

PRIMEIRA LIÇÃO SOBRE DIREITOS DE FAMÍLIA

PELO

DR. JOÃO ARRUDA

9 DE JULHO DE 1909 ⁽¹⁾

Vou iniciar a explicação do ponto XVIII do programma, e será objecto da lição de hoje o estudo da organização da familia romana.

Pelo modo por que está redigido o ponto, claro fica que nós temos de fazer o estudo da organização da familia romana primitiva, e não da familia romana moderna.

Isto se infere da circumstancia de pedir o programma que neste ponto sejam explicados poderes, como a *manus* e o *mancipium*, que já não existiam nos tempos do Direito Romano Justiniano.

Terei de expor como se constituiu o grupo familiar primitivo em Roma ; e, para perfeita intelligencia do que era a familia romana, é necessario que eu comece por dizer aos senhores o que era a *gens*. Hermann Post, na Jurisprudencia Ethnologica, diz que os homens são sempre encontrados reunidos em grupos, e que ha diversos liames desses grupos.

(1) Tachygraphada pelo snr. Manoel Alves de Souza.

Hermann Post classifica os grupos humanos em quatro categorias. Ha o grupo de sangue, o territorial, o heril e o corporativo.

Chama-se grupo de sangue aquelle em que as relações entre os diversos individuos resultam da união pelo casamento, e do parentesco. O grupo territorial é aquelle que se fórma pela circumstancia de habitar certo numero de homens o mesmo territorio. O heril ou senhoril é o que nasce das relações de dependencia entre o senhor e o servo. E, finalmente, o corporativo é o grupo que resulta de um contracto, ou tacito, ou expresso.

Devem já os srs. na cadeira de Philosophia do Direito,—si é que estudaram a materia relativa á origem e á organização do Estado,—saber que essa é a tendencia moderna: a organização dos Estados por meio de pactos.

Assim, na ordem chronologica, nós temos de estabelecer que, em primeiro lugar, apparece o grupo de sangue, ou o gentilicio propriamente dito, em seguida, o territorial, depois ha o grupo heril—não só no governo absoluto, mas no governo feudal; e, finalmente, encontramos nos Estados modernos, de organização constitucional, o verdadeiro grupo de pacto ou corporativo, segundo a expressão de Hermann Post.

Note-se que não se passa de um desses grupos a outro sem uma evolução lenta. E assim, encontramos grupos em que ha a influencia do sangue e a influencia territorial, mas nos quaes predomina sempre uma dessas influencias.

Disse-lhes que no grupo de sangue os liames eram resultantes de uma união sexual e da filiação. Assim, nós temos o casamento e o laço de parentesco como os factores primordiales do grupo de sangue.

Mas, o casamento ainda é dividido: existem os matrimonios individuaes, e os matrimonios de grupos.

No matrimonio individual o homem e a mulher se unem, ou pelo rapto, ou por um contracto, sendo primitivamente, como veremos—e como devem ter visto na cadeira de Philosophia do Direito—o contracto o de compra e venda, e, mais tarde, o de sociedade, como diz Donellus, que sustenta que o casamento é um verdadeiro contracto de sociedade:—isto modernamente.

Observa então Hermann Post que essa formação do grupo gentilicio é de ordem natural ou biologica, e não uma formação convencional ou artificial.

Mas, ha ainda (e para isto chamo toda a attenção dos senhores) o casamento de grupos, que póde ser, como o casamento individual, exogamico ou endogamico. No casamento de grupos, homem e mulher se ligão pelo simples facto de pertencerem ao grupo (1). Dá-se, então, não mais o casamento individual, mas a união do grupo. Do mesmo modo que nós temos o casamento individual, como o conhecemos nos tempos modernos entre as sociedades civilizadas, temos igualmente o parentesco do grupo, ou o systema classificatorio, e o parentesco individual, que tambem se chama *descriptivo*.

O systema individual, ainda segundo H. Post, póde ser subdividido em systema—*materno*, *paterno* ou *bilateral*.

Assim, se o povo reconhece como elemento de parentesco a filiação pelo lado materno, o parentesco é exclusivamente materno; é paterno se está nos casos de regimen patriarchal, nos casos da agnação

(1) Foi a prelecção em termos algum tanto vagos em certos pontos, por haver senhoras presentes.

romana, de que nos vamos occupar; é bilateral, quando se attende tanto á geração materna como á paterna, tal como se acha instituido nas sociedades actuaes dos povos cultos.

Mas, é necessario que eu lhes dê uma leve noção do que é o systema classificatorio, que não existe hoje entre os povos civilizados do Occidente.

Pelo systema de parentesco classificatorio, ou parentesco de grupos, todos os individuos de um grupo são parentes dos individuos do outro grupo. Não descerei a particularidades, mencionando os diversos graus de parentesco que existe entre os individuos do grupo. Os srs., se quizerem aprofundar esta materia, encontrarão informações completas na obra de H. Post *Jurisprudencia Ethnologica*.

Este era o liame natural. Desde porém que se constituem os homens em grupos gentilicios pelo liame do casamento, têm a ideia de remediar os casos de esterilidade por uma instituição, que é a adopção, a qual produzia o parentesco artificial.

A adopção, como é bem de ver, se foi constituida para supprir o liame natural resultante do nascimento, perdeu toda a sua importancia, á medida que os grupos se transformaram, e que, desaparecendo os grupos de sangue, territorial e heril ou senhoril, ficou sómente o grupo corporativo. E', pois, hoje, uma instituição, que não condiz mais com a nossa organização social.

E' ainda digno de observação, referindo-me á instituição da *gens*, que na fôrma primitiva da *gens*, ha transformações de systemas, e não é raro que uma *gens* passe da instituição do casamento de grupos para o casamento individual, do parentesco de classes para o parentesco individual.

Mas, á proporção que se desenvolve a *gens*, á proporção que progride esse grupo, vai-se tornando mais fixo, até que se encontra, por assim dizer, plasmado ou crystallizado de certa fôrma. Nos ultimos tempos de sua existencia, nós encontramos na *gens*, que constituia a sociedade romana, a fôrma do casamento individual, e encontramos o parentesco individual ou *systema* descriptivo. E' desta *gens*, assim fixada, que nasce a familia romana.

Neste ponto, chamo a attenção dos srs. para uma particularidade interessante.

Constituida a familia romana com esta modalidade que acabo de descrever, isto é, com o casamento individual e com o parentesco individual, era natural que os romanos supuzessem que a *gens*, de que tinham vindo, fôra sempre constituída do mesmo modo que a familia que se derivára della.

E' por isso que, nos textos romanos, quando se faz referencia á *gens*, mostram sempre os escriptores romanos que estavam no presupposto de que a *gens* fôra de casamento individual e parentesco individual, julgando a *gens* pela familia que elles conheciam. Mas, com o progresso dos estudos philosophicos, verificou-se que é possível que uma *gens*, onde houvesse o instituto do casamento de grupos, produzisse uma familia onde dominasse o casamento individual.

Assim, os srs. hão de notar que, para os romanos, a *gens* era o grupo ligado por um chefe que tinha sido extincto, por um chefe passado, *presumido*, segundo a feliz expressão de Girard.

A *gens*, nos tempos prehistoricos de Roma, corresponde exactamente ao que foi a *civitas romana*, e ao que é o *Estado* moderno. Era um grupo autonomo, que legislava, que constituia um verdadeiro

Estado. Tinha o *pater gentis*, que era exactamente o que foi o rei na *civitas romana*, o que é o chefe de Estado no Estado moderno. Tinha os *sacra gentilitia*, os *decreta gentilitia*, guerreava, legislava,—em resumo, a *gens* era um povo completamente autonomo, soberano

Para que os srs. formem uma ideia clara do que foi a *gens* dos tempos historicos de Roma, eu direi que era exactamente o que nos tempos historicos foi a *civitas*, o que modernamente é o Estado.

Não conheciam os homens de que descenderam os romanos nem a *civitas*, nem o Estado, tal como está constituido modernamente. Essa é a conclusão a que chega Hermann Post nas suas notaveis investigações.

Mas, não era ésta a doutrina accéita, e que corria até bem pouco tempo. Hão de encontrar no seculo XIX tres escolas ácerca do que tinha sido a *gens*, porque é de saber que se perdeu completamente nos ultimos tempos de Roma a noção do que fôra a *gens* primitiva.

Falando dessas diversas escolas, devo observar aos srs. que é da maior utilidade o estudo dos systemas, em qualquer ramo de conhecimentos de que nos occupemos. Ha uma dupla vantagem no estudo de systemas: a primeira, é a vantagem que eu denominarei negativa,—verificando nós os erros em que cahiram os nossos antepassados e evitando-os, como os marinheiros evitam os arrecifes. A segunda vantagem é aproveitarmos os acertos dos nossos antepassados, porque as nossas sciencias não são o fructo de uma só geração, mas o resultado de heranças dos nossos avós.

Mencionarei sómente as tres principaes escolas. A escola de Niebuhr dizia que a *gens* era um grupo

formado do seguinte modo: 10 familias constituíam uma *gens*, assim como 10 *gentes* constituíam uma *curia*, e 10 curias constituíam uma tribu.

Niebuhr baseou este seu systema em um trecho de Dyonisio de Halicarnasso. Mas, houve má interpretação, pois é evidente que um grupo de formação natural não podia ter uma organização tão symetrica como Niebuhr lhe attribue.

A segunda escola é a que diz que os *gentis* ou os membros das *gens* não passavam dos parentes agnatos, depois de um certo grau.

Esta segunda escola vai de encontro ás informações de Gaio, em cujo tempo ainda havia noticia do que fôra primitivamente a *gens*. Nas Institutas de Gaio, L. 1.º frg. 17, notarão os srs. que elle se refere á *gens*, de modo a não deixar duvidas sobre ser essa escola erronea. Diz Gaio: *Cum illic admonuerimas totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse* (Inst. 1, 17).

Ora, se o direito gentilicio estava completamente cahido nesse tempo, se entretanto a herança dos agnatos permanecia em todo o seu vigor,— como explicar que uma parte dos agnatos fosse exactamente o que constituísse o grupo da *gens*? E' bom ainda referir que ahi reporta Gaio a outro ponto das suas Institutas para explicar o que são os *gentis*, parte que se perdeu.

Si fossem os *gentis* justamente os agnatos depois de certo grau, facil era a Gaio dar ésta explicação em vez de se reportar a outro topico de sua obra.

A terceira escola, a que teve mais voga, é a de Ortolan. Sustenta Ortolan que a *gens* eram os parentes do manumissor, do libertador, relativamente ao individuo libertado. Com effeito, os individuos

libertados vinham se ligar á *gens*, ao grupo gentilício do manumissor, e, assim, eram *gentis* no ponto de vista passivo, pois delles herdavam os parentes do *manumissor*, sem que houvesse reciprocidade de direitos.

E' esta a razão por que tanto lutaram os patriocios, vedando que os plebeus se constituíssem em *gens*. Uma vez constituídos os plebeus em grupos gentilícios, o resultado seria perderem os manumissores a herança dos seus libertos, que, como disse eu, não herdavam dos *manumissores*.

Eis as considerações philosophicas com que eu devia explicar aos srs. o que foi a *gens* primitivamente: grupo importantissimo, do qual nasceu a familia romana.

Acredito, como já disse, que na cadeira de Philosophia do Direito, tenha sido ésta materia explicada; mas, se as explicações do illustre cathedratico não satisfizeram inteiramente aos srs. que mais gosto têm por estas interessantissimas investigações, eu lhes recommendo, para aprofundarem os seus estudos, o livro de ouro que se chama «Ensaio de Philosophia do Direito», de Puglia, bem como a monumental Philosophia do Direito de Carle, onde encontrarão esclarecida miudamente, e com doutrinas purissimas a materia de que acabo de tratar.

Ao lado desse grande grupo, ou, antes, dentro desse grande grupo, e, mais tarde, dentro da *civitas romana*, apparecem dois grupos menores: e familia *jure proprio* e a familia *jure communi*. Ambas vêm difinidas no frg. 195, paragrapho 2.º do titulo—*de verborum significatione*—do Digesto, e a minha prelecção não passa de um commentario desse fragmento, pois é nelle que encontrarão os srs. a definição de

gens, tal como os romanos concebiam o grupo genitico, e mais noções de familia «*jure proprio*», «*jure communi*» e de «*pater-familias*».

Definindo a familia *jure proprio*, diz Ulpiano: *Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate aut natura, aut jure subjectæ.*

Chama-se familia *jure proprio* um grupo de pessoas sujeitas pela natureza ou por direito ao poder de um mesmo individuo.

Este é o menor grupo que se encontra nos tempos primitivos de Roma.

Entretanto, quando morria o chefe da familia, separavam-se desse grupo os diversos individuos que delle faziam parte, e cada um desses individuos ia constituir uma nova familia; não obstante este desmembramento, permanecia a familia *jure communi* ligada pela ideia do chefe passado.

E, assim, nós, temos o grupo constituido por cada um dos membros, destacadamente, desta familia; e a familia primitiva, que era unida pelo chefe que morreu.

A familia, unida pelo chefe actual, é a familia *jure proprio*; a outra familia, que tinha sido unida por um chefe passado, por cuja morte se desmembrára, é a familia que os romanos denominavam *communi jure*.

E' ainda neste texto os srs. encontram a explicação deste phenomeno, exactamente como eu acabo de dar aos srs.: *Patre familias mortuo singuli singulas familiais habent.*

«Uma vez morto o pae da familia, cada um dos membros vai constituir separadamente uma familia».

Resumindo, pois, e usando das expressões de Girard a esse respeito, direi que, quando a família está sob a direcção ou poder do *chefe actual*, é a família *jure proprio*; quando a família é unida por um *chefe passado*, é a família *jure communi*; quando a família é unicamente unida por um *chefe passado presumido*, de que não ha noticia, por um chefe, ás vezes, mythico, segundo a expressão de Hermann Post, adoptada por Girard, ha a família que corresponde ao grupo gentilicio,—ha verdadeiramente, a *gens*.

Eis como eu procuro caracterizar sempre esses tres grupos, e creio que, pela explicação que acabo de dar, que é inteiramente conforme ao frg. 195, paragrapho 2.º de *verborum significatione* do Digesto, devem ter comprehendido os srs. o que eram esses tres grupos primitivos das antigas eras romanas.

Entrarei agora a explicar aos srs. propriamente a organização da família romana, e observarei que, nos tempos primitivos de Roma, a *gens* foi sempre perdendo a sua importancia, á medida que se desenvolvia a *civitas*, que a deveria substituir. A família era o grupo com que tinha de tratar a *civitas romana*, era o *organ elementar*, segundo a feliz expressão de Costa, na sua «Historia do Direito Romano», Cap. 1.º paragrapho 2.º

A família romana primitiva era o que se denomina—família patriarchal. Nella, como observa Warnkœning na sua «Historia do Direito Romano», só o chefe era «sui juris», os demais membros eram *alieni juris*. E, assim, havia verdadeira relação de dependencia entre elles, como ha entre o rei e os seus subditos. O chefe da família era o rei na sua família.

Além disso, em Roma, segundo as observações de Mommsen, cada individuo procurava sempre ser

chefe de familia, porque só assim poderia ter valor na *civitas*.

Deste modo, desde que o individuo nascia sem estar debaixo do poder de um outro, era *pater familias*, porque era *sui juris*; mas seus poderes estavam por assim dizer sopitados, e se desenvolviam pelo casamento e pelo facto de vir a ter filhos.

Tal é a observação que faz Mommsen, no seu estudo das «Antiguidades Romanas», no principio do volume 14. Encontrarão tambem os srs. ésta noticia em Warnkœning, «Historia do Direito Romano», paragrapho 4.º

Eis, em traços geraes, quaes eram os fundamentos da familia romana, e quaes as suas relações com o Estado romano primitivo. Passemos a ver qual era a sua composição.

Para a familia romana não entravam, nem della sahiam, membros senão com autorização do chefe. O Estado não intervinha na ordem interna da familia. O Estado, como acabei de dizer, entendia-se unica e exclusivamente com o chefe. Era o chefe quem tinha de manter a ordem no seio da familia; era o chefe quem tinha de receber os membros da familia, e quem tinha de fazer sahir da familia os que elle julgasse inconvenientes para a manutenção da ordem no grupo sob seu poder. Sahia o filho pela emancipação; sahia a mulher pelo repudio e a filha pelo casamento, uma vez que esse casamento fosse feito *cum manu*.

Mas, é necessario que observem que ésta forma da familia não perdurou até os ultimos tempos de Roma, nem se transformou num momento dado. Na familia, como em todos os institutos romanos, deu-se sempre uma evolução lenta, e nos ultimos tempos de Roma era impossivel reconhecer na familia do direito

de Justiniano o que fôra a familia no tempo de Romulo. E' essa ainda uma observação que faz Costa. E Mommsen, nas suas «Antiguidades», diz que essa evolução se deu até nos nomes, traduzindo a evolução que se dera no interior da familia. Para não descer a particularidades e minucias, não farei a analyse da evolução por que passaram os nomes em Roma, á medida que a unidade da familia soffreu, e a constituição da antiga familia se transformou na familia nova, cedendo a autoridade do chefe, segundo a expressão de Mommsen, á liberdade individual.

E' util, depois destas referencias, que eu faça sentir aos srs. as semelhanças e diferenças que existem entre a familia moderna e a familia antiga. Ambas repousam, é certo, sobre o casamento; mas, o casamento tinha na antiguidade intuitos diversos dos que tem modernamente.

Assim, era o fim principal a reproducção da especie para a conservação do culto, e dahi a importancia que ligavam os romanos a que não se extinguisse uma familia. Diz Mommsen que a cousa mais triste que podia haver para um romano era ser o ultimo de sua familia.

Mas, além disso, a familia antiga não era como a moderna: resultado da contingencia humana, da dependencia e fraqueza da mulher e dos filhos, a familia romana antiga fôra instituida unica e exclusivamente no interesse do chefe.

As leis romanas antigas devem pois ser sempre interpretadas tendo-se em vista que o espirito que as dominava era este: proteger a autoridade do chefe; ao passo que, as leis referentes á familia moderna devem ser interpretadas, tendo-se em vista que o direito tem como escopo proteger a deficiencia de força da mulher e dos filhos.

Do casamento, das *justas nupcias*, nasce em Roma o patrio poder, que foi regido pelos costumes, e sustentado por penas de caracter religioso. Neste ponto, quero fazer aos srs. uma observação interessante. Eu digo que elle foi sustentado pelo costume; porque nessa época primitiva não havia ainda leis regularmente decretadas, mas, por muito tempo, ainda depois do apparecimento das primeiras leis, lei, costume e jurisprudencia se confundiam na mais ampla e vaga noção do direito. E, só com o desenvolvimento do povo romano, com o progredir da civilização em Roma, é que se accentuaram as diferenças entre a lei e o costume. E', pois, feliz a expressão de Pacchioni no seu «Curso de Direito Romano», quando diz que, nesses tempos primitivos, a lei e o costume estavam *fusi e confusi* (Curso c. 5 paragrapho 1^o). O pater, segundo o costume primitivo de Roma, era o protector da familia. Apesar de só elle ter direitos, o costume o constrangia a proteger os entes desvalidos, que o costume mesmo tinha collocado debaixo do seu poder, para seu interesse. E, assim, elle devia alimentar a prole, procurar perpetuar a familia (frg. 19, «de ritu nuptiarum»), buscando para as filhas e para os filhos os casamentos.

Parecerá aos srs. uma observação de nenhuma utilidade ésta, que acabo de fazer. Entretanto, os srs. vão encontrar no Digesto Romano, frg. 19, «de ritu nuptiarum», firmado que se julgava que o pae vedava o casamento quando não procurava os meios de collocar os filhos ou não dotava as filhas. «Prohibere autem videtur et qui conditionem non quærit»