

Historia externa do Direito Romano

(Resumo das lições no curso complementar de 1907)

I

Consideraram os antigos a Historia como um genero litterario, proprio para exercer os dotes dos stylistas, e tendo além disso por escopo memorar os feitos gloriosos e eternisar a lembrança da superioridade dos compatriotas do historiador. As obras de Thucydides, Xenophontes (a Abelha da Attica), Plutarcho e Polybio são na Grecia typos da excellencia da narração e da inspiração oriunda do fogo do patriotismo. Em Roma, est'outro centro de cultura intellectual nos tempos antigos, apparecem as obras de Sallustio, Cesar, Suetonio, Tacito e Tito Livio, cuja elegancia não mais foi igualada, parecendo que Cesar não achou nem achará rivaes, como previa Suetonio, quando recommendou que ninguem ousasse bordar sobre a talagarça da Guerra das Gallias. E com effeito segredo completamente perdido é o da narrativa de Cesar, que fascina o leitor, e o transporta para o centro em que se desenvolve o drama descripto pelo grande general.

Na Edade Média, sem desprezo do stylo, que por vezes foi até primoroso, deparam-se-nos os chronicistas. Commines é dos celebres, e em Portugal na

aurora dos tempos modernos achamos Garcia Rezende, autor da Chronica de D. João II, e Frei Luiz de Souza da de D. João III e de S. Domingos. E' a chronica a menção dos factos sem outra ligação entre si que a ordem da successão, e quasi sempre despida de apreciações. Genero proprio para a época era o das chronicas, porque é bem de ver que sob o jugo de Luiz XI em França, ou de D. João II e D. João III em Portugal, não podia ter o historiador a liberdade de que gozava no tempo de Cesar, Tacito e Sallustio.

Como sendo primorosos no stylo, não podem ser esquecidos Jacintho Freire de Andrade, o historiador da Vida de D. João de Castro, que teve a infeliz idéa de imitar a Cesar, e Frei Luiz de Souza, um dos mais puros modelos, que se possam offerecer aos cultores da lingua portugueza.

Ao cuidado em deleitar pelo encanto do stylo, juntaram os escriptores dessa época o desejo de advogar causas politicas e religiosas. Embora não tenham seus trabalhos o valor das obras dos antigos gregos e romanos, delles hão de ficar sempre paginas immorredouras como sejam os discursos attribuidos a Rumeção e a Coge Çofar por Jacintho Freire.

E' no seculo XVIII que a Historia toma outra orientação, sob a cultura que della fizeram Montesquieu e Voltaire. Passa de anecdotica a ser descriptiva da evolução das sciencias, artes, industrias, letras, etc. Tracta de investigar as leis que regem o desenvolvimento dos povos, e toma a fórmula de historia da civilisação e do progresso da humanidade. E' tido como modelo no genero o—Essai sur les Mœurs—de Voltaire. Comquanto no seculo XIX se houvesse formado uma reacção contra esse modo de

entender a Historia (Langlois e Seignobos—Int. aux E'tudes Historiques, pag. 259), entretanto grandes espiritos se conservaram fieis a Voltaire, e menção devem ter Guizot e Alexandre Herculano.

Não faltaram escriptores desde Polybio e Plutarcho até hoje que considerassem a Historia—Magistra Vitæ.—Oliveira Martins disse ser ella uma lição de Moral; e no tumulo de Herculano insculpio-se um epitaphio, onde lemos que conquistou elle algumas verdades para a grande mestra do futuro (Dr. Pedro Lessa.—E' a Historia uma Sciencia? pag. n.—) Como em seguida veremos, são tão variados os factos contingentes, que modificam a ordem dos acontecimentos, são tão obscuras as causas de qualquer successo, que pouco proveito podemos tirar da historia como lição para o futuro.

Resumindo o modo geral de encarar a Historia, temos a definição de Cantu na edição de Antonio Ennes: «E' a narração discursiva dos acontecimentos, tidos por verdadeiros, destinada a fazer conhecer o passado e por elle conjecturar acerca do provavel futuro, resultante da livre actividade humana e das leis que regem o mundo physico e moral» Em mais de um ponto nos pareceu infeliz a definição. A nota de se referir a Historia a factos tidos por verdadeiros, pareceu-nos deslocada. E' nas fontes da certeza historica, como entende Alexandre Bain, (Logica, v. 2, pags. 488 e 626 a 636) que se deve estudar o modo de investigar a veracidade dos factos, mas a Historia usa desses recursos, e apura a verdade das lendas.

O pleonasma *conjecturar* acerca do *provavel* futuro, mostra quão pouca confiança tinha o autor nas prophcias da Historia, uma mestra muitissimo fallivel, quasi imprestavel para prognosticos. O peor da de-

finição é a contradicção em que cáe quando reconhece o livre arbitrio e as leis que regem o mundo moral: são cousas que—*hurlent de se trouver ensemble*. Dado o livre arbitrio, não mais se desenvolvem os factos historicos segundo uma lei fatal. Antes nos acharemos em pleno dominio do inesperado, do imprevisivel, do incomprehensivel, pois o livre arbitrio é a doutrina que admite que as causas physicas e moraes nenhuma acção decisiva exercem sobre o individuo.

Antes de passarmos a outros assumptos, diremos que nos parece resumida toda a vantagem do estudo da Historia do Direito no conhecido texto de Gaio com que abriu Justiniano o titulo *de origine juris*: «Istæ præfationes et libentius nos ad lectionem propositæ materiæ producunt, et cum ibi venérimus evidentioræ præstant intellectum» Eis em resumo, para que estudaremos esta materia: «tornar mais agradável o curso juridico, facilitar a intelligencia dos preceitos do direito».

Examinado como tem sido entendida a Historia, passamos a ver si o desenvolvimento da humanidade é regido por certas leis, e si taes leis pôdem por nós ser conhecidas. Ardua questão é esta, e sujeita a debates ao menos na sua ultima parte, pois verdadeiramente só os livre arbitristas poderião duvidar da existencia de leis que presidam ao desenvolvimento dos factos historicos. Que ao rebentar uma mina (é o exemplo tomado classico), cada pedaço de pedra será lançado a certa distancia, descrevendo parabolâs mais ou menos alongadas segundo a resistencia atmospherica ou a força propulsora, todos sabemos; mas determinar préviamente o lugar onde vae cahir cada pedaço, é o que não podemos fazer de antemão, por não termos conhecimento exacto de todos

os factores que modificarão a trajetória de cada uma das partes do bloco quebrado pela explosão. Mais complexos são ainda os factores que influem sobre os actos humanos. Lacombe (De l'Histoire considérée comme Science c. 1.º) diz que o homem pôde ser considerado como membro da humanidade, e é o homem em geral, como existindo em dada época ou em dado logar, e é o homem temporal, e finalmente com todas as particularidades de seu character e é o individuo na sua pura individualidade. Nos factos historicos considera Lacombe a parte geral em que o homem apparece como geral ou temporal e o aspecto singular (pag. 8). O acto visto na sua semelhança com outros é o que gera a instituição, e como unico é o acontecimento. Só as instituições, pensa elle, e os acontecimentos, quando influem nas instituições, pôdem ser objectos da Historia Scientia. Esta distincção que não é nova (pg.11) é no fundo a mesma que ha entre facto contingente e necessario, distincção de que nos dá noticia Yves Guyot (Int. aos Pr. da Hist. de Mugeolle). Parece porém que taes distincções de nenhum modo facilitam a solução do problema. Com effeito: si o facto instituição que cae sob as leis conhecidas pôde ser radicalmente modificado pelos acontecimentos contingentes, impossivel é a fixação de leis para o desenvolvimento historico. Si considerarmos o facto pelo aspecto de instituição cahiremos no erro de Montesquieu, que despresou inteiramente o contingente em seus estudos. Na sua obra — *Grandeur et Décadence des Romains*—abandona completamente o contingente, e depois de mostrar que os romanos, graças ás suas instituições, necessariamente vencerião aos carthaginezes, sustenta por exemplo a superioridade constante dos soldados cidadãos sobre os mercenarios. Só a cegueira da doutrina poderia fazer Montesquieu não enxergar a serie de vi-

ctorias do Tessino, Trasimeno, Trebia e Cannes obtidas pelos mercenarios graças ao facto contingentissimo de terem á sua frente o grande genio da guerra, que certo venceria Roma, si Carthago fosse situada na Italia, e pudesse inspirar confiança aos alliados da sua rival, factos contingentes (Lacombe p). Aquelles que, como Lacombe, não se limitam a considerar o facto em sua generalidade, mas attendem ao seo aspecto de acontecimento, não pódem, como sem razão fez elle, reconhecer que a Historia consiga estabelecer leis que rejão as instituições, visto como não são estas realidades, mas méras creações do espirito, pois que a verdade é que ellas se acham de tal modo entrelaçadas com os acontecimentos, e delles dependentes, que impossivel é realmente separar éstas duas parte dos factos historicos, que são, como reconhece Lacombe, dous aspectos de taes factos.

A ésta questão se liga a celebre das causas futeis. Não pouparam os discipulos de Montesquieu remoques a Pascal, por causa da celebre phrase acerca da influencia do nariz de Cleopatra nos destinos da humanidade. Argumentam com o principio da equivalencia entre a causa e o effeito (Mougeolle-Problèmes, 2.^a ed. pg. 16) Não foi, é claro, o nariz de Cleopatra que por si só dirigio a sorte de Roma e do mundo em certo sentido, mas foi elle o motor dos sentimentos de Cesar, cuja cabeça poderosa, fez mudar a sorte da humanidade. Dá-se no mundo moral o mesmo que no mundo physico: uma scintella póde queimar, si encontrar elementos, uma cidade. Do mesmo modo ninguem negará que si em Toulon um artilheiro tivesse modificado de alguns centimetros a pontaria de seu canhão, teria matado a Bonaparte, e outro seria o destino dos povos (Yves Guyot, Int. aos Pr. de l'Histoire de Mougeolle p. 7).

Summariando pois: innegavel é que os factos historicos se desenvolvem segundo leis, mas não nos é dado conhecer todas as multiplas ou antes infinitas circumstancias, que pódem modificar o curso dos acontecimentos. Instituição, facto necessario não passam de criação do nosso espirito, resultados da generalisação, mas não teem existencia real, nem é possivel separar sinão pelo pensamento a instituição do acontecimento em qualquer acto historico.

Haverá uma causa que presida ao desenvolvimento da humanidade? Terá o universo um fim? Eis outro problema, que em todos os tempos provocou ardentes disputas entre os mais altos engenhos humanos. A contemplação dos phenomenos astronomicos, o curso silencioso e regular dos astros, a fatalidade das estações e a observação das vicissitudes dos povos têm gerado em alguns espiritos a idéa de uma ordem, que os leva a crer que o mundo tem um fim preestabelecido por uma intelligencia, e que tudo no universo tende á realisação desse destino.

Da contemplação desse mesmo spectaculo inferem outros observadores que no Universo ha a desordem ao lado da ordem, o mal ao lado do bem, e que portanto não existe nenhum destino preestabelecido por uma intelligencia. A' primeira escola foi dado o nome de teleologismo, á segunda o de mecanismo. Sylvio Romero, procurando classificar as diversas escolas que explicam o Universo, capitula todas em quatro classes. A primeira é a do monismo, que admite que o *ente unico* se poz em movimento e dahí proveio o mundo. Ha dezenas de interpretações do monismo, que póde ser idealista, no budhismo é materialista na conhecidissima escola de Hæckel. Temos cs monismos teleologistas como o de Hartmann, e os monismos mecanistas como os de Büchner. As

fórmãs mais populares do monismo são as ensinadas por Hæckel, Büchner, Moleschott, Letourneau e Lefèvre. O dualismo, que é o segundo systema, dá ao mundo uma origem fóra delle. Dualistas foram Aristoteles, S. Thomaz, Descartes, Leibnitz, Locke e outros. Raramente é mecanista. Em terceiro logar colloca Romero o positivismo, e em quarto o criticismo de Kant. Após a classificação das escolas que explicam o Universo, classifica Romero as que se occupam propriamente da evolução da humanidade, e diz que foi a sua classificação louvada por Bernardo Perez na Revue Philosophique. Na primeira classe colloca os que admittem a acção da vontade humana pelo *liberum arbitrium indifferentiæ* e a liberdade relativa. Em terceiro logar enumera as escolas que identificam as manifestações divinas e humanas nas quaes se acham as doutrinas de Spinoza e Hegel. Em quarto logar as que se fundam na acção dos grandes homens. Em quinto logar as que assentam na acção da natureza physica. E em ultimo logar a escola que acceita a acção das leis physicas e mentaes, por elle denominada naturalismo evolucionista e critico. Longe de acceitarmos tão arbitraria distribuição de escolas, preferimos procurar collocal-as como theologicas, metaphysicas e positivas.

II

A distribuição segundo a lei dos tres estados das escolas que explicam o desenvolvimento da humanidade, não significa a acceitação incondicional da lei tão preconizada por Comte. Na antiguidade apparece a escola theologica explicando todos os factos historicos. E' a intervenção dos deuses nos successos humanos que dá conta das guerras, da felicidade ou infelicidade das emprezas. Providencia de Platão, verbo

de Pythagoras, fado dos latinos, é sempre uma intelligencia superior, *fôra do mundo* que actua sobre os homens. Já no tempo de Socrates porém apparece a subdivisão da escola theologica, pois no dialogo com Eutifrone sustenta elle que o santo não o é, porque tenham tal querido os deuses, mas que os deuses o quizeram por ser santo. E' o que a escolastica reproduzio na phrase—«*cónvenientia cum sanctitate divina antecedenter ad voluntatem divinam*» — O mesmo conceito apparece em S. Thomaz—«*Lex æterna in mente Dei existens*» —A Leibnitz se deve a doutrina denominada da essencialidade, segundo a qual o bem não provém da vontade de Deus, mas de sua essencia. Emfim Sathl affirma que a vontade de Deus é uma vontade *sancta ab æterno*. A escola que admite o bem, a justiça como productos não da vontade de Deus mas de sua essencia, que é a passagem para as doutrinas metaphysicas, deveria repellar a intervenção da vontade divina em cada um dos actos humanos. Assim não succede, e longe de adoptar esta doutrina que é a predestinação, seguem quasi todos os verdadeiros crentes a da intervenção contínua da divindade nos varios actos dos homens. A' escola theologica pertencem entre outros Sancto Agostinho, defensor da doutrina dos imperios, o hespanhol Paulo Oroso, o gaulez Salviano, e modernamente Schlegel, José de Maistre, Duque de Broglie, Laurent, Rocholl e Flint. A ésta escola pertence tambem Vico com os seus *ricorsi*, e o cyclo de desenvolvimento pelo *divino, heroico e humano*.

Já na antiguidade houve metaphysicos que explicaram os successos historicos por uma força animadora do desenvolvimento humano. A alma do mundo de que falla Anaxagoras não é outra cousa. São particularmente os pantheistas que modernamente

devem ser collocados entre os que explicam metaphysicamente a Historia. Como sendo o mais notavel poderemos citar Hegel, com o *espirito universal*, de que a missão historica (Beruf) não é mais que uma variante. Hegel, do mesmo modo que Santo Agostinho, mas por outros fundamentos, tinha a sua theoria dos imperios. Modernamente não são poucos os metaphysicos, e podemos com Langlois e Seignobos, entre os muitos, enumerar Ranka, Droysen, Mommsen, Cousin, Taine e Michelet.

Finalmente os positivistas tem dado como criterio o progresso, que não deixa de ser, tomado em absoluto e com os exageros de Comte, uma formula metaphysica, como entendem Langlois e Seignobos. Para Comte o progresso tem sido contínuo, e tem se dado em todos os pontos da terra. Tão ampla these só se explica por uma reacção contra a doutrina da decadencia do homem, pregada pelos christãos. A verdade é que, como diz Lamcobe, tem havido regresso em toda a humanidade durante dadas épocas, e regressos parciaes em certos pontos do nosso globo terrestre. Pretender que o Egypto e a Judéa se achem modernamente em maior gráo de progresso que nos tempos antigos, é com effeito forçar a interpretação dos factos.

Antes porém de dizermos como entende Comte o progresso, vejamos quando se gerou entreos philosophos a idéa do progresso. A antiguidade classica, que só conhecia o esplendor da Grecia e Roma, e que desprezava como barbaros todos os outros povos, nunca se occupou da humanidade e menos das leis que porventura a regessem. Não era a edade média a occasião mais asada para surgir tal idéa. Os philosophos daquelle tempo de atrazo que, não obstante o que dizem o Consiglieri Pedroso e poucos outros,

foi o crepusculo da civilisação antiga e aurora da moderna, não viam sinão um regresso colossal, quando comparavam aquellas caliginosas trevas com a brilhante civilisação antiga. Só após a renascença, e muito depois que no seculo XV os estudos historicos tomaram um character novo (Mougeolle cap. 3), começaram a surgir as primeiras noções do progresso. Verdadeiramente foi Pascal (n. 1623) quem formulou o principio, dizendo que a humanidade deve ser tida como um só homem que cresce e se desenvolve, embora já antes Bacon (n. 1561) houvesse escripto que os antigos devem ser tidos como sendo os jovens, ao passo que nós os modernos é que na realidade somos os velhos. Turgot em 1750, no 2.º discurso na Sorbona proclama que nos animaes e nos vegetaes o tempo não faz mais do que reproduzir o que destruíra, mas que na humanidade a revezes de agitação e de calma, entre luctas sanguínosas os costumes sempre se abrandam, os povos se aproximam, e vão os homens sempre se aperfeiçoando. Contra a formula de Turgot appareceram protestos, pois Darwin refere que os animaes não deixam de, em certo limite, ser susceptiveis de progresso. Por outra parte, sustentam alguns o progresso indefinido. A opinião geralmente acceita é a media, que aliás foi a de Turgot, sustentando que atravez de regressos parciaes, dava-se entretanto, contrapezados os movimentos nos diversos povos, um progresso no desenvolvimento em geral da humanidade. Assim posto o caso, é evidente que tem havido progresso na humanidade, o que se reconhece, como diz Lacombe, considerando que os homens primitivos não tinham vestes, casa, conhecimento do fogo e dos instrumentos que possuem os modernos.

Mas dahi se infere que necessariamente a humanidade sempre seguirá a linha do progresso? De

nenhum modo. Si em algumas regiões tem se dado o regresso, é bem possível que generalizado tal facto, tenham todos os povos de voltar ás épocas de atrazo, tornando ao passado pelo caminho percorrido. Disso já foi mesmo por tres vezes ameaçada a humanidade, diz Lacombe, sendo a primeira quando se vulgarisou o budhismo, a segunda nos primordios do christianismo, quando particularmente dominou o mysticismo, e a terceira nos nossos tempos pela influencia do nihilismo. Donde promana, a nosso ver, que o progresso não deve se considerar como sendo a lei que preside o desenvolvimento da humanidade. Neste ponto parece-nos que têm razão Langlois e Seignobos, dizendo que Comte não deixou de soffrer influencia metaphysica (Int. pag. 249.pr.).

Uma vez que a media da humanidade tem seguido a linha do progresso, cumpre determinar em que consiste elle, e a formula que mais nos agradou foi a de Lacombe.

III

Para Lacombe o progresso se dá por um equilibrio estabelecido entre os homens na lucta para a conquista dos bens que procuramos para nossa felicidade. Cada homem procura uma emoção agradável. Nessa busca acha-se em conflicto com o seu semelhante, além de encontrar resistencia no meio natural. A esse equilibrio denomina Lacombe equidade ou justiça. Não é completa ésta formula da justiça ideada por Lacombe. Reconhece Lacombe que

tambem não fica completa com ésta explicação a formula do progresso. Para elle o mais importante conflicto é o que se dá dentro de um unico individuo pelos fins divergentes que este procura, embora o fim supremo seja a felicidade. Assim, por exemplo, a divisão do trabalho, favoravel á economia, é prejudicial ao desenvolvimento intellectual do operario. A organização militar, conveniente para excitar o amôr da gloria em um povo, é damnosa para o desenvolvimento commercial. E' ainda no equilibrio desses desenvolvimentos que, segundo Lacombe, deve se achar a lei do progresso. Lacombe chega á conclusão de que essa oscillação constante, que se dá na lucta para a conquista dos bens necessarios para a nossa felicidade, só pôde ser comprehendida na lei da lucta pela vida, unica a seu ver, que domina em toda a Historia, e é a traducção psychica da mais alta lei natural que até hoje se tenha verificado, que vem a ser a da conservação das forças. Nenhuma duvida poríamos em acceitar a formula do progresso apresentada por Lacombe, si não tivesse elle caracterizado ao modo de Darwin as relações entre os homens como uma lucta contínua de todos contra todos para a conservação da vida de cada um dos luctadores. Dous outros problemas se apresentam em seguida ao do progresso da humano. O primeiro é o do progresso individual. Pergunta-se si o homem civilizado moderno é melhor moral, intellectual e physicamente que o antigo ainda inculto. A escola transformista sustenta que sim, mas tem apparecido contestações habilissimamente organisadas como seja por exemplo a publicada por Achilles Loria na Nuova Antologia, periodico scientifico de grande valor. O segundo problema de que se occupa Lacombe é o da maior felicidade do homem civilizado, assumpto habilmente discutido por elle (Cap. 8.º).

Não podemos nos entreter com taes questões que alongariam por demais o nosso curso elementar

As fontes da certeza historica são: 1.º a observação directa dos factos,—2.º o testemunho de outros homens,—3.º os monumentos. Entre os monumentos se enumeram os manuscriptos, as inscripções, os vasos, os edificios, as gravuras, etc. D'entre as obras de observação directa se destacam a Guerra de Peloponeso de Thucydides, a Retirada dos Dez Mil de Xenophonte e os Commentarios da Guerra das Gallias de Cesar.

Sciencias e artes auxiliares da Historia são muitissimas; mas para o nosso intento devemos referir as de que passamos a tratar Archeologia é termo geral que comprehende estudos de antiguidades. Heuristica é a arte de colligir documentos; Ecdotica a de os publicar. «O corpo de doutrinas de observações e de resultados, proprio para facilitar a critica dos diplomas e dos codices é a Diplomatica.»—Epigraphia é a arte de ler as inscripções. A Paleographia occupa-se com a parte extrinseca dos documentos, examinando a matéria de que se compõem para determinar o seu valor. A Numismatica estuda as moedas; a Glyptica ou Scalptura trata dos trabalhos de gravura em pedras finas. A Toreutica ou Cælatura do trabalho dos metaes preciosos e do marfim.

Tambem os conhecimentos de Architectura de Estatuaria, Esculptura, Pintura, Ceramica, etc., prestam grandes auxilios ao historiador. Considerando a Philologia classica como a sciencia da vida intellectual dos antigos, comprehende ella todos esses estudos. Nem podemos deixar de mencionar como fornecendo importantes subsidios á Historia, a Ethnographia e a Linguistica.

IV

Para conservarmos a ordem do programma, começaremos por dizer qual a differença que existe entre Historia interna e externa do Direito Romano. Data a distincção de Leibnitz, e tornou-se classica. Comquanto seja, á primeira vista, facil de extremar uma materia da outra, entretanto ha pontos de contacto, que deixam o estudioso em duvida sobre o logar em que os deve classificar: si na Historia interna, si na externa. Warnkœnig assim caracteriza a materia. «*Illâ (a externa) fontium originem et fata enarrat, hæc ipsorum juris præceptorum principia et mutationes indicat.*» (Comm. § 1^o).

No seu compendio de Historia, explica Warnkœnig que a Historia externa tracta da origem e progresso das fontes do Direito, isto é costumes, leis e codigos, dos acontecimentos politicos que tiveram influencia na legislação, da Historia da Sciencia do Direito ou successão dos Jurisconsultos, de suas escolas, suas obras e sua influencia sobre as reformas da legislação. Interna, segundo o mesmo autor, é a Historia especial dos principios do proprio Direito. Estas mesmas noções são dadas por Mackeldey.

A Historia externa é a propriamente chamada Historia do Direito, e a interna a das antiguidades. A Historia externa se divide em periodos, como adeante veremos. Geralmente estudam os autores separadamente a Historia externa e a interna, tratando preliminarmente daquella, segundo sua divisão em periodos, desde a fundação de Roma até Justiniano. Em seguida expõem por uma ordem systematica os principios juridicos. Assim fizeram os Heineccius e outros. Alguns, porém, feita a divisão em periodos, traçam em cada periodo um quadro dos acontecimentos politicos que

influiram sobre a legislação, expõem em seguida as fontes do Direito nesse periodo e o estado da Jurisprudencia, terminando tudo pelo systema de Direito civil e publico em vigor entre os romanos durante o periodo. Tal foi o methodo adoptado por Hugo e Holtius. Não nos parece entretanto acertada a divisão do conteúdo do Direito em periodos, particularmente pela circumstancia do irregular desenvolvimento das instituições posto em evidencia por Ihering. Outros inconvenientes são ainda agudamente apontados por Ihering na critica do systema de Hugo.

Passemos a tratar dos diversos modos por que tem sido dividida a Historia externa do Direito Romano. Os periodos assignalados por Hugo são quatro, representando a infancia, a juventude, a virilidade e a decrepitude do Direito Romano. O primeiro periodo vae da fundação de Roma á Lei das XII Taboas, apontando-se como jurisconsulto notavel durante tal quadra, Papirius, personagem de existencia muito contestada. No segundo periodo, que vae das XII Taboas a Cicero, encontramos como fonte principal Cicero e como jurisconsultos celebres Aelius, Catão, Flavius e Appius Claudius. O terceiro periodo começa em Cicero e vae a Alexandre Severo. São innumerous os jurisconsultos celebres durante esse lapso de tempo, sendo Modestino o ultimo, chronologicamente fallando. O quarto periodo vae de Alexandre Severo a Justiniano, e tem como jurisconsultos notaveis Triboniano, Theophilo, Hermogenes e Gregorio. Esta divisão foi acceita por Mackeldey, Giraud, Warnkœnig e Blondeau.

Holtius toma como fim do primeiro periodo a pretura urbana, acceitando os reinados de Augusto e Constantino para termo dos outros periodos.

Marezoll assignala as XII Taboas, o imperio, o advento de Constantino e o reinado de Justiniano, como termo dos diversos periodos.

Finalmente Puchta faz a mesma classificação que Marezoll com a unica differença de marcar como termo do terceiro periodo, e começo do quarto, o reinado de Constantino.

V

A expressão—*cidade*—de que falla o programma, corresponde a—*urbs*—e a *civitas*.—*Urbs* significa o lugar, e comprehende os edificios. *Civitas* indica os habitantes e as instituições. Godofredo na sua—Historia externa do Direito Romano—que serve de prefacio ao Corpus Juris por elle annotado, diz: «*Urbs, ait Nonius, constat ædificiis, civitas legibus et incolis.*» Cicero escreveu: «*Cœtus hominum, quæ civitas appellantur.*» Assim teremos de tratar dos primeiros habitantes de Roma, procurando fixar o modo por que se fundiram os diversos povos, que constituíram a cidade romana.

E' sabido que na Allemanha, na Suissa, em França e em todos os outros paizes do Norte ha vestigios de terem nelle habitado ou ao menos vagueado povos barbaros, que empregavam instrumentos de pedra, armas de ossos e que se utilisavam de toscos artefactos de barro, desconhecendo o uso dos metaes, a agricultura, etc. Taes povos, provavelmente de raça ugro-tartara, não penetraram na Italia, onde não descobrio a Archeologia vestigios de povos que não conhecessem a agricultura, a fundição dos metaes, e outras artes indicadoras de uma civilização relativamente adeantada. Segundo Carle, é a opinião mais aceitavel ter havido tres invasões na Europa, feitas em epochas remotissimas por povos de origem arya, vindos da Asia central. Os Celtas estabeleceram-se na Peninsula Iberica, em França e na Irlanda. O nome—Erin—dado antigamente á Irlanda, o de Iberia com

que se designava a Hespanha, fôram julgados corrupção do vocabulo—Aria.—A outra invasão foi a dos gregos, romanos e germanos, que são justamente os povos que mais nos interessam, por terem cultivado o Direito. Finalmente houve a dos Lithuanos—Slavos, que de nenhum modo devem nos occupar. Não é facil classificar as diversas tribus que habitavam a Italia. Graças aos recursos fornecidos pela Linguistica, foram essas diversas nações classificadas em tres grupos: etruscos ao norte, italiotas no centro, e japygos ao sul. Os italiotas subdividiam-se em latinos e ombro-sabellicos. Cada uma dessas nações era composta de diversas tribus. Os etruscos ou ras, vieram provavelmente por terra, pois a única cidade maritima que possuíam era Populonia, de data relativamente recente. Ignora-se a origem dos etruscos, havendo-se a esse respeito formado as mais desencontradas conjecturas.

Duas são as escolas acerca das populações que formaram o povo romano, sustentando a de Niebuhr e Fustel que houve uma confederação de povos mantidos todos em perfeita condição de igualdade, e é denominada da polynacionalidade por Pachione; e outra, que, seguindo Mommsen, entende que os latinos sempre se conservaram em certo gráo de superioridade mantendo as outras nações em uma especie de estado de vassalagem. Esta segunda opinião é abraçada por Pachione e Cuq. Passaremos a expôr o que diz Fustel de Coulanges sobre os primitivos habitantes de Roma. Sustenta que foi sobremaneira mesclada a raça romana, sendo o fundo principal latino e originario de Alba. Já porém os albanos se compunham de uma raça aborigene e de estrangeiros, talvez troyanos; poucos em numero, mas de superior cultura. Esses albanos fundaram Roma na antiga Pallantium, que fôra edificada por Evandro, rei vindo da Arcadia.

Em Pallantium havia os ritos gregos, que foram conservados em Roma. No monte Capitolino elevava-se Saturnia, que tinha sido fundada pelos companheiros de Hercules. Assim misturavam-se em Roma latinos, troyanos, gregos e logo depois para o Quirinal vieram os sabinos e para o Caelio os etruscos. Dava-se deste modo uma verdadeira confederação de cidades, e por isso o primeiro rei de Roma era latino, o segundo sabino, o quinto filho de um grego e o sexto etrusco. A lingua era composta com predominancia do latim, mas com grande numero de raizes sabellicas e gregas. O proprio nome—Roma —foi alternativamente tido por troyano, grego, latino e etrusco. Igualmente as familias romanas attestam que se mantinha até no Imperio a memoria da diversidade de origem dos differentes elementos que compuzeram o povo romano. Muitas dezenas de familias nobres no tempo de Augusto pretendiam descender dos companheiros de Enéas, e o proprio Julio Cesar se dizia descendente de Enéas. Outras pretendião-se ligadas aos arcades de Evandro, outras aos companheiros de Hercules, e muitas conservavam no sobrenome a indicação do logar donde eram originarias. Esta mistura de populações tinha como resultado poder Roma captar as sympathias dos diversos povos compartilhando os cultos dos latinos, sabinos, etruscos e gregos. Laço poderoso era naquelle tempo o da religião, e foi parte importante para que Roma conseguisse o apoio de Sicilia contra Carthago, e da Grecia contra Philippe. Taes são em synthese as opiniões de Fustel de Coulanges, mas tal descripção, perfeitamente verosimil, não exclúe a hypothese de ter a astuta Roma dos latinos captado as sympathias dos diversos povos conservando, entretanto, sempre certo gráu de superioridade sobre os seus socios. O que parece porém livre de contestação é que os latinos, mantendo os proprios costumes, respeitavam os dos sabinos, e portanto, provavelmente os dos demais com-

panheiros. Isto se verificou quando, em 1902 e 1903 pelas excavações feitas no Palatino e no Quirinal, se vio que neste, habitado pelos sabinos, havia tumulos para cremação, e naquelle, onde foram estabelecidos os latinos, tumulos para inhumação. As tribus primitivas de Roma foram as dos ramnenses, tatienses e luceres, sendo certo que as duas primeiras já se achavam na cidade ao tempo de Romulo, mas havendo duvida sobre a data da aggregação dos luceres ou etruscos. E' o que diz Tito Livio quando explica: «Ramnenses a Romulo, ab Titio Tatio tatienses, lucerum nominis et originis causa incerta est.» Geralmente sustentavam os autores latinos que os etruscos haviam se estabelecido em Roma quando reinava Romulo. Assim diz Festus: «Luceres appellati sunt a Lucero, Andreae rege, qui auxilio fuit Romulo adversus Tatium bellanti» Cicero tambem opina no mesmo sentido: «Qui Romuli socius in Sabino praelio occiderat.» Ha porém a versão etrusca que se vê em uma taboa de lei de Claudio descoberta em 1528 em Lyão. Segundo essa versão, Caelio Vibenna, teve por companheiro fiel, um certo Mastarna, que o seguio até Roma, vindo a reinar sob o nome de Servio Tullio. Caelio, é fóra de duvida, estabelecêra-se no monte Caelio dando-lhe seu nome, pois antes se chamára Querquetulano.

A' questão do modo por que se formou a população romana, está ligada a da etymologia da palavra —quirites— Tem-se sustentado que veio da deusa Curis, da cidade de Cures, donde o nome de *curis* ou *quiris* para a lança sabina, Quirinal para o monte habitado pelos sabinos, e Quirinus para o deus que adoravam em Roma. A lança sabina, diz-se, figurava nas formulas e nas solemnidades symbolicas do Direito Romano. Assim Quirites deviam ser os sabinos, e portanto a formula primitiva foi: «Populo Romano

Quiritibusque», que se alterou transformando-se em «Populus Romanus Quiritium». Esta etymologia é das mais cerebrinas dentre as imaginosas dos tempos antigos. Oppõe-lhe Cuq que de *Cures* se devia formar *curenses*; que a lança sabina absolutamente nenhuma importancia tinha no symbolismo juridico de Roma, onde apparecia sómente a *hasta*; que Quirites eram os cidadãos no estado de paz e não com lanças sabinas. Entende Cuq que *jus quiritium* era simplesmente o direito das curias. Firma-se na phrase de Festus: «Quirites autem dicti post fædus a Romulo et Tatio percussum, communionem et societatem populi factam indicant.» Finalmente diz Cuq que a relação de *quiris* e de *curia* resalta do nome dado a Juno, deusa das curias—Juno Curis ou Juno Quiritis.

VI

Exposto quaes foram os principaes povos de que se originou o romano, resta indagar si no caracter deste influio o genio de cada um daquelles de que foi formado.

Trataremos pois hoje da debátida questão do genio dos povos. E' Renan o mais ardente defensor da escola, particularmente no seu estudo sobre as linguas semiticas. Renan não é mais, segundo Lacombe, do que um continuador da orientação theologica de Bossuet e da *Metaphysica* de Montesquieu. A escola é vaga nas suas affirmações, e tem tomado diversos aspectos.

Dizer que um povo tem o genio da Esculptura é, para Lacombe, dizer que cada individuo desse povo tem em germen as qualidades de um grande esculptor. Parece que não foi precisamente isso que quizeram affirmar os defensores da escola do genio, mas sim que em sua maioria os membros dessa sociedade têm

talento para a Escultura. Entendido de um modo ou de outro o que affirmam os partidarios do genio, o certo é que a doutrina é vulneravel, porque os gregos, durante muitos seculos, não tiveram Escultura sinão pessima. Respondem nossos adversarios que foram diversas condições que fizeram manifestar-se o talento da Escultura entre os gregos. Torna Lacombe que então são essas condições, e não um dom natural dos gregos, que os fizeram grandes esculptores. Observa além disso Lacombe que é impossivel determinar o genio de um povo desde que consideramos as multipas influencias dos outros povos a que elle está sujeito. A Assyria, o Egypto, o Perú, e a China teem sido os menos sujeitos ás influencias extranhas, mas entretanto não podemos dizer o que cada um daquelles povos tem de proprio, e o que recebeu de influencia extranha. Exemplifica ainda a influencia extranha pelo alfabeto, que, inventado pelos phenicios, foi o germen da civilização da Grecia: eis um povo pouco desenvolvido nas artes e sciencias, como era o phenicio, que produzio o que parece genuinamente proprio do talento que geralmente attribuímos aos gregos. Uma outra variante dessa doutrina é a que attribúe aos povos phases de desenvolvimento e decadencia. Lacombe entende que essa variante é absolutamente insustentavel, porque um povo não póde envelhecer como o individuo. Cada um dos membros que o compõem vae da infancia á velhice, mas quando um chega a seu termo, outro começa a vida, e outro está em meia idade. Ora, o desenvolvimento intellectual acompanha no individuo o desenvolvimento do organismo, e particularmente do cerebro. Mas não se dando no organismo social progresso organico, como se póde dar o desenvolvimento do genio? Ainda procuram alguns partidarios do genio symbolisal-o em certos grandes homens, como foram Christo entre os judeus,

e Mahomet entre os arabes. Observa Lacombe que tanto esses grandes homens não synthetizam o povo de que fazem parte que fôram acceitos em outros povos, que não aquelles em que se desenvolveram. Muitas vezes esses grandes homens são o fructo de uma série de circumstancias contingentes em que se acharam, e estão longe de constituir necessariamente a imagem fiel do modo de pensar da sociedade de que são representantes. Recorrem tambem os partidarios do genio aos argumentos fornecidos pela physiologia. Mas a verdade é que si os physiologistas encontram apenas differenças accidentalissimas entre os homens das diversas raças, claro é que insignificantisimas devem ser as differenças psychologicas entre elles existentes. Chega Lacombe á conclusão de que são as influencias do meio que modificam o caracter de cada povo. Dentre as condições naturaes destaca a latitude, o clima e a posição internacional. Em seguida enumera das condições artificiaes: um mesmo governo, uma legislação unica e a uniformidade da linguaagem. Depois menciona um passado historico commum, uma biographia nacional com recordações, experiencias, conclusões, licções recebidas com desganhos, esperanças, odios e affeições. Finalmente ha os homens do paiz que se distinguiram em todos os ramos de conhecimentos: guerreiros, artistas, sabios e escriptores. Ha a sympathia para com estes objectos de admiração. Cita Lacombe ainda outras influencias para uniformisação do espirito de um povo.

VII

Passamos hoje a tratar do modo por que foi fundada a —*urbs*— e descreveremos os ritos que Romulo seguiu neste acto eminentemente religioso. As ceremonias dessa installação, aliás observadas nas fun-

dações de todas as outras cidades da antiguidade, acham-se, diz Fustel de Coulanges, miúdamente enumeradas em Dionysio, Plutarcho, Ovidio, Tacito, Catão, Verrius e Festus. Antes de tudo, devemos banir do espirito a antiga crença de ter tido Roma como berço um asylo de salteadores. Na cidade sancta de Roma, que era estabelecida no monte Palatino, estavam os companheiros de Romulo, ao passo que o asylo para os homens sem religião e desrespeitadores dos deveres sociaes, era na encosta do Capitolino.

Foi pelo vôo dos passaros, como era costume nos povos vizinhos de Roma, que Romulo determinou o ponto exacto em que devia fundar a cidade; e, si fôra na Grecia, teria consultado, diz Fustel de Coulanges, o oraculo de Delphos. Chegado o dia da fundação, offereceu um sacrificio. Passou em seguida a purificar-se, bem como aos companheiros, de qualquer mácula, o que fizeram saltando cada um por sobre as chammias de uma pequena fogueira. Seguiu-se então o estabelecimento do *mundus* que era uma fossa onde cada um dos circumstantes lançava um punhado de terra do paiz donde se mudára. Pensavam elles que essa porção de terra trazia em si os manes de seus avós, e assim transformavam o logar onde se ia edificar Roma em terra *patrum* ou *patria*. Era este o lar da cidade, e mais tarde, quando as cidades do Palatino, do Capitolino e do Quirinal se reuniram, o lar passou para um terreno entre as tres collinas, onde se levantou o templo de Vesta. Logo que se fez o *mundus*, Romulo começou a traçar o sulco por onde se devia levantar a muralha, que havia de servir de cerco para a cidade de Roma. Empregava uma charrua com sóco de cobre, puxadã por um touro e uma vacca brancos, e dirigida pelo proprio Romulo, revestido de trajes sacerdotaes, e cantando hymnos sagrados. Seguiam-no seus companheiros, observando

um silencio religioso, e recolhendo para dentro do perimetro da cidade, as parcellas de terra que a charrua projectava para o lado de fóra do circuito. Este sulco era sagrado, e ai de quem o saltasse. Mas não deixava Romulo de levantar a charrua nos pontos em que deveriam ficar as portas da cidade. Sobre o sulco levantaram-se mais tarde as muralhas, junto das quaes havia um espaço de terra onde não se podia edificar, nem lavar, e que era denominado *pomerium*. A festa do anniversario da fundação de Roma é ainda hoje celebrada a 21 de Abril. Como se vê, organizado o pessoal da cidade, ella podia se estabelecer sobre o sólo em um só dia, dependendo de tempo unicamente a construcção dos predios.

Passaremos agora a fallar da topographia da antiga Roma. Era estabelecida, provavelmente por motivos estrategicos, sobre os sete montes que ficam á margem esquerda do Tibre, longe de sua foz, e que se denominam: Palatino, Quirinal, Capitolino, Aventino, Cœlio, Esquilino e Viminal. O Palatino tinha annexos dous monticulos que se denominam Cermalus ou Germalus e Velia. O Cœlio era unido ao Cœliolo. O Esquilino tinha, segundo a phrase de Cogliolo, por esporões o Cispius e Oppius. Entre o Palatino e o Capitolino achava-se o Velabro, que era invadido pelas aguas do Tibre, e onde, segundo a lenda, foi lançada a naveta em que se achavam Romulo e Remo. Esta é a Roma do tempo de Servio Tullio. Do Septimontium primitivo fallaremos mais tarde, quando tratarmos das tribus locaes.

Passemos a tratar dos patricios e plebeus, materia indicada em seguida pelo programma. Será ainda ahi nosso guia Fustel de Coulanges. Preliminarmente porém diremos que Ortolan confunde os clientes com os plebeus. Mommsen diz que os ple-

beus são os clientes manumittidos. Voigt sustenta que os povos que foram vencidos e submettidos ao dominio romano foram clientes dos patricios; mais tarde, quando muito numerosos os vencidos, tornaram-se clientes de Anco Marcio, e finalmente constituíram-se plebeus. Pantaleoni sustenta que havia differença ethnica entre patricios e plebeus. Finalmente Padelletti aceita varias destas causas como factores da plebe romana. A explicação de Coulanges parece ser a mais razoavel. Diz que pela linha primogenita passava de paes a filhos o direito de invocação dos deuses familiares. A linha dos filhos mais moços tinha a possibilidade de vir a substituir a primogenita no caso de desaparecimento desta por qualquer eventualidade. Como aggregados á familia estavam os servos, que não a deixavam, e eram estes os clientes, que podiam assistir á invocação dos deuses familiares, mas nunca poderião fazer tal invocação. Não sendo descendentes do *pater* ou chefe da familia, não eram patricios. Só o eram os descendentes do *pater*, quer da linha primogenita, quer das demais. Assim fica bem estabelecida a differença entre patricios e clientes. Diz Coulanges que os clientes cultivavam as terras dos patricios, e Cogliolo sustenta que era essa a principal causa da clientela, que proveio de procurarem as populações pobres da vizinhança de Roma as terras que os patricios por si não podiam cultivar em tempos em que ainda não havia escravos, que pudessem ser applicados nesse trabalho. Sob o aspecto etymologico, é notavel que cliente se derive do verbo *cluo* ou *clueo* que significa *ouvir*, mais tarde substituido pelo verbo *audire*, donde se formou *obedire*. Isto observa Bréal, que chama a attenção para o facto de haver na lingua allemã o verbo *hören* que significa *ouvir*, donde *angehören* pertencer, *der Hörige* o vassallo, e *gehorsam* obediente ou obediencia. Bem pôde entre-

tanto succeder que a expressão *cliente* não passe de *coliens* significando o *colono* ou cultivador do sólo, por ser a cultura da terra a principal causa da clientela, conforme a licção de Cogliolo.

VIII

Eram os principaes deveres do cliente para com o patrono: auxiliar-o na constituição do dote da filha, e, quando forçado a pagar uma multa; concorrer para seu resgate, si captivado na guerra; pagar as despesas que tivesse na magistratura, cargos publicos, etc.. Aos patronos cumpria responder ás consultas que sobre materia juridica lhes dirigissem os clientes, defendel-os quando em juizo, e administrar os seus negocios. Deviam se guardar fé reciproca, não podendo um constituir-se accusador do outro, nem passar a fileiras inimigas, nem dar voto, nem testemunhar contra o seu alliado pela clientela.

Assiste o cliente aos sacrificios feitos pelo patrono, mas não póde dirigir-se aos deuses da familia sinão por intermedio delle.

Radical era a differença entre os plebeus e os clientes, não obstante o que pensa Ortolan. Basta lembrar que algures diz Tito Livio que a *plebe* não quiz tomar parte nas eleições dos consules e estes foram eleitos pelos *patricios* com seus *clientes*. E noutro ponto: Queixava-se a *plebe* da excessiva influencia dos patricios nos comicios por serem auxiliados por seus *clientes*. Dionysio diz: «A plebe sahio da cidade, onde ficaram os patricios com seus clientes» Ainda Dionysio: «Recusou a plebe alistar-se e os patricios tomaram armas, e, com seus clientes, marcharam para a guerra».

Destes textos sendo evidente a differença entre clientes e plebeus, cita Ortolan a phrase que Dio-

nysio attribúe a Manlius quando orava incitando a plebe contra os patricios: «Quot enim clientes circa singulos fuistis patronos, tot nunc adversus unum hostem eritis»; e est'outra de Cicero: «Et habuit (Romulus) plebem in clientelas principum descriptam». A phrase de Dionysio não significa que todos os plebeus fossem clientes, mas pôde se referir a plebeus que tinham sido clientes. A de Cicero é ainda menos decisiva, pois se refere a instituição de cerca de sete seculos anterior á epocha em que elle escreveu, e não é portanto perfeitamente segura sua autoridade mórmente tendo contra si tantas outras.

Nasceu a plebe, segundo Cuq, da desagregação successiva dos clientes do laço que os unia aos patricios, e do augmento dessa classe que assim ia se formando lentamente pela adjuncção de vencidos e de outros individuos vindos do estrangeiro.

Nota Coulanges que Livio dissesse que os plebeus não tinham religião nem familia, e que era ésta, e não a de terem sido vencidos, a mácula de que os malsinavam os patricios. Explica Coulanges que naquella epocha, quando a religião era o elemento principal de todas as relações sociaes, natural era que assim pensassem os patricios, e explicavel como podia haver homens que não tivessem religião nem familia. Podiam assim se achar:—1.^o por não terem tido o preciso engenho para crearem uma religião; 2.^o por terem perdido por negligencia, esquecimento ou crime a que tinham; 3.^o por se haverem separado do culto de um patricio; 4.^o por serem filhos adulteros ou bastardos, para os quaes não havia religião domestica.

Passemos ás condições sociaes em que se achavam os plebeus. Si não tinham o casamento sagrado, que era a união no lar diante do deus domestico,

claro fica que não tinham família, e portanto faltava-lhes a autoridade paterna. Era sua união *more ferarum*, segundo a dura expressão dos patricios.

Impossível para elles a propriedade, pois o direito sobre um predio se determinava por um tumulto, por um termino, ou por um lar.

Finalmente nem acção possuíam, porque ésta era um conjuncto de ritos, a começar pelo *sacramentum*.

Verdadeiramente estavam fóra da lei, e não é para admirar que (260 u. c.), ao serem instituídos os tribunos, se prescrevesse em lei «que ninguém se lembrasse de aggreddir ou matar a um tribuno, como o faria a qualquer plebeu».

Tão radical separação havia entre as classes que os decemviros nas XII Taboas nem cogitaram de prohibir o casamento entre plebeus e patricios, por considerarem absolutamente inutil tal disposição, entendendo que era impossível uma união sagrada com um plebeu.

IX

Começamos hoje o estudo da parte do programma relativo aos usos e costumes. Estes, que são denominados *mores majorum*, resultam não de um sentimento juridico, que existe latente na consciencia do povo, mas sim do respeito ás decisões dos chefes, inspiradas no desejo da manutenção da ordem social. A repetição destas sentenças em um mesmo sentido, ou a *series rerum judicatorum* é o que constitúe a origem dos usos e costumes. Pomponio, no fr 2 § 1.º de origine juris, caracteriza o vago dos costumes no texto: «Initio civitatis nostræ populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit». Mais abaixo re-

ferindo-se a ter o povo romano deixado o regimen das leis para voltar ao dos costumes, diz: «*Iterunque cœpit populus romanus incerto magis jure et consuetudine ali quam per legem latam* (de or. jur § 3.^o). Acerca dos costumes, como fonte do Direito, tem-se dicto tanto bem quanto mal. Assim Stahl lastima o estabelecimento dos codigos, que tiram a espontaneidade ao Direito, destruindo a ingenuidade da consciencia juridica, e damnificando aos rusticos, que, vendo leis contrárias ás suas convicções, perdem o respeito ao Direito. Ihering porém zomba desta innocencia, e sustenta que a incerteza e a elasticidade do Direito costumeiro são a fonte principal da confusão juridica, e que as leis são proveitosissimas para a segurança dos direitos de todos os homens.

Passemos a ver as fontes donde pôdem ser colhidas informações sobre o Direito costumeiro dos tempos primitivos de Roma. Cita Cuq os documentos, a comparação com os institutos juridicos de outros povos e a Ethnographia. Dentre os documentos menciona Cuq em primeiro logar os escriptos dos jurisconsultos, entre os quaes se acham innumerous manuscriptos, dos quaes é um dos mais celebres o descoberto em um palimpsesto na bibliotheca de Verona em 1816 contendo as Institutas de Gaio. Em segundo logar menciona Cuq as inscripções, infelizmente de numero limitado, e hoje reunidas nos corpos do inscripções. De um epitaphio conclue Cogliolo a decura que reinava na vida familiar de Roma, e tanto basta para nos dar idéa do valor da Epigraphia.

Comquanto no principio do seculo XIX fosse a Academia de Inscriptões e Bellas Lettras tornada alvo das satyras de Courier, despeitado por não ter tido nella ingresso, é innegavel que já naquella epocha tinha a Epigraphia feito grandissimo progresso. Hoje

póde ser considerada como sciencia perfectamente constituida, e que tem produzido resultados admirabilissimos; qual a leitura das inscripções cuneiformes. Menciona em terceiro logar Cuq os grammaticos, dos quaes merecem especial referencia Nonius, Macrobio e Verrio, e os antiquarios, dentre os quaes se destacam Varro e Aulo Gellio. Tantas foram as materias de que se occuparam alguns desses autores, dos quaes poderemos destacar Varro, cognominado o mais sabio dos romanos, que é difficil determinar a classe em que devem ser collocados. Em quarto logar refere os agronomos, e destes são notaveis Catão o antigo, Varro e Columella, e os agrimensores, de cujo numero se destaca Frontino, contemporaneo de Domiciano, sendo menos notaveis Hygino e Siculo Flaco. Inutil encarecer a importancia desses trabalhos em relação ao Direito consuetudinario sobre os immoveis. Suas obras teem sido reunidas em collecções sob os titulos de Auctores Finium Regundorum, Rei Agrariæ Auctores e outros.

Em quinto logar colloca os historiadores, cuja apreciação já tivemos logar de fazer.

Em sexto logar põe as comedias de Plauto e de Terencio, sobre cujo valor como fontes de Direito Romano, as mais ardentes controversias teem apparecido, cumprindo mencionar as monographias de Bernard e de Emilio Costa, bem como as opiniões de Daresté e de Girard, manifestadas incidentemente e em publicações periodicas. Emfim fecha a lista com as obras de Cicero, que devem ser recebidas com o cuidado que temos em acceitar as opiniões de quem defende uma causa. Cicero occupou-se de grande numero de assumptos juridicos nas varias causas a que emprestou sua eloquencia. Difficil seria catalogar todas as materias de que tratou, mas não

podemos deixar de mencionar, por dizerem respeito particularmente de Direito Civil, as orações Pro-Tullio —e Pro-Cœcina — referentes á posse, — Pro-Roscio Comœdo—relativa a contractos litteraes, e— Pro-Quinctio —acerca de execuções contra ausentes.

Passa Cuq aos resultados que podemos colher da comparação do Direito dos outros povos com o romano, e diz que nesta parte devemos ter em vista a maior ou menor ligação de origem entre o povo romano e aquelle cujo Direito deve servir de termo de comparação.

Lembra o estudo do Direito dos povos latinos, gregos, hindús e germanicos. Refere a descoberta em Susa das leis de Hamourabi, rei de Babilonia, compostas dous mil annos antes de Christo, e das quaes vemos disposições transplantadas para as leis romanas. Essas leis foram descobertas em 1902, e se acham em caracteres cuneiformes sobre um bloco de diorito. A traducção feita por V Scheil em 1902 foi publicada pela segunda vez em 1904. Para os estudos do Direito egypcio ha os trabalhos de Revillout.

Finalmente em terceiro lugar trata Cuq da Ethnographia, como fornecendo fraco contingente para a restauração dos costumes primitivos de Roma. E' de crer entretanto que com o desenvolvimento desta sciencia muito venham a aproveitar as investigações historicas, ás quaes poderá ella naturalmente prestar valioso auxilio.

X

Parece-nos que Cogliolo bem caracteriza os costumes primitivos dos romanos. Quando se fundou a cidade, já era o povo dotado de uma civilisação re-

lativamente desenvolvida, e portanto tinha muitos costumes já estabelecidos, não se achando pois sujeito sómente ás decisões caprichosas ou arbitrárias dos chefes.

A posição de Roma era bôa estrategicamente fallando, por assentar-se sobre collinas de difficil expugnação.

Commercialmente, porém, nunca foi considerada bôa sua collocação, nem poude jámais competir em importancia mercantil com Tarento e Ceres. Eis porque a actividade do povo se dirigio para a agricultura, utilizando-se das terras que eram consideradas ferazes. Foi a agricultura que formou o character romano, e foi esse character que se reflectio em todos os seus institutos. Ligando importancia só aos trabalhos agricolas e á guerra, Roma no seu primeiro tratado com Carthago nenhuma clausula sobre commercio estabelecêra, occupando-se unicamente com os assumptos bellicosos. Só em 486 u. c. recebeu a moeda de prata cuja utilidade no commercio é inutil encarecer. Tardio tendo sido o seu desenvolvimento mercantil, que ainda nos tempos do maior brilho da jurisprudencia, esteve longe do seu progresso noutros ramos de actividade, é bem de ver que disso se resentio o seu Direito, que jámais primou como fonte de Direito Commercial. Ao contrario são as relações agricolas, preocupação continua dos juristas como se vê nos vocabulos juridicos, nas acções, nos symbolos, etc. *Detrimentum*—vem de *terere frumentum*, *emolumentum* de *molere frumentum*, *pecunia* de *pecus*, quer porque a moeda fosse marcada pela effigie de um boi, quer porque *pecus* fosse o typo elementar do valor. Era o tributo lançado, não segundo a riqueza movel de cada um, mas pelas geiras de terra que possuísse.

As primeiras acções foram relativas a immoveis e a serviços agricolas, merecendo menção a—*pastu pecoris, aquæ pluvie arcendæ, de glande legenda, de arboribus succis*. As *nundinæ* eram feiras semanaes, indispensaveis para a fixação do preço dos productos. Menciona Cogliolo que os camponezes na Italia ainda hoje recusam vender os seus productos fóra das feiras, porque só nellas pôdem os agricultores estabelecer o preço verdadeiro ou corrente desses productos. Estando os commerciantes em contacto continuo uns com outros, mais facilmente se estabelece entre elles o preço das mercadorias, e não são forçados a aproximações temporarias pelas feiras; como succede com os criadores e os agricultores.

Do trabalho agricola tiraram os romanos o seu character moral e social. Eram homens pouco amigos de viagens, respeitadores dos velhos e das tradições, guardando religiosamente os *mores majorum*, temendo innovações e estrangeirismos, severos, honestos, laboriosos, austeros, supersticiosos, frugaes, economicos e produtores. Era regra tradicional que o romano devia produzir quanto consumisse. *Patremfamilias vendacem non emacem esse oportet*. Dahi o pouco desenvolvimento do commercio, que se funda justamente na differença dos productos dos diversos membros da sociedade. Não tinha aquelle povo amor ás artes, nem ás especulações philosophicas: *Philosophari nunquam didici neque scio*. Pratico e sagaz, rude mas astuto, como o são em geral os camponios, corajoso e patriota, mas tambem trabalhador e forte nos duros trabalhos agricolas, tal era o povo cujas instituições juridicas estamos a examinar.

Coriolano, que ora empunha a espada, ora sustenta a esteva do arado, soldado e lavrador, é a figura média do romano primitivo.

A transformação de character do povo romano operou-se lentamente, mas fôí grande, e já no tempo de Catão eram vans as lamurias saudosas do severo romano, que desejava a volta aos tempos primitivos, como foram vans as tentativas de Varro para com as suas *Antiquitates* inspirar o amor das prisca eras e o restabelecimento dos costumes antigos.

Conservavam os romanos a tradição do reinado de Saturno, cujo nome (*Satur*) indica o inicio da epocha agricola, transição da pastoril. Ops (a riqueza) é a mulher de Saturno. Ceres (a deusa dos cereaes), Tellus (a terra) e todas as forças naturaes, que mais directamente se relacionam com a agricultura, eram suas divindades. No casamento aristocratico, ou *confarreatio*, apparecia o bolo de trigo, symbolo tirado do principal producto agricola.

Era pois uma religião inspirada pela agricultura, e pelo genio pratico daquelles homens rudes e prèocupados com os trabalhos da agricultura.

A influencia religiosa se mostra nos *sacra privata* transmittidos nas successões, no *sacramentum* das acções, na *sponsio ad aram*, no juramento, na crença nos mortos, no respeito ás sepulturas, e em mil outros factos, sendo acertado dizer que eram tão religiosos que havia em Roma mais deuses do que habitantes.

XI

Teriam sidos realmente religiosos e até supersticiosos os romanos? Sustenta que sim Fustel de Coulanges, fundando-se em que do contrario numa epocha em que os patricios procuravam captar a popularidade, teria quem seguramente publicado ser uma burla, um instrumento de dominio a religião da qual se arvorára a aristocracia em guarda e depositária; succe-

deria em summa com o *fas* o que succedeu com o *jus* ao tempo de Cneus Flavius, que revelou á plebe as formulas das *legis-actiones* adquirindo destarte a maior popularidade. Quando Ihering descreve as bur-las feitas pelos patricios contra a plebe por meio da religião, ha de se referir naturalmente a tempos posteriores, pois já na epocha de Cicero um auguro não podia olhar para um outro auguro sem rir.

Procura Cogliolo, como fizeram outros escriptores, fixar a parte religiosa com que contribuíram os sabinos, e a que veio dos latinos, mas ha nesse trabalho muito de arbitrario.

No povo romano dessa epocha, de que vamos nos occupando, devemos ver uma organização militar, como miudamente explica Ihering, sendo os comicios por curias um exercito em tempo de paz, e o exercito um comicio por curias em acto de guerra. O direito da guerra era intergental, isto é, não tomava como unidade componente do povo romano o individuo, mas o grupo gentilico. Bonfantè diz que era o direito dos *patres familias*.

Caracterisando o direito primitivo Cogliolo o encara primeiro sob o aspecto religioso, e diz que se mostra a influencia da religião nos processos, nos testamentos, nos contractos e nos symbolos, e nota que foi um acontecimento feliz que os pontífices houvessem creado e conservado as formulas, mas que não as tivessem podido manter em monopolio, em tempos posteriores, o que impediria o desenvolvimento do Direito. Em segundo logar nota o carater da *vis privata*, que se mostra na *manus injectio*, na *vis fustucaria* e na *munus conserere* (luctas simuladas que precediam á *vindicatio*, e de que não temos completa idéa), e nos multiplos vocabulos derivados de *manus*, quaes sejam *manucapere*, *manumittere*, *mancupium*.

Foi esta *vis privata* logo substituída pelas normas, pelo rei, pelos juizes e pelas acções que constituem os elementos de lucta ordenada e regular pelo Direito. Sob o aspecto da *qualidade* ha o maximo das normas juridicas em relação aos immoveis e a quanto interessa á agricultura, e o minimo nas relações dos membros da familia entre si. Poucas foram as normas em relação aos contractos, e muitas em relação aos processos. Sabemos a importancia que os povos menos adiantados ligam ás leis do processo, que constituem o elemento de firmeza e estabilidade do Direito Civil. Acertadissimas foram as normas sobre as servidões ruraes, e a intervenção do estado no seio da familia operou-se muito lentamente, sendo gradativamente restringidos os amplissimos poderes que tinha nos tempos primitivos o chefe da familia. Considerado em relação á *quantidade*, é digno de observação que da massa de normas de conducta, muito poucas tomaram o character estrictamente juridico ou obrigatorio, destacando-se dos principios moraes e religiosos, o que teve como consequencia ser evitada uma confusão de normas com perturbação e embaraço do progresso. Quanto ao *modo*, cedo a *acção* substituiu á vingança e á lucta entre as familias, não havendo conservado nem ao menos a fórma intermedia de tomada da mulher, dos filhos e dos bens do devedor. Emfim, quanto á *forma* por meio de *verba*, *gestus* e *testes*, alcançou consistencia e força, mas foi dispensando o formalismo á medida que delle não teve mais necessidade.

Acompanhando a selecta obra de Cogliolo tractemos dos mais antigos costumes romanos, modificando apenas algumas idéas philosophicas do grande jurisconsulto. Os costumes que os romanos tinham como uma fonte juridica, não raro foram reduzidos a preceitos sob a forma de lei, de sentenças, de sciencia

e de editos, isto é: foi o costume elaborado por jurisconsultos, pretores e juizes. Assim, quando os romanos se referião ao Direito Civil, ao pretor ou a uma lei, segundo Cogliolo, deixavam de mencionar o costume, verdadeiro conteúdo da norma citada, e é esta uma das causas da menor importancia do costume no Direito. Referencia directa ao costume é rara entre os jurisconsultos. A nosso vêr isso de modo nenhum diminúe o valor scientifico ou philosophicó que demos aos costumes. Sem dúvida constituída a sociedade em relativo pé de civilização, deverião os costumes originados das decisões dos chefes, formar o conteúdo das leis, do Direito scientifico, das sentenças, e si eram éstas normas e não o conteúdo por ellas elaborado o objecto da referencia dos posteros, não é menos verdade que o costume fôra a primeira consagração do Direito, fixado depois nas normas.

As decisões dos chefes, *patres-familias*, *magistri gentis*, e *magistri pagi*, segundo a ordem dos grupos dada por Cogliolo, geram o *mos familiae*, o *mos gentis* e o *mos sodalicii*. Isto, que se deu nos tempos primitivos e ainda anteriores á formação da *Urbs*, repetiu-se ainda em epocha muito posterior, pois o tribunal dos centumviros foi o creador da *querela inofficiosi testamenti* e da *portio legitima*, assim como os interdictos foram creação dos pretores, generalizando por este meio o que haviam decidido para um caso particular.

XII

Julga Cogliolo que a distincção entre *facto e direito* é indispensavel para se entender qualquer cousa em Direito Romano. Para elle as fontes juridicas não *cream*, mas *formulam* factos preexistentes. Eis porque

as formulas e as formas teem tanta importancia dando firmeza ao Direito. A compra e venda e a troca não foram elevadas de factos sociaes a figuras juridicas antes que disso houvesse necessidade pela violação das clausulas contractuaes. Resume, dizendo que o costume gera os factos, não o direito, e que os factos consuetudinarios se tornam direito quando formulados pela lei, pelos tribunaes ou pela jurisprudencia. Dar aos factos vestes juridicas era o principal modo de os elevar a institutos juridicos. Uma mesma fórma servia para vestir diversos factos. Assim a *mancipatio* se applicava não só á compra e venda, como tambem ao mutuo. Era a ésta veste que attendia Cicero quando na defeza de Roscio dizia que o dinheiro que se emprestára não constava ter sido *dado, estipulado verbalmente nem referido nos registros das partes*, e portanto não tinhã o mutuo os caracteres legaes. A doutrina de Cogliolo póde representar o modo de ver daquelles que sustentam ser juridico só o que é formulado em normas, e garantido por uma sancção. Entendemos porém que ha factos que conservam o seu character juridico ainda quando nenhuma formula os defina, nem sejam objecto duma sancção. A prohibição do homicidio não perde sua natureza juridica pelo facto de não ter sido objecto de norma. A escravidão ainda que preceituada pela lei, nunca será juridica. Parece-nos que quanto é conveniente á conservação e desenvolvimento do individuo e da sociedade, deve ser deixado á Moral, mantendo-se pelos costumes. O que porém é indispensavel para essa conservação e para esse desenvolvimento fica pertencendo ao Direito, e deve ser objecto das normas deste.

Como sendo os modos de revestir de character juridico os costumes, aponta Cogliolo:—1.º os gestos e as palavras,—2.º os symbolos—e 3.º as testemunhas.

Entre as formulas sacramentaes, conservadas a principio de memoria, e depois registadas nos livros dos pontifices, e emfim passadas para as obras dos jurisconsultos, menciona a da *mancipatio*: «Hunc ego hominem meum esse aio.» A da *cretio* foi «Hereditatem adeo, cernoque.» Tão importante era, que constituia a instituição: «Cretio est verba cretionis dicere.» Na auctorisação do tutor dizia este «Auctor sum.» Finalmente o «Hominem do, lego» é enumerada por Cogliolo como phrase consagrada. Refere entre os *gestos* a *manus injectio*, pela primeira vez mencionada nas XII Taboas, mas que é referida no código decemviral como sendo instituição já conhecida.

Alem disso ha o *vellerem aurem*, que era acompanhado das palavras «licet te antestari» na litiscontestação. A *stipulam frangere* dava-se, segundo Isidoro, nas estipulações. A imposição da vindicta apparecia quer no vindicatio, quer na *masnumissão*. Houve nos *symbolos* modificações, mas sem que destruíssem inteiramente a representação a que eram destinados. A *festuca* substituiu á *hasta*, e a *stipula* á *festuca*; o *pileus*, á *corona* da *emptio sub corona*; o bolo e a pelle de cordeiro, aos sacrificios cruentos na *confarreatio*, ou casamento aristocratico.

São as testemunhas o ultimo modo de revestir os factos sociaes de character juridico, segundo Cogliolo. Eram ellas destinadas não á affirmacção do convencionado entre as partes, mas ao auxilio contra quem se quizesse furtar ao cumprimento da obrigação contrahida. Por este motivo elevado era o numero dellas, mas nunca menos de cinco «non minus quam quinque» Combate Cogliolo — a opinião geralmente acceita de que as testemunhas representassem as cinco classes de Servio, dizendo—1.º que não ha exemplos de classe representada por um unico individuo;—2.º

que para pertencer a uma classe era preciso ser *civis*, mas para servir de testemunhas bastava o *commercium*; 3.º que testemunha proletaria não pertencia a nenhuma classe; e 4.º que ha uma lei de Romulo, que já fixava o numero 5 para as testemunhas. Confesso que não acho fortes taes argumentos. Contra o primeiro noto que cada curia foi representada por um lictor em certa epocha, o que mostra não haver repugnancia de representar um individuo a um grupo. Contra o quarto observo que são muito pouco dignas de confiança as referencias ás leis de Romulo. O numero cinco era no entender de Cogliolo simplesmente sympathico aos romanos. Explica o numero de dez na *confarreatio* pela persistencia num acto familiar tão importante de levar cada parte as suas testemunhas, persistencia que é facto muito commum nas instituições relativas á familia. Erão necessarias as testemunhas na *conferreatio* e *diffarreatio*, na *denunciatis*, na *mancipatio*, na *cretio*, na *legis actio* e especialmente na *litiscontestatio*

XIII

Passamos hoje a estudar a lei. Não é facil, como diz Pachioni, caracterisar a lei nos tempos de que nos occupamos, e por consequencia impossivel é definil-a. A lei de que trata o programma, porém é a *rogata* dos comicios, excluido o plebiscito. Justiniano definio a lei *rogata* como sendo constituída pelo povo, *senatorio magistratu interrogante veluti consule*; e o plebiscito *plebeio magistratu interrogante veluti tribuno*. Estas duas noções se acham reunidas na definição de Capito. «Lex est generale jussum populi aut plebis rogante magistratu.» Tal definição abrange sob o nome de *lex* o plebiscito. A definição attribuida pelo Digesto a Papiniano é uma má traducção, segundo Pachioni, de outra de Demosthenes,

mas o que é certo é que toma a lei num sentido muito mais amplo (de leg. fr. 1). Além das *leges rogatæ* ha as *datæ*, que eram as decretadas por autoridades que haviam recebido do povo delegação especial do poder de legislar, como o foram Sylla, Cesar, Octavio, Antonio, etc.

Antes de quaesquer outras considerações, devemos saber o que é a rogação, e pelo texto de Ulpiano nas Regras Sing. (fr. 1.^o) teremos idéa do valor deste vocabulo: «Lex aut rogatur id est fertur; aut abrogatur id est tollitur; aut derogatur id est pars prima legis tollitur; aut subrogatur id est adjicitur aliquid primæ legi; aut obrogatur id est mutatur aliquid ex prima lege» Consistia a *rogatio* propriamente na apresentação da proposta aos comicios «*velitis, jubeatis, rogo vos*» Estes comicios eram por cúrias, centurias ou tribus, segundo a ordem da sua instituição ou origem.

Trataremos primeiro das curias, nome derivado segundo alguns de *curare*, e segundo outros de *co-vehriv*, isto é, *cum viria*. Esta derivação, como a de muitas outras expressões juridicas, é duvidosa, e tem sido, segundo Pachioni, objecto de estudos especiaes. Sustentam alguns que a curia é um grupo de criação do estado, mas outros dizem que se formou naturalmente. O assumpto, segundo Pachioni, foi estudado por Mommsen, Padelletti, Karlowa e Serafini, escrevendo Müller uma monographia acerca das relações entre as gentes e as curias. É sabido que as curias se formavam de gentes, mas ainda sobre a natureza deste grupo ha duvidas. Para Fustel de Coulanges a *gens* era a familia na sua maior extensão, e repelle o illustre sabio as opiniões dos que sustentam que na *gens* havia simples identidade de nome;—que por ella se dava uma certa relação de patronato ou suzerania

entre familias;—que finalmente ella era um parentesco artificial ou politico. Não se comprehende, admittindo a religião de familia como sendo o laço entre os seus membros, que se pudesse formar a capricho uma familia artificial, e impor-lhe uma religião. A curia, que tambem tem sua religião, com *curionia sacra*, *curiones*, *curiarum flamines*, *curiarum sacerdotes*, não pode ser sinão de formação natural. Só um factio impressiona contra ésta opinião, e é a circumstancia de ter cada tribu romana exactamente dez curias.

Comicios eram reuniões dos cidadãos parecendo bôa a etymologia indicada por Festus de *coeundo*, id est *simul veniendo*». Eram os comicios curiatis aristocraticos e religiosos, convocados pelos lictores (*curiata per lictorem curiatum calari, id est convocari*). Segundo Maynz para alguns desses comicios era convidado o povo em geral, mas para outros somente algumas pessoas. Reuniam no Forum. Resolviam sobre adrogação, concessão de cidade, testamento, e sobre a investidura do rei. Tratavam de um só negocio de cada vez, e resolviam por sim ou não. Não se formavam sem prévia consulta dos auspicios, e podiam ser dissolvidos toda vez que qualquer auguro declarava que os signaes eram de máu agouro, usando-se para a dissolução da phrase sacramental *alio die*. Era necessaria a *auctoritas patrum*, especie de sancção para que a lei curiata pudesse ser executada. A *auctoritas* era, segundo Cuq, a intervenção effectiva dos patricios, e não do senado, comprometendo-se a fazer cumprir a lei. Quando tracta da *auctoritas tutorum* dá Ortolan ao vocabulo esse mesmo sentido, dizendo que não se tracta apenas de permissão, mas de intervenção activa, obrigando-se o tutor como completando a capacidade, que tem o menor de contrahir a obrigação e executal-a. Sustentam

outros porém que a *auctoritas* era o exame que da lei fazia o senado, para ver si nada havia nella contrário á religião, e que só mais tarde quizeram os senadores arrogar-se a faculdade de fiscalisar as resoluções dos comicios, e apreciar sua importancia e conveniencia politica ou juridica.

XIV

As curias votavam segundo a sôrte, sendo considerada como *principium* a que em primeiro lugar se deveria manifestar. Dahi a phrase de Tito Livio: «Faucia curia fuit principium». Esta *curia* foi considerada como de máu agouro, porque tanto no anno da tomada de Roma, como no do desastre das Forcas Caudinas, tivera por sorte o *principium*. Assim, quando pela terceira vez foi pela sorte indicada para dar o seu voto em primeiro lugar, dissolveram-se os comicios, como estando mal agourados.

Era duvidoso si o voto de cada curia se apurava por cabeça (*viritim*), si por grupos gentilicos. Funda-se a primeira opinião em Tito Livio, e a segunda na phrase de Aulo Gellio que diz: «Cum ex generibus hominum suffragium feratur curiata comitia esse». Parece-nos porém, cotejando este texto com a parte final que diz «cum ex regionibus et locis tributa (esse)», que Aulo Gellio se referia ao modo de se formarem os comicios, e não á maneira por que se apurava o voto em cada tribu. Sem podermos ter opinião firme sobre tal assumpto, achamos entretanto pouco provavel que nas curias se apurasse o voto *viritim*, pois na epocha de que nos occupamos, não tinha em regra o Estado relações directas com o individuo, mas sim com os

grupos naturalmente constituídos pela família em todas as suas formas de mais em mais vastas.

Passaremos agora a tratar dos comícios centuriatos, começando por explicar preliminarmente o que foi o censo, em que elles se firmaram. Cada *pater familias* foi obrigado a declarar sob juramento as pessoas que compunham sua família, e os bens que possuía, fixando o seu preço sob pena de confiscação. Findo o serviço, foi o povo purificado no Campo de Marte (*populum lustrare*), e a solemnidade se reproduziu cada quinquennio, donde o nome de *lustrum* para esse periodo. No censo havia um *caput* para cada *pater familias*. Esse registo se aproveitou para a libertação, porque a inscrição num *caput* delle dava o direito de ser a pessoa inscripta considerada livre.

Organizado o censo, foram sobre elle estabelecidos os comícios centuriatos por meio da divisão do povo em *classes* e *centuriæ*. Nessa organização eram tidos em vista o tributo, o serviço militar e o voto. A primeira classe compunha-se dos individuos que possuíssem mais de cem mil azes, e era dividida em oitenta centurias, sendo 40 de *juniores* e 40 de *seniores*. Classificavam-se como *seniores* aquelles que tivessem mais de 45 annos, e como *juniores* os que tivessem mais de 15 e menos de 45. A segunda classe cumpunha-se de individuos que tivessem mais de 75 mil azes; e subdividia-se em 20 centurias, sendo 10 de *seniores* e 10 de *juniores*. O mesmo numero de centurias tinham a terceira classe e a quarta, achando-se naquella os possuidores de quantia superior a 50 mil azes, e nesta os que tivessem mais de 25 mil azes. Acerca da quinta classe, que constava de 30 centurias, discordam os escriptores, dizendo Tito Livio que era sua cifra de 11 mil azes, ao passo que Dionysio de Halicarnasso dá o valor de doze mil e quinhentos azes.

Accensi ou *velati* eram individuos que possuíam mais de 1500 azes; *proletarii* os que tinham mais de 375, e finalmente *capite censi* os restantes.

As centurias eram 193 segundo Dionysio, e 194 segundo Tito Livio. A divisão em centurias era não só destinada á votação nos comícios, como também ao serviço militar. E' provavel que primitivamente fosse cada centuria composta de 100 homens, sendo certo que mais tarde não se conservou tal numero. Para completa comprehensão dessa fórma de ordenar o povo, cumpre observar que havia tres centurias primitivas de cavalleiros (*equites*), as quaes foram augmentadas até o dobro por L. Tarquinio, ou quiçá por Servio, a quem se attribúe essa organização. Servio Tullio formou *ex primoribus civitatis* ou *censu maximo*, mais 12 centurias de cavalleiros, havendo pois nos comícios centuriatos 18 centurias de cavalleiros. Além disso, havia centurias de officiaes mechanicos, sobre as quaes não se acham de accordo os autores, provavelmente por serem ellas de somenos importancia. Como tinha cada centuria um voto, é intuitivo que nos comícios centuriatos prevalecia a vontade dos mais ricos e dos mais velhos. Attribúe a lenda a criação dos comícios centuriatos a Servio Tullio, mas, segundo Pais, indicam elles um tal desenvolvimento do povo romano, que só podia ter nascido depois da invasão dos gaulezes. Eram estes comícios reunidos no Campo de Marte, porque a elles concorria o povo armado, ficando uma parte da população vigiando sobre o monte Janiculo. Eram convocados por um corneta (*per cornicinem*), e a sôrte indicava a centuria que primeiro devia dar o seu voto (*prærogativa, de prærogare*). Quasi nunca se passava da primeira classe na votação, o que é natural, por ser ella (unida á dos cavalleiros) a representação da riqueza, que dispunha da maioria dos votos. Não está averiguado si se compunham os comícios centuriatos

de todo o povo, si unicamente de uma parte delle, isto é, dos clientes e plebeus, que se acredita que não tomavam parte nos comicios curiatis. Maynz, acompanhando a Niebuhr, entende que delles não faziam parte os patricios, apesar de serem denominados *maximus comitiatus*. O que é certo é que funccionavam com attribuições que não podemos determinar, mas compartilhando a função legislativa com os comicios curiatis.

XV

Foram os comicios curiatis perdendo gradativamente a sua importancia, até serem emfim representados por 30 lictores, que suppriam as 30 curias. Os comicios centuriatis achavam-se nas mesmas condições que os curiatis quanto á necessidade dos auspicios e mais formulas religiosas. A *auctoritas patrum* que geralmente se diz ser a approvação dada pelo senado á lei, era, segundo Cuq, dada pelos patricios. Até a lei Publilia (u. c. 414) foi a *auctoritas* dada após a votação da lei. Dessa epocha em diante passou a ser dada previamente.

Os comicios tributos eram os formados pelas tribus locaes, que não devem ser confundidas com as tres grandes tribus primitivas. Já Servio Tullio, segundo a tradição, tinha dividido a cidade de Roma em quatro tribus locaes, que foram chamadas: Palatina, Collina, Esquilina e Suburana. Além dessas havia as tribus ruraes, sobre cujo numero não são accordes os escriptores. Para Tito Livio foram ellas se augmentando até attingirem o numero de 35. Dionysio de Halicarnasso diz que eram 30 as tribus. Parece que este numero cresceu e diminuiu segundo a sorte da guerra,

favoravel ou desfavoravel a Roma. Anteriormente houvera a divisão local da cidade pelo *Septimontium*. Notavel é que esse *Septimontium* eram oito logares, onde se faziam sacrificios nos dias fastos. Eram: Palatino, Velia, Fagutal, Subura, Cermallo, Oppio, Cispio e Cœlio, mas Forcelini elimina o Cermallo. Os Setemontes porém do tempo da Roma de Servio Tullio eram: Palatino, Quirinal, Capitolino, Aventino, Cœlio, Esquilino e Viminal. Esta divisão de Roma em tribus urbanas e rusticas, foi a base dos comícios tributos que appareceram após a lucta dos patricios e plebeus, sendo, segundo Ortolan, em 265 (u. c.) que pela primeira vez funcionaram, julgando a Coriolano.

Passamos agora a tratar do modo por que se votavam as leis nos comícios, cumprindo entretanto dizer preliminarmente que nos primeiros tempos tinha a lei accentuado caracter contractual, que nunca perdeu inteiramente.

Quando um magistrado queria propor uma lei convocava o povo por meio de um edito no qual era transcripta a norma em sua integra. Durante o espaço de tres feiras (*trinum nundinarum*) que correspondia a 24 dias, segundo Mommsen, e a 17 segundo Pachioni, apreciava o povo as vantagens e desvantagens da lei proposta. Davam-se as discussões privadas, e *in contiones*. Depois da meia noite da vespera da votação eram consultados os auspicios, e, si favoraveis, formava-se o comicio que nunca se realisava nos dias fastos ou nefastos, mas nos dias comiciaes. Reunia-se o povo primeiro *in contione*, e discutia a lei proposta por *suasiones* e *dissuasiones*. Em um momento dado, fazia o presidente do comicio içar uma bandeira encarnada no Capitolio, e logo começava a votação. Terminada ésta, communicava o ro-

gator por um *præco* o resultado ao presidente, que proclamava a lei ao comício lendo-a (*renuntiatio*).

Após a lei Papiria (623 u. c.), o voto passou a ser secreto, apparecendo depois outras *leges tabellariæ* que tornaram uma realidade a prescrição da lei Papiria. A lei Cœcilia Didia (656 u. c.) estabeleceu como preceito legal o *spatium trinum nundinarum*, e prohibio as leis *per saturam*, que eram aquellas em que havia assumptos diversos. A Licinia Junia, estabeleceu que o projecto fosse depositado no Oerarium.

Consta a lei de quatro partes. A primeira é o *Index*, onde se acham os nomes dos magistrados, que propuzeram a lei e a indicação do seu conteúdo, como por exemplo *lei Petilia Papiria de nexis*. A *Præscriptio* contém os nomes dos magistrados que propuzeram a lei, o dia e o lugar em que foi ella votada, e finalmente nos plebiscitos os nomes da tribu e do individuo que primeiro deram o voto. Após a lei *Publilia de patrum auctoritate*, continha a *Proescriptio* tambem a *auctoritas patrum*. A *Rogatio* era o conteúdo propriamente da lei, tal como se achava no edito de convocação do povo. Em fim a *Sanctio*, que não existia na forma primitiva da lei, pois apenas era considerada improba a sua violação, foi mais tarde constituída religiosamente, declarando-se *sacer* o violador do preceito legal. Para segurança do cumprimento da lei, usaram tambem os romanos do juramento tomado aos executores. A necessidade da sanção é indicio de enfraquecimento do respeito ao preceito.

XVI

Consideram-se *minus quam perfecta* as leis que comminam uma pena para o caso de sua violação, mas não annullam o acto praticado. E' exemplo dado por Ulpiano a lei *Furia de testamentis*, que, punindo com a restituição em quadruplo as pessoas que recebem legados contrariamente ás suas prescripções, entretanto não annulla o acto. Desta noticia das regras singulares de Ulpiano se tirou a classificação das leis, quanto aos seus effeitos, germen da doutrina acerca das nullidades. Mais que perfeita é a lei que pune e annulla, perfeita a que unicamente annulla, e para exemplo temos a *Celia Sentia*, que annulla as libertações feitas em fraude dos credores e a *Fufia* que annulla as manumissões que excedem a certo numero; e finalmente imperfeita é a que não annulla, nem pune os que infringem suas disposições, como era a *Cincia*. Qual o meio de tornar effectiva a lei *Cincia*? Andaram os jurisconsultos a idear maneiras indirectas de se coagir o povo a respeitar essa lei. Alguns desses alvitres são complicados, e exigem certos conhecimentos de processos para serem bem comprehendidos, outros são obscuros, e delle não ha completa noticia. A lei *Cincia* desapareceu, sem que conste que houvesse sido abrogada.

Publicação da lei, no sentido juridico do vocabulò, não existia nessa epoca em Roma. A que se fazia era apenas de facto. Collocava-se o texto da lei «unde de plano recte legi possit.». Landucci sustenta que se dava a publicação pelo deposito no *Cerarium*. A *rogatio* porém é que era depositada no *Cerarium* durante o *spatium trinum nundinarum*, isto é, antes de ser votada e convertida em lei. Cicero claramente mostra que não havia archivo publico de leis

no seguinte trecho da sua obra — *De Legibus* — : «*Legum custodiam nullam habemus. Itaque eœ leges sunt, quas apparitores nostri volunt : a librariis petimus, publicis litteris consignatam memoriam publicam nullam habemus.*»

Primitivamente as leis eram pessoas, isto é, obrigavam sómente ao povo que as acceitára. Confundião-se então o domicilio e a origem do individuo sujeito á lei. Mais tarde com as mudanças de domicilio, appareceu a dupla idéa do *origo* e do *domicilium* de que se occupa miudamente Savigny no seu 8.º volume do *Direito Romano*. A idéa da territorialidade da lei é relativamente recente.

Já dissemos que as *leges datœ* não eram votadas pelos comicios, mas por auctoridades que tinham recebido do povo essa faculdade. E' notavel que della não houvessem usado sinão muito moderadamente os delegados do povo. Não está bem determinado o limite da noção das *leges datœ*. Mommsen, que foi o primeiro que dellas se occupou, estendeu de tal modo o seu ambito que abrangeo os editos dos pretores. Sobre as leis emittidas pelos reis, varias tem sido as opiniões. A opinião geralmente acceita hoje é a de terem ellas se referido mais a assumptos religiosos do que a materia juridica. Tratavam de regulamentar o divorcio, de punir as aggressões aos paes, do infanticidio, da deslocação dos marcos, do parricidio, que era o assassinato de um concidãdo e não do pae, e de outros assumptos em que a pena frequente era a *capitis execratio*. Dahi conclue Cuj que não podiam taes leis ser curiatas, como pretende Pomponio no fr. 2 §§ 2 e 3 de *origine juris*. Com effeito não era dado ao povo decretar penas de character religioso. Dessas leis restam ape-

nas poucos vestígios nos monumentos de que temos conhecimento. Em Pachioni encontram-se as partes mutiladas dessa insignificante legislação, que pôde ter influido nos costumes, mas que por si mesma nenhum valor tem, nem ainda historico.

E' tradição que as leis regias foram colleccionadas por Sextus Papirius, que viveu, segundo Pomponio, no tempo de L. Tarquinio, e, segundo Dionysio, no começo da republica. A obra de Papirio, cujo nome vulgar é *Jus Papiriano*, mas que tinha por titulo—*De ritu sacrorum*—não é mencionada nem por Lívio, nem por Varro, nem por Cicero. Acredita-se que é obra da *gente papiria*. O autor não podia se chamar Sextus, porque era prenome que não se usava em tal gente. E' provavel que se chamasse Marcos ou Manlius. Digno é de nota que foi o *jus papirianum* commentado por Granius Flacus, escriptor do tempo de Cesar. Contém o *jus papirianum* muitas disposições anteriores ás XII Taboas, e outras que são tiradas das XII Taboas, ou de preceitos costumeiros que foram consagrados pelo Codigo Decemviral.

XVII

Após o secesso da plebe, que no anno de 260 se retirou para o monte Aventino, viram-se os patricios forçados a fazer aos plebeus diversas concessões, das quaes a mais importante foi a criação dos tribunos da plebe. A principio foram eleitos pelas curias, mas depois, em vista da lei Publilia, do anno de 283, coube aos comicios tributos o direito de eleição desses magistrados. Intervinham *in auxilium*

plebis, vetando as leis contrarias aos interesses dos plebeus. Organizada assim a plebe, dividida em tribus, e tendo por chefes os tribunos, facil lhe foi constituir-se em comicio com funcções legislativas e judiciaes. No anno 265 deu-se a primeira reunião da plebe com assentimento do senado para julgar Coriolano.

Como se vê, eram os comicios tributos democraticos, differindo portanto dos centuriatos, em que prevaleciam a riqueza e a idade, e dos curiats onde dominava a aristocracia de raça. Não é conhecida a data em que começaram os plebiscitos. Aparecem successivamente a lei Valeria Horacia de 305 que dispõe, segundo Tito Livio «ut quod tributim plebis jussisset populum teneret», a Publilia de 415 ou 416 que prescreve «ut plebiscita omnes quirites tenerent». e finalmente a Hortensia de 465 ou 468 depois da qual nunca mais houve duvida acerca da força legal dos plebiscitos. Para Mommsen a primeira dessas leis estabelece a legalidade dos plebiscitos, a segunda dispensa-os da sancção e a terceira estende-os a todo o povo. Ortolan entende que a Valeria Horacia deu aos plebiscitos valor legal para certos negocios; que a Publilia os dispensou da ratificação pelas centurias; que finalmente a Hortensia lhes concedeu força legal independente da *auctoritas patrum*. Parece-nos mais razoavel a opinião sustentada por Cogliolo. Entende elle que, as tres leis continham as mesmas disposições que foram sendo repetidas, porque gradativamente ião cahindo em desuso pela violação continua da parte dos interessados em vê-las aniquiladas. Cita Cogliolo em abono da hypothese que aventa os continuos secessos para obterem os plebeus cumprimento das promessas que lhes haviam sido feitas. Exemplifica ainda com *lex sacrata de tribunis plebis*,

repetida pelo *plebiscitum de tribunicia potestate* de 303 e mais uma vez repetida pela lei Valeria e Horacia de 305.

Os plebiscitos eram igualmente denominados leis tribunicias, mas esta expressão também pôde significar, como explica Godofredo, a lei que conferia poderes aos tribunos. Justiniano afirma que a plebe differia do povo como differo do genero a especie. Godofredo observa que seria mais exacta a comparação si se considerasse o povo como um todo e a plebe como uma parte. Muito feliz é a comparação de Godofredo em referencia á plebe dos ultimos tempos de Roma, á qual se referia Justiniano. Quanto á plebe dos tempos primitivos, duvidoso é, como mostrámos em outra licção, que fizesse ella parte do povo romano.

Passemos a tratar dos *senatus consultos*, começando por dar uma noticia acerca do senado romano. Não foi criação do povo romano mas existio em muitas das cidades antigas com o mesmo caracter de corporação consultiva e auxiliar das autoridades. Não está bem averiguado qual era o numero dos senadores durante o governo dos primeiros reis, mas acredita-se por um trecho de Cicero que eram 150, fornecendo 50 cada uma das tres tribus originarias. Parece que não ha duvida que o numero era de 300 no tempo de Tarquinio o Antigo. Esse numero foi duplicado e mais tarde triplicado, tornando-se finalmente incerto no tempo de Sylla. Os senadores nomeados ao tempo de Tarquinio foram denominados *patres minorum gentium*—os plebeus que entraram para a corporação foram chamados *adlecti* ou *conscripti*—donde a expressão *patres et conscripti*—e mais tarde *patres conscripti*—ainda usada por Cicero para indicar o

patricio plebeu. Diversas eram as funcções do senado patricio e do senado patricio-plebeu. Dividia-se o senado em decurias, mas não ha completas informações a respeito do modo por que trabalhavam estas fracções do senado. Nota Mommsen que ao senador se dava o nome de —senator—ao logar da reunião—senaculum— e não havia expressão propria para designar o cargo, usando-se para esse fim de periphrases entre as quaes *locus senatorius*. Aceita como etymologia provavel da palavra senado o verbo *senare*—aconselhar, cahido em desuso. Muito se discutio si eram os senadores nomeados pelos reis, si eleitos pelas curias. Esta, como tantas outras questões, tem permanecido, e provavelmente permanecerá sem solução satisfactoria. Era o senado conselheiro e tutor dos reis. Notavel é que se assemelhava ao povo, porque do mesmo modo que este, precisava unir-se a um magistrado para agir. Consideravam-se como *senatus consultus* quaesquer pareceres dados pelo senado a magistrados, ou qualquer acto do senado. Muitos autores entendem que o *senatus auctoritas* é qualquer decisão do senado irregular ou vetada. *Senatus-decretum* é para muitos qualquer parte do *senatus consultus*, ou qualquer deliberação tomada pelo senado só. Incontestavel porém é que *senatus auctoritas e senatus decretum* são frequentemente consideradas expressões synonymas. Os *senatus consultus* foram estendidos ao Direito privado mencionando-se como tendo assento nos *senatus consultus* a pena de escravidão contra o individuo que se deixou vender *pretii participandi causa* e o *quasi usufructus*. Disseram alguns que foi no tempo de Tiberio que começaram os *senatus consultus* a ter força legal, fundando-se na phrase de Tacito—*e campo comitia ad patres translata sunt*; mas observam outros que as ultimas palavras desse trecho de Tacito, mostram que elle se referia sómente ás attribuições eleito-

raes dos comícios. O que é certo é que ao tempo de Ulpiano não mais duvida havia a esse respeito, podendo o jurisconsulto dizer—*non ambigitur senatum ius facere posse.*

XVIII

Era o senatus consulto redigido afinal depois dos debates e de se haverem retirado todos os senadores, terminada a sessão. Chamava o presidente duas testemunhas para subscreverem o senatus consulto, que deante dellas era redigido. Constava o senatus consulto, na generalidade dos casos, de dez partes. Na primeira vinha a relação do magistrado: *ille consul (proetor, tribunus plebis) senatum consuluit*; na segunda o mez e o dia da deliberação; na terceira, o logar da sessão; na quarta as testemunhas: *scribendo adfuerunt illi*. Estas são por assim dizer as partes do titulo do senatus consulto. Segue-se o conteúdo. A quinta parte é a exposição: *quod ille verba fecit, ou illi verba fecerunt*; a sexta a noticia da decisão: *quid de ea re fieri placeret de ea re ita censuere*; a septima os considerandos: *cum res uita se habeat*; a oitava o dispositivo da decisão: *placere ut ille faceret ou illum facere*; finalmente vem a menção do voto *sensure*. Podiam estas quatro ultimas partes ser reunidas em uma só, indicando em synthese a deliberação do senado: *illud fieri censuere*. Emfim em decimo logar ha o numero de votantes sem determinação dos favoraveis ou desfavoraveis. Não podemos descer a minucias neste assumpto, explicando as varias formas que tomaram os senatus consultos, porque o fariamos com prejuizo de materias mais impor-

tantes para os estudos juridicos. De certa epocha em diante foi o *senatus consulto* registado no *æranarium*, no templo de Saturno. Mais tarde registaram-se no templo de Ceres. Nos tempos de probidade dos romanos foi respeitada a deliberação do senado, conservando-se a letra dos *senatus consultos* de accordo com o resolvido pelo senado. A corrupção dos costumes porém teve como consequencia a alteração deste ramo da legislação romana, fazendo-se preciso que fossem tomadas todas as cautelas para serem evitadas as adulterações.

Passaremos agora a tratar da lei das XII Taboas. No fr. 2.º § 4.º *de origine juris*, conserva Pomponio a tradição a respeito dessa lei. Diz o jurisconsulto que foram constituídos os decemviros para tirarem das leis gregas o que fosse aproveitavel, e que com effeito organisaram a lei das XII Taboas, assim denominada pela circumstancia de ter sido escripta em doze taboas de marfim, e accrescenta que muitos dizem que havia sido feita por um certo Hermodoro de Epheso, que fôra exilado. Antes de mais, é preciso observar que ha no texto referido um manifesto erro de cópia, devendo-se ler *roboreas* e não *eboreas* porque, segundo refere Plinio, na epocha em que dizem que foram feitas as XII Taboas, não se conhecia ainda em Roma a gravura em marfim. A lenda das XII Taboas foi grandemente contestada pelos historiadores, particularmente a começar de Vico. Entendem alguns que com effeito houve a organização do codigo destinado a collegir costumes, fixar as regras de conducta, crear uma jurisprudencia leiga e dar uma certa firmeza de fibra á sociedade de então. Com a incerteza dos preceitos juridicos achava-se o povo sujeito a um tal arbitrio que no anno de 293 Tarentilo Arsa propoz que se organisasse um codigo

que definisse os direitos da plebe. Pretendem alguns que a lei proposta era destinada a limitar as attribuições dos consules, cerceando-lhes o arbitrio que até então haviam tido em relação á plebe. Compreenderam os patricios o grande inconveniente que resultaria da existencia de uma legislação especial para uma classe do povo. Procrastinaram até o anno de 299, quando, já não podendo mais resistir ás exigencias da plebe, se sujeitaram a organizar um codigo destinado a fazer desaparecer a incerteza do direito e a egualar em face da lei todas as classes da sociedade. Foi no mesmo anno organizada uma commissão de tres patricios para que estudassem as lei gregas. E' de crer que não tivessem ido á Grecia, como pretende a tradição, mas que sómente tenham peregrinado pelo sul da Italia, que constituia a Magna Grecia. Em 303 foram eleitos os primeiros decemviros incumbidos de collegir e depurar todas as rudes instituições primitivas codificando-as. Esses decemviros compuzeram as dez primeiras Taboas, mas como estivesse incompleta a lei, organisou-se uma nova commissão decemviral que no anno de 304 compoz as duas ultimas Taboas com que devia ficar completo o codigo.

Contestam diversos historiadores que as XII Taboas tivessem sido compostas dentro de dous annos, no principio do seculo 4.^o de Roma. Contestam o synchronismo e a força legal do codigo decemviral Lambert, Pachioni e muitos outros. Funda-se Pachioni em resumo em tres principaes argumentos para sustentar que a lei das XII Taboas foi formada gradativamente e que mais parece de uma epocha de transição, qual foi o principio do seculo 5.^o, do que dos annos 303 e 304 de Roma. O primeiro é tirado da diversidade de character das varias instituições; o

segundo da differença entre a lingua usada nas XII Taboas a de outros documentos do seculo 4.º, e o terceiro da forma por que foi redigido que não condiz com o stylo de uma lei; mostrando pois que é antes uma collecção de brocardos juridicos (*especie de Thesaurus*). Respondem porém os antagonistas que em todos os codigos apparece a mesma variedade de regras que pertencem a diferentes phases de civilisação; que o character archaico das XII Taboas é grandemente accentuado, mostrando que são ellas de data muitissimo anterior á dos escriptos de Plauto e de Catão que finalmente contem ellas regras imperativas que de nenhum modo podem ser consideradas como sendo brocardos juridicos. Quanto ás relações das XII Taboas com as leis gregas, ha incontestavelmente no codigo romano alguns preceitos que parecem tirados das leis de Solon, bem como nelle se encontram algumas palavras gregas. Dahi porém não se póde inferir que a lei das XII Taboas não represente na sua quasi totalidade o direito costumeiro de Roma. A similhança que se nota entre ellas e a lei dos cretenses, achada em Gortyna em 1884, é explicada por Goduwin como resultado de uma commum origem remota dos dous povos. Cogliolo aponta como sendo gregas as disposições do fr. ultimo finium regundorum e do fr. ultimo de collegiis. O que é certo é que o proprio Cicero dizendo que a lei das XII Taboas era muito superior ás de Solon e Lycurgo, implicitamente reconhecia que entre ellas havia grande differença. Revillout sustenta a extraordinaria opinião de ter sido a lei das XII Taboas inspirada no Direito egypcio.

Não ha certeza si foram as XII Taboas redigidas em verso, mas comquanto seja provavel que houvessem sido escriptas em prosa, entretanto era talvez

a linguagem candenciada e rythmica, donde a denominaram — carmen. Shœl diz que foram ellas escriptas em metro saturnino.

XIX

Cuq e Warnkönig recommendam que não se considerem as XII Taboas como um codigo civil no sentido moderno da palavra. Parece-lhes mais um pacto constitucional. Cuq diz que esse character constitucional da lei se manifesta — 1.º por serem os direitos adquiridos a um cidadão na forma das XII Taboas inatacaveis ainda pelos magistrados ; — 2.º por terem entendido os romanos durante muitos seculos que não podia ser supprimido por uma lei nenhum dos direitos fundados nas XII Taboas: Warnkönig diz: « Non debant XII Tabulæ juris civilis codicibus, quibus, nunc multi populi utuntur, comparari, sed illis legibus potius, quæ civitatem regnorumque publicam libertatem atque formam constituunt. Magistratum imperia in illis definita præcæ sancitæ criminum et delictorum, ordo judiciorum præceptus; pauciora jus privatum spectabant (§ 6.º). Da mesma opinião são Niebuhr, e Hugo. Parece-nos que, si é certo que as XII Taboas sob um aspecto podem ser consideradas semelhantes ás constituições modernas, entretanto quanto ao seu conteúdo, que é quasi todo de Direito privado, processual e criminal, mais parentescos tem com os codigos modernos referentes ao Direito Civil, ao penal e ao processual. Do estado de homogeneidade em que se achava o Direito na epocha da lei decemviral, a consequencia era que a codificação comprehendesse todos os ramos juridicos.

Diz Cuq que muitas vezes se tem caracterizado a lei das XII Taboas como sendo uma codificação

do Direito costumeiro. Mas Cuq aceita com reserva este conceito, considerando que nellas falta a distribuição systematica das materias e que em nenhum lugar dessa lei se acha a definição de uma relação de Direito. Os decemvros, diz elle, não se occuparam dessas relações sinão de um modo incidente, quando tinham necessidade de as regulamentar.» Achamos exagerado o escrupulo de Cuq. O poder generalizador foi se fôrmando lentamente, á medida que progredio a sciência juridica. Si nos tornarmos neste particular muito exigentes, teremos de negar ainda ao Digesto e ao Codigo de Justiniano o character de codificação.

Interessante é a minuciosidade com que, como observa Cogliolo, são tratados nas XII Taboas factos secundarios, o que mostra a falta de poder generalizador nos redactores da lei.

O importante character da lei das XII Taboas é terem ellas estendido aos plebeus o Direito quiritario até então peculiar aos patricios.

Tornando aos decemvros, é digno de menção que no anno de 304 foram eleitos outros 10 legisladores para comporem as taboas que faltavam. Destes, tres eram plebeus, segundo Dionysio; mas segundo Tito Livio, todos eram patricios. Estão de accordo os historiadores em que os primeiros decemvros de 303 eram todos patricios. Foram os decemvros constituídos *sine provocatrone*, havendo contra a decisão de qualquer delles sómente *appellatio* a outro collega que pela *intercessio* podia paralyzar a decisão. E' de saber que havia em Roma a *provocatio*, que era o recurso ao povo contra as decisões em materia penal, e a *appellatio* a um magistrado igual

ou superior (*par majorve potestas*) ao que proferio a decisão para se conseguir que pela *intercessio* do magistrado a que se recorreu fosse impedida a execução do decreto judicial contra o qual se havia interposto o recurso. Os segundos decemviros tinham de facto abolido a *intercessio*, servindo a *appellatio* somente para piorar as condições dos condemnados. Estes abusos, unidos aos desastres infligidos aos romanos pelos sabinos e equos, ao assassinato de Siccius, á morte tragica de Virginia, em consequencia do despotismo de Appius Claudius, determinaram a deposição dos decemviros, e o restabelecimento do tribunato e do consulado, cujo funcionamento tinha sido suspenso temporariamente durante o regimen decemviral. Não obstante esta revolução e a opinião de que eram iniquas as duas ultimas taboas compostas pelos segundos decemviros, o facto é que foram ellas acceitas como parte do código decemviral. Fundando-se em um trecho de Cicero muito ambiguo, tem alguns autores pretendido que a parte das XII Taboas referente ao Direito sagrado ou quiçá aos dias fastos e nefastos, foi conservada em segredo.

Tem-se tratado de restaurar as XII Taboas por modos diversos. Recorreu-se, já aos commentarios de diversos jurisconsultos, entre os quaes são dignos de menção Aelius Pætus Catus, Acilius Sapiens, Quintus Mucius Scævola, Servius Sulpicius Rufus, Labeão e Gaio, já aos exemplos tirados dos grammaticos que frequentemente recorriam aos trechos das XII Taboas para servirem de exemplos de locuções e vocabulos antigos. Além disso, procurou-se restabelecer a ordem em que foram dispostas as materias do código decemviral. Os principaes pontos de apoio foram os seguintes: por um trecho de Cicero se verificou que o chamamento a juizo era objecto da pri-

meira taboa; por uma phrase de Festus sobre a revelia se apurou que a segunda taboa tratava do juizo; por dizer Dionysio que a emancipação se achava na quarta taboa, concluiu-se que ella se referia ao patrio poder e ás nupcias; finalmente, por tratar a decima de funeraes, claro se tornou que era a relativa ao Direito sagradô. Godofredo, examinando no digesto os fragmentos de Gaio, tirados dos commentarios ás XII Taboas, entendeu que cada seis livros dos commentarios correspondiam a duas taboas. Tem-se objectado que o fr. 234 *de verborum significatione* que pertence ao segundo livro do commentario de Gaio, evidentemente não se refere ás duas primeiras taboas. Não nos parece tão decisiva quanto se diz essa objecção. Outras duvidas tem sido levantadas contra a opinião de Godofredo. Voigt tambem tratou da restituição das XII Taboas, e embora accite o fundamento de Godofredo, attendeu muito aos commentarios sobre Sabino e sobre o edito do pretor. Seu trabalho, no dizer de Pachioni, é grave e indigesto. Cuj põe em duvida que tivesse havido methodo na distribuição das materias no codigo decemviral e suspeita que a passagem de uma taboa para outra era determinada exclusivamente por ter sido cheia de letras a anterior, devendo se considerar cada taboa como uma simples pagina da lei dos decenviros e não como um capitulo especial das materias do codigo.

Não nos parece que deixasse de haver certa disposição systematica nas materias, classificando-se os preceitos relativos a cada objecto da lei, e dispondo numa certa ordem, cujo fundamento não podemos hoje completamente determinar, os diversos grupos de regras juridicas. O que é factô indubitavel é que a ordem dos livros do codigo Justiniano, quanto á disposição da materia, não se afasta muito da hy-

pothese formulada por Godofredo, em referencia ao methodo adoptado pelas XII Taboas, salvo quanto a 10.^a taboa (*de jure sacro*) que passou a ser o 1.^o livro do Codigo Justiniano.

Das XII Taboas nenhum vestigio hoje existe, sendo resultantes de falsas informações ao que disseram de sua existencia na Edade Media. Odopedus e Petus de Granou, e ainda a noticia de Balduino em 1557 (p 14 n.^a 4).

A citação que se faz de S. Cypriano para mostrar que as XII Taboas existiam ainda pelos annos de 245 expostas em Roma, é resultado de não se attender a que elle tratava de Carthago. Além disso pensa Hugo haver S. Cypriano escripto simplesmente —*tabulæ*—tratando de qualquer lei, e ter sido por outrem augmentada a glosa XII que lhe alterou o pensamento. Warnkœnig assim expõe a ordem que Godofredo dá ás XII Taboas: «Ordolegis secundum hunc auctorem hic est: Tabula I, tractat de in jus vocando; Tab. II de judiciis et furtis; Tab. III, de rebus creditis; Tab. IV, de jure patrio et connubio; Tab. V, de tuteis; Tab. VI de dominio et possessione; Tab. VII de delictis; Tab. VIII, de juribus prædiorum; Tab. IX, de jure publico; Tab. X, de jure sacra; Tab. XI e XII, priorum sunt supplementa. Qui recentius Gothofredi restitutionem novis examinationibus subjecerunt, non solum de hoc ordine gravia dubia moverunt, sed et in singulis articulis ab eo restitutis multa corrigenda et multanda esse consueverunt.

XX

Conservando a ordem das XII Taboas, começaremos por tratar da materia processual contida nas duas primeiras: de *in jus vocando*, de *judiciis et furtis*.

E' conveniente que saibamos preliminarmente qual era a organização judiciaria em Roma ao tempo da lei das XII Taboas. Não devemos nos esquecer de que o código decemviral encontrára o processo regulamentado, quer por costumes, quer por leis feitas nos tres primeiros seculos seguintes a fundação de Roma. E' por isso que os decemviros fallam dos institutos processuaes como sendo materia já conhecida.

O processo, no periodo de que vamos tratando, representa, segundo Cuq, a transição da justiça privada para a publica. Cumpre porém não esquecer que durante muitos seculos appareceram sempre os vestigios da epocha primitiva de justiça privada no meio das instituições, que reflectiam um caracter grandemente autoritario na applicação do Direito ás questões particulares. Entende Cuq ter sido por meio de um alvitre subtil que o estado conseguiu interpor-se entre os litigantes para dirimir as contendas. Acha que cada uma das partes prestava juramento, affirmando o seu direito e levavam ambas o facto ao conhecimento do estado. A este, como zelando a religião e incumbido de evitar que a colera dos deuses cahisse sobre a cidade, cabia o dever de decidir qual dos contendores prestára um falso juramento, e dest'arte resolvia conjunctamente o litigio. Dava-se tambem o caso de confiar o estado o poder de julgar a um seu delegado, que se denominava juiz ou arbitro. Si, como diz Cuq, o pretexto da intervenção do poder publico era a necessidade de vingar o ultraje feito ás divindades, no entanto pretendia o estado de facto unicamente a manutenção da paz entre os seus membros.

O processo romano comprehendia duas partes, sendo a primeira a que se passava *in jure* ou deante do magistrado, e a segunda a que era feita *in judi-*

cio ou perante o juiz. Mais adiante veremos si essa divisão existio sempre ou si começou depois da lei Pinaria, cuja data aliás não se conhece. Primitivamente era o rei o unico magistrado, e concentrava em si todos os poderes de sacerdote, general e chefe politico. Segundo Dionysio de Halicarnasso, Romulo confiava aos senadores a decisão dos processos menos graves; mas esse mesmo Dionysio attribue tal systema a Servio Tullio e ora diz ter sido Servio o introductor de tal delegação, ora diz que já ella existia nos reinados anteriores. Após a queda da realeza, passou a attribuição judicial dos reis aos consules, que distribuiam justiça revezando-se mensalmente como magistrados. O primeiro mez cabia ao mais velho dos consules. Desde 387, isto é, muitos annos depois da data tradicional das XII Taboas, coube aos pretores a jurisdicção.

Antes de passarmos a tratar dos juizes, devemos dizer o que era a jurisdicção, que cabia ao magistrado e não ao juiz, que tinha sómente a *manus judicandi*. Seguindo a ordem chronologica, parece que a primeira idéa é a do *imperium*, que comprehendia o amplissimo poder do rei na qualidade de chefe militar, e necessariamente tambem de chefe politico e religioso, poder de que não é mais que um pallido reflexo a definição de Ulpiano: « Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines ». Quando esse poder é regulamentado, toma a forma de *jurisdicção*, que comprehende o latissimo poder do *jus dicendi*, pelo qual não se entende a simples interpretação da lei, mas tambem a attribuição da *bonorum possessio*, a *missio in possessionem*, a dação de tutor, a nomeação de juiz e muitas outras funcções. Devemos ter presente que desde a epocha de que nos occupamos até data muito

mais recente, entendiam os magistrados romanos que elles podiam não só applicar a lei, mas tambem decidir casos omissos como lhes parecesse conveniente. Isto se accentuou grandemente ao tempo dos pretores cujo systema de completar e corrigir o Direito civil é conhecidissimo (1).

Passaremos agora a ver quem era o juiz a quem o magistrado confiava a decisão do pleito. Freqüentemente são elles equiparados aos actuaes jurados, e Cicero lhes deu o nome de *judices jurati*. O simile não é completo, porque os actuaes jurados decidem unicamente questões de facto, ao passo que o juiz romano conhecia tambem de questões de Direito.

E' de crer que essa divisão da justiça nascesse do systema que tinham os romanos de admittirem a delegação da jurisdição, o que apparece ainda no Direito Justiniano (de juris d. fr. 17), mas repugna ao nosso moderno modo de considerar o poder judicial.

No *judicem dare* já não podemos ver tal delegação, e sim um instituto filho ou originado da delegação. Os juizes julgavam por força de *munus judicandi*, estabelecido pelas normas juridicas da epocha, de que vamos nos occupando.

Antes que entrassem em funcção eram os juizes juramentados pelo magistrado (*jurejurando in legis judicem adstringere*), e depois recebiam a investidura (*judicare jubere*).

(1) Basta considerarmos que o *ius edicendi* do pretor vinha do seu *imperium* para nos convencermos da antiguidade do systema de immiscuir o poder judiciario com o legislativo.

Como porém eram dados os juizes? Por uma phrase de Cicero se vê que desde os mais remotos tempos eram os juizes determinados em Roma a contento das partes, mas nenhuma informação segura temos sobre o modo da escolha. Suspeita-se que no caso de se tornar impossivel o accordo entre as partes, se recorria á sorte, não só por ser este alvitre adoptado entre os antigos como indicador da vontade dos deuses, mas tambem porque foi o consagrado pelo Direito Romano de tempos mais recentes.

Temos ainda a questão: si a devisão do processo em parte *in jure* parte *in judicio* é ou não anterior á lei Pinaria? Como a data da lei Pinaria de que trata Gaio é incerta, melhor será indagar «quando começou tal separação».

Para Ortolan já essa distincção existia ao tempo da lei das XII Taboas. Isto parece-nos innegavel, mas dahi não se infere que houvesse a separação ainda na *actio sacramenti*. Inclino-nos para a opinião de Cuq que com dous argumentos mostra 'quão pouco provavel é a distincção na *actio sacramenti*. 1.º Tratando-se de materia religiosa, como é o *sacramentum* só ao magistrado com o character sacerdotal competia resolver o pleito; 2.º—havendo a acção *per judicis postulationem*, não é natural que a *actio sacramenti* tivesse igualmente esse character, aliás se confundiriam os dous processos. O que porém torna pouco importante esta questão é a circumstancia de não haver nas fontes vestigios da decisão dos pleitos pelo magistrado sem commissão de julgamento a um juiz. Assim a distincção remonta a uma alta antiguidade, como diz Ortolan. O trecho de Gaio (4 § 15) diz que o juiz era dado trinta dias depois, segundo a lei Pinaria, e acrescenta: «antè eam autem

legem .dabatur iudex». No ponto em que ha falta de lettras julgaram alguns que se achava o vocabulo *nondum*, outros *comfestim* ou *statim*. Do vocabulo desaparecido restam um *m* e um signal em que alguns julgam ver um *u*, e outros um *i*.

XXI

Temos hoje de dar a explicação do que seja *notio* para terminarmos o que tinhamos de dizer acerca dos poderes do magistrado e do juiz.

Segundo Bonjean, comprehendia a *notio* tanto os poderes do magistrado quanto os do juiz: «*notionem accipere possumus et cognotionem et jurisdictionem*» *Cognitio* era o acto de tomar o magistrado conhecimento do processo em vez de o remetter ao juiz. Dahi veio a *cognitio* extraordinaria, que representa o terceiro systema processual dos romanos quando cês-sou a separação em processo *in jure* e processo *in judicio*, tomando o magistrado conhecimento do pleito, e dando sentença sobre o conteúdo da acção. Ha ainda a expressão technica *decretum*, que significa a decisão do magistrado, que resolve sobre o proprio fundo da demanda.

Os juizes podiam ser ou juizes propriamente ditos, no sentido restricto do vocabulo, ou arbitros ou recuperadores. Que a expressão *iudex* abrangia a expressão *arbiter* parece fóra de duvida uma vez que se considere que na formula era geralmente dicto *iudex esto*, não havendo nos factos legaes o *arbiter esto*. Cicero ainda zombava da synonymia dos vocabulos

judex e *arbiter*, cuja diversidade de sentido não fôra determinada, dizia o orador, por tantos engenhos agudos que o haviam precedido. Parece porém seguro que os juizes decidiam as lides, ao passo que os arbitros conheciam dos processos que os romanos denominavam *jurgia*. A diferença entre *lide* e *jurgia* foi dada por Nonius e pelo proprio Cicero, cuja zombaria sobre o assumpto ha pouco citámos. Diz Nonius: «*Jurgium et lis hanc habent distantiam: jurgium levior res est, si quidem inter benivolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur, inter inimicos dissensio lis appellatur*». Explica Cicero: «*Jurgare igitur lex putat inter se vicinos non litigare*».

Os recuperadores eram os juizes que conheciam das questões entre os romanos e os estrangeiros. Primitivamente parece que só se occuparam das restituições de propriedades, quando era celebrada a paz, donde o seu nome: «*Reciperatio est cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, res que privatas inter se persequantur*». A acção em que intervinham os recuperadores era de uma natureza particular, differindo em diversos pontos das destinadas ás questões entre cidadãos romanos. Tal acção é uma das muitas modificações do Direito quiritario nas relações com os estrangeiros, que se multiplicavam á medida que Roma ia dilatando o seu poder. A *in jus vocatio* do processo quiritario era substituida pela citação da parte: «*Conductus dies cum hoste*». O magistrado determinava o dia em que as partes deverião se apresentar aos recuperadores: «*Status dies cum hoste*». As testemunhas eram obrigadas a depôr nesses processos, e não podiam ser mais que dez: «*Testes necessarii*». Finalmente a sentença devia ser proferida dentro de dez

dias. Além desses juizes, que eram dados para certas e determinadas causas, havia o tribunal dos centumviros, que constituia um juizo permanente para a decisão de certos pleitos que eram, segundo parece, ao tempo de Cícero, os relativos ao estado dos individuos, á propriedade quiritaria, a seus desmembramentos e ás successões. Parece que as partes tinham sempre o direito de acceitar o tribunal dos centumviros para a decisão dos seus pleitos, e tudo leva a crer que sempre foi tido como uma instituição democratica, e gozou de muita popularidade. Não se sabe nem quando teve origem esse tribunal, nem qual o modo de eleição de seus membros, nem qual era a duração do mandato de cada membro. Sabe-se porém que era dividido em secções, divisão de que restam ainda vestigios na codificação de Justiniano. O tribunal era eminentemente quiritario. Diante delle se cravava a hasta, symbolo do dominio quiritario. Reunia-se no Forum. Segundo Gaio, no § 29 do titulo de origine juris fr. 2, era presidido pelos decemviros *stlitibus judicandis*, que não devem ser confundidos com os *legibus scribendis*. Sobre esse collegio decemviral, não ha noticia certa, parecendo comtudo errada a informação que nos presta Pomponio, pois os decemviros são de data muito mais antiga, parecendo que já delles se occupava a lei Valeria e Horacia de 305, segundo certa passagem de Tito Livio, não obstante pretender Wlassak que Livio não se referia aos decemviros *stlitibus judicandis*, os quaes são mencionados nas inscrições após o VII seculo. Do que não se póde duvidar é terem os decemviros em epocha mais recente sido occupados na presidencia do tribunal dos centumviros. Inutil é dizer que, não sendo o tribunal dos centumviros collocado entre os magistrados, mas no numero dos juizes, não tinha a *luris dictio* que a estes não competia.

XXII

Temos de tratar dos *legis actiones*, assim denominadas, ou porque houvessem sido creadas por lei, ou porque fossem suas formulas ordenadas de accordo com a lei, sendo por esse motivo immutaveis. Gaio refere essas duas etymologias sem manifestar preferencia em favor de qualquer das duas.

As *legis actiones* eram 5, a saber: *manus injectio*, *pignoris capio*, *sacramentum*, *iudicis postulatio* e *condictio*. Esta ultima é posterior á lei das XII Taboas, e sahe portanto do quadro de nossos estudos neste momento. Sobre a *pignoris capio* ser ou não uma das *legis actiones* muito se disputou, segundo refere Gaio, porque não se fazia o acto perante a justiça. Antes de nos entretermos com o processo das *legis actiones*, diremos quaes os seus principaes caracteres. O primeiro era que o magistrado assistisse ao desenrolar do processo em todas as suas partes, ordenando afinal a condução do devedor preso pelo credor ou nomeando um juiz para fazer decidir o pleito. O segundo caracter era o comparecimento pessoal dos litigantes, que não se podiam fazer representar, salvas as hypotheses de se tratar de acção por tutela, em favor do individuo victima de furto, e ausente a serviço do estado, ou captivo, na acção em favor da liberdade, e nas acções populares. Salvas éstas excepções, o credor chama seu devedor para comparecer immediatamente, a menos de dar um *vindex*. Si o devedor recusa attender á *in jus vocatio*, poderá o credor testemunhar o facto, e praticar a *manus injectio*. O terceiro caracteristico das *legis actiones* é que ellas se realisassem em logar e tempo determinados. O magistrado devia se achar no seu tribunal, geralmente no *comitium*. Os actos não eram praticados

sinão nos dias fastos, ou nos comiciaes quando não estavam destinados aos trabalhos dos comicios. Só se podia fazer o serviço antes do occaso do sol: «sol occasus die suprema tempestas esto». O quarto característico consistia em serem as acções da lei oraes, e feitas segundo um ritual fixado de antemão. O quinto característico era tratar a acção de um unico pedido, sendo portanto completamente desconhecida a cumulação de acções em qualquer hypothese. O sexto era a impossibilidade da repetição das solemnidades ou formulas. Dahi a nullidade dos processos, que tornou impopular este genero de acções. Convem não confundir este característico com o effeito da cousa julgada, de que os romanos só muito mais tarde vieram a ter uma idéa. A regra da não repetição era inteiramente religiosa, e fundada em ser um acto impio a reproducção de uma solemnidade, que não fôra feita, segundo o ritual. Em 7.º lugar apparece a *litiscontestatio* como acto substancial. Não são bem conhecidos o effeito e a occasião em que se dava ésta formalidade nas *legis actiones*, sustentando Wlassak que ella se dava no começo do *in jure*, e parecendo a *Cuq* que se realisava no fim do *in jure*. Parece que primitivamente foi um verdadeiro contracto entre os litigantes, e é esta a opinião de Ihering. O que é fóra de duvida é que seu fim principal era conservar a memoria dos actos praticados *in judicio*, precaução importante em uma epocha em que todo o processo era oral. A *Cuq* parece verosimilhante que a litiscontestação fosse introduzida na *judicis postulatio*, e que desta acção se estendesse para as demais. Collinet sustenta que a *litiscontestatio* não tem razão de ser nas acções reaes, e que os *prædes* dão uma garantia sufficiente contra a parte que obtivera as *vindicias* (posse provisoria durante a lide). Recommenda *Cuq* que não se confunda o effeito extintivo

da litiscontestação com o principio de que acabamos de fallar, a saber: que as formulas não se repetem. Mas ésta confusão é inevitavel, uma vez que se sustente com Wlassak que a litiscontestação se fazia no principio da acção. Além dos caracteres de que falla Cuq, menciona Ortolan que as acções da lei não tinham uma condemnação pecuniaria como as do processo formulario (de 577 ou 583, lei Æbutia a 294, no tempo de Diocleciano), e que eram destinadas só aos *quiritos*. Para as questões com os estrangeiros e applicação do direito das gentes havia um processo especial de que se occupa Cuq e já mencionámos.

Passamos a tratar da *manus injectio*, que é provavelmente a mais antiga das *legis actiones*. A *manus injectio* foi naturalmente um acto de justiça privada, que, regulamentado e sujeito a formulas sacramentaes, passou a ser uma acção regular, desenvolvida diante do magistrado. Consistia a *manus injectio*, como o diz o vocabulo, em «aliquam partem corporis prehendere». A acção de *manus injectio* era a principio empregada quando já havia uma sentença. Era a denominada *judicati*. Tambem foi admittida contra o *confessus* e contra o *damnatus*, ignorando porém nós hoje si a expressão *damnatus*, usada por Gaio, significava o condemnado criminalmente, si o responsavel por um legado *per damnationem*. Mais tarde foi applicada, entre outros casos, nos da lei Furia *de sponsu*, para obrigar o credor a restituir ao fiador o que este pagára além da parte viril pela qual era obrigado, e da lei Publilia para obrigar o devedor a satisfazer depois de seis mezes, o que por elle pagára o *sponsor*. E' a *manus injectio pro judicato*. Finalmente foi extendida para o caso da lei Furia testamentaria, quando alguma das pessoas excluidas por lei de receber legado superior a mil azes, violava o preceito legal, e para o da lei Martia, que se occupava da usura. Em

taes casos dava-se a *manus injectio* pura (Gaio, C. IV, §§ 22 e 23).

Sendo de diversas especies a *manus injectio*, varias tambem eram as formulas pronunciadas pelo credor, as quaes comtudo sempre continham as palavras —*ego tibi manum injicio*. Dada a confissão ou a sentença condemnatoria, gozava o devedor dum prazo de 30 dias, findo o qual estava sujeito á *manus injectio*. Desde enãto tornava-se parte illegitima para estar em juizo, e só podia se defender por meio dum *vindex*, ou fiador que o habilitava a *manum depellere*, ou livrar-se da captura. Pelo proletario qualquer podia ser *vindex*, mas pelos *adsidui* ou classificados, só os *adsidui*. Não devemos confundir o *vindex* com o *præs* nem com o *vas*, pois, comquanto todos tres fossem fiadores, differiam segundo a obrigação que afiançavam. Quando tractarmos da *actio sacramenti*, veremos o que era o *præs*. Sobre as garantias das obrigações ha um excellente capitulo no—Curso di Storia del Diritto Romano—de Emilio Costa. Si o devedor não achava um *vindex* que tomasse sua defeza, era *addictus* ao credor, que o conservava preso em sua casa, apresentando-o ao magistrado durante tres dias de mercado (*trinum nundinam spatium*) apregoando a divida, a ver si encontrava quem quizesse resgatar o prisioneiro. Si ninguem se apresentava para remir o devedor, era este attribuido ao credor que o vendia como escravo *trans Tiberim*. Si muitos eram os credores, podiam dividir o corpo do devedor. Alguns pretendem que a phrase: «*tertiis nundinis partes secanto*» significava a divisão do patrimonio. Parece inaceitavel tal doutrina, já porque a *manus injectio* é duma epocha em que ainda não havia a execução sobre os bens, já porque como locução no sentido proprio foi tomada por Gellio quando disse: «*Dissectum neminem equidem neque legi neque*

audivi» já pela clausula que se segue «si plus, minusve secuerint se fraude esto», que se referia evidentemente ao corpo humano, e não a bens exactamente divisiveis.

XXIII

Devemos hoje tractar do processo da *pignoris capio* e do relativo á *actio sacramenti*. A *pignoris capio*, é de data mais recente que a *manus injectio*, e representa um progresso na evolução da justiça, pois é o primeiro vestigio da noção da execução nos bens do devedor. Cogliolo porém põe em duvida esta these. Dava-se sem necessidade de prévia decisão judicial. Podia ser feita mesmo fóra das vistas do magistrado, na ausencia do devedor, e em dia nefasto. Por estas razões é que, segundo refere Gaio, muitos jurisconsultos sustentavam que não podia ser enumerada entre as *legis actiones*, das quaes lhe faltavam alguns caracteristicos. Applicava-se em materia militar, religiosa e fiscal. Sob o ponto de vista militar, era ella concedida aos soldados para haverem do *tribunus ærarius* o seu *stipendium*; e para cobrança do *æs equestre* e do *æs hordiarium*, devidos pelos orphãos e viugas, isentos do tributo, mas sujeitos a este imposto especial, representando o ultimo o dinheiro devido para a alimentação dos cavalloes, e o primeiro para a compra dos mesmos animaes. As applicações religiosas da «*manus injectio*» appareciam já para a cobrança do preço da victima vendida para um sacrificio, já para a cobrança do aluguel de um animal de carga, quando tal preço fóra destinado a um sacrificio. Finalmente na ordem fiscal, concedia-se a acção aos publicanos pela lei Censoria. Essa lei Censoria era, segundo Cuq, o auto de adjudicação dos impostos feito pelos censores aos publi-

canos. Quanto ao character desta acção, muito se tem discutido ao intento de o fixar. Sustentam alguns que tinha ella character privado, mas entendem outros que era ella sempre uma delegação do magistrado, que autorisava qualquer particular a constringer os cidadãos relapsos ao cumprimento dos seus deveres para com o estado. Sustenta Cuq que é bem duvidoso que os publicanos exercessem a *pignoris capio* a titulo de delegados dos magistrados. Também é duvidoso qual o destino que era dado aos objectos sobre que se haviam exercido a *pignoris capio*. Em Direito publico o penhor era destruido (*pignus cedere*), e por esse motivo se presume que do mesmo modo se procedia em materia privada. Igualmente nada sabemos sobre o seguimento que tinha o processo da *pignoris capio*.

Passemos ao estudo da *actio sacramenti*. Representa ella, segundo Cuq, a transição do systema da justiça privada para a justiça publica. Com effeito começa pela affirmação feita por ambas as partes do seu direito, e quando entre ellas se dá a *vis civilis* ou *vis festucaria*, que apparece na formula exemplificativa—*Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi. Ecce tibi vindictam imposui*,—intervem o magistrado, mandando cessar a violencia pela ordem—«*Mittite ambo hominem*». Explica Ortolan minuciosamente a evolução por que passou a *vis festucaria*, indo a principio as partes acompanhadas do juiz ao logar onde deverião fazer a lucta privada ou *manuum consortio*, passando-se depois a mandar as partes acompanhadas de testemunhas para logo voltarem á presença do magistrado, e finalmente admittindo-se a simples exhibição duma parte do objecto litigioso. Após a intervenção do magistrado dava-se a posse interina da cousa, objecto da acção, a um dos litigantes, o qual por meio de

um *praes* garantia a restituição do objecto no caso de ser vencido. Eram estes os *praedes litis et vindictiarum*. O *sacramentum*, que precedia á dação de posse provisoria, foi a principio constituida por cinco bois, ou cinco ovelhas, dando-se aos bois o valor de 100 azes e ás ovelhas o de 10 azes, segundo o pleito era de mais ou menos que mil azes. Após a lei Atermia Tarpeia do anno 300, começou o *sacramentum* a ser feito em dinheiro. Emfim numa epocha que não se póde determinar, secularisou-se o *sacramentum*, tornando-se desnecessario o juramento, e bastando o deposito em dinheiro ou garantia por fiadores do pagamento do valor que se deveria— depositar: *praedes sacramenti*. Comquanto Paulo Diacono defina o *sacramentum*—quod jusjurandi sacratione interposita geritur—, contesta Voigt, segundo Cuq, a necessidade do juramento. Applicava-se a *actio sacramenti* em qualquer hypothese que não houvesse sido prevista pela lei, e por isto era considerada como uma acção geral: «De quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur». (Gaio, Comm. 4 § 13). O litigio proseguia com a dação do juiz, que, em tempos posteriores, foi, como veremos, o tribunal centumviral conservador ou sustentador, pela sua popularidade, desta acção até epocha muito recente, quando já as *legis actiones* tinham cahido em abandono, substituidas por outras formas mais perfectas de processo. Pela sentença perdia o vencido o *sacramentum*, o objecto do litigio e ainda restituia em dobro, pela estimação de tres arbitros, o valor dos fructos que não podia restituir em especie.

XXIV

E' claro que a *actio sacramenti* tinha grandes desvantagens pela sua forma rude e aspera. Deve-

ria o autor precisar o seu pedido, e o mais leve lapso em ponto accidental era bastante para que perdesse a acção, e visse o seu direito sacrificado, porque, como já dissemos, não podia reproduzir a acção pela regra — «bis de eadem re ne sit actio». Para o réo não se mostravam menos importantes os inconvenientes: por menor que fosse a parte em que sem motivo se recusasse a aquiescer ao pedido do credor, perdia todo o *sacramentum*. Além dessas razões para ser modificada a *actio sacramenti*, occorria a circumstancia de ser ella impropria para certos pedidos. Assim a determinação dos limites de um predio, a repartição de uma herança, e finalmente a vindicação de um objecto qualquer que houvesse sido occultado e sobre o qual portanto não se poderiam praticar as ceremonias da *vis festuaria*, eram assumptos aos quaes difficilmente se poderia applicar a *actio sacramenti*. Naturalmente por isso foi que se creou a *actio perjudicis postulationem*, cujo processo nos é desconhecido, pela perda da folha do manuscripto de Gaio nesta parte. Só nos resta a formula de Valerio Probo, que todos os escriptores julgam referentes a ésta especie de acções: «Te prætor judicem arbitrumve postulo uti des». E' de presumir que ésta formula fosse precedida de outras palavras sacramentaes, terminando pelo *judicem procare* nos termos mencionados por Probo.

Parece que a *judicis postulatio* só em casos especiaes era concedida pelas XII Taboas, e encontramos no codigo decenviral vestigios da nomeação de arbitros para a *finium regundorum*, a *familiæ erciscundæ*, as duvidas sobre aguas pluviaes (aquæ pluviæ arcendæ) questões de posse interina em ma-fé (falsæ vindiciæ) e de exhibição da cousa a vindicar (ad exhibendum). Um dos caracteristicos da *judicis postulatio*

era ser um acto sem o cunho religioso, que se notava na *actio sacramenti*.

Não nos occuparemos por agora com a *legis actio per conditionem*. A *condictio certæ pecuniæ* instituída pela lei Silia é de 510 (u. c.), e a *de omni re certa*, consagrada pela lei Calpurnia é de 520. Comquanto sejam essas datas sómente conjecturaes, não ha duvida sobre terem taes acções sido adoptadas muito depois de encerrado o periodo de que estamos a occupar-nos.

Passaremos pois a outra materia, e vamos ver como se procedia *in iudicio*, pois até aqui temos nos occupado quasi exclusivamente com o processo *in jure*, ou perante o magistrado. Não havia prescripção legal sobre o modo de se agir *in iudicio*. Das XII Taboas só se infere que juiz e partes deverião estar presentes no *Forum* no dia prefixado, antes do meio dia. Só podia o juiz faltar por motivo de lucto na familia, molestia ou sacrificio, apresentando por um mandatario a excusa ao magistrado. Aceita a excusa, era a causa espaçada, e no caso contrario entendia-se fazer o juiz sua a lide (*litem suam facere*). Ignoramos hoje quaes as consequencias dessa falta do juiz. Si não faltava o juiz começava essa parte do processo por uma summaria exposiçào (*per indicem*), e que faziam as partes litigantes (*causæ coniectio*). Produziam-se então as testemunhas, cabendo, segundo refere Gellio, a prova a quem pedia: «si quis quid altero peteret. illi unde petitur ei potius credendum est».

Só eram obrigados a depôr, sob pena de serem considerados *improbi et intestabiles* os que tinham servido de testemunhas num acto solemne, e o porta balança. Si o negocio não ficava sufficientemente

elucidado, espaçava o juiz a decisão com as palavras *amplius* ou *non liquet*.

Desde que achava que bastante era já a instrucção do pleito, pronunciava a sentença retrotrahindo a decisão ao tempo em que fôra a lide contestada, sem tomar em consideração os factos occorridos entre a contestação e a solução do litigio. Inutil encarecer a importancia deste effeito dado a litis contestação, effeito que mais tarde soffreu alguns abrandamentos, mas perdura como regra ainda no direito actual, não obstante a diminuição da importancia de tal termo do processo na praxe hodierna.

Tratemos agora da jurisdicção graciosa, que se dava quando as partes estavam de accordo (*inter volentes*), simulando apenas um pleito para o magistrado intervir, approvando o pedido do autor por uma *ad dictio*. Geralmente apparecia na *in jure cessio*, que tinha o aspecto de uma reivindicação, sem que se oppuzesse a pessoa contra a qual era intentada. Como indica o proprio nome, era uma renuncia ao direito perante o magistrado, que por sua decisão dava character juridico e obrigatorio ao acto que doutro modo não teria o preciso valor legal. Não era permittida sinão em limitado numero de casos. A libertação pela *vindicta*, como imitação da reivindicação do escravo, de que já fallámos, parece a mais antiga applicação. A cessão da herança, a aquisição do patrio poder em menor adoptado, a transferencia da tutela legitima da mulher pubere, as aquisições de cousas *mancipi* ou *nec mancipi* e de servidões, foram suas outras applicações. Com o tempo foi reconhecida a *in jure cessio* como verdadeiro acto juridico, deixando de ser tida como um processo simulado. Como vestigio de seu character primitivo resta o facto de só poder ella ser usada pelas pessoas que tinham direito de recorrer

às *legis actiones* e não por todas as que tivessem o *commercium*.

A jurisdição graciosa podia ser exercida pelo magistrado ainda sobre as pessoas que não podiam ser por elle julgadas em casos contenciosos, como por exemplo seus filhos e seus escravos. E' digno de nota que a jurisdição graciosa era pelo magistrado exercida onde quer que elle se achasse, fóra dos limites territoriaes de sua jurisdição contenciosa, e em qualquer logar em que ella se achasse, fóra de seu tribunal: acompanhava-o, como si fosse uma dignidade inherente ao cargo.

São ainda circumstancias importantes que fosse ella exercida não só pelo magistrado, mas ainda pelo consul e pelo dictador; que transferisse o dominio *quiritario* e o *in bonis*; e que a sentença tivesse valor relativamente a terceiros. Póde-se considerar ainda a jurisdição como *plenior e minus plena*; propria e delegada; propria e prorogada; ordinaria e extraordinaria. Dessas especies não se occupam as XII Taboas, comquanto de todas haja vestigios no direito primitivo. Já nos occupámos da controvertida questão da existencia da jurisdição extraordinaria antes da confecção das XII Taboas. Verdadeiramente só foi regulamentada em data muito posterior á confecção do velho codigo decemviral, e tornou-se vulgar depois de ser applicada a todas as causas por Diocleciano (294 d. C.).

XXV

Devemos nos occupar com o assumpto da III Taboa, que é o que denominariamos direito das obrigações. A ésta materia se liga a relativa aos delictos, de que se occupa a VIII Taboa, e as prescripções

sobre o furto, que se acham na II. Podemos considerar o estudo dos delictos como preliminar do das obrigações, acompanhando deste modo a doutrina de Ihering que é hoje a geralmente adoptada. Ao tempo em que se organisou a lei das XII Taboas, não havia ainda clara noção do que fosse um vinculo obrigacional, e confundiam-se os direitos de credito com a propriedade. A obrigação se destaca da noção de propriedade, quando os contractos se multiplicam e o dinheiro se torna o vulgar nas transacções entre os particulares. No periodo de que nos occupamos, apenas ha noção de *obrigados* que eram os individuos que haviam deixado de cumprir um contracto, ou que tinham commettido qualquer acto prejudicial a outrem. Estes obrigados eram acorrentados pelos seus credores (*ob ligati*), donde lhes veio o nome de obrigados. Nas mesmas relações de familia, o patrio poder, o poder dominical, a *manus* e o *mancipium* não se distinguíam da propriedade. Na definição que de obrigação dá Justiniano nas Institutas, se nota vestigio da noção primitiva de obrigação, pois é posto em destaque o obrigado, e nada se diz do credor, nem da relação juridica. Além disso Justiniano se occupa somente das obrigações que se referem ao pagamento de uma certa quantia, deixando em esquecimento as referentes a dar e fazer. E' por isso que se tem preferido a definição de Mühlebruch, que traz a noção exacta da obrigação nos tempos modernos. Na epocha em que foi feita a lei das XII Taboas, dava a obrigação um direito sobre a pessoa do credor, e não sobre seus bens, e menos ainda, como em outros povos antigos, sobre sua mulher, seus filhos e seus escravos. Intervenha o Estado somente para obrigar o devedor a prestar seus serviços ao credor. Qualquer que fosse o titulo por que estava um individuo obrigado, delicto ou falta de cumprimento de um con-

tracto, as consequencias eram as mesmas: addição ao credor, venda *trans Tiberim* ou morte.

Muitas eram as fontes das obrigações. Proviham de um voto e então eram declarados obrigados os individuos pelos pontifices, ou de um legado *per damnationem* ou de uma condemnação penal e pronunciava o povo taes obrigações, ou de uma confissão ante o magistrado ou de uma condemnação pelo juiz na *júdicis postulatio*, ou da formalidade contractual denominada *per as et libram*. Temos assim algumas obrigações nascidas da vontade, e outras impostas pela autoridade. Esta ultima classe é muito mais numerosa do que a primeira.

Occupar-nos-emos das obrigações que nascem de actos illicitos, antes de tractarmos das que provém de contractos. Nas sociedades primitivas é a vingança privada a primeira forma da repressão dos actos illicitos. Cedo começam as restricções a ésta forma de repressão.

Procura a autoridade primeiramente que a repulsa não exceda a aggressão, e institue-se a regra do talião. Depois quando se receia a lucta entre as familias, e começa-se a ter mais clara noção da necessidade da paz social, estabelece-se como principio a obligatoriedade da transacção, ficando o offendido obrigado a receber do offensor certa quantia, a titulo de composição. Fixaram-se éstas composições que tomaram a forma de multas privadas, como privados eram os delictos nesses primitivos tempos. Mas nos delictos contra a propriedade era bem possivel que a multa fixa ficasse aquem ou além do valor do objecto, o que iria de encontro ao principio do talião. Tomou-se então o alvitre de estabelecer penas equivalentes ao duplo, ao triplo, etc., da propriedade perdida ou damnificada. Só em epocha relativamente

recente é que se começa a ter noção de que o crime affecta todo o corpo social, e então nasce a idéa do crime publico. Radical é a transformação que faz que ao Estado fique a incumbencia de distribuir a justiça criminal

Os elementos do delicto primitivamente são a violação de um preceito legal, e o mal causado a outrem. Só muito lentamente vae se formando a idéa da responsabilidade pela culpabilidade do agente. Notavel é que o verdadeiro criterio para a punição do delinquente fosse a maior ou menor indignação que o delicto deveria ter causado na victima. A este criterio, segundo Cuq, se deve a grande differença nas penas de furto flagrante ou não flagrante (*manifestum e nec manifestum*).

XXVI

Passamos a tratar das responsabilidades que resultam dos delictos que eram conhecidos ao tempo das XII Taboas, que podiam ser reduzidos a duas categorias: injuria e furto. Devemos antes de tudo attender ás condições em que se encontram os delinquentes relativamente a seu estado; e a ésta luz cumpre-nos dividil-os em *sui juris*, e *alieni juris*. Occupemo-nos primeiro dos *sui juris*, e vejamos as consequencias dos seus delictos. A injuria não era, conforme a sua significação etymologica, tudo quanto era feito contra Direito, mas sim qualquer violencia contra a pessoa ou contra os bens de outrem. Considerava-se leve ou grave, sendo a primeira a que não tinha como resultado a fractura de um osso, a ruptura de um membro. Por esse motivo era havida como leve uma bofetada, ao passo que no caso contrario ella se dizia grave. O córte de arvores, que dava logar a uma acção especial, era igualmente uma

injuria. As expressões—*malum carmen condere*—não teem sentido conhecido. Os juriconsultos de epocha posterior, acreditam que se referia a lei das XII Taboas a uma injuria verbal, e era este o parecer de Cicero. Mas a pena capital applicada aos que commettessem tal delicto faz crer que se tratava de formulas magicas para prejudicar as plantações. Supersticiosos, como eram os romanos, e zelando em extremo a agricultura, nada tão natural como estatuirem penas gravissimas para todos os delictos contra a lavoura.

O furto era a apropriação de cousa movel alheia, quando praticada contra o Direito. Não importava que fosse feita clandestinamente ou com violencia, quer para a pena, quer para a classificação do delicto. Era furto não só o attentado contra a propriedade quiritaria, mas ainda contra a *in bonis*. Tambem podiam ser objecto de furto os filhos familias, a mulher *in manu* e os escravos. Dividia-se o furto em *manifesto* e *não manifesto*. No caso de furto manifesto o ladrão era açoutado e *addictus* á victima do delicto. No caso de furto não manifesto, que era o em que não havia prisão em flagrante, a pena unica era a restituição em dobro do valor do objecto furtado. A cumplicidade, que exigia para se caracterisar, não só a vontade do cumplice, como tambem a sua intervenção material (*ope consilioque*), era punida como furto não manifesto.

A receptação do furto era sujeita a disposições especiaes. Dava logar ás classificações em *conceptum*, *prohibitum*, *oblatum* e *lance licioque conceptum*. Do que diz Gaio a esse respeito, aliás não conseguindo explicar a vantagem da procura *lance licioque*, conclúe-se que quando pela busca permittida pelo dono de casa se achava o objecto furtado, havia o *furtum conceptum*. Quando se oppunha o proprietario da casa á busca

do objecto, apparecia a figura do *furtum prohibitum*, si a victima não recorria á formalidade *lance licioque* para vencer a resistencia do receptador. E' bem provavel que nunca houvesse necessidade de se chegar ao extremo da busca *lance licioque*, formalidade pre-romana, provavelmente conservada por tradição, dos aryas primitivos. E' natural pois que houvesse Gaio zombado da efficacia desse alvitre cujo valor não podia elle comprehender no seu tempo. Finalmente dava-se a *actio furti oblata* ao proprietario da casa em que fôra achado um objecto furtado, acção que era movida contra a pessoa que introduzira na casa o objecto furtado para alli ser encontrado no acto da busca.

Quando o crime era praticado por um impubere, a pena era a mesma que se deveria applicar a um pubere. Attenuava-se comtudo quando o crime do impubere era o de furto manifesto ou o de ter levado á noute o gado a pastar em terreno alheio ao tempo da séga, ou o de ter segado á noute seara de outrem.

Resta-nos tratar da responsabilidade dos actos praticados por pessoas *alieni juris*. No caso de furto manifesto praticados por escravos, a pena era a de açoute e lançamento do alto da Rocha Tarpeia. Si o crime fôra commettido por um filho familias, a pena era a de venda do delinquente ao estrangeiro. No caso de injuria commettida pelo filho familias, apresentava o offendido queixa ao pae; mas no caso de fractura de membro, a pena era a de talião. Particularissima é a responsabilidade do *pater familias* pelo furto não manifesto, e pelo damno praticado pelas pessoas que estão debaixo do seu poder. Apparece a acção noxal, pela qual tinha o chefe de pagar o damno soffrido pela victima, ou entregar o causador do damno—(*noxæ dedere*). Esta entrega não podia se fazer sem a mancipação do escravo ou do filho causador da responsabilidade. Entre as muitas parti-

cularidades, offerece a acção noxal, a de dever ser movida contra a pessoa para cujo poder passar o autor do damno, donde a regra: «Noxa caput sequitur». As consequencias desta regra são que: — 1.º passando a responsabilidade para o poder de uma pessoa, que não aquelle sob cujo poder estava no tempo em que commetteu o crime, contra o segundo chefe se moverá a acção noxal; — 2.º commettendo um individuo *sui juris* um furto não manifesto ou um damno, não pode mais ser accionado, mas sim o será seu pae adoptivo ou seu senhor si fôr adrogado ou escravizado; — 3.º pelo contrario o escravo que se liberta ou a pessoa *alieni juris* que se emancipa, ficam sujeitos a responsabilidade que antes pesava sobre seus respectivos chefes; e — 4.º finalmente a morte do delinquente extingue a responsabilidade do *pater familias*, que deve comtudo entregar ao offendido o cadaver do delinquente ou sómente um membro desse cadaver.

Qual o motivo por que se creou a acção noxal? Sustentaram alguns que era uma fórma de satisfazer uma vingança privada. Contra ésta doutrina expõe Cuj tres argumentos: — 1.º — não ha acção noxal no caso de crime de injuria em que tambem deveria se dar, si a vingança privada fosse o seu fundamento; — 2.º — apparece sómente quando o crime praticado por um individuo *sui juris* seria expiado por uma satisfação pecuniaria; — 3.º — pelo abandono noxal desaparece o direito de castigar o delinquente.

Sustenta Cuj que a acção noxal nasceu muito naturalmente da noção primitiva da obrigação. Si o offendido tinha direito de exigir que a pessoa *sui juris*, que o offendêra, indemnissasse seu prejuizo prestando-lhe serviço, tal direito entretanto não se podia exercer contra a pessoa *alieni juris* sem lesão dos

direitos do chefe. Eis porque a acção não podia deixar de ser movida contra o *pater familias*, interessadissimo na solução do pleito.

Uma das fórmulas da acção noxal é a acção *de pauperie*, que apparece quando ha damno praticado por um cavallo, um boi ou um jumento, ficando o dono do animal sujeito a entregal-o ou a pagar o prejuizo que elle causou. Mais tarde a lei Pesolonia estendeu a acção *de pauperie* á hypothese do damno feito por um cão. E' notavel que não cesse a responsabilidade do proprietario pela entrega do cada-ver do animal.

Passemos aos actos licitos geradores de obrigações.

A primera condição em que se achavam as agricultores romanos na epocha de que estamos nos occupando, foi a causa da frequencia do contracto de mutuo. De tal modo usaram desse recurso que insignificante era no fim da republica o numero de lavradores proprietarios. Estes emprestimos se effectuavam mediante juros (*fenus*) que foi livre até as XII Taboas, mas que por ellas se reduzio a um duodecimo de capital por anno, que correspondia á colheita do lavrador. A esse juro (*fenus unciarium*) corresponde o premio de $8\frac{1}{3}\%$, admittindo-se que o anno romano era de 12 mezes, e de 10% , si acreditarmos que era sómente de 10 mezes. Só em 412 foi que appareceu a lei Genucia prohibindo absolutamente os juros.

A forma primitiva do contracto era o *nexum* do qual sómente sabemos estar definido pela formula—*quæ per æs et libram fiant ut obligentur*. Duas opiniões temos modernamente sobre o que fosse o *nexum*. Sustenta Huschke que era uma simples obrigação contrahida pelo devedor sem empenho da sua pessoa. E' esta a doutrina geralmente acceita. Niebuhr ao

contrario entende que o devedor hypothecava sua pessoa ao credor praticando uma especie de auto-mancipação. Esta opinião é seguida por alguns notáveis romanistas. Quanto aos effeitos do *nexum* tambem não ha accordo entre os escriptores, entendendo alguns que para ser obrigado *addicto* ao credor era necessaria a intervenção do juiz, e parecendo a outros que não havia tal intervenção, mas que se apropriava o credor do devedor por um acto de justiça privada. Bonjean procura caracterisar o *nexum* mostrando em que pontos a condição do devedor *nexum* differia da do *addictus*. Diz—1.º—que o *nexus* sofre uma *capitis deminutio*, mas não o *addictus*, segundo Festus;—2.º—que o *nexus* é escravo por Direito, mas goza da liberdade de facto, e dá-se o inverso com o *addictus*, como realmente promana das XII Taboas, conforme já explicámos;—3.º—que o *nexus* sujeita á obrigação sua familia e seus bens, mas não assim o *addictus*;—4.º—que o *nexus* só pela manumissão pode ser liberado, mas o *addictus ipso facto* pelo pagamento;—5.º—que o *nexus* é *quasi libertus*, de seu credor mas o *addictus* fica sempre ingenuo;—6.º—que o *nexus* se faz pelo contracto, e o *addictus* por sentença.

Do *vadimonium* restam apenas nos fragmentos que possuímos das XII Taboas os vocabulos *vades* e *subvades*. O *vadimonium* era segundo Cuq, uma fiança em que alguém promettia certa somma em caso de inexecução duma obrigação. Não é o *vas*, diz Cuq, devedor solidario nem accessorio. O objecto de sua obrigação é distincto do da garantida: é uma obrigação dependente da não realisação de um facto. Nesta opinião de Cuq, do mesmo modo que nas doutrinas de Bonjean sobre o *nexum*, ha muito de arbitrario.

XXVII

Devemos nos occupar agora da familia romana no primeiro periodo da Historia do Direito, que é o que nos prende actualmente a attenção. Segundo Costa a familia veio á cidade representar a unidade principal, como representára na *gens*. Não era o Direito Romano desse periodo *intergentral*, mas *interfamiliar*, ou Direito dos Patres familias. As unidades individuo e *gens* só excepcionalmente eram objectos dos preceitos juridicos. A nosso ver a *gens* nada mais era que a reunião de todos os membros descendentes dum mesmo tronco primitivo do tempo da fundação de Roma. A celebre definição de Scævola, referida por Cicero, refere-se á gentilidade, que só se mantinha nas condições expostas pelo pontifice. A familia, que constitue a unidade objecto do Direito no periodo de que nos occupamos, era o conjuncto de membros sotopostos ao poder de um chefe, o *pater familias*. Comprehedia a mulher *in manu*, os escravos e as pessoas *in mancipio*: «quæ sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjætæ.»

O filho familias pois desaparecia absorvido pela familia, salvo para os cargos publicos e da milicia; donde a regra: «Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur.» A figura do *pater* de nenhum modo é a do pae moderno, mas sim a do soberano ou chefe, como explica Bonfante. Dois eram, segundo este juriscônsulto, os poderes primitivos do pater: a *manus* e o *mancipium*. A *manus* se exercia sobre as pessoas, o *mancipium* sobre as cousas.

Como estes poderes tinham por objecto a mulher, os filhos, os escravos e as pessoas que por um damno ou outro motivo viessem a incidir sob o poder do *pater familias*, claro é que tomou a *potestas* quatro formas diversas. Sobre a mulher dava-se a *manus*

maritalis ou *potestas maritalis*; sobre os filhos, a *manus paterna* ou *patria potestas*. Com o tempo aquella *potestas* ficou se chamando simplesmente *manus*, e esta *patria potestas* ou *potestas*. Também *potestas* é o poder sobre os escravos; e enfim *mancipium* é o exercido sobre os filhos de outrem. Tal é a lição de Bonfante.

Passamos a tratar do casamento e do patrio poder, que constituem objecto da IV Taboa. No periodo preromano dava-se a apropriação á força das mulheres, costume de que vemos os ultimos vestigios na contestadissima lenda do rapto das sabinãs. Da apropriação nasceu o casamento *cum manu*, de que nos dá conta a lei das XII Taboas, que aliás reconhece também o casamento *sine manu* ou livre. Parece que o casamento *cum manu* foi o primitivo, mas reconhecidas as inconveniencias que delle resultavam para a mulher, que perdia todos os seus direitos na antiga familia, e sob a influencia da idéa do matriarchado que era o regimen adoptado pelos povos estrangeiros, que vieram engrossar a plebe romana, tornou-se impopular este regimen no casamento e gradativamente foi sendo substituido, pelo *sine manu*. E' esta a opinião de Emilio Costa, que reproduzimos sem grande convicção. O que é fóra de duvida embora sem que estejam perfeitamente averiguadas as causas, é que a *manus* foi cahindo em desuso á proporção que se augmentou a civilização do povo romano, e que se foram afrouxando os laços que prendiam entre si os diversos membros da familia. Por tres modos se adquiria a *manus*. O primeiro era o *confarreatio*, que era o casamento aristocratico, celebrado com ritos religiosos dos quaes era o mais importante a offrenda de um bolo de trigo, *farreum libum*, donde o nome do acto. Algumas dessas solemnidades são perfeitamente conhecidas, mas outras são contestadas pelos historiadores.

O segundo modo era o *usus*, especie de usucapião, consistindo na cohabitação da mulher com o marido durante um anno.

Essa usucapião era interrompida si a mulher deixava de dormir durante tres noites na casa do marido (*usurpatio trinocitii*). O *usus* dava-se geralmente entre patricios pertencentes á mesma *gens*, ou entre plebeus. O terceiro modo era a *coemptio*, que consistia em uma venda simulada, que o pae fazia ao marido por um preço ficticio. Póde ser uma recordação da epocha em que realmente os maridos compravam suas mulheres. O que parece, porém incontestavel é que a *coemptio* simulada é posterior ás XII Taboas, que não tratavam sinão da venda real.

A' proporção que se foram multiplicando os casamentos entre patricios e plebeus, e se enfraqueceu o sentimento religioso, foi cahindo em desuso a *confarreatio*, cujo fim principal era separar a nubente do culto de sua *gens*, e introduzil-a no culto da *gens* do marido.

Foram, pois motivos de data posterior ás VII Taboas que determináram a substituição da *confarreatio* pela *coemptio*.

XXVIII

Passemos a ver quaes são as condições para que possa ser celebrado o casamento. No tempo das XII Taboas o matrimonio só se realisava quando tinham os nubentes a idade precisa, isto é sendo o homem pubere e a mulher nubil; e sendo ambos cidadãos romanos. Este segundo requisito para serem contrahidas as justas nupcias ou casamento quiritario, era o *connubium*. O *connubium* podia ser concedido a um peregrino que deste modo adquiria o direito de

se casar com o cidadão romano: «*connubium est uxores jure ducendæ facultas—connubium habent cives romani cum civibus romanis: cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit*» (Ulpiano reg. sing. 5, 4). Além disso porém havia certos impedimentos que obstavam o matrimonio entre algumas pessoas como fossem o parentesco dentro de certos graus, a afinidade em linha recta, o facto de ser um liberto e outro ingenuo e o de ser um patricio e outro plebeu.

Dando-se o casamento *cum manu*, ficava a mulher *loco filix*, e era julgada irman de suas filhas, com as quaes estava *loco sororis*.

Dissolvia-se o casamento pela morte de um dos conjuges, e pelo repudio, que só se dava em certas circumstancias, e sob certas condições. A fórma de se fazer o repudio variava, segundo o modo porque houvera sido o casamento contrahido. Guardava-se já naquelle tempo a regra que mais tarde seria formulada nos seguintes termos: *nihil tam naturalis est quam eo genere, quidque dissolvere quo colligatum est.* (R. J. fr. 35). As fórmas de dissolver o casamento são a *diffarreatio*, o *non usus* e a *coemptio*. A *diffarreatio* era a maneira porque se desfazia o casamento que fôra celebrado pela solemne *confarreatio*. De *diffarreatio* não temos a descripção, limitando-se os historiadores a conjecturas sobre o ritual com que se realisava. O *non usus* era empregado quando o casamento se ultimára pelo uso. Finalmente só por uma remancipação e libertação dissolvia-se o casamento no caso de *coemptio*. Estas formalidades eram indispensaveis para que escapasse a mulher da *manus* do marido, poder que tinha a maior influencia sobre os direitos della, não só em relação ao seu estado, como tambem aos seus direitos patri-

moniaes, pois, como veremos, era por esse titulo que ella herdava do marido.

Vejam os que dispõe a lei das XII Taboas em relação ao patrio poder. Para ser o filho recebido na familia paterna e cahir sob o patrio poder, era necessario que o pae o acceitasse (*liberum tollere, suscipere*), porque, si o não tomava nos braços, entendia-se que o repudiára (*liberum repudiare, negare*). Já neste caso prevalecia a regra de não ter nenhum *pater familias* um herdeiro seu contra vontade: «*Nemo invitus heredes suos habere potest*»

Tres eram os principaes deveres do *pater familias*: 1.º prover á alimentação dos filhos; 2.º assegurar a perpetuidade da familia, fazendo o que era necessario para que elles se casassem; 3.º celebrar as ceremonias religiosas para a conservação do culto domestico. Amplos eram os seus direitos, e como magistrado domestico, podia condemnar os filhos, fazendo até o pontifice pronunciar a *execratio* contra os que sobre elle erguessem as mãos, ficando em tal hypothese o criminoso *sacer*, isto é votado aos deuses, conforme já explicámos em lição anterior. A *abdicatione* era um dos mais importantes poderes do *pater familias*, pois por ella sahia o filho da casa paterna, e assim deve ser considerada como o germen da emancipação voluntaria, que mais tarde, como veremos, é que deve ter sido feita pela triplice mancipação por preço ficticio. A extincção do patrio poder dava-se voluntaria ou involuntariamente. A extincção voluntaria apparecia, já quando o pae vendia o filho para o estrangeiro, já quando mancipava o filho por tres vezes, acto que correspondia á nossa locação de serviços, já quando renunciava ao patrio poder. Esta renuncia era provavelmente feita ao tempo das XII Taboas pela abdicação. E' de crer que a triplice mancipação por um preço ficticio (*nummo uno*) fosse

introduzida após as XII Taboas, tendo-se aproveitado os juriconsultos de um contracto real para por meio de uma simulação obterem o resultado que desejavam. Contra a vontade do pae só se dava a emancipação quando o grande pontifice se apropriava de um menino para o fazer sacerdote de Jupiter ou vestal.

O laço que ligava os membros de uma familia que se achavam sujeitos ao poder de um chefe é a agnação. Por quatro modos se formava a *agnatio*. Era o primeiro a filiação, devendo-se contar entre os agnatos o postumo comtanto que houvesse sido concebido durante a vida do chefe. Outras fórmias havia de se formar a agnação, sendo pois só sob o aspecto dessa primeira maneira que considerava Gaio a agnação quando disse: «Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti quasi a patri cognati (1, 156). Assim, em segundo lugar, a mulher que pela *manus* fica *loco filiae* é agnata de seu marido. Como porém o seu parentesco civil não continúa pela prole, razoavel é a regra: «mulier autem familiae suae et caput et finis est». O terceiro modo era a adrogatio que consistia em collocar sob o poder do pater familias um individuo *sui juris*. Claro é que para isso indispensavel se tornava além do consentimento adrogado, a permissão dos pontifices por que o adrogado perdia o proprio culto religioso, e entrava no do adrogante. Emfim o magistrado interrogava successivamente ao adrogante, ao adrogado e ao povo, donde a denominação de *adrogatio*, pelo verbo *rogare*, porque tambem ao povo interessava o desapparecimento de um *pater-familias*. A adopção era o quarto modo de se formar a *agnatio*. Como a adopção se fazia passando um individuo *alieni juris* do poder de um *pater-familias* para o de um outro, facil é de se entender que dous actos deviam ser praticados, um para a separação do individuo do poder em que se achava,

e outro para a sua entrada na nova familia. O primeiro resultado se obtinha mediante uma *cœemptio* por preço ficticio, e o segundo pela *in jure cessio*, de que já nos occupamos quando nos referimos á jurisdicção voluntaria. Não se extinguia a agnação pela morte do chefe, mas permanecia entre as pessoas que tinham estado sob seu poder. Só no caso de emancipação pelo abandono noxal ou por outro motivo é que ella desaparecia.

XXXI

E' a herança objecto das disposições da V Taboa. O sentido primitivo da herança é muito differente do que lhe é modernamente dado, pois hoje é a successão, a transmissão de bens por causa de morte, ao passo que no tempo das XII Taboas era um ponto secundario a transmissão do patrimonio familiar, sobre o qual tinham condominio os herdeiros seus, que naturalmente continuava após a morte do chefe. A continuação dos *sacra domestica*, da religião dos sepulchros, as relações de protecção e de *obsequium* do patronato e da clientela, os deveres do *hospitium*, etc., é que constituíam o «*universum jus*» que tinha o finado, e que transmittia pela herança aos seus successores. Assim podia se dar este facto extranhavel para nosso modo de considerar a herança que instituido o herdeiro, taes fossem os legados que nada mais lhe restasse «*præterquam inane nomen heredis.*»

Dous eram os titulos pelos quaes passava a herança: o testamento e a lei: Nem todos os povos conheceram a herança testamentaria, e portanto é de crer que no periodo pprehistorico de Roma não tenha ella precedido á legal. No tempo das XII Taboas

porém a testamentaria era muito mais importante, comquanto ambas inquestionavelmente tenham sido reconhecidas pelo código decemviral.

Teria havido liberdade testamentaria ao tempo da lei das XII Taboas? Segundo Cuq, ha dous argumentos para a resposta affirmativa, mas adopta elle a solução negativa. O primeiro argumento é o que se funda nos grandes poderes que tinha o *pater-familias*, donde a presumpção de lhe ser licito dispor de todo o patrimonio. O segundo funda-se na letra da lei. «U ti legassit super pecunia, tutelave suæ rei ita jus esto.» A' primeira responde Cuq que não eram tão arbitrarios os poderes do pater familias, antes foram regulamentados. Ao segundo, que a lei falla de *legar*, e o *legado* muito diverso é da *herança*. Cuq entende que alienavel era a *pecunia*, mas que o patrimonio familiar passava aos herdeiros *legaes*, e éra o que constituia a *familia*. Desta distincção vem a *familia pecuniaque*. De tal differença nos occuparemos quando tractarmos da propriedade ao tempo das XII Taboas. Não se deve porém esquecer de que Pomponio entendia que pela lei das XII Taboas havia completa liberdade testamentaria, e embora em seu tempo fosse radicalmente moditicada a noção primitiva da herança, custa a crer que já houvesse desaparecido a tradição do patrimonio *inalienavel* da familia, de que falla Cuq, mormente tendo restado na jurisprudencia a memoria desse patrimonio como se vê no fr. 195 § 1 V S.

A herança legal era devolvida em primeiro lugar aos herdeiros *seos*, e a expressão *seus* vinha de serem taes pessoas consideradas socias ou condominas do chefe na herança: «rerum hereditiarum dominium continuatur.» Só em falta de herdeiros seus, que eram os que estavam sob o poder do chefe ao tempo de sua morte, succediam os *agnatas* mais proximos em grãos.

Si o agnato de gráo mais proximo recusasse a herança, não eram chamados os de gráos mais remotos: nec in eo jure successio est. Em tal caso erão chamados os gentis. Consideravam os romanos essa vocação como uma restituição da propriedade á gens (*redire bona*). Digno de menção é que o spolio não era dividido logo após a morte do *de cujus*. A herança passava indivisa aos herdeiros: *inertta hereditas*. A lei das XII Taboas porém reconheceu aos herdeiros o direito de pedirem a partilha dos bens: *herctum ciere*. E' dessa expressão, segundo Cuq, que nasceu a denominação de *familiae erctiscunda* para a acção de divisão do spolio.

A herança testamentaria era a mais importante no tempo das XII Taboas. Parece que só havia então duas formas de fazer testamento: perante os comicios ou perante o exercito *in pro cinctu*, isto é petrechado para marchar para a guerra. O comicial tinha a força duma lei, e é natural que assim fosse, porque sem uma lei decretada pelo povo não poderiam se crear as obrigações e direitos que nasciam do testamento, obrigações para a pessoa gravada por um legado, direito para a beneficiada, pois eram extranhos á resolução do testador, que na sua qualidade de *paterfamilias*, não podia por um acto seu ligar pessoas fóra de sua auctoridade. Assim adoptouse o alvitre de dar ao testamento a fórma e a força de uma lei (*heres esto, damnas esto*) para que tivessem suas disposições o preciso vigor. E' de crer que a principio tomassem os comicios conhecimento do conteúdo dos testamentos, e votassem as resoluções do testador como si fossem projectos da lei. Mais tarde porém, com o augmento da população, deverião naturalmente os comicios se limitar á approvação qual hoje a fazem os nossos notarios, isto é authenticando somente o acto.

Sendo o exercito romano considerado o proprio povo, adoptou-se o alvitre de fazer approvar por elle o testamento, como si o testador estivesse diante do povo reunido em comicios. Cumpria porém que o exercito se achasse preparado para marchar para o combate.

Quanto ao testamento por mancipação, provavelmente é de data posterior ás XII Taboas. Consistia na venda simulada que o *de cujus* fazia da herança por preço ficticio a um amigo (*familiae emptor*) o qual se obrigava a entregar os bens após a morte de testador ás pessoas que este houvesse determinado. Por tres razões entende Cuj que tal forma de testamento é posterior á lei das XII Taboas: 1.^a ser impossivel a transmissão do culto religioso por meio de um acto profano qual a *mancipatio*; — 2.^a ser a *mancipatio* inapplicavel a um conjuncto de bens «*plures quam quot manu capi possunt*», como era a herança; — 3.^a ser contestavel que ao tempo das XII Tabas houvesse *mancipatio* por um preço ficticio.

A herança devia ser acceita ou addida por palavras sacramentaes, que constituíam a *cretio*, instituição de que já summariamente nos occupamos. Era a *cretio* um acto legitimo, e como tal incompativel com o termo e com a condição, pois *actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem*. Não podia ser feita a addição sinão por pessoa capaz de vontade.
