, jurava que era ingenuo, porque considerava-se que o juramento tinha efficacia maior que a cousa julgada (*majorem que habet auctoritatem, quam res judicata*) (6).

(d) O liberto a quem o principe concedia a *restitutio natalium* (7).

(e) O liberto a quem o principe concedia o *jus aureorum annulorum*. (8)

A *restitutio natalium* conferia o *status ingenuitatis*, ao

(3) *Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse et postea manumissum esse. Inst. cit. § 1.*

(4) *Inst. cit. pr.*

(5) *Postliminium* era uma ficção pela qual se considerava nunca terem sido captivos os que, feitos prisioneiros, conseguiam escapar-se e voltar ao territorio romano. *Inst. quib. mod. pol. solv.* (1, 12) § 5.

(6) *Dig. de jurej. : fr. 30 § 4.º (XII, 2).*

(7) *Restitutio natalium*, como a expressão indica, era uma especie de regeneração, que tinha logar pela restituição da condição que o individuo devia ter ao nascer, pois segundo a natureza todos os homens nasciam livres.

(8) *Jus aureorum annulorum* era o direito de usar o anel que servia para distinguir os ingenuos dos libertos.

passo que o *jus annulorum* apenas conferia *imago ingenuitatis* ou *jura ingenuitatis*, salvo *jure patroni* e por isso no primeiro caso era necessario o consentimento expresso do patrono, e no segundo bastava que o patrono, sabendo, não se oppuzesse.

As differenças entre as condições de ingenuos e libertos foram abolidas por Justiniano, excepto a que se referia aos direitos e obrigações entre patronos e libertos (9).

§ 2.

Dos libertos

Libertos eram os manumittidos de servidão legitima (*libertini sunt qui ex justa servitute manumissi sunt*).

Esta definição da Instituta não é exacta, porque sem o acto da manumissão o escravo podia tornar-se liberto, como prova o Digesto no titulo --- *qui sine manumissione ad libertatem perveniunt* (10) e por isso em lugar de *manumissi sunt* deve-se dizer *liberati sunt*.

Os libertos eram assim chamados em relação ao patrono e libertinos em relação ao estado civil.

A condição dos libertos era, a principio, igual a dos cidadãos romanos, posteriormente e antes de Justiniano esta condição variava conforme a classe a que pertenciam os libertos, que eram divididos em *cidadãos*, *latinos junianos* e *deditícios*.

Os libertos cidadãos eram equiparados a estes, salvas as excepções relativas a *ingenuidade* e direitos dos patronos.

Os *latinos junianos*, assim chamados porque em virtude da lei *Junia Norbana*, se lhes concedia unicamente

(9) As principaes differenças consistiam, segundo o direito antigo, em não poderem os libertos casar com ingenuos, ser magistrados nem gosar de certas honras.

(10) Entre os casos do Dig. cit. (XL, 8) contam-se os seguintes: 1.º os escravos que eram vendidos ou doados para serem libertados dentro de certo tempo, chegada a época ficavam livres *ipso jure*; 2.º o escravo que denunciava a morte do senhor, 3.º o que era abandonado por enfermo, etc.

Alguns explicam a Instituta distinguindo a manumissão feita pelo senhor da que era feita pela lei; esta distincção é muito subtil e contra ella protesta o Dig. cit.

a condição dos *latini coloniarii*, eram os manumittidos antes dos 30 annos de idade, por modo não solemne e por um proprietario bonitario (*dominus in bonis*) (11).

Eram os *latinos junianos* privados dos direitos politicos e do *connubium*, gosavam do *jus commercii* e não tinham a *testamenti factio* activa.

Dediticios, assim chamados porque sua condição era igual a dos *peregrini dedititii* segundo a lei *Elia Sentia*, eram os libertos que antes da manumissão tinham soffrido castigos ou penas infamantes. (12)

Os *dediticios* apenas gosavam da liberdade e não podiam jámais aspirar a alcançar outro algum direito, por isso Gaius diz, que elles tinham uma *pessima libertas*.

Esta divisão subsistio até Justiniano que abolio todas as differenças, concedendo a todos os manumittidos sem distincção do modo, porque o haviam sido, os mesmos direitos e honras, que aos ingennos, só com a restrição de continuar a existir o *patronato* (13).

Entre a classe dos escravos e a dos libertos havia a dos *statuliberi*.

Statuliber era o escravo designado livre, mas cuja liberdade dependia de um acontecimento futuro (*statuliber est qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet*.)

§ 3.

Das manumissões

Manumissão, de *manumissio*, segundo Ulpianus, ou de *manudatio* segundo a Instituta, é a dação da liberdade ao escravo (14) (*manumissio est actus, quo dominus servum liberum esse jubet*.)

As manumissões podiam ser feitas por actos solemnes ou publicos, e por actos menos solemnes ou privados.

Os actos solemnes, modos de manumittir, eram :

(11) Nesta definição acham-se comprehendidas as prescripções que a lei *Junia Norbana* impunha para se conferir ao escravo a liberdade latina.

(12) *Peregrini dedititii* eram os povos, que subjugados pelos romanos, se tinham rendido ou entregue a discripção. Veja-se Tit. Liv. VII, 31.

(13) Inst. de libert. § 3. Nov. 78 cap 1.

(a) Pelo *Censo*, incluindo-se com consentimento do senhor o nome do escravo na lista ou arrolamento dos cidadãos.

Este modo de manumittir foi substituído pelo imperador Constantino pela manumissão nas Igrejas (*in sacrosanctis ecclesiis*) o que tinha lugar pela declaração do senhor na presença dos feis e dos bispos ou sacerdotes christãos, lavrando-se disto um documento.

(b) Por *testamento*, expressamente, declarando o senhor que dava liberdade ao escravo, ou tacitamente, instituindo-o herdeiro, nomeando-o tutor dos filhos ou pedindo ao herdeiro que desse liberdade ao escravo.

(c) Pela *vindicta*, o que se realisava por meio de uma simulação de processo de reivindicação de liberdade; o *adsertor libertatis* affirmava perante o magistrado a liberdade do libertando, tocando-o com a vindicta e se o senhor presente não o contradizia, o magistrado pronunciava a liberdade do escravo, a qual ficava consagrada pela autoridade da consa julgada.

Os actos privados, modos menos solemnes de manumittir eram :

(a) A declaração, *viva voce*, perante circo testemunhas, (*inter amicos*) feita pelo senhor.

(b) A declaração que por carta (*per epistolam*) fazia o senhor ao escravo ausente.

Justiniano para obviar a má fé dos patronos, que negavam haver escripto taes cartas e a dos manumittidos, que por engano e fraude alcançavam taes epistolas, exigio que fossem assignadas por cinco testemunhas.

(c) O permittir o senhor que o escravo tomasse lugar no banquete (*per convivium*) entre as pessoas livres.

(d) O chamar o senhor ao escravo com o nome de filho (15).

Todos estes modos de manumittir conferiam a liberdade aos escravos, mas não produziam os mesmos effeitos quanto a capacidade para aquisição de direitos civis e politicos. E' certo que, a principio, as diversas especies de

(14) Dig. de just. et de juri. fr. 4. Inst. de libert. pr.

(15) Inst. de libert. § 1. *Mentis autem modis manumissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosantis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum aut per aliam quam libet ultimam voluntatem.*

manumissão produziram os mesmos effeitos, mas a extrema facilidade que havia em manumittir, enchia Roma de pessimos cidadãos, dava lugar a que os devedores defraudassem os credores, e concorria para a corrupção dos costumes, por isso as leis *Junia Norbana*, *Elia Sentia* e *Furia Caninia* restringiram os effeitos geraes das manumissões e regularam-n'as de modo a cohibir os abusos. (16).

XXIII

DOS SUI JURIS E ALIENI JURIS.

§ 1.

Fundamento desta divisão. Dos sui juris.

A divisão das pessoas em *sui juris* e *alieni juris* fundamenta-se no *status familiae*, e refere-se especialmente a applicação do direito privado.

O *status familiae* comprehendia diversas ordens de relações juridicas, como bem indicam as diversas accepções em que a palavra *familia* era juridicamente empregada.

Assim *familia* designava: 1.ª a reunião de tudo quanto se achava submettido ao dominio e poder privado de uma só pessoa, considerando-se esta reunião como um todo, uma *universitas*; 2.ª e em sentido restricto, o complexo das pessoas subinettidas ao poder privado de um chefe; 3.ª em sentido ainda mais restricto, comprehendia os homens livres com exclusão dos escravos, ou estes com exclusão daquelles, 4.ª a reunião dos agnados. (1)

Das accepções da palavra *familia* se vê, que o *status familiae* abrangia diversos poderes (*potestas*) que recaiam sobre pessoas tambem diversas e ao mesmo tempo suppunha a existencia de pessoas, que exerciam esses poderes.

D'ahi resulta o fundamento da divisão em pessoas *sui juris* e *alieni juris*, expressões estas equivalentes ou

(16) *Inst. de donat* § 4. (II,5); *Id. de quibus ex causis manumit, non pos. pr.* (I,6); *Id. de lege Fur. Can. subl. pr.* (I,7). Vê-se a Instituta nos lugares citados.

(1) *Dig. de verb. signif. fr.* 195; *Inst. de leg. Fus. Can.*

synonimas de --- *suae potestatis* e *alienae potestatis* (2), de modo que as pessoas eram collocadas n'uma ou n'outra destas duas classes, conforme eram ou não dependentes ou independentes do poder de outrem (*Sequitur de jure personarum alia divisio, nam quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno jure subjectae*). (3)

No direito classico quatro eram os poderes de que se trata :

Potestas dominica --- o poder do senhor sobre os escravos.

Potestas patria --- o poder dos pais sobre os filhos. (4)

Manus --- o poder do marido sobre a mulher.

Mancipium --- o poder que um estranho adquiria sobre os filhos ou mulher de outrem, vendidos pelo pai ou pelo marido ; este poder, embora mais se assemelhasse a *dominica* do que a *patria potestas*, não se confundia com elle inteiramente. (5)

Dous destes poderes só podiam pertencer aos homens --- a *patria potestas* e a *manus*, os outros dous eram communs aos homens e mulheres.

A *manus* só podia ser exercida sobre as mulheres, todos os outros podiam recahir sobre homens e mulheres.

Trez eram instituições de direito civil --- a *patria potestas*, *manus* e *mancipium*, o outro era de direito das gentes porque os romanos reconheciam que entre todos os povos competia uniformemente aos senhores o poder de vida e morte sobre os escravos e o que estes adquiriam era adquirido para os senhores. (*Quae quidem potestas juris gentium est ; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem fuisse.*)

A *manus* e o *mancipium* desapareceram completamente no direito de Justiniano.

(2) Inst. quib. mod. test. inf. § 6 (II,17) Dig. de his qui sui vel al. fr. 4 (I 6).

(3) Inst. de his qui sui vel al. pr.

(4) Inst. cit. pr. *Rursus earum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate parentum, aliae in potestate dominorum sunt.*

(5) Gaius II. 159. *Idem juris ut in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est.* Id. I. 123. *Servorum loco constituntur* Id. III. 114. *Idem de eo, qui in mancipio est, magis prevaluit ; nam et is servi loc est.*

Eram *sui juris* as pessoas livres e independentes do poder de outrem.

Só eram *sui juris* entre os romanos o *pater familias* e *mater familias* (6).

Estas expressões significavam simplesmente que a pessoa estava ou podia estar na administração de um patrimônio, que tinha ou podia ter outras pessoas sob seu poder.

A qualidade de *pater familias* não envolvia a idéa de paternidade, podia dar-se ainda não existindo família, era uma *personalidade politica*, a unidade da cidade romana.

Um menor de qualquer idade sem se poder dirigir, sem bens, um mentecapto, o recém-nascido podiam ser *patres familias* uma vez que não estivessem sujeitos a *potestas* dominical ou paternal (*Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis, sive puberes, sive impuberes, simili modo matres familiarum*).

As pessoas *sui juris* subdividiam-se em pessoas que estão em tutela e curatela e pessoas que não estão sujeitas nem a uma nem a outra (*ex his personis, quae in potestate non sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro jure tenentur*.)

Esta subdivisão que faz a Instituta *de tutelis* (I,13) rigorosamente não se prende a materia de que nos occupamos, pois aqui tratamos da divisão das pessoas em relação ao *status familiae* e a tutela differença-se dos outros poderes justamente por não ter relação alguma com a família.

Das pessoas sujeitas a tutela e curatela trataremos na parte relativa a esta materia.

§ 2.

Dos alieni juris

Eram *alieni juris* as pessoas livres ou os escravos, que estavam sob o poder ou na dependencia de outrem (*quaedam alieno jure subjectae*.)

(6) O nome de *mater familias* era usualmente reservado a mulher de bons costumes, e alguns empregavam-no para significar a mulher casada (uxor) Dig. de verb. sign. fr. 47 § 1; de concub. fr. 1 pr.

Todos os homens *sui juris* eram livres, mas nem todos os livres eram *sui juris*, todos os escravos eram *alieni juris*, mas todos os *alieni juris* não eram escravos.

Eram *alieni juris* :

Os escravos (*servi in potestate domini*).

Os filhos famílias (*in patria potestate*).

As mulheres casadas (*uxores in manu*).

Os filhos e mulheres vendidas (*in mancipio*).

Todos os compreendidos nestas classes nada podiam adquirir para si, tudo que adquirissem pertencia ao chefe (pater familias) que personificava a *familia* e não tinham entretanto capacidade para obrigar por seus actos ao mesmo chefe. (7)

O poder dominical e o patrio poder eram exercidos de modo absoluto sobre os escravos e quaesquer bens que estes adquirissem e sobre as pessoas e bens dos filhos. (8)

A expressão *manus* analoga a de *potestas* traduzia os direitos ou o poder do marido sobre a mulher, poder que era adquirido pelo marido quando o *justum matrimonium* era contrahido com a *conventio in manu*.

Esta tinha lugar mediante trez formas: a *confarreatio* a *coemptio* e o *usus*.

A *confarreatio* consistia em ceremonias religiosas e formas preenchidas em presença de dez testemunhas e de um pontífice no sacrificio *in quo farreus panis adhibetur*.

Esta forma era privativa dos patricios.

A *coemptio* consistia na venda da esposa ao marido perante cinco testemunha por meio da *mancipatio* (9), consentindo o pai ou o tutor se a esposa era filha famílias.

Pelo *usus* o marido adquiria a *manus* sobre a mulher se esta habitava um anno inteiro com elle (*usucapio*).

Podia a esposa impedir a *manus*, arrendando a casa do marido por trez noites (*trinoclitium*).

(7) Gaius II, 36. *Acquiritur nobis non solum per nosmet ipsas, sed etiam per eos, qui in potestate, manu, mancipione habeamur.*

Dig. de reg. jur. fr. 133 (L. 17) *Melior conditio nostra... fieri potest, deterior fieri non potest.*

(8) A cerca dos direitos do senhor sobre os escravos veja-se o § 3.º do programma XXI e sobre o patrio poder lêa-se o desenvolvimento do programma XXIII.

(9) *Mancipatio* era uma venda ficticia por meio de certas formalidades.

Da *manus* resultava, como effeito, que a mulher era juridicamente em relação ao marido o mesmo que uma filha em relação ao pai (*loco filiae*) e portanto seus bens eram absorvidos pelo patrimonio do marido, e tudo que ella adquiria, era para elle.

A *manus* dissolvia-se por uma solemnidade religiosa, chamada *diffurreatio*, ou por uma *mancipatio* seguida de manumissão.

Mancipium, assim chamado porque constituia-se pela *mancipatio*, adqueria-se sobre os filhos familias e mulheres *in manu* por meio de alienação ou pela *noxæ datio* (10), feitas pelos pais ou maridos.

Os effeitos do *mancipium* podem ser resumidos nesta formula: o individuo collocado *in mancipio* estava *loco servi* sem ser escravo.

D'ahi a semelhança do *mancipium* com a *dominica potestas*.

Entretanto o individuo *in mancipio* conservava a sua qualidade de ingenuo que só ficava suspensa, enquanto durava o *mancipium*, não podia ser comprehendido na *venditio bonorum* quando os credores isto exigiam daquelle a quem competia o *mancipium* e não podia ser maltratado sob pena de ficar sujeito a acção *injuriarum* o investido do *mancipium*.

O *mancipium* podia transmittir-se por herança e pela *mancipatio*.

A *manus* e o *mancipium* desappareceram d'entre as instituições do direito de Justiniano.

(10) *Noxæ datio* era a entrega do filho pelo pai, do escravo pelo senhor, da mulher pelo marido em satisfação do delicto committido para ficarem sem responsabilidade pelo damno causado com o delicto, indemnizando-se o prejudicado com os serviços que podessem prestar os que eram dados á noxa.



344.02

~~G. 963~~ B272

e

Inv. Jan. 65 / Jul. 67

340.54

G 963-e

1883

CESP

f-90

Este livro deve ser devolvido na última
data carimbada

19.6.50

8.3.50

10.4.50

26.5.51

31.5.51

20.6.51

25.9.51

20.5.52

29.10.52

20.3.53

28.3.53

15.6.53

11.5.54

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE DO

BIBLIOTECA

Guia

de

ESTE LIVRO NÃO
PODE SAIR
DA BIBLIOTECA