ELEMENTOS DE HISTÓRIA DO DIREITO ROMANO

LUÍS CABRAL DE MONCADA
Professor de História do Direito Romano na Universidade de Coimbra

ELEMENTOS

DE

HISTÓRIA DO DIREITO ROMANO

VOL. II

PARTE GERAL

TEORIA GERAL DA RELAÇÃO JURÍDICA

COIMBRA EDITORA, L.DA
(ANTIGA CASA FRANÇA & ARMÉNIO)
LIVRARIA
R. Ferreira Borges, 73
OFICINAS
Avenida do Arnado
COIMBRA — 1934

PREFÁCIO

Depois de publicada a primeira parte dêstes ELEMENTOS *com o volume que consagrei à exposição sumária das fontes e instituïções do direito romano, razões de ordem pedagógica aconselharam a modificar o plano que inicialmente fora traçado para esta publicação no seu conjunto.*

Assim é que ela, em vez de aparecer nos dois únicos volumes que a princípio tinha projectado organizar, assume agora, com êste segundo, proporções que deixam esperar para ela nada menos do que três. Isto é, consagrado o presente volume ao estudo da teoria geral da relação jurídica, seguir-se há depois tratar ainda, no terceiro, do estudo mais desenvolvido das instituïções jurídicas romanas segundo o método monográfico, e portanto, do estudo dos direitos reais e das obrigações, por um lado, da família e das sucessões, pelo outro.

Dois factos explicam esta modificação no plano adoptado. O primeiro prende-se com o sentimento cada vez mais radicado em mim de que o estudo do direito romano só é verdadeiramente útil no quadro dos estudos jurídicos de hoje, quando fôr

tanto quanto possível aproximado, como introdução histórica, do ensino de cada uma das suas cadeiras de direito civil. Só fazendo-o servir cada vez mais, com efeito, de preparação histórica e elemento de interpretação do direito civil moderno se conseguirá manter viva para êle a atenção do comum dos estudantes que continuam a procurar ser principalmente advogados e juízes e não historiadores ou eruditos. Ora a divisão de um Manual histórico do direito romano em tantas partes bem distintas, quantas forem pelo menos as cadeiras ou as matérias professadas em separado no direito civil correspondendo-lhes, oferecerá assim — creio eu — a vantagem de lhes proporcionar mais prática e fácilmente o meio de, se quiserem, acompanharem de perto o estudo dos diferentes institutos modernos com o correspondente estudo da anterior expressão histórica e romanista dêsses institutos. É êste mesmo fim — escusado será dizê-lo — será tanto mais fácilmente atingido, ou, pelo menos auxiliado, quanto maior fôr também, por outro lado, o cuidado em sobretudo preferir, no estudo do direito romano, aos seus pontos obsoletos e de interesse puramente histórico aqueles que, tendo ainda hoje um interesse e um valor construtivos, representarem de algum modo o ponto de partida ou a prefiguração aproximada da maior parte dos institutos modernos. E isto procurei fazer.

De resto, sendo absolutamente impossível percorrer num só ano, dada a actual organização dêstes estudos, toda a vasta matéria do direito romano, achei também preferível tratar das suas diferentes partes e instituições em volumes separados a tratá-las em conjunto e num só volume cuja maior parte em cada ano ficaria por dar.

A segunda razão que impôs êste plano foi uma razão de comodidade para quem ler. Posto o desenvolvimento dado às matérias nos volumes agora projectados não seja diferente daquele que elas teriam nos dois que até aqui se tinham em vista, contudo evitar-se há assim — quere-me parecer — o grave inconveniente que apresentam muitos dos grossos Manuais estrangeiros num volume único ou em dois, sempre aterradores no seu pesadíssimo aspecto e pouco manusiáveis. O seu excessivo volume e os seus milhares de páginas repletas de uma erudição que causa desânimo são, com efeito, muitas vezes — fôrça é confessá-lo — o primeiro estorvo forte que o estudante encontra, levantado ao seu desejo de uma instrução fácil e leve, ao abordar as paragens da gloriosa jurisprudência romana. Oxalá tais defeitos tenham sido agora evitados. É êste, pelo menos, o meu ardente desejo.

Coimbra, Fevereiro de 1924.

Cabral de Moncada.

PARTE GERAL

Teoria geral da relação jurídica

PRELIMINARES

Os romanos foram em todos os tempos pouco dados a especulações de filosofia, quer de filosofia geral, quer muito menos de filosofia jurídica, e, não obstante serem incontestàvelmente o povo jurisconsulto por excelência em toda a história dos árias, certo é que êles jámais formularam, pelo menos com o rigor que hoje se lhes pretende dar, nem como conseqüência definiram muitas das noções e conceitos fundamentais que tinham das coisas do direito. Não era isso só efeito do seu temperamento pouco especulativo. Mas, certamente, o sólido senso prático que caracterizou todas as suas construções, tanto no campo jurídico como no político, lhes devia também inspirar uma sistemática aversão por todos os excessos do intectualismo lógico, ou seja, pelo abuso das teorias e definições rigorosas *à outrance* em matéria de direito; e não era porisso sem razão que já um jurisconsulto do século I, IAVOLENUS, escrevia: *omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est etenim ut non subverti posset* (1).

Sem dúvida, os romanos, se não foram tão sábios,

---

(1) Dig., 50, 17, 202.

o que êles foram, pelo menos, foi muito mais prudentes e sensatos do que nós na moderação com que recorreram ao uso de conceitos especulativos como base da sciência jurídica, e pode mesmo dizer-se que, se êles, os graves Paulos e Papinianos, tivessem conhecido as subtilezas de certas das nossas discussões e definições de hoje — como, por exemplo, as que se referem à teoria do *animus* em matéria de posse, ou ao conceito de direito subjectivo (a questão de saber, isto é, se a essência do meu direito a uma certa prestação é um poder de vontade, ou um interesse, ou uma e outra coisa simultâneamente, ou ainda uma entidade puramente metafísica sem existência real) — com certeza se teriam sorrido de nós, não sem a benevolência com que muitas vezes os mestres se costumam sorrir da fogosidade de certos discípulos!

Todavia não quere isto dizer, por outro lado, que se deva também condenar incondicionalmente a especulação nas construções do pensamento jurídico, nem que os romanos, apesar de êsse não ter sido indiscutivelmente o seu forte, não tivessem possuído também, como nós, um certo número de conceitos gerais e quadros lógicos a que subordinavam todas as suas ideas jurídicas. Ponto assente é que toda a sciência pressupõe sempre necessàriamente um certo número dêsses conceitos e uma certa sistematização dêles; e até, se esta não tivesse sido já a condição do pensamento romano ao abordar o mundo do direito, certamente êle não teria podido edificar essa sciência jurídica que justamente nos legou como a maior criação do seu génio na história da civilização. Mas a verdade é também que noções e conceitos fundamentais, como os de direito objectivo e subjectivo, sujeito de direito ou pessoa, relação jurídica,

acto jurídico, direito real, propriedade, etc. eram para os romanos — ainda mesmo para os clássicos — noções e conceitos que se presupunham no estudo de toda a jurisprudência, que se não definiam, e, portanto, noções e conceitos mais intuitivos e instintivos do que outra coisa. Similhantes quadros e como que categorias do pensamento jurídico, fóra dos quais nós não sabemos raciocinar sôbre o direito (nem mesmo ainda quando nos pretendemos libertar dêles ou substituí-los por outros), com certeza se impunham já aos romanos e talvez com a mesma lógica impreferibilidade com que a nós se nos impõem. Mas a espécie de lógica de que tais conceitos e representações são as categorias formais era para êles também, mais uma lógica inconsciente que êles não pretendiam reduzir ao esquema de uma teoria ou de uma técnica dogmáticas, do que um vasto campo de batalha em que, como hoje, se degladiam os mais variados sistemas e concepções, à procura ou de um rigor matemático ou de um positivismo estreito, difíceis de admitir e compreender na formulação de tais conceitos.

Numa palavra: os romanos possuíram também uma teoria geral do direito e uma técnica rigorosa, embora as não formulassem nunca num sistema rígido e bem definido. Êles falavam, como nós, constantemente em *ius*, de *potestas agendi*, de *caput* ou *persona*, de *voluntas*; empregavam constantemente os termos e a expressões de *agere*, *actum*, *actio*, de *vinculum iuris*, de *obligatio*, de *iura in re*, etc.; tinham de todas estas formas e realidades puramente lógicas uma certa representação que constituía já evidentemente a base de todo o seu pensamento jurídico e, contudo, raras foram as definições que nos deixaram. Ora, sendo assim, o que importa

pois, primeiro que tudo, é procurar saber que sentido preciso ligavam os romanos a estas ideas e procurar reconstituir na medida do possível os grandes quadros fundamentais dentro dos quais se movia a sua lógica e servia de base à sua sistematização dos conceitos e à sua técnica jurídica. É isso a que nós hoje chamamos princípios gerais de direito, ou melhor, teoria geral da relação jurídica e que nos livros de ensino dos romanos se achava, não formulado expressamente e *ex professo* numa parte preliminar da sua doutrinação, como geralmente hoje acontece, mas exposto fragmentàriamente através de toda ela na já referida qualidade de conceitos presupostos, latentes e incompletos, e muito embora nós para os reconstituirmos — é preciso confessá-lo — nem sempre possamos evitar o risco de ter que lhes atribuir muitas vezes um conteúdo e uma construção lógica que podem ser afinal mais filhos do nosso pensamento moderno do que do seu.

Seja como for, porém, o facto da verificada universalidade dêsses conceitos e dessa lógica na história do pensamento jurídico e sobretudo o facto da existência no direito romano de um certo número de princípios de aplicação permanente de fácil determinação são o bastante para autorizar a edificação de uma teoria e uma sistematização de tais conceitos à qual poderemos afoitamente chamar, senão puramente romana, ao menos de base romana ou romanista. Seria essa ao menos — tudo o faz crer — a teoria que os próprios jurisconsultos romanos teriam edificado, se, mais especulativos do que nós, tivessem edificado uma com que resolvessem integar e completar numa síntese sistemática os seus conceitos jurídicos construindo aquilo a que se chama hoje pomposamente uma «*teoria geral*».

Partindo destas considerações iremos pois estudar neste volume essa teoria geral. Tomando a relação jurídica como uma relação da vida social em que intervem sempre: uma norma de direito objectivo, um sujeito de direito, um objecto, um facto jurídico, e, finalmente, um elemento de coacção ou garantia (a acção), iremos estudar, sem dúvida um pouco ao sabor das nossas preocupações pedagógicas de hoje, cada um dêstes diversos elementos da relação jurídica. E assim estudaremos: primeiramente, o que era o direito para os romanos, tanto objectiva como subjectivamente considerado, e quais as suas principais divisões; — em segundo lugar, o que era o sujeito de direito, isto é, a personalidade jurídica e os seus diferentes requesitos (a *libertas*, a *civitas* e a *família*); — em terceiro lugar, o objecto do direito e as suas diferentes espécies; — em quarto, o facto jurídico, suas condições, modalidades, vícios e efeitos; — e, finalmente, a acção como garantia do direito, suas relações com êste, sua especial importância no direito romano e as suas espécies. Todos êstes assuntos constituïrão o objecto dêste volume, como de uma *parte geral* no estudo do direito romano. Só depois de êle feito, poderão enfim ser estudados os diversos institutos jurídicos, a que todos os princípios aqui expostos serão comuns, e que constituirão a *parte especial* consagrada ao estudo dos direitos reais, das obrigações, da família e das sucessões.

CAPÍTULO I

O direito e as suas divisões

§ 1.º — Conceito e definição de direito objectivo

Noções gerais O primeiro dos conceitos fundamentais da sciência jurídica, ou seja, o próprio conceito de direito, como facto social objectivamente considerado, era também o primeiro que os romanos deixavam sem uma definição rigorosa. Êles tinham, sem dúvida, um termo preciso para o designar e que só servia para o designar a êle, contrapondo-o a todas as outras espécies de normas ou de regras reguladoras da vida dos homens em sociedade. Chamavam-lhe *ius* e algumas vezes *lex*. Mas uma determinação rigorosa do conteúdo e do fim específico da norma jurídica ao lado das outras normas de conduta social, como a moral ou a religião, seria coisa que debalde procurariamos em toda a obra dos jurisconsultos romanos. A verdade é, mais uma vez, que o espírito da sua jurisprudência, sempre mais analítico e prático do que sintético e teórico, achou dispensável definir scientificamente uma coisa tão simples como era o direito, uma coisa que todos afinal sabiam muito bem o que era, e de que os romanos

tiveram sempre justamente, como é sabido, e no mais alto gráu, o sentimento e o instinto como ninguém.

Definições tradicionais Se nos textos jurídicos romanos não encontramos uma definição que se possa considerar scientífica e rigorosa do direito objectivo ou *ius*, encontramos contudo aí, e são conhecidas de todos na forma de sentenças ou aforismos herdados da antiga sabedoria romana, algumas definições ou pseudo-definições da justiça e do direito que não podem ser esquecidas neste lugar. Assim é que as Institutas de Justiniano abrem justamente, logo no seu primeiro livro, com duas definições da justiça e da jurisprudência: — *iustitia est constans, et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens* (1); — *iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (2). E mais abaixo, resumindo os fins normativos do direito, dizem ainda: — *iuris præcepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (3). Mas é evidente que tais definições atribuídas a Ulpiano, assim como a atribuída ao jurisconsulto Celso e também reproduzida através de Ulpiano no Digesto, chamando ao direito a *ars boni et aequi* (4), teem escasso valor e são no fundo insuficientes para nos darem a conhecer o que era afinal o direito para os romanos. Não só, com efeito, é bastante duvidosa a sua origem clássica,

(1) Inst., I, 1 e Dig., 1, 1, 10.
(2) Inst., *ibid.* e Dig., *ibid.*
(3) *Ibid.*, *ibid.*
(4) Dig., 1, 11, pr.

parecendo antes de marca bizantina pelo solene e pomposo do seu estilo, como ainda, a aceitá-las nós como autenticamente romanas, teríamos então de reconhecer que os seus autores, pertencentes ao maior povo jurista da história, sabiam tanto o que era o direito que afinal o confundiam com a religião e a moral. Ora nós sabemos, por outro lado, que se algum povo atingiu cedo uma clara distinção destas noções diferençando o *ius* do *fas* (religião) e do *mos* (moral) e obtendo o sentimento de que nem tudo que o direito permite a moral sanciona *(non omne quod licet honestum est)* (1), êsse foi o povo romano.

¿Que era então o direito para os romanos?

Pode dizer-se que êle era já, como hoje para nós, uma regra ou conjunto de regras reguladoras das relações entre os homens na vida social, permitindo a sua convivência, e garantidas pelo Estado. Ao lado da religião, cujas normas visavam a fazer os homens piedosos e santos, ao lado da moral, cujos preceitos visavam a fazê-los justos e benévolos, o direito *(jus)* visaria a torná-los cidadãos e membros de uma república bem organizada pela limitação da natural liberdade de uns em proveito da de todos, olhando apenas ao lado externo da sua actividade e pondo a fôrça organizada do Estado, *família, gens* ou *civitas*, ao serviço do interesse comum. É certo que os romanos conheceram também, como todos os povos, uma primeira fase do seu desenvolvimento social em que essas três espécies de normas viveriam confundidas na consciência colectiva e de que porventura devemos ver uma expressão no conteúdo das definições de direito e de justiça acima referidas.

(1) Dig., 50, 17, 144.

O facto de serem comuns na infância de todos os povos, e assim entre os romanos, os órgãos sociais que detêm o monopólio do poder religioso, político e jurídico, os pontífices, explica-nos já só por si essa primitiva confusão de conceitos e de sanções. Mas, ultrapassada esta primeira fase pela diferenciação entre os poderes políticos e religiosos, o *fas* pelo menos separou-se nitidamente do *jus* na consciência romana ainda antes da República com a laicização da *lex* e do processo legislativo; e, embora continuassem indecisos os limites que separavam o direito da moral (questão ainda hoje árdua e difícil para nós no campo da filosofia jurídica), a distinção entre todos êsses grupos de normas estava já mais que esboçada no tempo de Cicero, quando êste definia o direito como uma regra comum de convivência social entre os homens *(ratio una, par et communis hominum inter ipsos vivendi)* e afirmava que êstes viviam em sociedade, já em virtude de um natural instinto de indulgência e benevolência de uns para com os outros, já pelas regras do direito (1). E a origem do direito viam-na os romanos, tal como nós hoje, e pondo de parte as especulações racionalistas da filosofia estoica relativas ao fundamento do *jus gentium* e do *jus naturale*, na natureza das coisas e nas necessidades da própria sociedade humana (2), não sendo o direito positivo de cada povo mais do que uma criação da

(1) Cicero, *de legibus*, I, 15: *an mihi aliter videri possit? cum haec jam perfecta sint, primum quasi muneribus deorum nos esse instructos et ornatos; secundo autem loco unam esse hominum inter ipsos vivendi parem communemque rationem; deinde omnes inter se naturali quadam indulgentia et benevolentia, tum etiam societate juris contineri.*

(2) Cicero, *de legib.* I, 12: *jus in natura positum est.*

história e do génio dêsse povo, *quod quisque populus ipse sibi constituit* (1). E que o direito, mas o direito positivo, era isto, infere-se ainda da oposição lógica existente não só entre os conceitos de *jus civile, jus gentium* e *jus naturale*, a que nos referimos mais adeante, como ainda entre os próprios conceitos de *jus*, de *aequitas*, e de *justitia*. Com efeito, êstes dois últimos conceitos, sendo afins do conceito de direito, não coïncidiam com êle.

A *aequitas* era o direito encarado sobretudo no aspecto da sua finalidade intrínseca e na sua essência, isto é, o direito na sua aspiração a regular de um modo igual *(aequus)* situações iguais e de modo desigual situações desiguais, tendo em vista sempre as condições particulares de cada caso e visando sempre, como seu último fim, a igualdade. Ora, como geralmente acontece que o direito vigente num determinado momento histórico deixa, ao cabo de algum tempo, de estar em correspondência com as novas condições e exigências da vida social nas suas constantes transformações, daí a necessidade de um critério de constante readaptação do direito a essas condições reintegrando-o e actualizando-o de harmonia com o sentimento da

(1) Inst. I, 2, 1: *omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis* . . . , cfr. Gaio *Inst.* I, 1. E sôbre o fundamento também positivo atribuido ao próprio *jus gentium*, cfr. ainda *Inst. ibid.*, § 2: *usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt*. Sôbre a matéria das fontes do direito positivo remete-se o leitor para o nosso primeiro volume e, especialmente, para o que ficou dito a pág. 52 e seg.

justiça. Foi, por exemplo, com a aplicação dêsse critério de uma *aequitas naturalis* que o pretor romano poude reformar todo o sistema do velho *jus civile*.

Por *justitia* entendiam os romanos, finalmente, como se vê de uma das definições acima referidas, a disposição subjectiva de um espontâneo respeito pelo direito por parte do cidadão ou aquilo a que nós chamamos hoje a rectidão, o espírito de justiça ou o desejo permanente do... *jus suum cuique tribuere*.

§ 2.º — Divisões do direito objectivo

Noções gerais Sendo o direito um conjunto de normas reguladoras de certas relações da vida social garantidas coactivamente pelo Estado, é de notar, porém, que nem todas essas normas assim como essas relações teem a mesma precisa natureza, o mesmo fundamento e fim imediato, a mesma origem. O mundo do direito é um mundo infinitamente complexo; e o chamado *fenómeno jurídico*, se possui alguma coisa de específico que o diferença dos outros fenómenos sociais, o individualiza e faz dele o campo próprio de uma sciência independente, reveste contudo as mais variadas manifestações. Isto torna e tornou sempre necessário, na sciência do direito, como em todas as sciências em geral, a introdução de um certo número de divisões na matéria que constitui o objecto dessa sciência, ou seja, uma classificação dos factos que ela especificadamente tem a estudar e que é condição indispensável para a sua inteligibilidade. Ora, se é quási infinito o número de divisões do direito que se poderiam

estabelecer *à priori*, consoante os inúmeros critérios a adoptar para essa divisão, contudo tornaram-se clássicas desde os romanos algumas divisões do direito objectivo que conservam ainda hoje um valor difícil de desconhecer, ainda que a crítica especulativa dos modernos por vezes o tenha atacado.

Ius publicum e privatum A mais importante destas divisões, que se tornou universal, é a do direito em público e privado. Com efeito, já um jurisconsulto clássico, Ulpiano, dizia, referindo-se ao estudo do direito: *hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum* (1). E, definindo ambos êstes grandes ramos do direito, acrescentava: *publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* (2). Ou, como nós hoje traduzimos: o primeiro é o que regula a organização dos poderes públicos e as relações entre os particulares e o Estado; o segundo o que regula as relações dos particulares entre si como simples particulares. E isto compreende-se. Sendo dados o direito e o Estado como dois factos sociais e históricos concomitantes e interdependentes, — visto que o direito (norma das relações entre os indivíduos) carece do Estado para se garantir e o Estado (fôrça organizada da colectividade) carece do direito para se justificar, — é evidente que, consoante consideremos o direito em geral sob um dêstes dois pontos de vista (*positiones*), o interesse dos indivíduos ou o interesse do Estado, assim teremos um conceito limi-

(1) Vid. Dig. 1, 1, 2. Cfr. Inst. 1, 1, 4.
(2) *Ibidem*, na continuação do mesmo fragmento.

tado de direito privado e um conceito limitado do direito público. O primeiro é o direito regulando as relações dos homens entre si, segundo a lei do justo equilíbrio entre as suas liberdades e tendo por critério a igualdade; o segundo é o direito regulando a organização do poder público, modo do seu funcionamento, competência e atribuïções dos seus órgãos e, como conseqüência, as relações entre êsse poder superior e os indivíduos; e o seu critério é, não a igualdade, mas a desigualdade, visto que os dois termos da respectiva relação jurídica se não acham no mesmo plano, sendo um superior e o outro inferior. E, como exemplicava o mesmo Ulpiano, a propósito do *jus publicum; publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* (1), isto é, é constituído pelo conjunto de normas relativas às coisas da religião, à organização do sacerdócio e das magistraturas, etc., como coisas que interessavam directamente ao Estado e o constituiam. O direito sacral e o direito fixando a organização e competência das diferentes magistraturas eram direito público, como hoje são direito público o chamado direito político, o constitucional, o administrativo, o criminal e o processual. O direito, porém, que regulava os poderes do proprietário, o direito relativo aos contratos entre os cidadãos, o relativo à sucessão hereditária e às relações de família eram direito privado, tal como hoje, pois que era exclusivamente ou, pelo menos preponderantemente, o interesse dos cidadãos (*singulorum utilitas*) que era neles tido em consideração.

Convém, porém, notar que os dois ramos de

(1) Dig., *ibid.*

direito, público e privado, no direito romano, não coïncidiam completamente no seu conteúdo nem no seu significado com idêntica divisão no nosso direito moderno. Não correspondiam no seu conteúdo: no direito moderno são considerados como de direito público o direito criminal e o processual, visto que a repressão dos delitos e a organização do processo tanto civil como criminal interessam directamente ao Estado. No direito romano, embora uma evolução neste sentido tenha já aí começado a produzir se, êstes dois ramos de direito eram compreendidos no direito privado; o primeiro deles, porque aí a repressão do delito interessava preponderantemente a vítima a cujo favor se impunha ao autor do facto ilícito uma pena pecuniária; e o segundo, devido à estreita relação que existia entre o processo formulário e o direito substantivo no ponto de vista da origem e formação dêste último por obra sobretudo dos pretores. Não coïncidiam no seu inteiro significado: porque, ao passo que no direito moderno nem todas as normas jurídicas reguladoras de relações entre o Estado e os particulares são de direito público, contudo eram-no no direito romano. Na realidade, o Estado ora se nos apresenta hoje, nas suas variadíssimas relações jurídicas, como exercendo em face dos particulares um verdadeiro poder soberano, ora como exercendo formas de actividade patrimonial, comercial e industrial, no comércio jurídico com os particulares ou outras corporações, em que êle não desempenha um papel diferente nem goza de maiores direitos do que êstes com os quais se vem a achar num pé de absoluta igualdade. Isto é, o Estado tanto é titular do direito público de soberania como de direitos privados. No direito romano, porém, toda a relação jurídica em que o Estado

intervinha tomava por êsse facto um carácter publicístico que a separava das relações entre os particulares, visando aliás fins económicos análogos. Todavia, postas de parte estas diferenças, o sentido geral da divisão do direito em público e privado era o mesmo no direito romano e no moderno, se atendermos aos precisos termos da definição de Ulpiano acima referida, assim como o seu valor lógico é indiscutível se entendermos por interesse do Estado e por interesse dos particulares, como critério da diferenciação, de um e outro dêstes ramos de direito, não um interesse exclusivo, mas um interesse directo e preponderante de cada um dêstes elementos visados sobretudo em cada uma destas categorias de normas. E assim, se é certo que, em última análise, a boa organização do Estado interessa aos particulares e, vice-versa, a utilidade dos particulares interessa ao Estado, contudo há manifestamente normas em que é sobretudo visado o interesse de uns e normas em que é sobretudo procurado o interesse do outro, o que tanto basta para fundamentar ligitimamente uma tal divisão.

De resto, esta mesma íntima compenetração entre os dois ramos de direito se evidencia ainda no facto de serem também chamadas *ius publicum* pelos romanos muitas normas que aliás regulavam relações jurídicas entre os particulares. Estão neste caso, por exemplo, as disposições que proïbem às partes contratantes renunciar à responsabilidade por dolo de alguma delas na celebração dos contratos, posto possam renunciar à responsabilidade por simples culpa; as disposições que proïbem dispensar o tutor da prestação de contas na administração da tutela; as disposições que organizam o regime dotal no interesse da mulher e proïbem a alienação feita pelo

marido dos prédios itálicos dotais, etc. Ora todas estas disposições e muitas outras que se poderiam enumerar, embora tratem de relações de direito privado, como os contratos, as relações de família, etc., contudo são manifestamente de direito público, porque visam a garantir um interesse social e geral que nestas relações jurídicas concorre com o interesse individual. Elas constituem outras tantas limitações à liberdade dos cidadãos de regularem como lhes apraz essas relações, justamente porque além de um certo limite surge o interesse público a reclamar os seus direitos; é assim que, quanto às disposições acima referidas sôbre o dote e a tutela, elas são o que são porque *interest reipublicae mulierum dotes salvas esse* ou *interest reipublicae rem pupilli salvam fore* (1). E assim se compreende que estas disposições e leis, a que hoje se dá o nome de disposições e leis de interesse e ordem pública, representando a natural invasão do conceito de *ius publicum* no de *ius privatum*, estivessem já no direito romano sujeitas a um regime especial em virtude do qual não podiam em caso algum ser desconhecidas pelos cidadãos ou particulares na realização da sua vida e comércio jurídicos. É êste enfim um outro sentido em que os romanos tomavam a expressão *ius publicum* quando escreviam: *ius publicum privatorum pactis mutari nom potest*, ou, *privatorum conventio iuri publico non derogat* (2).

---

(1) Cfr. Dig., 2, 14, 27, § 4; 27, 8, 1, § 9; 28, 1, 5; 8, 58, 2, etc.

(2) Dig., 2, 14, 58; 50, 17, 45, § 1; 2, 14, 42 e 27, 8, 1, § 9.

Ius commune e ius singulare

Uma outra divisão do direito objectivo que já nos textos romanos nos aparece e que é também corrente ainda hoje na sciência jurídica é a divisão do direito em direito regular ou normal e direito excepcional ou anómalo. Chamavam os romanos a êstes dois direitos *ius commune* e *ius singulare*.

O primeiro é o direito geral estabelecido com aplicação comum a todas as pessoas e relações para que foi criado, criado — isto é — *non in singulas personas, sed generaliter constitutum* (1). O segundo é o direito que, em oposição a êste, constitui uma excepção e se aplica, com um intuito de favor ou de equidade por parte do legislador ou do magistrado, a certas classes de pessoas (ex: militares, menores, mulheres, etc.), a certas classes de coisas (ex: bens dotais, bens de pupilos, *res furtivæ*), ou a certas relações jurídicas que são julgadas como merecendo, embora também *generaliter*, em virtude da sua situação especial um especial regime jurídico. Muitas vezes também o *ius singulare* é constituido no intuito de evitar, em virtude de um critério social de *utilitas*, a aplicação de todas as conseqüências do *ius commune* a certos casos em que elas pareciam inoportunas e iníquas. Em resumo, como escreveu Paulo: *ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* (2). Assim, por exemplo, era direito comum que o testamento só podesse ser vàlidamente

(1) Dig., 1, 5, 8.

(2) Dig., 1, 5, 16. Cfr. Dig., 9, 2, 51, § 2.º: *multa iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest.*

feito observando-se certas formas que a lei determinava; e comtudo admitiu-se por razões de conveniência política que os soldados podessem fazer testamento independentemente delas; o chamado testamento militar foi um *ius singulare*. Assim também o direito comum decretava que os filhos de concubinas (*liberi naturales*) não sucedessem a seus pais por morte, aos quais os prendia um simples laço de cognação; como excepção a êste direito, foi estabelecido, porém, por Adriano que os filhos de militares, embora gerados no concubinato, seriam seus herdeiros *ab intestato*; êste foi outro *ius singulare*. A proïbição de doações entre os cônjuges, a proïbição de as mulheres afiançarem (*Snc. Velleianum*), etc., são outras tantas disposições de um direito anómalo, excepcional ou *singulare*, cujas normas, como imediatamente se vê, se não diferençam das do direito comum ou regular senão pelo seu mais restrito campo de aplicação ou porque subtraem ao domínio de leis mais gerais certos grupos de relações jurídicas, de coisas ou pessoas.

Diferente do conceito de *ius singulare* é, porém, o conceito de privilégio (*privilegium*), muito embora por vezes nas fontes mais recentes esta expressão apareça aplicada para designar impròpriamente uma ou outra disposição do *ius singulare*. Mas a verdade é que o privilégio é rigorosamente um conceito distinto do de direito excepcional ou anómalo. Ao passo que êste constitui uma excepção ao direito comum, fundada numa razão de utilidade social ou de equidade, e estabelecida com relação a classes inteiras de pessoas, coisas ou relações jurídicas, o privilégio, sendo também uma excepção ao direito comum, funda-se no sentimento de favor ou de desfavor a respeito de uma

só pessoa (1); era neste sentido que já as III Táboas condenavam o privilégio, contendo a disposição: *privilegia ne inroganto* (2).

Ius civile e honorarium Se estas duas primeiras divisões do direito objectivo persistem ainda hoje no direito moderno com um valor construtivo e dogmático na sciência jurídica, outro é o caso com a clássica divisão do direito em *ius civile* e *ius honorarium*, cujo interesse é puramente histórico e não tem por isso qualquer aplicação quando considerada fora do direito romano.

No quadro histórico dêste direito ela é, porém, de toda a importância por se relacionar aí estreitamente com toda a teoria das fontes de direito e, especialmente, com o edito do pretor.

O direito ou *ius civile*, contraposto nesta divisão ao direito ou *ius honorarium*, não é mais do que o direito romano tendo por origem ou por fontes as leis, os plebiscitos, os senatusconsultos, as constituições imperiais ou a sciência do direito; *ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatusconsultis, decretis principis, auctoritate prudentium venit* (3). O direito ou *ius honorarium*, por outro lado, não é mais do que o direito romano originado na actividade dos magistrados judiciários ou criado pelos pretores: *ius prætorium est, quod prætores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam quod et honorarium dicitur ad honorem prætorum sic nominatum* (1). A distinção entre êstes dois ramos de direito é pois em si mesma puramente formal, assentando na diversa natureza dos órgãos que lhes dão origem; *honorarium é*, pois, todo o direito dos pretores; *civile* é todo o outro direito romano que não tem essa origem. E a importância do papel desempenhado pelo *ius honorarium* nas transformações do direito romano em geral, através de toda a sua evolução histórica, é já de nós conhecido; ela é afinal a mesma importância do que a que teve o papel do pretor como órgão e fonte de direito desde a *lex Aebutia* até ao *Edictum Perpetuum* do tempo de Adriano (2).

O *ius honorarium*, sendo concebido històricamente como uma pura categoria formal do direito romano, teve, porém, características suas especialíssimas que lhe comunicaram um valor e uma significação substanciais de primacial importância. Essas características, êsse valor e significação são também já de nós conhecidos e não merece a pena repetir aqui o que a êsse respeito já oportunamente foi dito no estudo das fontes. Bastará recordar apenas mais uma vez que foi o *ius honorarium* que serviu de via ou meio de realização através dos quais se poude constituir o direito romano das gentes ou universal. O direito dos pretores foi um direito mais humano, mais progressivo, mais flexível e mais em contacto com todas as exigências imediatas e constantes modificações da vida social do que o *ius civile*. A *æquitas* do pretor, contraposta ao excessivo espírito lógico, ao tradicionalismo intolerante, ao simbolismo material

(1) Vid. Aulo Gélio, X, 20, § 4 e Dig., 50, 17, 196.
(2) XII Táb., táb. 9, lei 1. Cfr. Cicero, *pro dom.*, 17, 45.
(3) Dig., I, 1, 7.

(1) Dig., *ibidem*.
(2) Veja o primeiro volume dêstes *Elementos*, págs. 145 a 157 e 202 a 206.

e grosseiro do antigo *ius civile*, foi, como se sabe, o princípio vivificador de toda essa formação jurídica a que os romanos chamaram o *ius honorarium*. Mais tarde, é certo, os jurisconsultos e os imperadores continuaram a obra do pretor a partir dos começos do Império e o espírito do *ius honorarium* veiu a encontrar-se também no *ius civile* desenvolvido. Mas o que essa obra representou de importante e original no ponto de vista da transformação do direito da cidade de Roma no direito de um Estado romano universal nunca foi esquecido dos romanos.

E assim é que, ainda na última época do direito romano, quando o *ius honorarium* e o *ius civile* se fundiram substancialmente emfim num direito único, que foi o direito justinianeu, se continou ainda a falar nessas duas categorias históricas do direito civil e do direito dos pretores, sem dúvida porque toda a transcendência da sua evolução histórica tinha tido como base essa divisão.

Ius civile, ius gentium e ius naturale

Outra divisão do direito que tem nas fontes romanas uma grande importância histórica e doutrinária é a divisão bipartida de todo o direito em *ius civile* e *ius gentium*, ou a tripartida, em *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale*. Na base destas divisões está, porém, sobretudo uma especulação doutrinária. É com ela que, por exemplo, abrem as Institutas de Gaio, dizendo: *omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur* (1). Evidentemente, o jurisconsulto clássico partia desta observação elementar: de que todos os povos conhecidos do seu tempo, incluindo o povo romano, se regiam em parte por um direito seu próprio, extranho a todos os outros povos, em parte, por um certo outro direito que era comum a todos.

(1) Gaio, I, 1.

O primeiro é o *ius civile* de cada um dêsses povos, criado historicamente por êle e para êle, como o seu direito positivo, um direito, isto é, da própria cidade *(civitas*, donde *civile), quod quisque populus ipse sibi constituit* (1). O segundo é o *ius gentium*, cujas disposições e preceitos comuns a todos os povos fazem convencer de uma origem e um fundamento também comuns na natureza humana, como de um direito *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur* (2); e êste chama-se *ius gentium* ou direito das gentes justamente porque êle é um direito *quo quasi omnes gentes utuntur*. E neste fundamento atribuído ao direito das gentes na passagem de Gaio e em outros lugares está a especulação doutrinária de que falamos, isto é, a atribuïção dêsse direito na sua origem à *naturalis ratio* ou razão natural.

Esta divisão exposta em Gaio aparece-nos, porém, outras vezes apresentada numa forma tripartida mais completa mas conservando o mesmo sentido geral, como é a divisão em *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale*. Encontramo-la sob esta forma e como uma subdivisão do direito privado nas Institutas de Ulpiano (3) e ainda nas de

(1) *Idem, ibid.*

(2) *Idem, ibid.*

(3) Dig., I, 1, 1, §§ 2 e 3: *privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus præceptis aut gentium aut*

Justiniano (1). E aí entende-se por direito civil e por direito das gentes aproximadamente o mesmo que se entende em Gaio e apenas se lhe acrescenta, como uma categoria aparte, o conceito de *ius naturale*, como o de um direito que, ultrapassando as fronteiras do género humano, seria comum a todos os seres vivos ou animais que vivem na terra, no mar ou no céu. E assim ainda é que, desenvolvendo êste conceito de um direito natural, os jurisconsultos enumeram entre algumas das instituïções que lhe pertencem: a união do macho e da fêmea, a procriação dos filhos e a criação dêles, etc.

Como se vê—e pondo de parte êste último conceito aliás pouco consistente de um direito natural

civilibus. Ius *naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quæ in terra, quæ in mari nascuntur. avium quoque commune est: hinc descendit maris atque foeminae coniunctio quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*

(1) Inst. I, 2 pr. e § 1: *collectum est enim* (jus privatum) *ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus. Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit, nam istud ius non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur... Ius autem civile vel gentium ita dividitur: omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

que é entre os romanos, como foi sempre, uma categoria puramente filosófica e especulativa dentro da qual cada um constroi a teoria que mais lhe apraz (1)— quanto aos dois outros termos da divisão, coïncidem fundamentalmente as classificações de Gaio, Ulpiano e Justiniano. Trata-se, em suma, de contrapor ao *ius civile*, no sentido de um direito exclusivamente próprio dos cidadãos romanos (incluídos neste conceito os anteriores de *ius civile* e *ius honorarium* da primeira divisão), o *ius gentium* no sentido de um direito comum a todos os povos, ou a todos os povos universalmente (concepção filosófica), ou a todos os povos conhecidos dos romanos e que tinham atingido um certo gráu de civilização (concepção positiva fundada na observação). A própria expressão de *naturalis ratio* empregada em Gaio e nas Institutas de Justiniano como fundamento do *ius gentium* e a aproximação que em Ulpiano se faz dêste conceito com o de *ius naturale*, convencem, porém, de que era antes uma concepção filosófica do que positiva que actuava na consciência jurídica romana quando os seus jurisconsultos de um modo geral falavam do *ius gentium* contrapondo-o ao *ius civile;* e que, pelo menos, eram êstes o seu sentido e carácter no direito justinianeu prova-o à saciedade o facto de nas Institutas se lhe chamar um direito do género

(1) *Id quod semper aequum et bonum est,* lhe chamou Paulo (Dig., I, 1, 11), *quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis insevit,* lhe chamou Cícero (*de invent.*, II, 53, 17). Cfr. Cícero, *de ofic.*, III, 5 e 17. E, finalmente, a traduzir um conceito especulativo em que se salientam sobretudo a imutabilidade e universabilidade do direito natural, está a passagem das Institutas, (I, 2, 11): *sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent.*

humano, atribuíndo-se ao direito das gentes o direito da guerra, a escravidão e as suas principais fontes, bem como os principais contratos consensuais e reais (1). Era, pois, num sentido filosófico e bastante afim do de direito natural que os romanos falavam do *ius gentium* numa primeira acepção que podemos chamar acepção lata desta expressão. Pelo contrário, êles ignoraram por completo a acepção que mais tarde se lhe deu e se lhe dá ainda hoje como significando o direito regulador das relações dos povos entre si ou o direito internacional.

Com relação ao *ius gentium*, convém, contudo, notar ainda que esta expressão é também tomada por vezes (e por nós quási sempre) numa outra acepção mais restrita e cujo sentido é justamente o mais importante para nós quando se trata de integrar êste conceito no pequeno número de ideas que explicam a evolução histórica do direito romano. Também poderiamos chamar a esta segunda acepção mais técnica do têrmo *ius gentium* a sua acepção histórica emquanto que a primeira é puramente filosófica. Com efeito, chama-se também *ius gentium* ao próprio direito romano nacional modificado e ampliado na sua esfera de aplicação a uma outra sociedade mais vasta do que a primitiva sociedade romana (2); ou, por outras palavras, chama-se

(1) Inst., I, 2, 2: *ius autem gentium omni humano generi commune est, nam usu exigente et humanibus necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae; iure naturali enim ab initio omnes homines liberi nascebantur; ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio-venditio, locatio-conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles.*

(2) Vid. vol. I, pág. 100.

também *ius gentium* ao direito que se aplicou dentro do Estado romano simultâneamente aos cidadãos romanos e aos estrangeiros (3). Como se sabe e se viu já também, a sociedade romana não tardou em dilatar-se e em expandir-se, desde o século IV antes da nossa era, para fora dos limitados confins da primitiva *urbs*. Essa expansão deu-se, primeiro sôbre a Itália, depois pouco a pouco sôbre todas as regiões situadas ao longo da bacia do Mediterrâneo. Ora à medida que essa expansão se deu e que com ela se intensificaram as relações comerciais com êsses povos, o direito romano sofreu, como é sabido, uma série de profundas transformações. Não que êle, abrindo-se inteiramente ao influxo dos direitos estrangeiros, perdesse então o seu carácter nacional desromanizando-se; mas o que é certo é que o contacto freqüente com a maioria dêsses povos, possuindo muitos dêles a mesma origem étnica e um idêntico grau de desenvolvimento económico, determinou, como era natural que determinasse, a formação de um grande número de usos e institutos jurídicos comuns entre Roma e essas nações.

E êsses usos e êsse direito comuns foram justamente a lei aplicável às relações entre os romanos e os estrangeiros, não só em Roma como nas províncias. Roma, isto é, aplicou invariàvelmente êsse direito aos estrangeiros, como hoje se aplica em direito internacional moderno ora a lei nacional ora a estrangeira, consoante os casos, nas relações entre êstes e os nacionais; e mais do que isso, criou ela

(3) Neste sentido evidentemente o toma Cícero no *de ofic.* quando escreve: — *itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt. Quod enim civile, non idem continuo gentium, idem civile esse debet (de ofic.* III, 17).

mesma para êsse fim, na falta de um direito já existente, muitos preceitos e instituïções tiradas dêsse fundo comum e despojadas dos seus caracteres especificamente nacionais para com elas regular e disciplinar essas relações. É pois a êsse complexo de normas e institutos de que os romanos usavam em comum com os outros povos civilizados da antiguidade, uns já existentes, outros criados por êles, que se chama também o *ius gentium* pròpriamente dito, em sentido estrito ou técnico, e que nos serviu justamente para com êle designarmos o segundo dos períodos em que dividimos toda a história do direito romano. Como também se disse e se viu, com efeito, êsse direito, que a princípio se reduzia a um pequeno número de princípios gerais, desenvolveu-se sobretudo nesse período e, tendo depois invadido progressivamente o velho *ius civile*, acabou por ser um dos grandes factores de formação do direito romano universal.

Numa palavra: esta segunda acepção em que é tomado o *ius gentium* não contradiz a primeira, mas o conceito dêste direito assim entendido não é mais do que uma conseqüência lógica do primeiro. Foi porque os romanos acreditaram na existência de um direito comum a todos os homens e fundado na razão natural que êles cedo se convenceram de que o seu *ius civile* estrito não podia bastar para regular a vida de todos os povos cujos destinos se propunham governar; e partindo dessa convicção foi assim que não tardaram em transformar o seu direito de harmonia com os ensinamentos ao mesmo tempo de um ideal jurídico superior e do confronto com as legislações dos outros povos civilizados. O conceito de *ius gentium* foi dêste modo um dos mais poderosos factores do desenvolvimento do direito romano.

Ius scriptum e non scriptum

Finalmente, referiremos ainda entre as divisões que se encontram nas fontes a divisão do direito em *ius scriptum* e *non scriptum*. *Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud graecos*, dizem ainda as Instituïas (1). Direito escrito é todo aquele na constituïção do qual intervém necessàriamente a forma escrita, nem pode existir sem ela; direito não escrito é aquele para cuja existência não é indispensável a forma escrita, embora possa receber também essa forma. E assim constituem direito escrito: a lei, os plebiscitos, os senatusconsultos, as constituïções imperiais, os editos dos pretores e os *responsa prudentium*; e constitui direito não escrito o costume, isto é, o *ius, quod usus comprobavit, nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* (2). Esta distinção tem pois apenas um valor também puramente histórico e de pouca utilidade prática. Pode dizer-se que ela corresponde à nossa divisão do direito no costume ou direito consuetudinário e na lei. E se todo o direito começou por ser em Roma, até às XII Táboas, um *ius non scriptum*, sabído é que todo êle acabou por ser, na sua última fase histórica, um *ius scriptum* pela grande decadência a que então chegara o costume como fonte de direito (3).

(1) Inst., I, 2, 3.
(2) Inst. *ibid.* Cfr. Dig., 1, 1, 6, § 1.
(3) Vid. vol. I, pág. 220.

§ 3.º — O direito e a sua interpretação

Noções gerais Não basta saber o que é o direito e quais são as suas principais divisões para o conhecer. Uma coisa é saber o direito, lendo, ouvindo ou pronunciando as suas disposições, outra é conhecê-lo, possuindo o sentido delas, a sua razão, o seu fim, sabendo harmonizá-las umas com as outras e aplicá-las. É esta segunda forma do conhecimento jurídico que se chama interpretação (*interpretatio*) e, como escrevia o jurisconsulto Celso: *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (1).

A interpretação jurídica não é, pois, mais do que o processo e a atitude mental de quem, colocado diante de um texto de lei, procura surpreender pelo esfôrço do raciocínio o seu inteiro e exacto sentido. É a êste sentido íntimo da lei que se chama nas fontes romanas *vis ac potestas*, *voluntas*, *mens* ou *ratio legis* e, no direito moderno, mais ordinàriamente, espírito da lei ou intenção do legislador. E chama-se ainda: *crítica* ao trabalho do intérprete visando a fixar nos seus verdadeiros termos o texto que se quere interpretar; e *hermenêutica*, enfim, ao conjunto das regras que se devem observar na arte da interpretação do direito. Esta, se é efectuada pelo próprio legislador, chama-se hoje *autêntica*; se pelos particulares ou jurisconsultos de harmonia com critérios scientíficos, *doutrinal*.

Se estas são, porém, noções pode dizer-se que

(1) Dig., 1, 3, 17.

comuns a todas as legislações e se, nomeadamente no direito romano desenvolvido, a interpretação foi apenas o que acabamos de dizer, importa notar que, no mais antigo direito, a *iuris interpretatio* foi uma coisa diferente disto e que há assim ao todo no direito romano dois conceitos diversos de interpretação que é preciso distinguir.

Interpretatio prudentium No mais antigo direito, como se sabe, o costume predominava sôbre a lei ou norma escrita e esta ocupava aí, no sistema jurídico em conjunto, um lugar muito diferente daquele que ocupa no direito moderno e ocupou ainda no direito romano desenvolvido. Ao passo que neste último, assim como hoje, a lei pretende ser a expressão de todo o direito que deve vigorar em um certo momento sôbre as matérias que regula, não admitindo ao seu lado nenhum outro direito, no antigo direito romano, pelo contrário, a lei constituia uma verdadeira excepção no conjunto das normas jurídicas e ao lado dela existia, com um vasto campo de acção, o costume ou o direito consuetudinário. Ora, emquanto foi assim compreende-se como devesse necessàriamente existir um ou mais meios de suprir na vida jurídica prática a falta ou a raridade das disposições legislativas, extraíndo do direito consuetudinário tudo que era preciso para regular as múltiplas relações dessa vida jurídica, as acompanhar no seu desenvolvimento e enfim conservar sempre o direito ao nível das restantes condições da vida social. E um dêsses meios foi justamente a *interpretatio* dos prudentes. Os prudentes, os *iuris conditores*, *legum inventores* — primeiramente os pontífices, como se sabe, mais tarde os jurisconsultos

láicos — foram, com efeito, durante séculos os verdadeiros intérpretes do direito, mas intérpretes neste sentido: de que a sua interpretação, isto é, em vez de ser, como a do juiz moderno, um trabalho meramente receptivo subordinado a um texto, foi antes um trabalho original de constante criação de novas formas jurídicas, subordinado antes às necessidades da vida real. Eram os prudentes, pontífices ou jurisconsultos láicos, quem supria as lacunas do direito e integrava a esfera de acção da lei, criando pràticamente todos os institutos que a vida social todos os dias ia reclamando. E então compreende-se também que a *iuris interpretatio* fôsse uma coisa diferente do que foi mais tarde e é ainda hoje e assim fôsse antes uma interpretação das exigências da vida social no intuito de dar origem a um direito que estivesse mais em correspondência com elas e fôsse, em última análise, uma elaboração do costume. Foi esta a principal missão da antiga jurisprudência pontifical no período quiritário e foi esta ainda uma parte da missão que conservou depois a jurisprudência láica, já nos fins da República, já ainda na época clássica. Pode mesmo dizer-se que alguns dos mais interessantes institutos do antigo direito romano, como a *stipulatio*, a emancipação, a *in iure cessio* e muitos outros não foram mais do que uma criação da jurisprudência na sua obra de *interpretatio*. E tanto essa obra significava isto mesmo e *interpretare* era inicialmente o mesmo do que criar ou fundar direito novo, que ainda no período clássico Pompónio distinguia no direito uma parte que era criada pela lei (*lege constituitur*) de uma outra que *in sola prudentium interpretatione consistit* (1). E daí o chamar-se

(1) Dig., I. 2, 2, § 12.

também aos juristas *iuris conditores*, *legum inventores*.

Interpretação doutrinal e seus elementos

Sendo êste o significado da primitiva *interpretatio* do direito à qual nada corresponde hoje no direito moderno, em que a lei domina soberanamente, é preciso notar que o segundo conceito de interpretação não tardou em se substituír ao primeiro ainda no direito romano, logo que a esfera de acção da lei reduziu ao mínimo a esfera de acção do costume e o Estado emfim interveiu activamente na criação do direito. Então a interpretação tornou-se naquilo que já atrás foi dito, na forma de actividade mental destinada ùnicamente a surpreender o sentido exacto e completo de um texto (1).

A interpretação doutrinal, similhante à nossa, fundavam-na também já os romanos nos seguintes elementos. O primeiro é o elemento material, que consiste, evidentemente, no exame do texto, que se quere interpretar, em tôda a sua extensão. Como também já escrevia Celso a êste respeito: *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere* (2). O segundo é o chamado hoje *elemento gramatical*; o intérprete

(1) Esta nova concepção das relações entre a lei e o intérprete, subordinado êste inteiramente àquela, acha-se expressa sobretudo na constituïção *Tanta* que acompanhou o Digesto e onde se diz: *ut nemo neque eorum qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint, audeat commentarios isdem legibus adnectere.*

(2) Dig., 1, 3, 24.

devia, em primeiro lugar, fixar o próprio sentido gramatical das palavras da lei, em si mesmas e no conjunto, atribuindo-lhes a significação que elas teem correntemente, já na linguagem comum, já na jurídica. É a êste elemento que se referem as regras dos clássicos: — *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (1); — *in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum voluntas legis ex hoc colligi possit* (2). Finalmente, o terceiro elemento da interpretação é o chamado *elemento lógico* que consiste em determinar o pensamento do legislador expresso nas palavras do texto com a ajuda de outros elementos diferentes do gramatical, como são: o fim em vista ou a intenção da respectiva disposição (*ratio* ou *sententia legis*); a sua integração no conjunto do sistema jurídico seguido pelo legislador; e, por último, o seu carácter histórico. Referem-se a êste elemento lógico regras como estas: — *verbum* «ex legibus» *sic accipiendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis* (3); — *nemo existimandus est dixisse quod non mente agitaverit... prior ac potentior est quam vox, mens dicentis* (4).

Sendo êstes os elementos da interpretação scientífica ou doutrinal, contraposta à interpretação autêntica ou legal feita por via legislativa pelo próprio legislador, convém ainda notar que a interpretação tanto pode ser, ou simplesmente *declarativa* (se o

(1) Dig., 32, 25, § 1.
(2) Dig., 1, 3, 19.
(3) Dig., 50, 16, 6, § 1.
(4) Dig., 33, 10, 7, § 2.

seu fim se limita a declarar o sentido incompleto ou duvidosamente expresso nas palavras da lei), ou *extensiva* (se visa a estendê-lo a outros casos não expressamente previstos no seu texto), ou *restritiva* (se visa a restringir não o sentido mas o preceito verbal de uma lei concebida em termos muito latos); é assim, por exemplo, que, interpretando extensivamente certas passagens das XII Tábuas, a jurisprudência veiu a entender por *glans* todos e quaisquer frutos, por *tignum* todos e quaisquer materiais de construção para o efeito de conceder aos proprietários o direito de penetrarem nos prédios vizinhos a colherem aí os frutos caídos das suas árvores, ou lhes tolherem o direito de reivindicação dos seus materiais aproveitados nas construções alheias *ne urbs ruinis deformetur*.

Outra espécie de interpretação é também a chamada interpretação por analogia que serve a determinar, não o pensamento imperfeitamente expresso pelo legislador, mas o seu pensamento expresso implìcitamente. A lei, com efeito, não pode prevêr todos os casos nem regular todas as hipóteses ao organizar os diferentes institutos; geralmente ela tem em vista sòmente as relações jurídicas mais típicas e que mais freqüentes vezes se produzem na vida social; e daí o facto de ela muitas vezes oferecer lacunas que é dever do intérprete suprir. Ora a interpretação por analogia preenche justamente êste fim, visando a determinar qual teria sido o pensamento da lei, se ela tivesse tido presente a hipótese em questão. Para isso a interpretação não faz mais do que atender ao modo como foi regulada essa mesma hipótese em outros institutos que apresentem com aquele de que se trata a maior similhança possível, generalizando depois essa regulamentação ao caso sujeito na forma de

uma interpretação extensiva (1). É a êste trabalho de interpretação que se refere o tradicional aforismo aliás não romano *ubi eadem est ratio legis, ibi eadem est eius dispositio.*

Assim, se, por exemplo, se tratar de fixar os efeitos da culpa contratual em matéria de troca, não havendo lei que expressamente os regule, recorrer-se há às normas que regulam êsses efeitos em matéria de compra e venda, instituto análogo, partindo do princípio que seria dessa forma que o legislador muito provavelmente os teria regulado, se se tivesse proposto fazê-lo. Deve, porém, notar-se que esta espécie de interpretação sofre uma paralização importante em matéria de instituïções reguladas por um *ius singulare* (vid. *supra*). Com relação às normas que constituem uma excepção aos princípios gerais que regulam um instituto, não é admissível interpretação por analogia, porque então impossível é determinar se o legislador aplicaria presumìvelmente a mesma disposição excepcional a casos embora similhantes. Como diziam Paulo e Juliano: *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias; — in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus*

(1) Dig., I, 3, 12 e 13: *non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet. Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.* Cfr. Dig., *hoc. tit. 27: Semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.*

sequi regulam iuris (1). E assim, como se vê, todas as principais regras de que hoje usamos na sciência da interpretação do direito tinham já sido formuladas e eram aplicadas pelos jurisconsultos romanos.

Interpretação do Corp. Iuris

Condições especiais no tocante a matéria de interpretação oferecem, porém, para nós os textos do *Corpus juris civilis*, devido ao processo seguido na sua organização, ao caracter histórico das suas disposições e, mais que tudo, ao modo como a maior parte delas nos foram transmitidas. Como se sabe, êsses textos foram organizados com um critério scientífico que hoje não podemos deixar de julgar muito deficiente, pela compilação de leis e fragmentos de obras jurídicas pertencentes a épocas muito diversas, muitas vezes mutilados outras interpolados e adulterados, contendo ora disposições preceptivas, ora meras opiniões, extractos de decisões e sentenças, algumas harmónicas, outras contraditórias entre si, etc. Numa palavra: os diferentes elementos do Corpus são faltos de unidade e de um caracter legislativo sólido e coërente; constituem antes um museu histórico de toda a legislação e doutrina dos séculos anteriores do que um código pròpriamente dito, como hoje exigimos que seja um código (2). Nestas condições, torna-se evidente que as regras de interpretação a adoptar com referência a êstes textos não podem também deixar de ser regras particulares e especiais,

(1) Dig., *eod.* 14 e 15.
(2) Vid. vol. I, pág. 242 a 252.

não podendo as que ficaram expostas conduzir aí, só por si, a resultados seguros e satisfatórios.

Com efeito, sendo diversos muitos elementos do sistema jurídico geral, muitos princípios gerais e muitas particularidades da linguagem jurídica entre os jurisconsultos clássicos e os bizantinos do tempo de Justiniano, ¿como poder com a simples ajuda dos critérios da interpretação gramatical e lógica esclarecer o sentido de muitos textos clássicos que, interpretados em função do sistema dos compiladores, não podem deixar de se revelar em conflito com êle? Assim é que, para a interpretação dos textos justinianeus, nós não podemos hoje (hoje que êsses textos tem apenas para nós o valor de documentos históricos e o que nos preocupa é apenas descobrir o espírito dêsse direito nas suas diferentes épocas), deixar de nos socorrer de certas regras especiais, ou antes, de certos critérios e subsídios técnicos especiais de que, primeiro que tudo, o historiador carece para os interpretar e que não deve nunca perder de vista. E êsses critérios são principalmente: *primeiro*), a crítica do texto tendente a fixar ou a sua autenticidade genuina ou o seu caracter de texto interpolado (1); *segundo*), a determinação da origem clássica ou justinianea da sua doutrina; e, ao passo que no segundo caso terão todo o lugar as regras de interpretação acima expostas, no primeiro, haverá que interpretá-lo de harmonia com outros textos da mesma época ou, se êle está interpolado, que o expurgar das alterações sofridas para lhe restituir o seu carácter primitivo; e, *terceiro* e finalmente), a sua conciliação com outros textos contraditórios também contidos na compilação

(1) *Idem*, pág. 249 nota 2.

justinianea, e em virtude da qual consideraremos como adulterados aqueles que atribuem à época clássica doutrinas que noutros se veem ser criação do tempo de Justiniano, ou consideraremos como mais genuinos os que não estão colocados sob a rúbrica do título em que principalmente o seu assunto é tratado *(in sede materiae)*, por não ser tão provável a sua interpolação neste caso. Com efeito, de dois textos relativos à mesma matéria e contraditórios é mais admissível a interpolação daquele que está colocado no título em que a matéria foi especialmente regulada pelos compiladores e para o qual a sua atenção sobretudo se dirigiu, do que a daquele que foi incidentemente incluído noutra parte em que êle poderia mais fácilmente escapar à sua atenção.

É com estas regras e êstes critérios que terá de ser feita a interpretação dos textos da compilação justinianea. Quanto ela é por isso mesmo difícil e sujeita a êrros vê-se fácilmente. Todas as suas conclusões em matéria histórica pode mesmo dizer-se que não são mais do que puramente ipotéticas, provisórias e sujeitas a revisão constante. Neste ponto da determinação das interpolações é, pois, necessário proceder com todas as cautelas, não bastando nunca, exceptuado o caso de possuirmos o texto clássico original, o emprêgo de um só dos critérios que se destinam a fixá-las, mas sendo necessário o de todos êles para as podermos afirmar com segurança e determinar o seu conteúdo.

§ 4.º — Conceito e definição de direito subjectivo

Noções gerais Se é fácil determinar o conceito romano de direito objectivo, não é tão fácil determinar o de direito subjectivo Para êste conceito não tinham os romanos uma designação própria, servindo-se, pelo contrário, da mesma expressão *jus* para designar tanto a regra de direito em abstrato como o direito do cidadão fundado nela.

Nós chamamos hoje direito subjectivo ao que não é mais do que um simples reflexo do direito objectivo, projectando-se, sob a fórma de faculdades ou de poderes, sôbre as vontades individuais e armando-as com certos poderes de querer em harmonia com a lei. E por isso dizemos que o direito subjectivo não é mais do que o poder de agir para satisfação dos próprios interesses garantido pela lei. O conceito de direito subjectivo não corresponde assim a uma realidade conceitual diferente da do direito objectivo, mas é um simples aspecto dêste último fixado pela nossa faculdade de abstracção. É o direito objectivo ou a regra do direito realizando-se na vida social e transformando-se, em virtude de certos factos (factos jurídicos), em pretensões legítimas ou direitos, para uns, e nas correspondentes obrigações ou deveres sancionados, para outros. Ou ainda, como escreve um ilustre professor italiano: é a própria actividade normativa da sociedade transferindo-se desta para o indivíduo; é o direito de geral tornando-se individual, de objectivo, enfim, tornando-se subjectivo.

Certamente, não é aqui o lugar próprio para entrar na discussão sôbre o valor dêste conceito que

é hoje tão discutido pela moderna corrente positivista ou realista no campo da filosofia jurídica, do direito público e privado.

Bastará notar aqui que de numerosos textos romanos se infere ser também esta a noção que os romanos tinham do direito considerado subjectivamente, concebendo-o justamente, como nós, como uma *potestas* ou uma *facultas* emanadas da lei e subjectivando-se mais ou menos na vontade de um sujeito para lhe garantir a realização social de um interesse (1). A questão, porém, que consiste em distinguir os *interesses-direitos* expressamente protegidos pela lei e armados de vias de direito especiais ou acções para a sua tutela, dos interesses também jurídicamente protegidos mas sem acção *(direitos reflexos)*; a questão de determinar onde se subjectivam e como certos direitos aos quais é impossível achar desde logo um sujeito, como acontece com as fundações ou *piae causae* e os direitos da herança jacente; emfim, a questão de explicar como é que de muitas normas, contendo puras ordens ou proïbições, podem resultar faculdades e poderes para os indivíduos, eram questões essas que, pelas razões já expostas, parece não terem preocupado grandemente o pensamento jurídico romano e são antes filhas das subtilezas de especulação dos modernos. Em face das fontes romanas pode, portanto, dizer-se que elas carecem de interesse, não sendo possível construír uma solução delas baseada sôbre o puro romanismo.

---

(1) Cfr. Gaio, I, 6: *jus autem edicendi habent magistratuo populi romani*; Gaio IV, 125: ... *adhuc si potestas agendi superest*... e Dig., 1, 21, 1; 8, 5. 4, e 5, 5, 5. 14.

Relação jurídica Uma outra noção fundamental é a noção de *relação jurídica*, que se costuma definir como sendo toda a relação da vida social regulada pelo direito, e que é ainda uma noção derivada da de direito subjectivo e da de sujeito de direito.

Se da ordem jurídica em abstrato derivam direitos, derivam também deveres, mais ou menos individualizados, quanto às pessoas a quem o imperativo da norma se destina. Toda a norma que confere um poder ou um direito a um indivíduo ou que determina a sua esfera legítima de acção jurídica, com um certo conteúdo, impõe correspondentemente a certos outros, que venham a encontrar-se com êle numa situação determinada, ou a todos de uma maneira geral, certos deveres de conduta. Êstes podem ser positivos ou negativos, isto é, consistirem em certas acções ou certas abstenções. Em face do direito do crèdor, a lei estabelece a obrigação do devedor, de pagar; em face do direito do proprietário, a lei estabelece a cargo de todos o dever de respeitar a sua propriedade. Da norma que não atribui directamente poderes ao indivíduo, mas regula, sem intenção especial de proteger interesses preponderantemente individuais ou privados, certos interesses colectivos ou um interesse público, derivam em todo o caso também situações que não conseguem em última análise concretizar-se e garantir-se senão mediante a atribuïção de direitos a uns e dos correspondentes deveres a outros, embora essa atribuïção só se torne bem visível no momento da sua violação.

Do preceito que manda não matar não resulta para ninguém um poder determinado e desde logo completamente subjectivado. Mas a lei que o formula tem em vista proteger um direito absoluto de todos os indivíduos à própria vida. E se outro o infringe, no momento

da violação surge bem visível o direito até aí latente da vítima, representado pelo grupo, família, gens ou Estado, e o correspondente dever do infractor de suportar uma sanção correlativa. E, se muitas vezes não é da própria violação do preceito ou norma que resulta desde logo o direito bem determinado de um e o dever do outro, é pelo menos de um facto posterior que tem aquela como condição, como pode ser o recurso aos órgãos do Estado, a propositura de uma acção ou a decretação de uma sentença. Mas esta circunstância, se não é indiferente para fixar o conteúdo do direito e o conteúdo preciso da obrigação, é indiferente para os criar.

Na essência das coisas, tais como a nossa representação lógica as vê sem artifícios ou excessiva subtileza, tal direito e tal obrigação preexistem à sua declaração e até à violação da norma, no estado de um interesse jurídicamente protegido em abstracto, e embora até aí mais ou menos latente ou mais ou menos subjectivado. De fórma que, sempre que há um interesse jurídicamente protegido com intenção por parte do direito de o proteger em vista de certos fins de utilidade privada ou pública, isto é, sempre que há um direito subjectivo, — seja êle dos particulares ou do Estado — daí resultam deveres mais ou menos impessoais também, mas susceptíveis de se personalizar ou subjectivar pela violação dêsse interesse e, portanto, resulta sempre também a existência de uma relação mais ou menos vaga ou mais ou menos concreta, entre o titular directo de tal interesse e o violador dêle; e essa é sempre uma relação jurídica. Ora não é só no momento da violação da norma e de tal interesse que essa relação se estabelece, nem, muito menos, só no momento em que se recorre aos órgãos do Estado para o defender. Mas recor-

re-se a êstes e chama-se violação ao facto que desconheceu o interesse protegido, porque êste já era jurídico, já correspondia a um direito subjectivo embora latente e, portanto, a relação social que êle presupunha já era também uma relação jurídica. Sómente, o gráu de determinação dessa relação, determinação nos seus termos pessoais (sujeito activo e passivo) e no seu conteúdo (quanto do dever), é que é diferente, consoante se considera o momento do aparecimento da norma, o momento da violação ou o momento da sanção.

Se os romanos não perderam muito tempo com a descriminação dêstes conceitos e se é impossível achar nas fontes expressão igual ou correspondente à nossa de *relação jurídica*, não quere isto dizer, porém, que eles não pensassem desta maneira que é afinal tão universal como o pensamanto jurídico. Bastaria a aceitação que eles faziam dos conceitos de *norma agendi*, de *facultas agendi*, de sujeito de direito ou de *persona*, de *debitum*, de *vinculum juris*, de *actiones in rem* e *in personam*, para mostrar que eles também raciocinavam sôbre esta base lógica, isto é, que todo o direito, tendo sido introduzido *hominum causa*, regula relações entre os homens e que estas eram por isso mesmo jurídicas em contraposição às religiosas, às morais, às de simples cortezia e às socialmente indiferentes. Como já se disse, não podia ser outro o pensamento de Cícero quando chamava ao direito uma *ratio hominum inter ipsos vivendi*.

§ 5.º — Classificação dos direitos subjectivos

Noções gerais Assim como o direito objectivo é susceptível de várias divisões fundadas em diferentes critérios possíveis, muitos dos quais já os romanos adoptaram, assim também o conceito de direito subjectivo é susceptível de se desdobrar em diferentes espécies distintas admitindo estas também uma classificação.

A tentativa de uma classificação dos direitos subjectivos é, porém, mais difícil de efectuar, dada a maior mobilidade e o carácter mais abstrato dêste último conceito. O conceito de direito objectivo ou da regra do direito é um conceito de fácil determinação e bastante concreto, sôbre o qual por isso todos se acham de acôrdo. O direito, visando sempre êstes e aqueles fins sociais, declarado ou não declarado, escrito ou não escrito, é sempre o mesmo direito, conjunto de regras e de normas da vida social; e por isso os critérios para a sua divisão são sempre também critérios concretos e bastante objectivos. O caso é diferente com o conceito de direito subjectivo, segundo se viu. Começa por que não há só um direito subjectivo como há um só direito objectivo; o que há é muitos direitos subjectivos, tantos quantos os poderes que derivam da regra do direito, tantos quantos os indivíduos sôbre cujos interesses e vontades êle se reflecte, ou melhor, tantas quantas as situações e relações da vida social que a ordem jurídica reconhece como distintas para o efeito de as definir, as regular e proteger no interesse combinado do indivíduo e da sociedade. Ora justamente a maior

dificuldade na classificação dos direitos subjectivos está em que êstes tem de ser necessàriamente classificados em função de outros elementos, elementos em muito maior número e de uma natureza muito mais complexa.

Pondo, porém, de parte as numerosas classificações que na doutrina tem sido apresentadas, assentes em variados critérios (1), diremos que a melhor classificação dos direitos subjectivos civis ou privados (2) se nos afigura ser aquela que tem por fundamento e critério o diferente objecto dêsses direitos. Com efeito, tomando por objecto do direito todas as coisas (coisas no sentido mais lato possível = seres) sôbre as quais se exteriorizam e recáem os poderes e faculdades que o direito atribui ao homem (conteúdo do direito), verificar-se há que tais poderes ou recáem sôbre coisas materiais (coisas em sentido estrito) ou sôbre pessoas (inclusivé a própria). E quando dizemos poderes sôbre pessoas, não queremos dizer poderes

(1) Vid. Dr. José Tavares, *Os princípios fundamentais do direito civil*, I, pág. 248 e seg.

(2) A distinção entre os chamados direitos subjectivos públicos e os direitos subjectivos privados não interessa no estudo do direito romano, que a desconhecia. No direito moderno esta distinção prende-se com o carácter público ou privado da norma de que o direito deriva. Mas no direito romano, sendo ilimitada a faculdade do Estado de exigir dos indivíduos qualquer conduta e identificando-se o conceito dessa faculdade com o de soberania e o de direito objectivo, o cidadão não tem direitos diante do Estado. As pretensões que o Estado mantém diante dêle não são tanto direitos como exigências imperetríveis derivadas da constituïção e organização políticas nas quais o indivíduo está absorvido. Entre o *populus romanus* e o particular não há pròpriamente uma relação entre dois sujeitos de direito contrapostos. O Estado é um sujeito de direito mas de uma natureza muito superior ao indivíduo.

directos e materiais sôbre elas, como são os que temos sôbre as coisas, mas poderes indirectos relativos só a certas formas de conduta ou manifestações particulares da sua actividade e personalidade. Ou, por outros termos: como todos os direitos subjectivos ou civis são afinal rigorosamente direitos para com pessoas e diante de pessoas, será mais razoável dizer-se, que todos eles existem ou directamente a propósito de coisas ou a propósito de certas manifestações da actividade das pessoas. E temos assim todos os direitos subdivididos, em *reais* ou direitos sôbre coisas, e *pessoais* ou direitos, não diremos sôbre, mas directamente relativos a pessoas no que respeita a certas manifestações da sua personalidade. —¿E porque não havemos de ver uma expressão muito simples dêste raciocínio na afirmação doutrinária que já os romanos faziam, quando diziam sem preâmbulos: *omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res*?

Sem dúvida, admitindo esta doutrina, ter-se há como objecto do direito muitas vezes uma coisa ou um conceito tão abstracto e impalpável que disso se hão de rir os positivistas e realistas; mas o mundo do direito é todo êle — importa não o esquecer nunca — um mundo de abstrações, porque é um mundo de idéas, e todo êle um mero produto do pensamento do homem.

Os direitos das pessoas ou relativos a pessoas podem, por sua vez ainda, dizer respeito à própria pessoa ou a outras. E os que se referem às outras podem ainda ter apenas uma natureza e um fim morais e sociais ou uma natureza e um fim económicos e patrimoniais.

Os direitos que se referem à própria pessoa e a teem indiscutívelmente ao mesmo tempo por sujeito

e objecto, são os direitos cujo conjunto constituem a personalidade e são o presuposto de todos os mais direitos.

Os que se referem às outras e tem uma natureza moral e social, sem valor económico essencial, são os direitos de família.

Finalmente, os que se referem também às outras pessoas, tendo por objecto uma certa manifestação da sua actividade patrimonial, são as obrigações. E isto é muito fácil de concretizar.

Com efeito, o direito de propriedade é real, porque o seu objecto, aquilo sôbre que recái o poder do sujeito, é uma coisa *(res)*. O direito à vida, à liberdade e à honra é um direito pessoal, porque o seu objecto, embora objecto meramente abstracto, é constituído por diferentes posições ou manifestações da actividade da própria pessoa, consideradas por abstracção em separado, mas de facto identificando-se com ela. O direito dos pais sôbre os filhos é também pessoal, porque o seu objecto são pessoas, embora, recaindo sôbre elas, êsse direito não exclua a sua personalidade própria e não afecte também senão certas manifestações da actividade dessas pessoas. E, finalmente, o direito do crèdor a ser pago do seu crédito é também ainda pessoal, porque o seu objecto, embora não sendo o corpo do devedor, todavia é constituído por uma certa forma de actividade dêste à qual (não sôbre a qual) o crèdor tem direito e, portanto, identifica-se também com uma certa manifestação da sua personalidade que é a patrimonial.

E assim temos, em resumo, fundada na diferente natureza do objecto dos direitos, uma classificação dêstes em reais e pessoais, ou antes: em *reais*, *pessoais* pròpriamente ditos, de *família* e de *obrigação*. É esta, como já se disse, a mais sólida e aceitável

classificação dos direitos subjectivos de que parte a doutrina moderna, fundando nela também uma classificação dos institutos jurídicos, e embora acrescentando-lhe um outro grupo que é ainda a dos chamados direitos de sucessão. Rigorosamente, porém, deve notar-se que os direitos de sucessão não tem uma natureza particular que permita distinguí-los dos outros quanto ao seu objecto. A categoria «direitos de sucessão» que tem toda a razão de ser como grupo de relações jurídicas e instituto jurídico à parte, dado o regime jurídico especial a que está sujeito êste importante modo de aquisição de direitos, não constitui todavia uma classe autónoma de direitos subjectivos ao lado dos que ficaram considerados e no ponto de vista em que os considerámos. A sucessão é um modo de adquirir direitos e, como direito em si, ela não é mais do que um conjunto de direitos reais e pessoais; direito, isto é, do herdeiro sôbre a herança como coisa determinada ou indeterminada (direito real), ou direito do legatário a uma certa forma de actividade do herdeiro para que êle lhe entregue o legado (direito pessoal).

Classificações dos romanos

A classificação dos direitos subjectivos que acabamos de expôr é sobretudo um produto da especulação dos modernos, — ¿mas poderá ela também considerar-se romana? Cremos que sim, em parte. Talvez porque ela é justamente a mais racional e lógica, por isso mesmo já o direito romano a admitiu, embora não precisamente nos termos em que ficou exposta. Como já atrás se disse, não cremos que fosse outro o pensamento dos jurisconsultos de Roma, quando já Gaio escrevia: *omne ius quo utimur vel ad personas, vel ad res perti-*

net (1); e o mesmo era repetido nas Instituas de Justiniano. E que essa divisão dizia respeito a uma classificação dos direitos subjectivos e não tanto a uma classificação dos institutos jurídicos, é evidente, pois é precisamente sob tais rúbricas, *de iure personarum, de iure rerum*, que nos livros elementares de direito se estudavam os diferentes direitos civis e privados.

Deve-se contudo notar que aos termos: direitos das pessoas e das coisas juntavam, porém, os romanos um outro a que chamavam direito das acções; *omne ius quo utimur, vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet;* e assim temos uma terceira categoria de direitos subjectivos, a que hoje se chamaria direitos subjectivos públicos dos particulares em frente do Estado, e de que o objecto é agora, não uma coisa ou uma pessoa, mas o próprio direito que pela acção se faz valer contra o seu violador. Ora o direito de acção, sendo um direito subjectivo, é, com efeito, ou pode ser considerado como uma terceira categoria de direitos e era-o certamente no direito romano (2). Mas a verdade é que ao lado das categorias mais genéricas de direitos das pessoas, das coisas e das acções os romanos admitiram também já as outras espécies de direitos que foram referidas, isto é, os relativos à personalidade, os direitos de família, os direitos reais, as obrigações (em sentido técnico) e as sucessões; e assim pode dizer-se que não foi, com efeito, senão tomando como base estas figuras e pontos de referência no direito romano, que modernamente se estabeleceram os termos fundamentais desta actual classificação dos institutos jurídicos.

(1) Gaio, 1, 2, 8 e Inst., 1, 2, 12. Cfr. Dig., 1, 5, 1.
(2) Vid. *infra*, cap. V.

Emfim e numa palavra: a classificação romana dos direitos subjectivos, com a qual a nossa em grande parte coïncide, dividia todos os direitos em direitos das pessoas, das coisas e das acções. Na primeira categoria incluía todas aquelas relações subjectivas em que se traduz a vida da pessoa emquanto ser dotado de *personalidade jurídica* e emquanto membro de uma *família;* na segunda incluía os nossos chamados *direitos reais* (o *dominium* e os *jura in re*), as *obrigações* e as *sucessões;* e, finalmente, na última todos os direitos de acção que serviam para fazer valer todos os restantes direitos. Ora é evidente que, abstraíndo da particularidade de as obrigações se acharem colocados na categoria dos direitos das coisas — o que se explica pela sua maior afinidade com êstes no ponto de vista do seu carácter patrimonial — e abstraíndo da circunstância de o direito de acção ser hoje considerado um direito subjectivo público, a classificação romana coïncide em tudo mais, fundamentalmente, com a moderna. E, como se sabe, era já ela que era implicitamente tomada como base para a classificação dos diferentes institutos e servia também de quadro à exposição das matérias jurídicas nos velhos manuais de Instituas desde os de Gaio até aos de Justiniano.

Outras classificações dos direitos

Uma outra classificação dos direitos subjectivos que também não foi extranha ao pensamento jurídico dos romanos, embora êles a não tivessem formulado, é a dos direitos em *absolutos* e *relativos*.

Dizem-se *absolutos* os direitos que existem para o seu titular defronte de todas as outras pessoas, sendo imposto a todas o seu respeito; todos tem diante do

sujeito de um direito absoluto o dever de se absterem dos actos que possam constituír uma violação dêle. Corresponde ao direito absoluto uma relação jurídica latente entre o seu titular e toda a gente, não se sabendo nunca prèviamente quem seja o sujeito passivo determinado de uma tal relação. Êsse será aquele que primeiramente o violar e se vier sujeitar à acção dos meios judiciários organizados para a defêsa dêsse direito. Todos os direitos reais são absolutos, assim como os direitos respeitantes ao estado e à capacidade da pessoa. Em frente do proprietário investido do *dominium* só há pessoas obrigadas a respeitar a sua propriedade e, portanto, sujeitas a deveres negativos ou abstenções; em frente do cidadão, do livre, do *pater*, só há pessoas obrigadas a respeitarem êsses *status*, etc.

Dizem-se, pelo contrário, *relativos* os direitos que existem para o seu titular só defronte de certas e determinadas pessoas, sendo só a essas que é atribuído o dever de assumir uma certa conduta correspondente ao conteúdo do direito. O dever do sujeito passivo, posto possa ser também aqui negativo ou de abstenção, é comtudo normalmente um dever positivo, consistindo numa acção de dar ou fazer alguma coisa. A relação jurídica que pela existência dêstes direitos se estabelece é, pois, também uma relação mais determinada e precisa, sabendo-se sempre prèviamente quem pode violar o direito. São assim relativos todos os direitos de crédito ou obrigações em sentido estrito, assim como certos direitos de família, os que se referem à fidelidade conjugal, à prestação de alimentos, etc. É emfim a esta distinção que corresponde no direito romano a clássica distinção dos direitos que se tutelam com as acções reais *(actiones in rem)* e dos direitos que são

defendidos com as acções pessoais *(actiones in personam)*. O titular de um direito absoluto tinha sempre uma *actio in rem* para se defender contra qualquer pessoa que violasse o seu direito; o titular de um direito relativo uma *actio in personam* dirigida contra o sujeito passivo da respectiva relação jurídica.

Finalmente, todos os direitos podem ser ainda *divisíveis* ou *indivisíveis*, *transmissíveis* ou *intransmissíveis*.

Divisíveis são aqueles direitos que admitem um fraccionamento do seu gôzo; *indivisíveis* os que não o admitem.

Êste conceito não coïncide, porém, com o de idêntica divisão das coisas a respeito das quais ela tem uma significação material; assim, as coisas podem ser indivisíveis e comtudo admitirem a possibilidade de um direito divisível sôbre elas; bastará que os comproprietários possam dividir entre si o gôzo da coisa comum ou os seus rendimentos. É neste sentido que é sempre divisível o direito de propriedade, ainda quando a coisa, objecto dêsse direito, o não seja. E, pelo contrário, são ora divisíveis ora indivisíveis os direitos de crédito, pertencendo, por exemplo, à segunda categoria aqueles cujo objecto é a confecção de uma obra. *Transmissíveis* dizem-se os direitos considerados em si mesmos abstractamente, como coisas que podem ser objecto de transmissão, conservando as mesmas condições e o mesmo conteúdo e apenas mudando de sujeito; *intransmissíveis* os que não estão neste caso, extinguindo-se com a pessoa que é seu titular. Pertencem à primeira categoria, no direito romano desenvolvido, o comum de todos os direitos civis que possuem carácter patrimonial, os direitos reais e as obrigações; e pertencem

à segunda os direitos de família e os direitos chamados exclusivamente pessoais. Transmite-se, por exemplo, a propriedade; transmitem-se os créditos civis; transmite-se até o usufruto no seu exercício; não se transmite, porém, o pátrio poder, nem o direito à fidelidade conjugal, nem o direito de alimentos, nem a liberdade, nem os outros elementos da personalidade, etc.; e também não se transmitem certos créditos *ex delicto*. E deve ainda notar-se que certos direitos só se transmitem por certos modos e não por outros, como sobretudo se verificará em matéria de sucessão universal por herança. Esta transmissibilidade dos direitos subjectivos não é, porém, de resto — note-se — uma noção que tenha existido sempre no direito romano. Nestes termos gerais ela só existiu no direito de Justiniano. Tirando para fora o caso da transmissão dos direitos por sucessão universal, em que o sucessor passa por ser um continuador da personalidade daquele a quem sucede (nomeadamente no caso da herança), pode dizer-se que a transmissão dos diferentes direitos a título singular foi uma noção estranha ao direito romano até muito tarde. E assim até ao direito justinianeu é só com relação à sucessão por título universal que tem lugar a referida divisão de todos os direitos em transmissíveis e intransmissíveis.

Pondo, pois, de parte as classificações puramente históricas do direito em *ius civile* e *honorarium*, *ius civile* e *ius gentium*, vê-se, em resumo, que nenhuma das ideas dos romanos sôbre o direito, sua essência, função social, suas divisões mais importantes e sua relação com os outros factores da vida social, se perderam. O nosso conceito de direito

objectivo é o mesmo dos romanos (*norma agendi*); o mesmo o de direito subjectivo (*facultas agendi*). Apesar do brilhante aparato scientífico usado a propósito da rigorosa descriminação moderna dêstes e outros conceitos jurídicos, não obstante o luxo da nossa dialética de hoje chamando a fazer a sua análise um concurso de sciências sociais que os romanos não conheceram, fundadas na especulação umas, na observação outras, o modo como entendemos o direito e atacamos hoje ainda o seu estudo são os mesmos de Gaio, Paulo e Justiniano.

As divisões do direito em público e privado, comum e anómalo, o conceito de normas de interesse e ordem pública, a própria distinção entre um direito civil próprio dos nacionais e um direito internacional privado aplicável aos nacionais e aos estrangeiros nas suas mútuas relações e tendo o seu fundamento no direito nacional e em tratados, tudo isso era já romano.

A sciência da interpretação do direito, a formulação das suas regras e dos seus critérios praticâmo-la ainda hoje como a praticavam os romanos. Emfim, a classificação dos direitos subjectivos e, fundada nela, a classificação dos diferentes institutos jurídicos, a divisão de todo o direito em direito das pessoas, das coisas e das acções que está na base do plano de muitos códigos civis modernos, e ainda a própria divisão dos institutos em direitos reais, obrigações, família e sucessões — tudo isso — são, na verdade, elementos da sciência jurídica moderna que encontramos já nas Instituta de Gaio e de Justiniano.

CAPÍTULO II

O Sujeito de Direito

§ 1.º — Noções gerais

Noções gerais

Diz-se *sujeito de direito* a pessoa ou ente (pessoa singular ou colectiva) à qual o direito é atribuído ou à qual são atribuídos os poderes e faculdades *(direito subjectivo)* e correspondentes obrigações que emanam da ordem jurídica ou da lei *(direito objectivo)*. E como no fundo de todo o direito há sempre um interesse individual ou colectivo, para a tutela do qual o direito é reconhecido, e uma vontade que serve para a actuar e que o representa (vontade do próprio titular do direito ou outra a representá-la), daí o ser também geralmente o sujeito de direito o titular dêsse interesse e o suporte dessa vontade. Numa palavra: quem diz direito diz norma e diz também direito de alguém a alguma coisa ou sôbre alguma coisa. Êsse alguém é o sujeito. Esta representação de um *sujeito de direito*, estreitamente ligada à de *direito subjectivo* (reciprocamente convertíveis uma na outra), como a representação de substância se liga no nosso espírito à representação de modo ou de atributo, é — pode afirmar-se — outra

lei formal ou *categoria* do nosso pensamento jurídico de um valor lógico universal, embora excepcionalmente se não deixem enquadrar nela um ou outro facto da vida real do direito (casos de direitos sem sujeito).

Ora esta susceptibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações é ao que modernamente se chama *capacidade* ou *personalidade jurídica*. Esta é hoje, no direito de todos os povos civilizados, atributo inseparável da pessoa humana (1). O mundo moderno aboliu a escravidão e fez coïncidir a qualidade de sujeito de direito com a qualidade de homem. O homem como tal e pelo simples facto de ser homem possui hoje a personalidade jurídica, em virtude da qual conta como um valor irredutível no mundo do direito. Não era, porém, assim já no direito romano.

No direito romano a personalidade era atribuída só ao homem, à pessoa singular ou colectiva, visto que todo o direito existe para regular só relações entre os homens *(omne jus hominum causa introductum est)* (2). Mas dêstes nem todos gozavam da personalidade jurídica. Esta, em vez de ser apanágio de todo o homem, era um privilégio só de certos homens e, a princípio, de um bem pequeno número deles. Para que o homem podesse ser pessoa jurídica ou sujeito de direitos em geral, era necessário que êle, além de ter uma existência física completamente autónoma, reünisse ainda as qualidades de livre e de cidadão romano. A pessoa que reünisse estas duas qualidades ou estados *(status libertatis* e *status civitatis)* era designada com linguagem romana

(1) Cód. civ. portug., art. 1.º: Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisso consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade.

(2) Dig., 1, 5, 2.

caput (cabeça) e mais tarde, embora esta última designação seja menos puramente romana, por *persona*. Nisto consistia essencialmente a sua personalidade ou capacidade jurídica, à qual se davam também ainda os nomes de *conubium*, *jus conubii*, ou de *commercium*, *jus commercii*, consoante se tinha em vista ou só a sua personalidade em matéria de direitos familiares ou só a sua personalidade em matéria de direitos patrimoniais (1).

Esta personalidade geral podia, porém, ainda ser modificada, aumentada ou diminuída, em virtude de certos factos. A pessoa podia, com efeito, gozar de uma susceptibilidade de direitos e obrigações maior ou menor, consoante fôsse *sui juris* ou *alieni juris*. Podia gozar de uma personalidade geral completa e contudo ser privada da capacidade do gôzo de certos direitos especiais. E podia ainda gozar de uma personalidade completa e contudo não poder exercer por si e pessoalmente os seus direitos, em razão de certos factos ou circunstâncias que eram tidas como diminuindo a sua capacidade natural (capacidade hoje chamada de exercício de direitos), tais como a idade, o sexo, o estado de saúde física ou mental, a condição social, a profissão, a religião, a infâmia, a origem e até o domicílio. E, finalmente, convém não esquecer ainda que a qualidade de sujeito de direito era também já mais ou menos atribuída pelo direito

(1) Outros aspectos da personalidade jurídica eram, no campo do direito público, a capacidade eleitoral ou o *jus sufragii*, a capacidade de eleição para os cargos públicos e magistraturas ou o *jus honorum*, e a capacidade militar de ser soldado e fazer parte das legiões ou o *jus militiae*. Era a soma destas diferentes capacidades que constituía a personalidade completa, a *caput* e o *jus civitatis*, ou o direito do cidadão romano.

romano a outros seres distintos do homem indivíduo, ou seja, isto é, não só a grupos de homens ou associações possuindo um fim próprio e uma existência independente dos indivíduos que as compunham e a que modernamente se dá a designação de pessoas morais ou colectivas, como ainda a certos interesses e fins de utilidade pública que, embora não tendo pròpriamente um sujeito determinado, contudo a nossa representação jurídica tende sempre lógica e necessàriamente a personificar (ex.: as fundações, o fisco, a herança jacente). No presente capítulo estudaremos pois a matéria da personalidade jurídica, os seus requesitos, causas que a modificam, e, finalmente, os seus modos de extinção.

§ 2.° — Requesitos essenciais da capacidade jurídica

I — Nascimento e vida do homem

Noções gerais Para que o homem individual ou pessoa possa ser dotado de capacidade jurídica é preciso, em primeiro lugar, que a sua existência física, como sêr autónomo e independente, esteja completamente assegurada. É preciso, isto é, que êle exista, que êle viva. E para isso é necessário que o homem, pelo facto do nascimento, se tenha completamente destacado do ventre materno. A mesma doutrina que a êste respeito consagra o direito moderno, declarando que a capacidade jurídica começa com o nascimento (1), era já sancionada pelo direito romano

(1) Cód. civ., art. 6.°.

declarando que antes dêsse momento o homem não era mais do que uma *portio mulieris* (1). Separado do ventre materno, porém, o homem existe para o mundo do direito. Mas ainda isto só não bastava, exigindo-se mais e expressamente que o nascimento se desse com vida (2); que o parto fosse de certo tempo, com pelo menos sete meses de gestação (3); e que, finalmente, o recemnascido tivesse forma e figura humana (4).

Protecção aos nascituros

Contudo, e não obstante ser o nascimento o momento que marca o princípio da capacidade jurídica, não é menos certo que o direito romano atendia já por vezes, como também faz o direito moderno, (5) à vida uterina do homem em embrião para lhe dispensar uma certa protecção e lhe assegurar um certo número de direitos. É o que se pretende significar com o conhecido aforismo latino: *nasciturus pro iam nato habetur* e que nos textos romanos se encontra freqüentemente confirmado a propósito de alguns direitos e sobretudo em matéria de sucessão hereditária.

(1) Dig, 25. 4, 1, 1: *partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.* Cfr. Dig., 35. 2, 9. 1: *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

(2) Dig., 50, 16, 219: *qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur.*

(3) Dig., 1, 5. 12: *septimo mense nasci perfectum partum. iam receptum est... et ideo credendum est, eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.*

(4) Dig, 1, 5, 14: *non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit.*

(5) Cód. civ., art. 6.º.

Importa, porém, notar que esta doutrina não contradiz o princípio enunciado de que a capacidade jurídica começa com o nascimento e só com êle, muito embora alguns dos textos romanos se prestem a uma interpretação contrária quando só isoladamente os consideremos (1). Ora a verdade é que o direito romano, embora lhe não atribuísse personalidade (pois nem considerava como crime a provocação do abôrto), contudo protegia já o nascituro, na espectativa do seu nascimento, para lhe acautelar os direitos que entretanto lhe poderiam ser atribuídos, se êle já existisse, e que êle só viria a assumir logo que o nascimento se desse. Os direitos guardados, mas ainda não atribuídos ao homem em embrião, eram assim o objecto de uma promessa sob condição e que só vinha a satisfazer-se, se mais tarde êle viesse a adquirir com o nascimento a capacidade, nos termos da lei. E tanto assim era que, se o nascimento se não dava ou se se dava, mas em condições de não criar a capacidade jurídica, neste caso era como se tais direitos guardados para o nascituro nunca lhe tivessem sido atribuídos, não podendo transmitir-se portanto através dêle para ninguém mais. Se êle, porém, nascia e chegava a adquirí-los, então a sua capacidade quanto a êles era calculada, na medida do seu interesse, com relação ao momento em que tinha tido lugar, não o nascimento, mas a concepção (2).

(1) Está neste caso o frag. de Juliano no Dig. 1, 5, a 6: *qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse.*

(2) Dig. 1, 5, 7: *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit;* Dig. 5, 4, 3: *antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut*

Aplicações da mesma doutrina de protecção jurídica aos nascituros, mas sem atribuïção de capacidade, eram ainda os casos: de suspensão da execução de pena capital proferida contra a mulher grávida até ao nascimento do filho; todos os casos em que, para proteger quaisquer interesses do nascituro, tinha lugar a nomeação de um curador ao ventre *(curator ventris);* a consideração do estado de livre da mulher no momento da concepção ou em qualquer momento da gestação para determinar o estado do filho; e ainda a consideração do momento da concepção para atribuír ao filho os privilégios da ordem senatorial do pai que aliás os tivesse perdido no momento do nascimento (1). E nisto se resume o sentido e o alcance da conhecida regra, segundo a qual: *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur.* A personalidade ou capacidade jurídica, porém, só começava com o nascimento.

II — Status libertatis

Noções gerais Mas nem todo o homem gozava de personalidade jurídica depois do nascimento e, como já ficou dito, não gozavam dela, em primeiro lugar, os escravos, isto é, os que não possuíam a *libertas* ou o *status libertatis*. E, como se dizia nas Institutas de Justiniano: *summa itaque divisio de*

in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent. Cfr. Dig., 38, 16, 3, 9; Dig., 29, 2, 30, 1; Dig., 35, 2, 9, 1; Dig., 37, 6, frag. último e Dig., 50, 16, 231, e Gaio, I, 147.

(1) *Vide.* Dig., 26, 5, 20; Dig. 50, 16, 161; Dig., 48. 19, 3; Dig., I, 8, 2; Dig., 37, 9; Dgi. 1, 5, 18 e 26 e Dig., 1, 9, 7, 1.

iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi (1).

A escravidão era uma das instituïções fundamentais, de base económica e política, do mundo antigo que os romanos consideravam por isso mesmo como de direito das gentes, embora a reputassem contrária ao direito natural (2).

As condições económicas do trabalho nas sociedades antigas e o carácter violento e brutal da guerra conduzindo ao direito de dispor da vida dos vencidos e, por maioria de razão, ao de os aproveitar como instrumento de trabalho, explicam o aparecimento desta instituïção e a sua conservação através dos séculos. E que ela constituía a base imprescindível de toda a organização económica do mundo antigo, mostra-o o facto da sua extraordinária resistência à acção de todos os factores ideológicos que no decurso dos séculos a combateram em nome da consciência humana, como as doutrinas da filosofia grega e sobretudo as ideas morais do cristianismo (3). A

(1) Inst. I, 3, pr. Cfr. Gaio, *Inst.*, I, 3, 9 e Dig., 1, 5, 3.

(2) Inst. I, 2, 2: *ius autem gentium omni humano generi commune est, nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iure naturali contrariae. Iure naturali enim ab initio omnes homines liberi nascebantur.* Cfr. Inst. I, 3, 2: *servitus autem est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.*

(3) Sôbre a atitude do cristianismo em face da escravatura, note-se que a espécie de combate por êle dado a esta instituïção foi a de um combate todo de princípios morais, e não a de um combate travado no campo legislativo e político. O cristianismo não podia abolir a escravidão, como não aboliu nenhuma instituïção social e jurídica do mundo antigo, porque a sua missão foi exclusivamente destinada a reformar a vida do

escravidão acompanhou até ao fim a vida do mundo romano e sobreviveu-lhe, passando, embora transformada, para a época medieval e ainda para o mundo moderno (1).

Condição jurídica do escravo

O escravo ou *servus (homo, mancipium, puer, ancilla)* era aquele que não possuía a *libertas*, entendida como a faculdade que tem o livre de fazer aquilo que lhe apraz dentro dos limites do direito e uma vez que se ache ao abrigo da violência (2), aquilo — isto é — a que o nosso direito moderno chama «a faculdade moral de praticar ou de deixar de praticar certos factos» e que não é mais do que a definição que nele se dá de direito subjectivo (3). Ora o escravo, não

homem interior, a vida do indivíduo e da alma, no campo das concepções morais e religiosas. Todavia os grandes princípios morais formulados pelo cristianismo sôbre o valor infinito da alma humana, a igualdade de todos os homens perante Deus, como irmãos filhos do mesmo pai, os grandes princípios da caridade e do amor do próximo, eram sem dúvida outros tantos princípios e ideas-forças cuja acção havia de ir pouco a pouco ferindo no coração e na sua mesma base moral a instituïção da escravidão. A obra dos imperadores cristãos melhorando constantemente a condição social e jurídica do escravo não teve outra origem. Cfr. o que escrevemos no volume anterior, a pág. 208, nota 1, e 254, nota 5.

(1) Referimo-nos ao colonato adscritício, à servidão da gleba, à escravatura dos infiéis, dos mouros e dos negros que enchem toda a idade-média e, especialmente, à escravatura colonial cuja abolição é só do século XIX.

(2) Vid. Inst. 1, 5, 1: *libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quod aut vi aut iure prohibetur.*

(3) Cód. civ. art. 2.

tendo essa *naturalis facultas*, não tem direitos, não goza de personalidade ou capacidade jurídica, como expressamente o declaram as fontes (1). Êle não pode, portanto, ser sujeito mas apenas objecto de direitos, visto que *dominio alieno contra naturam subicitur*. E nestas condições, não só êle não pode praticar válidamente actos de índole jurídica patrimonial, ser proprietário, crèdor ou devedor, deixar uma sucessão, pois lhe falta o *commercium*, como nem sequer pode praticar actos de índole familiar, como o casamento, pois lhe falta o *conubium*. Em resumo: o *servus* não é *persona*; é uma *res*. Era êste o rigor do direito. Mas êste rigor era, por outro lado, mais teórico do que prático e assim é que êle, embora nunca desmentido pela doutrina, todavia foi constantemente limitado e atenuado por numerosas excepções através de toda a evolução histórica do direito romano até Justiniano (2). A verdade é que a personalidade humana do escravo não foi nunca desconhecida e êste facto não deixou de exercer também uma profunda influência na sua condição jurídica em todos os tempos.

Um primeiro facto do qual se vê que o escravo não foi nunca considerado em absoluto como uma *res*, como as outras coisas integradas no património do seu *dominus*, consiste na sua especial situação dentro da família romana desde o mais remoto tempo. Com efeito, os escravos ocuparam sempre aí um lugar como convinha a um ser humano, fazendo parte da família num sentido lato e constituindo ao lado dos filhos e dos outros *alieni*

(1) Inst. 1, 16, 4: *servus nullum caput habet*; e Dig. 28, 1, 20, 7: *servus iuris civilis communionem non habet in totum.*

(2) Vid. vol. 1, pág. 175, nota 1 a 254, nota 5.

juris uma categoria especial dêstes últimos, a categoria das pessoas *in dominica potestate*, como aqueles formavam a das pessoas *in patria potestate*. Perante a religião romana êles gozavam da mesma protecção que os livres, participando no culto e obtendo para a sua sepultura as mesmas garantias do que êstes. E o mesmo se diga com relação às garantias contra os maus tratos arbitrários do *dominus*, que necessàriamente lhe não podia aplicar as penas mais graves senão nas mesmas condições em que o podia fazer com relação aos outros *alieni juris* e, portanto, só mediante um verdadeiro julgamento e depois de ouvido o conselho dos parentes mais próximos. A afinidade étnica entre os romanos e as populações contra as quais êles dirigiram as primeiras guerras vitoriosas e entre as quais teriam aprisionado os primeiros escravos, explica de resto, — acrescida do que se conhece sôbre o primitivo regime económico e a primitiva comunidade de ocupações entre os senhores e os escravos dentro das condições de uma vida toda pastoril e agrícola — que a condição dêstes fôsse no mais antigo direito uma condição eminentemente favorável e leve.

Mas, mais importante do que isso, a atestar o reconhecimento de uma incipiente personalidade ao escravo, foi o princípio que permitiu fazer dêle um instrumento de acção jurídica do senhor. O escravo podia, com efeito, figurar no lugar do senhor, quanto à prática de muitos actos jurídicos dêste, assumindo como que a sua personalidade *(ex persona domini)* para lhe adquirir direitos, como a propriedade ou quaisquer créditos, e até uma sucessão hereditária. Esta representação do senhor pelo escravo em todos os actos jurídicos de utilidade para êle, e em condições nas quais aliás nenhuma

outra pessoa o podia representar, constitui assim, sem dúvida, o reconhecimento implícito de um certo gráu de capacidade no escravo. E esta capacidade aumentou ainda quando, a partir dos fins da República, o direito dos pretores admitiu que o escravo podesse, não só adquirir direitos, mas até constituir em certos casos obrigações para o *dominus*. E então, se êste o encarregava de qualquer negócio no desempenho do qual o escravo contraía qualquer obrigação *(ex jussu domini)*, ou se, tendo-lhe confiado a administração de um pecúlio, ou a administração de uma emprêsa comercial ou industrial, ou a direcção de uma embarcação, o escravo contratava nessa qualidade com terceiros assumindo obrigações, em todos êstes casos tais obrigações responsabilizavam sempre, mais ou menos directamente, o *dominus*, contra o qual êsses terceiros ficavam tendo, concedidas pelo pretor, outras tantas acções *(actio quod jussu, actio de peculio, actio institoria, actio exercitoria)*. São estas as chamadas *actiones adjecticiae qualitatis*, — acrescentadas *(adjectae)* à acção directamente dirigida contra o escravo pelo terceiro que com êle contratasse dentro dos limites dos poderes que lhe tinham sido concedidos — e que permitiam a êsse terceiro satisfazer-se sôbre o património do senhor até ao limite do pecúlio e, algumas vezes, ainda além dêsse limite, até ao limite do locupletamento experimentado pelo *dominus* (1).

Tudo isto mostra bem como se progredia no reconhecimento de uma personalidade jurídica do escravo, embora dependente da do senhor, e não só no domínio do património, como no do direito das

(1) Vid. Dig. 14, 1, 5, § 1.

pessoas e das acções; tanto mais que os pecúlios ou massas de bens da mais variada natureza que os senhores concediam à administração dos seus escravos, se eram no rigor do direito propriedade daqueles, contudo e de facto pertenciam verdadeiramente a êstes que costumavam até comprar com êles ao *dominus*, quando bons administradores, a própria manumissão e a *libertas*.

E se juntarmos a isto, que o escravo se podia ainda obrigar civilmente pelos delitos que praticasse, subsistindo tal obrigação, já emquanto escravo, à cargo do senhor, já contra êle próprio depois de manumitido, e que até as suas obrigações civis *ex contractu*, contraídas durante a escravidão, produziam depois da manumissão efeitos jurídicos como obrigações naturais (1), teremos provado que o *servus* romano, sendo no rigor dos princípios jurídicos uma *res*, todavia moralmente, socialmente e até juridicamente, foi sempre mais ou menos uma pessoa, não se desconhecendo nunca a sua natureza de um ser humano e inteligente.

Foram o último período da República e os primeiros tempos do Império que, com a notável corrupção dos costumes que os acompanhou, deixaram na história romana as abomináveis tradições de crueldade e deshumanidade que caracterizaram então a condição do escravo. O grande número de escravos em Roma, o facto da sua proveniência das mais variadas e distantes regiões do Império, cujas populações eram tidas como bárbaras e inferiores pelos romanos, estas duas circunstâncias, somadas ao cortejo de todas as restantes causas económicas

(1) Dig. 44, 7, 14 e Dig. 12, 6, 15.

e políticas da grande corrupção de costumes dessa época, explicam suficientemente esta tradição.

Mas êste estado de coisas não tardou também em se modificar.

A transformação das instituïções políticas trazida pelo Império multiplicou as manifestações da personalidade jurídica do escravo, assim como o espírito da filosofia estoica e a grande revolução moral do cristianismo contribuíram para melhorar a sua condição social e humana. Uma conseqüência da privação de personalidade jurídica do escravo era a de êle, salvo raras excepções, não poder estar em juízo; faltava-lhe a *actio* ou o *jus actionis*. Se alguém o maltratava, se era perseguido contra direito, quem litigava por êle e quem o representava em juízo era o seu senhor, a quem se devia uma indemnização, como se se tratasse de qualquer outra coisa em que êle sofresse um dâno. Com a introdução, a partir do Império, do processo *extra-ordinem* ou puramente administrativo, porém, o escravo foi admitido a apresentar pessoalmente perante o magistrado as suas reclamações. Finalmente, teve-se em vista o parentesco por cognação entre os escravos *(cognatio servilis)* para, em muitos casos, fundar nele motivos de impedimento ao matrimónio e direitos de sucessão entre êles, depois de manumitidos, e até para proïbir as suas uniões conjugais *(contubernium)* durante o estado de escravidão. E, quanto às disposições visando a proteger a pessoa do escravo, já uma lei dos começos do Império, a *lex Petronia* (19 d. Cr.), proïbia que os escravos fossem lançados às feras sem prévia autorização dos magistrados. O imperador Cláudio determinava que perdesse a propriedade sôbre o escravo o senhor que o abandonasse velho e doente, e Antonino Pio aplicava a pena de homicí-

dio ao senhor que matasse sem motivo justificado o seu escravo e impunha aos senhores crueis a manumissão daqueles que justificadamente se queixassem de máus tratos ou impudicícia (1).

Contudo, importa notar: todos êstes progressos e modificações na condição do escravo, ainda mesmo os da época cristã, não afectaram nunca no campo da doutrina o princípio fundamental da sua absoluta incapacidade jurídica e ausência de personalidade.

Fontes da escravidão

A condição do escravo, que vimos de descrever, podia constituír-se de vários modos ou ter diversas origens. Como escrevia o jurisconsulto clássico Marciano: *servi in dominium nostrum rediguntur aut jure civile aut gentium* (2), isto é, o escravo pode encontrar-se nessa condição ou por virtude de um facto a que é atribuída essa eficácia pelo direito das gentes ou pelo direito civil. Factos a que ela era atribuída *jure gentium*, são: o nascimento e o cativeiro. Factos a que ela era atribuída *jure civili*, foram vários e de diversa natureza através dos tempos, mas é caso típico e quási único no direito justinianeu o facto doloso de um livre maior de 20 anos se fazer vender como escravo para depois, reivindicada fàcilmente a *libertas*, partilhar com o falso vendedor o preço da venda (3).

(1) Vid. vol. I, pág. 175, nota, e 254, nota 5.

(2) Dig. 1, 5, 5, 1. Cfr. Inst. 1, 3, 4: *servi autem aut nascuntur aut fiunt; nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate, aut iure civili.*

(3) Dig. *ibid.* e Inst. *ibid.*

Quanto às fontes da escravidão por direito das gentes, o nascimento era indiscutìvelmente a mais abundante e normal. *Servi nostri fiunt qui ex ancillis nostris nascuntur;* é escravo, primeiro que tudo, o filho de escrava. E isto compreende-se. Se não havia matrimónio possível com uma escrava e só pelo matrimónio é que os filhos podiam participar da condição do pai (filhos para os efeitos do direito só o foram durante muito tempo os legítimos, gerados em *iustae nuptiae*), é óbvio que para determinar a condição do filho de uma escrava devia decidir a condição da mãe, embora o pai fosse um livre. A mãe é sempre certa; e pai, civilmente, só o é aquele que o matrimónio acusa. Êste princípio tem aqui toda a sua aplicação e, como não existe matrimónio, a condição que decide é a da mãe.

A mãe podia, porém, mudar de condição entre o momento da concepção do filho e o do nascimento. A escrava podia tornar-se livre antes do parto ou ter conhecido um momento de liberdade. A mulher livre no momento da concepção podia depois tornar-se escrava no momento do nascimento ou antes. ¿E, para êstes casos, como decidir da condição do filho? A êste respeito o direito romano conheceu duas opiniões. A mais antiga foi a de que só o momento do nascimento decidia, visto que só então o filho adquiria uma existência autónoma. Mas, posteriormente e já no direito clássico, o espírito favorável à condição do escravo, o *favor libertatis*, e talvez a doutrina já exposta quanto à protecção aos nascituros, fez predominar a opinião de que seria o momento da concepção ou qualquer momento posterior durante a gestação que decidiria da condição do filho a favor da *libertas*, se a mãe tivesse sido livre em qualquer dêles, e qual-

quer que fosse a sua condição no momento do nascimento (1).

O cativeiro era outra fonte de escravidão pelo direito das gentes. Os prisioneiros de guerra, *qui ab hostibus capiuntur* (2), eram em todo o mundo antigo vendidos como escravos. E foi esta sobretudo a fonte de escravidão que mais concorreu para encher Roma e a Itália de milhares de escravos, a partir das guerras púnicas, e para fazer piorar a sua condição a ponto de ela dar origem pelos fins da República, como é sabido, a uma questão social das mais graves na história romana. Convém, porém, expressamente salientar que escravos não eram só os cativos aprisionados na guerra com um inimigo declarado, mas eram-no bem assim, no antigo direito, todos os estrangeiros *(hostes)*, súbditos de cidades ou de estados com os quais Roma não tinha tratados especiais de paz, de aliança ou de *hospitium;* e o mesmo se diga dos romanos aprisionados por êsses estrangeiros e nas mesmas condições (3). O estrangeiro

(1) Dig. *ibid.*, 2: *ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt: sufficit enim liberam fuisse eo tempore quo nascitur, licet ancilla concepit; et, e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci (nec interest iustis nuptiis conceperit an vulgo), quia non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est... et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse.* Cfr. Inst. 1, 4, *de ingenuis.*

(2) Dig. *ibid.*

(3) Dig., 49, 15, 5, 2: *si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum; idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat...*

nestas condições podia ser feito escravo, por meio de ocupação, daquele cidadão que primeiro dêle se apoderasse, como de uma *res nullius*. Quanto ao cidadão romano, porém, tornado escravo no estrangeiro, deve acrescentar-se ainda que o direito sancionava a seu respeito uma doutrina que limitava consideràvelmente o princípio de que êle perdia por êsse facto a *libertas*. Era a doutrina expressa no chamado *jus postliminii* ou *postliminium* e na *fictio legis Corneliae*. Pelo primeiro, o cidadão romano caído em poder do inimigo e tornado por isso escravo conseguia readquirir a *libertas* e era considerado mesmo não a ter nunca perdido, logo que reentrasse em Roma ou numa cidade aliada depois de se ter evadido do poder do inimigo. Pela segunda, considerava-se como falecido no momento em que fora aprisionado e portanto livre o cidadão romano que, tendo caído em poder do inimigo, depois viesse aí a falecer durante o cativeiro, para o efeito de regular a sua sucessão por morte (1).

Finalmente, quanto aos modos de caír em escravidão *jure civili*, êstes não foram sempre os mesmos no direito romano, como se disse já. No mais antigo direito achava-se estabelecido que o cidadão romano não podesse nunca ser escravo em Roma. Mas, se o não podia ser em Roma, princípio êste que mais tarde foi abandonado, podia sê-lo no estrangeiro, e assim nós vemos desde então que em numerosos casos se recorria à venda em território estrangeiro, *trans Tiberim* (na Etrúria), do cidadão romano, produzindo essa venda a perda para êle da *libertas*.

(1) Dig. *ibid.* e *hoc. titulo*, fr. 24. Cfr. Dig. 50, 7, 18; Ulpiano, *Reg.* 23, 5 e Paulo, *Sent.* 5, 4-8.

Era o caso dos desertores e dos recalcitrantes em se apresentarem às operações do censo, que eram vendidos aí pelos magistrados; o caso dos devedores insolventes vendidos aí pelos seus crèdores; o dos filhos e *alieni juris* vendidos pelo *paterfamílias*; o do ladrão que a vítima do furto tinha também o direito de vender como escravo, etc. Mas todas estas causas de escravidão do antigo *jus civile* foram mais tarde revogadas e aquelas que no direito imperial se lhe substituíram foram: o já referido conluio de um livre com alguém para ser vendido a um terceiro, fingindo-se êle escravo, afim de, reivindicada depois a liberdade, dividir com o comparsa o preço da venda (1); o caso dos condenados à morte ou a trabalhos forçados (2); o caso da mulher livre que mantinha relações com um escravo alheio contra proïbição do seu *dominus* (3); e, finalmente, o caso do liberto contra quem o patrono, antigo *dominus*, requeria, *propter ingratitudinem*, a revogação do benefício da *libertas* concedia (4). No direito justinianeu, porém, pode dizer-se que apenas o primeiro e o último dêstes factos foram considerados como produzindo *jure civili* a escravidão. O nascimento e o cativeiro, pelo contrário, continuaram ainda então a ser as quási exclusivas fontes desta condição das pessoas.

Termo da escravidão Conhecida a condição do escravo e os modos como essa condição se estabelecia em face do direito, importa conhecer como

(1) Dig. 40, 12, 23, pr.
(2) Dig. 48, 1, 2 e Inst. 1, 12, 3 e 1, 5, 4.
(3) Inst. 3, 12, 1 e Cod. 7, 24, 1.
(4) Cod. 6, 7, 2.

ela terminava também juridicamente, isto é, como é que o escravo deixava de o ser e se tornava livre, e qual era, sendo livre, a sua nova condição. Ora deve começar-se por notar que, embora o escravo libertado em regra se tornasse cidadão romano e livre, contudo não era a mesma a condição jurídica do livre quando possuída ela originàriamente e a do *liberto* (escravo libertado) que a adquiria. Neste sentido dizem as fontes, referindo-se aos livres, em geral: *in liberis multae differenciae sunt; aut enim ingenui sunt aut libertini* (1); isto é, ou são ingénuos ou libertinos (libertos). Assim como as pessoas, em geral, se dividiam em escravos e livres, assim êstes últimos se subdividiam em ingénuos e libertos. Ingénuos são os livres originários, os que nasceram livres e nunca foram escravos; libertos ou libertinos são os livres que, tendo nascido escravos, depois adquiriram a *libertas*. Antes de tratar da condição do liberto, estudaremos porém, primeiramente, como ela se adquiria.

Manumissão A liberdade adquiria-se para o escravo ou pela manumissão ou pela lei. A manumissão *manumissio* (de *manus*, poder, e de *mitto*, deixar) era o acto pelo qual o *dominus* de um escravo o tornava livre voluntàriamente e, em regra, cidadão romano. Era a alforria dada ao escravo pelo senhor que renunciava assim à sua *potestas* sôbre êle e lhe conferia a plena personalidade ou capacidade jurídica. E nisto se distinguia a *manumissio* da *derelictio* ou abandono do escravo. É que por esta última o

(1) Inst. 1, 3, 5.

senhor renunciava também à sua *potestas* e propriedade sôbre o escravo, mas sem por isso lhe dar a liberdade jurídica e o direito de cidade; o *servus derelictus* tornava-se *servus sine domino* e *res nullius*, mas não libertino nem cidadão, ao passo que pela manumissão estas duas últimas conseqüências em regra se produziam. Ora as formas legítimas da manumissão eram no antigo direito romano as seguintes: a *vindicta (manumissio per vindictam)*, o censo *(manumissio per censum)* e o testamento *(manumissio per testamentum)*.

Formas solenes de manumissão

A primeira consistia num processo simulado de reivindicação do *status libertatis* ou de *adsertio in libertatem*, que como tal devia necessàriamente correr perante o magistrado, cônsul, pretor ou governador da província, com um certo número de formalidades. Nesse simulacro de processo devia sempre intervir um terceiro, um comparsa, que pronunciava a fórmula da *reivindicatio* e era o *adsertor in libertatem*. Mas estas complicadas formalidades foram mais tarde simplificadas, não se exigindo já no direito clássico mais do que a presença do *adesertor* e do magistrado, mas sem que fôsse necessário sequer ir ao tribunal. Onde quer que o magistrado se encontrasse, aí podia ter lugar a *manumissio per vindictam*, tornando-se esta assim um acto puramente simbólico e de uma natureza não bem definida (1).

A *manumissio censu* ou *per censum* consistia,

(1) Dig. 40, 2, fragrus. 7, 8, 18, 21; Gaio, 1, 20 e Ulpiano, 1, 7.

como a palavra está dizendo, no registo competentemente feito pelo censor, ao organizar o censo todos os cinco anos, do escravo como cidadão romano. O escravo declarava aí, com o consentimento do seu senhor, ser livre e fazia registar os seus bens como sua propriedade (1).

A *manumissio testamento*, finalmente, era a declaração do senhor, contida no seu testamento, de querer conceder a liberdade ao escravo, podendo essa declaração ter efeito imediatamente, logo que se desse a adição da herança pelo herdeiro, ou só posteriormente, se tal declaração ficava subordinada a qualquer cláusula de termo ou de condição. Quando êste último caso se dava, o escravo permanecia entretanto na propriedade do herdeiro e dizia-se *statuliber*. O herdeiro podia aliená-lo, mas verificado o termo ou condição, êle adquiria a liberdade *ipso facto*, estivesse em poder de quem estivesse. E podia ainda o senhor, em vez de conceder directamente a liberdade ao escravo no testamento, encarregar nele o herdeiro de lh'a dar *(fideicommissária libertas)*. Neste caso não bastava a adição da herança para que o escravo adquirisse *ipso jure* a liberdade; era necessária a manumissão feita pelo herdeiro, podendo em todo o caso o escravo recorrer ao magistrado para impôr a êste essa manumissão (senc. Rubriano e Dasumiano); e se neste caso o escravo manumitido se dizia liberto do herdeiro, no caso de manumissão directa pelo testamento, o escravo dizia-se liberto do defunto ou *servus orcinus*, visto estar *in orco* o manumitente (2). Ora, destas três formas solenes de

(1) Ulpiano, 1, 8.

(2) Dig. 40, 4; 40, 7, 1, e Ulpiano, 2, 1-5, 7 e 8. Cfr. Dig. 40, 5, 26, § 7 e 4. 51, § 4.

manumissão praticadas desde o mais antigo direito, deve dizer-se que — à excepção da segunda, *manumissio censu*, que se extinguiu com a instituïção do censo, a que estava ligada, desde o princípio do Império — as outras duas se conservaram até Justiniano, posto que a *vindicta* perdesse aí todo o seu antigo simbolismo e se dispensasse até o *adsertor*.

Formas irregulares de manumissão

Mas, se estas eram as formas solenes e legítimas de manumissão, fundadas no antigo *jus civile*, não deve esquecer-se, porém, que outras formas mais simples de manumissão se foram também criando através dos tempos no direito romano, em harmonia com as novas condições sociais. O formalismo do antigo direito não permitia que neste ponto, como em qualquer outro, uma simples declaração da pessoa bastasse para vincular a ordem jurídica, isto é, para produzir só por si efeitos jurídicos. Mas ao lado da vontade era preciso que interviesse uma certa forma solene na qual ela devia manifestar-se. E essa forma, no tocante a manumissões, era necessàriamente uma das que acabam de ser indicadas.

A simples declaração do senhor de querer dar a liberdade ao servo de nada servia e êste continuava a ser servo. Contudo, ainda antes do fim da República, êste rigorismo formalista foi sendo afastado na prática da vida jurídica, não só nesta matéria, como também noutras, como veremos. Tornou-se de uso corrente entre os cidadãos darem à alforria aos seus escravos sem quaisquer formalidades e com uma simples declaração mais ou menos solene, feita na presença de testemunhas ou por escrito particular, ou

em certas ocasiões também de uma certa solenidade. Com efeito, o senhor ou declarava na presença de alguns amigos seus *(inter amicos)* o desejo de manumitir o escravo, ou o fazia por meio de uma simples carta *(per epistolam)*, ou por ocasião de um banquete *(per mensam)*, ou de outra qualquer maneira (1). Era esta uma manumissão irregular e de efeitos puramente morais e sociais, mas sem efeitos jurídicos. O escravo, embora ficasse livre de facto, continuava a ser escravo de direito. O *dominus* que se arrependia da sua generosidade podia, no dia seguinte ao da manumissão, reivindicá-lo de novo *in servitutem* e o liberto não tinha defesa; e até, se morria, não se abria uma sucessão quanto aos seus bens, mas êstes voltavam para o *dominus* (2). Ora, a suprir esta deficiência do direito e portanto a atribuír a estas formas correntes de manumissão não solene efeitos jurídicos, intervieram ainda antes do Império os pretores e depois a lei.

Os pretores, inspirando-se na *aequitas*, foram os primeiros a ligar uma certa sanção legal a estas situações mal definidas resultantes das manumissões irregulares. Mas esta sanção pretória *(tuitio praetoris)* foi ainda só uma meia medida de protecção aos libertos. Como o pretor não podia revogar o direito existente nem sobrepôr-se abertamente ao *jus civile*, limitou-se a protegê-los indirectamente, isto é, negando ao *dominus* a acção necessária para reivindicar o servo manumitido, se aquele lha pedia, e como se êste fôsse livre de direito. Todavia uma tal medida con-

(1) Gaio, I, 41 e 44; Ulp. I, 10 e 18; Paulo, IV, 12, 2 e Plínio. *Epist.* 7. 16. 4.

(2) Tacito, *Annal.* 13, 27.

siderando o escravo *in libertate* (liberdade pretória) não tinha maiores conseqüências quanto à sua capacidade, nem evitava que, por sua morte, os bens do liberto se devolvessem ao senhor. O pretor ficou por aí em matéria de defesa dos libertos irregulares devido, como se sabe, à natureza do instrumento de que se servia para reformar o direito civil, isto é, o processo e as acções (1).

Mais longe foi, porém, a lei na defesa e protecção que lhes dispensou. Pelos fins da República, talvez entre os anos 44 e 27 antes de Cristo, uma célebre lei comicial, a *lex Junia Norbana*, veiu regular mais definidamente a condição destes libertos, criando para êles uma situação intermédia entre a de escravos e a de cidadãos romanos. Esta lei considerou-os latinos *(latini iuniani)*, criando assim um novo tipo ou condição de latinidade ficticia, a latinidade juniana.

Em virtude dela os libertos irregulares ficavam gozando já de uma capacidade patrimonial garantida, embora limitada. Tinham, além do *conubium*, o *commercium* para todos os actos entre-vivos e só o não tinham para os actos *mortis causa*, voltando os seus bens por morte para o antigo senhor ou os seus herdeiros. Isto é, os escravos libertos por algum destes modos e equiparados aos latinos *coloniarii* por esta lei, viviam como livres mas morriam como escravos (2). Os modos de manumissão *inter amicos* e *per epistolam* continuaram a ser inferiores aos solenes da *vindicta* e do *testamento* nos efeitos que produziam e foi preciso que se chegasse ao tempo

(1) Gaio, III, 56 e Cicero, *pro Milone*, 12.

(2) Gaio, I, 22 e III, 24 e 56; Cfr. Ulpiano, I, 5, 11, 16, etc.

de Justiniano para que então, uniformizada, como se sabe, a condição dos habitantes livres do Império desde Caracala e desaparecidos os latinos propriamente ditos, fôsse também abolida a condição especial dos libertos junianos e êstes fôssem equiparados a todos os demais libertos. Era êste um efeito daquele espírito de reforma que no baixo-Império tinha tomado o logar da *aequitas* do pretor, isto é, a *pietas*. Os modos de manumissão não solene foram então equiparados aos solenes, desde que interviessem neles ao menos cinco testemunhas e foi reconhecido um novo modo solene introduzido durante a época cristã, a manumissão nas igrejas perante o bispo *(manumissio in sacrosantis ecclesiis)* (1). Mas o estado do direito a êste respeito no tempo de Justiniano não fica ainda inteiramente conhecido com o que fica dito.

Deve notar-se ainda que nesse último período foi tal a importância que se ligou à vontade do *dominus* para o efeito de manumitir os seus escravos, e tal a indiferença pelas fórmas, que se pode dizer que toda a manifestação da vontade nesse sentido, embora tácita, permitiu em certas condições a manumissão de efeitos legais. O senhor que em actos públicos tratava o escravo como filho ou declarava adoptá-lo, o que perante cinco testemunhas destruía os seus títulos de propriedade sôbre êle, o que casava a escrava e a dotava, o que nomeava o escravo tutor ou herdeiro ou permitia que êle recebesse uma dignidade do Estado ou ordens religiosas, todos êsses praticavam uma manumissão válida e de plenos efeitos jurídicos, o que tudo eram indiscutíveis progressos

(1) Cód. Theodos., 4, 7, 1.

no *favor libertatis* e na melhoria da condição do escravo (1).

Limitação das manumissões

É esta conclusão que se depreende da crescente multiplicidade e facilidade nos modos de manumissão no direito justinianeu, depreende-se igualmente não só do desfavor com que se olhavam aí as antigas limitações à liberdade de manumitir escravos, como do crescente aumento do número de casos de emancipação legal, sem necessidade de manumissão, verificado no período do baixo-Império.

Com efeito, se o *paterfamilias* romano emancipando os seus escravos os tornava *ipso jure* cidadãos de Roma e membros do Estado, compreende-se que um acto de tal importância interessasse directamente toda a vida pública e o Estado não podesse ficar indiferente ao uso arbitrário de uma tal prerogativa.

Talvez que nem mesmo esta e os seus efeitos tão graves se logrem compreender, se não atentarmos na índole política da primitiva família romana e na origem dos extraordinários poderes do *paterfamilias* fabricando assim livremente cidadãos romanos. Ora foi, certamente, em virtude disso que a liberdade de manumitir escravos sofreu assim, talvez em todos os tempos, um certo número de restrições, as mais importantes das quais foram as estabelecidas já no Império, pelas duas importantes leis, *Aelia Sentia* e *Fufia Caninia*. A primeira (a. 4, d. Cr.) estabelecia, entre outras disposições, que não podessem manumitir escravos os menores de vinte anos nem podessem ser manumitidos escravos menores de trinta, excepto se houvesse uma *justa causa* para a manumissão que fôsse apreciada por um conselho competente. A mesma lei estabelecia ainda que se não podessem manumitir quaisquer escravos com o intuito de defraudar os crèdores, e que, quanto aos escravos que tivessem praticado crimes infamantes durante a escravidão, êsses não conquistassem nunca depois de manumitidos a qualidade de cidadãos, nem mesmo a de latinos, mas conquistassem sómente a de peregrinos dedilícios (*vide* infra, *stat. civitatis*) (1). A segunda das leis referidas (an. 2, a. Cr.) teve em vista limitar só as manumissões feitas em testamento, justamente as mais para recear por serem em geral as mais generosas e feitas só por preocupações de vaidade dos testadores. Esta lei estabeleceu que só podesse ser manumitido um certo número limitado de escravos, proporcional à fortuna de cada um, mas nunca excedente a cem, e que cada escravo fôsse manumitido designadamente *(nominatim)* no testamento (2). São evidentes os fins sociais e políticos destas importantes medidas legislativas. Mas o que é certo é que, como já se disse, a sua oportunidade estava perdida no tempo de Justiniano. Êste imperàdor revogou a doutrina da lei *Fufia Caninia (quasi libertatibus impedientem et quodammodo invidam)* e, quanto à lei *Aelia Sentia*, manteve em vigor apenas a disposição que proïbia as manumissões feitas para defraudar os credores e a que estabelecia o limite mínimo de idade dos vinte anos nos manumi-

(1) Cód., 7, 1, 4 e 6, 7, 2, 1; e Cód. Theod., 4, 7, 1, pr. As fórmas não solenes de manumissão subsistem no direito justinianeu produzindo a qualidade de cidadão romano no liberto.

(1) Gaio, I, 13-17 e 36-38, 40-41. Cfr. Ulp. I, 11; Paulo, 4, 12, 5, §§ 5 e 7 e Inst. I, 5.

(2) Gaio, I, 42-46; Ulp. I, 24 e Paulo IV, 14, 4.

tentes para as manumissões entre vivos; quanto às *mortis causa*, ficou vigorando a doutrina relativa à capacidade de testar em geral que fazia coincidir essa capacidade com a puberdade (1).

Emancipação legal

Ao mesmo tempo que a manumissão, a lei era outra causa que podia fazer cessar o estado de escravidão, como já ficou dito. Não só o direito clássico já estabelecia alguns casos de emancipação pela lei, independentemente de manumissão, mas sobretudo o direito justinianeu proclamou e desenvolveu a mesma doutrina. Dêsses casos os mais característicos são: a venda do escravo com a cláusula *ut intra certum tempus manumitteretur* (2); o caso já referido do escravo abandonado sem recursos pelo senhor, sendo êle velho e doente (3); o do escravo que descobria o assassino do seu *dominus* (4); a prescrição de vinte anos a favor do escravo que durante êsse tempo permanecesse na posse da sua *libertas* começada de boa fé (5); e, finalmente, o caso característico do direito justinianeu de os escravos de um senhor deverem por vontade dêle ou dos seus herdeiros acompanhar o féretro na ocasião dos funerais, indo à frente com a cabeça coberta *(pileati)* (6).

(1) Inst. 1, 7 e 1, 6, 7 e Nov. 119, c. 2.
(2) Dig. 40, 8, 1.
(3) Dig., 40, 8, 2.
(4) Dig., 58, 16, 3, § 4 e 40, 8, 5.
(5) Cod, 7, 22, 2 e 3.
(6) Cod. 7, 6, 1, § 6.

Condição jurídica dos libertos

¿Qual era, porém, a condição jurídica dos libertos?

Como já ficou referido noutro lugar, os escravos, emancipando-se por manumissão ou por lei, ficavam sendo livres e, em regra, cidadãos. Mas, não só essa condição máxima era diferente da daqueles que nunca tinham sido escravos, os *ingénuos (ingenui)*, como ainda, dentro dos libertos, há que distinguir entre os que se tornavam cidadãos, latinos ou peregrinos (1).

Em regra, os escravos manumitidos tornavam-se cidadãos e assim adquiriam uma plena capacidade. Era o caso já referido da manumissão efectuada por alguma daquelas formas solènes que já foram descritas, a *vindicta*, o *censo* ou o *testamento*, e era também algumas vezes o caso dos emancipados por fôrça da lei. Todos êstes libertos se iam confundir no número dos cidadãos livres. Mas, e justamente aqui está a particularidade da sua condição, êsses novos livres não ficavam em tudo equiparados aos ingénuos, nem doutro modo tinha razão de ser a já conhecida distinção dos livres em ingénuos e libertinos. Posto que cidadãos, como os ingénuos, contudo os libertos sofriam na sua condição de cidadãos e na sua capacidade algumas restrições, já na esfera dos seus direitos políticos, já na dos seus direitos privados. Na esfera dos direitos políticos, as mais importantes são que o liberto carecia do *jus honorum* (direito de desempenhar as magistraturas e de ser eleito senador, êle ou os seus descendentes no primeiro gráu); não tinham, no Império, o *jus suffragii* ou o direito de voto, e não tinham o *jus*

(1) Inst. 1, 5, 3.

militiae ou o direito de fazer parte das legiões. Na esfera dos direitos privados, tinham um *conubium* limitado, isto é, não podiam casar com os ingénuos ou, mais tarde — a partir de uma lei dos fins da República — não podiam, pelo menos, casar com membros da ordem senatorial, restrição que Justiniano aboliu. E, finalmente — e isto é o mais importante — acharam-se sempre, tanto no direito clássico como no justinianeu, numa relação especial de dependência com o seu antigo *dominus (patronus)* que os tinha manumitido e à qual se dava o nome de *patronatus, jus patronati* (1). Em virtude desta relação especial o liberto devia ao patrono *obsequium et reverentia*, que faziam com que êle o não podesse citar em juízo senão com autorização do magistrado e não podesse em nenhum caso intentar contra êle acções infamantes (2). Em segundo lugar, o liberto fica devendo moralmente ao patrono um certo número de serviços *(operae officiales)* (3); e, por último, ficava existindo ainda a favor do antigo senhor um direito de sucessão *ab intestato* sôbre os bens do antigo escravo, em virtude do qual e na falta de outros herdeiros mais próximos *(sui heredes* no antigo direito civil, descendentes consanguíneos no direito de Justiniano) eram chamados a recolher a sua herança o patrono e os seus descendentes (4). Por outro lado, também o patrono tinha certos deveres para com o seu liberto, devendo assistir-lhe e protegê-lo em numerosos casos sob pena de perder o seu direito de patronato (5).

(1) Dig., 37, 14.
(2) Dig., 37, 15.
(3) Dig., 38, 1.
(4) Dig., 38, 2.
(5) Dig., 38, 2, 14; 37, 14, 5, 1 e 40, 9, 12, 1-2.

Mas a tendência do direito romano imperial para uniformizar a condição das pessoas manifesta-se, ainda aqui, em dois institutos que serviam para fazer adquirir ao liberto a qualidade de ingénuo. São êles o chamado *jus anulorum aureorum* e a *restitutio natalium*.

Pela concessão do *jus anulorum* (concessão de um anel de oiro), que só o príncipe podia fazer, o liberto obtinha a qualidade pessoal de ingénuo, resalvados sòmente os direitos de patronato do antigo *dominus* (1). Pela *restitutio natalium*, acompanhada geralmente da renúncia ao patronato por parte dêste último, o liberto tornava-se sob todos os pontos de vista ingénuo (2).

Esta condição do liberto tornado cidadão, com ou sem os efeitos dêstes dois últimos institutos, não era, porém, a condição de todos os libertos no direito ante justinianeu. Como vimos, o escravo liberto podia ainda alcançar pela manumissão ou pela lei uma de duas outras condições, ou a *latinitas* ou a condição de simples peregrino, às quais já nos referimos falando das leis *Junia Norbana* e *Aelia Sentia*. Aqui há só a acrescentar que os libertos latinos *(latini juniani)*, assimilados aos *latini coloniarii*, não tinham o *conubium* mas tinham o *commercium*, sendo êste último, de resto, particularmente limitado. Não podiam dispôr dos seus bens por morte nem deixar uma sucessão *ab intestato*. Os seus bens revertiam por sua morte ao *patrono* por direito de pecúlio *(jure peculii)* e não por direito de sucessão. E se podiam ser vàli-

(1) Dig., 40, 10, 6 e *Frag. Vatic.*, 226.
(2) Dig., 40, 11, 5 Justiniano concedeu pela Nov. 78 o *jus aur. anul.* e a *restit. natal.* a todos os libertos, resalvado o direito de patronato a favor do *patronus*.

damente contemplados com quaisquer liberalidades testamentárias, tendo uma *testamentifactio passiva*, contudo, para que as podessem receber, deviam primeiro adquirir a qualidade de cidadãos dentro de certo espaço de tempo. Não podiam ser instituídos tutores em testamento. Mas esta condição dos libertos latinos (1) era, de resto, puramente pessoal, sendo os seus filhos e descendentes cidadãos romanos livres e ingénuos (2).

Pior do que a dos latinos era a condição dos libertos peregrinos, criada pela lei Aelia Sentia, de que também já falámos. Êstes peregrinos fictícios (não incluídos os libertos manumitidos por senhores também já peregrinos) eram assimilados aos peregrinos dedilícios (vid. *infra*). Não tinham também capacidade para testar nem para serem instituídos herdeiros em testamento; faltava-lhes a *testamentifactio* activa e passiva; a sua personalidade era meramente de direito das gentes; faltavam-lhe todos os direitos políticos, o *commercium* e o *conubium*. Além disso — e neste ponto sôbretudo se revela a sua má condição —: em nenhum caso podiam alcançar o direito de cidade, nem mesmo residir em Roma ou

(1) Vid. Gaio, I, 22-25.

(2) Com relação aos modos pelos quais êstes libertos adquiriam o direito dos cidadãos, equiparando-se aos outros libertos da primeira categoria, há que referir: o facto de serviços relevantes prestados à administração pública da capital; o facto da fecundidade depois de terem um certo número de filhos; a repetição em condições legais da manumissão, feita por uma forma regular, e, finalmente, o *jus anulorum* concedido pelo imperador. Como se disse já, Justiniano concedeu de um só golpe numa sua constituïção a qualidade de libertos cidadãos a todos os latinos junianos, acabando assim com esta condição jurídica (Nov. 78).

perto de Roma numa área de cem milhas ao redor; infringindo essa proïbição, recaíam na condição de escravos (1).

De resto, desde que foi concedido a todos os peregrinos o direito de cidade por Caracala (211), tornou-se cada vez menos importante esta categoria de libertos, até que Justiniano também definitivamente a aboliu, assim como aboliu a dos latinos. E a partir dêsse dia não houve também no direito romano mais do que uma só categoria de libertos possuindo a mesma condição jurídica, a dos libertos cidadãos, com os efeitos, as restrições e as atenuações já descritas.

Meios de defesa do «status libertatis»

A condição de escravo assim como a de livre, reconhecidas e sancionadas pelo direito, como eram, deviam ter necessàriamente e tinham, com efeito, meios apropriados de constatação e de defesa. Se contra um livre alguém se lembrava de sustentar que êle era escravo, alegando um direito sôbre êle, ou se uma pessoa tida como escrava pretendia reivindicar uma liberdade de direito, ¿as dúvidas e contestações a êste respeito como se dirimiam?

Para êste efeito o direito romano oferecia ainda aos cidadãos uma acção na forma das acções reais, como aquela que servia para reivindicar a propriedade, e em que o objecto da *vindicatio* era justamente, não uma coisa, mas o próprio *status* da pessoa. Esta acção, *vindicatio in servitutem* ou *vindicatio in libertatem*, tinha lugar, no antigo direito, na forma de uma das

(1) Gaio, I, 25-28.

acções da lei, a *legis actio sacramenti* (vid. *infra* cap. v) (1). Esta acção tinha, porém, neste caso, de particular, o facto de a pessoa, cuja condição servil se discutia, não poder estar pessoalmente em juízo, devendo aí ser representada por um terceiro, o *adsertor*, que tomava a sua defesa jurando o *sacramentum* e que tanto podia desempenhar o papel de autor como o de réu. Á *vindicatio* feita por uma das partes com palavras solénes respondia uma *contra vindicatio* da outra e tudo se passava como nas outras acções reais na forma do *sacramentum*. Sòmente que aqui a natureza da causa, tratando-se de uma coisa tão respeitável como era a liberdade do cidadão, impunha um certo número de garantias especiais e que eram: — a regra segundo a qual as *vindiciae* deviam ser sempre *secundum libertatem*, isto é, a pessoa, cuja condição servil era afirmada, devia gozar, em qualquer caso, de uma liberdade provisória durante o processo (2); a regra de que a quantia da aposta feita pelo *adsertor* (e que era da natureza da *actio sacramenti*) devia ser mínima neste caso, para assim não afastar o *adsertor* da defesa com o receio de perder muito (3); a regra que sujeitava o conhecimento destas contestações a um tribunal especial que era o dos *decemviri litibus judicandis* (4); e, finalmente, a regra que permitia renovar, pelo menos três vezes, o processo decidido contra a *libertas* com a intervenção de novos *adsertores*, excluída assim a aplicação do caso julgado (5).

(1) Dig., 40, 12.
(2) Dig., I, 2, 2, 24 e Tito Lívio, 3, 44-48, 56 e 77.
(3) Gaio, IV, 14.
(4) Cicero, *pro Caecina*, 33, 97.
(5) Cod., 7, 17, 1, pr. e Cicero, *de domo*, 29, 78.

Mais tarde, nos fins da República e na vigência já do chamado processo formulário (vid. *infra*, cap. v), as contestações relativas ao *status libertatis*, assim como as relativas ao simples estado de ingénuo ou de liberto, parece terem sido resolvidas sob a forma de uma acção prejudicial (*praeiudicium*) e não já de uma acção real, na qual o pretor convidaria primeiro que tudo o juiz a averiguar se a pessoa de quem se tratava era livre ou não (*an liber sit, an libertus sit*). E êste regime das acções vêmo-lo subsistir durante o Império e ainda depois de criado o processo administrativo da *cognitio extra-ordinem*, em que os escravos são já admitidos a comparecer directamente e por si; assim como vemos subsistir, ainda no baixo Império, o *adsertor*, a regra das *vindiciae secund. libertatem*, a jurisdição especial (*praetor de liberalibus causis*) e a exclusão da excepção do caso julgado (*bis de eadem re ne sit actio*). Foi só Justiniano quem aboliu o *adsertor* e a regra em último lugar enunciada.

Como se vê, pois, era bastante complexa a doutrina do direito romano com relação à capacidade jurídica em matéria de *status libertatis*. Mas, resumindo em poucas linhas tudo o que fica exposto, pode dizer-se: — o direito romano dividia e dividiu sempre as pessoas, sob êste ponto de vista, em escravos e livres. Os primeiros, que não tinham, em princípio, capacidade jurídica, viram de facto sempre reconhecida mais ou menos a sua personalidade humana, na qual se fundava uma ao menos relativa capacidade de serem instrumento de acção jurídica dos seus senhores e de serem, quando não já seus representantes directos, ao menos seus repre-

sentantes indirectos, para o efeito de se reconhecer validade a muitos actos jurídicos seus. A escravidão constituia-se, ou por direito das gentes (nascimento e cativeiro), ou por direito civil. Extinguia-se pela manumissão ou pela lei e, se muitas vezes, dêstes factos resultava com a *libertas* o direito de cidade e a plena capacidade jurídica para o escravo (*manum. vindicta, censu* e *testamento*); outras vezes êste ficava como que a meio caminho da *civitas*, elevando-se apenas, liberto, ou à *latinitas* ou à condição de peregrino (manumissões irregulares e alguns casos de emancipação legal). Em qualquer caso, porém, o liberto não se equiparava nunca (à excepção do caso de *restitutio natalium*) ao cidadão romano de origem, fundando-se nesta distinção a divisão das pessoas em *ingénuos* e *libertinos*. Viu-se, emfim, como o número das formas de manumissão e a sua simplificação aumentaram sempre com o decorrer do tempo no direito romano e, por outro lado, como foram caíndo também progressivamente as antigas limitações à faculdade de manumitir os escravos; e como, quanto à condição dêstes e das diferentes categorias de libertos, se foi tendendo desde o comêço do Império para uma constante melhoria, quanto a uns, e para uma sempre maior uniformização, quanto aos outros. Era o *favor libertatis* favorecido pelas novas condições sociais, pela *aequitas* do pretor, pela *pietas* dos imperadores, pela filosofia dos estoicos e, mais que tudo, pelo espírito igualitário do cristianismo. As garantias a favor da *libertas* que acompanhavam as acções relativas ao *status libertatis* põem ainda em relêvo a constante intervenção no direito romano dêsse factor moral que foi sempre fazendo melhorar a condição das pessoas sob êste ponto de vista.

III — Status civitatis

Noções gerais Assim como nem todo o homem gozava de personalidade ou capacidade jurídica depois do nascimento, sendo requisito indispensável para isso a *libertas* ou o *status libertatis*, assim também nem todo o homem, mesmo livre, gozava necessàriamente dela. Não bastava existir, nem bastava ser livre; era necessário também que a êsses requisitos se juntasse um outro: o ser cidadão romano ou possuír o *status civitatis*.

Rigorosamente, só o cidadão era pessoa com capacidade jurídica. Mas também neste ponto as excepções e limitações impostas no decurso dos tempos a esta doutrina foram tais e tantas, que acabaram por a tornar menos verdadeira ainda do que aquela que ensinava ser o escravo uma simples *res*.

No mais antigo direito assim era incontestàvelmente. A capacidade jurídica era então, como a religião, o culto e a vida pública, privilégio exclusivo de um grupo social restrito, a cidade; e daí vinha justamente a êsse direito o nome de direito civil (*ius civile*), isto é, direito dos cidadãos de uma cidade. Todo o homem estranho à comunidade política da *civitas*, posto fôsse livre, não gozava nem era sujeito de direitos. O estrangeiro que viesse a Roma, embora podesse encontrar aí protecção jurídica, se havia algum tratado de aliança ou de hospitalidade com a sua cidade de origem, ou se se acolhia aí à protecção de um cidadão, contudo fóra dêstes casos era considerado como inimigo e podia ser reduzido à condição de escravo. As XII Táboas chamavam-lhe *hostis* e declaravam

que contra êle o direito de cidadão era imprescritível. O direito posterior chamou-lhe *peregrinus* e contrapoz-lhe sempre o *civis romanus*, *civis optimo jure*, já para lhe negar quaisquer direitos, já para lhe conceder só certos elementos constitutivos da capacidade jurídica. E se um dia chegou em que, depois de já muito adiantada a política de expansão imperialista de Roma, esta se viu emfim obrigada a conceder a *civitas* a todos os peregrinos residentes dentro dos confins do Império, importa notar que nem mesmo então, nem ainda no tempo de Justiniano, o direito de cidade e a capacidade jurídica foram reconhecidos aos povos situados para lá das fronteiras imperiais, desdenhosamente chamados bárbaros pelos romanos.

Tudo o que se pode dizer de mais exacto neste sentido para exprimir a evolução do direito romano neste ponto, é que: — mantendo-se o princípio geral da carência de personalidade no estrangeiro, contudo o conceito de estrangeiro é que se foi cada vez mais restringindo, ao mesmo tempo que o de *civis* se foi cada vez mais alargando. E se *cives* foram só, a princípio, os patrícios dentro de Roma, depois os patrícios e os plebeus, depois os italianos e depois finalmente todos os habitantes do Império — estrangeiros foram, primeiramente, todos os não romanos, depois só os não italianos e, por último, só os não súbditos de Roma vivendo fóra do *orbis romanus*, isto é, os bárbaros. E ainda não só isto.

Mas ainda no mesmo momento em que cidadãos eram só os romanos e todos os mais povos estavam privados da *civitas*, nem por isso êstes últimos se acharam todos, como estrangeiros, na mesma condição quanto à sua capacidade jurídica, sendo certo que houve entre êles ainda então diferenças de condição e grau de capacidade que marcavam outrosim, pode dizer-se, a distância a que êles respectivamente se encontravam do direito de cidade.

Essas condições eram a dos latinos e a dos peregrinos. E assim temos, no ponto de vista da *civitas* (e correspondendo à já conhecida divisão das pessoas, no ponto de vista da *libertas*, em escravos e livres, ingénuos e libertos), a divisão das pessoas em *cidadãos*, *latinos* (latinos antigos e latinos coloniais) e *peregrinos* (1). Importa conhecer, pois, qual era a sua respectiva condição, no que respeita à capacidade jurídica, e os modos por que ela se constituía e se extinguia.

Condição jurídica do cidadão

Cidadão *(civis optimo jure)* era juridicamente aquele que gozava de uma plena personalidade ou capacidade jurídica. É para êle que existe o *jus civile*. A sua personalidade, porém, desdobra-se numa série de direitos todos inerentes à sua pessoa e de que êle goza, como sujeito que é deles, embora por virtude de certas circunstâncias possa ser privado do gôzo de algum ou até privado do exercício pessoal de todos (incapacidade de exercício), a que adiante nos referiremos. E êsses direitos, direitos subjectivos, poderes ou faculdades que o cidadão tem e lhe são concedidos pela ordem jurídica, são, fundamentalmente e como já vimos, no direito romano êstes dois: o *conubium* e o *commercium*. O primeiro é a capacidade de gôzo de todos os direitos que se prendem com a família, o direito de a constituir celebrando o casa-

(1) Vid. vol. I, pág. 175.

mento romano *(iustae nuptiae)* e de, conseqüentemente, poder vir a ser *paterfamilias* e exercer a *potestas* sôbre os seus dependentes nos termos e com todos os efeitos do *jus civile*. O segundo, o *commercium*, é a capacidade de gozar de direitos patrimoniais. Por êle poderá o cidadão ser proprietário ou titular de outros direitos reais, poderá adquirir e transmitir tais direitos, poderá contratar e constituír-se crèdor ou devedor, poderá enfim dispor dos seus bens por testamento ou ser nele instituído herdeiro de alguém ou legatário *(testamentifactio)*. Além dêstes direitos, tem ainda o cidadão romano, como conseqüência deles, a *actio* ou *jus actionis*, ou seja, o direito de estar em juízo pondo em actividade os órgãos jurisdicionais do estado para obter a defesa dos seus direitos mediante o recurso às diferente acções; e tem também, na esfera do direito público, como membro da *civitas*, o direito de votar nas assembleas populares (o *jus sufragii*) e o de ser eleito para as magistraturas e para o senado (*jus honorum*). É a reünião dêstes diferentes feixes de direitos que constitui a *caput* ou a personalidade. E se em algumas épocas houve, como já vimos, cidadãos que não gozaram de todos êstes direitos, como era o caso dos libertos cidadãos com um *conubium* limitado a princípio, sem o *jus sufragii* e o *jus honorum*, deve contudo dizer-se que estas diferenças tinham já perdido toda a significação no direito de Justiniano, depois que êste imperador concedeu a todos os libertos, como se viu já, o *jus anulorum aureorum* e a *restitutio natalium*.

Como se adquiria a qualidade de cidadão

A *civitas* romana ou a qualidade de cidadão romano *optimo jure* podia obter-se de vários modos: ou pelo nascimento, ou por naturalização, ou por manumissão, ou por virtude da lei.

Pelo nascimento, era naturalmente cidadão romano todo aquele que nascia do matrimónio legítimo *(iustae nuptiae)* de um cidadão, quer a mãe fôsse também cidadã romana, quer fôsse apenas uma latina ou peregrina mas tendo, apezar de tal, o *conubium* em Roma. Isto é, o filho seguia a condição do pai; os filhos de matrimónio válido eram cidadãos, e escusado seria acentuar mais uma vez que matrimónio válido só podia haver havendo *conubium*. Para determinar, porém, a condição do filho legítimo como cidadão, atendia-se aqui mais uma vez, não à condição do progenitor no momento do parto, mas a essa condição no momento da concepção; se o pai posteriormente perdia a *civitas* e até a *libertas*, assim como se as perdia a mãe, ou se esta perdia o *conubium*, nem por isso o filho deixava de ser cidadão (1). Isto pelo que respeita aos filhos de matrimónio.

No caso, porém, de o filho não ser de matrimónio, o princípio que regulava a sua nacionalidade no momento do nascimento era, *jure gentium*, o oposto, isto é, o filho seguia, não a condição do pai, mas a condição da mãe. Se portanto a mãe era cidadã, o filho devê-lo ia ser independentemente da nacionalidade do pai, mesmo que êste fosse um peregrino; se a mãe não era cidadã, também o filho não o seria, embora podesse ser o pai cidadão. E para determinar neste segundo caso a condição do filho com os critérios

(1) Gaio, I, 89-92.

expostos tinha-se em vista, ao contrário do que se dava no caso anterior, a condição da mãe, não no momento da concepção, mas no próprio momento do parto. Todavia deve dizer-se que a doutrina sofreu ainda, neste segundo caso, uma ou mais limitações importantes. Em primeiro logar, entendeu-se que, se a mãe cidadã tinha o *conubium* na cidade de onde era natural o pai peregrino, o filho, sendo legítimo segundo o direito dessa cidade, seria também peregrino segundo o direito romano. Era a reciprocidade na aplicação do princípio acima exposto quanto à *civitas* dos filhos de um matrimónio romano. Em segundo lugar, entendeu-se também, por uma lei dos fins da República, a lei *Minicia*, que o filho de uma cidadã romana e dum peregrino seguiria sempre a condição e nacionalidade do progenitor que a tivesse pior e seria, portanto, peregrino (1). Mais tarde ainda um senatusconsulto do tempo de Adriano chegou mesmo a considerar um tal filho como filho legítimo (*iustus filius*) do pai peregrino, quer devesse ou não sê-lo pelo direito desse peregrino.

A naturalização era no direito romano, como hoje, outro modo pelo qual se podia alcançar a qualidade de cidadão. A naturalização era a concessão gratuita dessa qualidade a quaisquer estrangeiros, latinos ou peregrinos, indivíduos ou comunidades, feita pelos poderes públicos com competência para tanto. E esses poderes foram através dos tempos os comícios, o senado, os magistrados autorizados por lei e, na época imperial, os imperadores. Há com efeito exemplos de terem sido naturalizados cidadãos romanos muitos peregrinos até Diocleciano

(1) Gaio, I, 84, 85.

por concessões dos imperadores, sobretudo feitas a soldados no momento de serem licenciados; assim como há exemplos de concessão da *civitas* a comunidades inteiras. Deve-se, porém, notar que, quando a naturalização era de indivíduos peregrinos, ela não abrangia, a não ser que isso fôsse expressamente declarado, os filhos, nem conferia aos naturalizados a *patria potestas* romana sôbre os filhos já existentes no momento da naturalização.

Quanto à aquisição do *status civitatis* pela manumissão, nada há aqui que acrescentar ao que foi dito no parágrafo anterior sôbre a matéria dos libertos. Viu-se aí, com efeito, que uma das categorias de libertos, e sem dúvida a mais numerosa, possuía pelo facto da manumissão a *libertas* e também a *civitas*, muito embora esses libertos não ficassem inteiramente equiparados desde logo aos cidadãos ingénuos.

E, finalmente, quanto à lei como modo de aquisição da qualidade de cidadão, bastará lembrar que também os escravos obtinham muitas vezes, sobretudo na época imperial, a *libertas ope legis*, outros tantos casos em que obtinham ou a *civitas* ou a *latinitas*. E se êste era o caso mais freqüente de a qualidade de cidadão ser atribuída por lei, também alguns havia em que *ope legis* ela era atribuída aos latinos. No antigo direito os *latini veteres* tornavam-se cidadãos desde que viessem residir em Roma ou, como mais tarde se entendeu, desde que viessem aí residir mas tendo deixado na sua cidade de origem descendentes seus que fôssem uma garantia contra a despovoação dessas cidades (1). Mais tarde ainda foi doutrina assente, a respeito de quaisquer latinos

(1) Tito Liv., 41, 8 e 39, 5.

(verdadeiros ou fictícios), que eles adquiririam a *civitas* romana, desde que tivessem desempenhado na sua terra natal quaisquer magistraturas *(maius latium)*, ou feito parte do senado municipal *(minus latium)* (1). Adquiriam também por lei a qualidade de cidadãos: o latino que fizesse condenar pelo crime de concussão qualquer romano (2); o latino juniano que casasse com uma romana ou latina e dela tivesse um filho de pelo um ano de idade, declarando ao pretor ou governador que tinha casado para procriar filhos (3), e ainda em outros casos. Mas êstes modos de aquisição da *civitas* relativos aos latinos perderam no tempo de Justiniano, como se sabe, toda a importância, depois que foi abolida por êste imperador a *latinitas*.

Como se perdia a qualidade de cidadão A qualidade de cidadão romano perdia-se, em primeiro lugar, como conseqüência da perda da qualidade de livre; quem se tornava escravo por qualquer causa (vid. supra, § 1), deixava de ser cidadão. Mas podia também o cidadão romano deixar de o ser sem deixar de ser livre. Era o que acontecia a todo aquele que saía de Roma para ir ser membro de uma colónia latina que se fundava (4); a todo

(1) Gaio, I, 95 e 96.

(2) Vid. *Lex Acilia repetund.*, de 121 a. Cr. Esta lei concedia a qualidade de cidadão a todo o peregrino nestas condições. Mas uma outra lei, de 110 a. C., limitou o benefício só aos latinos.

(3) Gaio, I, 29-32; Ulpiano, III, 3 e Dig., 50, 16, 134. Cfr. Gaio, I, 33, 34, 67 e 75.

(4) Gaio, I, 131.

aquele que sofria a chamada interdição da água e do fogo *(interdictio aquae et ignis)* que acompanhava sempre o exílio de Roma daqueles que assim fugiam a uma condenação em pena capital (1); aos que desertavam das fileiras; e, na época imperial, àqueles que eram condenados à deportação *(deportatio in insulam)* em virtude de sentença confirmada pelo imperador ou decretada pelo prefeito da cidade (2).

Condição dos latinos Latino *(latinus)* era juridicamente aquele que, sem ser cidadão, todavia estava muito perto dessa condição, gozando de alguns dos direitos que constituíam a *caput* e podendo sempre adquirir muito fàcilmente uma *caput* ou personalidade completa. É o primeiro dos casos que desmentem o rigor absoluto do princípio de que só o cidadão romano gozava de capacidade jurídica.

Eram latinos (3), primeiro que tudo, os antigos habitantes do Lácio, a que corresponde hoje o território da Campagna romana *(latini veteres, latini prisci)*. Como se sabe, Roma viveu durante muito tempo em relações muito íntimas com os outros povos e cidades do Lácio com os quais constituía politicamente uma liga à similhança das ligas das cidades helénicas, chamada a liga latina *(foedus latinum, foedus cassianum)*, e da qual cedo conquistou a hegemonia. A comunidade de raça, de origem, e de língua, a afinidade de tradições e de instituïções jurídicas e o vínculo político de federa-

(1) Gaio, I, 128 e Ulpiano, 10, 3.

(2) Gaio, I, 161 e Dig., 48, 19, 2, 1.

(3) Sôbre os latinos em geral deve vêr-se Mommsen, *Droit public romain*, 6, 2, pág. 226 e seg.

ção, que faziam um todo dêsses povos, necessàriamente deviam conferir a todos os latinos em Roma uma situação jurídica privilegiada com relação à de todos os outros estrangeiros, se é que estrangeiros se lhes pode chamar.

A liga latina como corpo político fundou colónias cujos membros se regeram pelo mesmo estatuto dos latinos do Lácio, e isto até que foi dissolvida no ano 337 a. Cr. (416. u. c.). E, ainda depois de dissolvida a liga latina, sabe-se que Roma as continuou a fundar, continuando a mesma política, segundo o mesmo tipo e modêlo das colónias da liga, até 267 a. C. (486 u. c). Ora todos estes tipos de latinos, incluídos os do Lácio e os das colónias latinas até 267, são os chamados latinos antigos *(latini veteres* ou *prisci)*.

A sua condição jurídica caracteriza-se dizendo que eles eram quási cidadãos, pois gozavam, no campo do direito privado do *conubium* com os romanos e do *commercium*. No campo do direito público, gozavam do *jus sufragii*, podendo votar em Roma dentro de uma tríbu que era designada à sorte, e só não gozavam do *jus honorum* nem podiam ser admitidos ao serviço militar fazendo parte das legiões. E quanto à facilidade com que podiam ainda conquistar êstes dois direitos que lhes faltavam no campo do direito público e assim tornarem-se inteiramente cidadãos romanos, bastará recordar que isso se dava desde que transferissem o seu domicílio para Roma, embora se exigisse desde certa altura em diante que deixassem ficar descendência sua na cidade da sua naturalidade. Havia, pois, bem pequena distância de um *latinus priscus* a um cidadão.

Diferente desta era, porém, a condição de uma outra categoria de latinos que eram os chamados *latini coliniarii*. Estes eram os habitantes de todas

aquelas cidades, fôssem elas inicialmente colónias ou não, às quais Roma concedera a título de benefício, desde a República, a condição de latinas, como uma espécie de naturalização. Todos estes latinos eram, portanto, latinos fictícios, ou tidos e tratados como latinos, e o seu regime ou condição jurídica em matéria de capacidade de direitos teria vindo, ao que parece, da generalização quanto a eles do regime criado, a partir de 267, para a colónia latina de Ariminum e de mais onze outras colónias *(duodecim coloniae)* (1). Daí provàvelmente o facto de se ter aplicado a todos estes latinos da segunda categoria a designação, muitas vezes imprópria, de latinos coloniais e que importa não confundir com os latinos das colónias anteriores àquela data. É esta também a espécie de latinidade concedida durante o império a muitos indivíduos, cidades e até regiões inteiras das províncias. A condição jurídica dêstes latinos, sendo sem dúvida ainda favorável, contudo era-o menos do que a dos *latini prisci*. Assim, não tinham o *conubium* com os romanos, a não ser que êle lhes tivesse sido expressamente concedido (2); não tinham, portanto, direitos de família; não podiam contraír o casamento romano, gozar da *patria potestas*, etc. Mas, em compensação, tinham o *commercium*, podendo ser sujeitos dos mesmos direitos patrimoniais que os romanos e recorrer às acções e ao processo romano para os garantir (3). Quanto a direitos políticos em Roma, sabemos também que os não tinham, mas podiam em todo o caso adquirir também fàcilmente, embora não tão fàcilmente como os

(1) Vid. Girard, *Manuel*, pág. 109.
(2) Ulpiano, 5, 4.
(3) Ulpiano, 19, 4.

veteres, a qualidade de cidadãos, desde que tivessem desempenhado magistraturas ou feito parte do senado municipal da sua terra *(maius* e *minus latium)*. E o que dizemos dêstes últimos latinos devemos dizer também da especial categoria dos libertos latinos criados pela lei *Junia Norbana (latini juniani)*, de que já foi tratado no parágrafo anterior, e que, posto morressem como escravos, contudo viviam como livres, assimilados na sua condição jurídica aos latinos coloniais.

Sôbre os modos como se adquiria e se perdia a condição de latino, pouco há que dizer, visto que tudo se resume nas poucas noções gerais já espostas àcêrca da aquisição e perda dos *status civitatis*. Adquiria-se a condição de latino, assim como a de cidadão, pelo nascimento, pela naturalização, pela manumissão e pela lei, incluíndo neste último caso a fundação de colónias latinas, quer fundadas pela antiga liga latina, quer fundadas mais tarde por Roma. Perdia-se pela passagem à escravidão, pela aquisição da *civitas* pròpriamente dita e, como é natural, pelos mesmos factos, o exílio e a deportação, que faziam perder essa qualidade aos cidadãos, tornando-os peregrinos.

Condição dos peregrinos Peregrino *(hostis, peregrinus)*, finalmente, era aquele que, não sendo nem cidadão romano nem latino, era a princípio verdadeiramente estrangeiro, e como tal estranho por completo à vida pública da *civitas* e ao seu direito. O estrangeiro, como já se disse, não tinha capacidade jurídica alguma. Mas aqui também, o rigor dêste princípio foi sempre mais ou menos limitado, não sendo também êle inteiramente verdadeiro. A designação de peregrino, com efeito, tendo substituído a

mais antiga de *hostis* (1), significava, desde os fins da República, pròpriamente, não qualquer estrangeiro, mas — depois que começou a expansão imperialista de Roma — os súbditos romanos não cidadãos e não latinos do Império. Ora êstes não deixaram nunca de gozar ao menos de uma capacidade jurídica segundo o *jus gentium*.

Não tinham certamente o *conubium* nem o *commercium* com os romanos, nem muito menos direitos políticos. Mas nem por isso deixavam de viver segundo o seu direito nacional que Roma a princípio respeitou (não sem deixar de lhes aplicar também excepcionalmente algumas leis romanas, na medida da sua conveniência política) (2). nem de gozar do direito das gentes nas suas relações cada vez mais íntimas e freqüentes com os romanos. Sabido é mesmo que êste direito das gentes não foi, em grande parte, mais do que uma criação romana para o fim de regular as relações comuns, sobretudo comerciais, entre os peregrinos e os cidadãos, elaborado principalmente pelos governadores das províncias e pelo pretor peregrino em Roma. Sem terem o *jus actionis*, contudo havia já em Roma, em 242 a. Cr., um tribunal especial para regular as suas contestações entre si e com os cidadãos *(praetor peregrinus)* (3), chegando a haver quem veja aí a origem do processo formulário; e de resto, tratados e disposições especiais conferiam-lhes mesmo o direito de, em certos casos, recorrerem ao processo romano perante o tribunal do pretor urbano. Não se pode, pois, nem

(1) Dig. 50, 16, 234, e Cícero, *de off.*, 1, 12, 37.

(2) Gaio, I, 92; III, 96, 120 e 134; Ulp., 20, 14. Quanto a leis romanas aplicáveis a peregrinos, ver também Gaio, I, 47.

(3) Vid. vol. I, pág. 145.

mesmo aqui, sustentar que os peregrinos fôssem inteiramente privados de capacidade jurídica nem verdadeiros estrangeiros. Pondo de parte o antigo direito, em que ainda assim o estrangeiro *(hostis)* encontrava protecção jurídica em Roma mediante tratados de aliança e de *hospitium* público ou privado, e pondo de parte no direito mais recente uma especial categoria de peregrinos, os *dediticii*, que viviam sem estatuto pessoal e leis próprias, como castigo pela sua resistência levantada às armas romanas, aos estrangeiros sempre se reconheceram direitos e, em qualquer caso, foram sempre julgados ao menos como sujeitos de direito das gentes.

A partir, porém, dos começos do Império, com a concessão cada vez mais generalizada e freqüente do direito de cidade aos peregrinos, e, finalmente, depois de 241, com a concessão dêsse direito em globo a todos os habitantes livres do Império (*constituïção Antoniana*, ou de Caracala) (1), pode dizer-se que esta condição quási desaparece. Daí até ao Justiniano pode dizer-se que não há já senão muito poucos estrangeiros com a condição de peregrinos domiciliados no Império e, se esta condição subsiste, com relação aos libertos peregrinos e aos condenados à deportação, êstes mesmos se vão tornando também cada vez mais raros, até que o referido imperador a aboliu de todo com uma constituïção de 530 (2). Houve então ainda estrangeiros, é certo, com uma condição similhante à dos antigos peregrinos; mas êstes foram então só, como já foi dito, os bárbaros ou *alienigeni*, isto é, os povos situados fóra

(1) Vid. vol. I, pág. 126.

(2) Cod., VII, 6, 1 e Inst., I, 5, 5. Cfr., Dig., 48, 19, 17, 1.

das fronteiras do Império e estranhos à sua cultura e à sua vida política. E, ainda quanto a êstes, sabe-se que desde cedo foi permitido a certas tribus estabelecerem-se no Império, ocupando regiões fronteiriças e conservando as suas leis nacionais, até que foram sujeitas também às leis romanas. Estes povos estrangeiros eram muitas vezes admitidos com a condição de prestarem a Roma serviço militar *(beneficiarii, coloni, foederati, gentiles, laeti)*. Se não gozavam de uma capacidade jurídica completa, contudo tinham-na também segundo o direito das gentes; e se, por ex., Valentiniano proïbiu o casamento entre os cidadãos e os bárbaros, contudo essa proïbição não figura no código de Justiniano, tendo-se até essas uniões tornado freqüentes no baixo império.

Como se adquiria e perdia esta condição

A condição de peregrino adquiria-se pelo nascimento; pela anexação ao Império, já em conseqüência de conquistas, já de tratados de submissão a Roma; pela perda do direito de cidade sem perda da *libertas;* pela interdição da água e do fogo e pela deportação. Perdia-se, finalmente, por todos os factos que determinavam a aquisição da cidade ou a latinidade.

Defeza do status civitatis

Por último, importa notar que, assim como as contestações relativas ao *status libertatis* estavam sujeitas a certos modos processuais de decisão, assim o estavam também as relativas ao *status civitatis*. Mas estas não eram dirimidas nas formas do processo civil, mas por via administrativa mediante uma *cognitio* apresentada e dirigida perante os magistrados.

§ 3.º—Causas modificadoras da capacidade jurídica

A capacidade jurídica da pessoa não era sempre a mesma no direito romano. Reconhecida e atribuída ela ao homem pela reünião dos três requisitos ou condições essenciais já estudadas — a vida, a liberdade e a qualidade de cidadão — contudo podia ela ainda variar de gráo e de efeitos, como também já foi notado, segundo a intervenção de várias circunstâncias e causas modificadoras da *caput* (vid. pág. 68).

Se, como se viu, mesmo a exigência daqueles requisitos não era o suficiente para afirmar rigorosamente que sem êles a pessoa humana não tinha qualquer capacidade ou quaisquer direitos, também, por outro lado, a reünião deles não era ainda o bastante para atribuír ao homem livre e cidadão, em qualquer caso, uma capacidade completa. A verdade é que a capacidade jurídica, no seu sentido mais geral, não é nem foi nunca uma noção absoluta, mas relativa, admitindo uma infinidade de gráos e de modalidades. Resta-nos, pois, estudar quais as principais condições e causas que, presupondo a capacidade essencial, todavia a modificam para mais ou para menos, tanto teórica como pràticamente.

A primeira e mais importante destas causas relaciona-se com a posição do indivíduo dentro de família romana, isto é, com o seu *status familiae*. Outras são as que se relacionam com certas condições da própria pessoa, já físicas, já morais e intelectuais, já sociais e políticas, e que determinam para ela, sem lhe extinguir a personalidade, certas incapacidades ou provisórias ou permanentes, relativas a todos ou

só a certos direitos, já do seu gozo em absoluto, já só do seu exercício pessoal e directo.

I — Status familiae

Noções gerais Diz-se *status familiae* de uma pessoa a sua condição ou posição dentro da família, no ponto de vista do maior ou menor número de direitos de que ela por êsse facto pode gozar.

Hoje há também um *status familiae* para as pessoas. Pais e filhos-famílias, o marido e a mulher não gozam todos dos mesmos direitos como membros da família. No interesse da comunidade familiar e como condição da sua disciplina interna e realização dos seus fins, há entre os seus membros um complexo de deveres e obrigações pelos quais se pode dizer que cada um tem um *status* especial e diferente. O mesmo acontecia já no direito romano, com a diferença, porém, de que aí os efeitos dêsse estado das pessoas produzia conseqüências de muito maior alcance que no direito moderno, afectando a sua capacidade não só na esfera restrita dos direitos de família, como mais ou menos na de todos os seus direitos em geral.

Sob o ponto de vista da família, as pessoas dividiam-se, no direito romano, em duas categorias: *sui juris* e *alieni juris*. Gaio escrevia a êste respeito: *de jure personarum alia divisio sequitur, quod quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iure subiectae sunt* (1). E, de uma maneira geral, pode

(1) Vid. Inst. I, 48. Cfr. Dig. I, 6, 1 e Inst. 1, 8.

dizer-se que só as primeiras tinham uma completa personalidade. As segundas tinham apenas uma capacidade limitada. Todavia importa notar desde já que esta capacidade completa, resultante do *status familiae* para os *sui juris*, não deve de modo algum ser considerada como um requisito essencial da *caput* ou personalidade em sentido geral e sob o mesmo título por que o são a *libertas* e a *civitas*. É freqüente, na verdade, vêr nos tratadistas o *status familiae* referido em terceiro lugar, depois do *status libertatis* e do *status civitatis*, como requisito igualmente importante da capacidade jurídica no direito romano. Mas a verdade é que esta aparente equiparação é de todo o ponto injustificável.

O cidadão romano tem, só por essa qualidade, a capacidade jurídica em geral e isto quer êle seja *sui juris* quer *alieni juris*, como veremos. Assim a capacidade no campo do direito público foi sempre a mesma, quer num quer noutro caso. E o mesmo, em princípio, pode dizer-se afinal do direito privado, visto que, gozando também sempre o *alieni juris* do *conubium*, só quanto ao *commercium* sofreu a sua personalidade importantes incapacidades, mas incapacidades que, fundadas apenas na organização da família romana, não tiveram nunca a mesma origem, natureza e alcance daquelas que, quanto aos mesmos direitos, feriram o escravo e o estrangeiro. É por esta razão que, em vez de considerarmos o *status familiae* como um dos requisitos essenciais da capacidade jurídica, preferimos considerá-lo como uma daquelas causas — e sem dúvida a mais importante — que modificavam a capacidade jurídica do cidadão. Como dissemos no primeiro volume, a personalidade ou capacidade do *alieni juris* existia sem dúvida, embora comprimida

e latente, sendo nalgumas das mais importantes esferas da actividade social absorvida pela personalidade mais vigorosa do *pater*. De resto, essa completa personalidade atribuída exclusivamente aos *sui juris*, longe de representar nesse exclusivismo a negação intencional da qualidade de sujeito de direito aos *alieni juris*, o que representava na sua essência era a atribuïção dessa qualidade só aos grupos de que aqueles eram os chefes, isto é, às famílias.

Similhantemente ao que foi feito com relação aos escravos e livres, aos cidadãos, latinos e peregrinos, há, pois, que vêr também aqui qual era a condição jurídica dos *sui* e *alieni juris*, bem como esta condição se estabelecia e se extinguia.

Condição dos sui juris

Os textos romanos não nos dizem expressamente quem eram as pessoas *sui juris*, mas indicavam-no de um modo claro dizendo quais eram as *alieni juris* e afirmando que todas as outras pertenciam à primeira categoria (1).

Ora, se atendermos às pessoas consideradas *alieni juris*, veremos que estas eram todas as que se achavam sujeitas a qualquer das formas de poder ou *potestas* do *paterfamilias* romano. E, por contraposição, concluiremos que *sui juris* eram aquelas sôbre as quais não havia uma tal *potestas*. A existência ou não de *potestas* sôbre uma pessoa é, pois, o critério decisivo para esta distinção. Se a pessoa está livre da *potestas* de uma outra, é *sui juris;* se

(1) Gaio, *Inst.*, I, 50: *videamus nunc de his quae alieno iuri subiectae sunt; nam si cognoverimus quae istae personae sint, simul intellegemus quae sui iuris sint.*

sôbre ela recai a *potestas* de outra, é *alieni juris*. E como a *potestas* é normalmente prerogativa do *paterfamilias*, daí o ser a noção de *sui juris* equivalente à de *paterfamilias*. Só os *patresfamilias* são *sui juris* e todos os *sui juris* são considerados *patresfamilias*. Os dois termos são equivalentes. E por isso mesmo qualquer pessoa, qualquer que seja a sua idade, tenha ou não tenha descendentes naturais, até mesmo o recem-nascido, é *paterfamilias* ou é *sui juris*, uma vez que sôbre êle não exista a *potestas* de outra pessoa. É que *paterfamilias* não queria dizer o mesmo que pai, mas apenas o mesmo que pessoa munida da *potestas*, chefe de uma *domus* ou família, e que, embora não tivesse de facto uma coisa nem outra, contudo as poderia vir a ter. Para pai em sentido natural empregavam os romanos antes o têrmo *genitor*.

Quanto à condição dos *sui juris* ou *patresfamilias*, tudo se resume em dizer que êles e só êles gozavam da plenitude da personalidade jurídica nos termos e com os efeitos que já ficaram expostos quando tratámos da condição dos cidadãos *optimo jure*. E como os seus poderes e direitos, especialmente resultantes da sua qualidade de *sui juris*, só podem compreender-se devidamente à luz dos princípios informadores da organização familiar romana, só deles será tratado com maior desenvolvimento quando se estudarem os direitos de família numa outra parte dêste trabalho.

Aqui bastará dizer por agora que toda a capacidade jurídica máxima do cidadão *sui juris*, tanto familiar como patrimonial, não é mais do que a expressão desta idea fundamental: de que só êle, como seu chefe, é o representante da família e, por isso, o verdadeiro detentor de todos os direitos de

soberania e patrimoniais que a ela pertencem, em última análise, como organismo político originário e autónomo. Direitos sôbre as pessoas *in potestate* e direitos sôbre as coisas sujeitas ao seu *dominium*, tudo isso resulta afinal da sua posição de chefe ou *pater* dentro da família; e até mesmo, pode dizer-se, são os seus direitos sôbre as pessoas *in potestate* que fundamentam e explicam os seus direitos sôbre as coisas e o produto da actividade dessas pessoas *alieni juris*, a ponto de lhes suprimir em parte o seu *commercium* pessoal. Poderia dizer-se que o *commercium* dos *alieni juris* (direito de adquirir propriedade, de a transferir, de contraír obrigações etc.), embora não deixando de existir, todavia se achava durante a vigência da *patria potestas*, pràticamente paralizado em parte, ou melhor, absorvido no *commercium* do *pater*, no interesse da organização familiar. E tanto assim que, se o *alieni juris* não podia contraír obrigações que importassem responsabilidade ou encargo para o *pater*, isto é, para a família, podia em todo o caso adquirir para ela vàlidamente e, portanto, sempre tinha um *commercium* (embora meramente aquisitivo e de resultados não directamente pessoais) quando isso a ela lhe convinha.

Numa palavra: a plena capacidade dos cidadãos *sui juris*, contraposta à capacidade limitada dos *alieni juris*, não é senão a expressão de um direito inicial da família como um grupo e, portanto, a expressão de um pensamento comunitário na mais antiga organização social romana, como já repetidas vezes temos tido ensêjo de afirmar Mas a condição jurídica das pessoas *sui juris* só conseguirá mais concretamente salientar-se, se fizermos como os romanos, determinando-a por contraposição e, portanto, dizendo qual era a condição dos *alieni juris*.

Condição dos alieni juris

Êstes eram, como se disse já, os que *alieno juri subiecti sunt;* e, determinando melhor quem êles eram, acrescenta Gaio: *rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt* (1). Eram, pois, no que respeita ao direito clássico e ante-justinianeu, as pessoas *in potestate, manu mancipioque.*

In potestate estavam os escravos (sujeitos à *dominica potestas*) e os filhos e descendentes (sujeitos à *patria potestas*) (2). *In manu* estava a mulher casada (sujeita à *manus* marital) (3). *In mancipio*, finalmente, estavam os cidadãos livres vendidos ao *paterfamilias* e que, embora numa situação bastante aproximada à dos escravos, contudo não devem ser confundidos com êstes (4).

Em resumo: eram *alieni juris* e estavam sujeitos à *potestas* (em sentido lato) do *paterfamilias*, todas aquelas pessoas que normalmente compunham a família romana, independentemente de quaisquer laços de consanguinidade, e que eram por assim dizer dentro dela os súbditos dêsse pequeno estado e do seu chefe, o *pater*. Filhos e descendentes (não emancipados), mulher casada, noras mulheres dos filhos, pessoas equiparadas aos filhos, como os adoptados e adrogados, pessoas livres adquiridas em compra pelo *pater* e, por último, os escravos, eis, em suma, quem eram os *alieni juris*.

Ora todas estas pessoas (pondo de parte agora os escravos, que já estudamos e não faziam pròpriamente parte da família agnática, bem como as pessoas *in mancipio)* tinham uma capacidade jurídica limitada. Todos êles eram, sem dúvida, cidadãos romanos e livres e tinham conseqüentemente todos os direitos políticos (excepto as mulheres), o *jus honorum* e o *jus sufragii*. Todos tinham o *conubium*, embora não podessem casar sem autorização do *paterfamilias*. Quanto ao *commercium*, porém, embora também o tivessem em teoria, como já dissemos, contudo pràticamente só o tinham muito limitado e enfraquecido pelas razões que já foram indicadas. Eram cidadãos romanos e, portanto, tinham capacidade jurídica ou personalidade, ao contrário dos escravos e dos estrangeiros. Mas o facto da família e as exigências da sua organização, fundada em bases de uma origem política averiguada, impunham-lhes uma série de limitações a essa personalidade e feria-os com uma série de incapacidades que são justamente a característica da sua condição como *alieni juris* e do seu *status familiae*. E essas limitações e incapacidades davam-se já na esfera das suas relações jurídicas pessoais, já na das suas relações jurídicas patrimoniais em frente do *pater*.

Pessoalmente, os *alieni juris*, como dependentes do *paterfamilias* em razão da organização familiar, acham-se sujeitos à autoridade absoluta dêste último. Quer essa autoridade se chame *patria potestas*, quer se chame *manus* (e êste era o primitivo nome que a designava, antes de se restringir para designar só o poder sôbre a mulher), em virtude dela ficava primitivamente o *paterfamilias* tendo sôbre aqueles os maiores poderes. Podia reivindicá-los como se reivindicavam as coisas e os escravos; podia aliená-los e vendê-los; podia expô-los, se se tratava de filhos recem-nascidos, e abandoná-los; e podia até dispor

(1) *Ibid.*, I, 49.
(2) *Ibid.*, I, 52 e 55.
(3) *Ibid.*, I, 108.
(4) *Ibid.*, I, 116.

da sua vida e liberdade, já matando-os *(jus vitae ac necis)*, já vendendo-os como escravos *trans Tiberim*. Quanto à mulher *(in manu, loco filiae)*, podia também repudiá-la livremente. Podia emancipar os filhos excluíndo-os por esta forma da família, assim como podia casar as filhas com idêntica conseqüência e opôr-se ao casamento dos filhos para o qual era sempre a sua autorização o elemento mais importante e decisivo (1).

Patrimonialmente, a incapacidade que feria o *alieni juris* era, como se disse já, uma conseqüência do facto de o *paterfamilias* ser o único proprietário da família. Quer se trate da mulher *in manu*, quer dos filhos *in patria potestate* ou pessoas a êles equiparadas, embora êles tenham capacidade para adquirir bens e direitos em seu próprio nome, contudo o resultado das suas aquisições reverte sempre a favor do *pater*, do qual êles são assim um instrumento de acção jurídica, como os escravos (2).

O *alieni juris* não é proprietário, embora possa adquirir patrimonialmente, tornando o *pater* proprietário. Por isso mesmo não pode estar em juízo a respeito da defesa de direitos que, em última análise, não lhe pertencem. Os bens que o *pater* confia à sua administração ficam sujeitos a um regime similhante ao daqueles que são entregues ao escravo e que constituem os pecúlios. O pecúlio do *alieni juris* livre e que provêm do *pater (peculium profecticium)*

(1) Gaio, I, 55: *fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.* E o que se diz dos filhos pode dizer-se de todos os *alieni juris*, visto que todos ocupavam uma situação igual ou inferior à daqueles diante do *paterfamilias*.

(2) Gaio, II, 86-93, e Dig., 41, 1, 10.

é também propriedade do *pater* (1) e só dele e portanto livremente revogável. O *alieni juris* pode obrigar-se tanto *ex delicto*, em virtude de factos ilícitos, como *ex contractu*, em virtude de negócios jurídicos; mas, no primeiro caso, a responsabilidade que daí nasce para o *pater* (responsabilidade noxal) é apenas a que para êle resulta também dos delitos dos seus escravos e dos danos causados pelos seus animais (libertando-se êle ou pelo pagamento de uma indemnização ou pela entrega *in mancipii causa* do filho, do escravo ou do animal) (2). No segundo caso, dos contratos e obrigações assumidas pelo *alieni juris* não resulta responsabilidade alguma para o *pater*, salvo o caso em que ela também se constitui pelos actos do escravo *(actiones adiecticiae qualitatis)*, e, em princípio, só êle fica obrigado, mas sem que a sua obrigação se possa juridicamente efectivar antes de tornado êle *sui juris* (3).

Esta é, portanto, a condição dos *alieni juris* em geral e o limite da sua capacidade no mais antigo direito e ainda no direito clássico. E esta condição — importa acrescentar — existia em virtude da *potestas (manus* ou *patria potestas)* e independentemente de qualquer limite de idade na vida das mulheres ou dos filhos.

A *manus* e o pátrio poder nestas condições não podiam terminar, senão em virtude de certos factos que por lei tivessem essa eficácia, e, pelo contrário, deviam existir, em princípio, durante toda a vida do *paterfamilias*. A *manus* só podia terminar pela morte natural ou civil do marido ou da mulher, pelo repúdio ou

(1) Dig., 39, 5, 7.

(2) Gaio, I, 140; IV, 48, 7; Inst., IV, e Dig., 9, 4, 34 e 35.

(3) Dig., 44, 7, 39.

venda da mulher dissolvendo o matrimónio. O pátrio poder, ao inverso do que hoje sucede, não podia terminar com a maioridade dos filhos, mas apenas também pela morte natural ou civil do *pater*, se antes disso não tinha lugar ou o casamento com *manus* da filha, ou a venda ou a emancipação ou a dação em adopção de qualquer filho. Fora dêstes casos, qualquer que fôsse a idade e a condição social da mulher ou do filho, êles seriam até à morte do marido ou do *pater* pessoas *alieni juris*.

Esta condição modificou-se, porém, ainda antes da última fase do direito romano, assim como se modificou, embora não tanto, segundo vimos já, a dos escravos e a dos estrangeiros. Esta modificação ou série gradual e sempre progressiva de modificações, põe bem em evidência, de resto, a verdade do que dissemos de que o *status familiae* ou o de *sui juris* não foi nunca no direito romano um elemento essencial da personalidade, como foram os outros dois da *libertas* e da *civitas*. Com efeito, as manifestações da personalidade dos *alieni juris*, nunca aliás desconhecidas, produziram-se aqui sobretudo a partir do Império, ainda nas duas esferas em que ela era mais limitada a princípio, com uma intensidade e continuïdade tais, que essa personalidade não tardou em ser, ainda antes de Justiniano, também completa e definitiva. Esses progressos coïncidem com o progressivo esfacelamento da família romana como organismo político e com a conseqüente emancipação dos filhos na esfera dos direitos patrimoniais.

No que respeita às relações pessoais com o *pater familias*, vê-se surgir desde os fins da República e sobretudo desde os começos do Império, uma série cada vez maior de limitações aos poderes daquele. O direito de castigar os filhos foi energicamente limitado, devendo o *pater* recorrer ao magistrado para que lhes podessem ser aplicadas as penas mais graves (1). O direito de vender os filhos foi também limitado na época clássica ao caso de miséria extrema do pai e, no tempo de Constantino, aos recêm-nascidos (2). O mesmo se diga do direito de os expôr, talvez já proïbido desde o século II da nossa era (3). Por outro lado, aos filhos foi reconhecido o direito de pedirem a seus pais alimentos e até o de recorrerem ao magistrado para apresentarem contra êles as suas queixas e reclamações *extra ordinem* ou intentarem contra êles, sob a forma de acções prejudiciais, quaisquer processos relativamente ao seu *status familiae* (4).

No que respeita às relações patrimoniais entre os *patresfamilias* e os filhos, também estas não foram menos influenciadas desde o começo do Império pelos progressos da idéa da personalidade. Os filhos poderam, desde o direito clássico, figurar já em seu próprio nome em todos os actos jurídicos tanto activa como passivamente (5). A sua capacidade de aquisição directa em propriedade estabelece-se desde Augusto a respeito de certos bens adquiridos na qualidade de soldados e que constituem o seu chamado *peculium castrense* (6); sôbre êstes bens não tem o pai poder algum, achando-se o filho diante deles, como dizem os textos, *vice patrisfamilias* (7).

(1) Dig., 37, 12, 5; 38, 9, 5; 48, 8, 2 e Cod., 9, 17, 1.
(2) Paulo, 5, 1, 1 e Cod., 4, 43, 2.
(3) Paulo, 2, 24, 10; Dig., 25, 3, 4 e Cod., 9, 16, 7.
(4) Dig., 6, 1, 1, 2 e Cod., 8, 46, 9.
(5) Dig. 44, 7, 39.
(6) Dig., 49, 17.
(7) Dig., *hoc. tit.*, 11.

O filho pode dispôr deles por testamento durante o serviço militar ou até, mais tarde, desde Adriano, ainda antes de terminado êsse serviço (1). Sòmente, se não dispõe dêsses bens o filho e morre antes do pai, êles revertem então para êste por um título diferente do da sucessão, isto é, *jure peculii*, como um vestígio dos antigos poderes patrimoniais do *pater-familias* (2).

Igual regime de autonomia mereceram mais tarde, no Baixo Império, a partir de Constantino, os bens adquiridos pelos filhos no exercício de quaisquer funções públicas, como funcionários do Estado ou até como sacerdotes cristãos. Tais bens foram equiparados aos adquiridos pelos militares e ficaram constituíndo o chamado *peculium quasi castrense*, sujeito a um regime idêntico ao do primeiro (3). E uma reforma ainda mais importante neste sentido foi levada a efeito por Constantino e os seus sucessores com relação aos bens herdados pelos filhos por morte das mães, depois que o casamento em Roma deixou de ser acompanhado da *manus*. No direito antigo os filhos não sucediam às mães; o património destas, absorvido por efeito da *manus* no do marido, só indirectamente podia chegar até êles na sucessão do *pater*. Mas, abolida a *manus* marital, e reconhecido o direito dos filhos à sucessão da mãe pelo Senatusconsulto Orficiano, de 178 da nossa era, nem por êsse facto os filhos poderam recolher desde logo os bens maternos, visto que, embora chamados a uma tal sucessão, para quem êles a adquiriam era para o *pater*, de harmonia com os

(1) Inst. II. 12, pr.
(2) Dig., 49, 17, 2.
(3) Cod., 12, 50 (51).

princípios gerais. Ora Constantino estabeleceu que tais bens *(bona adventicia)*, recolhidos em sucessão pelos filhos, ficariam sendo desde logo propriedade dêstes, não tendo os pais sôbre êles mais do que um direito de gôzo e administração (1). Igual determinação foi ainda decretada mais tarde pelos sucessores de Constantino quanto aos bens herdados de quaisquer parentes da linha materna *(materni generis)*, e ainda quanto a certos bens ou lucros recebidos em certas ocasiões solénes, como os *lucra sponsalitia* e *nuptialia*, recebidos por ocasião dos esponsais e do casamento (2). Era já o reconhecimento de uma quási completa personalidade autónoma dos filhos em matéria de direitos patrimoniais. Mas essa personalidade só foi inteiramente reconhecida por Justiniano, quando êste imperador estabeleceu que todos os bens adquiridos pelos filhos seriam sua propriedade, ficando aos pais tão sòmente um direito de usufruto (3); e então poude dizer-se que, exceptuadas apenas as aquisições feitas com bens do *pater*, por sua comissão, ou tendo em vista o seu património pessoal *(ex re patris, ex iussu patris* ou *contemplatione patris)*, todas as restantes aquisições de bens e de direitos foram exclusivamente manifestação directa e própria da personalidade jurídica dos filhos. Os próprios pecúlios castrense e quási-castrense perderam o seu regime de patrimónios sôbre os quais recaía sempre um direito eventual de propriedade a favor do *pater;* êste deixou de os recolher *jure peculii* à morte do filho que não tivesse disposto dêles *mortis causa*, e, pelo contrário, tor-

(1) Cod., 6. 60, 1.
(2) Cod., *ibid* e 6. 61, 1 ; 5.
(3) Cod., 6, 61, 6 e Inst., II, 9, 1.

nou-se doutrina legal no tempo de Justiniano que a respeito de todos êsses bens se abrisse emfim uma sucessão intestada por morte dos filhos, como já acontecia com os *bona materna* e *materni generis*, os lucros esponsalícios e nupciais (1)

A mesma progressiva emancipação da sua personalidade em matéria de direitos patrimoniais se dá igualmente com a mulher em frente do *pater* e da família. Êstes progressos, porém, coïncidem com a abolição da *manus* marital e a emancipação da mulher da tutela dos agnados de que adiante será tratado. A partir dos tempos clássicos generaliza-se e prevalece o casamento sem a *manus*, deixando a mulher casada de ser uma pessoa *alieni juris* sujeita ao poder do marido. E, como conseqüência disso, a mulher, se é *sui juris* na sua família de origem, conserva o seu património e adquire para si, embora tenha a sua capacidade limitada em razão do sexo e se ache sujeita à tutela dos seus agnados (Vid. *infra*).

Como se adquire e perde a condição de sui juris

A condição de *sui* ou de *alieni juris* dos livres adquire-se ou perde-se, de um modo geral, por virtude dos mesmos factos que importam uma modificação essencial no *status familiae* de uma pessoa. E assim todos os factos por virtude dos quais uma pessoa, sendo membro de uma família, sái dela sem passar a fazer parte de uma outra, ou, sendo *paterfamilias*, entra para uma família, teem como conseqüência tornar essa pessoa *sui juris* ou *alieni juris*, qualquer que seja de resto a sua idade ou condição

(1) Cod. *ibid*, 5, pr.

social. Ora, a respeito de tais factos, bastará apenas enumerá-los sumàriamente.

As pessoas são ou tornam-se *sui juris*, isentas da *potestas* do *pater*, pela morte natural ou civil (*capitis deminutio*) do *pater*. Neste caso adquirem uma plena capacidade os filhos e as pessoas a êles equiparadas, os adoptados e adrogados, os netos e outros descendentes cujos pais ou avós sejam prèdefuntos e ainda a mulher viúva ou as noras viúvas. Todas estas pessoas, à excepção das mulheres, se tornam então chefes de outras tantas famílias ou *patresfamilias sui juris*. E o mesmo se diga das pessoas *in mancipio* adquiridas por compra ao *paterfamilias* e que, por morte dêste e não vivendo já o pai que o vendera, se tornam também pela morte do primeiro *sui juris*. Além disso, as pessoas tornam-se também *sui juris*: por um acto de vontade do *pater*. E neste caso estão os filhos ou pessoas a êles equiparadas a quem o *pater* dá a emancipação mediante três vendas consecutivas do emancipando a um amigo que, adquirindo-o *in mancipii causa*, o manumite todas três tornando-o ao fim *sui juris* (1).

(1) Acêrca da emancipação, cujos resultados se obtinham no antigo direito mediante as três vendas consecutivas do filho (XII táb., táb. IV, lei 2), note-se que êste instituto não assume uma fisionomia autónoma e uma verdadeira importância social antes dos começos do Império. A antiga emancipação seria antes uma pena ou castigo infligido ao filho do que outra coisa. Cfr. Gaio, I, 132. Mais tarde, as formalidades exigidas para a emancipação obtida pelas três vendas ou *mancipationes* sucessivas fôram dispensadas: primeiro, para a emancipação dos ausentes que, a partir de Anastácio (502), poude ser realizada por meio de um simples rescrito obtido do imperador (*emancipatio Anastasiana*); depois, para a emancipação dos presentes, que, no tempo de Justiniano, poude ser realizada mediante sim-

O mesmo se diga dos libertos, antigos escravos manumitidos pelo *pater*, como já se viu. O mesmo se diga ainda da mulher *in manu* repudiada pelo marido *disfarreatione* ou por *remancipatio*, se já não existia o pai, sob cujo poder ela aliás recaïria; com efeito, todos os modos pelos quais a *manus* se extinguia determinavam para a mulher, salvo os casos em que sôbre ela renasceria a *potestas* do *pater*, o estado de *sui juris*. Finalmente, tornavam-se *sui juris* saindo também da família por virtude da lei: as pessoas tornadas *flamines dialis* ou *virgines vestales* e mais tarde, na época cristã, aqueles que eram elevados à condição de bispos, de patrícios, etc. (1).

As pessoas tornavam-se *alieni juris*, por outro lado, sujeitando-se à *potestas:* — pelo casamento com *manus*, quanto à mulher *sui juris*, com relação ao marido ou com relação ao *pater* do marido emquanto êle vivesse; — igualmente pelo casamento nas mesmas condições, quanto às mulheres *sui juris* dos filhos, netos, etc., com relação ao sogro, pai do sogro, etc.; — pelo nascimento em *iustae nuptiae*, vivendo o pai, que assim adquiria sôbre os filhos uma *potestas*, conseqüência da que tinha já sôbre a mãe; — e, finalmente, pela adrogação, forma especial de adopção dos *sui juris*, que assim como que se naturalizavam na família do adrogante. Em todos êstes casos as pessoas ficavam sujeitas à *potestas* em sentido lato de outras; tornavam-se *alieni juris* e, como conseqüência disso, o seu património absorvia-se no do

ples declaração perante as justiças (*emancipatio Justinianea*). De resto, desde o direito clássico que foi exigido, como condição para a emancipação, o consentimento ou, pelo menos, a não oposição do filho. Vid. Paulo, 2, 25, 5.

(1) Gaio, I, 150; Inst., I, 12, 4 e Nov. 81.

pater, constituíndo desta forma o objecto de uma verdadeira sucessão universal ou *successio per universitatem inter vivos*.

E, como se vê, se os *alieni juris* parecem ser assim, na sua condição e capacidade jurídica limitada, verdadeiros súbditos de um agregado político ou pequeno Estado que é a família, não o parecem menos quando se atenda aos modos por que tal condição para êles se estabelecia ou se extinguia e que afinal correspondem, fundamentalmente, aos modos pelos quais se adquire ou perde hoje a qualidade de cidadão de um Estado — o nascimento e a naturalização. Note-se apenas ainda que, na última fase do direito romano, estas condições das pessoas, embora subsistindo, todavia se transformaram sensìvelmente no seu conteúdo e nos seus efeitos, e isto justamente quando a família perdeu por completo os últimos vestígios da sua primitiva estrutura de organismo político, como melhor se verá quando for tratado do direito de família.

II — Idade

Noções gerais Uma outra causa modificadora da capacidade jurídica da pessoa é a idade. No direito romano, como em todos os direitos, o gráu de capacidade jurídica depende do gráu de desenvolvimento físico e intelectual do homem (1). E isto é de fácil explicação. Com efeito, se o direito existe não só como garantia de interesses, mas também como regra das acções humanas e elemento integra-

(1) Cód. civil port., arts. 97 e 98.

dor dos efeitos da vontade do homem, é evidente que êle presupõe necessàriamente a existência de um ser inteligente e consciente, capaz de querer e de saber o que quere; é evidente que uma completa capacidade jurídica há-de presupôr uma completa capacidade natural de vontade e, portanto, um certo gráu de maturidade física e intelectual na pessoa do homem. Antes disso, o direito existe já, sem dúvida, para êle como regra objectiva protectora dos seus interesses e fins humanos essenciais; mas a pessoa não pode ainda actuar por si voluntàriamente sôbre a ordem jurídica; não pode praticar ainda por si só actos jurídicos válidos em vista de um fim jurídico; assim como não tem ainda uma vontade para querer conscientemente, assim não tem ainda capacidade para exercer os seus direitos subjectivos ou, pelo menos, para os exercer a todos. Ora é precisamente sôbre estas considerações que assenta a conhecida distinção moderna entre as noções de *capacidade de gôzo* de direitos e *capacidade de exercício* dos mesmos, distinção que, embora não fôsse designada por estas expressões, contudo existia também já no direito romano.

A capacidade de gôzo de direitos é a susceptibilidade de direitos e obrigações em geral, ou a *caput*, de que temos tratado. Existe pelo simples facto da reünião na pessoa, qualquer que seja a sua idade, dos dois requisitos fundamentais da *libertas* e da *civitas*, e torna-se completa pela junção a êsses requisitos de um terceiro, que é o *status familiae* ou de *sui juris*. Reünidos êles, a pessoa tem, pelo menos teòricamente, no que respeita a sua actuação pessoal e directa, o *commercium* e o *conubium*; é um sujeito de direito.

A capacidade de exercício é a capacidade de

exercer por si e pessoalmente os seus direitos, isto é, a capacidade de actuar voluntàriamente sôbre a ordem jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos por meio de actos da sua vontade, ou ainda, por ex., a capacidade de contratar, de se obrigar, de transferir para outrém a propriedade, etc., a capacidade emfim de praticar negócios jurídicos.

E é justamente sob êste último ponto de vista da capacidade de exercício — a qual não é mais, de resto, do que um aspecto da personalidade jurídica em geral — que a idade tem a maior importância como causa modificadora da capacidade das pessoas.

A capacidade de exercício de direitos é, porém, ainda susceptível, quanto ao seu fundamento, de um duplo critério de determinação que convém salientar nesta altura como noção geral relativa a esta matéria. Com efeito, a capacidade de exercício, ou se funda directamente na *capacidade natural*, isto é, sôbre elementos puramente naturais e de facto, como a saúde, o desenvolvimento físico, o gráu de inteligência de uma pessoa determinada; e, neste caso, a sua atribuïção a essa pessoa depende necessàriamente da verificação dêsses elementos; ou se funda sôbre uma presunção da lei a êsse respeito e se chama nesse caso *capacidade civil*. É neste sentido que hoje se diz ser capaz o maior de vinte e um anos, como se dizia no direito romano desenvolvido ser capaz o púbere maior de 14. É que a lei, tendo em consideração uma média geral de casos tirada dos resultados da observação, parte do princípio de que, além dêsses limites (a maioridade dos vinte e um anos ou a puberdade), o homem em geral atingiu um desenvolvimento físico e intelectual que permitem considerá-lo capaz de exercer os seus direitos. A lei parte assim de uma presunção razoàvelmente fundada

para atribuír ao homem em geral a capacidade civil, embora pràticamente num ou outro caso excepcional tal presunção possa resultar infundada e a pessoa ser *naturalmente* incapaz.

Em resumo: a capacidade de exercício de direitos, quer fundada numa capacidade natural de facto, quer fundada numa mera capacidade civil teórica, assente numa presunção legal, pode achar-se separada da capacidade de gôzo na pessoa do homem. Êste pode ser sujeito de direito ou pessoa jurídica e não ter capacidade de exercício de direitos natural ou civil. Quando isto sucede, a pessoa tem direitos e pode até praticar actos materiais de que resultem efeitos jurídicos independentemente da vontade de quem os pratica, cómo, por ex. a ocupação de uma *res nullius*, certos factos ilícitos que responsabilizam, não obstante não ter o agente capacidade civil para se obrigar, etc. Mas o que não pode o incapaz, por via de regra, é praticar vàlidamente actos jurídicos em vista de criar conscientemente efeitos de direito em harmonia com a lei, isto é, praticar aquilo a que se chama modernamente negócios jurídicos.

Classificação das pessoas quanto à idade: púberes e impúberes

Sob o ponto de vista da idade, como critério para a determinação da capacidade civil, a distinção fundamental entre as pessoas, de que partia o direito romano, era a tradicional distinção das pessoas em *púberes* e *impúberes*. Esta distinção remontava ao mais antigo direito e tinha aí como fundamento, não directamente o diverso gráu de desenvolvimento intelectual e psicológico, mas o diverso gráu de desenvolvimento físico ou fisiológico aferido pelo desenvolvimento sexual. Os

púberes eram considerados capazes; os impúberes como incapazes do exercício de direitos; e a linha de separação entre êstes dois estados era, a princípio, não uma linha fixa assente sôbre a média de uma generalidade de casos, mas uma linha que variava de caso para caso. A maturidade sexual era, com efeito, um estado de desenvolvimento natural da pessoa que devia ser constatado mediante exame *(inspectio corporis)* em cada caso particular, servindo assim a capacidade natural de base a uma capacidade civil (1).

Contudo, e embora fosse assim durante muito tempo, a verdade é que desde cedo também se fixou — e talvez por razões de pudor e moralidade pública (2) — que a puberdade começaria para as mulheres com uma idade certa, os 12 anos. E o mesmo veiu a acontecer mais tarde com os homens para os quais, depois de larga controvérsia entre Sabinianos e Proculeanos, se veiu a fixar a idade dos 14 (3). Foi esta emfim a doutrina que prevaleceu no direito de Justiniano (4).

Esta divisão das pessoas em púberes e impúberes era, porém, rudimentar, e na sua demasiada simplicidade, ineidónia para servir só por si de fundamento a uma teoria mais progressiva sôbre a capacidade civil, como a reclamavam o desenvolvimento da vida económica e social e o interesse das pessoas. A experiência mostrou, por um lado, que não bastava declarar capazes os púberes para acautelar, no comércio jurídico, os seus legítimos interes-

(1) Inst., I, 22, pr.
(2) *Ibid.*, também proémio.
(3) Gaio, I, 196 e Ulpiano, 11, 28.
(4) Cod., V, 60, 3 e Inst., I, 22, pr.

ses contra todos os abusos por parte de pessoas mais experimentadas que com êles contratassem; e igualmente mostrou, por outro lado, que nem todos os impúberes eram do mesmo modo incapazes e insuscetíveis de vontade e discernimento. Daqui o ponto de partida para uma nova série de distinções e subdistinções na condição das pessoas, sob o ponto de vista da idade, que com o tempo se vieram pouco a pouco desenvolvendo e fixando até constituírem o fundamento de uma complexa teoria a êste respeito, como é a que encontramos no direito romano justinianeu.

Maiores e menores de 25 anos

No século II antes da nossa era uma lei, a *Lex Plaetoria* (191), marca o começo dêstes desenvolvimentos. Estabeleceu-se que todo o púbere menor de 25 anos que fosse ludibriado, na prática de quaisquer negócios jurídicos, por uma pessoa tendo mais do que essa idade, podesse promover contra ela um *iudicium publicum*, com o fim de lhe impor uma penalidade e obter a restituïção de tudo que lhe tivesse dado (1). E esta primeira garantia a favor dos púberes menores de 25 anos foi ainda posteriormente reforçada com a doutrina, estabelecida pela jurisprudência, de que todo o menor nas mesmas condições poderia repelir a acção e o direito do *circumscriptor adolescentis* que o demandasse com uma excepção fundada na mesma lei *(exceptio legis Plaetoriae)* (2). Partia-se assim do princípio de que havia dolo por parte da

(1) Veja Cicero, *de off.*, 3, 15, 61 e *Philip.*, 14, 57. Cfr. Dig., IV, 4, 16, 1 e ainda Cicero, *de nat. deorum*, 3, 30, 74.

(2) Dig., 44, 1, 7, 1.

pessoa que ludibriava o menor com pedir-lhe aquilo que depois seria forçado a restituír-lhe no *iudicium publicum* contra o *circumscriptor* (1). E não se ficou por aqui; mas, continuando a mesma jurisprudência, o pretor veiu ainda reforçar, pelos fins da República, a protecção concedida ao menor, prometendo dar-lhe, no seu edito, uma *restitutio in integrum* para considerar rescindidos todos os negócios jurídicos a respeito dos quais se provasse ter o menor sido prejudicado fraudulentamente por um maior de 25 anos *(restitutio in integrum propter minorem aetatem)* (2).

Com todas estas disposições estava fundada a distinção legal dos púberes em maiores e menores, mas nem por isso ficava abolido o velho princípio da capacidade dos púberes. Estes continuaram, pois, a ser considerados em princípio capazes, salvo o recurso aos expedientes referidos para prevenir os resultados da sua inexperiência. Mas, justamente, a existência de tais expedientes criados no interesse dos menores oferecia também para êles um grave inconveniente; e era que os terceiros que deveriam entrar em relações jurídicas com os menores de 25 anos se abstinham disso as mais das vezes, temendo verem rescindidas depois as obrigações por êles assumidas. Para afastar êste inconveniente estabeleceu-se na vida

(1) *Dolo facit qui petit quod statim redditurus est.*

(2) Dig., IV, 4, 1. A *restitutio in integrum* constitui para o menor um favor que o pretor lhe concederá, se o achar oportuno e justo; conceder-lho há, se o menor tiver sido lesado em virtude do acto e da sua própria inexperiência, e, em segundo lugar, se a acção fôr pedida dentro de um ano útil (ou de quatro, no direito de Justiniano). Cfr. Dig., *hoc. tit.*, 11, 4 e Cod., 2, 52, 7.

social o costume de os menores de 25 anos se fazerem assistir de um curador *(curator)* nomeado pelo magistrado e que, com a intervenção do seu conselho e aprovação no acto de celebração dos diversos negócios jurídicos do menor, constituía uma garantia para o terceiro contra todas as possíveis rescisões dêsses negócios (1). Nestes termos ficou pois regulada a matéria de capacidade civil dos púberes menores de 25 anos, desde os fins da República e através dos tempos clássicos até Diocleciano.

Essa capacidade era um princípio assente. Todavia o menor gozava do benefício da *lex Plaetoria* e da *in integrum restitutio* do pretor para se garantir contra a má fé de terceiros. E, finalmente, êstes últimos encontravam também na intervenção dos curadores dos menores uma garantia contra as veleidades dêstes e um factor de confiança na realização do seu comércio jurídico com êles.

No tempo do imperador Diocleciano, porém, decidiu-se finalmente que, sempre que o menor tivesse um curador nomeado, seriam nulos todos os actos jurídicos produtivos de obrigações ou de alienação de direitos praticados por êle sem o consenso do curador (2). Mas subsistiu a doutrina anterior quanto aos menores sem curador, não se impondo a nenhum menor que o tivesse. E então, como o caso de

(1) Em alguns casos era obrigatória a nomeação dêste curador; ex.: Inst., I, 23, 2; Dig., I. 7, 8; Cod., IV, 4, 7, 2 e Cod., V, 31, 1 e 7.

(2) Cod., II, 21 (22), 3. Ao púbere menor foi, porém, sempre reconhecido o direito de fazer testamento, de servir de testemunha no testamento de outrém e de contrair matrimónio (ocorrendo autorização do pai) mesmo independentemente de o menor ter ou não curador nomeado.

menores sem curador se foi tornando cada vez mais raro, não tardou em se definir a doutrina, já em vigor antes de Justiniano, da incapacidade do menor e da necessidade da curatela geral *(cura minorum)* com funções cada vez mais similhantes às da tutela dos impúberes. Esta evolução já se achava bastante adiantada antes de Justiniano, mas Justiniano completou-a abandonando assim o princípio do direito clássico da capacidade dos púberes, e ao mesmo tempo fixando o comêço dessa capacidade aos 25 anos. Substituiu-se assim definitivamente o critério do desenvolvimento sexual pelo do desenvolvimento intelectual como base da capacidade civil (1).

Venia aetatis Como correctivo, porém, a esta doutrina que, ao contrário da antiga, tinha o inconveniente de deixar para muito tarde o comêço da capacidade, estabeleceu-se desde os fins do período clássico o instituto da *venia aetatis*, regulado sobretudo por Constantino e por último também por Justiniano (2). Em virtude dêste instituto, foi possível aos menores de vinte e cinco, mas depois de atingidos pelo menos os vinte ou os dezoito, consoante se tratava de homens ou mulheres, obterem a plena capacidade civil, desde que podessem provar suficiente discernimento e boa conduta. Neste caso, concedida pelo imperador a *venia aetatis*, os menores podiam praticar só por si, e sem mais gozarem

(1) Era esta doutrina uma consequência do facto de, no tempo de Justiniano, todo o menor de 25 anos dever ter necessàriamente um curador; vid. Dig., 23, 3, 61, pr. e Dig., 4, 4, 1, 3. Cfr. também, no mesmo título, o fr. 2, 3.

(2) Dig., 4, 4, 3, pr. e Cod. 2, 44, 1.

do benefício da *lex Plaetoria* ou das restituïções por inteiro, todos os negócios jurídicos quer lucrativos quer onerosos, exceptuadas apenas as doações e as alienações de prédios compreendidas na *oratio Severi*. Numa palavra: os menores de 25 anos vieram a achar-se no direito justinianeu, e salva sempre a hipótese de obterem a *venia aetatis*, na condição dos impúberes não infantes na época clássica, exceptuados apenas para os primeiros a capacidade de fazerem testamento, a de servirem como testemunha num testamento alheio e a de contraírem matrimónio.

Infantes e infantiae maiores

Se, pois, a categoria das pessoas púberes se tinha desdobrado nas duas de maiores e menores de 25 anos desde o tempo da República, convém notar que também a categoria dos impúberes se desdobrou por sua vez, desde os tempos clássicos, em duas outras possuindo uma diferente condição quanto à sua capacidade civil.

Com efeito, se poude notar-se desde cedo que nem todos os púberes eram igualmente capazes, também a experiência não tardou em mostrar que nem todos os impúberes eram igualmente incapazes. E neste ponto foi a distinção entre os *infantes* e os *infantiae maiores* e a dêstes em impúberes *infantiae proximi* e *pubertati proximi* que veio servir de fundamento a novos e diferentes gráus de capacidade ou incapacidade civil entre as pessoas.

Eram *infantes* os impúberes que ainda não sabiam falar *(qui non fari possunt)* e eram *infantiae maiores* os restantes que, sabendo falar, não tinham atingido ainda os doze ou catorze anos completos.

Quanto, porém, à linha que separava êstes dois estádios da vida — aqui, como a respeito da anterior distinção entre púberes e impúberes — não houve durante muito tempo um critério definido. Durante todo o período clássico não se fixou um limite legal de idade que os separasse; pelo contrário, tal limite variava de caso para caso, dependendo a sua determinação sempre de uma averiguação de facto. Deve, porém, notar-se que a circunstância de o impúbere saber já falar, ou não, era naturalmente apreciada, não com um critério material, mas com um critério mais largo, atendendo-se mais ao facto de o impúbere ligar já sentido às palavras que pronunciava do que ao facto de as poder articular materialmente.

Era, emfim, o aparecimento da razão que se tomava como limite a separar a primeira infância da segunda, e não foi senão esta a doutrina que Justiniano consagrou, quando mais tarde fixou definitivamente a idade dos 7 anos como limite da *infantia* pròpriamente dita (1). E, então, até aos 7 anos todos os impúberes foram considerados *infantes* e, dessa idade até aos 12 ou 14 (puberdade), *infantiae maiores*.

Mas a categoria dos *infantiae maiores* foi também subdividida empiricamente, desde os tempos clássicos, nas dos impúberes *infantiae proximi* e dos impúberes *pubertati proximi*, consoante o impúbere tinha apenas ultrapassado a infância ou se achava já próximo da puberdade.

Ora convém notar que a importância destas distinções assentou sempre, desde os tempos clássicos,

(1) Dig., 23, 1, 14 e 26; 7, 1, 2. Cfr. Cód., VI, 59, 18, pr. e § 4.

no diferente grau de incapacidade civil que feria estas categorias de impúberes. O antigo direito tinha, como se viu, conhecido apenas a rudimentar distinção das pessoas em púberes e impúberes, estabelecendo como princípio, de um modo geral, a capacidade dos primeiros e a incapacidade dos segundos. Agora, porém, o direito foi outro. Quanto aos *infantes*, continuou vigorando a regra da sua absoluta incapacidade (1). Quanto aos *infantiae maiores* em geral, impúberes *pobertati proximi*, e até, mais tarde, quantos aos *infantiae proximi*, foi-se estabelecendo pelo contrário o princípio de que a sua incapacidade era só parcial. Entendeu-se — por outras palavras — que êstes impúberes, já dotados de razão, gozavam de uma certa capacidade embora incipiente, em virtude da qual podiam praticar só por si, pessoalmente, todos os actos jurídicos lucrativos e só não podiam praticar aqueles que tornassem a sua condição pior. Isto é: tudo que fôssem actos jurídicos aptos a tornarem melhor a sua condição, pelos quais se dá o aumento do património, como a aquisição de propriedade ou outros direitos reais, a aquisição de créditos, a libertação de obrigações, etc. podiam ser praticados pelo impúbere pessoalmente. Tudo, porém, que fôssem actos podendo tornar a sua condição pior e diminuir o património, como alienações, a contracção de obrigações, a renúncia a quaisquer direitos, êsses eram vedados ao impúbere que só os poderia praticar com a intervenção do tutor (*tutore auctore*) (2). No direito de Justiniano todos os

(1) Gaio, III, 109; Inst, III, 19, 10; Dig., 9, 2, 5, 2; 50, 16, 59 e 22, 1, 14.

(2) Inst., I, 21, 1 e Dig., 19, 1, 15, 29; Dig., 15, 7, 38 e 46, 5, 15; etc.

infantiae maiores estão nesta condição que no direito clássico teria começado por se estabelecer só para os *pubertati proximi*. E, quanto a êstes, enfim, deve dizer-se que a única particularidade que os distinguia, ainda então, dos outros *infantiae maiores*, ou os *infantiae proximi*, era apenas o facto de só êles poderem responsabilizar-se pelos seus delitos, sendo já *iniuriae vel doli capaces*, ao passo que êstes últimos são considerados irresponsáveis e insusceptíveis de se obrigarem mesmo *ex delicto* (1).

Em resumo: na última fase do direito romano as pessoas dividem-se, fundamentalmente (no ponto de vista da capacidade civil segundo a idade) em maiores e menores de 25 anos. Os maiores são plenamente capazes. Os menores são incapazes, mas não plenamente. Podem praticar por si todos os actos jurídicos lucrativos; não podem praticar os onerosos sem o *consensus* do seu curador, tendo porém plena capacidade para testar, servir como testemunha em actos solenes e contraír matrimónio desde que tenham atingido a puberdade.

Dentro da categoria dos menores subsistem as antigas distinções de *púberes*, *impúberes* e *infantes*, mas estas distinções perderam uma grande parte da sua importância. Póde dizer-se que, equiparados cada vez mais os menores de 25 anos aos impúberes, a importância da distinção entre uns e outros, afóra a responsabilidade *ex delicto* (que continua a não existir para os *infantiae proximi*), reside toda essencialmente na diversidade dos dois institutos que servem para suprir essas incapacidades, a *tutela* e

(1) Dig., 9, 2, 5, 2; Dig., 47, 2, 23 e Dig., 48, 10, 22. Cfr. Cód., IX, 24, 1.

a *cura*, mas que tendem cada vez mais também a aproximar-se.

Suprimento da incapacidade em razão da idade

Tanto a absoluta incapacidade dos *infantes* como a incapacidade relativa dos *impúberes* e dos menores de 25 anos, era suprida, na realização da sua vida jurídica, por dois institutos fundamentais no estudo desta matéria e dos quais um remonta às XII Táboas, a *tutela*, e o outro aos últimos séculos da República, a curatela dos menores ou a *cura minorum*.

Tutela

A tutela era a instituïção destinada a suprir a incapacidade dos impúberes *sui juris*, isto é, a sua incapacidade na falta para êles de *patria potestas*. É evidente que emquanto a pessoa do impúbere se achava sujeita ao *paterfamilias*, sendo incapaz, não era necessário providenciar ao suprimento dessa sua incapacidade, visto toda a sua vida jurídica se achar, para assim dizer, dependente e absorvida na do *pater*, como se viu. Em igual situação se achavam, de resto, também os púberes emquanto o pai vivesse. Mas, por morte do *paterfamilias*, ou por um facto similhante que determinasse a extinção do pátrio poder, o caso mudava de figura e, não tendo ainda o impúbere capacidade para se administrar e prover por si a sua vida jurídica, daí vinha que numerosos interesses, não só seus, como da família a que êle pertencia, reclamavam que a suprir essa incapacidade lhe fôsse dado um tutor (1). E a tutela não era mais,

(1) Gaio, I, 142.

por isso, justamente, do que um poder sôbre o *impúbere*, similhante à *patria potestas*, que era dado a alguém nestas condições para o proteger e defender (1).

Um tal poder *(ius ac potestas)*, porém, tendo começado por ser no antigo direito, como era natural, um poder todo decalcado sôbre a *patria potestas* e, portanto, mais organizado no interesse da família do que no do impúbere, tornou-se depois, no decurso da evolução histórica e de harmonia com a evolução sofrida pela instituïção familiar, num poder de exclusiva protecção dos interesses patrimoniais do pupilo *sui juris* e é como tal que nós o encontramos já concebido no período clássico.

Várias eram as formas por que podia ser criada a tutela dos impúberes e vários os poderes que, criada ela, vinham a pertencer ao tutor sôbre o pupilo, como vários eram os modos pelos quais a tutela se extinguia.

Modos de constituïção

De harmonia com o primitivo carácter da tutela, segundo ficou indicado, êste modo de suprir a incapacidade dos impúberes podia originàriamente ser criado ou pelo testamento ou pela lei. Assim como eram êstes dois os modos pelos quais se regulava a sucessão da famí-

(1) Dig., 26, 1, 1 e Inst., 1, 13, pr.: *ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum (eamve) qui propter aetatem (vel sexum) sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.* As palavras entre parentesis são consideradas como voluntàriamente omitidas pelos compiladores por se referirem à tutela das mulheres que tinha deixado de existir no tempo de Justiniano.

lia romana, assim eram êles também os modos por que se podia prover à condição dos impúberes *sui juris*, visto o poder sôbre êles ser então mais um direito e uma vantagem para o seu titular do que um dever e um encargo (*munus publicum*) no interesse dos pupilos, como foi mais tarde (1). Ora a *tutela testamentaria* ou deferida no testamento do *pater* aparece-nos por isso, justamente, e desde o mais antigo direito, como sendo a forma por excelência de criar essa instituïção, sujeita portanto às mesmas formalidades e princípios estritos que vigoravam para o testamento como o modo mais importante de regular a sucessão da família.

Mas, assim como ao lado da sucessão testamentária havia a sucessão legítima fundada na lei para o caso de não haver testamento, assim ao lado da tutela testamentária havia, desde o mais remoto tempo, a *tutela legitima*. E esta era também pela lei deferida aos mesmos parentes aos quais se deferia a sucessão hereditária *ab intestato* e, portanto, ao agnado próximo ou, na sua falta, aos *gentiles* (2).

Estas formas de instituír a tutela eram, pois, a expressão da idea que fazia vêr no poder do tutor sôbre o pupilo mais um direito do que um encargo, e na própria tutela mais um interesse da família do que do impúbere. Contudo, à medida que esta idea foi sendo substituïda pela idea do interesse do pupilo e do *munus publicum*, a tutela legítima foi caíndo em desuso e em seu lugar criada, ainda antes do século II a. C., uma nova forma de tutela que foi a *tutela dativa*. Esta, criada por uma *lex Atilia*, de data

(1) Inst., I, 25, pr. *nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse.* Cfr. Inst., I, 17, 1 e Dig., 50, 4, 1.

(2) Gaio, I, 144 e seg. e 155 e seg.

incerta, consistiu na nomeação de um tutor feita pelo magistrado a pedido do impúbere ou dos interessados na conservação do seu património e desde que êle o não tivesse nomeado por testamento ou designado pela lei (1). Foi esta a forma de tutela que durante os fins da República e começos do Império permitiu aos magistrados levarem a cabo a reorganização dêste instituto, adaptando-o pouco a pouco, através do período clássico, à sua nova finalidade social.

Poderes do tutor

Mais importante do que conhecer os modos pelos quais a tutela era instituída é, porém, conhecer quais os poderes dos tutores, para o efeito de compreender como ela servia ao suprimento da incapacidade dos impúberes. Como se viu, os impúberes ou eram absolutamente incapazes (caso dos *infantes*) ou só o eram parcialmente gozando já de uma incipiente capacidade civil (caso dos *infantiae maiores*). Ora os poderes e as funções do tutor eram necessàriamente diferentes, consoante o pupilo era um *infans* ou um *infantiae maior*.

A gestio

No primeiro caso o pupilo não tinha qualquer gráu de capacidade e, assim, o tutor, para realizar o seu interesse jurídico e administrar o seu património, tinha que se lhe substituir por completo praticando êle próprio todos os actos jurídicos que interessavam ao incapaz; e isto, tanto a respeito de actos lucrativos como de actos onerosos, de actos de aquisição como de alienação patrimonial. É ao

(1) Gaio, I, 185 e Ulpiano, 11, 18.

que se chama a *gestio* ou *negotiorum gestio* do tutor. No exercício da sua *gestio*, o tutor administra, ora adquirido a propriedade ou outros direitos reais, ora aceitando sucessões, ora contraíndo obrigações (1). Mas, justamente, convém notar que o tutor, exercendo a gestão, como representante social do pupilo, todavia não foi considerado no antigo direito como um seu representante legal; isto é, os efeitos dos seus actos jurídicos, embora praticados no interesse do pupilo, não o foram também em seu nome mas apenas no nome dêle tutor, nem por conseguinte se estenderam desde logo à pessoa do pupilo.

O tutor comprando, adquirindo bens ou direitos, ou obrigando-se, nem por isso tornava directamente o pupilo proprietário, crèdor ou devedor, sendo êle próprio quem ficava constituído nessas situações ou *status* legais. E isto compreende-se fàcilmente, tendo em vista mais uma vez que, originàriamente, o tutor não fazia mais do que exercer um direito seu, o direito de tutela, e por isso como que administrava interesses seus. Emquanto assim sucedia, foi necessário, para que o resultado e os efeitos jurídicos de tais actos se estendessem à pessoa do pupilo, que posteriormente interviessem novos negócios jurídicos entre o tutor e o pupilo atribuindo-lhos. E, geralmente, era no fim da tutela, na ocasião de prestar contas da sua administração, que o tutor se indemnizava pelas obrigações contraídas no interesse do seu tutelado e lhe transferia a propriedade e os aumentos patrimoniais conseguidos durante a sua gestão. Contudo, o princípio que excluía no antigo direito a representação legal directa nas relações entre o tutor e o pupilo foi mais tarde revogado, quando, desenvolvida no direito clássico e justinianeu a doutrina da representação (1), se admitiu emfim que os negócios jurídicos celebrados pelo tutor produzissem desde logo os seus efeitos na pessoa dos pupilos. E assim pode dizer-se que já no direito clássico, senão ainda antes, o tutor era um verdadeiro representante legal do impúbere, uma vez que, contraídos aí embora os diferentes negócios jurídicos no interesse do impúbere, mas em nome do tutor, todavia o pretor concedia, depois de terminada a tutela, aos terceiros contratantes e ao impúbere entre uns e outros, certas acções úteis, como se o tutor fôsse já um verdadeiro representante dêste último. Vê-se, pois, como eram grandes os poderes que tinha o tutor na sua *gestio* fazendo-a assimilhar-se à *patria potestas* que vinha substituir.

Foi só no direito clássico que esses poderes foram sendo diminuídos, à proporção que se ia dando a modificação já indicada no conceito da tutela e dos seus fins sociais (2). E neste sentido não foi pequena a limitação que sofreram os poderes de gestão do tutor, quando, em 195, foi proïbido por um senatusconsulto notável, de Septímio Severo (*oratio Severi*), que os tutores pudessem alienar os *praedia rustica vel suburbana* dos seus pupilos sem autorização do magistrado

(1) Dig., 26, 7, 1, 2 e frag. 7, § 3, bem como frags. 10, 22 e 25. Vid. também Dig., 26, 9, 7; Dig., 14, 5, 5, 9 e Cod., v, 51, 12, 2. Na época clássica era prática habitual, a fim de suprir a incapacidade do pupilo, fazer intervir por êle no negócio um seu escravo que era quem estipulava, adquirindo para o pupilo, seu *dominus* (Dig., 46, 6, 6); mas êste sistema foi de todo abandonado na época justinianea.

(1) Vid. *infra*, cap. IV, Representação da vontade.

(2) Dig., 40, 2, 24; 41, 4, 7, 3 e 26, 7, 12, 1.

— disposição que depois Constantino tornou estensiva aos prédios urbanos e mais coisas de grande valor compreendidas no património (1).

Auctoritas do tutor Não era, porém, só a gestão ou *gestio* que constituía a essência das funções do tutor na administração da tutela. Como se viu, o pupilo podia também ser um *infantiae maior* e, como tal, ter desde logo uma incipiente capacidade civil. E neste caso a função do tutor, em vez de ser a de se lhe substituír, como no caso anterior, era antes a de lhe completar essa sua deficiente capacidade colaborando com êle na celebração de todos os negócios jurídicos de carácter alienatório ou oneroso. Ao passo que neste caso o pupilo tinha, como já se disse, capacidade para praticar sósinho e sem a intervenção do tutor todos os negócios lucrativos, carecia dessa intervenção ou colaboração para os onerosos ou de responsabilidade para o seu património. E era essa intervenção ou colaboração que se chamava a *auctoritas* ou *auctoritatis interpositio* (2). Aqui o tutor não celebrava o negócio jurídico pelo pupilo substituíndo-se-lhe, nem tão pouco se limitava a autorizar ou a ratificar, mas tomava parte com o pupilo na celebração do negócio, estando presente e outorgando nele, como se a sua actividade fôsse a de uma verdadeira colaboração com o impúbere; sem esta colaboração o negócio seria nulo (3).

(1) Dig., 27, 9, 1, §§ 1 e 2 e Cod., v, 37, 22. §§ 6 e 7.

(2) Gaio, II, 84; Inst., I, 21 e Dig., 26, 8, 5, 1.

(3) Dig., 26, 8, 5, 2: *tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit.*

Modos de extinção da tutela Finalmente, a tutela extinguia-se, entre outras cousas: pela passagem do pupilo à puberdade aos 12 ou 14 anos completos; pela renúncia do tutor à tutela, no caso de ser ela testamentária ou legítima (emquanto a tutela foi concebida como um direito, ela era livremente renunciável); por escusa ou dispensa *(excusatio)* na tutela dativa *(munus publicum)* e, mais tarde, a respeito de todas as formas de tutela; emfim, pela remoção oficiosa do tutor, no caso de êle ser justificadamente acusado de desonestidade mediante a *accusatio suspecti tutoris* (1).

Em qualquer dêstes casos, devia ter lugar, extinta a tutela, a prestação de contas pelo tutor A prestação de contas, porém, que só tarde se estabeleceu (pelos fins da República) coïncide com a transformação já conhecida da tutela de direito em dever e *munus publicum*, tendo sido então criada para êste

(1) A morte do tutor, a morte do pupilo, a *capitis deminutio maxima* ou *media* do primeiro, ou mesmo a *mínima* no que respeita ao tutor legítimo, e ainda a verificação de uma cláusula condicional ou de termo a que a tutela estava sujeita, são evidentemente outras tantas causas que a fazem extinguir; e é claro que em todos êstes casos, excepto no segundo, tem lugar a instituïção de uma nova tutela. Quanto aos motivos legítimos de excusa a alegar por parte do tutor, basta notar que êles foram variadíssimos através dos tempos. No direito de Justiniano, porém, os principais foram: o facto de ter três, quatro ou cinco filhos vivos ou mortos na guerra (Dig., 27, 1, 18); o facto de ser administrador do fisco; o estar ausente no serviço da República; o ser pobre, doente ou iletrado; ter mais de 70 anos ou menos de 25 (esta última, razão de incapacidade e não de excusa no direito justinianeu); e, finalmente, o serviço nas fileiras ou no exercício de certas profissões. O motivo de excusa devia ser invocado nos cincoenta dias seguintes à instituïção da tutela; Inst., I, 25, 16.

fim a *actio tutelae* (1). Com esta acção, infamante para o tutor que nela decaísse, podia o pupilo obter emfim a entrega e restituïção de todos os seus bens com os aumentos experimentados *(cum omni causa)* e uma indemnização pelos prejuízos sofridos por dolo ou culpa do tutor, que deveria usar na sua administração da diligência e cuidado do bom *paterfamilias* (2). De resto, não se ficou por aqui, no direito romano, em matéria de garantias para o pupilo contra o seu tutor.

A *actio tutelae*, que a princípio só era intentável contra o tutor que de facto tivesse gerido, foi depois admitida ainda contra o que, sem razão justificável, se tivesse abstido da gestão. O tutor, com efeito, ficava obrigado desde logo à gestão depois de nomeado, uma vez que, tendo conhecimento da nomeação, não apresentasse dentro de certo prazo legítimo motivo de excusa (3). Aumentaram-se também ainda, no período clássico, as garantias do pupilo com a obrigação imposta ao tutor de garantir antecipadamente mediante caução a prestação de contas (1). Foi dada subsidiàriamente ao pupilo uma acção contra os magistrados que tivessem nomeado tutores dativos insolventes (3). O pupilo foi considerado crèdor privilegiado do tutor, podendo satisfazer-se sôbre os seus bens, na *actio tutelae*, de preferência a todos os outros crèdores não hipotecários (3). Foi imposta ao tutor a obrigação de fazer inventário dos bens do pupilo no momento em que assumia a tutela (4). E, finalmente, foi concedida ainda mais tarde ao pupilo, no tempo de Constantino, um direito de hipoteca tácita sôbre os bens do tutor e êste foi obrigado por Justiniano a prestar juramento de bem gerir a tutela e a declarar os créditos e débitos, existentes ao tempo que começava a gestão, entre êle e o pupilo (5). Vê-se pois que era, na última fase do direito romano, o interesse do impúbere e só o interesse do impúbere que constituía a finalidade social da tutela.

(1) A prestação de contas era a mais grave das obrigações que impendiam sôbre o tutor, sobretudo desde que a tutela passou o ser um *munus* público e um dever antes que um direito. Comquanto só nos fins da República tenha sido criada esta acção *(actio tutelae)*, todavia note-se que já no antigo direito havia, desde as XII Tábuas, duas outras acções, embora não tão eficazes, para obrigar o tutor a assumir uma responsabilidade. Eram elas: a *accusatio suspecti tutoris*, e a *actio de rationibus distrahendis*, acção penal com a qual o pupilo defraudado podia pedir ao tutor o dôbro do dano sofrido (Dig., 26, 7, 55, 1 e 27, 5, 1, §§ 20 e 25). Ambas estas acções defendiam apenas o pupilo contra os efeitos de certos actos do tutor, mas não lhe impunham a obrigação de uma prestação geral de contas, como impôs a *actio tutelae*.

(2) Dig., 27, 3, 1, pr.; Dig., 26, 7, 39, 7 e *hoc titulo*, fr. 55.

(3) Frag. Vatic., 155.

Cura minorum Uma instituïção diferente desta, sobretudo no seu início, foi, porém, a curatela dos menores de 25 anos ou a *cura minorum*, a que já acima se fez referência. Criada como meio de remediar os inconvenientes nascidos para os menores por efeito da *lex Plaetoria*, a curatela foi inicialmente apenas uma instituïção de facto.

Nem o menor, com efeito, era obrigado a pedir

(1) Gaio, I, 199-200 e Inst., I, 24.
(2) Cod., V, 75, 5.
(3) Dig., 26, 7, 42.
(4) Cod., V, 1, 15 e 24.
(5) Cod., 57, 22 e Nov., 72, c. 2.

um curador ao magistrado; nem o curador nomeado adquiria quaisquer poderes gerais de administração, sendo antes um curador especial ou curador *ad hoc* para cada negócio jurídico que o menor queria realizar; nem o *consensus* dêste curador estava sujeito a condições de forma; nem, finalmente e segundo todas as probabilidades, a intervenção do curador privava o menor de poder recorrer legalmente ao benefício da lei *Plaetoria*. A intervenção do curador, sendo um expediente sugerido pela prática, não ofereceria ao terceiro contratante mais do que uma garantia de facto contra as veleidades do menor. As suas funções eram puramente de índole social e moral, não indo mais longe do que isto: aconselhar o incapaz e oferecer ao terceiro um elemento de confiança no seu comércio jurídico com os menores. E o mesmo se diga do carácter da curatela segundo o edito do pretor e com relação às condições exigidas para a restituïção por inteiro. Mas como foi dito, nenhum dêstes remédios ou paliativos fornecidos pela lei e pela jurisprudência à incapacidade natural dos menores de 25 anos afectaram, durante o período clássico, o princípio teórico da absoluta capacidade civil dos púberes.

Mas a curatela dos menores não ficou por aqui no seu desenvolvimento como instituïção social. Desde que a experiência feita com ela desde a *lex Plaetoria* dava bons resultados, ela não tardou em converter-se em verdadeira instituïção jurídica. E então, pode dizer-se, que o seu desenvolvimento coïncide com o reconhecimento progressivo da incapacidade dos menores na vida social. Tendendo-se para assimilar, portanto, o menor de 25 anos ao impúbere, tendeu-se necessàriamente para assimilar a curatela à tutela; e assim a primeira, de facultativa e especial, não tardou em tornar-se nos tempos post-clássicos em obrigatória e geral. Ao fim de algum tempo, e talvez já na época clássica, havia já um grande número de casos em que o terceiro podia exigir que o menor se fizesse assistir de um curador (1). Depois, êstes e outros curadores fôram passando a exercer as suas funções de uma maneira permanente junto do menor, não se limitando a interpôr o seu *consensus*, mas administrando êles próprio o património dos seus pupilos, embora aqui não se possa precisar o início e os consecutivos termos desta evolução. Finalmente, no direito justinianeu, ela está já consumada e a curatela é então uma instituïção obrigatória geral e permanente; todos os menores de 25 anos estão sujeitos a ela (2). O curador administra o património do menor nos mesmos termos em que o tutor administra o do impúbere *sui juris* mediante a interposição da sua *auctoritas*. O *consensus curatoris* é similhante à *auctoritas tutoris*. O menor, como o impúbere, tem apenas uma capacidade limitada. Pode praticar por si todos os actos jurídicos que tornem a sua condição melhor; não pode praticar, sem o *consensus* do curador, aqueles que tornem a sua condição pior.

De resto, não se limitou só a isto a assimilação da curatela à tutela: várias disposições de lei foram gradualmente purificando ambos estes institutos sob certos pontos de vista. Assim foram tornadas extensivas à curatela as numerosas *excusationes* ou motivos de excusa legítima próprios da tutela (3); os mesmos limites impostos aos poderes dos tutores sôbre a administração dos bens dos pupilos impú-

(1) Vid. *supra*, pág. 141 e seg.
(2) Dig., 23, 5, 61, pr. e 4, 4, 1, 3.
(3) Frag. Vatic., 128-147.

beres foram impostos à administração dos curadores. O curador foi obrigado, como o tutor, a prestar caução (1). O menor, como o impúbere, teria tido uma acção subsidiária contra o magistrado culpado da nomeação de curadores ineidónios ou insolventes. Finalmente, a acção do menor contra o curador, *actio negotiorum gestorum utilis*, foi equiparada à *actio tutelae* para obter com ela a prestação de contas, não só contra o curador que tivesse administrado como contra aquele que não tivesse.

Em resumo: a *cura minorum* aparece no direito romano desenvolvido como uma continuação da tutela. Surge onde acaba a tutela, continuando a sua função de suprir a incapacidade das pessoas em razão da idade até aos 25 anos completos. Só ao direito posterior e moderno havia de pertencer fundir completamente os dois institutos num só, fazendo emfim da tutela dos impúberes e da curatela dos menores a única tutela hoje existente ou a tutela dos menores de 21 anos. Sem dúvida, tal fusão estava já materialmente mais do que preparada no direito romano justinianeu; mas aqui, como a respeito de muitos outros institutos, o que se vê é o direito romano acolher durante muito tempo institutos diferentes e com diversa origem, embora afins no intuito social que teem em vista, conservá-los aproximando-os e completando-os um pelo outro, e afinal considerá-los formalmente distintos ainda quando aliás, na essência das coisas, eles já se fundiram há muito num instituto único.

(1) Gaio, I, 199.

III — Sexo

Noções gerais O sexo foi, sobretudo no antigo direito de Roma, outra importante causa de incapacidade civil, causa tanto de incapacidade ao gôzo de muitos direitos, como principalmente do seu exercício. O direito romano representa neste ponto o pólo oposto das doutrinas do nosso feminismo moderno. É esta uma particularidade dêsse direito das que mais chocam hoje o nosso sentimento jurídico. Como dizia Catão, quási dois séculos antes de Cristo; «*maiores nostri nullam ne privatam quidem rem agere fœminas sine tutore auctore voluerunt*» (1).

As mulheres, com efeito e como se viu já, ou se achavam *in patria potestate*, ou *in manu mariti*, ou, se eram *sui juris*, sob a tutela dos seus agnados — *in tutela agnati*. E esta tutela era perpétua e, na sua organização, similhante à dos impúberes (*fœminae in perpetua tutela sunt*); ao passo, porém, que a dos impúberes terminava com a puberdade, a das mulheres não terminava nunca (2). Privadas do gôzo de todos os direitos políticos e incapazes de tomar parte, portanto, em quaisquer actos da vida pública (*foeminae ab omnibus oficiis civilibus vel publicis remotae sunt*, como escrevia Gaio (3), elas tinham além disso uma capacidade limitada no que respeita ao direito privado. A fragilidade do seu sexo (*imbecilitas*) e

(1) Tito Livro, 24, 2, 11.

(2) Gaio, I, 144: *cuiuscumque aetatis sint et tum quoque cum nuptae sint.* Cfr. *ibid.* §§ 157, 165, 166 e Ulpiano, XI, 18.

(3) Gaio, II, 80-85 e 85.

certamente a convicção sôbre a inferioridade da sua inteligência com relação à do homem *(levitas animi)* levaram o direito romano a esta doutrina, que hoje o direito moderno não perfilha e que já os romanos do período clássico achavam estranha e especiosa (1). Contudo, não era um intúito de desprimor fundado no egoísmo masculino, ou uma razão mística, mas um intúito de protecção ao sexo frágil e de protecção à família que levava o direito a ferí-lo com esta incapacidade civil, assim como não era um espírito brutal de violência mas uma exigência da organização familiar que, dentro de família, colocava a mulher sob a *manus* e no lugar de filha do marido.

Sob o ponto de vista do direito privado, a mulher *sui juris* não podia, pois, praticar por si quaisquer negócios jurídicos sem a intervenção do seu tutor agnado. Se ela é *infans*, êste exercerá a sua *gestio* nos termos em que a exerce o tutor dos restantes impúberes *infantes;* se é *infantiae major* ou púbere, então o tutor exercerá a sua *auctoritas*, como a respeito dos impúberes masculinos, ultrapassada a infância. A mulher *infantiae major* ou púbere poderá, portanto, realizar por si os actos jurídicos lucrativos ou de aumento patrimonial e carecerá para os outros da intervenção do seu tutor (2). Mas esta

(1) Gaio, I, 190: *foeminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera.* Cfr. Ulp. 11, 1.

(2) Esta tutela é deferida, como a dos impúberes, a tutores testamentários, legítimos ou dativos, e, na primitiva concepção que a fundamenta, ela é tanto um direito, que é atribuída aos tutores legítimos ainda quando estes sejam ausentes, impúberes, loucos, etc. Mas aqui, diferentemente do que se dá com a tutela dos impúberes, o tutor da mulher pode ceder a outrém o seu direito de tutela, dando-a a um outro tutor chamado *tutor cessicius*, cujos poderes se extinguiam com os do cedente (Gaio, I, 168-170).

doutrina não se manteve muito tempo em vigor no que diz respeito à mulher púbere.

Desde os fins de República e começos do Império o princípio da incapacidade das mulheres começa a perder terreno. A partir das célebres *leges Julia* e *Papia Poppaea*, do tempo de Augusto, são declaradas isentas da tutela dos agnados todas as mulheres que tivessem pelo menos três ou quatro filhos, consoante fôssem ingénuas ou libertas *(ius trium vel quattuor liberorum);* era êsse o prémio dado pela lei à fecundidade, no momento em que se tratava de reorganizar a família, de incitar ao matrimónio e de restaurar os velhos costumes romanos (1). Pouco depois, sob Tibério, uma outra lei, a *lex Claudia*, isentava definitivamente da tutela todas as mulheres ingénuas; (2) e, finalmente, no século IV, sob Teodósio e Honório, a tutela era abolida com relação a todas as mulheres do Império (3). Vê-se bem, pois, como tinha razão Gaio, na época clássica, para já achar infundadas as doutrinas dos antigos a êste respeito.

A mesma tendência para o abandono das antigas

(1) Gaio, I, 194 e Ulp., 19, 3.

(2) Gaio, I, 171 e Ulp., 11, 8.

(3) Posto a tutela das mulheres tivesse sido abolida pela lei de Tibério a que se fez referência, contudo subsistiu ainda depois disso a tutela das mulheres libertinas e das filhas emancipadas (Ulpiano, XI, 8). Há ainda vestígios dela em meados do século IV (vid Frag. Vat., 255). A disposição de Honório e Teodósio que a aboliu de todo foi a mesma disposição que concedeu o *jus liberorum* a todas as mulheres do império, tendo isso como consequência necessária a dispensa quanto a todas da tutela dos agnados. Vid. Cód. 8, 59, 1.

ideas àcêrca da incapacidade das mulheres se nota, de resto, ainda nas próprias vicissitudes da respectiva tutela dos agnados. Ainda antes de a lei abolir declaradamente esta razão de incapacidade, já a própria evolução dêste instituto revelava também, no direito romano, a mesma tendência anunciando a emancipação jurídica das mulheres.

Tutela das mulheres Tudo que ficou dito àcêrca da tutela dos impúberes tem igualmente a sua aplicação à tutela das mulheres, excepto o que respeita à evolução da primeira transformando-se gradualmente de direito *(jus)* em dever ou encargo *(munus)*. Assim, a velha tutela dos agnados era concebida, primeiro que tudo, como um direito dos parentes da mulher sôbre o seu património. Assim, o *tutor mulieris*, substituíndo o *pater* ou o marido no interesse do grupo familiar agnatício, vinha a encontrar-se, a princípio, à frente do património da tutelada administrando-o e gerindo-o como se êle fôra seu. Sòmente, quando a tutela dos impúberes cedendo à transformação das ideas sociais sôbre a finalidade dêste instituto se transformou de um *ius ac potestas* num dever de protecção aos incapazes, a tutela das mulheres, insusceptível de se adaptar a uma transformação idêntica (pois mal se concebia já a necessidade de uma protecção idêntica e sobretudo tão absorvente para as mulheres), degenerou afinal numa instituïção incoërente, mantendo-se algum tempo mais mas apenas pela inércia da tradição e já sem finalidade séria. E então aparecem, desde os fins da República, as suas anomalias e contradições. Desaparece a *gestio* do tutor e, em vez dêste, é a própria mulher que passa a estar à frente do seu património (1). Subsiste a *auctoritas;* mas, ao inverso do que se passa no caso dos impúberes, nem sequer já para todos os actos onerosos ou de alienação se exige a intervenção do tutor sob essa forma; a mulher pode alienar por si as suas *res nec mancipi*, pode fazer empréstimos e pagamentos (2); apenas continua a não poder contraïr obrigações, fazer a adição de heranças, alienar as *res mancipi*, etc. sem a intervenção do tutor (3). E ainda a respeito dêstes actos celebrados *tutore auctore*, a verdade é que o tutor tem apenas uma intervenção mais puramente instrumental do que outra coisa. No fundo a sua intervenção visa apenas a habilitar a mulher para os celebrar vàlidamente e sem contestações; não tem as responsabilidades do tutor dos impúberes, não está sujeito à *actio tutelae*, e a sua função é de pura formalidade. Isto explica-nos, emfim, que fôsse diminuindo progressivamente o número de actos jurídicos para os quais se exigia até a *interpositio auctoritatis* dos tutores (4); explica-nos que êstes pudessem depois ser obrigados pela própria mulher a dar a sua *auctoritas* para certos actos (5), que ela os pudesse substituír a seu arbítrio (6), que pudesse pedir tutores especiais *ad hoc* para certos outros (7), etc.

(1) Gaio, I, 190, 191 e 192 e Ulp., XI, 25.

(2) Gaio, II, 81 e 85.

(3) Gaio, I, 192 e Ulp., XI, 27.

(4) Já na época de Gaio, excepto um pequeno número de casos, a intervenção dos tutores não passava de uma pura formalidade.

(5) Gaio, I, 190 *in fine* e Cícero, *pro Muren.*, 12.

(6) Gaio, I, 150-154. Muitas vezes era deixada em testamento à mulher a faculdade de escolher ela o seu tutor *(tutor optivus)*. Gaio, I, 150-155.

(7) Gaio, I, 176, 178 e 180.

Numa palavra: nos tempos clássicos e ainda antes da *lex Claudia*, já a tutela das mulheres era de facto uma instituïção sem valor real algum, uma sombra do passado e uma tradição incoërente. É daí o ser a abolição definitiva desta espécie de incapacidade de exercício de direitos, feita, como se disse, no século IV, uma medida que aliás nada teria vindo inovar verdadeiramente, visto que na prática tal incapacidade havia séculos já não existia.

No direito de Justiniano os dois sexos estão, pode dizer-se, inteiramente equiparados na capacidade de exercício de direitos. Uma única restrição a esta regra subsiste ainda então, que, conservada no direito posterior, chegou até ao direito moderno: a incapacidade da mulher de ser fiadora ou de se obrigar por outrém a título de garantia, incapacidade que foi criada pelo célebre senatusconsulto Veleiano, de 46 da nossa era (1).

IV — Saúde do corpo e do espírito

Assim como a falta de um certo grau de desenvolvimento físico e intelectual, determinando na pessoa uma certa incapacidade natural de querer, determina jurídicamente uma incapacidade civil, assim a falta de um certo equilíbrio no estado normal das faculdades mentais, certos defeitos de carácter, e certos defeitos físicos produzem o mesmo resultado. É o caso dos loucos, dos pródigos, dos surdos-mudos e dos eunucos.

(1) Veja art. 819.º do Cód. civil port., revogado por decreto de 10 de Maio de 1919.

Alienação mental A loucura foi sempre considerada no direito romano como uma importante causa de incapacidade de exercício de direitos e já as XII Táboas mandavam dar ao *furiosus* um curador (1). O *furiosus* e o *mente captus sui juris* eram considerados incapazes sem que, de resto, as fontes nos esclareçam sôbre o critério que fazia distinguir entre si estas duas espécies de alienados. Elas eram constituídas provavelmente pelas pessoas atacadas de acessos furiosos e pelas afectadas de simples loucura mansa. Não sendo, porém, grande o desenvolvimento que ao tempo tinham as sciências médicas, não existindo a psiquiatria e faltando critérios scientíficos rigorosos para distinguir uma loucura específica das outras fórmas de perturbação mental, o direito romano, ferindo de incapacidade o louco, parecia ter em vista sob aquelas designações todo o estado anormal das faculdades mentais do homem excluindo a inteligência e a vontade, sob qualquer fórma que êle se manifestasse. É por isso mesmo que aqui a incapacidade civil era únicamente a expressão da sua incapacidade natural de facto, daí o regular-se exclusivamente aquele por esta, por fórma que o louco só era incapaz emquanto fôsse louco. Não havia necessidade de declaração judicial dessa loucura ou interdição, como no direito moderno. Pelo contrário, o louco tinha capacidade e podia praticar actos jurídicos válidos durante os momentos ou intervalos lúcidos (2). Fóra dêsses momentos a sua incapacidade era, porém, como a do *infans*, absoluta e completa (3).

(1) Táb. V, 7 (a).
(2) Dig., 50, 17, 5 e fr. 124, § 1. Cfr. Paulo. IV, 7.
(3) Táb. V, *loc. cit.* e Inst. I. 23, 4.

Cura furiosi Como meio de suprir a incapacidade do *furiosus* e, mais tarde, de todo o *mente captus*, havia desde as XII Táboas, como dissemos, uma curatela especial — a *cura furiosi* (1). Êste poder sôbre a pessoa e bens do alienado foi também, como a tutela dos impúberes, primitivamente, um poder doméstico organizado mais no interesse da família do que no do próprio incapaz. Mais tarde sofreu no seu desenvolvimento histórico uma evolução similhante à da tutela nos termos que já foram indicados. Deferida pelo testamento ou pela lei aos mesmos parentes que esta, isto é, aos agnados e *gentiles*, como curatela testamentária ou legítima, esta foi mais tarde também suplantada por uma curatela de instituïção ou nomeação feita pelo magistrado, espécie de curatela dativa, quando o interesse pessoal do incapaz triunfou do interesse do grupo familiar (2). E assim é que a curatela legítima se obliterou progressivamente cada vez mais, ao passo que a testamentária só subsistiu emquanto confirmada pelo magistrado, isto é, emquanto se tornou dativa. Fôram-lhe aplicados também muitos dos princípios que vigoravam para a tutela dos impúberes, tais como a doutrina das *excusationes*, as restrições impostas aos poderes dos tutores e a organização da responsabilidade dêstes por virtude de má administração. E se não houve nunca uma acção similhante à *actio tutelae* e tão eficaz com ela para a prestação de contas, houve contudo uma *actio negotiorum gestorum* útil, similhante à que houve

(1) Gaio, III, 106: *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quid agat.*

(2) A nomeação do curador ao demente devia, porém, ser precedida de um inquérito *(cognitio)* a fim de verificar se a pessoa era realmente demente ou *furiosa*. Vid. Dig., 27, 10, 6.

para os menores de 25 anos contra os seus curadores (1).

Quanto aos poderes dos curadores dos *furiosi*, porém, a espécie de incapacidade que feria êstes explica os poderes e as funções daqueles. O *curator furiosi*, que teria inicialmente a guarda da pessoa do incapaz, teve mais tarde únicamente a gestão do seu património (2). E aqui, como êste incapaz o é absolutamente, o curador não teve a *auctoritas*, mas apenas a *negotiorum gestio* nos termos em que a tinha o tutor do *infans*. Os actos e negócios jurídicos do incapaz realizava-os o curador substituïndo-se à pessoa dêste, primeiro como seu representante social e indirecto, mais tarde, como seu representante legal e directo, quando a idea de representação foi lentamente abrindo caminho através do direito romano.

Finalmente, a curatela dos alienados extinguia-se com o terminar de facto do estado de loucura, ou melhor, suspendia-se de cada vez que êsse estado se interrompia pela manifestação de intervalos lúcidos, como já se disse (3); e, fóra disso, pelos mesmos factos que determinavam a extinção da tutela dos impúberes, factos êstes que podiam relacionar-se, já com a pessoa do incapaz, como a morte, já com a pessoa do curador, como também a morte ou facto equivalente jurìdicamente, a renúncia, a *excusatio*, a remoção por virtude do *crimen suspecti*, etc.

(1) Dig., 27, 5, 4, 5. Esta acção podia ser intentada ainda antes de terminada a curatela, ao contrário do que se dava com a *actio tutelae*.

(2) Dig., 27, 10, 7, pr.

(3) Cód. V, 70, 6.

Prodigalidade Similhante à incapacidade do louco é a incapacidade do pródigo, embora muito mais restrita.

A prodigalidade é um defeito do carácter moral sem afecção das faculdades intelectuais, mas fazendo correr um grave risco aos interesses patrimoniais da pessoa e da família. Consiste ela na tendência para a prática de actos de manifesta dissipação ou alienação injustificável dos bens, e também já as XII Táboas tomavam em consideração êste defeito moral para mandar que o pródigo fôsse interditado e se lhe desse um curador (1).

O pródigo era privado da administração dos seus bens e a curatela sôbre êle era deferida aos agnados ou aos *gentiles*, prova evidente, também aqui, de que o que se tinha em vista era, primeiro que tudo, o interesse da família, tanto mais que a interdição recaía, a princípio, apenas sôbre os bens herdados dela, dos pais e avós *(bona paterna avitaque)* (2). Quanto a estes bens, pois, o incapaz por prodigalidade viria a encontrar-se provavelmente numa situação similhante à do louco e à do *infans*, carecendo de qualquer grau de capacidade para a prática de actos jurídicos. Mais tarde, porém, e também já no período clássico, quando sobretudo se define a conhecida transformação do conceito dêstes institutos fazendo-os servir aos novos fins sociais de protecção aos incapazes, (3) esta doutrina modificou-se. E então a incapacidade do pródigo, se se alargou quanto à esfera dos bens a que dizia respeito, restringiu-se pelo contrário quanto ao seu conteúdo. Por um lado, não fôram

(1) XII Táb. 7 (b): Dig., 27, 10, 1 e Ulp., XII, 2.
(2) Paulo, III, 4.ª, § 7.º e Ulp., XII, 3.
(3) Gaio, I, 53 *in fine*.

já só os bens de avoenga ou herdados da família que foram retirados à administração do pródigo e confiados à curatela, mas todos e quaisquer bens do seu património; por outro lado, o pródigo deixou de ser considerado absolutamente incapaz e passou a ter apenas uma incapacidade parecida com a dos *infantiae maiores*. Então o pródigo pode livremente praticar, como êstes, todos os actos jurídicos de aquisição que tornassem a sua condição melhor e só não pode praticar actos oneroros, de alienação e obrigação, que tornassem a sua condição pior (1).

Cura prodigi Semilhante também à curatela do *furiosus* era a do pródigo, embora esta fôsse mais limitada, como era, pelo menos no direito mais recente, mais limitada também a sua incapacidade. Num ponto fundamental, porém, se distinguiam as duas curatelas: e êste é que a curatela do pródigo só podia ter lugar depois de uma verdadeira interdição feita pelo magistrado (2). Já nas XII Táboas tinha lugar esta interdição do pródigo que, nos tempos históricos, era decretada pelo pretor urbano e, antes de êste existir, o seria pelos cônsules e pelos reis.

(1) Dig., 46, 2, 5 e 29, 2, 5, 1. Discutível é, porém, se o pródigo podia praticar actos jurídicos onerosos com o *consensus* prévio ou subseqüente do curador, como podiam os *infantiae maiores*. Mas não deve admitir-se que uma tal capacidade lhe fôsse reconhecida. O pródigo interditado era considerado absolutamente incapaz, como o *furiosus*, quanto aos actos onerosos. Vid. Dig., 43, 1, 6.

(2) Paulo III, 4.ª, 7; a fórmula de interdição por prodigalidade é: *quando tu bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdico.*

De resto, os dois institutos ou as duas curatelas correspondem-se absolutamente, já na qualidade das pessoas a quem são deferidas, já nos poderes e responsabilidades dos respectivos curadores, nas acções a favor dos curatelados contra eles, etc.

E quanto à extinção desta curatela, deve por último notar-se que, assim como ela só podia começar por meio de decreto do magistrado, assim também só por êste meio ela podia terminar levantando-se a interdição. Sòmente no direito de Justiniano é que, porventura pela assimilação desta forma de curatela à curatela do *furiosus*, se estabeleceu que ela deveria terminar sem necessidade de novo decreto, mas *ipso jure*, logo que o pródigo se emendasse (1).

Defeitos físicos Finalmente, certos defeitos físicos *(vitii)* eram ainda por vezes causa de sensíveis diminuïções na capacidade jurídica. Era o caso dos surdos-mudos e dos eunucos *(castrati)*. As incapacidades que feriam estas pessoas eram, porém, relativas só a certos direitos especiais. Os surdos-mudos, por ex., não podiam celebrar contratos verbais, como a *stipulatio*, que exigiam o emprêgo da linguagem falada (2). Os eunucos não podiam contrair matrimónio nem, pelo menos no direito justinianeu, recorrer à adopção. A mesma

(1) Dig., 27, 10, 1, pr. *in fine*. O texto é de Ulpiano, mas trata-se de um texto que foi evidentemente interpolado pelos compiladores, nada fazendo crer que no tempo dêste jurisconsulto a *cura prodigi* terminasse sem necessidade de decreto do magistrado.

(2) Além dêste caso, em outros também o surdo-mudo sofria algumas incapacidades. Vid. Dig., 42, 5, 9, 1 e Inst., 1, 25, 4.

restrição de direitos, deve notar-se, não se dava porém já com relação aos impotentes por causas naturais *(spadones, frigidi, hermaphroditi)* (1).

V — Outras causas modificadoras da capacidade

Além da idade, o sexo, o estado das faculdades mentais, certos defeitos físicos ou morais, outras causas ainda podiam modificar a capacidade das pessoas, tais como ainda a condição social, o gráu da sua honorabilidade e, sobretudo no baixo-Império, a religião.

Libertos A importância da condição social como princípio modificador da capacidade, não já só de exercício como do gôzo de muitos direitos, revela-se sobretudo no caso dos libertos, cuja condição já ficou atrás descrita. Haja vista mais uma vez às incapacidades que, tanto na esfera dos direitos políticos como na dos privados, os feriam, excluindo-os das magistraturas, do senado, dos comícios, e vedando durante muito tempo o seu *conubium* com os ingénuos e mais tarde com os senatoriais. Só na última fase do direito romano estas incapacidades cessaram.

Colonato Outra condição das pessoas com larga repercussão na sua capacidade civil foi, no baixo Império, o colonato. Esta instituïção do colonato

(1) Dig., 23, 3, 39, 1; 50, 16, 128 e Gaio, 1, 105.

adscritício ou romano foi uma espécie de servidão da gleba, de uma origem ainda controversa, mas que determinou para aqueles que a ela estavam sujeitos uma condição intermédia entre a escravidão e a liberdade.

Os colonos eram rendeiros ligados perpètuamente à terra, — eles e os seus descendentes, — cultivando-a e fazendo seus os frutos mediante o pagamento de uma renda ao proprietário, mas tendo de particular que nem eles podiam abandonar o prédio nem o senhor dêste expulsá-los daí. Tinham a condição jurídica de livres e contudo eram adscritícios, como que escravos da terra, sujeitos não só ao proprietário actual, como a todos os futuros proprietários para quem ela passasse (1). A sua condição era também hereditária. Como cidadãos livres, podiam contraír justas núpcias e gozar de todos os direitos de família. Podiam igualmente ser proprietários do que era seu; mas a sua faculdade de alienar era particularmente limitada, justamente porque os seus bens eram uma garantia legal do pagamento da renda. A condição dêstes colonos estabelecia-se por sujeição voluntária, nascimento, prescrição e mendicidade, e só podia cessar pela aquisição do prédio ou pela elevação do colono a uma dignidade eclesiástica, como a de bispo.

Incapacidades especiais

Limitações mais ou menos importantes na sua capacidade, quanto a determinados direitos, sofreram também certas pessoas, sobretudo a partir do Império, em razão do seu estado

(1) Cód., XI, 52 (51), 1, 1.

ou condição social. Estão neste caso, por ex., no tempo da República, as mulheres pelo que respeita à sua incapacidade de serem instituídas herdeiras no testamento de cidadãos pertencendo à primeira classe do censo. Esta interdição, estabelecida pela *lex Voconia*, de 168, a. C. (1), visava a combater as imoderações do luxo feminino (2), tendo porém caído em desuso ainda antes do período clássico.

Foram mais importantes as incapacidades criadas, no começo do Império, pelas célebres leis caducárias *(leges Julia de maritandis ordinibus* e *Papia Poppaea)*. Estas leis, tentando reorganizar a família e combater a corrução dos costumes romanos (3), estabeleceram a incapacidade de adquirir heranças a respeito de uma série de pessoas que se queria compelir ao matrimónio e à fecundidade, como eram os solteiros, viúvos, divorciados e os casados sem filhos *(coelibes, orbi* e *patres solitarii)*. Os *coelibes* (solteiros) eram inteiramente incapazes para o efeito de aceitar a *hereditas*, se não contraíssem matrimónio dentro de cem dias, em conformidade com a *lex Julia* (4); os *orbi* (casados sem filhos, ou sem o número de filhos que se exigia que tivessem) só podiam aceitar metade dela (5). Tanto uns como outros, finalmente, eram privados do *ius adcrescendi* no que respeita às quotas deixadas no testamento a

(1) Gaio, II, 274 e Cícero, *de senect.*, 5, 14.
(2) Cícero, *in Verrem*, 2, 1, 41-45.
(3) Ulp., XVI, 1; Dig., 50, 16, 148.
(4) Gaio, II, 286.
(5) Gaio, II, 286 (a). O *pater solitarius*, viúvo ou divorciado com filhos, também só podia aceitar metade da herança (Ulpiano, 15).

pessoas prèdefuntas, a favor dos coerdeiros casados e com filhos (1).

Diminuições de honorabilidade A honorabilidade do cidadão, ou *status illesae existimationis*, era uma outra condição essencial para êle poder gozar de uma completa capacidade civil. Isto é, diminuïções havia na honorabilidade da pessoa às quais correspondiam também certas incapacidades mais ou menos graves. Sob êste ponto de vista é que tinham lugar as condições de *intestabilis*, de *infamis* ou de *turpis*.

Intestabilitas A *intestabilitas* era um estado especial de desconsideração em que incorriam aqueles que, tendo presenciado como testemunhas um facto, se recusavam depois a dar testemunho dêle em juízo, quando lho era pedido. Mais tarde, o autor de escritos difamatórios *(carmen famosum)* incorria na mesma condição. Tais pessoas ficavam privadas de intervir como testemunhas em negócios jurídicos solènes, como o testamento, a *mancipatio* e o *nexum*, e também não podiam recorrer ao testemunho de outrém (2).

(1) Ulpiano, XVII. 1. Uma constituïção de Domiciano declarou também incapazes de receber uma sucessão intestada as mulheres de vida vergonhosa, as prostitutas e as actrizes. Dig., 28, 1, 41, 1.

(2) Dig., 28, 1, 26; Dig., 47, 10, 5, § 9 e Just., II, 10, 6.

Infamia A *infamia* era um outro estado de desconsideração social, determinando várias incapacidades civis, que resultava para a pessoa da prática de certas acções desonrosas, do exercício de certas profissões tidas como aviltantes ou do decaír em certas acções civis ou pretórias.

No direito romano foram sempre diversos, porém, no decurso dos tempos, os casos de infâmia, os seus efeitos e os modos como ela se estabelecia; e assim, ora ela resultava de uma nota censória aposta pelo censor ao nome do cidadão, quando êste magistrado, organizava na República o censo lustral, como fiscalizador e guarda dos bons costumes; ora resultava das disposições de certas leis, como a *lex P. Poppaea;* ora, emfim, era cominada pelo pretor no seu edito.

Foi a infâmia de origem pretória justamente aquela que chegou a obter uma maior precisão na determinação dos casos em que se produzia e dos efeitos a que dava lugar. E êstes casos e êstes efeitos eram: a condenação em certas acções criminais relativas a delitos mesmo de carácter privado, como o furto, o roubo, a injúria e o dolo; a condenação em certas acções civis, como a *actio tutelae, societatis, mandati, depositi* (1); o exercício da arte dramática, a profissão de gladiador ou de certos modos de vida tidos como vis, como a prostituïção; o caso dos bígamos, das viúvas que passavam a segundas núpcias sem esperar que findasse o ano de luto e das pessoas que casavam com elas; finalmente, o caso dos falidos, dos perjuros, dos usurários e dos soldados expulsos do exército. Todas estas pessoas

(1) Gaio, VI, 182 e Dig., 5, 2, 6, 5.

eram consideradas *infames* e, como resultado da sua infâmia, ficavam privadas de *postulare pro aliis*, isto é, de estar em juízo como representantes de outras, inclusivè mais tarde de advogar, ou de se fazerem aí representar. No tempo de Justiniano foi fixada emfim a lista dos casos de infâmia, fundada sôbre o edito de pretor (1) e produzindo os mesmos efeitos judiciários, aumentados da exclusão das funções administrativas. Mas pode dizer-se que êste mesmo imperador tirou quási toda a importância a esta condição das pessoas com a sua determinação de que a excepção fundada nesta incapacidade não podesse ser oposta aos adversários em juízo.

Turpitudo Por *turpido*, finalmente, entendia-se uma má reputação social e moral que acompanhava a pessoa e que, se não era legalmente fonte de *infamia*, constituía contudo uma condição de facto *(infamia facti)* (2) a que já a lei, já os magistrados, por vezes atendiam para tratar com menos favor certas pessoas em todos os casos em que sobretudo importava a dignidade delas. Era o que acontecia em matéria de testemunho, de tutela, e por vezes de casamento.

Um caso importante em que no direito imperial se atendia à *turpitudo*, era o de ser considerado como herdeiro legitimário do *de cujus* o irmão ou irmã consanguíneos para poderem atacar o testamento, se nele tinham sido preteridos por uma *persona turpis*.

(1) Dig., 3, 2, 1.
(2) Dig., 37, 15, 2, pr.

Religião Finalmente, a religião foi, sobretudo no direito do baixo-Império, uma outra importante causa de muitas e graves incapacidades, roubando à pessoa o gôzo de numerosíssimos direitos.

A sociedade pagã dos fins da República e dos começos do Império era pouco religiosa e, como tal, infinitamente tolerante. O único culto que contava, como elemento de primacial importância em todos os actos da vida pública, foi, a partir de Augusto, o culto do imperador. Mas êste culto oficial e sem teologia, se feria de morte os seus ateus e adversários — únicamente os cristãos — contudo não fulminava contra êles, na esfera do direito privado, quaisquer incapacidades civis. A religião do Estado reflectia-se apenas no direito público; quanto ao mais, vida privada e direito privado, eram indiferentes ao Estado as crenças religiosas ou filosóficas de cada um e não fôram nunca, como se sabe, mais do que razões políticas e sociais que determinaram as perseguições que o cristianismo teve de sofrer nos três primeiros séculos da nossa era.

A partir, porém, do reconhecimento do cristianismo como religião oficial, desde Constantino, e muito mais desde Constâncio (353), a nova religião em breve invadiu o domínio do direito privado e então, iniciada com intolerância por parte dos imperadores cristãos a luta de morte contra o paganismo moribundo e a heterodoxia, não tardaram em formular-se também numerosas incapacidades contra os pagãos, os herejes e os apóstatas. Em princípio, só aos católicos ortodoxos foi reconhecido o pleno gôzo de todos os direitos políticos e civis (1). Os heréti-

(1) Cód. Theod., 16, 5, 1 e Cód. Just., 1, 5, 1.

cos e apóstatas fôram privados da *testamentifactio* activa e passiva, não podendo dispôr ou herdar por testamento (1). Algumas seitas mais odiadas, como os maniquêos e os donatistas, fôram feridas com uma absoluta incapacidade de vender e doar quaisquer bens (2). Quanto aos judeus, foi proïbido o seu casamento com os cristãos; fôram tornados ineligíveis para os cargos públicos e foi-lhes proïbido possuírem escravos cristãos (3). Emfim, quanto a esta razão de incapacidade do gôzo de muitos direitos, bastará notar que, no tempo de Justiniano ela era tão importante, que muitos dos títulos do primeiro livro do Código não contém mais do que uma longa enumeração de penas e restrições da capacidade jurídica fulminadas contra os judeus e heréticos.

§ 4.º — Termo da personalidade ou capacidade jurídica

Noções gerais Assim como a personalidade ou capacidade jurídica tem o seu começo natural com o nascimento da pessoa física do homem e o seu começo civil com a reünião dos requisitos que fôram estudados da *libertas* e da *civitas*, assim ela se extingue, naturalmente, com a morte, e, civilmente, com a perda de um ou de ambos dêsses requisitos. A perda da capacidade jurídica pela morte é de direito natural; a perda da capacidade pela extinção do *status libertatis* ou do *status civitatis* é de direito

(1) Cód. Theod., 16, 7, 5 e Cód. Just., 1, 7, 2.
(2) Cód. Theod., 16, 7, e Cód. Just., 1, 5, 4, 2, 5.
(3) Cód., I, 9, 6: I, 10, 1 e 2.

civil. E como êste último efeito afinal se aproxima do primeiro *jure civili*, daí o designar-se a perda dêsses *status* por morte civil ou *capitis deminutio (capitis deminutio iure civili morti coaequatur)*.

Todavia, como apesar de jurídicamente similhante à morte natural, a *capitis deminutio* não produz todos os efeitos desta e até, rigorosamente, os produz diferentes e mais ou menos graves, consoante se trata da perda da *libertas* ou da *civitas*, daí também o designarem-na os romanos por *maxima* ou *media*, conforme a importância do respectivo requisito da capacidade que se extinguia. E assim, chamavam *maxima* à diminuïção da personalidade que resultava da perda da *libertas; media* à que resultava da perda da *civitas* (1). Tudo que foi dito àcêrca da condição jurídica das pessoas sob êstes dois pontos de vista se presupõe aqui recordado e por isso não vale a pena desenvolver de novo; bastará apenas repetir que sofria uma diminuição máxima na sua personalidade o cidadão que se tornava escravo; e uma diminuïção média aquele que se tornava latino ou peregrino. E como tais modificações no estado das pessoas se davam e quais as suas causas, já nós o sabemos.

Além disso, os romanos consideravam também como uma terceira espécie de *capitis deminutio* ao lado das outras a perda para a pessoa do seu *status familiae*, produzindo efeitos mínimos na deminuïção, da sua personalidade, ao que chamavam por isso *capitis deminutio minima* (2). Quanto a esta *capitis deminutio*, porém, bastará também notar, de harmonia com o que já foi dito, que esta deminuïção da

(1) Inst., I, 16, pr.
(2) Inst. *ibid.*

caput só por uma razão de simetria lógica poude ser colocada ao lado das duas primeiras; pois que, sendo o *status familiae*, como se viu, mais uma causa modificadora (para mais ou para menos) do que um elemento essencial da personalidade jurídica, também a sua perda corresponde, mais do que nenhuma outra, antes a uma modificação do que a uma extinção dessa mesma personalidade.

Uma outra particularidade ocorre também notar a respeito desta última *capitis deminutio*. Os romanos consideravam-na como produzindo-se sempre que tinha lugar, no ponto de vista da família, uma *permutatio status*, isto é, tanto se a pessoa se tornava *alieni juris*, como se se tornava *sui juris* por um facto diferente da morte do *pater*. Ora, se tornando-se a pessoa *alieni juris*, ainda se compreende fàcilmente que se podesse falar de deminuïção da sua capacidade nos termos já conhecidos, o mesmo se não dá na hipótese inversa de a pessoa de *alieni* se tornar *sui juris*.

Mas, justamente, a esclarecer esta aparente contradição basta recordar o facto de, no velho direito romano, a pessoa que saía da família perder nela todos os seus direitos como agnado, inclusivé os de sucessão hereditária, facto êste que, com relação a tais direitos, não podia assim deixar de ser entendido como uma deminuïção da sua personalidade. Era sempre a concepção da família como organismo político autónomo que explicava êste ponto de vista; a pessoa que deixava de lhe pertencer ficava considerada como estrangeira quanto a ela e, portanto, perdia juridicamente uma qualidade importante, a de agnado, embora sob outro ponto de vista lucrasse com a aquisição da de *pater* ou de pessoa *sui juris*.

Como, porém, a morte civil *(capitis deminutio)* não é absolutamente idêntica nos seus efeitos jurídicos à morte natural, há que considerar quais são os efeitos duma e doutra, sobretudo no que diz respeito aos bens ou património da pessoa que morre ou do *capite deminutus*.

Morte natural A morte, marcando o termo natural da personalidade, faz extinguir todos os direitos da pessoa. Mas é preciso notar que o que se extinguia era o seu direito subjectivo. Os direitos ou situações jurídicas de que o defunto era o sujeito ou o titular, à excepção dos exclusivamente pessoais e intransmissíveis, esses porém, considerados em si mesmos, não se extinguiam; constituindo o seu património, transmitiam-se para outras pessoas, dando essa transmissão *mortis causa* lugar a uma forma especial de sucessão que é a sucessão hereditária.

A morte, porém, da pessoa era, assim como o nascimento, um facto que devia ser provado por quem nisso tinha interesse e nele desejasse fundar quaisquer pretensões, não havendo ainda no direito romano o registo do estado civil para os falecimentos. Posto que Marco Aurélio tivesse determinado que se fizesse a participação de todos os nascimentos, dentro do prazo de 30 dias, a certos magistrados (prefeito do erário, em Roma, e o *tabularius publicus* nas províncias) (1), não consta contudo que idêntica determinação tivesse sido, pelo mesmo imperador ou por outro, tomada com relação ao registo dos óbitos. E igualmente foi estranho ao direito romano puro o instituto moderno da ausência criado pela prática medieval.

(1) Cod., IV, 21, 6 e VII, 16, 15.

No direito romano toda a pessoa era considerada viva até prova em contrário, excluidas todas as presunções a êste respeito; e apenas, como critério para determinar a prioridade da morte entre pessoas falecidas na mesma ocorrência, se admitiu a presunção de que, tendo morrido conjuntamente pais e filhos, estes teriam morrido primeiro, se eram impúberes, ou depois, se eram púbres (1). De resto, fóra dêste caso, e tratando-se de pessoas falecidas sem se saber qual felecêra primeiro, elas eram consideradas como tendo falecido no mesmo momento (2).

Capitis deminutiones

Diferentes eram os efeitos que produzia a morte civil no respeitante ao destino do património do *capite deminutus*. A *capitis deminutio*, quer fôsse *maxima*, *media* ou *minima*, produzia sem dúvida, assim como a morte, a extinção de todas as relações jurídicas de *capite deminutus* tanto familiares como patrimoniais (3). Este, quer fôsse um livre tornado escravo, um cidadão tornado peregrino ou um *sui* tornado *alieni juris*, deixava por esses factos de ser subjectivamente *pater*, marido, *dominus* ou proprietário, crédor ou devedor, como era até aí. Apenas as suas relações de facto, como a posse, a *affectio maritalis* no casamento e o parentesca natural ou cognatício subsistiam com os efeitos jurídicos que poderiam um dia vir a produzir, recobrada a personalidade (4). Contudo, apesar disso,

(1) Dig., 34, 5, 9 § 4, e frag. 22. 23 e 24.

(2) Dig., 38, 5, 18.

(3) Inst. 1, 16, e Gaio, 1, 159-162; *civili ratione capitis deminutio morti coaequatur*.

(4) Inst., 1, 16, 6.

não se abria por efeito da *capitis deminutio* uma sucessão por morte e assim o destino do património do *capite deminutus* devia ser regulado diversamente afim de se determinar para quem passavam os seus direitos e os seus bens. Ora, a êste respeito, o direito romano adoptou a solução mais lógica que se lhe podia oferecer, atendendo às diversas causas que podia determinar a *capitis deminutio*.

No caso de *capitis diminutio maxima* por insolvência do devedor com venda *trans Tiberim* atribuiu o património da pessoa que a sofria aos própios credores; no caso de escravidão como resultado de pena, atribuiu-o ao Estado. No caso de *capitis deminutio media* por perda da *civitas* com aquisição da *latinitas*, atribuiu-o *ex novo* ao próprio *capite deminutus*, e o mesmo, se a pessoa se tornava peregrina conservando sôbre as suas coisas apenas um domínio *ex jure gentium*. Se, finalmente, a deminuição da capacidade era mínima, nesse caso o património daquele que era tornado *alieni juris* ia absorver-se por sucessão universal no do *pater* ou marido.

Uma conseqüência, porém, podia resultar daqui que era necessário prevenir. O *capite deminutus* podia ter crèdores e, extinta a sua capacidade jurídica, nos casos em que o seu património se ia absorver no de outras pessoas, esses crèdores ficariam lesados; lógicamente, assim como o seu activo se extinguia, devia extinguir-se também o seu passivo e, portanto, extintas ficariam também as suas dívidas.

Ora, comquanto uma tal solução nada tivesse de absurdo, emquanto a obrigação foi um vínculo meramente pessoal, ela não podia prevalecer logo que esta espécie de relações jurídicas assumiu um carácter patrimonial. E então — e pondo de parte o caso das obrigações *ex delicto* do *capite deminutus*

que nunca se extinguiam — o direito do pretor criou vários meios para garantir os direitos dos crèdores sôbre o seu património. Um deles foi a concessão aos crèdores de acções úteis e fictícias ou de uma *in integrum restitutio* para com elas executarem o património dos que tivessem sofrido uma *capitis deminutio minima*, como se tal *capitis deminutio* se não tivesse produzido (1). Outro foi o considerar o património do *capite deminutus* como constituído um pecúlio dentro do património do *pater* e conceder depois ao crèdor uma *actio adjecticiae qualitatis (actio de peculio)* contra êste último (2). E outros ainda, finalmente, foram as acções directas dadas contra as pessoas que recolhiam o património do *capite deminutus*, nos casos de *capitis deminutio maxima*, se elas se recusavam a responder pelas dívidas dêste (3).

Como se vê, pois, não faltaram no direito romano os meios de garantir a responsabilidade patrimonial do *capite deminutus*, ainda depois de sofrida a sua morte civil, nem esta foi jámais inteiramente equiparada à morte natural em todos os seus efeitos, posto se lhe assimilhasse em muitos dêles. Restará notar que no direito justinianeu, abolida a *capitis deminutio minima* e quási extinta a *media*, não houve então como factos determinando a extinção da personalidade jurídica mais do que a morte natural e a morte civil por perda da *libertas*.

Estudados, porém, os diversos elementos da personalidade jurídica, as causas modificadoras desta e o seu têrmo, resta ainda, antes de abandonar a matéria do sujeito de direito, tratar das pessoas colectivas.

(1) Gaio, IV, 38.
(2) Dig., 15, 1, 42 e 35, 8, 7.
(3) Gaio, III, 84.

§ 5.º — Pessoas colectivas

Noções gerais Muito embora *omne ius hominum causa introductum sit*, como dizem as fontes, contudo nem só o homem indivíduo ou pessoa singular gozava já no velho direito romano da personalidade ou capacidade jurídica. Além do indivíduo, outros sêres ou entidades sociais gozavam também já aí da qualidade de sujeitos de direito.

A atribuïção da personalidade a outros sêres diferentes do homem indivíduo é, pode dizer-se, um facto universal e comum a todos os direitos que atingiram um certo estado de desenvolvimento; e, posto o direito exista normalmente só para a pessoa do homem, contudo o dizer-se que êle foi criado *hominum causa* não pode significar outra coisa senão que êle existe para a realização de certos fins humanos, de certas necessidades do homem vivendo em sociedade. Ora, como há e houve sempre fins e necessidades humanas que o indivíduo isolado só por si não pode satisfazer, mas apenas associando-se com outros indivíduos, de forma a constituír com êles um só todo sujeito a uma vontade e a uma direcção únicas, daí o ser a ordem jurídica levada a atribuír também por vezes a qualidade de sujeito de direito a certos grupos de homens, a certas associações, visando a realização de fins que de outro modo se não poderiam atingir. E mais do que isso: — como há e houve sempre também certos outros fins de interesse colectivo que foi impossível conseguir sem a afectação permanente de certos patrimónios ou conjuntos de bens à sua realização, mas sem que se

veja o seu titular, ou sem a criação de estabelecimentos e institutos públicos para a realização de tais fins, daí o atribuir também por vezes a ordem jurídica a qualidade de sujeito de direito a êsses patrimónios ou a êsses estabelecimentos personalizados, no intuito de melhor garantir dessa forma a sua aplicação ao fim para que foram criados.

Ora é a êstes agrupamentos de pessoas organizadas tendo em vista um fim de interesse colectivo, possuíndo bens e meios de existência próprios independentes dos dos seus associados e uma certa unidade de querer e de acção *(corporações)*, bem como a êstes agrupamentos de bens e estabelecimentos criados e autonomizados para a realização de outros fins de interesse social *(fundações)* que se dá no direito moderno, técnicamente, a designação genérica de *pessoas colectivas*, pessoas morais ou pessoas jurídicas.

No direito moderno estas noções são hoje correntes e assim todos se entendem quando se diz que o Estado, os corpos administrativos, as associações de classe, ou um hospital, uma universidade são pessoas colectivas. É esta, com efeito, uma outra forma de representação lógica de que se serve o nosso pensamento jurídico para traduzir com precisão e clareza na linguagem abstracta que lhe é própria certas realidades da vida social e que, no fundo, é tão humana e comum a todas as legislações como o são as próprias condições dêsse pensamento do qual ela é uma pura expressão ou construção técnica.

Tem-se discutido muito, recentemente, sôbre a necessidade e o valor dêste conceito da personalidade colectiva que, segundo um critério excessivo e falsamente realista, é apresentado por vezes como uma concepção obscura e matafísica sem ter, pelo menos, um papel indispensável na técnica do direito.

Outros, embora admitindo-o, lhe teem chamado uma pura ficção. Seja como for, porém, não nos compete entrar aqui no exame dessas doutrinas de um interesse muito secundário. A verdade é, segundo crêmos, que o conceito de personalidade colectiva não é, quando devidamente entendido, nem uma noção metafísica, nem o produto de uma mera ficção no sentido de a ela não corresponder nada de real, nem, muito menos, no de lhe corresponder só uma realidade suprasensível. É sim um conceito abstracto, mas que traduz uma realidade, embora não sensível, contudo social e jurídica, e que tem na construção do pensamento jurídico, pelo menos quando aplicada às *corporações*, a dupla vantagem, já de corresponder a uma tendência natural do nosso espírito para a personificação de todas as coisas sociais, já de constituir um excelente *dispositivo técnico* ou instrumento de representação lógico-jurídica, como se lhe quiser chamar, para proteger eficazmente e pràticamente os interesses que com êle se tem em vista proteger. Certamente a pessoa colectiva não tem uma realidade física, nem orgânica nem psicológica. Mas tem uma realidade social e jurídica ou, se se quiser, uma realidade moral, o que tanto basta para não poder ser considerada uma pura ficção no mundo do direito, que não é um mundo de corpos mas um mundo de ideas. E a história desta idea no campo dos conceitos jurídicos desde os romanos é a prova da sua real utilidade e do seu indiscutível valor lógico-jurídico no campo da legislação e da doutrina.

Corporações Das duas espécies ou tipos de pessoas colectivas atrás referidas e que no direito moderno se costumam distinguir no ponto de vista

da sua estrutura (corporações e fundações) só a primeira foi conhecida do puro direito romano. Embora no direito clássico não exista uma designação colectiva abrangendo todas as corporações dotadas de personalidade, quer de direito público, quer de direito privado, como no direito moderno e já no justinianeu *(universitates*, mais tarde *universitates personarum)*, contudo os clássicos usavam já de várias expressões para as designarem, como as de: *societas*, *ordo*, *sodalitas* ou *sodalicium*, e emfim, *corpus*, *collegium*. E se as primeiras tinham o inconveniente de serem ambíguas, não significando sempre e necessàriamente o mesmo que corporações personalizadas, as últimas exprimiam sempre a idea da personalidade jurídica da corporação.

Ora desde o mais antigo direito romano que nós vemos serem considerados como sujeitos de direito certos organismos políticos e administrativos cujo tipo por excelência foi o próprio Estado romano. Êste, a *civitas* ou o *populus romanus*, e, logo depois dêle, outras cidades *(civitates)* e fórmas de organização administrativa, como os municípios, talvez as colónias, e mais tarde as províncias e ainda certas corporações públicas e oficiais (como os antigos colégios sacerdotais romanos e os colégios de magistrados) aparecem-nos, com efeito, em Roma, desde os tempos históricos, como constituíndo verdadeiros sujeitos de direito, com uma existência própria independente da dos seus membros, embora nunca gozassem evidentemente de todos os direitos de que gozava o indivíduo (1). De resto, êste facto não tem nada

(1) Estas pessoas colectivas constituem as pessoas colectivas de direito público, em frente das do direito privado, como hôje se lhes chamaria, divisão esta que é, de resto, perfeitamente aplicável ao direito romano, assim como a divisão delas, no ponto de vista da sua estrutura, em corporações e fundações.

que nos surpreenda; pois, dado o que sabemos do comunitarismo das primitivas instituïções sociais romanas, que precederam a fundação da *civitas*, compreende-se fácilmente como esta com as suas *familiae*, as suas *gentes* e as suas *tribus* constituíssem (sendo êles por assim dizer os verdadeiros indivíduos e células da vida social, em cujas mãos se concentrava todo o primitivo comércio jurídico) o tipo segundo o qual mais tarde devessem ser concebidos o Estado e os organismos subordinados que dentro dêle se fôram criando pouco a pouco. Neste sentido e partindo destas ideas poderia mesmo dizer-se, sem paradoxo, que o conceito de pessoa colectiva, senão como construção técnica perfeitamente definida, ao menos como realidade social, precedeu históricamente de longe, no direito público romano, o da pessoa singular como sujeito de direito e que êle não foi aí mais do que o produto elaborado de um pensamento comunitário primitivo (1).

Mas além do *populus romanus* e dos outros organismos políticos subordinados, a que hoje se chamaria pessoas colectivas de direito público, outras

(1) Pode discutir-se se no mais antigo direito existiria a noção abstracta de pessoa colectiva. A verdade é que não temos provas para afirmar que então fôsse essa já a fórma de representação jurídica com que se procurava traduzir na linguagem do direito estas realidades da vida social. Tudo o que sabemos é que êsses grupos, *gentes*, colégios, cidades, etc. possuiam bens próprios como propriedade colectiva ou comum dos seus membros e funcionavam práticamente como pessoas ou sujeitos de direito, representadas ou pela assemblea dos seus membros ou por um curador.

pessoas colectivas ou corporações de direito privado nos surgem também na história do direito romano, e sobretudo na época clássica, possuindo igualmente a qualidade de sujeitos de direito. Estão nestes casos os diferentes colégios religiosos e as diferentes corporações profissionais ou corporações de artes e ofícios, similhantes talvez às nossas modernas associações de classes, e talvez ainda certas sociedades constituídas para a exploração de trabalhos públicos ou de interesse público.

Os primeiros, que importa não confundir com os colégios sacerdotais já referidos entre as pessoas colectivas de direito público (instituïções oficiais associadas ao exercício do culto público do Estado), eram corporações organizadas em vista do culto de divindades particulares e muitas vezes estrangeiras das quais tomavam o nome *(collegia cultorum, sodalicia, sodalitates)* (1); outros tinham em vista assegurar aos seus associados, gente pobre e de baixa condição, as honras fúnebres e a sepultura *(collegia tenuiorum, collegia funeraticia)* (2). As corporações profissionais, compreendendo as pessoas que exerciam a mesma profissão da qual também tomavam o nome (ex.: *collegium naviculariorum, pistorum*, etc.), eram corporações privadas e voluntárias organizadas em vista dos interesses colectivos e profissionais dos diferentes ofícios e artes, mas juntando a êsse fim em vista fins também funeratícios e recreativos (3).

Finalmente as sociedades que seriam dotadas de personalidade, em oposição ao regime geral das

(1) Vid. Girard, *Textes*, pág. 885.
(2) Dig., 47, 22, 1, pr. e fr. 3, § 2.
(3) Dig., 3, 4, 1, pr.

outras sociedades comerciais e industriais tendo em vista o simples interesse individual dos seus sócios, eram as sociedades que se propunham tomar de arrendamento a cobrança dos impostos públicos *(societates publicanorum)* (1), ou as que se propunham empreender certos trabalhos de interesse público, como a exploração mineira ou a do sal *(societates aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum)* (2).

Eram estas as pessoas colectivas que podemos chamar de direito privado, na época clássica. No período do baixo-Império, porém, desaparecem os colégios religiosos do culto pagão, como era natural, diante dos progressos do cristianismo triunfante; as corporações profissionais mudam de carácter, tendendo a transformar-se em associações oficiais, quando não mesmo em associações obrigatórias e hereditárias constituídas e recrutadas pela autoridade pública; e, finalmente, outros organismos personalizados surgem *ex novo*, sobretudo eclesiásticos, durante a época cristã, como são a Igreja católica, herdeira da estrutura corporativa própria das comunidades cristãs dos primeiros séculos, os diferentes estabelecimentos dela dependentes, as diferentes igrejas, os conventos e os mosteiros (3).

Ora todos êstes diferentes corpos e associações fôram sempre tidos no decorrer da evolução histórica como sujeitos de direito ou entidades dotadas de verdadeira personalidade jurídica; e, embora a sua pcaacidade de gôzo e exercício de direitos só se tenha desenvolvido a contar dos começos do Império, no que respeita às suas relações com terceiros, con-

(1) Dig., 3, 4, 1, pr.
(2) Dig., *ibid.*
(3) Cod., 1, 2, 15, pr. e 81.

tudo ela existia já havia muito, sobretudo nas suas relações com os seus próprios associados.

A corporação tinha direitos de propriedade, de usufruto, de obrigação, créditos e débitos diferentes dos dos seus próprios associados; tinha, além disso, sempre um património seu distinto também do património dos seus membros *(arca communis)*; tinha a sua lei ou estatuto especial, *(lex collegii)*, os seus fins próprios superiores aos fins individuais dos seus elementos componentes e, por último, os seus meios e órgãos de acção colectiva. A existência independente e superior da pessoa colectiva com relação aos seus membros traduzia-se na célebre passagem de Ulpiano: *si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent* (1).

Sabido, porém, quais eram as principais pessoas colectivas de base corporativa no direito romano, é preciso saber ainda como elas (só as de direito privado) se constituíam, qual o seu grau de capacidade jurídica, a sua organização interna e os seus modos de extinção. E, na verdade, é nestes pontos que elas juridicamente se distinguiam das outras associações e corporações, não de interesse colectivo mas nitidamente individual, e não dotadas de personalidade, como eram — segundo se disse já — o comum das sociedades comerciais.

Modo de constituïção As corporações pessoas jurídicas constituíam-se no direito romano pela simples reünião de facto dos requisitos indispensáveis

(1) Dig., 3, 4, 7, 1.

para que elas podessem pràticamente funcionar como tais, isto é, como sujeitos ou pessoas. Existiam juridicamente como sujeitos de direito, desde que existiam naturalmente e pràticamente como entidades distintas dos seus membros ou associados, possuindo uma existência e uma vontade próprias. A ordem jurídica reconhecia o facto da sua existência natural e real. E, como esses requisitos eram naturalmente: — a existência de um agrupamento de pessoas em número suficiente para poderem tomar resoluções por maioria; a existência de um fim de interesse colectivo, a de um património próprio distinto do dos seus membros e a de uma certa organização definida em bases certas, pode dizer-se que, reünidos êstes requisitos, a corporação era *ipso jure* uma pessoa colectiva ou jurídica. O número de pessoas devia ser, portanto, ao menos de três (1); a organização da corporação devia constar de um estatuto ou *lex collegii* onde estivesse fixado o modo de apurar a manifestação da vontade colectiva, a forma da sua representação e tudo mais que se prendia com os interesses vitais da corporação (2). Discutível é, porém, se a êstes requisitos não deveria juntar-se um outro, que o direito moderno, dada a omnipotência do Estado, exige em muitas legislações, ou seja o do reconhecimento expresso feito por êle da qualidade de pessoa jurídica à corporação assim constituída (doutrina da concessão da personalidade.

Ora a verdade é que, neste ponto, a doutrina variou entre um regime que crêmos ter sido, no antigo

(1) Dig., 50, 16, 85 e 50, 17, 160, 1.

(2) O estatuto tanto podia ser, porém, uma lei expressa, como um costume estabelecido e observado de longa data, como se infere do Dig., 3, 4, 6 pr. e § 1.

direito, de máxima liberdade (1) e um regime que crêmos ter sido, a partir do Império, de uma sensível limitação à faculdade de se poderem constituír as pessoas colectivas por simples iniciativa privada mas sem que, de resto, se possa dizer que êste último fôsse o regime da concessão da personalidade pelo Estado, como no direito moderno.

Tudo o que sabemos a êste respeito é que, pelos fins da República e comêços do Império, uma abundante legislação se produziu limitando e regulando a liberdade de associação. Os acontecimentos políticos que acompanharam de perto as lutas dos dois triunviratos da República levaram Cesar e Augusto à dissolução de muitas corporações e colégios que nessas lutas se tinham imiscuído (2). Limitou-se por êsse motivo consideràvelmente a liberdade de associação e retirou-se a personalidade a muitas corporações que foram julgadas ilícitas e dissolvidas. Certas outras, porém — e certamente não seria grande o seu número — tendo sido consideradas lícitas, mantiveram-se, mantendo a sua personalidade, como até aí; foram estas as corporações tradicionais ou *antiquitus constituta* ou os colégios *antiqua et legitima*,

(1) Até ao último século da República a liberdade de associação foi completa em Roma. Desde que os estatutos da corporação não contivessem disposições contrárias às leis do Estado, toda a associação era lícita. O Estado apenas se ocupava das associações, ou para lhes conceder privilégios ou para as suprimir, quando o exigia o interesse público. T. Lívio, 39, 8 e Festo, v. 6. *scribus*. Cfr. Dig., 47, 22, 4.

(2) Cícero, *ad Quint.* fr., 2, 3; *p. Planc.*, 13 e Suetónio, *Caesar*, 42. Cfr., quanto a Augusto, Josefo, *Antiquit.*, 14, 10 e Suetónio, *August.*, 32. Estas disposições, tomadas, a princípio, só para Roma e para a Itália, fôram depois estendidas às províncias; Dig., 47, 22, 1, pr., Plínio, *Epist.*, 10, 42.

de que fala Suetónio (1). E, sendo assim, tudo que se afigura legítimo concluír dêstes dados é apenas que, a partir do momento em questão, só podessem existir como pessoas colectivas ou as velhas corporações tradicionais (não sabemos precisamente quais elas fôssem) ou ainda, das novas que se fundassem, sòmente aquelas que fôssem julgadas lícitas pela autoridade. O que neste último caso, porém, o Estado reconhecia à corporação seria o seu carácter lícito e não a sua qualidade de sujeito de direito. Êste último não resultava nunca do reconhecimento do Estado, resultando antes automàticamente, *ipso iure*, da reünião dos outros requisitos já referidos e não sendo êsse reconhecimento mais do que uma condição, embora necessária, para o seu funcionamento (2).

Em resumo: o sistema da concessão da personalidade pelo Estado, embora contido já em germen na legislação do Alto-Império, contudo não se teria já então definido, por isso mesmo que êle tinha contra si então todas as ideas e práticas tradicionais no antigo direito romano a êste respeito. E o mesmo se diga do direito posterior, no baixo-Império, quando o desenvolvimento do espírito associativo, sobretudo de inspiração cristã, cremos ter levado a uma nova fase de grande liberdade na constituïção das pessoas colectivas ou corporações e, principalmente; a respeito das de carácter eclesiástico (3).

(1) Suetónio, *Caesar, ibid. e Octav.*, 34.

(2) Veja Pacchioni, *Corso di diritto romano*, vol. II, (2.ª edição). pág. 135 e seg.

(3) Cód., I, 3, 45, pr. e Nov. 67.

Capacidade das pessoas colectivas Quanto à capacidade jurídica das corporações personalizadas, é esta uma questão diferente. Tal capacidade é evidente que foi sempre uma capacidade *sui generis* e necessàriamente limitada. A pessoa colectiva não é uma realidade concreta como a pessoa singular, e não pode ter, por natureza, muitos dos direitos que a esta pertencem; por ex.: não pode gozar de direitos de família. A esfera em que, particularmente, lhe são atribuídos certos direitos é exclusivamente a patrimonial. E mesmo aqui a sua capacidade é limitada e sofreu no direito romano constantes transformações. Como se disse já, a capacidade das corporações nas suas relações com terceiros só se desenvolve a partir do Império.

No campo do direito privado a pessoa colectiva é susceptível de ser o sujeito de direitos reais, tais como a propriedade, o usufruto, as servidões, o penhor, etc., e de direitos de obrigação, como créditos e débitos [1]. É neste sentido que Ulpiano dizia que aquilo que é devido à corporação não o é aos seus membros e que aquilo que ela deve não o devem êstes.

No campo do direito sucessório, só a partir de Marco Aurélio foi permitido às corporações receberem legados [2], assim como, sendo-lhes permitido manumitir escravos, poderem suceder em virtude do *jus patronatus* nos bens dêsses escravos [3]. Quanto, porém, a faculdade de serem instituídas herdeiras, ela só lhes foi reconhecida tarde, a partir de Constantino;

(1) Dig., 1, 8, 6, 1; Dig., 7, 1, 8 e 32, 2. Cfr. ainda, para as servidões, Dig., 8, 1, 12 e, para as obrigações, Dig., 3, 4, 7, 1.

(2) Dig., 34, 5, 20.

(3) Dig., 38, 3, 1 e 2, 4, 10, § 4.

a princípio, só como privilégio de algumas, mais tarde, com Justiniano, como prerogativa de todas [1].

E estas limitações sofridas, na sua capacidade do gôzo de direitos, pelas pessoas colectivas verificam-se também no que respeita à sua capacidade de exercício. Sem dúvida, a corporação tinha uma organização especial fixada para cada caso particular nos seus estatutos privativos *(lex collegii, pactio)* e era em virtude de uma tal organização que o ente colectivo assumia uma certa unidade de querer e de acção. Por virtude dela existiam geralmente em toda a corporação, à similhança da organização citadina, certos órgãos deliberativos e executivos que lhe imprimiam o movimento e a vida, tais como um conselho de administração *(ordo collegii)*, contraposto ao conjunto dos seus membros *(plebs collegii)* e formando com êle o *populus* ou a *respublica collegii*; um ou vários agentes executivos, chefes ou presidentes *(magistri)*, e certos funcionários subalternos e gerentes encarregados de a representarem nas suas relações externas *(actores, curatores, sindici)*.

Mas a capacidade de exercer os seus direitos, que tinha lugar por intermédio dêstes órgãos da pessoa colectiva, foi também sempre particularmente limitada, tendo-se reflectido nela ainda o fraco desenvolvimento que teve, como já vimos, no direito clássico, o conceito de representação legal.

O *sindicus* ou *actor*, com efeito, representava a pessoa colectiva e, todavia, os efeitos dos negócios e actos jurídicos que nessa qualidade praticava dentro das suas atribuïções nem sempre, e mesmo até só em poucos casos, se produziam directamente

(1) Cód. VI, 24, 1 e Dig., 28, 6, 30.

com relação ao ente colectivo. Tirando para fóra os casos de representação da corporação em juízo, juramento, aquisição da posse (1), em todos os demais e sobretudo em matéria de obrigações contratuais era só o *sindicus* quem ficava em campo como proprietário, crèdor, devedor, não obrigando, não responsabilizando a pessoa da corporação (2). Êle era sem dúvida um mandatário desta e todavia, como no mandato, como na tutela a princípio, etc., representava-a prática e socialmente, não legalmente. Só no limite dos proveitos ou enriquecimento experimentados de facto pela corporação, como resultado da actividade jurídica do gerente, esta ficava responsabilizada; assim no mútuo, assim nas obrigações *ex delicto*, etc. (3).

Todavia é provável, posto façamos esta afirmação fóra de quaisquer textos, que também aqui o direito romano tivesse admitido os mesmos expedientes que foram admitidos nos outros casos em que se tratou de suprir a falta da noção de representação legal — e portanto admitisse, sob a forma de acções úteis contra a corporação, algumas das *actiones adiecticiae qualitatis* que sabemos existiam contra o *dominus* e o *pater* com relação à responsabilidade por obrigações contraídas no seu interesse pelos escravos e pelos filhos-famílias e a respeito das quais sabemos, além disso, terem sido ainda admitidas *utiliter* em muitos outros casos diferentes dêsses. De resto, a responsabilidade dentro dos limites do enriquecimento admitida expressamente neste caso e o conceito

(1) Dig., 10, 4, 73; Dig., 35, 1, 97; Dig., 41, 3, 1, § último; e 37, 1, 3, 4.

(2) Dig., 4, 3, 15, 1 e Dig., 4, 2, 9, 1.

(3) Dig., 12, 1, 27.

da cessão das acções *(beneficium cedendarum actionum)* supririam prática e eficazmente, na grande generalidade dos casos, a falta da relação de representação directa entre a corporação e os seus órgãos e assim permitiriam a êstes exercer por meio deles todos os direitos de que aquela era capaz (1).

Extinção das pessoas colectivas

Finalmente, várias eram as causas que podiam determinar a extinção ou a morte da pessoa colectiva.

A consumação ou realização definitiva do fim para que fôra criada, a superveniente impossibilidade absoluta de o conseguir (impossibilidade já material, já moral ou jurídica), uma deliberação da vontade da própria corporação, a morte ou a saída de todos os seus membros, ou a supressão decretada pela autoridade — todos êstes factos extinguiam a pessoa colectiva e faziam surgir a questão do destino a dar ao seu património. Ora, quanto a esta última questão, e pondo de parte os casos de dissolução voluntária, de dissolução prevista nos estatutos ou de dissolução em virtude da lei — casos em que êsse destino seria prèviamente regulado — tudo o que se pode dizer é que os bens da pessoa colectiva considerada ilícita eram pela sua extinção atribuídos aos seus próprios membros (2). Com efeito, compreende-se lògicamente esta solução, desde que se atenda a que a corporação declarada ilícita seria como se nunca tivesse gozado de personalidade; e, inexistente a pessoa da corporação, o património correspondente não poderia

(1) Vid. infra, cap. IV.

(2) Dig., 47, 22, 3.

deixar de pertencer aos membros dela que contribuïram para o formar. Solução diversa, porém, se devia impôr no caso de a corporação ser lícita. Neste caso a pessoa colectiva existiu e, tendo existido, não possuíam os seus membros, que justamente dela se distinguem, título bastante que como tais os habilitasse a suceder no património do ente colectivo; os seus membros achavam-se a êste respeito na situação de quaisquer estranhos ou terceiros. ¿E como decidir então?

Não nos esclarecem a êste respeito as fontes romanas. O certo é que a doutrina que neste caso atribui ao Estado o património da pessoa colectiva e que mais tarde se desenvolveu não encontra neles fundamento algum. Mais provável é supor que em tal caso os bens da corporação viessem a achar se na situação da herança jacente depois da morte do *de cuius* e antes da aceitação pelo herdeiro, sendo susceptíveis de usucapião em proveito de quem deles primeiro se apossasse.

Fundações A outra espécie ou tipo de pessoas colectivas a que acima se fez referência e que, como também se disse já, o direito romano puro não conheceu foi a das fundações.

O direito romano não conheceu as fundações, no sentido de patrimónios *(universitates rerum)* dotados de personalidade e, portanto, patrimónios-sujeitos de direito e afectos de um modo permanente à realização de certos fins de interesse colectivo. Essa mesma forma de pessoa colectiva que mais dificilmente encontra colocação dentro dos quadros da nossa representação lógico-jurídica e em virtude da qual chamamos hoje também juridicamente pessoa

a uma massa de bens deixada por um testador, por exemplo: para a erecção de uma estátua, para a criação de uma enfermaria ou fundação de uma escola, foi justamente também aquele a que os romanos se mostraram mais refratários. E todavia também êles conheceram, desde a República, a existência de tais fins sociais; também êles tiveram que regular e garantir por vezes a aplicação de patrimónios inteiros à realização de certos dêsses fins; também êles, em suma, conheceram e praticaram a fundação neste sentido lato, simples e não técnico, de afectação de bens de um modo permanente a certos interesses colectivos.

¿E como é então que tècnicamente o faziam? Por uma forma que é afinal a adoptada ainda hoje em algumas legislações que não admitem as fundações autónomas pròpriamente ditas, como a francesa, neste ponto muito mais próximas da pura tradição romana do que a nossa: ou seja, atribuíndo a propriedade de tais bens ou elementos patrimoniais a certas corporações já existentes, por meio de doações entre vivos ou de legados em testamento, e sujeitando estas liberalidades a uma cláusula modal *(modus)* pela qual impunham aos donatários ou legatários a aplicação que desejavam tivessem êsses bens (1). Era, com efeito, assim que desde a República se costumavam aplicar os rendimentos de certos bens a fins de interesse público, como eram, por ex., a manutenção e conservação de estradas públicas, prestação de alimentos a certas classes de pessoas, celebração de festas e jogos, etc., disposições essas contidas em

(1) Dig., 30, frag. 117 e 122; Dig., 31, fr. 30; Dig.. 50, 12, fr. 13, § 1 e Dig., 33, 1, 20, § 1.

liberalidades *sub modo* e conservadas em muitos monumentos epigráficos que chegaram até nós.

Como, porém, com êste processo não ficava ainda o fundador absolutamente garantido quanto à aplicação desejada dos seus bens, era também costume recorrer, se a disposição era *mortis causa*, às substituïções fideicomissárias (1); se era *inter vivos*, à *adstipulatio* (2). No primeiro caso, não cumprida pela entidade legítima o *modus* do legado, êste devia ser entregue a uma outra pessoa designada também pelo fundador no testamento em sua substituïção. No segundo, intervinha no acto entre vivos (geralmente a *stipulatio*) uma terceira pessoa (*adstipulator*) perante a qual o que recebia os bens se obrigava também a restituí-los, se não cumprisse êle o *modus* da doação. E com êstes meios, a fôrça da opinião pública e ainda, por vezes, a intervenção de certos magistrados (3), como o *curator rei publicae*, para imporem o cumprimento destas cláusulas, se realizavam no direito romano as fundações.

Estas multiplicaram-se sobretudo no baixo-Império com a intensificação e generalização dos sentimentos da caridade cristã. Fundações de hospícios, hospitais, orfelinatos, creches (*piae causae*) tornaram-se então uma prática de todos os dias. Mas então, perfeitamente consolidada já a e dotada de personalidade jurídica a Igreja católica, foi ela a grande donatária e legatária por excelência à qual, por via de regra, os fiels recorriam para lhe confiarem os bens que desejavam afectar à realização dêstes fins. Sòmente resta notar que nem ainda então as

(1) Dig., 32, fr. 38, § 5.
(2) Veja *Corp. Insc. Lat.*, 14, 525.
(3) Dig., 50, 12, 15, 1; 50, 10, 5 e 5, 5, 50.

fundações ou obras pias, embora muitas vezes independentes na sua administração, contudo se destacaram nitidamente das próprias corporações eclesiásticas, a que eram deixados os bens, constituindo um sujeito de direito diferente delas. Muito em contrário disso, como nas instituïções alimentares — outra espécie de fundações a favor de creanças pobres, do tempo de Nerva, Trajano e Antonino Pio — também aqui o fim social em vista se realizava muitas vezes pela simples constituïção de rendas perpétuas, mas sem que o património se destacasse dos bens da Igreja ou de qualquer corporação, como naquelas se não destacava do fisco ou da pessoa do imperador; e assim, deixado um legado ou instituído um herdeiro, muitas vezes era imposta a êstes a obrigação de aplicar uma certa prestação anual ao fim que se queria proteger.

Contudo, e embora assente que o direito romano não conheceu as características fundações do direito moderno, resta notar que houve nele duas instituïções que de algum modo apresentam notáveis analogias com êste instituto. São êles o fisco (*fiscus*) e a herança jacente (*hereditas jacens*).

O primeiro é uma instituïção de direito público; é o património do príncipe contraposto ao património do Estado ou do *populus romanus*, a que se dava o nome de *aerarium*. Ora o fisco, tendo absorvido o erário, quando os imperadores se tornaram os únicos senhores do Estado, acabou com o tempo por se destacar também da pessoa do príncipe e por constituír uma verdadeira entidade patrimonial autónoma com verdadeira personalidade em muitos casos e titular de numerosos privilégios.

A segunda, a herança jacente, é uma instituïção de direito privado, mas que, tendo embora analogias

com as fundações nos seus caracteres jurídicos, todavia difere delas, fundamentalmente, em não ser a criação de uma vontade mas da lei e em não existir para nenhum fim de interesse colectivo. A herança jacente é a herança já deferida por um título válido, lei ou testamento, depois da morte do *de cujus* e contudo ainda não adquirida pelo herdeiro em virtude de um acto expresso de aceitação *(aditio)*. Nestas condições, e entre êstes dois momentos—declaração e aceitação—a herança ficava jacente no sentido de que, não se sabendo ainda se seria adquirida, ficava sob a protecção da lei como uma entidade independente, na espectativa de que o herdeiro a viesse aceitar. E como entretanto os direitos que a constituíam não tinham sujeito, visto não poder ser considerado tal nem o seu autor já falecido, nem o herdeiro já chamado mas ainda não entregue deles, daí o ser por vezes considerada a própria herança nestas condições como uma pessoa e um sujeito de direitos. Era desta maneira que a herança era tutelada pela lei, garantida na sua integridade e tornada susceptível pràticamente de aumento e diminuïção, constituindo um verdadeiro património autónomo. Os jurisconsultos romanos, porém — é preciso notar — nem por isso lhe chamaram jámais uma pessoa, limitando se a afirmar que ela ocupava o lugar ou desempenhava as vezes de uma pessoa *(personae vice fungitur, vicem personae sustinet, domini locum obtinet)* (1), o que é uma coisa muito diferente, evidenciando-se desta maneira que a aparente personalidade da *hereditas jacens*, apesar de todas as analogias, não passava aos seus próprios olhos de uma imagem ou ficção.

(1) Dig., 46, 1, 22 e 41, 3, 15, pr.

A doutrina que atribui afoitamente a personalidade à herança jacente, como uma *universitas rerum*, tem já sido defendida (1), mas a verdade é que ela não pode fundar-se nos textos, não sendo tal pseudo-personalidade mais do que uma similhança ou analogia entre os dois institutos no que respeita a certos efeitos particulares e mais nada.

Chegados ao fim da matéria da personalidade jurídica no direito romano, pode preguntar-se agora: — de todos êstes conceitos e fórmulas jurídicas, dêstes institutos que ficaram expostos, de toda esta complexa teoria sôbre a *caput*, elaborada através de tantos séculos, — ¿que é o que se aproveita hoje? — ¿Qual a parte deles que vive ainda no direito moderno? A isto pode responder-se: — pouca e muita coisa ao mesmo tempo.

É fóra de dúvida, em primeiro lugar, que tudo que fôram caracteres específicos dêsse sistema jurídico nos quais se reflectiam, no detalhe, as condições históricas, económicas, morais e políticas do mundo romano desapareceram e morreram. Com o desaparecimento da escravidão, instituïção basilar da da sociedade antiga, o conceito de personalidade sofreu um alargamento notável e nós vimos como ainda o próprio direito romano se esforçou no sentido, senão de suprimir, ao menos de atenuar e corrigir constantemente os efeitos e conseqüências lógicas dessa instituïção no campo prático e moral. Ela estava virtualmente condenada desde o triúnfo

(1) Savigny, *Sisthème de droit romain*, II, 89, *Pandekten*, I, 60, n.° 2, e Girard, *Manuel*, pág. 236.

do cristianismo. Com ela desapareceram também todas as inúmeras divisões das pessoas em escravos, livres e libertos e as dêstes em cidadãos, latinos e peregrinos que tornavam a doutrina da personalidade, sob êste ponto de vista, tão complexa e desumana. E se a Idade-Média herdou e manteve ainda, por fôrça das suas condições económicas, alguma coisa destas instituïções embora modificadas, o mesmo se podendo dizer ainda, em parte, da Idade Moderna, contudo o que ficou delas não poude resistir ao embate das doutrinas humanitárias do século XVIII e do movimento anti-esclavagista colonial dos princípios do século passado. E assim, neste ponto, o direito romano está morto e bem morto.

O mesmo se diga dos efeitos do nacionalismo em matéria de personalidade. Também aqui ainda o direito romano se soube corrigir a si mesmo. O princípio do cidadão único sujeito de direito e do estrangeiro-coisa, que informou o primitivo sistema jurídico no período quiritário, era já um anacronismo sem significação prática no direito romano das gentes e estava virtualmente abolido em 212, depois de Caracala, com os progressos da romanização do mundo antigo. No tempo de Justiniano todo ou quási todo o homem livre, à excepção do bárbaro, era pessoa ou sujeito de direito com uma capacidade plena ou limitada. O espírito cristão e o espírito helénico, que se conjugam na última fase histórica do direito romano para lhe imprimirem o caracter universalista, abstracto e humanitário que é conhecido, explicam êste progresso. Na Idade-Média, com a chegada dos povos germânicos e com a implantação do regime feudal, a capacidade jurídica do estrangeiro volta a sofrer um retrocesso. Mas o renascimento do direito romano, o direito canónico, o incremento

das relações comerciais pelos fins dessa época e, finalmente, o racionalismo filosófico da escola do direito natural com todo o restante movimento de ideas do século XVIII para cá, identificaram definitivamente os conceitos de homem e de pessoa jurídica, como eles se acham na base do direito internacional moderno.

Finalmente e em terceiro lugar, pode observar-se ainda o mesmo com relação à influência do *status familiae* no conceito de personalidade. Aqui também a negação da plena capacidade jurídica dos *alieni juris*, fundada no espírito da antiga família romana, organismo histórico de base política, quási desapareceu no direito romano com o desaparecimento dêsse mesmo espírito e os progressos da família, pura forma de sociedade doméstica assente na consanguinidade. A família do direito justinianeu é já aproximadamente o mesmo que a nossa família moderna, conquanto ela conservasse ainda aí certos vestígios da sua primitiva estrutura que não conseguiram chegar até nós, como o conceito de um pátrio poder ilimitado no tempo.

Tudo o que são, pois, caracteres específicos em que de algum modo se reflete a condicionalidade histórica exclusivamente própria da sociedade romana e depois ultrapassada, como dizemos, desapareceu e morreu. No mesmo caso estão ainda: — o conceito político do parentesco fundado na *potestas;* o carácter da tutela e da curatela no antigo direito; toda a teoria da incapacidade das mulheres e da tutela dos agnados, de que apenas poude sobreviver até aos nossos dias a incapacidade do Veleiano; uma boa parte da doutrina da incapacidade em razão da idade assente nas complexas distinções entre os *infantes* e *maiores infantiae*, púberes e impúberes, maiores e menores;

emfim ainda, a doutrina das numerosas incapacidades fundadas na condição social, na profissão, nas relações com a terra, no gráu de honorabilidade pessoal, na religião, etc. Todas estas formas e ideas jurídicas, com efeito, desapareceram, embora não sem que muitas delas se tivessem mantido muito tempo ainda em vigor através dos séculos, ora num estado de relativa pureza, ora modificadas pelo direito romano comum dos post-glosadores, ora combinadas com outros elementos históricos, como o direito canónico e o germânico, até à entrada do século XIX.

Mas, se esta é a parte caduca e hoje puramente histórica do direito romano em matéria de personalidade, há uma outra parte e não somenos que está ainda no fundo de todas as legislações modernas, neste ponto herdeiras directas de Roma. Essa parte é precisamente a constituída também pelo conceito de certos institutos, sua íntima conexão e função social, e ainda pelos quadros e categorias lógicas fundamentais que formam pròpriamente a ossatura de todo êsse sistema jurídico que os romanos, como ficou dito, não definiram jámais em conceitos rigorosamente scientíficos, mas que fixaram de um modo admirável e designaram com uma terminologia que é ainda, na sua maior parte, a nossa.

O conceito de sujeito de direito ou pessoa, as condições fundamentais da sua capacidade de gôzo de direitos: — o nascimento, a vida, a forma e figura humana ou a viabilidade; a protecção aos nascituros; as condições da capacidade civil de exercício dos direitos: — a maioridade dos vinte e um ou vinte e cinco anos e a saúde mental; a interdição por prodigalidade; o suprimento destas incapacidades, a tutela e a curatela, os direitos e deveres dos tutores

e curadores e os próprios nomes dêstes institutos; a idea de um *status familiae* servindo de limite ao exercício de alguns direitos e de fundamento especial a outros, de harmonia com as exigências de um certo tipo de organização familiar; o conceito limitado do pátrio poder no seu conteúdo; o de pessoa colectiva, de corporação, etc., — tudo isso, que são ainda hoje as bases do nosso direito em matéria de personalidade, nos vem emfim de Roma. E não é só ainda a idea essencial e o nome de muitos dêstes institutos que hoje se conservam; é também, a respeito de muitos, a sua configuração típica bem definida, como por exemplo sucede com alguns dos regimes das incapacidades, com a tutela e a curatela, que quási tanto faz estudar no direito justinianeu como no moderno direito civil.

CAPITULO III

Objecto do direito

§ único — Noções gerais

Noções gerais O direito subjectivo é atribuído à pessoa do homem para a realização de certos dos seus fins, como se viu. Esses fins correspondem a necessidades e interesses seus individuais e, simultâneamente, a um interesse social. O elemento individual e o elemento social acham-se intimamente compenetrados e associados na regra de direito, por sua vez expressão da solidariedade social.

Mas, se todo o direito existe para a realização de fins humanos (*hominum causa omne ius introductum est*), êstes fins presupõem necessàriamente, para se realizarem, o exercício de uma certa actividade voluntária a qual, por sua vez, presupõe também um certo *objecto*.

O *objecto* é assim outro elemento da relação jurídica. Assim como não há, psicològicamente, vontade sem objecto para o qual tende, visando a uma modificação no mundo externo, assim não há

também acção jurídica, direito, sem *objecto*. E como o nosso mundo é um mundo de corpos e de fôrças, é sôbre estas realidades que tende a exercer-se o nosso poder e acção jurídica, constituíndo elas o *objecto* dos direitos. Numa palavra: *objecto* do direito é, no mais rigoroso sentido, aquilo sôbre que recái directa ou indirectamente a acção jurídica do sujeito ou pessoa, ou seja, — numa linguagem talvez mais filosófica — aquela parte do *não-eu* sôbre que recái o poder jurídico do *eu* e que o homem de algum modo subordina à sua vontade para a realização dos seus fins jurídicos.

São objecto do meu direito de propriedade as coisas do mundo externo de que me aproprio por qualquer causa; dos meus direitos de crédito, certas formas de actividade dos meus devedores e, em última análise, também eventualmente o seu património em globo, etc.

Deve, porém, notar-se que a expressão objecto do direito é também tomada por vezes num outro sentido mais lato compreendendo aquilo que constitui o próprio conteúdo do direito em vista dos fins que êle garante. E neste sentido seriam objecto do meu direito de propriedade, não só as coisas, mas os próprios poderes e faculdades que como proprietário eu tenho sôbre elas para poder realizar o meu interesse individual e com êle o interesse social. Seria assim objecto do meu crédito o poder legal que tenho de executar eventualmente o meu devedor pelo cumprimento da obrigação, etc. Êste sentido dado à expressão objecto do direito, comquanto inteligível, não é comtudo rigoroso e leva à confusão de conceitos que justamente se podem e devem descriminar na terminologia e na técnica jurídica, quando estas queiram ser quanto possível perfeitas. Para objecto do

direito neste sentido convém adoptar antes a expressão *conteúdo* do direito, igual ao conjunto de poderes e faculdades que pelo direito são atribuídos à pessoa e o constituem.

Tudo isto são — mais uma vez o dizemos — conceitos e novas formas e categorias do pensamento jurídico exercendo-se no seu mundo abstracto de ideas e de leis lógicas. São, — mais uma vez o dizemos — o produto da especulação e da filosofia jurídica. Os romanos também não usaram nunca dêste têrmo: *objecto do direito;* também acharam porventura perigoso definí-lo; e contudo nunca êles pensaram sem o tomar como base e presuposto lógico na expressão dos seus raciocínios quando, por ex., diziam: *dominio subici, id quod potestati alienae subicitur, id quod alieno iuri, iurisdictioni alicuius subiectum est*, etc. (1).

A respeito do objecto do direito, sôbre o qual é, pois, muito mais difícil elaborar uma teoria geral (dada a enorme multiplicidade dos seres: pessoas, formas de actividade ou coisas pròpriamente ditas sôbre que pode recair o nosso poder jurídico, e ainda a infinidade de modos como êsse poder se pode exercer e recaír neles), o que se impõe portanto é apenas formular algumas noções gerais sôbre as espécies mais importantes de objectos do direito e, nomeadamente, sôbre as coisas (*res corporales*) sôbre que incidem, como veremos, os chamados direitos reais.

(1) Vid. Dig., 1, 5, 4, § 1; 45, 1, 45, § 1; 1, 7, 2, § 2; *et passim*.

As pessoas como objecto de direitos

A primeira categoria de seres sôbre os quais pode recaír um poder jurídico, conteúdo dum direito, é constituída pelas próprias pessoas. A pessoa do homem, que é normalmente o sujeito de todos os direitos, pode também ser o objecto dêles ou de alguns dêles, sem que isto tenha nada de extranho ou de contraditório.

Se a vida em sociedade é uma colaboração e uma constante permuta de valores económicos e morais, é também uma subordinação organizada e recíproca entre êsses valores. Há poderes do homem sôbre o homem para a realização dos seus fins, fins que tanto interessam ao indivíduo como à sociedade; e êstes poderes de facto, pedidos e fundados pela própria natureza das coisas, hão de encontrar necessàriamente uma expressão no mundo jurídico para obterem aí a sua garantia como necessidades e condições impreteríveis da vida social.

Logo, quando êsses poderes jurídicos recáem sôbre o homem, o homem é também lògicamente e necessàriamente objecto de direitos. É o que sucede quanto a alguns direitos que a pessoa tem sôbre si mesma e que muitos querem que sejam concebidos, não como direitos separados ou *iura in se ipsum*, mas como manifestação e presuposto da própria personalidade jurídica (1); é ainda o que acontece com

(1) Vide sr. Dr. José Tavares, *Os princípios fundamentais do direito civil*, pág. 270 e seg. A questão, que tem sido muito debatida, é do número daquelas que tanto podem admitir uma solução como outra, sendo qualquer delas indiferente práticamente. Tudo depende, em nosso modo de ver, do gráu de abstracção no ponto de vista em que nos coloquêmos e do rigor mais ou menos lógico nas deduções que daí fôrem tiradas. —

os direitos de família, em que o filho é objecto do pátrio poder do pai e a mulher objecto da *manus* do marido. Em todos êstes casos é objecto imediato do direito, não uma coisa mas uma pessoa.

Mas, quando isto acontece, nem por isso — deve ser notado — a pessoa do homem, que nestes casos é objecto de direitos, o é por forma que êsses direitos atribuídos a outrém excluam a sua própria personalidade jurídica ou a desconheçam. O homem objecto de direitos não está nunca para o homem sujeito dêles como estão as coisas materiais e impessoais submetidas ao seu poder. Tirando o caso do escravo que não é juridicamente pessoa mas coisa, todas as outras pessoas sôbre as quais recái um *dominium*

Com efeito, ¿que mais faz que o meu direito a dispor da minha liberdade, dentro dos limites das leis de interesse e ordem pública, seja antes considerado como um presuposto e condição da minha personalidade jurídica, uma manifestação dela, ou seja considerado como um *direito* meu próprio *sôbre a minha própria pessoa?* — É evidente que qualquer destas duas representações ou construções do pensamento jurídico garante eficazmente e do mesmo modo aquilo que ùnicamente importa, isto é, que eu possa dispor de mim como entendo; o mais é uma pura questão de preferências teóricas para não dizer uma questão de gôsto. Não passe, porém, sem ser notado que a concepção que faz ver nos chamados direitos à vida, à integridade pessoal, à honra, etc. verdadeiros direitos sôbre a própria pessoa é muito mais conforme com a realidade e o sentimento jurídico popular que vê nessas posições e pretensões da pessoa o objecto de verdadeiros direitos. A própria linguagem corrente e o modo de nos exprimirmos a êsse respeito o acusam. ¿E não será especioso e sofístico sustentar, como supremo argumento contra os *direitos sôbre a própria pessoa*, que implica contradição o facto de a pessoa passar por ser, ao mesmo tempo, sujeito o objecto de direitos? Lembra isto o argumento positivista dos que combatem a *introspecção* como método de

ou uma *potestas* conservam a sua personalidade própria; assim os filhos, assim a mulher, assim todos os *alieni juris*, apesar de o poder do *pater* ou marido sôbre êles ser similhante ao que êle tem sôbre os escravos, podendo vendê-los e até tirar-lhes a vida, como era seu direito nos mais antigos tempos de Roma. E assim as pessoas como objecto de direitos impõem ao conteúdo e ao modo de exercício desses direitos limites muito mais severos do que são aqueles que resultam da natureza do objecto, quando êsse objecto são coisas. Sem dúvida, no mais antigo direito os poderes do *paterfamilias* sôbre as pessoas *in potestate* correspondem e assemelham-se aos seus poderes como proprietário sôbre as coisas sujeitas

---

observação na psicologia experimental, sob o pretexto de ser contraditório que a pessoa seja simultâneamente sujeito e objecto das suas observações! Puro sofisma! A verdade é que, também no caso em questão, o conceito de direito é um conceito de tal modo abstracto e ideal que nada repugna que lhe possam ser dadas, como objecto, simples posições, manifestações e aspectos da vida da própria pessoa. Vid. Windscheid, Pandekten 1, 177 e Ruggiero, *Instit.*, 1, pág. 204 e 205. Isto pelo que respeita às exigências do pensamento jurídico moderno.

Quanto ao modo por que os romanos veriam as coisas neste caso particular, basta notar que de nenhum texto se pode concluir não admitirem êles direitos sôbre a própria pessoa. O fragmento de Ulpiano no Digesto: *nemo dominus membrorum suorum videtur* (Dig., 9, 2, 13, pr.) não é bastante para convencer disso. O facto de ninguém ser considerado proprietário dos seus próprios membros quere apenas dizer que êstes, emquanto integrados no corpo vivo da pessoa, não constituem objecto de um verdadeiro direito de propriedade em especial, visto que entre êles e a pessoa não há nesse caso a necessária distinção e heterogeneidade para que esta possa exercer sôbre êles aquela *plena in re potestas* que, com todos os seus efeitos e garantias, constitui o regime jurídico do *dominium*. Seria absurdo, por exemplo,

ao seu *dominium*. Mas, como se viu, trata-se de vestígios de antigas concepções da soberania ou poder político do *paterfamilias* romano, que o direito histórico foi pouco a pouco corrigindo e eliminando através da já conhecida evolução do instituto da personalidade. Sòmente, no direito romano os direitos de família como direitos sôbre as pessoas, foram sempre, ainda na sua última fase, e justamente por virtude dessas concepções primitivas, muito mais fortemente organizados do que sucede hoje, chegando por vezes a traduzirem-se em poderes de facto que investiam materialmente o objecto pessoa como outros investiam o objecto coisa.

que se intentasse uma acção de *reivindicatio* ou uma *actio negatoria* ou *prohibitoria* para reclamar a posse ou a libertação de um próprio braço! Mas que a afirmação contida no fragmento não pode ter outro sentido e que a pessoa era tida como sujeito de direitos sôbre ela própria, aí está a prová-lo — crêmos nós — o próprio frag. atribuíndo ao homem livre uma *actio utilis ex lege Aquilia* para se indemnizar dos danos culposos causados na sua pessoa, não por ela ser verdadeira proprietária de si mesma (razão porque não tem uma *actio directa*), mas por ser algo de similhante e merecer, pois, *utiliter* uma tutela parecida (razão por que tem uma *actio utilis*) — De resto, as acções especiais destinadas à defesa dos diferentes *status* e elementos da personalidade sob a fórma de *vindicationes (vindicatio in libertatem, in servitutem)* (vid. *supra*, pág. 93) estavam organizadas, sobretudo no direito justinianeu em que se dispensou o *adsertor*, como se se tratasse de verdadeiros direitos que a pessoa tivesse sôbre a sua liberdade, a sua qualidade de cidadão, o seu *status familiae*. E note-se, por último, que no direito romano se não proïbia o suicídio nem o abôrto e que até, em certos casos, era comerciável o cadáver da pessoa. Cfr. Pacchioni, *Corso*, II, pág. 161, n.º 341.

A actividade das pessoas como objecto de direitos

Uma outra espécie mais abstracta ainda de objecto de direitos é a constituída pela própria actividade jurídico-patrimonial das pessoas. É o que acontece com os direitos de crédito ou obrigações em que um facto do devedor, traduzindo-se numa prestação, constitui afinal o objecto do direito do crèdor.

Em virtude da relação jurídica de obrigação entre dois sujeitos de direito, tudo se passa como se se estabelecesse, segundo se sabe, entre êles um vínculo que adstringe um a satisfazer ao outro uma prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa (1). Aquele a quem a prestação deve ser satisfeita diz-se crèdor; aquele que a deve satisfazer diz-se devedor. Ao crèdor é reconhecido assim um direito que se chama crédito e cujo objecto é, evidentemente, a própria prestação. Mas a prestação não é em si mesma uma realidade concreta sôbre a qual possa recaír imediatamente um poder do crèdor, não é uma coisa, não sendo possível nem imaginável um direito sôbre a prestação ou um poder sôbre a prestação. Há sim um direito à prestação; mas um direito a uma prestação não é nem pode ser coisa diferente do que um direito a uma certa conduta ou manifestação da actividade do devedor que êste tem a desenvolver para a cumprir. E não há lógica que fuja a esta conclusão necessária: o objecto imediato do direito de crédito é, portanto, precisamente essa actividade, isto é, ainda um aspecto da personalidade do devedor.

Tanto assim é, que, se o devedor não cumpre a obrigação ou não satisfaz a prestação devida, a

(1) Dig., 44, 7, 3 e Inst. III, 15, pr.

ordem jurídica autoriza o crèdor a coagí-lo. Esta coacção não pode tender — é certo — a compelí-lo precisamente ao facto que constitui o objecto da prestação *(nemo potest precise cogi ad factum)*; mas, uma vez que se exerce, vai atacar directamente a pessoa do devedor e reduzir uma importante esfera da sua actividade que é a esfera patrimonial. Com efeito, o património do devedor em globo é o elemento que responde em última análise pelo cumprimento das suas obrigações. Portanto, e em resumo: o objecto dos direitos de crédito é ainda uma pessoa, o devedor, mas esta considerada apenas num aspecto muito mais limitado ainda do que sucede nos direitos de família, isto é, no exclusivo aspecto da sua actividade patrimonial.

Ora estas noções aplicam-se tanto ao nosso direito como ao romano. No direito romano, como no actual, as obrigações correspondem a direitos cujo objecto é constituído, não por coisas, mas por certas formas da actividade das pessoas ou ainda por um certo aspecto da sua personalidade que é o patrimonial; e isto, desde que o instituto jurídico das obrigações assumiu francamente na evolução histórica desse direito êste último carácter, perdendo o seu carácter pessoal.

Emquanto, porém, o carácter dêste instituto se conservou um carácter pessoal, no sentido de ser a própria pessoa física do devedor ou o seu próprio corpo, ou o de outrém por êle, o elemento que respondia pelo cumprimento da obrigação, em vez de ser o seu património, então muito mais evidentemente ainda o objecto de tais direitos era, nessa fase histórica, a própria pessoa do devedor. Então era sôbre o corpo do devedor que recaía o poder jurídico do crèdor e era essa a origem da condição dos *nexi*, dos *addicti* e *iudicati*, similhante à condição dos escravos.

Mas não convém antecipar aqui noções que só deverão ser desenvolvidas quando se tratar das obrigações. Baste-nos aqui notar, emfim, que, a respeito dêste instituto dos direitos de crédito, o seu objecto se mostra tanto mais serem pessoas, quanto mais se recúa no tempo e nos aproximamos duma fase originária em que se não concebia como objecto possível de direitos senão seres materiais, sôbre os quais pudessem recair poderes de facto e também materiais, ou seres que pudessem ser objecto de uma apreensão material.

As coisas como objecto de direitos

O objecto de direito sôbre o qual mais concretamente se vê recaír o poder jurídico do homem na realização dos seus fins é, porém, constituído pelas coisas. As coisas são, portanto, o objecto mais material e mais imediato dos nossos direitos e também aquele que menos resistência oferece à nossa acção jurídica. E a tal ponto chega no mais importante dos direitos que as tem por objecto *(direitos reais)* a identificação dêste com o próprio direito e o seu sujeito (direito de propriedade), que a linguagem comum, ao exprimir a relação existente entre a pessoa e a coisa — o sujeito e o objecto do direito — diz, por ex., não que Tício tem um direito de propriedade sôbre uma coisa, mas que essa coisa é de Tício.

Os direitos reais ou sôbre as coisas podem ser mais ou menos amplos e ricos no seu conteúdo, investir as coisas numa medida mais ou menos completa sujeitando-as à vontade e poder do homem. Mas em qualquer caso, quer se trate da propriedade, quer

do penhor ou da hipoteca, das servidões ou do usufruto, sempre as coisas que são o seu objecto se acham sujeitas a um poder imediato do homem que nelas se exterioriza directamente. As relações do homem com as coisas como objecto de direitos, sendo sempre isto na essência, podem porém ser disciplinadas de vários modos e até dar origem à configuração de vários tipos de direitos reais, consoante as suas espécies e divisões, impondo-se por isso conhecer desde já qual o conceito jurídico de coisa no direito romano e as mais importantes divisões das coisas que, sob êste ponto de vista, aí eram consideradas.

Conceito de coisa e divisões das coisas

É coisa *(res)*, na linguagem do direito, primeiro que tudo, tudo aquilo que carece de personalidade, ou melhor — e num sentido mais restrito — toda a porção limitada de matéria sôbre que pode recaír um poder do homem para a sujeitar à satisfação das suas necessidades.

O conceito jurídico de coisa coïncide assim pouco mais ou menos com o conceito económico de bens, de riqueza. A terra, os seus frutos e produtos, o ar, a água, e o que eles contém, os escravos e os animais, os produtos do trabalho humano, o dinheiro, tudo isso são coisas no mesmo sentido em que são também valores e bens existindo numa proporção superior ou inferior às necessidades humanas; tudo isso que constitui emfim, como se disse já, aquela parte do *não eu*, excluídos os outros homens, sôbre que pode recaír um poder material e jurídico do *eu*. Se esta também não é uma definição dos romanos, é, pelo menos, uma definição de espírito e de base romana.

Res corporales e incorporales

Como coisas objecto possível de direitos reais, é preciso porém salientar que os romanos não admitiram nunca senão as coisas materiais ou corpóreas, *res corporales*, *res quae tangi possunt* (1), desconhecendo neste sentido jurídico, portanto, as coisas imateriais ou incorpóreas, *quae tangi non possunt*, ou aquelas cuja existência é apenas uma existência abstracta, como é a de todos os direitos. É verdade que eles nos falam também algumas vezes de coisas incorpóreas *(res incorporales)* neste último sentido, parecendo assim significar que consideravam também esta categoria de coisas como objecto possível de direitos (2). Mas êste não era o seu pensamento quando falavam de tais coisas. Estas, significando antes os direitos, como a herança, o usufruto, os créditos considerados em si mesmos, não entravam pròpriamente no conceito jurídico de coisa, mas no conceito de património, não servindo a designação desta categoria especial de coisas, portanto, mais do que para exprimir os dois elementos de que normalmente êste se compunha, isto é, de coisas pròpriamente ditas e de direitos. É êste, pelo menos o sentido bem claro que a referida distinção das coisas em *corporales* e *incorporales* tem na obra de Gaio (3).

Referindo, pois, o conceito jurídico de coisa às *res corporales*, *quae tangi possunt*, como único objecto possível dos direitos, os romanos admitiram porém, várias divisões destas, das quais, se muitas teem hoje um interesse puramente histórico, outras conservam ainda no domínio da sciência do direito e

(1) Gaio, II, 15.

(2) Gaio, *ibid.*, 12: *quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.*

(3) Gaio, *loc. cit.*

da legislação moderna todo o seu valor. É o que, designadamente acontece com as divisões das coisas em públicas, comuns e particulares; móveis e imóveis; fungíveis e não fungíveis; divisíveis e indivisíveis; consumíveis e não consumíveis; simples e compostas, etc.

As divisões das coisas de interesse puramente histórico que nos oferece o direito romano são as das coisas em: *res mancipi* e *nec mancipi* e coisas *itálicas* e *provinciais*.

Res mancipi e nec mancipi

O caracter agrícola da antiga organização familiar romana indica claramente quais deviam ser as coisas de maior valor económico dentro do património do *pater*.

Essas coisas eram necessàriamente a terra, os prédios e as mais que serviam para a sua exploração, ou sejam, os escravos e os animais de que o proprietário se servia na sua labuta diária para arrancar à terra o sustento da família. Eram estas as *res mancipi* (1). Os prédios e as servidões rústicas sôbre os prédios visinhos, os escravos e os animais *quae colo dorsove domantur*, ou sejam: o boi, o cavalo, o jumento, tais coisas tinham um valor económico muito particular na vida da família; eram toda a sua riqueza numa época em que o fraco desenvolvimento do comércio não permitia ainda a existência da moeda, e como tais estavam sujeitas a um regime jurídico fortemente disciplinado.

Inalienáveis, numa primeira fase do desenvolvimento económico da vida romana, como tudo faz

(1) Gaio, II, 14-17 e Ulpiano, XIX, 1.

crêr, estas coisas, ainda quando posteriormente poderam ser alienadas, não o poderam ser de qualquer forma, mas só mediante os complicados processos formalistas do antigo direito, a *mancipatio* e a *in iure cessio* (1). Alienadas ou transacionadas por outra forma, o acto por que essas operações se fizessem seria nulo, e nisto estava a maior importância desta divisão das coisas no ponto de vista jurídico.

As *res nec mancipi*, sendo todas as mais coisas que podiam ser objecto de direitos do *pater* e da família, não estavam sujeitas a êste regime; eram livremente alienáveis mediante *traditio* e constituíram durante muito tempo o elemento menos valioso do património (2).

Nos fins da República, com o desenvolvimento da vida económica e o aumento da riqueza mobiliária, esta divisão das coisas tinha perdido quási toda a sua razão de ser; então avultavam já por vezes no património do cidadão romano muitos elementos mobiliários de maior valor do que as *res mancipi* e que contudo eram mais fàcilmente alienáveis fóra dos meios formalistas. Mas nem por isso esta divisão foi desde logo abolida. Nós vêmo-la, com efeito, mantida em vigor ainda no direito do pretor e durante toda a época clássica, sem dúvida em homenagem à tradição, mantendo-se também com ela em vigor a *mancipatio*. Foi só Justiniano quem a aboliu por uma sua constituïção na qual, reconhecendo-se a sua grande antiguidade, todavia ela era declarada ambígua e inútil (3).

(1) Veja vol. I, pág. 84, nota 2.
(2) Gaio e Ulpiano, *loc. cit.*
(3) Cód., VII, 31, 1, § 5.

Prédios itálicos e provinciais

A divisão das coisas em itálicas e provinciais dizia respeito ùnicamente aos prédios e por isso é mais rigorosa a designação de *praedia italica* e *provincialia* (1). A sua origem está ainda no estreito nacionalismo do primitivo direito romano.

O sistema jurídico da Roma dos quirites estava organizado, com efeito, só para os cidadãos *patres-familias*. Era só para êles que existiam os diferentes direitos que a ordem jurídica atribuía à pessoa e entre êles o *dominium* ou propriedade *ex jure Quiritium*. Dado o isolamento da *urbs* sôbre o seu território *(ager romanus)*, era só sôbre as coisas ou prédios compreendidos neste mesmo território que, a princípio, se concebia que podesse recaír um verdadeiro direito de propriedade.

Porém, com a expansão de Roma para além dos seus primitivos confins, havia de dar-se necessàriamente uma profunda transformação nestes quadros jurídicos. Todos os territórios conquistados na Itália foram considerados: ou incorporados no *ager romanus*, quando as cidades metrópoles dêsses territórios eram assimiladas, recebendo uma organização municipal similhante à romana, ou no *ager publicus*, se a sujeição deles se fazia por *deditio*, rendendo-se os seus habitantes à discrição do povo romano. Ora, dêstes últimos territórios, a propriedade ficava sempre pertencendo em princípio a Roma, e aos particulares que deles se apoderavam apenas a posse. E o mesmo regime se aplicou mais tarde à propriedade sôbre os territórios extra-itálicos, depois de começada a expansão imperialista de Roma, com excepção sòmente daqueles a cujos habitantes esta concedia o *ius italicum*.

(1) Gaio, II, 7 e 7 *bis*; II, 21, 31, 46 e 63. Cfr. Inst., II §, Gaio, I, 120 e Ulpiano 19, 1.

Daqui a distinção entre prédios itálicos e provinciais.

Os primeiros podiam ser livremente objecto de propriedade civil ou de *dominium ex jure Quiritium*; os segundos apenas podiam ser objecto de posse, ainda mesmo quando fossem apropriados por cidadãos romanos. E a propriedade dêstes últimos estava no Estado romano (1). Os primeiros estavam isentos de contribuïções; pelos segundos deviam os seus possuïdores pagar o *tributum* ou *vectigal*. Aos prédios itálicos, objecto de verdadeira propriedade, podiam aplicar-se os diferentes modos de alienação e aquisição de propriedade do direito civil romano, como a *mancipatio*, a *in iure cessio*, a *usucapio*, etc. e podiam ser defendidos com a *reivindicatio*. Aos prédios provinciais nada disso se aplicava (2). Mas como estas diferenças de regime jurídico eram afinal puramente teóricas, funcionando a *possessio* dêsses territórios pràticamente como verdadeira propriedade, por isso não tardaram também em nascer certos institutos jurídicos destinados a preencher, quanto aos prédios provinciais, a função que aqueles desempenhavam quanto aos itálicos. Foi assim que surgiram: a *traditio* como modo de transmissão da propriedade relativa a esses prédios, a *prescriptio longi temporis*, como sucedâneo da usucapião, para transformar em propriedade a sua posse prolongada, e certas acções

(1) Gaio, II, 7 e II, 21.

(2) Gaio, II, 31; II, 46; II, 63. Cfr. *Inst.*, II, 8, Gaio, I, 120 e Ulp., XIX, 1.

úteis e *in factum* para tornar possível a sua reivindicação (1).

Numa palavra: a propriedade dos prédios provinciais, embora teòricamente *possessio* e não *dominium*, pràticamente era já na época clássica tão propriedade como a outra nas relações do comércio económico e jurídico. Distinguia-a apenas da outra, sob o ponto de vista tributário, o pagamento do *tributum* ou *vectigal* a que estava sujeita. Mas essa mesma distinção deixou de existir no tempo do Diocleciano com a generalização do tributo a todas as propriedades imobiliárias tanto provinciais como itálicas. E com estes factos e ainda a constante generalização do *ius italicum* a muitos territórios provinciais chegou um momento em que ela perdeu de todo a sua razão de ser histórica. Contudo, a respeito desta divisão das coisas, como a respeito da anterior, deve dizer-se, por último, que ela se conservou ainda muito tempo em vigor por virtude da tradição, sendo só abolida afinal por Justiniano (2). A sua importância e interêsse histórico residem sobretudo para nós no facto das influências que muitos institutos, criados para disciplinar o regime da propriedade provincial, depois vieram a exercer, através do período post-clássico, sôbre o regime da propriedade civil, emprestando-lhe muitas das suas formas jurídicas e concorrendo assim para criar a êste novas bases e um espírito mais universal.

(1) Vid. vol. I, pág. 181 e nota 1.
(2) Cód., VIII, 31, 1.

Coisas in patrimonio e extra patrimonium

Entre as outras divisões das coisas conhecidas dos romanos — e tendo por fundamento, ou o critério do seu destino e aplicação, ou o do modo como elas satisfazem as necessidades do homem e, portanto, o das suas qualidades — a mais importante é a das coisas ou *res in nostro patrimonio* e *extra nostrum patrimonium* (1).

Com efeito, as coisas ou se destinam a satisfazer necessidades individuais ou colectivas; as primeiras são por isso mesmo susceptíveis de apropriação individual, podendo achar-se sujeitas ao exclusivo domínio do cidadão ou particular; as segundas não. É por isso que se diz destas últimas que elas estão *extra patrimonium;* não podem achar-se no património de ninguém individualmente; são *res nullius in bonis.*

O facto pelo qual tais coisas se podem achar nesta condição de extra-patrimonialidade individual pode, porém, ser de diferente natureza, consoante a natureza das coisas ou consoante a índole dos fins e interesses colectivos a que elas são aplicadas. Daqui a subdivisão das *res extra nostrum patrimonium* em *res humani* e *res divini iuris* (2).

Na primeira categoria de coisas *extra patrimonium* incluíam os romanos as coisas comuns *(res communes omnium)* e as coisas públicas *(res publicae* e *res universatis).* Na segunda incluíam as chamadas *res sacrae,* as *res religiosae* e as *res sanctae.* Tendo todas estas espécies de coisas a mesma natureza jurídica, insusceptibilidade de apropriação individual, contudo esta condição fundava-se já no direito humano, já no divino.

(1) Gaio, II, 1 e Dig., I, 8, 1. Cfr. *Inst.,* II, 1, pr.; Dig., 18, 1, 6; Dig., 20, 3, 1, 2 e 18, 1, 34, 1.
(2) Gaio, II, 2.

Res communes omnium

As *res communes omnium* eram as coisas que por natureza se acham postas à disposição de todos os homens e de que nenhum pode apropriar-se individualmente, isto é, *res quae natura omnibus patent*. Todos precisam delas, todos vivem delas. Assim o ar, assim a água *(aqua profluens)*, assim as costas do mar *(littora maris)* (1). Os homens têm apenas o direito de se utilizarem delas, fazendo delas um uso compatível com um uso igual que os outros façam. Podem mesmo apropriar-se temporàriamente de certas porções ou quantidades limitadas dessas coisas (a água do balde, o ar contido num tubo), mas nunca apropriar-se dessas coisas na sua totalidade. Tais coisas são consideradas como existindo sempre em quantidade superior às necessidades do homem, constituindo aquilo a que se chama, em sciência económica, bens livres.

Res publicae e universitatis

As *res publicae*, correspondendo à categoria das coisas chamadas hoje públicas e comuns, são, por outro lado, as coisas que estão aplicadas à satisfação de necessidades colectivas.

A sua aplicação permanente a um interesse colectivo e público é aqui o elemento que exclui, por direito humano, a possibilidade de elas serem aplicadas à satisfação de interesses puramente individuais, quer elas existam em quantidade superior ou inferior às necessidades do homem. São as *res quae publicis usibus in perpetuum relictae sunt*. Assim as ruas e praças públicas, os teatros, as bibliotecas, as termas, os rios de maior importância e as suas margens, etc. (1). Estas coisas eram colocadas nesta condição, à excepção dos rios, por meio de uma cerimónia solène chamada a *publicatio*, que atribuía a todos os cidadãos o direito de usarem delas excluindo a sua comercialidade (2). A propriedade sôbre tais coisas, colocadas à disposição de todos os cidadãos, estava, porém, segundo a doutrina romana, no Estado, constituindo esta uma parte do seu chamado domínio público.

As coisas apropriadas, não directamente pelo Estado, mas por outras corporações personalizadas, como as cidades e os municípios, e até por corporações de direito privado e aplicadas também, como as *res publicae*, às necessidades e interesses dessas *universitates*, chamavam-se *res universitatis*, estando fóra do património dos seus membros *uti singuli* (3). São estas as coisas a que hoje se chama mais pròpriamente comuns e que não se distinguem essencialmente, quanto à natureza do critério em que se funda a sua determinação, das coisas públicas (4).

(1) Inst., II, 1, 1 e Dig., I, 8, 2, 1.

(1) Gaio, II, 11; Dig., 45, 1, 137, 6 e frag. 85, § 5.

(2) Inst., II, 20, 4 e III, 19, 2; Dig., 11. 7, 8, 2.

(3) Inst., II, 1, 6.

(4) Note-se que a divisão das coisas em *communes, publicae* e *universitatis* não se mantem sempre nestes precisos termos na doutrina dos jurisconsultos. Como salienta Bonfante, entre as categorias *res communes* e *res publicae* há mais uma diferença de graduação do que uma distinção lógica e clara. Muitas vezes as primeiras se confundem com as segundas. E ainda, além disso, às vezes a designação de *communes* se aplica às *res universitatis* e a designação de *res universitatis* se aplica às *res publicae*. Veja Bonfante, *Istituzioni*, pág. 229.

Res sacrae, sanctae e religiosae

Finalmente, os romanos consideravam como *res extra nostrum patrimonium*, por direito divino, as *res sacrae*, as *res sanctae* e as *res religiosae* (1).

As primeiras eram as coisas consagradas ao culto público dos deuses, como eram sobretudo os templos dedicados às divindades do paganismo *(quae diis superis consecratae sunt)* (2). Concedida pelo Estado autorização para se consagrar qualquer templo a uma divindade, o que podia ter lugar por lei, senatusconsulto ou decreto do imperador, procedia-se depois à ceremónia da consagração *(dedicatio)*. Feito isto, o templo ficava subtraído ao comércio e tornado *res extra patrimonium*. As coisas consagradas aos deuses eram, porém, consideradas como apropriadas pelo Estado, a quem pertencia, na época clássica, a administração e o sustento do culto público. Mais tarde, na época cristã, as *res sacrae* eram consideradas como propriedade da Igreja (3).

Constituíndo uma classe distinta de coisas também *extra patrimonium divini iuris*, estavam as *res religiosae*. Estas eram as coisas consagradas aos deuses inferiores, isto é, aos deuses manes ou aos antepassados no culto dos mortos *(res diis manibus relictae)* (4) e era constituída essa categoria pelos sepulcros e pelos objectos aí enterrados em homenagem a êstes últimos.

Ao contrário do que acontecia com as *res sanctae*, qualquer particular podia, porém, dar a natureza

(1) Gaio, II, 5 e 8 e Inst., II, 1, 7.
(2) Gaio, *ibid.*
(3) Cód., I, 2, 21.
(4) Gaio, *ibid.*

de *res religiosa* a uma terra sepultando nela um morto. Por êsse facto, o bocado de terreno onde era enterrado o cadáver ficava subtraído ao comércio, não podendo ser portanto alienado ou adquirido por usucapião (1). A natureza religiosa da coisa só cessava pela remoção do cadáver, sendo até aí *res nullius in bonis*.

Por último eram consideradas também como uma terceira categoria de coisas extra-patrimoniais, em razão de direito divino, as chamadas *res sanctae*, ou sejam, as coisas colocadas sob a protecção das divindades, como eram as portas e as muralhas das cidades *(veluti muri et portae)* (2). Estas coisas eram protegidas com graves sanções impostas àqueles que as danificassem ou de qualquer forma violassem.

Res mobiles e immobiles

Outras ainda eram as divisões das coisas que tinham por fundamento, não o destino delas, mas as suas qualidades e a relação em que se acham com as necessidades humanas e o modo como as satisfazem. Está neste caso, por exemplo, a divisão das coisas em móveis e imóveis.

Esta terminologia *(res mobiles* e *immobiles)* não é pròpriamente do direito clássico, em que se chamava aos imóveis *praedia rustica* e *urbana* e aos móveis *moventia et mobilia* (3). Todavia é já do direito clás-

(1) Dig., 11, 7, 2, 5 e Dig. 41, 2.
(2) Gaio, *ibid.*, 8.
(3) Dig., 50, 16, 115 e 211. Textos romanos que falam em *res mobiles* e *immobiles*, constituïções romano-helénicas ou textos clássicos interpolados, são, por ex.: Dig., 5, 5, 65; Dig. 41, 5, 25, pr.; Dig. 2, 8, 15, pr.; Dig., 19, 2, 48, 1 e Cód., III, 54, 2. Cfr. Ulpiano, 19, 6, 8.

sico a distinção das coisas que ela traduz, embora ela não tivesse aí ainda a importância que mais tarde alcançou no direito justinianeu e sobretudo no post-justinianeu. No direito clássico, com efeito, a divisão das coisas em *mancipi* e *nec mancipi*, correspondendo social e econòmicamente a esta, compreende-se que lhe não permitisse desenvolver-se. No direito justinianeu, porém, abolida, como já vimos, aquela distinção histórica e tradicional, então foi a das coisas em móveis e imóveis que passou ao primeiro plano e herdou toda a sua importância.

Eram consideradas coisas ou *res immobiles* os prédios e tudo que neles se acha incorporado de um modo estável, ou por natureza ou por acção do homem. São, portanto, imóveis os terrenos, os edifícios, as plantações, as águas, etc. Móveis eram consideradas todas as outras coisas.

Os prédios, porém, eram também já considerados no direito clássico como rústicos ou urbanos *(praedia* ou *fundi rustici* e *urbani, aedes)*, consoante se destinavam ou à habitação ou à cultura agrícola. E êstes últimos podiam ainda ser ou *limitati (ager limitatus)* ou *arcifinii*, consoante eram delimitados ou artificialmente, por meio de sinais exteriores ou extremas marcadas pelos *agrimensores*, ou naturalmente, como sucedia com os que confinavam com um curso de água, com o mar ou com a via pública.

Por outro lado, também os móveis podiam ser imóveis ou semoventes, consoante tinham ou não a propriedade de se deslocarem; e assim eram considerados *semoventi* os animais e os escravos.

Quanto à importância desta divisão, bastará notar que muitas eram as diferenças que por vezes as separavam no seu regime jurídico. Estas diferenças, porém, exprimiam todas mais ou menos a idea fundamental já imanente na divisão das coisas em *mancipi* e *nec mancipi* e segundo a qual as primeiras eram consideradas como constituindo o elemento econòmicamente mais valioso do património. Assim, por exemplo, era diferente, desde as XII Táboas, o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião, consoante se tratava de coisas móveis ou imóveis (1). Era proïbida a alienação dos imóveis dotais, ao passo que o não era a dos móveis (2). Idêntica disposição acautelava os imóveis do pupilo *(oratio Severi)* diante da administração do tutor. A posse dos imóveis era garantida por meio de um interdito especial *(uti possidetis)* diferente do que servia para os móveis *(utrubi)*. Só a respeito dos móveis se admitia na época clássica a possibilidade do furto, etc.

Coisas fungíveis e não fungíveis

Outra divisão importante das coisas já conhecida no direito romano clássico era a das coisas em fungíveis e não fungíveis, embora esta designação também não seja rigorosamente romana.

Com efeito, não obstante todas as coisas existentes terem uma individualidade e caracteres seus próprios, pelos quais se distinguem de todas as outras, o certo é que há uma infinidade de coisas que servem a satisfazer as necessidades do homem, não por aquilo que elas tem de específico ou de individual, mas por aquilo que elas tem de comum com outras do mesmo género e qualidade. Isto é, o homem não lhes atribui qualquer valor senão por um

(1) Cicero. *Top.* IV, 23 e Ulp., 19, 6, 8.

(2) Gaio, II, 63; Paulo, II, 21 (b), 2; Dig., 29, 1, 16; Cód., V, 23 e Cód. V, 13, 15.

certo número de qualidades e propriedades comuns que elas tem com outras e que faz que, dentro de um certo género de coisas, valham tanto umas como outras. O azeite, o vinho, o grão, todos os cereais, o dinheiro, tudo isso são coisas que valem pelo que há nelas de genérico e não de individual ou de específico; são coisas, isto é, como diziam os romanos, *quae pondere, numero, mensura consistunt* (1).

Dadas as suas qualidades genéricas, tanto faz ao homem receber uma certa e determinada porção de vinho, azeite, grão ou milho, como uma outra qualquer porção igual, da mesma qualidade e do mesmo pêso. E estas são as chamadas coisas fungíveis. Não fungíveis são, pelo contrário, aquelas que justamente só valem pelo que há nelas de individual e de específico, ou seja, por propriedades que só elas individualmente tem e mais nenhuma tem. É o que acontece, por exemplo, com uma determinada obra de arte de um certo autor, como um certo quadro ou uma certa estátua. São coisas que nada tem de genérico, valendo nelas pela raridade ou exclusividade só a própria *species* ou a própria coisa.

Muitas vezes acontece, porém, que a fungibilidade ou infungibilidade de uma coisa, em vez de residir objectivamente na própria natureza dela, reside, pelo contrário, mas é subjectivamente na vontade e

(1) Gaio, III, 90 e Dig., 12, 1, 2, 1. A designação de coisas fungíveis e não fungíveis foi criada em face dêste fragmento do Digesto, em que Paulo diz que as coisas a que hoje chamamos fungíveis são coisas *quae in genere suo functionem recipiunt*. De resto, também são romanas as designações dadas a estas coisas de *genera*, *quantitates* e as de *corpora*, *species*, dadas às coisas não fungíveis.

critério das pessoas que a seu respeito transacionam ou contraem relações jurídicas. Assim uma máquina de um certo tipo e modêlo é, sem dúvida, uma coisa em si mesmo fungível, porque qualquer outro exemplar de idêntico tipo e modêlo vale no comércio o mesmo. Todavia eu posso, ao comprar uma máquina dessas, ter preferido por qualquer razão um exemplar certo e determinado; e nesse caso o vendedor não se desobriga entregando-me qualquer exemplar dentro do género, mas só entregando-me o exemplar determinado e escolhido. E neste caso temos, pois, ainda razão para distinguir também as coisas em *genera* e *species*, distinção muita afim e similhante à das coisas em fungíveis e não fungíveis, mas que rigorosamente se distingue dela na mesma proporção em que a natureza se distingue da vontade e das convenções do homem.

A importância no ponto de vista jurídico desta divisão das coisas revela-se sobretudo em matéria de obrigações. O devedor de coisa fungível nunca é obrigado a entregar uma *species* determinada, mas uma coisa de um certo género e qualidade. Se eu vendo uma coisa não fungível e ela perece por caso fortúito em meu poder, antes de eu a entregar ao comprador, eu fico desobrigado de a entregar e contudo nem por isso êste se desobriga do preço; isto é, neste caso diz-se que o risco corre por conta do comprador *(res perit emptori)*. Se, porém, o que eu vendo é uma coisa fungível, como uma certa porção de milho, neste caso e nas mesmas condições, a destruïção, mesmo por caso fortúito, de todo o milho em meu poder não me desonera a mim da obrigação de entregar a porção prometida, porque neste caso o que está prometido é milho género e, como diziam os romanos, *genus perire non censetur*. Neste

caso o risco corre por conta do vendedor até que a coisa se tenha determinado em espécie. Estes e outros efeitos mostram, pois, a importância da divisão das coisas em fungíveis e não fungíveis.

Coisas consumíveis e não consumíveis

Diferente desta é a divisão das coisas em consumíveis e não consumíveis *(res quae usu consumuntur* ou *non consumuntur)* (1), consoante se pode ou não pode usar delas sem as consumir e destruir.

Esta distinção tem, porém, um valor mais relativo do que a anterior, visto que a consumibilidade das coisas depende sempre do modo como delas se usa, ou do fim para que se usam, podendo assim a mesma coisa ser ora consumível ora não consumível. Coisas normalmente consumíveis são, por exemplo, o vinho, o azeite, os cereais, a lenha. O uso normal destas coisas importa, mediante o consumo delas, a sua destruïção Coisas não consumíveis são, por exemplo, os animais que se não destinam ao consumo imediato, as máquinas, os livros, etc., coisas que subsistem depois de feito uso delas, embora se vão deteriorando e desvalorizando. Mas é evidente também que a lenha, que normalmente é consumível por ser destinada ao fôgo, sendo madeira, pode ser não consumível, se aplicada a outros fins para que pode ser aplicada.

Em resumo: as coisas não são em si mesmas e por natureza consumíveis ou não consumíveis. Isso depende do relativo uso que se faça delas, havendo, porém, muitas coisas que normalmente e segundo os

(1) Inst., II, 4, 2.

usos do comércio são uma coisa ou outra de um modo típico.

A importância desta divisão, no ponto de vista jurídico, reside, porém, no facto de as coisas serem ou não susceptíveis de constituir objecto de certos direitos, conforme pertençam a uma ou outra categoria. Assim não pode recaír sôbre coisas consumíveis um direito de usufruto pròpriamente dito, sendo chamado quási-usufruto o especial usufruto delas que constitui uma relação jurídica com configuração própria. Não podem as coisas consumíveis ser objecto de um contrato de comodato, visto que no comodato a restituïção da coisa emprestada deve ser feita em espécie, etc.

Coisas divisíveis e indivisíveis

Também o direito romano considerava as coisas como podendo ser divisíveis ou indivisíveis, sem que esta divisibilidade deva ser entendida num sentido material e rigoroso.

Coisas divisíveis *(quae dividi possunt)* são coisas que, divididas ou partidas, se separam em partes homógeneas conservando cada uma delas a mesma natureza e função económica da coisa antes de dividida. Indivisíveis *(quae non dividi possunt)* são aquelas que, embora materialmente divisíveis, contudo de nada ficam valendo nas suas partes (1). Pode dividir-se um prédio e cada uma das partes em que êle se dividir ficará sendo um outro prédio mais pequeno, mas da mesma natureza e com a mesma função económica; logo, um prédio é jurìdicamente

(1) Dig., 6, 1, 55, 5 e Dig., 50, fl., 26, 2.

uma coisa divisível. Pode também dividir-se mecânicamente uma estátua ou um quadro. Mas nestes dois casos, a estátua deixará de ser estátua e o quadro deixará de ser quadro para o efeito do valor que hão de ficar tendo as suas partes, no ponto de vista económico-social. Com efeito, ninguém atribuirá normalmente qualquer valor aos fragmentos de tais coisas depois de mutiladas.

O critério com que serão valorizadas as partes da coisa e a sua função económica será, pelo menos, muito diferente daquele que valoriza a coisa na sua integridade. Logo, a estátua ou o quadro, materialmente divisíveis, serão considerados juridicamente como indivisíveis.

Sendo êste o critério sôbre que assenta esta divisão, a sua maior importância revela-se sobretudo em matéria de direitos reais. As coisas divisíveis podem ser livremente partilhadas entre várias pessoas. Uma coisa apropriada em comum por vários proprietários, objecto de um *condominium* ou compropriedade, pode dividir-se entre eles, dando origem a tantas propriedades singulares quantos os comproprietários.

Se a coisa, porém, é juridicamente indivisível, ela será adjudicada a um só deles que deverá satisfazer aos outros um valor pecuniário correspondente à sua quota parte na coisa. A divisão de coisa divisível não afecta contudo os outros direitos reais que sôbre ela recaíam já anteriormente à divisão. A hipoteca, as servidões e o usufruto constituídos sôbre a coisa continuavam a recaír sôbre todas e cada uma das partes dela depois da divisão.

Coisas simples e compostas

Outra ainda era a divisão das coisas em simples e compostas.

As primeiras, *res quae uno spiritu continentur*, são coisas que correspondem a um conceito simples e único que formamos delas, coisas—isto é—que à consciência social, e segundo os usos do comércio, se afiguram como unidades inscindíveis. A respeito delas abstrái-se da sua composição (1). São coisas, as mais das vezes, indivisíveis. Exemplos: um escravo, uma planta, uma pedra. Embora todas as coisas sejam compostas de outras, a verdade é que os seus elementos componentes, por vezes, se acham de tal modo compenetrados que a certas coisas corresponde uma como que unidade orgânica. As segundas, coisas compostas, ou *res quae ex cohaerentibus* ou *ex distantibus constant* (2), são as que não estão neste caso. Estas constam sempre da reünião ou combinação de outras coisas distintas. Exemplos: um rebanho, uma biblioteca, uma máquina ou um carro.

Os romanos distinguiram, porém, duas espécies diferentes de coisas compostas, segundo a natureza do vínculo que prendia entre si os seus elementos componentes e servia de base ao conceito do todo.

Assim, com efeito, o rebanho, a biblioteca, sendo coisas compostas, eram todavia compostas de elementos cuja combinação era puramente imaterial e exterior, isto é, coisas formadas pela simples aproximação de outras que conservam a sua individualidade. O rebanho é um puro agregado de cabeças de gado; a biblioteca uma pura reünião material de

(1) Dig., 41, 3, 30, pr.
(2) Dig., *ibid.*

muitos livros. Não há um vínculo material e mecânico a prender essas coisas entre si. Sendo coisas o rebanho e a biblioteca, todavia não tem uma realidade material tão concreta como as coisas que os compõem, as ovelhas, os livros.

Constituem antes entidades económicas; são um *nomen iuris*. Ora a esta espécie de coisas compostas davam os romanos a designação de coisas compostas ou *corpora ex distantibus* (1), a que mais tarde os romanistas chamaram *universitates rerum* ou coisas colectivas (2).

Outra espécie diferente de coisas compostas era a das coisas a que eles chamavam *corpora ex cohaerentibus* ou *ex contingentibus*, como eram, dos exemplos citados, a máquina e o carro. Aqui os elementos que compõem estas coisas acham-se mecânicamente combinados e conjugados num todo materialmente distinto das partes componentes; estas, em vez de se acharem separadas, distantes umas das outras, *cohaerent, contingunt*, desempenhando cada uma delas uma função própria que concorre para a função da coisa composta e faz surgir o conceito de organismo (3).

A divisão das coisas em simples e compostas e, sobretudo, a das compostas em imateriais e materiais interessa no ponto de vista jurídico sob vários aspectos, dando origem a alguns problemas de interêsse teórico e prático. Assim é que podia haver simultâneamente um direito de propriedade sôbre a coisa composta e outro ou outros sôbre alguma das suas partes componentes. Eu posso ser proprietário de

(1) Dig., 41, 3, 30, pr.
(2) Dig., 7, 1, 70, 3.
(3) Dig., 41, 3, 30, pr.

um carro e outro ser proprietário de uma das suas rodas; ou posso eu ser proprietário de uma casa e o meu vizinho sê-lo de uma trave que foi encorporada na edificação. Ora, nestes casos, o direito romano limitava de várias maneiras o direito de propriedade sôbre a coisa componente em benefício da propriedade sôbre a coisa composta. No caso de coisas compostas móveis, não admitia imediatamente a favor do proprietário da coisa componente a reivindicação, emquanto a coisa estivesse integrada no todo; dava-lhe primeiro uma acção especial para obter a separação da coisa *(actio ad exhibendum)* e só depois disso lhe permitia a reivindicação (1). No caso de coisas compostas imóveis, não lhe permitia nunca também a reivindicação, emquanto durasse a integração da coisa componente na coisa composta, nem lhe concedia a *actio ad exhibendum*, mas, em compensação, dava ao proprietário da primeira uma acção pessoal *(actio de tigno iuncto)* para obter desde logo do proprietário da segunda o dôbro do valor da coisa (2).

A respeito, porém, das coisas compostas *ex distantibus*, a questão mais importante que se levanta é a de saber se sôbre tais coisas colectivas, cujo tipo é o rebanho, o direito romano admitia uma verdadeira propriedade. Como se viu, nesta espécie de coisas compostas o conceito do todo não passa de uma representação puramente lógica traduzindo uma realidade económica, mas não traduzindo uma verdadeira realidade física. O rebanho não existe como tal; o que existe são as cabeças que o formam.

(1) Dig., 10, 4, 6 e 6, 1, 23, 5
(2) Dig., 6, 1, 23, 6.

E nestas condições, e sendo quando muito o rebanho uma *res incorporalis*, — ¿seria possível recaír nele um verdadeiro direito de propriedade? Ora a verdade é que, embora doutrina contrária já tenha sido sustentada, o rebanho não podia ser, como tal, objecto de *dominium* ou propriedade, havendo textos romanos que chegam a negar que êle possa ser possuído e adquirido por usucapião. É verdade, por outro lado, que o proprietário do rebanho tinha uma acção de reivindicação *(vindicatio gregis)*, de que falam as fontes, para se fazer restituír a propriedade dêle. Mas esta circunstância isolada nada mais prova do que isto: que o conceito económico desta coisa colectiva *(universitas rerum)* impunha aqui, como aliás também em outros casos, um regime especial no modo como o proprietário do gado poderia garantir o seu direito sôbre as suas partes componentes. Êste regime especial consistia justamente em poder o proprietário, ou pedir a restituïção individualmente das cabeças que constituíam o rebanho, ou, o que para êle era mais cómodo, pedir a restituïção do rebanho no seu conjunto, provado que êle o tinha adquirido como se fôra um todo homógeneo (1).

Em resumo: tratar-se ia — tudo o faz crêr — de um regime especial criado para regular os direitos sôbre complexos de coisas que funcionavam na vida económica e social como verdadeiras unidades, embora em si mesmos êsses complexos ou unidades abstractas não fossem coisas corpóreas e não podessem, portanto, figurar como objecto de direitos reais.

(1) Dig., 6, 1, 1, 3 e 44, 2, 21, 1.

Coisas principais e acessórias

Uma outra divisão das coisas que há ainda a considerar é também a das coisas em principais e acessórias (1).

Se duas coisas se ligam uma com a outra formando um todo, mas sem que nenhuma delas perca a sua individualidade distinta e sem que da sua conexão resulte uma terceira coisa com uma função económica e social própria e diferente, diz-se então delas que uma é principal e a outra é acessória.

Esta situação das duas coisas distingue-se, porém, da anterior, chamada de composição, em que nesta última há a absorção de uma coisa num todo orgânico, do qual a coisa absorvida se diz ser uma parte integrante, ao passo que na relação de coisa principal e acessória a coisa acessória coopera subordinadamente na função da coisa principal, mas sem haver absorção completa. Isto é, o acessório faz aumentar a utilidade e o valor do principal, mas não se absorve nele perdendo a sua independência. Assim, por exemplo, a pedra preciosa engastada num anel não é uma parte de um todo que se absorva nele rigorosamente e orgânicamente, dando-lhe um conceito e uma função diferente dos que êle já tinha. O anel, mesmo sem pedra, é ainda um anel. A pedra preciosa coopera na valorização do todo, aumenta-lhe o valor, mas sem perder a sua independência como coisa distinta, como aliás sucede com a roda da máquina ou do carro.

O mesmo se diga da moldura que guarnece um quadro ou do brocado que enriquece uma túnica. Ora, quando isto se dá, diz-se principal a coisa que

(1) Dig., 18, 1, 49 e 19, 1, 12, 51.

determina a essência e a função económico-social do todo e diz-se acessória aquela que subordinadamente colabora no aumento do seu valor. Nos exemplos referidos são coisas principais: o anel, o quadro e a túnica; e são acessórias: a pedra preciosa, a moldura e o brocado, embora estas possam até separadamente e em si mesmas valer mais do que a coisa principal. De resto, a relação de principal e acessório pode dar-se entre móveis e móveis, móveis e imóveis e imóveis e imóveis.

A principal importância que esta divisão das coisas tem no domínio do direito consiste em que a coisa acessória segue por via de regra o destino jurídico da coisa principal (*accessorium sequitur principalem*).

Frutos e suas espécies

Regime jurídico especial mereciam também já por vezes, no direito romano, certas coisas que se separavam de outras periòdicamente e que, económica e socialmente, eram consideradas como rendimento delas. Em linguagem jurídica tais coisas são designadas frutos.

Por frutos, porém, não se entendem sòmente, como na linguagem comum, as coisas que periòdicamente se destacam de outras em virtude da acção de fôrças orgânicas e internas, sem diminuïção ou modificação essencial para a coisa mãe. Sem dúvida, tais coisas são também juridicamente frutos; mas frutos são ainda, no mesmo sentido, os cortes periódicos dos bosques e matas cedidos para tal fim; o leite, a lã e as crias dos gados; os minerais contidos no seio da terra e extraídos por meio de uma exploração regular das minas; a caça e a pesca que podem ser exploradas em terrenos ou lugares que se destinam a

êsse uso; e, emfim ainda, todas as utilidades económicas, pensões e rendas, que podem ser retiradas de muitas coisas emprestadas ou alugadas, incluíndo o rendimento de capitais, etc. Todas estas coisas cáem dentro do conceito jurídico de frutos, reservando-se ainda a designação de *frutos naturais* para aquelas que são produzidas directamente pela coisa e consistem em coisas; e a de *frutos civis* para aquelas que são o resultado de negócios jurídicos celebrados a respeito da coisa e consistem em réditos, pensões ou juros de capitais (1).

Os frutos naturais são, porém, ainda classificados nas fontes romanas em diversas categorias, sujeitas a regimes jurídicos diferentes e de que resultam, por vezes, importantes efeitos. São essas categorias: as dos frutos *pendentes*, *separati*, *percepti*, *percipiendi*, *extantes* e *consumati*. Assim diziam-se *pendentes* os frutos ainda não separados da coisa que os produz e constituíndo, portanto, ainda parte integrante dela (2). O seu regime jurídico é durante essa fase o regime jurídico da própria coisa que os produziu. *Separati* eram os frutos já destacados, em virtude de qualquer causa, da coisa mãe que os produzira; era no momento da separação que êles se tornavam coisas independentes e objecto de um direito de propriedade diferente do que recaía sôbre a coisa que os produzira (3). O proprietário desta era proprietário dos frutos separados pela acção do vento, da chuva ou do temporal; o mesmo o enfiteuta, mas já não assim o usufrutuário. *Precepti* eram os frutos colhidos ou

(1) Dig., 50, 16, 121 e 77.
(2) Dig., 42, 8, 25, 6 e Dig., 7, 1, 12, 5.
(3) Dig., 22, 1, 25, 1.

separados por acção do homem (1). Eram êstes que se tornavam propriedade do usufrutuário depois da colheita que êle tinha o direito de fazer. *Percipiendi* eram os frutos que poderiam colher-se, se houvesse um certo grau de diligência por parte da pessoa que o devia explorar, isto é, os frutos que, embora não colhidos, deveriam e poderiam tê-lo sido, dado um certo grau de diligência (2). Muitas vezes, com efeito, se uma pessoa devia restituír a outra uma coisa e os seus frutos, atendia-se, para o efeito da determinação da sua responsabilidade, não só aos frutos colhidos, mas ainda ao valor daqueles que poderiam e deveriam tê-lo sido, se êle fora prudente. *Extantes* diziam-se os frutos existentes ainda no seu estado natural em poder da pessoa que os adquiria; e, finalmente, *consumati* ou *consumpti* os frutos já consumidos.

Como pois fàcilmente se vê, também em matéria do objecto do direito numerosos foram os conceitos e as formas jurídicas que do direito romano ficaram e vivem ainda hoje no direito moderno.

A sciência romanística trabalhando desde os glosadores e post-glosadores sôbre êstes conceitos criou uma teoria a êste respeito que está ainda hoje na base da doutrina e das legislações modernas.

O conceito de coisa como de tudo aquilo que carece de personalidade; as principais divisões das coisas: coisas no comércio e fóra do comércio,

(1) Dig., 6, 1, 78 e 7, 7, 13. Cfr. Dig., 7, 1, 12, 5.
(2) Dig., 4, 2, 12.

móveis e imóveis, públicas, comuns e particulares, fungíveis e não fungíveis, consumíveis e não consumíveis, divisíveis e indivisíveis, etc. vem-nos dos romanos. O conceito de coisa como objecto de direito é, sem dúvida, hoje mais amplo e subtil do que aquêle que êles tiveram. Mas isto explica-se por diferenças de civilização entre nós e êles, que lhes não permitiam ainda considerar como coisas o gáz e a energia elétrica, que ainda não eram conhecidos; ou explica-se por diferenças no grau de desenvolvimento da vida económica que lhes não permitiam também ainda considerar como coisas, no domínio da propriedade artística e industrial, a obra literária e os inventos. Todavia, o conceito jurídico de coisa, fundado exclusivamente no conceito físico de *res corporalis*, não deixou também no direito romano de se transformar no sentido de abranger ainda em certos casos alguns direitos considerados em si mesmos como coisas, evidentemente *res incorporales*. Foi o que aconteceu com a *quasi iuris possessio* ou a posse de certos direitos, tutelada como a posse das coisas corpóreas mediante a concessão ao possuídor dos mesmos interditos da posse jurídica ou civil; foi o que aconteceu com a *quasi-traditio*, e foi também o que aconteceu com os direitos reais de penhor e hipotéca, que poderam recaír ainda sôbre os direitos de usufruto, as servidões, a enfitêuse, a superfície, sôbre outros direitos de penhor *(subpignus)* e até sôbre créditos (*pignus nominis)*.

A própria teoria da cessão dêstes últimos, plenamente desabrochada no direito justinianeu, mostra como o conceito de coisa se foi imaterializando e ampliando no sentido de abranger económica e socialmente também as coisas incorpórias e os próprios direitos em si mesmos.

E quanto às pessoas e a certas formas da sua actividade como objecto de direitos, a limitação dos direitos do pai e do marido sôbre os filhos e a mulher, marcados pelo princípio da personalidade autónoma dêstes, a limitação da responsabilidade do devedor pelo princípio da exclusiva patrimonialidade da obrigação, e a regra *nemo potest precise cogi ad factum*, tudo isto eram já princípios e conceitos jurídicos a que tinha sabido elevar-se também o direito romano.

CAPÍTULO IV

O acto jurídico

§ 1.º — Noções gerais

Noções gerais

A teoria clássica chamada teoria geral do acto ou negócio jurídico é de todas as teorias da moderna sciência jurídica, por certo, aquela que é menos romana como construção completa e sistemática de conceitos jurídicos, e contudo também ela indiscutivelmente se alicerça em numerosos elementos extraídos do direito romano. Como teoria geral ela é, porém, — pode dizer-se — uma construção dogmática do pensamento romanístico e civilístico do último século. Mas, visto que a sua importância é enorme sob o ponto de vista construtivo, tanto teórico como prático, nos domínios da moderna jurisprudência — e visto que ela se acha hoje também, em parte, em crise por virtude dos ataques que lhe são dirigidos pelas modernas correntes do pensamento jurídico realista ou positivista — importa pois que sôbre ela fixemos um pouco mais demoradamente a nossa atenção.

Das noções fundamentais até aqui expostas sôbre a regra de direito, o direito subjectivo, o sujeito de direito e a relação jurídica deduz-se fàcilmente a noção de *facto jurídico*. Dos elementos constitutivos da relação jurídica é êste justamente o mais importante de todos, por ser aquele que anima os restantes e os põe em movimento, dando assim origem à vida e ao comércio jurídico.

Com efeito, a regra de direito, a norma exterior ou a lei, é uma noção puramente abstracta e imóvel. O conceito de sujeito de direito, de direito subjectivo e de relação jurídica estão no mesmo caso. É sujeito de direito a pessoa para quem o direito existe. É direito subjectivo o direito da pessoa. É relação jurídica a relação entre dois sujeitos de direito que é regulada pelo direito. Mas tudo isto é puramente lógico, puramente esquemático. Trata-se enfim de representações conceituais que servem apenas para nos figurarmos, em termos de uma suficiente inteligibilidade lógica, uma realidade toda estática e sem vida. Pode haver uma regra de direito, pode haver muitos sujeitos de direito para quem ela exista; emquanto, porém, se não derem certos factos que a ordem jurídica prevê e aguarda para só então se traduzir e concretizar pràticamente nos poderes e faculdades que à sua sombra o indivíduo ficará tendo, o direito subjectivo não existirá, não se estabelecerá a relação jurídica, não haverá vida jurídica.

Êste elemento: facto, ocorrência, acontecimento, modificação do mundo externo, de ordem natural ou voluntária *(acto)*, de que a ordem jurídica faz depender a produção dos seus efeitos e a atribuïção dos poderes e faculdades à pessoa do homem em frente dos outros homens, é ao que se chama genèricamente e tècnicamente *facto jurídico*. Sem facto jurídico não

se podem pois adquirir, modificar ou extinguir quaisquer direitos. Sem êle não haveria vida jurídica. Logo, o facto jurídico pode e deve ser definido, de um modo geral: como sendo todo o facto que faz nascer, modificar ou extinguir um direito.

Assim, a lei estabelece os poderes do proprietário sôbre as coisas; formula e define os diferentes atributos e direitos inerentes à personalidade jurídica do homem; estabelece os direitos e obrigações do comprador e do vendedor no contrato de compra e venda, etc., etc. — Tudo isto são, porém, disposições abstractas e gerais que só se realizam e aplicam pràticamente às pessoas, desde que se verifiquem certos factos que as condicionam nessa sua aplicação. E esses factos, que são por isso mesmo factos jurídicos, são evidentemente nos casos figurados a aquisição da propriedade, o nascimento da pessoa nas condições exigidas pela lei para lhe atribuir a personalidade, a celebração do contrato de compra e venda, etc. São pois estes factos que fazem baixar —digâmos figuradamente—*precipitar* a ordem jurídica da esfera dos princípios abstractos até à ordem dos factos e da vida real, traduzindo se em poderes, pretensões e relações jurídicas devidamente individualizadas, tuteladas e garantidas. O facto jurídico é — permita-se a imagem — o agente natural que determina as *precipitações* dessa atmosfera especial que envolve todas as coisas sociais e que se chama a ordem jurídica

O facto jurídico, sendo isto, pode, porém, ser de diversa natureza. No caso da atribuïção de personalidade jurídica à pessoa do homem, o direito não aguarda para êsse efeito mais do que o nascimento da pessoa nas condições exigidas pela lei. Aqui o próprio facto do nascimento, que é um facto natural

a que é extranha a vontade do homem, é que constitui o facto jurídico. No caso do contrato de compra e venda, porém, já assim não sucede.

Aqui o facto que condiciona a existência dos respectivos direitos e obrigações dos contratantes é o próprio contrato, que não pode existir sem a vontade do homem. Logo o facto jurídico é aqui um *acto*, isto é, uma *manifestação da vontade*. Isto leva-nos assim a fazer uma primeira distinção, dentro do conceito de facto jurídico em geral, entre duas espécies fundamentais, que são as de:—facto jurídico pròpriamente dito, facto natural ou contingência prevista pelo legislador, e facto jurídico voluntário ou, mais pròpriamente, *acto jurídico*.

Ora é a propósito desta segunda espécie ou categoria de factos jurídicos que se tornou possível edificar, na doutrina romanística do século passado, a teoria do acto ou negócio jurídico. E assim o acto jurídico não é, pois, mais, de um modo geral, do que *toda e qualquer manifestação da vontade produzindo-se à sombra da lei e de que resultam a aquisição, modificação ou extinção de quaisquer direitos*.

No acto jurídico há, porém, a considerar as suas diferentes espécies, os seus diferentes elementos e condições de validade, os seus vícios ou defeitos e, finalmente, os diferentes efeitos que estas produzem no ponto de vista do diverso gráu de subjectivação e individualização dos direitos que condicionam.

§ 2.º — Espécies de actos jurídicos

Classificação dos actos jurídicos Não há acto jurídico desde que não exista, por um lado, a lei, determinando as condições e os efeitos que se ligam à vontade do homem, e, por outro lado, esta vontade, actuando nas condições e formas previstas e fixadas pela lei. Há assim em todo o acto jurídico, primeiro tudo, uma dualidade de elementos ou de conteúdos, que a nossa análise distingue fàcilmente:—um elemento ou conteúdo objectivo, que é a estrutura do acto, construída abstractamente pela lei; e um elemento ou conteúdo subjectivo, que é a vontade do sujeito de direito. E é tomando como base êstes elementos que pode ser feita a classificação dos actos jurídicos.

Actos lícitos e ilícitos A vontade manifestando-se à sombra da lei, tanto pode, porém, manifestar-se de harmonia com ela, proseguindo um fim lícito, como pode manifestar-se em desharmonia com ela, proseguindo um fim ilícito.

O acto pode ser, isto é, ou conforme com o direito ou contrário ao direito. Em ambos os casos êle é jurídico (jurídico no sentido de produtor de consequências jurídicas ou juridicamente relevantes), e contudo no primeiro dir-se há que o acto jurídico é lícito, no segundo ilícito.

No primeiro caso, o acto integra a ordem jurídica e favorece a solidariedade social; no segundo, desagrega ou contribui para desagregar essa ordem e

essa solidariedade. Mas justamente estas reàgem, ligando ao acto certas conseqüências, que são ainda jurídicas, porque é o direito que as impõe e efectiva, atribuíndo a certos interesses lesados pelo acto a faculdade de obterem uma reparação sob a forma de direitos (1).

E finalmente os actos jurídicos tanto podem ainda ser — se ilícitos — dolosos ou culposos, como podem ser — se lícitos — actos jurídicos materiais ou negócios jurídicos. São actos ilícitos dolosos aqueles em que a vontade do seu autor é dominada pela intenção formal de lesar o direito de outrém; são actos ilícitos culposos aqueles em que a vontade do seu autor, sem ser determinada por uma intenção maléfica, toda-

(1) Há quem sustente que o acto ilícito não pode ser considerado um acto jurídico. Não é jurídica — diz-se — uma coisa que é contrária ao direito. Como se a expressão «jurídico» só quisesse significar conforme ao direito! Tal consideração funda-se evidentemente num infeliz equívoco de palavras. A verdade é que *jurídico* toma-se aqui no mesmo sentido genérico em que se tomam as expressões *social*, *económico*, *moral* para significar, não uma intenção, mas uma natureza dos actos ou factos a que estas expressões servem de qualificativo. Aliás deveria dizer-se também que o crime não é um facto social, porque tem uma intenção anti-social, ou que a usura não é um factor de ordem moral, porque obedece a uma intenção contrária á moralidade!

De resto, diz-se também por parte dos adversários da técnica jurídica clássica que o acto ilícito tanto não é um acto jurídico, que a vontade do autor do acto não pretende criar efeito ou situação jurídica alguma. Se alguma coisa o autor do acto pretende, conhecendo os possíveis efeitos jurídicos do seu acto, é justamente não os criar. Logo, os actos ilícitos, que não são actos jurídicos nem podem ser fonte de obrigações, deverão antes ser considerados, numa técnica mais rigorosa, como a condição para que se produzam outros actos jurídicos, como, por exemplo, o acto pelo qual a vítima do acto ilícito pede a indemnização por perdas a danos. E assim é até, segundo êste ponto de vista, a partir do momento em que êsse pedido é feito ou é proposta a competente acção que nasce a obrigação, a cargo do autor do acto, de reparar o dano causado. Não nos parece, porém que estas considerações contenham qualquer valor substancial. Com razão os actos ilícitos devem ser considerados antes actos jurídicos, como os outros, e até fonte de obrigações. Em primeiro lugar: se os actos ilícitos são a condição para que se produza o efeito de direito que a lei lhes associa, isso não basta para lhes roubar a natureza de actos jurídicos. O mesmo se dá com todos os outros actos jurídicos, que são sempre afinal a condição para que a ordem jurídica se possa efectivar, objectivando-se em *status* legais que são aplicados às pessoas, ou subjectivando-se em situações individuais que correspondem àquilo a que também se chama direitos adquiridos. Ora a verdade é que todos os estados e situações jurídicas criadas por actos voluntários são sempre o resultado de uma colaboração da lei e da vontade do homem, reciprocamente condição uma da outra, para que o efeito jurídico se produza. Em segundo lugar: a circunstância de a vontade, no acto ilícito, não se manifestar de harmonia com a lei nada tira a que se possam produzir em virtude dessa vontade consequências ou efeitos dentro da ordem jurídica. E isto porque a ordem jurídica nem sempre aguarda, para se realizar no domí-

via deixou de ser precavida, resultando por sua culpa ou negligência, que pode ser maior ou menor, um dano ou lesão em direitos alheios e que deveriam ser evitados.

Actos jurídicos materiais e negócios jurídicos

Os actos jurídicos lícitos podem ser também, essencialmente, de duas espécies: — ou são actos em que a vontade não tem em vista especialmente nenhum fim jurídico, actos materiais a que se ligam certos efeitos jurídicos, ou são actos em que a vontade justamente se manifesta e declara no intúito de produ-

zir certas combinações e efeitos previstos pela ordem jurídica. Assim, se uma pessoa lança mão de uma *res nullius*, praticando uma ocupação, ou, se, aproveitando uma certa matéria prima, a transforma pelo seu trabalho e dá origem a uma coisa nova, em qualquer dêstes dois casos o ocupante ou o especificante se tornam proprietários da coisa. O seu acto, sendo um acto essencialmente material, todavia é jurídico, pois criou um efeito de direito e fez nascer um direito, o de propriedade, independentemente de uma intenção jurídica explícita por parte de quem o praticou. São êstes os *actos jurídicos simples* ou actos jurídicos materiais em que a vontade,

---

nio dos factos, a produção de actos praticados de harmonia com ela por vontades conscientes, sendo que até muitas vezes lhe bastam simples factos naturais ou contingências, a que permanece estranha a vontade humana, para baixar da sua expressão estática e abstracta (direito objectivo) e vir encarnar ou *precipitar-se* na vida real, sob a forma de situações jurídicas subjectivas (direito subjectivo). E se assim é, ¿que pode ter de estranho que os actos ilícitos provoquem também *precipitações* da ordem jurídica sob a forma de situações subjectivas e de atribuïções de direitos de que hajam de ser considerados como causa e condição ao mesmo tempo? Por último, não tem mais valor do que os precedentes a consideração de que a vontade nos actos ilícitos não quere produzir nenhuns efeitos de direito. Com efeito, sabemos que o mesmo se dá com todos os actos jurídicos simples e lícitos que consistem em acções ou omissões sem intenção jurídica, como a descoberta do tesouro, a ocupação etc. Ora tais actos, não obstante a falta de fim jurídico consciente com que são praticados, nem por isso deixam de produzir efeitos de direito e situações jurídicas subjectivas tão firmes como as que produzem os negócios jurídicos. São, pois, os actos ilícitos actos jurídicos como os outros, indiscutìvelmente, e êste mesmo ponto de vista se mantem ainda, se os considerarmos como fonte possível de obrigações, como oportunamente se verá.

embora não deixando de existir, contudo não domina todo o acto. Se, porém, uma pessoa manifesta a sua vontade de uma maneira explícita, no sentido de querer produzir ou obter um certo efeito jurídico que, de uma maneira geral, conhece de antemão — como se, por exemplo, alguém declara fazer uma doação ou um testamento, ou celebra um contrato — nesse caso já o seu acto é mais caracteristicamente jurídico, pois que então a vontade visa a encadear a ordem jurídica de uma maneira precisa, quere o acto e quere os efeitos jurídicos do acto. E são êstes os actos jurídicos pròpriamente ditos, ou — numa terminologia técnica, consagrada hoje definitivamente na doutrina romanística e civilística — os *negócios jurídicos (Rechtsgeschäfte)*.

O negócio jurídico pode pois ser definido como a manifestação da vontade a que a lei, nas condições e nos limites por ela fixados, atribúi a eficácia de produzir os efeitos jurídicos queridos pela pessoa.

Negócios jurídicos unilaterais e bilaterais

Os negócios jurídicos, sendo por sua vez susceptíveis de várias classificações, podem subdividir-se e subdividem-se, com efeito, na doutrina civilística, fundamentalmente, em *unilaterais* e *bilaterais*.

Chamam-se unilaterais aqueles cuja origem lhes advêm da vontade de uma só pessoa ou de mais do que uma pessoa mas manifestando-se no mesmo sentido. Basta, com efeito, que essa vontade se manifeste unilateralmente no sentido da lei e de harmonia com ela para produzir certos efeitos, para que êstes logo se produzam. É, especificadamente, o caso típico do testamento.

São bilaterais, pelo contrário, os negócios jurí-

dicos cuja existência é impossível de se conceber sem que duas vontades se manifestem ou como que se produzam em sentidos opostos, resultando do seu encontro e combinação o acto. É o que sucede em todos os contratos cuja bilateralidade, entendida neste sentido, é da essência do negócio jurídico. Todos os contratos são, com efeito, como negócios jurídicos, negócios bilaterais, embora como contratos possam ser também objecto de uma classificação terminològicamente idêntica mas assente em outro critério (1).

Outras divisões dos negócios jurídicos

Também os negócios jurídicos podem ser ou *mortis causa* ou *inter-vivos*; onerosos ou gratuítos; solènes ou não solènes; causais ou abstractos; civis ou pretórios; de direito civil, natural ou das gentes, etc., sendo diverso o critério destas divisões.

São *mortis causa* ou *inter-vivos*, consoante os efeitos jurídicos, que neles se tem em vista produzir, devem começar a produzir-se ou só depois da morte do autor do acto ou imediatamente. São *mortis causa* o testamento e as doações por morte; são *inter-vivos* todos os outros.

(1) São chamados também, com efeito, contratos *unilaterais* aqueles contratos dos quais só resultam obrigações para uma das duas partes contratantes; ex. o mútuo, de que apenas resulta a obrigação do devedor de restituír o dinheiro emprestado. São chamados *bilaterais* os contratos de que resultam obrigações para as duas partes: ex. a compra e venda, de que resulta a obrigação do vendedor de entregar a coisa vendida e a do comprador de entregar o preço estipulado. É preciso não confundir nunca esta divisão dos contratos com a divisão em unilaterais e bilaterais dos actos jurídicos a qual, como se vê, assenta em outro critério.

São *onerosos* os negócios jurídicos pelos quais se não adquirem direitos senão a trôco de uma perda correspondente para aquele que os adquire; são *gratuítos* ou lucrativos os que não estão neste caso. Nos primeiros, há sempre lugar a uma prestação ou vantagem que se recebe, mas que se recebe só a trôco da obrigação de uma contra-prestação ou contra-vantagem correspondente. São êstes, na terminologia dos romanos, os *negocia* pròpriamente ditos, como a compra e venda, a troca, a locação, etc. Gratuíta é, por excelência, a doação.

São *solènes* ou *formais*, os negócios em que a vontade está sujeita na sua declaração a certas condições de forma ou a formalidades mais ou menos solènes e determinadas pela lei para que se possam produzir vàlidamente todos os efeitos do acto; não solènes, aqueles em que a declaração da vontade pode ser feita de qualquer modo. Solène é, por ex., a *stipulatio*; não solènes são, por ex., todos os contratos chamados consensuais.

Causais são, finalmente, os negócios jurídicos cuja plena eficácia se acha dependente da demonstração de uma certa razão económico-jurídica que foi a sua *causa* concreta, causa que justamente encontra no negócio a sua expressão e lhe dá o nome.

Abstractos são os que produzem os seus efeitos independentemente de uma *causa* neste sentido e desde que tenham sido celebrados mediante o emprêgo de certas formalidades, razão porque também se lhes chama formais. Esta distinção tem sobretudo importância quando referida aos contratos. É assim que a compra e venda e a maioria dos contratos não podem produzir todos os seus efeitos e, nomeadamente, os da efectivação das obrigações que por êles se constituem, sem que se prove que a causa dessas obriga-

ções, isto é, a própria compra e venda, ou outra causa, foi um facto. Abstractos são, por outro lado, todos os contratos literais e a *stipulatio*, cujos efeitos, no que respeita à efectivação das obrigações que originam, se produzem sem a existência ou necessidade de demonstração de qualquer causa; isto é, as partes ficam obrigadas em tais contratos só pelo que declararam sob certas formalidades e quer o negócio, causa do contrato, se tenha na realidade passado entre elas, quer não.

Quanto à divisão dos negócios jurídicos em negócios de direito civil, pretório, de direito natural e das gentes, baste notar que uma tal classificação é puramente formal e de interesse mais histórico do que dogmático. Prevalece nelas o critério do respectivo sistema jurídico e histórico dentro do qual os diferentes actos jurídicos primeiramente se definiram e configuraram como tais, produzindo efeitos de direito. Assim deverá ser considerado como negócio ou acto jurídico civil por ex., a *mancipatio;* como acto de direito das gentes, a *traditio;* como acto jurídico pretório a manumissão do escravo feita pelas formas não solenes; de direito natural, emfim, a ocupação, o matrimónio, etc.

Mas se tais divisões exclusivamente históricas não merecem especialmente a nossa atenção, o mesmo se não pode pensar das primeiras, cuja importância é bem, não só sistemática e scientífica, mas ainda prática. Sob muitos pontos de vista, com efeito, é diferente o regime a que estão sujeitos os diversos tipos de negócio jurídico, como diferentes são muitas vezes as suas condições de validade e até os seus efeitos, como oportunamente se verá.

§ 3.º — Conteúdo objectivo e elementos do negócio jurídico

Noções gerais Como foi dito atrás, a análise, fundada nas nossas faculdades de abstracção, consegue fàcilmente distinguir em todo o acto jurídico dois elementos ou partes essenciais: — um elemento ou parte objectiva, que é representada pela própria estrutura do acto, tal como a lei o define em abstracto; e um elemento ou parte subjectiva representada pela vontade do sujeito de direito.

Todo o acto praticado pelo homem, que não tenha em si mesmo uma configuração jurídica precisa, de modo a ligarem-se-lhe certo efeitos de aquisição de direitos, não é rigorosamente um acto jurídico, embora possa produzir alguns efeitos jurídicos. Será um acto material. Assim, dar um passeio, tomar uma bebida, não são evidentemente actos jurídicos, embora possam produzir, sendo lícitos, um efeito jurídico negativo, isto é, pelo menos, o de serem acompanhados pelo direito de quem os pratica de não ser impedido de os praticar. É isto afinal uma manifestação da liberdade individual em que se manifesta a personalidade jurídica do homem.

Por outro lado, todo o acto, embora conservando objectivamente a configuração de um acto jurídico típico, mas praticado por uma vontade inconsciente, como uma compra realizada por um demente, será igualmente um acto material mas não um acto jurídico, posto possa, como os actos indiferentes, produzir algumas conseqüências jurídicas. Isto é, no primeiro

caso, faltaria ao acto uma configuração típica como acto ou negócio jurídico, não existindo, como tal, por falta de um elemento objectivo essencial. No segundo caso faltar-lhe hia, não a configuração exterior de acto ou negócio jurídico bem determinado, mas a vontade que o deve animar ou o elemento subjectivo. Ora é partindo desta distinção conceitual de elementos na essência do negócio jurídico que nós devemos fazer o exame do seu conteúdo, isto é, dos seus elementos.

Elementos do negócio jurídico

Pelo que respeita ao seu conteúdo objectivo, os negócios jurídicos podem ser da mais variada natureza; e, ao lado de alguns elementos fundamentais e essenciais, podem ainda existir numerosos outros elementos a formarem no seu todo e de facto êsse conteúdo. Isto quere dizer que, por virtude da liberdade das pessoas de regularem como lhes apraz os seus interesses e por virtude da infinidade de combinações possíveis a dar ao modo de efectivação dêsses interesses, é infinito, em princípio, o número de negócios ou de actos jurídicos que podem ser concebidos por nós na vida real. Todavia não é menos verdade que, apesar dessa infinita variedade de formas e combinações imagináveis, há também na vida real um certo número limitado de negócios típicos, de operações muito bem definidas e características, que são os que afinal geralmente se verificam e mais se repetem.

Por muito que a imaginação e fantasia do homem sejam capazes de inventar como puras possibilidades teóricas nesta matéria de tipos ou espécies de negócios jurídicos, contudo a verdade é que a vida e a natureza das coisas, pelo contrário, o que impõem

é o reconhecimento de um certo número limitado dêles. E assim é que o direito, não só o nosso como o romano, o que faz é disciplinar apenas um certo número de negócios jurídicos mais freqüentes, elevando-os à categoria de tipos. É o que acontece, por exemplo, com os modos de adquisição da propriedade, com os contratos, com os actos relativos à constituïção da família, etc. A ocupação, a *mancipatio*, a compra e venda, o mútuo, a adopção, o matrimónio, etc., são outros tantos actos ou negócios jurídicos típicos.

A verdade é que não há, com efeito, actos possíveis praticados pelo homem na sua vida de relação com os outros homens e regulando o seu comércio jurídico que, conquanto infinitamente variáveis no seu conteúdo e nos seus infinitos detalhes de determinação, contudo não caibam juridicamente dentro de alguma das categorias ou moldes dêstes ou de outros negócios jurídicos típicos, definidos e fixados pelo direito.

Definindo tais negócios jurídicos, porém, o direito é necessàriamente levado a determinar para êles uma certa estrutura e, por conseguinte, a estabelecer e a fixar também um certo número mínimo de elementos objectivos, sem os quais o respectivo tipo de negócios não pode ser concebido. É assim que, definindo o contrato de compra e venda, o direito estabelece que é da essência dêsse tipo de negócios a fixação de um certo preço que o comprador deve entregar ao vendedor; é assim que, definindo a estrutura da *stipulatio*, êle estabelece que, sem o emprêgo de certas fórmulas verbais, não poderá esse negócio existir, etc.

Ora êstes elementos que são da essência do respectivo tipo de negócio e integram a sua estrutura,

sem os quais o negócio não pode existir e que a vontade das partes não pode afastar, sob pena de o acto ser coisa diferente do que pretende ser ou não ser coisa nenhuma, é ao que se chama tradicionalmente, na doutrina romanística, os *elementos essenciais* dos negócios jurídicos. São êles que constituem afinal, na sua essência, o elemento objectivo dos negócios jurídicos que, com o elemento vontade, constituem o mínimo de elementos indispensável para a sua existência.

Ao lado dêstes elementos essenciais, outros há porém ainda a considerar, na estrutura dos negócios jurídicos, que se integram também na parte objectiva do negócio. Êstes são os chamados também pela doutrina *elementos naturais* e *elementos acidentais* dos negócios jurídicos. Os primeiros são os elementos que, posto não tenham a importância dos chamados elementos essenciais, no ponto de vista de constituir a individualidade típica do negócio, contudo o acompanham normalmente e fazem também normalmente parte da sua estrutura. As partes podem, porém, afastá-los, sem por isso modificarem a índole do negócio e destruirem a sua individualidade. É o que acontece com a responsabilidade por evicção na compra e venda ou com a responsabilidade por culpa leve na execução do mandato.

Os segundos, ou *elementos acidentais*, são finalmente os elementos que não pertencem, nem necessàriamente nem normalmente, à essência ou estrutura de nenhum negócio jurídico, mas que a vontade das partes pode não obstante acrescentar livremente a quási todos êles para os modificar nas suas condições e eficácia. São êles sobretudo: a *condição*, o *têrmo* e o *modo*.

Condição Chama-se tècnicamente condição (1), na teoria do negócio jurídico, a fixação de qualquer facto ou acontecimento *futuro* e *incerto*, de cuja verificação eventual as partes tornam dependente a produção ou a cessação dos efeitos do respectivo acto ou negócio. Êste elemento acidental consiste, portanto, na subordinação dos efeitos do acto a uma verdadeira condição, tanto para o efeito de, verificada ela, êles começarem a produzir-se, como para o efeito de, verificada ela, êles deixarem de se produzir.

No primeiro caso, a condição diz-se *suspensiva*, porque os efeitos do acto ficam suspensos, isto é, sem se produzirem até ao momento da sua verificação. No segundo, diz-se *resolutiva*, porque os seus efeitos, embora produzindo-se desde logo, ficam sujeitos a uma resolução ou cessação eventual desde que a condição se verifique (2).

O facto ou acontecimento cuja produção constitui a condição não pode deixar de ser futuro e incerto com relação ao momento em que o acto é praticado, não se admitindo, portanto, como condições, nem factos ou acontecimentos presentes ou passados (*condiciones in praesens collatae, condiciones in praeteritum*) (3), nem tão pouco factos que se sabe de antemão haverem de produzir-se necessàriamente

(1) Dig. 35, 1; Dig. 28, 7; Cód. VI, 25 e Cód. VI, 46.

(2) Alguns, pelo menos, dos jurisconsultos clássicos não reconheciam à condição resolutiva a natureza de verdadeira condição, facto que explica porque é que na época clássica a chamada condição resolutiva não produzia resolução ou cessação *ipso iure* dos efeitos do negócio (veja Dig., 18, 2, 2, 4; Dig., 18, 3, 1 e Dig., 41, 4, 2, § 3 e 4). Mas esta doutrina já não vigorava no direito justinianeu, que admitia os efeitos reais e automáticos da condição resolutiva.

(3) Inst., III, 15, 6 e Dig., 35, 1, 10, 1.

(condiciones quae omnimodo extiturae sunt) (1). Neste último caso, tais factos serão considerados termos e não condições; no primeiro, tais condições serão consideradas como não existindo, considerando-se os negócios como puros e simples, ou viciarão o acto e torná-lo hão inexistente, consoante a natureza dêste.

Quanto às condições que consistam em factos futuros e incertos, preciso é porém notar que tais factos podem também ser de diferente natureza, o que dá lugar a classificar também as condições dentro de um certo critério. Com efeito, ou o facto condicional é um facto positivo, consistindo em se produzir uma modificação das coisas, e nesse caso a condição diz-se *positiva*; ou o facto é um facto negativo, consistindo em não se produzir nenhuma modificação num certo estado de coisas, e nesse caso a condição diz-se *negativa* (2); ou o facto é um facto casual e independente da vontade das pessoas e a condição diz-se *casual*, ou voluntário, dependendo da vontade de uma das partes contratantes, e então diz-se a condição *potestativa*; ou ainda, emfim, o facto é em parte casual e em parte voluntário, e então chama-se à condição *mixta* (3). E, por outro lado, podem ainda as condições ser também *possíveis* ou *impossíveis (lícitas* ou *ilícitas, morais* ou *imorais)*, consoante o facto fôr ou não conforme com as leis naturais, as leis civis ou as leis morais (4).

(1) Dig., 35, 1, 79, pr. e Dig., 46, 2, 9, 1.

(2) Dig., 45, 1, 79, pr.; Dig., 46, 2, 9, 1 e 36, 2, 13.

(3) Cód., VI, 51, const. única, § 7 e Inst., III, 25, 4.

(4) Dig., 45, 1, 137, 6; Cód. VI, 41, 1, 1; Inst., II, 20, 36 e Dig., 28, 7, 15. De um modo geral, pode dizer-se a respeito das condições impossíveis que o facto da sua aposição a qualquer negócio jurídico tem como consequência a sua nulidade; era o que sucedia, pelo menos, com os negócios jurídicos *inter vivos*. Com relação a alguns negócios *mortis causa*, porém, esta regra sofreu algumas excepções; é o caso da instituïção de herdeiro, dos legados, e das manumissões testamentárias. Nestes casos as condições impossíveis são consideradas como não apostas ao acto (*pro non scriptis habenteur*), ficando este válido. Quando isto sucede, diz-se que a condição *viciatur sed non viciat*. No caso dos actos que a condição ou termo tornam nulos, diz-se que o termo ou a condição *viciat et viciatur*. Inst., II, 14, 10.

Tanto as condições suspensivas como as resolutivas produzem, porém, efeitos diferentes nos diferentes momentos que podem atravessar durante a vida do negócio jurídico. Com efeito, durante a vida do negócio e desde que êle foi celebrado, há a considerar três momentos ou fases bem distintas: a primeira ou aquela durante a qual a condição está pendente ou ainda se não verificou *(condicio pendet)*; a segunda ou aquela em que se verifica a condição *(condicio extitit)*; e finalmente, aquela em que se apura que a condição se não pode já vir a verificar *(condicio deficit)*.

Se a condição é suspensiva, o negócio jurídico, existindo já, contudo não produz ainda todos os seus efeitos e, nomeadamente, não produz os mais importantes dêsses efeitos que nele se tem em vista durante a primeira fase. Assim a propriedade de uma coisa transferida sob condição suspensiva continua a residir na pessoa do transferente até à sua verificação (1); a obrigação constituída sob condição suspensiva não constitúi desde logo um encargo positivo para o devedor (2). Mas, não obstante isto, alguns efeitos tam-

(1) Ulp., II, 1, 4 e Gaio, II, 200. Cfr. Dig., 40, 7, 29 e pag. 12 *ordem*, § 2.

(2) Dig., 20, 1, 13, 5; Dig., 50, 16, 213 e Inst., III, 15, 4.

bém se produzem desde logo, no que respeita ao respectivo negócio jurídico, o que mostra que êle existe já.

Nos exemplos referidos, o transferente da propriedade fica privado de a transferir para outra pessoa *pendente condicione* (1); o devedor, conquanto ainda não adstrito pelo vínculo da obrigação, fica também privado de poder praticar quaisquer actos que tornariam impossível o cumprimento dela, no caso de a condição se verificar (2). Declarada, porém, a segunda fase ou momento na vida do negócio jurídico, isto é, verificada a condição, então o negócio, de imperfeito que era até aí, tornou-se perfeito e produz todos os seus efeitos; e êstes ou se contam então desde o momento em que foi celebrado o negócio, retroagindo ao seu início, como se êste se constituisse puro e simples, como acontece em alguns casos (3), ou se contam desde a verificação da condição, como é o caso mais freqüente. Finalmente, se se averigua que a condição não pode já vir a realizar-se *(condicio deficit)*, o negócio jurídico ter-se há então como se não tivesse jámais existido, deixando de continuar a produzir os efeitos secundários que até aí tinha produzido. Deve, porém, notar-se que, se a impossibilidade de a condição se verificar é devida a um facto da pessoa que tinha interêsse em que ela se não verificasse, nesse caso será havida como verificada para todos os efeitos (4).

Pelo que respeita às condições resolutivas, o princípio fundamental é, lògicamente, o de que os

(1) Dig., 40, 1, 11 e Dig., 11, 7, 54.
(2) Dig., 5, 1, 41; Dig., 17, 2, 58 e Cód., VI, 54, 2.
(3) Dig., 20, 4, 11, 1 e 18, 6, 8, pr.
(4) Dig., 50, 17, 161; Dig., 9, 2, 25, 2 e 30, pág. 54.

negócios jurídicos a que elas são acrescentadas não deixam de produzir desde a sua constituïção todos os efeitos a que visam, como se tivessem sido constituídos *pure et simpliciter*. Porém, *pendente condicione*, tais negócios e actos estão constantemente ameaçados de uma resolução súbita, a todo o momento que a condição se verifique (1). Se se trata de uma transmissão de propriedade sujeita a condição resolutiva, não há dúvida de que a propriedade se transmite desde logo com todos os seus efeitos de direito. Mas, sobrevindo o verificar-se da condição, cessam todos êstes efeitos e a propriedade volta ao transferente (2). Isto é, o adquirente de quaisquer

(1) Se se trata de obrigações contraídas sob condição resolutiva, os efeitos destas cessam *ipso jure*, logo que a condição se verifique, no caso de se tratar — note-se bem — de obrigações emergentes de negócios jurídicos *bonae fidei*. Se êstes são *stricti juris*, porém, neste caso para que os efeitos obrigatórios cessem, é necessário que tal facto seja reclamado e oposto àquele que pede o seu cumprimento *ope excepcionis*, isto é, como defesa oposta sob a forma de excepção *(exceptio doli)* pelo devedor; vid. Dig., 44, 7, 44, 2. Ou ainda, se o devedor já tinha pago, podia repetir o que houvesse pago por meio de uma *actio in factum*, uma *actio ex contractu* ou *praescriptis verbis*.

(2) Se se trata de propriedade transferida sob condição resolutiva, o caso é diferente. Discute-se muito sôbre se, verificada a condição, a propriedade regressava *ipso jure* para o transferente, revogados como que automàticamente os seus efeitos (revogação real); ou se, verificada a condição, apenas o adquirente sob a ameaça dela ficava obrigado a retransferir para o transferente essa propriedade (revogação obrigatória).

Baste notar a êste respeito que a primeira solução repugnava ao direito clássico o qual não admitia, em princípio, uma transferência da propriedade *ad tempus*. A propriedade era concebida como um direito absoluto insuscepível de receber limitações no tempo e daí a repugnância em admitir uma transferência

direitos nestas condições é tão bom adquirente como os outros, mas tais direitos é que ficam sendo bastante precários. Apurado, porém, que a condição já se não pode verificar, até essa precariedade cessa e o respectivo direito tornava-se então absolutamente firme.

Termo Outro elemento acidental dos negócios jurídicos é o termo *(dies)*. Entende-se por termo um determinado momento futuro que deve marcar no tempo ou o começo ou o fim e cessação dos efeitos que no negócio jurídico se tem em vista (1). Há portanto lugar para distinguir também, como sucede com a condição, entre um termo suspensivo e um termo resolutivo.

O primeiro *(dies a quo)* representa o momento futuro determinado, a partir do qual devem começar a produzir-se os efeitos do negócio. O segundo *(dies ad quem)* representa o momento além do qual tais efeitos já se não produzem ou cessam (2).

Ao passo assim que o chamado termo tem com a condição de comum o dever corresponder necessàriamente a um facto futuro, com relação ao momento em que o negócio é efectuado, diverge porém dela em que êsse facto é ou deve ser um facto certo, emquanto que a verificação da condição é um facto incerto. Esta certeza do termo não é sempre, contudo, a mesma, havendo casos até em que ela vem a ser de uma relatividade tão pronunciada, que neles o termo chega a confundir-se lògicamente com a condição.

A respeito do gráu de certeza do termo ou *dies* costumam, porém, considerar-se na doutrina os seguintes casos típicos: 1) — O caso de o termo ser fixado de uma maneira precisa, com relação a um dia certo do calendário, como se alguem se obrigar a entregar uma soma nas calendas de Janeiro. É o que se chama na escola *dies certus an, certus quando;* é certo o facto e o *quando* do facto; 2) — O caso de o termo ser fixado com relação a um facto absolutamente certo e infalível na sua verificação, porém incerto no seu *quando,* como se alguem se obrigar a entregar uma soma no dia do falecimento de uma outra pessoa que ninguém pode saber quando morrerá. É o que se chama *dies certus an, incertus quando.* 3) — O caso de o termo ser fixado com relação a um acontecimento que está perfeitamente determinado no tempo, mas de que não há a certeza sôbre se se virá a verificar, como se a soma prometida só o fôr para o dia em que, por exemplo, o devedor há de completar uma certa idade. É o que se chama o *dies incertus an, certus quando.* 4) — Finalmente, o caso de o termo se fixar com relação a um dupla incerteza ou com relação a um acontecimento duplamente indeterminado, como se eu me obrigo a entregar uma soma no dia do meu casamento. Aqui é incerto e indeterminado o facto do casamento e

dela sob condição resolutiva. No direito justinianeu, porém, já assim não sucedia e, pelo menos em alguns casos, era já admitida uma propriedade *ad tempus* e, portanto, a possibilidade de uma transferência sob condição resolutiva (casos da *in diem addictio, lex comissoria* e *dinatio mortis causa*). E ainda fóra dêstes casos pode dizer-se que os efeitos da condição resolutiva eram neste direito reais ou obrigatórios, emfim, consoante a vontade das partes contratantes ao transferirem entre si a propriedade.

(1) Inst., III, 15; Dig., 50, 16, 215; Dig., 17, 1, 1 e Dig., 8, 1, 4.

(2) Dig., 28, 5, 54 e Dig., 8, 1, 4, pr. Cfr. Trag. Vatic., 50.

incerto e indeterminado o quando dêsse facto. É ao que se chama *dies incertus an et quando*. Quando se dá êste último caso, o termo (*dies*) é, pela sua absoluta incerteza sôbre se se virá a produzir, o mesmo que a condição *(dies incertus apellatur condicio)* (1).

Deve, porém, notar-se ainda que a fixação de um termo suspensivo (*dies a quo*) para determinar o comêço dos efeitos de um negócio jurídico, não impedia que o negócio fôsse desde logo perfeito. O termo não afectava pròpriamente a eficácia imediata do negócio, mas apenas respeitava à execução, deferindo-a no tempo (2).

O devedor que se obriga a pagar num certo dia é, sem dúvida, já devedor, ainda antes de êsse dia chegar; o cumprimento da obrigação é que não lhe poderá ser exigido antes disso. E tanto assim que, sendo em regra o termo estabelecido no interêsse do devedor, êste pode renunciar a êle, pagando antes; e se o faz, paga bem e não pode repetir o que houver pago (3). O mesmo se dá na transferência da propriedade. Se o transferente aliena uma coisa, sujeitando os efeitos da transferência a um termo suspensivo, também êle não poderá posteriormente, pelo menos no direito justinianeu, alienar ou transferir de

(1) Dig., 50, 50, 4. Todavia, apesar desta identificação entre a condição e o termo neste último caso, importa notar que o termo é sempre termo e não condição, se as partes consideraram o facto, em si incerto, como certo. Neste caso, o facto será condição ou termo, segundo a intenção das partes, de harmonia com um critério subjectivo.

(2) Dig., 45, 1, 46; Dig., 16, 2, 7; Dig., 50, 16, 213 e Inst., III, 15, 2: *praesens obligatio, in diem autem delata solutio.*

(3) Dig., 12, 6, 10: *in diem debitor adeo debitor est, ut ante die solutum repetere non potest.*

novo a coisa para um terceiro antes de chegado o termo, iludindo assim a espectativa do primeiro adquirente (1). Neste caso, a transferência será também válida desde logo e sòmente o adquirente não poderá exigir a entrega da coisa ou reivindicá-la antes de chegado o *dies a quo*.

Quanto ao termo resolutivo (*dies ad quem*) o direito romano não o admitia em princípio, pelo menos com relação aos negócios jurídicos *stricti iuris*, excepção feita da *mancipatio* (2). Em matéria de obrigações, aquele que se obrigava *ex stipulatu* a uma certa prestação a efectuar periòdicamente até à superveniência de um certo *dies*, era considerado por direito civil como obrigando-se pura e simplesmente e só o pretor reconheceu em tal caso efeitos jurídicos ao termo, concedendo ao devedor, a quem êle aproveitava, uma excepção de dolo ou uma *exceptio pacti conventi*, para a hipótese de lhe ser pedido o cumprimento da obrigação além do *dies ad quem*. Em matéria de transferência de propriedade, também qualquer cláusula de termo resolutivo era inadmissível no direito clássico, como já foi dito, por se não admitir que a propriedade podesse constituir-se *ad tempus*, sendo só Justiniano quem modificou esta doutrina e admitiu nesta matéria o termo *ad quem*. Todavia houve sempre no direito romano, ainda na sua última fase, numerosos actos e negócios jurídicos insusceptíveis de cláusulas de condição ou de termo (3).

(1) Cod., VI, 43, 3, 2.

(2) Dig., 44, 2, 44, 1.

(3) Alguns negócios jurídicos desta espécie eram considerados nulos pelo facto de lhes ser aposta qualquer cláusula de condição ou termo. Era o que sucedia, por ex., com a *acce-*

Modus Finalmente, entende-se por modo (*modus, lex, condicio*) um outro elemento acidental de alguns negócios jurídicos, consistindo numa cláusula acessória que lhes é acrescentada, tendente a modificar os efeitos normais do acto. O *modus* ou cláusula modal só aparece, porém, nos negócios a título gratuito, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, e serve para limitar a vantagem concedida ao beneficiário dêsses negócios por meio da imposição que lhe é feita de uma prestação a favor de outrém ou de uma certa conduta (1).

Assim, por exemplo, é uma cláusula modal a cláusula junta a uma doação, pela qual se estabelece que o donatário deverá aplicar uma parte dos bens recebidos ou o rendimento deles a um certo fim de utilidade social ou a favor de uma outra pessoa. A disposição principal à qual se junta a cláusula modal é, porém, independente, nos seus efeitos, do cumprimento desta última, de modo que a impossibilidade desta cláusula não envolve nunca a nulidade daquela disposição. E se em algum caso pode ser difícil distinguir pràticamente se um determinado negócio está sujeito a uma condição ou a uma cláusula de modo, a maneira de o determinar consistirá sempre em recorrer à interpretação da vontade do testador ou doador. Geralmente, porém, para os romanos, a cláusula era considerada de preferência modal, quando

ptilatio e a *adoptio*. Vid. Frag. Vat., 329 e Dig., 50, 17, 77. Outros negócios havia também que admitiam a aposição de algumas certas condições mas não a de outras, como a instituïção de herdeiro, que admitia condições suspensivas mas não condições resolutivas (*semel heres semper heres*).

(1) Dig., 35, 1, 17, 4; Dig., 27, 5, 1, 3; Dig., 35, 1, 2, 3; e Cód., VI, 57, 25.

vinha acompanhada e pedida pela conjunção integrante *ut;* e era considerada de preferência condicional, quando a precedia a conjunção condicional *si* (1).

Quanto aos efeitos do *modus* e maneira de pràticamente os garantir, deve notar-se que isto se conseguia, no direito romano, por variados processos, sem que nenhum deles, porém, fôsse precisamente a anulação *ipso iure* e automática da disposição principal por falta de cumprimento do *modus*. Exceptuado o caso de o *modus* ter uma intenção puramente moral (*modus simplex*), nos casos em que era da vontade do autor da disposição principal que êle fôsse positivamente cumprido, êste cumprimento só foi garantido, já pela intervenção do pretor recusando aos beneficiários as acções que lhes pertenciam, se êles o não cumpriam; já pela intervenção da autoridade religiosa ou administrativa fazendo-o cumprir por certos meios ao seu alcance (2); já permitindo-se ao doador repetir o que tivesse dado (3); já, finalmente, concedendo-se em geral, no direito justinianeu, aos autores da disposição principal uma acção tendente a pedirem o cumprimento do *modus*, ou seja, a *actio praescriptis verbis* (4).

(1) Dig., 40, 4, 44. Cfr. Dig., 35, 1, 30 e Dig., 18, 1, 41.
(2) Dig., 5, 3, 50, 1.
(3) Dig., 24, 1, 15, 2; Dig., 39, 5, 2, 7 e 25, 3, 9, pr.
(4) Dig., 45, 1, 122, 1 e pag. 155, 3 e Cód. VIII, 55 (54), 9.

§ 4.º — Conteúdo subjectivo do negócio jurídico. A vontade

Noções gerais O segundo elemento ou parte essencial em todo o acto ou negócio jurídico, sem o qual êle não pode existir, é representado pela vontade, como já atrás foi dito.

Se a própria estrutura típica do negócio jurídico e os elementos que a integram, *essenciais*, *naturais* e *acidentais*, constituem o lado ou aspecto objectivo e como que o corpo do negócio, a vontade do sujeito que o pratica constitui agora o seu lado ou aspecto subjectivo e como que a sua alma. Com efeito, todo o negócio jurídico presupõe uma vontade capaz, dirigida a produzir certos e determinados efeitos de direito prometidos pela lei, e é justamente a realização dêstes efeitos na ordem dos factos que, como também vimos, não pode deixar de ser considerada sempre como um resultado da colaboração da lei e da vontade do homem.

A vontade que é um presuposto de todo o negócio jurídico não é, porém, uma vontade abstracta e puramente interna, mas deve ser necessàriamente uma vontade concreta e suficientemente manifestada.

A vontade antes da sua manifestação é irrelevante para o direito. O direito desconhece e não pretende devassar o fôro íntimo das pessoas, onde a vontade reside; só procura conhecê-la e determiná-la através das suas manifestações de qualquer natureza que elas sejam. Aqui ocorre, no entanto, salientar desde já que manifestação da vontade não é o mesmo que

declaração da vontade, e que a espécie de manifestação desta última, que se exige para a validade da maior parte dos negócios jurídicos, é sempre a declaração, quer esta seja expressa ou tácita, solène ou não solène. Conquanto toda a manifestação da vontade constitua um facto a que se podem ligar certos efeitos de direito, todavia é preciso notar que a vontade que no negócio jurídico se presupõe é quási sempre uma vontade declarada, isto é, manifestada por meio de uma declaração. Há pois, em primeiro lugar, que conhecer o que é declaração da vontade e por que formas esta se pode produzir. Em segundo lugar: como há pessoas que, não tendo vontade ou não a podendo declarar, contudo podem praticar negócios jurídicos por intermédio de outras que as representam, há que saber o que é a representação da vontade e em que condições ela se pode dar.

E, finalmente, como muitas vezes acontece que a vontade declarada não é a expressão da vontade real ou verdadeira da pessoa, havendo entre estas duas vontades divergências que podem resultar de várias causas e que viciam o querer do homem ou viciam a manifestação dêsse querer, daí a necessidade de conhecer também quais são essas causas e a importância que no direito lhes é atribuída, os chamados vícios da vontade e os seus efeitos.

A vontade e a sua declaração A vontade do homem manifesta-se, como o seu pensamento, por meio de actos ou de palavras, mas mais normalmente por meio de palavras. Quem quere uma coisa diz geralmente que a quere; e é mediante essa declaração, que pode ainda ser oral ou escrita, que a sua vontade assume um valor social, isto é, que os outros

homens a podem compreender e ela produzir os seus efeitos.

Ora como o negócio jurídico é por definição, como se viu, um acto mediante o qual a pessoa manifesta a sua vontade no sentido de querer precisamente um certo número de efeitos jurídicos que de antemão lhe são conhecidos, daí o dever ser a sua manifestação da vontade para êsse efeito uma verdadeira declaração. Na ocupação e na especificação, actos jurídicos simples, a vontade também se manifesta; mas, quanto ao efeito jurídico dêstes actos, a propriedade, êste produz-se, como se viu também, independentemente de uma declaração da vontade nesse sentido e até do conhecimento da pessoa àcêrca dêsse efeito. A vontade manifesta-se ou revela-se de uma maneira genérica, dispensando-se-lhe que queira precisamente e conscientemente os efeitos do acto. Na doação, na compra e venda, no testamento, etc., verdadeiros negócios jurídicos, já assim não sucede; aqui já não basta à vontade o manifestar-se de qualquer forma para que os efeitos desejados surjam, mas é necessário que ela se manifeste de uma maneira mais precisa e concreta, isto é, se declare no sentido de querer tais e tais efeitos, que são os efeitos normais do negócio típico que ela indica. Isto dá-nos, pois, a noção de declaração da vontade. Esta é toda a manifestação suficientemente clara da vontade de que ela quere positiva e precisamente obter um certo número de efeitos jurídicos, que o direito torna dependentes de um certo tipo de acto ou negócio.

Se a declaração da vontade é isto, é preciso, porém, notar que ela tanto pode ser expressa como tácita e, expressa, tanto pode ser oral como escrita, solène como não solène. A declaração é expressa

quando sobretudo resulta de palavras inequívocas e claras, ou mesmo de gestos, que deixam surpreender fàcilmente o pensamento e o querer do declarante (1). Tácita chama-se a declaração que resulta antes de actos do que de palavras, embora a vontade resulte também claramente expressa dêsses actos (2). Oral é a que se traduz em palavras faladas; escrita a que se traduz pela escrita. Solène é a declaração sujeita pelo direito ou pela própria vontade das partes a certas condições de forma ou formalidades cuja ausência deve determinar a nulidade do acto; não solène, emfim, a que não está subordinada a nenhumas formalidades essenciais.

A êste respeito convém notar que no antigo direito romano, material e formalista, a declaração da vontade nos negócios jurídicos devia ser por via de regra expressa, oral e solène *(uti lingua nuncupassit ita ius esto)*, como era o caso no *nexum*, na *mancipatio*, na *in iure cessio*, na *sponsio*, etc., em que ela devia traduzir-se não só *certis solemnis et imperativis verbis*, mas ainda ser acompanhada por vezes de um cerimonial complicado e arcáico. No direito clássico, post-clássico e justinianeu, os progressos da vida económica e comercial foram, porém, fazendo decaír constantemente o estreito formalismo de origem romana na vida dos negócios jurídicos, tendendo então cada vez mais a substituír-se à forma oral e solène na declaração da vontade a forma escrita e o registo público de muitos actos embora sem carácter típico. Como, todavia, a forma do acto, e principalmente a escrita, constitui por natureza um

(1) Dig., 44, 7, 52, §§ 9 e 10; Dig., 12, 1, 6 e 28, 5, 59.
(2) Dig., 2, 14, 2 e Inst., II, 19, 7. Cfr. Dig., 17, 2, 4 e 46; 8, 5.

excelente e cómodo meio de prova ou instrumento para provar a existência do acto, daí ainda o facto de ela ser usada muitas vezes por preceito da lei, outras por vontade das partes, mas apenas para auxiliar e facilitar a prova dos negócios jurídicos. Mas neste caso as formas e solenidades dizem-se, na doutrina, *ad probationem*, para as distinguir daquelas que eram reputadas essenciais à sua validade e eram portanto da própria natureza do negócio, ou formalidades chamadas *ad solemnitatem*.

Além da declaração expressa oral ou escrita, solène ou não solène, o direito reconhece também em muitos casos como bastante (e o direito romano também já o reconhecia) uma declaração simplesmente tácita da vontade. A vontade pode declarar-se por factos dos quais claramente se depreenda, ou manifestar-se *re*, como diziam os romanos (1); isto é, manifestar-se mediante uma certa atitude ou procedimento da pessoa, que tem nos usos correntes da vida social um sentido e um significado inequívocos. Assim, se uma pessoa instituída herdeira num testamento paga espontâneamente uma dívida da herança, dêsse facto depreende-se que ela declara tàcitamente a sua vontade de a aceitar. Se um crèdor está em condições de poder exigir o pagamento de uma dívida já vencida e, não obstante o vencimento, aceita posteriormente o pagamento de juros feito pelo devedor, entender-se há que renovou o contrato e renunciou a exigir desde logo o capital. O mesmo, se um homem e uma mulher, livres e de igual condição social, passam a conviver matrimonialmente, animados da mesma *affectio maritalis*; o facto da vida em comum equivale neste caso a uma declaração expressa de quererem contraír o matrimónio, etc..

(1) Dig., 2, 14, 2.

Nestes casos diz-se que a vontade se declara por factos ou actos.

O silêncio Um outro facto, que na doutrina muito se discute se poderá em geral equivaler a uma manifestação tácita da vontade, é o silêncio. Mas a verdade é que o silêncio, sendo em si mesmo um facto negativo, uma inacção absoluta, não é geralmente susceptível de uma interpretação segura. Quem cala, nada diz e nada declara. Todavia algumas vezes pode também acontecer que o silêncio em certas circunstâncias represente a intenção de declarar alguma coisa e possa por isso valer o mesmo que uma declaração.

Quem cala, consente — diz um ditado *(qui tacet consentire videtur)*. Ora, sendo assim, compreende-se que, nos casos em que a lei não exige da pessoa uma declaração formal e completa da vontade, mas se satisfaz com a manifestação de um assentimento passivo, ela atribùa ao silêncio em certas condições o valor de uma declaração da vontade. Deve, porém, notar-se que isto sucede sòmente nos casos expressa e positivamente determinados pela lei. Isto é, o silêncio vale uma declaração apenas nesses casos e quando a pessoa, sabendo que a sua abstenção silenciosa é socialmente interpretada como uma declaração positiva determinada, teria o dever de declarar uma vontade contrária da que se lhe atribui, para se furtar às conseqüências do seu silêncio. É êste o sentido do aforismo: *quis tacet consentire videtur*, que deve antes traduzir-se: quem cala consente, quando, tendo obrigação de falar para evitar uma certa interpreta-

ção inevitável do seu silêncio, o não faz e fica silencioso (1). Era assim que era considerado, por exemplo, como valendo uma declaração de assentimento, o silêncio do *paterfamilias* diante das núpcias dos filhos.

Representação da vontade

A vontade no negócio jurídico nem sempre reside imediatamente na pessoa que deve ser o titular dos direitos que por êle se adquirem.

Ás vezes sucede que a pessoa ou sujeito de direito não tem vontade ou tem uma vontade deficiente e contudo ela pode praticar negócios jurídicos de que resulte para ela a aquisição de importantes direitos. Neste caso dá-se o que se chama em direito a *representação*. Isto é, uma vontade diferente da da pessoa directamente interessada, que pode não a ter ou tê-la deficiente, intervém então no lugar desta para a substituir ou completar, representando-a.

Se um *infans*, um desasizado ou um pródigo carecem de praticar um negócio jurídico, é evidente que êles o não poderão praticar por si pessoalmente, visto faltar-lhes a vontade como requisito da sua capacidade civil ou de exercício de direitos. Mas nem por isso a sua vida jurídica ficará suspensa e condenada à imobilidade, sendo por sua vez êsses incapazes também, como sabemos, pessoas e sujeitos de direito. Nesse caso intervirão os seus representantes legais e os seus tutores ou curadores praticarão por êles vàlidamente o negócio, representando-os.

(1) Dig., 50, 17, 142; Dig., 3, 5, 8, 1 e 50, 17, 60. Cf. Dig., 1, 7. 29, 26, 1, 6, pr. e 26, 8, 15.

Pode também uma pessoa, embora seja capaz, estar ausente ou impedida por qualquer razão e não poder praticar directamente os actos e negócios jurídicos que o seu interêsse patrimonial pode reclamar. Mas, ainda neste caso, pode essa pessoa ter deixado ou constituído um procurador ou mandatário encarregado de a representar, na previsão dessas eventualidades, e então êste praticará tais actos, representando a vontade do mandante e como se fôra êle próprio que os praticasse. Ora, em todos êstes casos e em outros ainda, a relação que se estabelece entre o titular do direito e a vontade da pessoa que por êle pratica o acto e se lhe substitui, chama-se tècnicamente uma relação de *representação*. Em virtude dela é o representante quem pratica o acto, mas todos os efeitos jurídicos dêste, direitos e obrigações que dêle resultam, é com relação ao representado que directamente nascem e se constituem. Nisto se distingue a verdadeira representação ou representação pròpriamente dita, também chamada representação directa, de outras formas de assistência material ou representação indirecta, em sentido lato, que na prática da vida social também são conhecidas.

Assim, pode acontecer que a pessoa que tem interesse no negócio o faça praticar por um amigo ou encarregue êsse amigo de transmitir a outrém a expressão da sua vontade. Mas nestes casos é preciso notar que se não dá uma verdadeira representação em sentido estrito. O amigo que transmite a vontade da pessoa será um mero intermediário ou *nuntius* dela; o amigo que celebra o negócio a seu pedido, celebrá-lo há no interesse da pessoa mas em seu próprio nome, por fórma que os efeitos do acto será com relação a êle que directamente se

constituem e não desde logo com relação ao representado, etc. (1).

Sabido o que é representação da vontade, importa saber, em segundo lugar, em que condições e casos o direito romano a admitia, se é mesmo que em princípio a admitia.

Ora pode considerar-se como doutrina assente que o direito romano não admitiu jamais, em princípio, a representação directa, pelo menos com a amplitude de desenvolvimento e generalidade de aplicação que êste instituto encontra no direito moderno. Razões várias explicam êste deficiente desenvolvimento da representação directa no direito romano como instituto autónomo e todas elas pode dizer-se que se filiam afinal nas circunstâncias especiais de ambiente jurídico em que se desenvolveram as suas ideas a êste respeito.

Entre essas razões podem enumerar-se: para o mais antigo direito — o seu sistema restrito em matéria de negócios jurídicos; o estreito formalismo dêstes; o fraco desenvolvimento da vida económica e comercial e porventura ainda a forte noção que havia da dignidade pessoal do *paterfamilias*, que fazia repugnar a idea de que alguém podesse válidamente representá-lo nos actos da sua vida jurídica. E, com efeito, assim como hoje repugna ainda a idea de representação para certos actos que são considerados como puramente e eminentemente pessoais e inseparáveis do que há de mais respeitável e individual na pessoa, como o testamento, assim no antigo direito repugnaria a representação, porque todos os actos

(1) Cód., IV, 50, 6, 3 e Dig., 45, 7, 11: *neque stipulari neque emere vendere, contrahere ut alter suo nomine recte agat, possumus.* Cfr. Gaio, II, 95.

do *paterfamilias* estariam no caso do testamento, sendo considerados também eminentemente pessoais e solenes.

No direito romano mais desenvolvido, no direito clássico e post-clássico, estas razões já evidentemente não prevaleciam; mas uma outra razão forte continuava então a existir que, se não excluía por completo o conceito de representação, todavia tornava êste instituto perfeitamente dispensável. Esta razão estava na organização da família romana, como quere Bonfante. Como é sabido, esta organização, subordinando ao *paterfamilias* de uma maneira absoluta toda a vida jurídica dos outros membros da família, os *alieni juris*, tornava-os a todos como que representantes natos do *pater* para o efeito da aquisição de direitos. Restava a representação do *pater* para o efeito da contracção de obrigações; mas para êste efeito ainda não tardou também o pretor em criar as *actiones adiecticiae qualitatis* com as quais, como se sabe, o *pater* poude ser representado pelos filhos e pelos escravos a quem concedia a administração de pecúlios ou de empresas marítimas, comerciais ou industriais (1). E estas acções, e especialmente a *actio institoria* concedida *utiliter*, não tardaram em oferecer um excelente sucedâneo ou expediente indirecto para com êle se conseguir os fins da verdadeira representação, mesmo nos negócios onerosos e produtivos de obrigações.

Numa palavra: excluído no mais antigo direito romano o princípio da admissibilidade da representação da vontade pelas razões históricas que ficam referidas, daí teria resultado uma vincada e tradicio-

(1) Vid. *supra*, pág. 77.

nal repugnância por essa idea que circunstâncias posteriores não tiveram, por outro lado, fôrça bastante para remover inteiramente. E assim foi que, quando os progressos da vida económica e comercial impuseram de facto a representação na vida e no comércio jurídico, contudo os princípios organizadores da família e a actividade dos pretores, criando outros tantos meios de prática e indirectamente a substituir, tornaram inútil o desenvolvimento completo da representação como um instituto autónomo (1).

A representação, não obstante o que fica dito, foi contudo também admitida em alguns casos pelo direito romano, mesmo fóra da representação do *pater* pelos *alieni iuris* e da representação pretória. Entre êsses casos podem enumerar-se, como mais importantes: o caso da representação legal do pupilo pelo tutor ou dos outros incapazes pelos seus curadores, embora êste caso de representação só se tenha configurado no direito clássico (2); o caso da aquisição da posse e propriedade por intermédio do *procurator omnium bonorum* (3); o caso da constituïção do mútuo em nome de outrém (4); o caso do contrato de mandato ou procuradoria (5) e o caso

(1) Cfr. Pacchioni, *obr. cit.*, II, pág. 284.

(2) Veja *supra*, pág. 155. Dig., 26, 7, 9 e 26, 9, 2. Cfr. Cód., V. 39, 2 e 4.

(3) O *procurator omnium bonorum* era geralmente um escravo manumitido ao qual era confiada a administração de todos os bens do seu antigo *dominus*. É um mandatário especial. Vid., Dig., 41, 3, 41; 41, 1, 13 e Paulo, V, 2, 2.

(4) Dig., 12, 1, 9, 8; Dig., 39, 35, 5, 2; 45, 1, 126, 2 e Cód., IV, 27, 5 e IV, 2, 4.

(5) Com relação ao mandato em geral, note-se que o mandatário não é de modo algum, no direito romano, um

da gestão de negócios, quando o dono dêstes aprova a gestão feita pelo *negotiorum gestor* (1). Em todos êstes casos, na verdade, a representação foi admitida com maior ou menor número de efeitos (2). Contudo, e embora o número dêstes casos aumentasse sempre na época bizantina, o que não é menos certo é que o desenvolvimento da doutrina relativa a êste instituto não foi nunca no direito romano um

representante directo do mandante. O caso do *procurator omnium bonorum* foi uma primeira excepção a esta regra. No direito post-clássico e justinianeu, porém, chegou também a admitir-se que todo o mandatário, mesmo que fôsse um mandatário *unius rei* (só para um negócio determinado), podesse adquirir directamente para o mandante a posse e a propriedade. A idea de representação directa abriu assim caminho atravez do contrato de mandato. Mas a realização que esta idea aí encontrou foi, de resto, apenas parcial, porque, no tocante às obrigações, o mandatário não foi nunca um representante directo do mandante, salvos os expedientes das *actiones adiecticiae qualitatis* e de outros meios criados pelo pretor para obter o mesmo resultado.

(1) Na gestão de negócios o gestor é considerado representante directo do dono dos negócios, depois da ratificação por êste dada à gestão daquele *(ratihabitio)*, que é assim equiparada ao mandato.

(2) Em todos os casos em que excepcionalmente foi admitida a representação exigiu-se sempre, emfim: — que o representante praticasse o negócio jurídico em nome do representado, tomando o seu lugar (*agere nomine alieno*); e que êle procedesse nesse sentido com título que o autorizasse. Êsse título, porém, tanto podia fundar-se na lei (como na tutela e curatela), como podia fundar-se na vontade das pessoas (mandato e procuradoria). E note-se ainda, por último, que nem todos os negócios jurídicos admitiam intervenção de representantes, como ainda hoje acontece. Actos ou negócios há, com efeito, que não admitem representação, devido à sua natureza estritamente pessoal; ex.: o testamento e o matrimónio (no direito romano).

desenvolvimento igual e homógeneo e que, mesmo no direito de Justiniano, o princípio da representação directa não foi admitido senão virtualmente.

Divergências entre a vontade real e a declarada

A vontade que se declara no momento da celebração do negócio jurídico é, normalmente, a expressão exacta do querer do declarante. Isto é: a vontade real e a vontade declarada são normalmente a mesma coisa, coïncidem. Mas pode acontecer que esta exacta correspondência entre as duas venha a faltar por variadas razões.

A pessoa ou sujeito de direito pode, com efeito, deliberadamente pensar uma coisa e dizer outra diferente; pode fazer uma declaração com reserva mental ou pode brincar. Podem também duas pessoas combinar entre si um certo negócio jurídico e contudo declararem, para certos fins, que celebram um outro; ou pode, finalmente, a pessoa enganar se ou podem enganá-la ou obrigá-la por meios violentos a declarar aquilo que aliás não está na sua vontade declarar.

Em todos êstes casos é óbvio que deixará de haver, de um modo geral, correspondência entre a vontade real e a vontade declarada. Nos três primeiros, diz-se que essa falta de correspondência é voluntária e querida pelos próprios declarantes; nos outros três, diz-se que ela é devida a causas externas e tem então lugar aquilo a que se chama pròpriamente os vícios da vontade no negócio jurídico, ou sejam, o êrro, o dolo e a coacção.

Ora é a propósito destas diferentes causas de divergência e dêstes diferentes vícios que surgem as questões de saber: — ¿a qual das duas vontades, a

real ou a declarada, se deve dar a preferência para regular os efeitos do acto ou do negócio jurídico? — ¿se a pessoa tem meio de evitar as conseqüências da sua declaração viciada, provando que aquilo que declarou não correspondeu àquilo que de facto quis ou quereria, se não fôsse o vício ou má influência que actuaram sôbre a sua vontade?

De um modo geral, a questão de saber a qual das duas vontades, a real ou a declarada, se deve dar a preferência no regular os efeitos do negócio jurídico (questão que no antigo direito romano se não levantava, dado o formalismo solène do sistema dos negócios jurídicos em que tudo se subordinava à declaração e à fórma, mas que já se levantava no direito classico) tem recebido na moderna doutrina romanística e civilista várias soluções que se resumem nas seguintes teorias.

1) — *Teoria da vontade real:* — Segundo os partidários desta doutrina, é à *vontade real* do declarante que se deve de preferência atender para regular os efeitos de um negócio jurídico em que a declaração não corresponde a essa vontade. A declaração da pessoa nenhuns efeitos jurídicos pode produzir senão na medida em que nela se manifesta a verdadadeira vontade do declarante. Uma declaração a que não corresponde um verdadeiro querer da pessoa não passará de um simples facto material, insuficiente para servir de fundamento a um negócio jurídico. Nestas condições a declaração será nula, pois nenhuma vontade real lhe corresponde; e a vontade real será jurídicamente irrelevante, pois nenhuma declaração houve que a manifestasse e a traduzisse socialmente.

Em conclusão: o negócio será inexistente e absolutamente nulo, devendo sempre admitir-se uma ampla possibilidade de demonstrar que tal correspondência

não existe entre as duas vontades para que lhe seja retirada toda a eficácia jurídica. Como fácilmente se vê, os resultados práticos e sociais de uma tal doutrina, quando ela fôsse admitida no seu rigor, seriam a sua condenação formal. Não haveria relações jurídicas e sociais fundadas nos negócios que fôssem firmes e não estivessem constantemente à mercê da sempre possível e capciosa demonstração de um desacordo existente entre o verdadeiro querer do declarante e a sua manifestação (1).

2) — *Teoria da declaração:* — Constituindo lógicamente o extremo oposto da teoria da vontade real, está a chamada teoria da *declaração*. Segundo esta teoria, a declaração e só a declaração deve decidir dos efeitos do negócio jurídico, não devendo o direito preocupar-se com a vontade real, quer esta corresponda, quer não corresponda àquela. Isto é, a presunção é sempre necessàriamente a de que a vontade declarada corresponde à real. Esta foge sempre, de resto, a todos os meios de uma segura constatação e porisso absurdo seria fazer depender de uma coisa tão inacessível para o direito a eficácia do negócio jurídico. Ora, se a vontade de nada vale social e juridicamente senão quando suficientemente traduzida numa declaração clara e concreta, será esta que há-de constituir o elemento decisivo para por êle se regularem os efeitos do acto. O contrário é lógica pura

(1) O principal texto em que se funda esta teoria é o de Paulo, no Digesto, 34, 5, 3: *in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.* Cfr. Dig., 44, 7, fr: 56, 55 e 57 e Dig. 50, 16, 219: *in conventionibus contrahensium voluntatem potius quam verba spectari placuit.*

e pura psicologia; e o direito, posto não possa desconhecer as conclusões dessas sciências, também não pode fazer delas o seu único ponto de vista.

3) — *Teoria da confiança:* — Finalmente, uma terceira teoria a êste respeito é a chamada *teoria da confiança* que, na verdade, não é senão uma modificação da teoria da declaração, fundada num outro critério.

Com efeito, quem declara a sua vontade na celebração de um negócio jurídico assume uma grave responsabilidade social; faz nascer, isto é, no espírito dos outros, a quem é dirigida, a convicção de que o declarante quere realmente aquilo que declarou, determinando-os, em virtude de uma natural confiança, a certas outras declarações, a um certo querer e um certo procedimento correspondentes.

Ora seria iludir essa confiança social e tornar possíveis todos os abusos o deixar de considerar a vontade como vinculada pela declaração, toda a vez que esta tenha feito surgir nos outros, a quem se destina, a convicção de que lhe corresponde por parte do declarante uma vontade séria e real. Se o declarante, emfim, alegar depois que não foi isso o que quis, não poderá evitar que legitimamente se lhe responda: que o não tivesse declarado ou que tivesse sido mais prudente.

Todas estas teorias são rigorosamente deduzidas dos princípios que predominantemente fixam e dos quais partem. Assim, a primeira é de uma exactidão lógica absoluta, quando se atenda a que a vontade real é que constitui subjectivamente a essência do negócio jurídico e que, portanto, um negócio jurídico assente numa declaração de vontade a que não corresponde nenhuma vontade real é um negócio assente numa sombra e, conseqüentemente, nulo. O mesmo

se diga da segunda; se a vontade sem a declaração é irrelevante e como não existente para o direito, teremos de abolir pràticamente a distinção entre vontade real e declarada e concluír que, onde houver uma declaração de vontade, aí estará o único elemento vontade, como um valor *a se* e independente, que se exige para a validade do negócio jurídico.

E, finalmente, é também absolutamente rigorosa a teoria da confiança, que, preocupando-se menos com a lógica do que as duas primeiras, fixa sobretudo o interesse social e sacrifica todas as conclusões à necessidade de manter intacto o elemento confiança no comércio das relações jurídicas Contudo, aqui se revela mais uma vez o inconveniente das teorias gerais edificadas pela especulação jurídica com um grande rigor lógico: é que, na realidade, sendo todas verdadeiras, acabam geralmente por se tornarem todas falsas, quando aplicadas aos factos, e ainda as mais rigorosas lògicamente são quási sempre as que mais ferem o bom senso e o justo critério das coisas. Os romanos parece que o presentiram e assim, e posto não tivessem deixado de se preocupar também com as divergências entre vontade real e declarada, contudo não foram em absoluto nem só pela vontade real, nem só pela declaração, nem só pela confiança.

Os textos romanos mostram-nos, com efeito, que não houve para os jurisconsultos clássicos uma teoria única a êste respeito. O que houve foi uma acentuada preferência para sacrificar a vontade declarada à real, sempre que daí não resultasse uma grave lesão para quaisquer interesses dignos de respeito; e uma tendência para abstraír da vontade real e só ligar importância à declaração, quando êsses interesses particulares ou públicos existiam. A teoria que, pois, estará mais perto do pensamento romano será, sem dúvida, a teoria da confiança, emquanto nesta justamente se atende às graves perturbações sociais que pode arrastar consigo a subordinação da vontade declarada à vontade real. Mas, ao passo que nesta teoria se olha apenas à convicção que nasce no espírito dos outros, em qualquer caso, sôbre a seriedade da declaração, no direito romano atendia-se de preferência mas era à índole dos respectivos negócios jurídicos e à importância dos interesses que podiam ser lesados por uma solução ou por outra (1).

Numa palavra: a posição do direito romano em face desta questão geral das divergências entre a vontade real e a declarada pode definir-se, dizendo: que prevalecia para êle a vontade real, sempre que do desconhecimento da vontade declarada não resultava perturbação social ou lesão de interesses respeitáveis; e prevalecia para êle a vontade declarada, embora lhe não correspondesse a vontade real, no caso contrário.

¿Quais eram, porém, os negócios jurídicos a respeito dos quais a prevalência dada à vontade real importava perturbação social e quais aqueles a respeito dos quais não importava?

---

(1) Textos em que se dá a prevalência à vontade real sôbre a declaração são: Dig., 24, 27; Dig., 28, 5, 9 e 29, 1, 24; Dig., 50, 9 e 51, 64; Dig., 32, 69 e 47, 4, 8; Dig., 2, 14, 7, 12 e 44, 7, 5, 2 e Dig., 45, 1, 137, 1. Vid. também Cód., VIII, 48 (49), 2; Cód., V, 16, 14 e Inst., III, 19, 25. As matérias a respeito das quais se dava a preferência à vontade real, eram: o divórcio, a emancipação, a manumissão; a instituïção de herdeiro; a adição da herança; a doação e a *stipulatio*.

Casos em que, pelo contrário, se dava a preferência à vontade declarada são os dos textos: Dig., 45, 1, 99; Dig. 14, 3, 11, 3; Dig., 2, 15, 12 e 45, 1, 99.

A êste respeito também não havia um critério uniforme, uma teoria única. Supria-os o senso jurídico e o fino tacto da jurisprudência romana.

Tudo o que se pode dizer àcêrca desta matéria com um certo sabor de doutrina geral, não formulada *ex professo*, mas que parece destacar-se do exame dos casos e dos textos, é apenas que seriam considerados porventura negócios jurídicos da primeira categoria todos os negócios puramente gratuítos, assim como os relativos aos direitos de família e às sucessões, e pertenceriam à segunda todos os negócios onerosos, as obrigações e operações de natureza comercial.

Quanto aos primeiros, atendia-se, portanto, de preferência à vontade real do declarante, em caso de divergência entre esta e a sua declaração; quanto aos segundos, abstraía-se da vontade real e subordinavam-se todos os efeitos do acto à vontade declarada.

Causas de divergência voluntárias

A divergência entre a vontade real e a declarada tanto pode ser devida, como vimos, a causas em que intervêm a vontade da pessoa do declarante, como a causas a que essa vontade é estranha.

Preciso é, pois, uma vez conhecida a doutrina geral, conhecer também os efeitos de tais actos ou negócios nas diferentes hipóteses que podem dar-se como causa voluntária dessa divergência.

As hipóteses ou casos típicos dessa divergência, figuradas e tratadas na doutrina, são as da reserva mental, da *causa ludendi* e a da simulação.

Reserva mental

Diz-se que há *reserva mental*, quando uma pessoa declara querer uma determinada coisa, praticar um certo acto jurídico, para com essa declaração obter determinados efeitos, mas sem que na sua mente exista a tenção séria de o praticar.

Assim, se eu prometo doar ou vender um certo prédio a uma pessoa para com essa promessa obter dela apenas um certo comportamento ou atitude, a minha declaração será feita com reserva mental; neste caso à minha vontade declarada não corresponde uma vontade real e séria. E neste caso, ¿a declaração vinculará o declarante?

Para os partidários da teoria da vontade real, ela nunca o vinculará, uma vez que êle consiga provar o facto da reserva mental. Para os da teoria da declaração, a declaração vinculá-lo há, porque esta faz sempre as vezes da vontade real, nem há que averiguar outra coisa.

Porém, de harmonia com a doutrina geral exposta no anterior parágrafo, a verdade é que a declaração obrigará ou não o seu autor, conforme a natureza do acto ou negócio jurídico prometido, conforme o conhecimento que a pessoa, a quem a promessa é feita, tinha ou não tinha da falta de seriedade com que foi feita, e conforme ainda da promessa resultou ou não um dano para o destinatário da declaração.

E assim, se se tratar de uma doação, acto puramente gratuito, a reserva mental fará anular a declaração (1); se se tratar de uma compra e venda, acto

(1) A reserva mental fazia anular as doações e as disposições de última vontade. Dig., 29, 2, 6, 7 e Dig., 18, 1, 43, 2. Quanto às doações há, porém, quem sustente que, efectuadas elas, não podia ter lugar repetição do que tivesse sido dado; Dig., 12, 6, 50.

oneroso, a declaração manterá obrigado o declarante, salvo se a outra parte conhecia a reserva mental (1); e, em qualquer caso, o declarante ficará sempre obrigado a indemnizar por perdas e danos, quando da sua declaração tomada a sério tenha resultado prejuízo para a outra parte.

Causa ludend Uma outra hipótese, muito similhante a esta, é a das simples declarações feitas por mero *espírito de brincadeira*, a que na doutrina romanística se costuma chamar *causa ludendi*. Neste caso também o predomínio da vontade real ou da declarada dependerá sempre da natureza do acto ou negócio e do conhecimento da pessoa, a quem a declaração é dirigida, àcêrca da seriedade ou *animus ludendi* do declarante (2).

Simulação Finalmente, dá-se a *simulação* quando o acto ou negócio, que se declara querer celebrar, de facto se não celebra, sem que se celebre mesmo qualquer outro (caso em que a simulação se diz absoluta); ou quando se celebra aparentemente um certo acto ou negócio por detrás do qual existe escondido um outro, que na realidade se quere celebrar mas que se não declara (caso de simulação relativa).

Se eu finjo vender um prédio a uma certa pessoa que finge comprá-lo, mas sem que realmente entre mim e ela exista o propósito de realizar qualquer

(1) Dig., 15, 7, 1, 1; Dig., 16, 1, 30; Dig., 27, 10, 10, 1 e Dig., 39, 5, 15, 1.

(2) Dig., 44, 7, 5, § 2.º e Dig., 29, 1, 24.

negócio jurídico e faço isto só para obter certos efeitos indirectos (como pode ser o desejo de desorientar a opinião dos outros), neste caso o acto ou negócio jurídico diz-se absolutamente simulado. De facto, não haverá aqui nenhum negócio jurídico, mas apenas uma aparência de negócio. Se eu, porém, finjo vender o prédio, tendo concertado com o pseudo-comprador mas é uma doação, a fim de iludir uma disposição da lei que neste caso, por ex., me proïbe doar, neste caso diz-se que a simulação do acto é puramente relativa; neste caso existe realmente sob o acto ou negócio simulado ou fingido um outro negócio ou acto que se diz dissimulado ou escondido. Geralmente, a simulação tem lugar ou por qualquer motivo lícito ou, mais freqüentemente, com o fim de enganar terceiros ou o de iludir determinadas disposições da lei.

Sendo a simulação, porém, um outro caso típico em que a vontade real das pessoas deixa de corresponder à sua vontade declarada, e isto por uma causa voluntária — ¿a qual das duas vontades se deve, pois, também aqui, atender de preferência para regular os efeitos do negócio? A resposta a dar a esta pregunta dependerá de várias distinções prévias.

Em primeiro lugar, se se tracta de um negócio absolutamente simulado em que ambas as partes estão perfeitamente conscientes de que nada querem daquilo que fingem querer e fazer, é evidente que tal negócio será absolutamente inexistente entre elas (1). Pode, porém, acontecer que a simulação do negócio tenha estendido a terceiros as suas consequências e que

(1) Dig., 18, 1, 56 e *cód. tit.*, pr. 55; Dig., 18, 2, 4, §§ 5.º e 6.º; Dig., 44, 7, 54; Dig., 23, 2, 35 e Cód., II, 4, 21.

terceiros haja que, ignorando a simulação, tenham de boa fé adquirido direitos à sua sombra e sofrido prejuízos; e neste caso não poderão as partes invocar a nulidade do negócio perante esses terceiros; é isto uma justa conseqüência da culpa (1).

Em segundo lugar, se se trata de um negócio relativamente simulado, mas sob o qual se enconde e dissimula um outro que se quere celebrar, neste caso é ainda evidente que o negócio simulado será necessàriamente nulo, pois nenhuma vontade séria lhe corresponde; falta-lhe o elemento vontade. Mas pode acontecer também aqui que o negócio que sob êsse se esconde reüna todas as condições indispensáveis de validade e não seja proïbido pela lei, e então será êsse negócio, expressão de uma vontade real das partes, que subsistirá e produzirá todos os seus efeitos, como se fôsse êsse o que elas realmente tivessem declarado *(plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur)* (2).

Em resumo: o que se vê, pois, a respeito da matéria de divergências entre a vontade real e a declarada por causas voluntárias é que o direito romano atendia, ora de preferência a uma, ora a outra, para regular os efeitos dos negócios jurídicos, mas sem nunca perder de vista o respeito pelos direitos de terceiros, pela boa fé das partes na realização do comércio jurídico e pelas exigências do princípio do não locupletamente à custa alheia. As conveniências do interêsse social temperavam assim o rigor lógico da doutrina de que, sem uma vontade real, não pode haver um negócio jurídico válido.

(1) Cód., IV, 38, 3 e 9; Cód. IV, 50, 4, 5 e 6; Dig., 24, 1, 5, 5, e 7, § 6.º; e Dig., 18, 1, 38.

(2) Gaio, 60, II.

Vejâmos agora como eram regulados os casos em que a divergência das duas vontades era devida, não a causas voluntárias, mas a causas externas, como sucedia no êrro, no dolo e na coacção.

Causas de divergência involuntárias

Entre as causas divergência entre a vontade real e a declarada, a que é estranha a vontade da pessoa, os casos típicos são, como se disse já, os casos de êrro, dolo e coacção. No primeiro caso, a vontade declarada deixa de corresponder à vontade verdadeira da pessoa, porque esta se enganou *(error, ignorantia)*; no segundo, porque ela foi ludibriada *(dolus malus)*; e, finalmente, no terceiro, porque a sua vontade foi constrangida por uma violência física ou moral *(vis, metus)*.

Destes três vícios da vontade o êrro é, porém, o mais importante, já pela sua freqüência, já pela complexidade da sua respectiva teoria.

1) — *Êrro* (1). Diz-se êrro, em geral, toda a idea falsa ou falsa representação que se faz de uma coisa em virtude do seu inexacto ou incompleto conhecimento; a não correspondência entre o nosso conceito dessa coisa e a realidade. E como toda a volição é determinada por representações intelectuais, compreende-se fàcilmente como o êrro, elemento inte-

(1) Com relação a esta matéria, tem-se em vista apenas o êrro de facto *(error facti)* e não o êrro de direito *(error juris)*. O primeiro apenas pode ser causa de anulação do acto, quando seja *excusabilis*. Quanto ao segundo, êle é geralmente considerado *inexcusabilis*, pois se não admite que o cidadão ignore a lei. Vid. Dig., 22, 6, 2 e pág. 9.

lectual, possa ser causa de graves perturbações na vontade (elemento activo). Donde ainda: como a vontade é elemento essencial do negócio jurídico, a lógica necessidade de admitir que o êrro possa invalidar também em certos casos a eficácia dêste último.

A pessoa pode, com efeito, errar, isto é, enganar-se ao praticar um negócio jurídico, podendo o seu êrro insinuar-se, já nos motivos que psicològicamente a determinaram ao acto, já no processo de formação da vontade, já na manifestação da sua mesma vontade no momento em que a declara. Estas três possibilidades de êrro correspondem assim a três fases que atravessa o processo de formação da vontade e que a análise psicológica distingue, ou sejam, a fase da deliberação do acto, a fase da decisão ou resolução e a fase da sua exteriorização que marca o início da sua fase executória.

Se a pessoa se engana na primeira fase, diz-se que o seu êrro recai sôbre os *motivos;* se na segunda, que êle recai sôbre a própria *vontade* no momento da sua formação; se na terceira, diz-se então que o êrro é um simples êrro na *declaração*, correspondendo àquilo a que chamamos vulgarmente um lapso ou um equívoco.

Exemplos: — se uma pessoa, supondo que um caminho de ferro vai ser construído por forma a passar num certo local, compra aí uma casa, será evidente o motivo que a terá determinado à prática dêsse negócio jurídico: a suposta passagem do caminho de ferro no local em questão. Ora se essa pessoa, porém, se engana, porque o verdadeiro traçado da linha férrea dela desconhecido não passava por aí, evidente é também que o seu êrro é neste caso um êrro nos motivos do negócio.

Se a mesma pessoa, não se tendo iludido no que respeita ao motivo, faz a compra da casa, mas inadvertidamente supõe comprar o prédio A, quando o vendedor supõe tratar-se do prédio B, neste caso o seu êrro será um êrro que se insinuou na própria decisão ou resolução do acto, um êrro *in corpore*.

Se, finalmente, tudo correu bem e sem êrro quanto à compra até êsse momento, mas afinal o comprador no momento da declaração troca por lapso a indicação do prédio e, em vez de dizer que compra o prédio A, que êle aliás deseja, diz que compra o prédio C, então o êrro dirá apenas respeito à declaração e será um mero equívoco de palavras. Ora o regime jurídico do êrro, como elemento viciador da vontade na formação dos negócios jurídicos, é diferente, consoante êle recai sôbre os motivos, sôbre a resolução ou sôbre a declaração.

a) — *Êrro nos motivos.* O êrro sôbre os motivos é, em geral, juridicamente irrelevante e assim era já no direito romano [1]. O negócio jurídico não pode, portanto, ser anulado por ter havido um êrro desta espécie; e assim, no exemplo referido, a casa terá sido vàlidamente comprada, quer o motivo que a determinou no espírito do comprador se tenha ou não realizado. Esta regulamentação das coisas, de resto, compreende-se. Se fôsse lícito anular os negócios jurídicos sob pretexto de êrro nos motivos que determinaram as pessoas a celebrá-los, não haveria um só negócio que sob tal invocação ficasse de pé. Contudo, admitiam-se como excepção a esta regra alguns casos em que o êrro nos motivos poderia

(1) Dig., 12, 6, 52; Dig., 35, 1, 17, 2 e Inst., II, 20, 31.

anular o negócio, quando se tratasse de matéria de instituïção de herdeiro ou de legados (1).

b) — *Êrro na formação da vontade.* Mais importante é, porém, o êrro que se dá na própria formação da vontade. Se a vontade se forma viciadamente, embora sem êrro nos seus motivos determinantes, como se eu digo que quero uma certa coisa e afinal se trata mas é de uma coisa diferente com a qual a confundo, ou se declaro que tenho em vista um negócio com certa pessoa determinada e afinal trato mas é com outra, confundindo-as também, etc., nestes casos o êrro onde reside é no momento da própria decisão e então êste êrro é sempre um *êrro essencial*, no sentido de que, se não fôra êle, a pessoa de certo não quereria o acto ou quereria um acto diferente.

Neste caso, a própria volição é determinada imediatamente por uma falsa representação intelectual que se identifica com o acto voluntário. Não — note-se bem — que a vontade deixe de existir ainda neste caso, mas a vontade que existe é uma vontade viciada e mal formada. Ela não se formaria, se não fôsse o êrro em que labora a representação. E neste caso também o êrro pode então fazer anular o negócio jurídico, ferindo-o, senão com uma nulidade absoluta, ao menos com uma nulidade relativa ou anulabilidade reconhecida em benefício da vítima dêle.

Esta espécie de êrro reveste, porém, várias modalidades, conforme os diferentes elementos constitutivos do acto a que êle se refere. Distinguem-se assim: *a)* — um êrro acêrca da natureza do negócio, *error in negotio (error circa indolem et naturam)*;

(1) Dig., 28, 5, 93 e Cód. VI, 24, 4.

b) — um êrro àcêrca da pessoa, *error in persona*; e *c)* — um êrro àcêrca do objecto do negócio, *error in corpore (error in substantia, error in qualitate)*.

a) Error in negotio. No primeiro caso, confundem-se ou trocam-se, como é freqüente nos contratos, dois tipos diferentes de negócios jurídicos; é o que acontece quando uma das partes, por exemplo, julga vender uma coisa e a outra julga recebê-la em doação. Claro é que em tal caso não haverá nem venda nem doação, e que o êrro aqui, excluindo o mútuo consenso na formação do negócio, obsta mas é à sua constituïção (1).

b) Error in persona. No segundo caso, o êrro refere-se à identidade ou às qualidades físicas ou morais da pessoa com a qual ou em benefício da qual se celebra o acto, como se alguém institui herdeira uma pessoa, supondo tratar-se de outra, ou lhe faz uma doação ou um empréstimo. Esta espécie de êrro não tem, porém, importância a respeito de muitos negócios jurídicos, como são em geral os negócios onerosos em que a intenção de quem os pratica se dirige não a pessoas determinadas *(intuitu personae)* mas a quaisquer pessoas, não sendo então um êrro essencial (2).

c) Error in substantia. No terceiro caso, o êrro refere-se à identidade do objecto, à sua substância ou qualidade. Quando o êrro se refere

(1) Dig., 12, 1, 18, 1 e Dig., 41, 1, 36.

(2) Dig., 12, 1, 32. Nos casos de matrimónio ou de adopção, por ex., o êrro sôbre as qualidades da pessoa, que geralmente é irrelevante e nao essencial, pode tornar-se essencial.

à identidade, é evidente que exclui também o *consensus* das partes, se se trata de um negócio bilateral ou de uma convenção, e obstará à constituïção do negócio. É o que tem lugar, se porventura uma pessoa vende um prédio e a outra parte julga comprar um outro diferente (1). Quando, porém, o êrro diz respeito à substância de que é feito o objecto ou às suas qualidades intrínsecas, então nem sempre êle tem necessàriamente a mesma importância e pode muito bem conceber-se que êle não seja até um êrro essencial.

O conceito de *error in substantia* desenvolveu-se tarde na jurisprudência romana e o próprio conceito de substância não se definiu nunca aí de um modo claro, devido às divergências entre as escolas filosóficas. Das aplicações que a jurisprudência fez da doutrina a êste respeito resulta antes que a substância não era tanto a essência material das coisas, como a sua essência social e a sua função económica, isto é, o conjunto daquelas qualidades que levam a atribuir-lhe um valor nas relações entre os homens.

Assim, um escravo era considerado diferente substancialmente de uma escrava e, por outro lado, objectos de madeiras diferentes, mas tendo a mesma função económico-social, eram considerados da mesma substância.

De modo que o *error in substantia* só é êrro essencial, podendo invalidar o negócio jurídico, quando

(1) Dig., 18, 1, 9, pr. e § 1: *si igitur ergo me fundum emere putare Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est.*

recái, não sôbre a essência material da coisa, mas sôbre a sua essência económico-social (1).

Por outro lado, não essencial é sempre o êrro sôbre as qualidades do objecto, mas qualidades que não alteram essa sua essência e função económico-social.

c) — *Êrro na declaração.* Finalmente, como acima ficou dito, há ainda a considerar o êrro na declaração. Neste caso, a vontade convenientemente formada, ao abrigo de qualquer êrro, traduz-se, manifesta-se por fim ou declara-se erradamente. A pessoa quere uma coisa e diz outra por engano.

Geralmente, não intervem neste caso uma representação intelectual defeituosa ou um êrro pròpriamente dito, mas o que se dá é sobretudo uma divergência entre a vontade real e a declarada, devido a um equívoco fortúito ou *lapsus linguae*.

Ora esta espécie de êrro, que não é pròpriamente êrro mas simples divergência entre vontade e declaração, muito menos pode ser classificado como êrro essencial ou não essencial, no ponto de vista dos seus efeitos sôbre a validade do acto. Para regular êstes, ao que há a atender é, pois, em primeiro lugar, à doutrina atrás exposta relativamente aos casos de divergência entre a vontade real e a declarada, embora neste caso a causa dessa divergência seja involuntária, ao contrário do que se dá na reserva mental e na simulação; e assim também, ao passo que nestas últimas pode haver culpa e o acto produzir efeitos com relação a terceiros, no caso de êrro na declaração já assim não sucede.

(1) Dig., 18, 1, 9, § 2; Dig., 18, 1, frag. 10, 11 § 1; 14 e 41 § 1; e ainda Dig., 19, 1, 21, 2. Vide para os casos de *error in sexu* e *error in virginitate*, Dig., 18, 1, 11, 1 e 19, 1, 11, 5.

Por outro lado, deve ainda atender-se a que, se neste caso o êrro é devido a um lapso ou equívoco fàcilmente reconhecível, então será sempre à vontade real e nunca à declaração que se deverá atender, fazendo-se nesta a correcção necessária (1).

Do que fica exposto resulta pois que é, sem dúvida, a segunda espécie de êrro, ou o êrro na vontade, que constitui nesta matéria a espécie típica de vício, causa involuntária de divergência entre a vontade e a declaração, que há a considerar na teoria do negócio jurídico.

E rigorosamente ainda, êste êrro não consiste até numa verdadeira divergência entre a vontade real e a declaração — é preciso dizê-lo — mas numa divergência entre a vontade real de facto e a vontade real que existiria, se não fôsse a falsa representação ou o êrro sob cuja influência ela se formou realmente.

Ainda sob outros aspectos decisivos, no ponto de vista jurídico, há a considerar o êrro. Assim é que, no ponto de vista dos seus efeitos, quanto à validade do acto ou negócio viciado por êle, deve distinguir-se também (além do êrro essencial e não essencial ou acidental, a que já se fez referência) (2) entre êrro, simples vício da vontade, e êrro exclusivo da vontade ou do consentimento. Quando o êrro é simplesmente um vício da vontade, os seus efeitos são, como se disse já, os de determinarem uma nulidade meramente relativa ou anulabilidade do acto. Neste caso pode a vítima do êrro pedir a anulação

(1) Dig., 57, 11, 8, § 2 e Cód., VI, 23, 4.

(2) Considera-se essencial o êrro que é causa determinante do negócio e que, a não se ter dado, permite crer que o negócio se não efectuaria.

do acto, se quiser, como pode renunciar a essa anulação, deixando-o convalescer e revalidar-se.

Quando, porém, o êrro é de tal ordem que por êle se torna impossível, nos actos ou negócios jurídicos bilaterais, a formação do *consensus*, entre as partes, *consensus* êsse que em tais negócios representa no seu conjunto o elemento vontade, então o êrro determina efeitos mais enérgicos; sendo neste caso um *obstáculo* à formação da vontade, pode então dizer-se que o acto é inexistente ou absolutamente nulo; e é êste o chamado, na doutrina moderna, o êrro exclusivo da vontade ou *êrro-obstáculo*. É êste o efeito do êrro em alguns dos exemplos acima referidos, como no caso do *error in negotio*, quando, isto é, as partes, celebrando um negócio jurídico, divergem, supondo uma delas que êsse negócio é um e a outra que êle é outro.

Por último, o êrro pode ser também *desculpável (excusabilis)* ou *não desculpável*, *de facto* ou *de direito (error facti, error juris)*. Ora o êrro, mesmo quando essencial, só é causa de anulabilidade do acto, quando êle é desculpável, isto é, quando aquele que erra erra sem culpa e nas mesmas condições em que outra qualquer pessoa, dotada de uma capacidade e diligências normais, erraria também. Só neste caso, com efeito, é que a vítima do êrro merece da ordem jurídica a protecção que consiste em lhe permitir que peça a anulação do acto (1).

O êrro pode ser de facto ou de direito, conforme recái ou sôbre circunstâncias de facto ou sôbre princípios e disposições de direito. Tudo que ficou dito até aqui àcêrca do êrro essencial e suas diferentes

(1) Dig., 18, 1, 15, 1; Dig., 45, 24, 4 e Dig., 22, 6, 6.

espécies é relativo ao êrro de facto. Quanto ao êrro de direito, baste notar que esta última espécie de êrro não é, em regra, causa de anulação dos negócios jurídicos, sendo sempre considerado tal êrro como um êrro indesculpável; *nemini licet ignorare ius* — a ninguém é lícito querer subtraír-se às consequências jurídicas dos seus actos, sob pretexto de ignorar as disposições do direito.

II) — *Dolo*. Outra figura característica de vício da vontade, determinando idênticas consequências como o êrro, é o dolo *(dolus malus)*.

Diz-se que é vítima de um dolo aquele que num negócio jurídico declara a sua vontade de querer uma certa coisa, num sentido e em condições em que aliás a não declararia, se não fôsse o lôgro e a maquinação com que outra pessoa lhe viciou a sua representação das coisas. O dolo é assim um engano, um ludíbrio provocado pela má fé de outrém (1).

Na essência, o dolo é ainda uma espécie de êrro, mas é um êrro provocado no espírito do agente por uma outra pessoa e que, embora como êrro possa ser acidental e não conduzir à anulação do acto, contudo como dolo pode conduzir a essa anulação (2).

Note-se porém que, para que o dolo possa ser causa de pedir a anulação do acto, é necessário que se trate de um embuste até certo ponto qualificado, em razão do qual sòmente a parte tenha sido determinada à sua celebração *(dolus causam dans)* e que êle se não limite, por outro lado, às pequenas fraudes triviais e não graves que acompanham geralmente o uso e prática das relações comerciais. Além disso, é também necessário que o embuste tenha partido da outra parte com quem se celebra o negócio. No caso de dolo não causa exclusiva e determinante do acto *(dolus incidens)* ou de dolo não maquinado pròpriamente pela outra parte, mas por um terceiro, não tem lugar a anulação daquele, mas sòmente uma indemnização por perdas e danos posta a cargo do autor do embuste (1).

Sabido o que é o dolo e quais são os seus efeitos normais no direito romano clássico, resta ainda notar que esta doutrina não foi sempre històricamente a doutrina do direito romano. O antigo direito, e isto até aos fins da República, pode dizer-se que não reconhecia ainda o dolo como um vício da vontade levando à anulação do acto. No período formalista do direito, a pessoa devia imputar a si mesma e à sua inabilidade o facto de se deixar caír em lôgro, vítima da fráude alheia. *Uti lingua nuncupassit ita ius esto*, era a consequência lógica do formalismo jurídico; e, assim como no êrro, a vontade, uma vez declarada nas formas solenes prescritas pela lei, era a única lei entre as partes. Foi, porém, o pretor quem, fundado na *aequitas*, modificou êste estado de coisas criando a doutrina do dolo, que depois a jurisprudência clássica e post-clássica desenvolveram.

A *actio doli*, criada pelo pretor, serviu para a vítima do dolo poder pedir à outra parte uma indem-

(1) Dig., 19, 1, 13, 4.

(2) Dig., 4, 3, 1, 2; *dolum malum esse omnem vallidatem fallaciam machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*. Cfr. Dig., 2, 14, 7, 9 e Dig., 18, 1, 43, 2.

(1) Dig., 19, 1, 13, 4.

nização pelos danos sofridos (1). Mas esta acção só podia ser intentada contra a outra parte, dentro de certo tempo (2), e não contra terceiros que do negócio tivessem tirado quaisquer vantagens (3), e era, além disso, uma acção infamante (4).

Ao lado desta acção foi também criada a respectiva *exceptio (exceptio doli)* servindo à vítima do dolo para se defender da acção com que a outra parte lhe pedisse o cumprimento das obrigações dolosamente contraídas (5). E, por último, deve mencionar-se ainda uma *restitutio in integrum*, concedida também pelo pretor à parte enganada, para com ela obter a declaração da inexistência do negócio (6).

Em resumo: foi só depois de criados êstes meios, acções e excepções, para obter a anulação dos efeitos do negócio viciado pelo dolo que emfim

(1) Dig., 4, 3, 1, § 1. A *actio doli* era uma acção *ex delicto* e subsidiária. *Subsidiária* no sentido de que o pretor só a concederia no caso de não haver nenhuma outra acção ou meio para evitar as conseqüências do dolo (*si de his rebus alia actio non erit*). E era uma acção *arbitrária*, no sentido de que o juiz tinha a faculdade de convidar o réu a satisfazer o autor de uma certa maneira, cumprindo a sua obrigação de indemnizar, antes de o condenar, dando então à vítima a faculdade de fixar ela mediante juramento decisório a importância do seu prejuízo. Dig., 4, 3, 1, 4.

(2) Segundo o edito do pretor, era de um ano (*intra annum*), a contar do momento do dolo, o prazo dentro do qual a acção podia ser pedida. Depois de Constantino, o prazo foi de dois anos; e além destes prazos, a vítima só podia pedir ao autor do dolo o quanto do seu locupletamento. Vid. Cod. II, 20 (21), 8.

(3) É o que se vê da diferença da redacção das fórmulas entre a *exceptio doli* e a *exceptio metus*. Vid. Dig., 44, 4, 4, 33.

(4) Dig., 3, 2, 1, pr. e Dig., 4, 3, 1, 4.

(5) Dig., 44, 4, 2 §§ 1 e 2 e pág 4, §§ 27 e 31.

(6) Dig., 4, 1, 7, § 1 e Dig., 42, 1, 33.

se constituiu a teoria da sua respectiva anulabilidade. O negócio em que a vontade se encontra viciada pelo dolo não é evidentemente, no direito romano, um negócio absolutamente nulo, mas, como no caso de êrro, apenas um negócio relativamente nulo ou anulável.

III) — *Violência.* A coacção ou violência (*vis absoluta, metus*) é outra circunstância que pode, ou excluir a vontade, ou viciá-la na prática dos negócios jurídicos.

Se uma pessoa determina outra pela fôrça a declarar a sua vontade num negócio jurídico, como se, por exemplo, lhe pega na mão e a obriga a assinar o seu nome num documento escrito, num testamento, numa escritura, em tal caso será evidente que a vontade do declarante não existe; o negócio, conservando a aparência exterior de um certo tipo de negócio jurídico, será absolutamente nulo, inexistente. É ao que os comentadores chamavam uma *vis absoluta* ou uma *vis corpori illata*, referindo-se à causa determinante da declaração da vontade.

Mas a violência pode não ser física mas moral. Uma pessoa pode, sem recorrer à fôrça física, violentar também o espírito de outra, intimidando-a ou levando-a por meio de ameaças e sugestões à prática de um certo negócio jurídico. E neste caso dir-se há que a sua violência é moral (1). Neste caso a vontade do autor do acto não deixa de existir e êle de querer realmente o acto (*coactus, sed tamen voluit*), mas essa sua vontade diz-se então viciada no sentido

(1) Dig., 4, 2, 1, pr. e 4, 3, 9, § 8: *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.*

de que, se não fôsse a violência, êle não o praticaria (1). É ao que se chama no direito romano o *metus* ou o *timor*, a que os comentadores mais tarde chamaram também uma *vis animo illata* ou *compulsiva*. O acto será então, não absolutamente nulo *ipso iure*, como no primeiro caso, mas simplesmente anulável, como no dolo, ou nulo só relativamente.

A violência moral, para que possa conduzir a êste efeito, deve porém ser uma violência ou *vis iniusta*, isto é, praticada pelo seu autor sem qualquer fundamento jurídico (2); deve consistir na ameaça de um mal de certa gravidade (*maioris malitatis*) a infligir na vida, liberdade ou integridade da pessoa ou de certos parentes dela (3); deve ser feita por pessoa e em condições capazes de poderem impressionar uma pessoa normal (*metus non vani hominis*) (4) e, finalmente, dirigida directamente a determinar à prática do acto (*metus consulto illatus*).

Com relação à configuração dêste tipo de vício da vontade no direito romano, deve também aqui ser notado que êle não existiu historicamente desde o mais antigo direito. As considerações feitas a propósito do dolo e relativas ao formalismo jurídico têm aqui também aplicação. Tudo parece indicar que, também a respeito dêste vício da vontade, foi só

(1) Dig., 4, 2, 21, § 5. Como no dolo, também aqui a coacção ou violência moral não era inicialmente causa de nulidade do acto ou negócio. Foi também o pretor quem, aqui como no caso de dolo, primeiro introduziu no seu *edictum* a doutrina da anulabilidade dos actos jurídicos viciados por esta circunstância.

(2) Dig., 4, 2, 5, 1.

(3) Dig., 4, 2, 9.

(4) Dig., 4, 2, 5 e pr. 6 e 7.

pelos fins da República que fôram criados os meios e as acções pretórias destinadas a reconhecer-lhe os efeitos e a proteger contra êstes as pessoas. Êsses meios, paralelos aos da vítima do dolo, foram a *actio quod metus causa*, a correspondente *exceptio* e a *in integrum restitutio* do pretor.

O primeiro foi uma acção *ex delicto* com a qual a pessoa violentada podia pedir uma indemnização por perdas e danos à outra parte, autora da violência, ou a terceiros; era a ofensiva da vítima para destruir o acto. Note-se, porém, que, ao contrário da *actio de dolo*, a *actio quod metus causa* podia ser intentada, não só pròpriamente contra o autor da violência moral, mas contra quaisquer terceiros que tivessem auferido vantagens do negócio, sendo assim uma acção *in rem scripta* e de uma aplicação muito mais geral do que a correspondente *actio de dolo* (1).

O segundo, ou a *exceptio quod metus causa*, foi o meio oferecido à vítima do *metus* para ela se furtar às conseqüências da acção com que lhe fôsse pedido o cumprimento das obrigações assumidas no acto; era a defesa da pessoa violentada contra os efeitos normais do acto (2).

(1) A *actio quod metus causa* era, como a correspondente *actio doli*, uma acção *ex delicto* e *arbitrária*. Com ela o juiz aconselhava ao réu, autor da violência, que restituísse ao autor, vítima dela tudo quanto lhe era devido; caso o réu não se conformasse, seria então condenado no quádruplo do valor do prejuízo. E esta acção dirigia-se, como se diz no texto, não só contra o autor da violência mas ainda contra quaisquer terceiros que da mesma tivessem auferido quaisquer vantagens. É neste sentido que se diz que ela é *in rem scripta*. (Dig., 44, 4, 4, 3 e Dig., 4, 2, 9, 8).

(2) Dig., 4, 5, 9, 3 e frag. 14; Dig., 44, 4, 4, 33; Dig., 4, 3, 21, 4 e 50, 17, 116.

Finalmente, a *restitutio in integrum* era o meio pretório com o qual o acto era considerado como não se tendo realizado e a pessoa era colocada na situação que antecedera a sua realização (1). E foi tomando como base estas acções que, na jurisprudência clássica e na posterior, se desenvolveu também a teoria da nulidade relativa ou anulabilidade dos negócios jurídicos viciados pelo *metus*.

§ 5.º — Validade dos negócios jurídicos

Noções gerais O negócio jurídico, sendo uma manifestação da vontade feita de harmonia com a lei e dirigida a produzir certos efeitos de direito, pode em alguns casos não conseguir o fim que nele se deseja e que com êle se tem em vista.

O negócio jurídico permite normalmente à pessoa obter todos os efeitos que por lei lhe andam ligados. Nem é para outro fim que a lei os criou e definiu como negócios típicos, oferecidos de antemão à actividade jurídica dos particulares, a quem pertence, em certas condições, a sua escolha a fazer e a sua efectivação. E é desta colaboração até, como já se disse, entre a lei e a vontade do particular ou sujeito

(1) Com a *in integrum restitutio* o pretor dava o negócio como não se tendo efectuado e, como consequência disso, considerava a vítima da violência como achando-se no *statu quo ante* com relação ao negócio. Se êste tinha determinado uma transferência de propriedade, o violentado podia pedir a reivindicação. Veja Dig., 4, 3, fr. 6 e frag. 9, §§ 4-8 e frag. 21, §§ 5-6; Dig., 29, 2, 85; Dig., 27, 6, 6; Cod., II, 20, 2 e Cod., IV, 44, 1.

de direito, que resultam em última análise todos êsses efeitos.

Mas, assim como a sua criação e definição em abstracto, feitas pela lei, não são de modo algum uma criação e definição arbitrárias e feitas ao capricho do legislador, assim também as condições em que a vontade da pessoa se há de encontrar para poder obter êsses efeitos e efectivar êsses negócios não são quaisquer condições. Tudo isto não são mais do que considerações que se acham já contidas em tudo quanto até aqui ficou exposto, a propósito da teoria geral do negócio jurídico, e que neste momento não fazemos mais do que precisar e sintetizar em poucas palavras. Isto é, presupondo o negócio jurídico necessàriamente um conteúdo ou parte objectiva e um conteúdo ou parte subjectiva rigorosamente precisados e definidos, é só sob a estrita condição de todos êsses elementos e a sua reünião se verificarem que os seus efeitos se poderão produzir. Neste caso dir-se há, de um modo geral, que o negócio é válido; caso contrário, dir-se há também de um modo geral que o negócio não é válido ou que êle é nulo. A validade ou não validade de um negócio jurídico não é, pois, mais do que a aptidão dêsse negócio a produzir ou não todos os seus efeitos normais.

Assim, se se trata de uma compra e venda em que as partes omitiram a fixação do preço, o negócio não é válido, porque lhe falta um elemento objectivo essencial para que êle possa existir e produzir os seus efeitos. Se se trata de um testamento, mas feito sem as formalidades que a lei prescreve, o negócio não será válido por falta de um elemento legal indispensável, a forma. Se se trata de uma doação mas feita sem liberdade pelo doador, sujeito a ameaças e pressões por parte do donatário, o negócio não

será válido por inexistência ou por vício da vontade, elemento subjectivo primacial. Se se trata, emfim, de um mútuo mas feito pelo mutuante *intuitu personae* e êste se engana na pessoa a quem empresta o dinheiro, o negócio não será válido por êrro essencial, vício da vontade do autor do acto, etc. etc.

Vê-se, pois, assim que várias são as razões que podem determinar a ineficácia ou, pelo menos, uma diminuïção na eficácia dos negócios jurídicos. E como a essa ineficácia nem sempre correspondem os mesmos resultados e conseqüências jurídicas, havendo assim lugar a distinguir vários gráus e tipos de ineficácia, dêstes haverá, pois, que tratar em separado. Ora são três os tipos de ineficácia que a doutrina romanística distingue a propósito dos negócios jurídicos: a *nulidade absoluta*, a *anulabilidade* e a *nulidade relativa*.

Nulidade absoluta Diz-se nulo ou *absolutamente nulo* um negócio jurídico, quando se não pode produzir nenhum dos efeitos que com êle se tinham em vista. Neste caso a espécie de nulidade que o fere equivale a considerá lo verdadeiramente *inexistente*. Esta inexistência refere-se, contudo, só — note-se bem — aos efeitos normais que do negócio deviam por lei resultar e não a quaisquer conseqüências jurídicas que em todo o caso poderão dêle advir para quem o praticou. Assim, se, por ex., uma pessoa comprar um terreno que esteja *extra patrimonium* sem ela o saber, por ser uma *res religiosa* ou uma *res publica*, em tal caso, posto a compra não tenha eficácia, contudo pode pertencer lhe uma acção *ex empto* contra o vendedor para obter uma indemnização na medida do *quod interest ejus* e ela não ficar assim defraudada (1). Aqui o negócio jurídico, embora inexistente, não deixa contudo de produzir conseqüências jurídicas.

Esta nulidade absoluta, de resto, tanto se produz no caso de as partes conhecerem de antemão a ineficácia do negócio que celebram, como no caso de o ignorarem; e o mesmo se diga a respeito de terceiros (2). E estes negócios jurídicos não ficam também sequer dependentes da sua anulação para deixarem de produzir os seus efeitos normais; não os produzem porque não existem; são nulos desde a sua origem e, quando muito, tudo o que haverá a fazer, no interesse das partes ou de terceiros, será pedir a constatação da sua nulidade (3).

¿Quando é, porém, que um negócio jurídico deverá ser considerado absolutamente nulo? Do que se disse já àcêrca da natureza e dos elementos do negócio jurídico pode afirmar-se que o negócio será sempre absolutamente nulo quando lhe faltar algum dos seus elementos reputados essenciais, sem os quais, isto é, êle não poderá existir segundo a lei. A falta, pois, do elemento vontade (como no caso da violência ou coacção absoluta); a falta em absoluto de capacidade de gôzo ou de exercício de direitos na pessoa do autor do acto (como no caso de um negócio celebrado por um *infans* ou por um louco); ou ainda a falta de um dos elementos objectivos essenciais do negócio jurídico, como podem ser a forma ou a possibilidade física, moral ou jurídica do

(1) Dig., 18, 1, 62, § 1. Cfr. *eod.* fr. 4.

(2) Dig., 24, 1, 5, § último; Dig., 27, 9, 5, 5 e Cód., v, 71, consts. 4, 10, 16.

(3) Dig., 42, 5, 30.

seu objecto, determinarão irremediàvelmente a sua nulidade absoluta (1).

Todavia ocorre notar que nem sempre é fácil determinar, apesar dêstes princípios gerais, se um acto não válido será, em face do direito romano, ou absolutamente nulo, ou só relativamente nulo, ou só anulável. Para os casos de interpretação duvidosa, aquilo a que deverá sempre atender-se para decidir da espécie de ineficácia que pode ferir um acto, será porém à natureza do interesse em respeito do qual a sua ineficácia foi cominada; e assim deverá antes tender-se, de harmónia com êste critério, para o julgar nulo absolutamente, se êsse interesse fôr de ordem pública, ou só relativamente nulo ou anulável, se êsse interesse fôr de ordem puramente privada (2).

Nulidade relativa Um acto ou negócio jurídico diz-se *relativamente nulo*, quando a sua nulidade é declarada pela lei só a respeito de certas e determinadas pessoas, sendo o acto aliás perfeitamente válido com relação a todas as outras. O conceito de nulidade relativa, que é um conceito ainda aliás muito debatido hoje, dá-nos assim a entender que actos ou negócios jurídicos há que, sendo nulos, como os anteriores, todavia são-no só a respeito de certas pessoas e não a respeito de outras. Mas êstes actos teriam isto de particular: que, a respeito das pessoas com relação às quais são declarados nulos, serão tão nulos como os primeiros, os inexistentes, (sem necessidade, portanto, de serem impugnados,

(1) Vid. Guilherme Moreira, *Instituições*, I, pág. 511.

(2) Pacchioni, *Corso*, II, pág. 278 e Guilherme Moreira, obra citada, vol. I, pág. 510.

isto é, como se não existissem para essas pessoas), ao passo que, por outro lado, (e diferentemente do que se passa com os absolutamente nulos) poderão convalescer e convalidar-se em certas condições.

Assim, se, por exemplo, um menor de vinte e um anos, contraír obrigações relativamente a coisas de arte ou profissão em que seja perito, tal negócio jurídico será, segundo o direito civil português, relativamente nulo. Os menores não podem obrigar-se vàlidamente sem a devida autorização de quem os representa, como já sucedia no direito romano. Todavia, em virtude de uma disposição especial para êste caso (1), não pode o menor valer-se desta nulidade para se recusar ao cumprimento daquilo a que se obrigou, assim como não pode mais tarde rescindir o contrato. Ora se é assim, o acto nestas condições será, portanto, nulo, no sentido de que a pessoa que contratou com o menor pode considerar êsse acto como inexistente, sem necessidade sequer de pedir a sua anulação e o impugnar; mas, por outro lado, já não sucede o mesmo com o menor com relação ao qual o acto será válido. E mais do que isso: o acto assim ferido de uma nulidade só relativa pode em todo o caso convalidar-se, ao contrário do que se passa com os negócios absolutamente nulos, visto que, se as partes cumprem aquilo a que se obrigaram, nenhuma delas poderá repetir o que houver pago.

Assim também era, no direito romano, simplesmente relativa a espécie de nulidade que feria as manumissões de escravos efectuadas contra as disposições da *lex Aelia Sentia*. Como é sabido, na

(1) Cód. civil, art. 299, n.º 1.

última fáse histórica do direito romano, subsistia dessas disposições apenas a proïbição das manumissões feitas com o intúito de defraudar os credores. E assim, se alguém manumitia um escravo nestas condições praticava um negócio jurídico nulo. Mas esta nulidade era estabelecida apenas no interesse dos credores do manumitente, sendo o acto válido diante de todos as mais pessoas. Ora, se os credores não usavam do seu direito de se satisfazerem sôbre êsse elemento do património do devedor, o acto da manumissão convalidava-se (1). E o mesmo se diga da nulidade que feria as doações entre casados. Como aqui a nulidade era estabelecida apenas no interesse particular do doador, se êste morria sem revogar a doação, então esta consolidava-se também *ipso jure*, sendo assim a nulidade meramente relativa (2). Nestes dois casos, pois, como se vê, os actos eram nulos com relação só a certas pessoas em cujo interesse a nulidade era decretada; diante de tais pessoas eram nulos *ipso jure* e sem necessidade de impugnação, como os actos absolutamente nulos ou inexistentes; e, todavia, êsses actos podiam também convalescer e convalidar-se. Deve, porém, notar-se, em último lugar, que esta espécie de nulidade chamada relativa apenas foi conhecida do direito romano em um pequeno número de casos, sendo regra geral que quási sempre que o direito civil estatuía a nulidade de um acto essa nulidade era uma nulidade absoluta.

(1) Dig., 40, 7, 1, 1.
(2) Dig., 24, 1, 1, 52, 25 e § 33, pr.

Anulabilidade dos negócios jurídicos

Finalmente, diz-se simplesmente anulável ou rescindível o acto ou negócio jurídico que, embora exista e produza todos os seus efeitos normais, contudo se acha sujeito, em virtude de qualquer imperfeição, a ser impugnado e destruído. O acto anulável é um acto válido mas ameaçado de anulação de um momento para o outro; e essa anulação chama-se também a sua rescisão (de *rescindere, evacuare negotium*). O negócio não é actualmente nulo, mas é-o eventualmente, potencialmente. Sòmente, para que a sua ineficácia venha a dar-se, ela terá de ser declarada e, para que seja declarada, terá de ser impugnado o acto, pertencendo êsse direito de impugnação só a certas pessoas para tanto interessadas e autorizadas pela lei e desde que o façam em condições e em tempo prèviamente fixados.

Se, por exemplo, uma pessoa foi levada à prática de um negócio jurídico por coacção moral (*metus*) ou por dolo (*dolus malus*) de outrem, êsse negócio não deixará de ser válido em princípio, como se viu (*coactus, deceptus, sed tamen voluit*). E o mesmo se diga do acto de uma pessoa relativamente incapaz, como um menor de vinte e cinco anos, ou de uma pessoa que foi vítima de um êrro essencial na formação da sua vontade, etc. Em todos êstes casos, portanto, estar-se há diante de actos jurídicos válidos. E todavia a ordem jurídica, ou seja o direito civil ou seja o pretor, determinou em homenágem a certos interêsses privados que tais actos podessem ser rescindidos. E assim foi que, mediante a criação de certas acções e excepções, como a *actio* e a *exceptio doli*, a *actio* e a *exceptio quod metus causa*, as *in integrum restitutiones* pretórias, etc. a eficácia dêsses actos poude ser atacada e êles anu-

lados ou na sua totalidade ou só em certos dos seus efeitos (1).

¿E quando é que, no direito romano, deverá ser considerado simplesmente anulável um negócio jurídico?

A esta pregunta, como à anteriormente feita a respeito dos casos de nulidade absoluta, não é também fácil dar uma resposta absolutamente certa. Tudo o que se pode dizer, de um modo geral, é que os casos de simples anulabilidade eram sobretudo os casos em que se tratava de actos cuja validade era comprometida ou por uma parcial incapacidade dos seus autores, ou pelos chamados vícios da vontade: o dolo, a coacção e o êrro. Mas como justamente acontece que as providências tomadas no direito romano para prevenir, em nome da eqüidade e da justiça, os resultados da validade atribuída aos actos viciados por qualquer daquelas circunstâncias se devem principalmente ao pretor, daí o dizer-se muitas vezes que as nulidades absolutas são de direito civil e as anulabilidades de direito honorário ou pretório. De forma que sempre que se trate de nulidades criadas pelo pretor, essas nulidades serão puras anulabilidades. Deve, porém, notar-se que uma tal doutrina está longe de corresponder em absoluto à verdade.

(1) Com efeito, da anulação de um acto anulável pode resultar ou a constatação da sua inexistência, como se êle não tivesse jámais existido e, nesse caso, destruídos ficavam inclusivamente até os direitos entretanto adquiridos à sua sombra por terceiros (era o que tinha lugar no caso das *in integrum restitutiones:* vid. Dig., 21, 1, 60); ou a constatação de uma simples obrigação para uma das partes de indemnizar e restituir (vid. Dig., 21, 1, 45, 8) e então ficavam ressalvados os direitos adquiridos *medio tempore* a favor de terceiras pessoas. Cfr. Dig., 5, 2, 21, 2; Dig., 7, 1, 57 e Dig., 20, 6, 4.

A verdade é que há casos de nulidade absoluta estabelecidos tanto no direito civil como no direito pretório e igualmente casos de anulabilidade, no sentido que acabamos de expor, tanto num como noutro (1).

Convalidação dos negócio anuláveis

Acabamos de ver como os negócios jurídicos relativamente nulos e bem assim os simplesmente anuláveis podem, em certas condições, convalidar-se. Isto é: ao passo que os absolutamente nulos ou inexistentes não podem produzir em qualquer tempo nenhum dos seus efeitos normais *(quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere)* (2), os outros, de que falamos, são ou só parcialmente nulos (os primeiros) ou são-no só em princípio (os segundos) e embora aqueles não produzam efeitos diante de certas pessoas e êstes se achem ameaçados de ineficácia. Basta, quanto aos primeiros, que o interesse em respeito do qual a nulidade relativa foi cominada deixe de existir; e basta, quanto aos segundos, que o interesse que com a sua anulabilidade se quiz proteger se não manifeste ou não se manifeste como deve para os impugnar.

No primeiro caso, como já vimos, (e reportando-nos aos exemplos apresentados), se os credores deixam passar em julgado as manumissões de escra-

(1) Um caso de pura anulabilidade de direito civil é-nos dado, por ex., pela lex Cicereia (Gaio, III, 125); e um caso de nulidade absoluta de direito pretório pelo senatusconsulto Velleiano (Dig., 16, 1, 2). Cfr. Pacchioni, *obr. e vol. cit.*, pág. 277.

(2) Dig., 50, 17, 29 e frags. 201 e 210.

vos feitas pelo devedor em seu prejuízo contra as disposições da lei Aelia Sentia, essas manumissões ficarão sendo válidas com relação a todas as mais pessoas. Se o cônjuge doador não revogar a doação que fez ao outro cônjuge, e depois vier a morrer, também tal doação ficará sendo válida aos olhos de toda a gente e absolutamente eficaz. É que aqui, tanto num caso como noutro, desaparece o interesse privado que se tinha em vista acautelar com o estabelecimento da nulidade e, portanto, o acto readquire plena validade.

No segundo caso, porém, tratando-se de actos não já relativamente nulos mas pròpriamente anuláveis, é que tem lugar a convalidação pròpriamente dita dos negócios jurídicos. É aqui que tem lugar pròpriamente aquilo a que se chama a convalidação ou, em linguagem menos portuguesa, a chamada *convalescença* do negócio. E isto quere dizer que êste, tendo tido até aí uma existência precária e incerta, readquire então uma eficácia plena e fica, a partir de então, ao abrigo de toda a impugnação. E isto compreende-se fàcilmente.

A anulabilidade é uma espécie de nulidade relativa cominada menos enérgicamente, em nome da eqüidade, contra um acto, com o intuito de acautelar certos interesses privados que com êsse acto poderiam sofrer grave prejuízo. Para que, porém, êsses interesses obtenham satisfação é preciso que êles acordem e espontâneamente assumam a sua defesa atacando a eficácia do acto; e isto dentro de certas condições e de certo prazo de tempo, pois é evidente, por outro lado, que um acto nestas condições não pode nem deve também permanecer indefinidamente em falso, levando uma vida incerta e precária. O mesmo princípio que faz transformar a posse em propriedade

pela prescrição para acabar de vez com a incerteza de certos interesses, faz também aqui transformar um acto imperfeitamente eficaz e atacável num acto perfeitamente eficaz, válido e inatacável.

Ora justamente a ameaça de impugnação que pode recaír sôbre um acto nestas condições pode cessar de vários modos: — ou pela renúncia à impugnação de quem teria direito a atacá-lo; ou pelo decurso de um certo lapso de tempo dentro do qual a impugnação teria por lei de ser feita; ou pelo facto de a pessoa que o podia atacar perder por qualquer razão a sua capacidade para o fazer.

Se, por exemplo, o devedor cuja obrigação foi assumida por ameaças do crèdor, terminado o estado de necessidade, é intimado para pagar e, em vez de pedir ao pretor a *exceptio metus* para se isentar, paga espontâneamente, claro é que o acto ou negócio jurídico até aí anulável readquire a sua plena eficácia e êle não poderá repetir o que houver pago. Claro é também que, se a vítima de um dolo não ataca com a *actio doli* dentro do prazo de um ano (ou, mais tarde de dois anos) a validade de uma obrigação que nessas condições assumiu, o negócio jurídico de que esta resultou convalida-se e depois será já tarde para o impugnar, etc. Em todos êstes casos, pois, os negócios jurídicos se convalidam ou convalescem da relativa nulidade de que enfermavam, não sendo senão às pessoas a quem pertencia o direito de os atacar que tal convalidação como que automática terá de ser imputada.

Efeitos negativos dos negócios jurídicos e conversão dêstes

Por último resta notar ainda a propósito da eficácia dos negócios jurídicos, que algumas vezes podem também êstes produzir certos efeitos diferentes daqueles que as partes tinham em vista ao celebrá-los.

Como se viu já, o negócio jurídico pressupõe uma manifestação da vontade declarando-se em harmonia com a lei para obter a realização de certos fins e efeitos, queridos pelas partes e prometidos por aquela. Mas pode acontecer que as pessoas, tendo em vista um certo tipo de negócio jurídico, contudo por falta de todos os elementos necessários para a validade dêsse negócio, tenham antes dado origem a outros efeitos jurídicos que são menos do que aquilo que elas queriam obter ou são coisa diversa. Quando isto se dá, é evidente que o negócio em questão, a que se visava, não é válido, mas sem que aliás se perca de todo o resultado da actividade jurídica desenvolvida pela pessoa. E assim ainda, se o resultado dessa actividade jurídica fica aquêm do que ela pretendia, dir-se há que os efeitos do negócio são *puramente negativos;* se êsse resultado consiste, porém, em a pessoa ter dado origem a um negócio jurídico diferente, diz-se então que se dá a *conversão* do negócio jurídico.

Se, por exemplo, o comproprietário de um escravo toma a iniciativa de lhe dar a manumissão, não se lembrando de que esta só lhe pode ser dada eficazmente por todos os comproprietários dêle em conjunto, é evidente que o negócio jurídico de que neste caso se trata, a manumissão, não será válido, por falta de capacidade no manumitente. Todavia, nem por isso deixarão de se produzir efeitos jurídicos com relação ao acto, efeitos que de certo ficarão

muito aquêm daquilo que queria o manumitente; e êsses serão que o *dominium* ou propriedade dêle próprio, o pretendido manumitente, sôbre o escravo será extinto. É ao que se chama um efeito puramente negativo (1).

Quanto à conversão dos negócios jurídicos, bastará notar que esta se dá só quando na actividade jurídica desenvolvida pela pessoa para realizar um certo tipo de negócio se não verificam existir todos os elementos indispensáveis por lei para que êsse negócio surja, mas se verifica existirem todos os indispensáveis para que exista um outro negócio que aliás a pessoa não queria precisamente realizar. Se, por exemplo, a pessoa quere extinguir pela *acceptilatio* uma obrigação consensual e para êsse fim celebra uma *stipulatio* com fins liberatórios para o devedor, é claro que tal negócio jurídico será ineficaz (a *acceptilatio* só podia servir para extinguir obrigações contraídas na forma da *stipulatio*). Mas, não válida a *acceptilatio*, todavia entender-se hia que a pessoa tinha celebrado um *pactum de non petendo* (2).

Neste caso o negócio jurídico que a pessoa queria precisamente não se constituía por falta de elementos, mas constituía-se um outro que ela não queria precisamente e no qual o primeiro se convertia. E justamente isto sucedia porque se partia do presuposto de que seria êsse o negócio que a pessoa quereria realizar, quando ela soubesse que o negócio directamente visado não poderia ter a eficácia e a validade que se desejava.

---

(1) Ulp., I, 18 e Paulo, IV, 12, 1.
(2) Dig., 46, 4, 19 e 23 e Dig., 18, 5, 5.

Note-se, por último, ainda a respeito da conversão dos negócios jurídicos, que a doutrina que acaba de ser exposta é mais um produto da sciência romanística do que outra coisa, pois a verdade é que nas fontes romanas não se conhece um único exemplo de conversão pròpriamente dita do negócio jurídico.

CAPÍTULO V

A defesa dos direitos e a acção

§ 1.º — Noções gerais

Noções gerais

O último dos elementos que integram o conceito de relação jurídica é, como se viu já, a acção. Todo o direito subjectivo contém em si mesmo, virtualmente, uma fôrça, uma certa tendência para se traduzir em acto. Criado a favor de alguém um direito ou definida uma situação jurídica subjectiva, torna-se evidente que os poderes e os interesses que nêles se conferem ao indivíduo e por êles se tutelam tendem irresistìvelmente para a sua actuação contra todos os obstáculos que possam ser-lhe levantados; nem outra é a significação das expressões *jurídicamente protegido* ou *coactivamente impostas* quando, definindo o direito subjectivo e o objectivo, se diz do primeiro que êle é um interesse jurídicamente protegido ou, do segundo, que êle é um conjunto de normas de conduta impostas coactivamente pelo Estado. Em ambos os casos, com efeito, quando se diz protecção ou coacção jurídica, tem-se em vista justamente um certo número e qualidade de *meios* e *garantias* postos ao dispôr

do sujeito ou titular do direito para êle o poder realizar. E êsse conjunto de meios e garantias com os quais o indivíduo pode obter a definição do seu direito em caso de dúvida, ou libertá-lo de contestações alheias, ou impô-lo ao respeito dos outros, de alguns ou de todos, em caso de violação, é ao que se dá técnicamente e *lato sensu* o nome de acção. Era isto que já os romanos entendiam quando diziam: *actio nihil aliud est quam ius persequendi judicio quod sibi debetur* (1).

A acção, correspondendo ao elemento *garantia* na relação jurídica, diz pois respeito à defesa dos direitos; ela é o instrumento dessa defesa e o elemento dinâmico e social por excelência na realização da ordem jurídica. E é assim entendida que a acção é verdadeiramente um elemento inerente a todo o direito subjectivo, constituíndo até a particularidade característica pela qual o direito se distingue das outras pretensões fundadas em outras diferentes normas de conduta social às quais na linguagem vulgar se usa chamar também muitas vezes, embora impróprio, direitos.

Sendo a acção, no seu sentido mais abstracto e genérico, o que acabamos de dizer, convém todavia notar que o termo acção *(actio)* é ainda susceptível de ser tomado numa outra acepção mais limitada e precisa. Com efeito, se a acção é uma qualidade abstracta ou um atributo de todo o direito subjectivo em geral, a verdade é que aos diferentes direitos correspondem particularmente e praticamente diferentes acções ou outras tantas vias e meios de procedimento com os quais se obtém a sua actuação e

(1) Inst. IV, 1 e Dig., 44, 7, 51.

garantia em cada caso. Assim, ao lado da *actio*, faculdade abstracta de estar em juízo para a defesa do direito, que pertencia a todo o cidadão romano, havia também no direito romano as diferentes *actiones*, como modos práticos e determinados para, de harmonia com a lei, nos diferentes casos (donde *legis actiones*), o particular ou o cidadão obter do Estado a tutela jurídica. *Actio* é, pois, neste segundo sentido o mesmo que procedimento, via, *modus faciendi*, processo, conjunto de fórmas e formalidades que deviam ser empregadas em cada caso para chegar à defesa de tal ou tal direito. Estas noções são ainda hoje correntes, correspondendo a expressão *actiones* neste sentido ao que nós chamamos também ainda hoje acções e processo judiciário. E ainda os romanos chamavam também já, como nós, *actor* (autor) áquele que intentava uma acção em juízo, *reus, conventus* (réo) áquele contra quem ela era intentada, *lis, controversia* à causa ou à demanda e, finalmente, *judicium* ao próprio procedimento judicial através do qual a acção se desenvolvia tendente a demonstrar a existência do direito.

Mas, se em tudo isto se revela assim uma quási absoluta correspondência de noções, no que respeita à teoria da acção e do processo, entre o direito romano e o moderno, convém por outro lado não perder nunca de vista uma circunstância que também em absoluto os separava e sem a qual fica por explicar a extraordinária importância que o direito processual teve entre os romanos para o desenvolvimento do seu direito civil e privado. Essa circunstância refere-se sobretudo à origem que tinham as diversas acções e á particular relação que pelo facto dessa origem se vinha assim a estabelecer entre elas e o direito privado substantivo. Ora, a êste respeito, bas-

tarão como esclarecimento as seguintes rápidas considerações.

Hoje, como é sabido, o processo moderno é constituído todo êle por um complexo de regras e preceitos gerais que encontram a sua aplicação na defesa de todo e qualquer direito indiferentemente. Pondo de parte um pequeno número de actos e formalidades de menos importância, a maior parte dos princípios fundamentais sôbre que o processo assenta, sôbre a introdução e ligação da instância, modo e condições de pedir, maneira de fazer a prova, etc., são comuns à defesa de todos os direitos sem dependência da natureza especial da relação jurídica a que se aplicam e têm a sua origem e fundamento na lei e só na lei. Pode mesmo dizer-se que hoje o processo é um só, embora por vezes com diferentes modalidades de forma, e todo êle é legal, ou seja, originado na lei. Ora isto não era o que acontecia no direito romano, para o qual havia tantos processos, isto é, *actiones* diferentes, quantas eram as diferentes relações jurídicas tuteladas, e no qual, em segundo lugar, se admitiu, pelo menos de certa altura em diante, que certos magistrados podessem criar as acções que lhes parecesse útil para tutelar relações que até aí nada tinham de jurídicas.

Daqui resultava pois, primitivamente:—que o processo romano era muito mais falto de unidade do que o nosso, não havendo até rigorosamente um só processo mas diferentes processos *(legis actiones)* moldados sôbre a especial natureza das relações jurídicas que com êles se queria garantir; em segundo lugar, que havia, como conseqüência disso, uma relação muito mais estreita do que hoje há entre o direito adjectivo e o substantivo, isto é, entre o processo e o direito privado; e, finalmente, daqui

resultava ainda que muitas acções fôram criadas e introduzidas a arbítrio de certos magistrados para tutelar relações da vida social e muita espécie de situações que não eram até aí jurídicas porque não eram reconhecidas como direitos pela lei. E esta ultima consideração é de toda a importância, pois nos mostra assim como, ao contrário do que se passa no direito moderno, houve no romano casos em que a acção nasceu primeiro que o direito que ela visava proteger, ou por outras palavras, como aí certas pretensões não fôram elevadas à categoria de reais direitos senão porque para elas foi prèviamente criada uma acção competente. Deu-se isto, por exemplo, com todas as acções pretórias a respeito das quais se pode emfim dizer que aí foi do processo e da acção que nasceu o direito. Assim, se uma pessoa alienava uma *res mancipi* sem proceder à *mancipatio* ou à *in iure cessio*, limitando-se a fazer a entrega dela ao adquirente, êste nem por isso se tornava proprietário da coisa *ex jure civili*. Segundo o direito civil, a propriedade ficava no transferente. Mas, como esta solução pareceu injusta, o pretor concedeu uma acção ao adquirente *(actio Publiciana)* com a qual êste poude defender-se contra a reivindicação do proprietário ou de terceiros, passando êle assim a ser tratado em juízo como um quási verdadeiro proprietário. E, como fàcilmente se vê portanto, a posição do chamado *dominus bonitarius* e a chamada propriedade pretória não assumiram uma verdadeira configuração jurídica nem lhes correspondeu qualquer direito, senão quando, justamente, o magistrado criou para elas esta acção especial que foi a *Publiciana*.

Neste caso, como em outros, o pretor, portanto, em vez de definir e estabelecer primeiro direitos novos

e criar depois as acções correspondentes, como se faz hoje (o que não cabia nas suas atribuïções) procedeu ao inverso; e, depois de criadas por êle muitas acções para tutelar situações que lhe pareceram a êle dignas de o ser, foi só indirectamente e por esta via que êle veiu assim, quási sem dar por isso, a conferir a essas situações a natureza e o carácter de verdadeiros direitos (1). Ora é desta formação do direito privado através das acções que advém à teoria destas no direito romano clássico uma importância sem igual no direito moderno, e até ainda no direito romano justinianeu, e que é tão grande que dificilmente poderá ser exagerada.

§ 2.º — Espécies mais importantes de acções

Sabido o que eram a acção e as acções no direito romano e qual a sua importância no estudo dêsse direito, resta agora conhecer as suas mais importantes espécies. Depois daremos uma rápida idea do seu mecanismo e modo de funcionar, o que nos levará a só em último lugar estudarmos o processo romano.

(1) Uma ulterior conseqüência dêste facto está em que a maior parte dos novos direitos e situações jurídicas criadas pelo pretor não tinham sequer uma designação própria. Eram designados geralmente pelo nome que tinham as acções que foram criadas para os tutelar ou com a designação que exprimia o facto em virtude do qual fôra concedida a acção. Assim dizia-se que uma pessoa tinha o benefício da *actio Publiciana*, da *Serviana*, etc. mas não se dizia que êle era proprietário ou crèdor hipotecário.

As mais importantes espécies de acções conhecidas do direito romano são-nos referidas no livro quarto das Instituïas de Justiniano (1) e, se de algumas delas parece evidente a sua origem justinianea, outras remontam indiscutìvelmente à época clássica. Está, por ex., neste caso a fundamental divisão de todas as acções em reais e pessoais, ou seja, em *actiones in rem* e *actiones in personam* (2).

Actiones in rem e in personam

Dizem-se *actiones in rem* todas as acções com as quais se garantem os chamados direitos reais ou direitos sôbre as coisas; ou, ainda, num sentido mais geral, todas as acções com as quais se garantem quaisquer direitos absolutos. E direitos absolutos são, como é sabido, ao inverso dos relativos, todos aqueles que podem ser violados por qualquer terceira pessoa, como acontece com os direitos concernentes ao estado e capacidade das pessoas ou ainda com os direitos de família (3). As acções para êste fim concedidas são chamadas *in rem*, sem dúvida porque nelas o elemento *garantia*, protecção jurídica, se acha ligado mais directamente a uma coisa, ou melhor, à relação de uma pessoa com uma coisa, um estado ou uma posição, que é dever de todos e não só de alguém determinadamente respeitar.

Pelo contrário, dizem-se pessoais ou *in personam* aquelas acções que são a garantia inerente

(1) Inst., IV, 6.

(2) *Ibid.* §§ 1 e 2 e Gaio, IV, 1-5.

(3) Gaio, *ibid: in rem actio est cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere...*

a relações jurídicas que só uma certa pessoa determinada pode violar, e são sempre, portanto, dirigidas só contra essa pessoa e não podem sê-lo contra outras (1). E se o tipo perfeito das acções reais está na *reivindicatio*, acção defensiva da propriedade, o tipo por excelência das pessoais está nas *actiones ex contractu*, com as quais se pede a pessoas certas uma prestação certa. Nas primeiras, o objecto directo da acção é uma coisa; nas segundas, êsse objecto é antes a pessoa do devedor. Nas primeiras também o nome do réu não é nunca indicado na *intentio* das respectivas fórmulas, ao passo que o é ordinàriamente na das acções *in personam*.

Esta divisão das acções corresponde, portanto, à divisão dos direitos em reais ou pessoais, ou mais

(1) *Ibid: in personam actio est qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus dare, facere, praestare oportere.* Estas acções, posto sejam ordinàriamente dirigidas contra pessoas determinadas individualmente, podem por vezes ser dirigidas também contra pessoas não determinadas individualmente desde logo, mas determináveis em razão de um certo facto, de uma certa situação ou de uma certa relação com uma coisa. Assim, por exemplo, a acção com a qual se pede a restituïção do *quantum interest*, em caso de injusto locupletamento à custa alheia, a acção com a qual a vítima de um dano causado por um escravo ou animal alheio pede ao proprietário dêsse animal ou dêsse escravo uma indemnização ou a entrega da coisa (*acção noxal*), são evidentemente acções *in personam*, dirigidas contra pessoas determinadas; e todavia não se sabe desde logo contra quem serão dirigidas individualmente. Com efeito, serão dirigidas contra a pessoa que veio a beneficiar com o locupletamento ou contra aquela que veio a tornar-se proprietária do escravo ou do animal no momento em que a acção é proposta, sendo êstes factos e situações que determinam a pessoa do réu. São estas as chamadas *actiones in rem scriptae*.

rigorosamente, em absolutos e relativos, segundo eram tutelados e defendidos *erga omnes*, ou só diante de certas e determinadas pessoas. São assim pessoais o comum das acções e, nomeadamente, todas as que servem para pedir o cumprimento dos direitos de crédito ou obrigações; e são reais, entre as mais importantes, além da *reivindicatio*, a *actio negatoria* ou *prohibitoria*, a *actio confessoria*, a *petitio hereditatis*, a *Publiciana*, a *Serviana* e *quási-Serviana*, e todas as acções *uteis* copiadas sôbre a *reivindicatio* (1).

Actiones bonae fidei e stricti iuris

A divisão das acções em acções *bonae fidei* e *stricti iuris* é uma subdivisão das acções pessoais. Com efeito, diziam-se *bonae fidei* (2) as acções em cuja fórmula se inseriam as palavras: *ex fide bona*, pala-

(1) Além destas acções, costumam também classificar-se no grupo das *actiones in rem* as chamadas acções prejudiciais (*praeiudiciales in rem actiones*), como são as acções com que se pede o reconhecimento de um *status* ou elemento da personalidade, a liberdade, a cidade ou a família. E chamam-se estas acções prejudiciais por serem êstes direitos o pressuposto subjectivo de outros direitos e até de outras acções.

E finalmente, note-se ainda, acções há também chamadas *mixtas*, como são todas as acções divisórias (*communi dividundo, familiae erciscundae* e *finium regundorum*) em que aos seus efeitos reais (adjudicação de propriedade) se veio juntar com o tempo uma outra ordem de efeitos, como são as prestações pessoais obrigatòriamente devidas pelos compropriétários, coherdeiros ou visinhos, referentes a danos e a despesas relacionados com a coisa. Esta designação de *acções mixtas* parece, porém, ser de marca puramente justinianea.

(2) Esta designação é da época clássica. Vid. Gaio, IV, 62, e Cicero, *de off.*, 3, 15, 61.

vras estas aí insertas pelo magistrado e cuja consequência era dar ao juiz a faculdade de apreciar, de harmonia com os preceitos da boa fé e da eqüidade, a relação jurídica invocada pelo autor na acção. Por outras palavras: nestas acções o magistrado ou pretor autorizava o juiz ou jurado a julgar o caso com uma certa liberdade de critério, apreciando todas as circunstâncias que o acompanhavam de uma e outra parte e condenando o réu só na medida em que isso podesse ter lugar *ex fide bona*. Assim, se, por exemplo, uma pessoa credora de outra, por razão de uma compra e venda ou de um contrato de mandato, intentava contra esta última uma *actio venditi* ou uma *actio mandati directa*, sem atender a que ela era também por seu lado devedora para com o seu devedor, em virtude da mesma causa pela qual intentava a acção *(ex pari causa)*, neste caso o juiz não poderia condenar o réu senão na diferença entre o seu crédito e o seu débito, apreciadas devidamente todas as circunstâncias do caso. Era êste um dos casos em que a compensação, como forma de extinção das obrigações, existia já no direito clássico. Mas justamente a compensação existia aí então só para as obrigações cuja eficácia era garantida por meio de acções *bonae fidei*, e *bonae fidei* eram as acções relativas à compra e venda e ao mandato (1).

(1) No direito clássico eram *bonae fidei* as acções ou *iudicia*: *ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae e rei uxoriae*. Vid. Gaio, IV, 62. Mais tarde, e talvez por obra de Justiniano, foram também consideradas *bonae fidei* a *actio communi dividundo* e *familiae erciscundae* e muitas outras. Justiniano aumentou consideravelmente o número destas acções. Mas, por outro lado, não é menos verdade que ainda na época clássica a importância desta divisão das acções tinha diminuído muito com a generalização da *exceptio doli*, que sempre dava ao juiz competência para apreciar equitativamente as circunstâncias do caso, uma vez que tal *exceptio* tivesse sido inserida na fórmula pelo magistrado. Sòmente, resta notar, nas acções *stricti iuris* a *exceptio doli* devia necessàriamente ser pedida pela parte na fase *in iure* do processo, para que o juiz podesse conhecer dela, ao passo que nas acções *bonae fidei*, mesmo independentemente da inserção da *exceptio* na fase *in iure*, o juiz devia conhecer do dolo ainda na fase *in iudicio*.

Pelo contrário, diziam-se *stricti iuris (stricta iudicia)* (1) as acções em cuja fórmula o objecto da controvérsia ficava definitivamente e rigorosamente precisado, de modo que ao juiz não restava, ao dar a sua sentença, a mais pequena liberdade de apreciação sôbre as circunstâncias do caso. Esta distinção fundava-se, pois, na margem deixada ao arbítrio do juiz em certas acções para julgar *ex fide bona*, com maior ou menor liberdade de apreciação, o objecto das controvérsias. E esta distinção não deve, por último, confundir-se com a das acções em acções terminando por uma *condemnatio certa* e acções *in bonum et aequum conceptae*, visto que estas últimas apenas habilitavam o juiz a graduar a condenação *quantum aequum videbitur, quod aequus et melius erit*, isto é, emquanto lhe parecer a êle justo e melhor, como era o caso na acção de injúrias, e sem que se lhe atribùa a faculdade de apreciar êle próprio todas as circunstâncias do caso (2).

(1) Dig., 12, 5, 5, 4; 13, 6, 5, 2 e Inst., IV, 6, 30.

(2) Esta última divisão das acções tem apenas lugar no ponto de vista da *condemnatio* pecuniária. Como todas as acções terminavam, no direito clássico, necessàriamente por uma absolvição ou por uma pena pecuniária, esta última podia ser ou *certa*, se o magistrado ordenava ao juiz que condenasse

Outro efeito que variava, consoante se tratava de acções *bonae fidei* ou de *stricta iudicia*, e nos quais se concretizava assim a importância de uma tal distinção, era que só nas primeiras podiam ter lugar, primitivamente, a *exceptio doli*, a *exceptio metus causa*, a *exceptio pacti conventi*, etc. E era só também nas acções de boa fé que eram fixados, a arbítrio do juiz, os juros de mora a cargo do devedor moroso e que era tomada em consideração a culpa *in non faciendo*, etc.

Acções arbitrárias e não arbitrárias

Outra divisão das acções era a das acções em arbitrárias e não arbitrárias. As primeiras eram aquelas em que o juiz, antes de condenar o réu, tinha a faculdade de o aconselhar ou convidar a submeter-se expontâneamente a uma certa solução do litígio por êle apresentada e com a qual se obtinha a satisfação do autor. Esta solução sugerida pelo juiz não era, porém, obrigatória para o réu, mas êste tinha quási sempre interesse em a aceitar para assim evitar a condenação numa pena pecuniária que podia ser mais gravosa do que a satisfação aconselhada. E esta faculdade do juiz tinha a sua origem numa cláusula contida na fórmula da acção e na qual o magistrado ou pretor lhe marcava o caminho a seguir condenando o réu, a não ser que por arbitrágem dêle juiz a questão tivesse

numa soma certa de dinheiro, ou *incerta*, se a deixava ao seu arbítrio, completo ou sujeito a um limite máximo (*taxatio*). Outras vezes, o quanto da condenação ficava dependente, ou do valor da causa (*quanti ea res erit*) ou de um múltiplo dêsse valor, o dobro, o triplo ou o quádruplo. Vid. Gaio, IV, 49, 50, 51 e Inst., IV, 6, 21 e 27.

outra solução (1). Assim se, por exemplo, era intentada uma acção de reivindicação de uma coisa pelo seu proprietário, o magistrado, assente o bom fundamento da pretensão e redigida a fórmula, diria nesta ao juiz que condenasse o réu numa certa pena (pena que era sempre pecuniária), a não ser que por arbitrágem oferecida (*ex arbitratu tuo*) o mesmo réu preferisse restituir a coisa. As acções petitórias *in rem* eram pois todas *arbitrárias* e bem assim muitas acções pessoais, como a *actio doli*, *quod metus causa*, a *actio ad exhibendum*, a *actio pauliana*, etc.

Não arbitrárias eram todas as outras em que ao juiz não pertencia o emprêgo desta arbitrágem.

E, por último, note-se ainda que, tendo esta divisão das acções toda a razão de ser, enquanto as condenações foram meramente pecuniárias, como no direito clássico, perdida e obliterada devia ela ficar, desde que se admitiu a condenação directamente em coisas e objectos, como sucedeu no direito justinianeu.

Acções penais reipersecutórias e mixtas

Também as acções se dividiam em penais, reipersecutórias e mixtas (*poenales, reipersecutoriae, mixtae*), segundo o fim e objecto que com elas se tinha em vista. Assim, diziam-se penais as acções com as quais se pretendia obter uma pena privada, que, como se disse

(1) As palavras contidas na fórmula da acção e que davam a esta a natureza de acção *arbitrária* eram, geralmente: *neque ea res arbitratu tuo, neque ea res arbitrio tuo restituatur.* Como fàcilmente se conclui, só no caso de a coisa não ser restituída é que tinha lugar a condenação. Adiante se verão exemplos de tudo isto, quando for tratado do processo formulário. Vid. Inst., IV, 6, 31.

já, era sempre uma pena pecuniária. E esta pena dizia-se privada *(poena privata)* justamente porque revertia sempre a favor do autor na acção, que era quem a recebia. As *actiones furti, iniuriarum, bonorum raptorum,* sendo penais, eram também privadas, porque os delitos que com elas eram perseguidos eram delitos privados (1).

Diziam-se reipersecutórias as acções com as quais o autor procurava obter a restituïção de uma coisa ou uma indemnização por perdas e danos (2) A *reivindicatio*, a *condictio indebiti*, a *actio quod metus causa* para obter o quanto do locupletamento produzido a favor de terceiros, eram acções reipersecutórias.

E, finalmente, eram mixtas aquelas que tendiam simultâneamente para êstes dois fins: a pena, a restituïção de uma coisa ou uma indemnização; a *actio vi bonorum raptorum* era, pelo menos no direito de Justiniano, uma acção mixta (3) e mixta era também a *actio legis Aquiliae*

O interesse desta divisão das acções revela-se sobretudo em matéria da sua transmissibilidade aos herdeiros do autor ou do réu. Assim, as acções penais não podiam ser intentadas senão contra o autor do delito, embora podessem sê-lo pelos herdeiros do autor na acção. As reipersecutórias podiam ser intentadas contra, inclusivamente os herdeiros do réu, e o mesmo se diga das mixtas emquanto eram também reipersecutórias. Por outro lado, acções penais

(1) Gaio, IV, 6, 9 e Inst., IV, 6, 16-19.

(2) Inst., IV, 6, 16 e seg.: *rei persecutionem continentes, quibus rem tantum consequimur.*

(3) Inst., IV, 2, pr. e IV, 6, 19 *actiones mixtae, quibus rem et poenam persequimur.*

havia também que eram absolutamente intransmissíveis, quer pelo lado passivo, quer pelo activo, como era a *actio iniuriarum*. Eram estas as chamadas *actiones vindictam spirantes*.

Outras divisões das acções

Finalmente, outras divisões das acções eram ainda as das acções em: *certae* e *incertae; simplices* e *duplices; privatae* e *populares; civiles* e *honorariae; directae, utiles, ficticiae* e *in factum*.

A primeira tinha por critério a natureza certa ou incerta do seu objecto. *Certae* diziam-se as acções que tinham por objecto uma soma certa de dinheiro *(de certa credita pecunia)* ou qualquer outra coisa certa e determinada *(de certa credita re)* (1).

Geralmente, a *intentio* nestas acções indica logo o objecto certo de que se trata:—*si paret... centum,*

(1) No período do processo formulário, dava-se o nome de *condictiones* às acções obrigatórias, isto é, visando a impôr o cumprimento de obrigações, que tinham por fim e objecto uma certa soma de dinheiro (*certa pecunia*) ou outro objecto determinado (*certa res*) e, além disso, não continham na fórmula referência à causa da obrigação, limitando-se a exprimir a pretensão do autor. Estas acções, cujo nome vinha da *legis actio per condictionem*, apenas serviam para as antigas causas obrigatórias de direito civil estrito. Mas Justiniano generalizou o conceito de *condictio* e concedeu esta forma de acção para poder pedir qualquer objecto determinado *ex omni contractu, ex omni obligatione, ex qua certum petitur*. E ainda, além disso, criou também, ao lado das *condictiones certi* e *triticaria* (*de certa pecunia* e *de omni certa re*), a *condictio incerti* para obter qualquer objecto mesmo incerto. A acção concedida por lei para hipóteses para as quais não houvesse uma acção típica e com designação própria chamou-se também no direito de Justiniano, *condictio ex lege*.

hominem Stichum dare oportere... Incertas diziam-se as acções em que a *intentio* exprimia desde logo a incerteza do seu objecto *(quidquid paret... oportere)*, como eram aquelas que serviam a sancionar um crédito indeterminado.

Simplices diziam-se as acções em que se distinguiam nitidamente um autor e um réu opostos um ao outro; *duplices* aquelas em que ambas as partes podiam figurar simultâneamente como autor e réu, como era o caso com as acções divisórias.

Privatae eram aquelas que só podiam ser intentadas por pessoas certas, para tutela de cujos interesses tinham sido introduzidas. Opostas a estas havia também acções criadas para tutela de interesses públicos e que, portanto, podiam ser intentadas por qualquer cidadão e eram estas as *actiones populares*. A acção com a qual o proprietário de um edifício, em cujas janelas foram suspensos quaisquer objectos *quod potest, si ceciderit, alicui nocere*, pode ser obrigado a pagar uma multa de dez aureos, era uma acção popular.

Finalmente, e embora as últimas divisões referidas nêste parágrafo tenham um interesse mais histórico do que prático, deve ainda dizer-se delas que o seu conhecimento é também indispensável para a inteligência de muitos institutos justinianeus. E assim diziam-se também *civiles* as acções introduzidas e concedidas pelas diferentes fontes do direito civil, ou seja, pelas suas fontes legais: a lei, os senatusconsultos, as constituïções imperiais, etc.; e *honorariae* as acções criadas e introduzidas pelos magistrados e, nomeadamente, pelo pretor. Esta divisão das acções vem assim a corresponder à divisão do direito em *ius civile* e *ius honorarium*.

Assim tambem diziam-se *directae* as acções que

se aplicavam só à tutela das especiais relações jurídicas para as quais tinham sido expressamente criadas e não fóra daí; e diziam-se *utiles* as acções aplicadas a hipóteses, isto é, à tutela de relações jurídicas que eram em qualquer dos seus elementos diferentes daquelas para que essas acções tinham sido criadas. A *actio legis Aquiliae* tinha sido introduzida pelo direito civil a favor do proprietário para êste obter indemnização pelos danos sofridos na sua propriedade; ora esta mesma acção foi estendida na sua esfera de aplicação *(utiliter)* pelo pretor, que a poz à disposição também do usufrutuário. *A actio legis Aquiliae* foi assim, neste segundo caso, uma *actio utilis*.

Ficticiae eram as acções que, como as *utiles*, se aplicavam a hipóteses diferentes daquelas para que tinham sido criadas, mas isto por se partir do pressuposto fictício de que nessas hipóteses se verificavam algumas das condições próprias da relação jurídica originária, sem que de facto tais condições se dessem. Exemplo típico: a *Publiciana in rem actio*. A posse não viciosa e em certas condições de uma coisa dava ao possuidor, ao fim de algum tempo, a propriedade, por virtude de um instituto especial chamado a *usucapio*; e o possuidor tornado proprietário podia reivindicar a coisa, decorrido que fosse o prazo da prescrição. Ora a *Publiciana* foi nem mais nem menos do que uma *reivindicatio* concedida ficticiamente ao *dominus bonitarius* para êle reivindicar uma coisa que possuisse de boa fé, partindo-se do princípio de que já tinha decorrido o prazo para a aquisição da propriedade por usucapião, embora tal prazo não tivesse decorrido. Isto é, êste elemento—o decurso do tempo para a usucapião—era aqui neste caso, o elemento fictício que se pressu-

punha e que fazia com que a acção fosse uma *actio ficticia*.

In factum diziam-se, finalmente, as acções que tutelavam, não um direito, uma situação considerada jurídica pelo *ius civile*, e qualificada com uma designação especial, mas uma situação de facto e inteiramente nova, sem configuração nem designação jurídica até aí, e que justamente só obtinha essa configuração e uma denominação adequada ao facto que a fazia nascer por obra e iniciativa do magistrado que a criava (1).

§ 3.º — Processo civil romano. Sua evolução histórica

Até aqui temos falado da acção e das acções como sendo estas, ou a faculdade abstracta de estar em juízo para defender o próprio direito (o *ius persequendi iudicio quod sibi debetur)*, ou um certo meio e modo de obter essa defesa, encadeando, por assim dizer, a actividade jurisdicional de certos órgãos do Estado para, por sua intervenção, chegar à tutela do interesse jurídico. E, sem dúvida, a palavra acção não significa mais do que isso: ou uma qualidade abstracta inerente ao direito subjectivo tendendo à

(1) O termo *actio in factum* era tambem usado, outras vezes, mais restritamente, para designar as acções que o pretor concedia de vez em quando em virtude de circunstâncias especiais e eram concedidas em oposição ao *ius civile* e ao próprio *ius honorarium*. Estas acções opunham-se às que estavam contidas no direito civil ou no edito, também chamadas por isso *actiones vulgares*.

sua actuação; ou êsse conjunto de meios e formas, através dos quais o direito se realiza e tende ao seu pleno reconhecimento quando contestado ou desconhecido, como vimos.

Mas a verdade é que todas as noções até aqui expostas sôbre a acção em geral e sôbre as espécies de acções que há a considerar em particular são ainda, no seu conjunto, demasiadamente abstractas e desarticuladas para nos permitirem compreender bem como é que do conceito de acção e suas espécies se chega à tutela jurídica dispensada pelo Estado, se chega, isto é, à realização do direito pela coacção do Estado. Ora para isso é mister tratar do processo, como sendo o elemento que integra todas essas noções e explica, tanto lógica como historicamente, qual foi a importância do papel por elas desempenhado.

Conceito de processo judiciário

O conceito de processo é bastante afim do conceito de acção e nós já vimos mesmo que, num certo sentido, a expressão *actiones* não significava no direito romano mais do que os diferentes meios e vias de procedimento, aplicáveis à defesa dos diferentes direitos e pretensões jurídicas *(legis actiones)*. Isto é: *actiones* quere dizer, neste sentido, o mesmo precisamente que *processo* ou *processos*. Sómente esta noção deve ser ainda mais alargada, generalizada e unificada, no sentido de a fazer abranger todo o conjunto de actos, formas e formalidades, condições de lugar, de competência e de tempo, em si mesmos considerados, que o cidadão tem de praticar e observar, ou só ou com a colaboração de outras entidades, perante os competentes órgãos do Estado, para chegar a efe-

ctivar a sua pretensão. E o processo emfim nada mais é do que isto. O processo, procedimento, *iudicium*, é justamente êsse conjunto de elementos e o meio lógico por êles constituído, através dos quais a acção, como faculdade abstracta de estar em juízo e accionar, se desenrola, se afirma e se realiza. Não basta ao cidadão, com efeito, saber que êle é proprietário do que é seu ou que tem direito a que um seu devedor cumpra para com êle uma certa prestação que lhe deve; nem lhe basta saber que, se a sua propriedade lhe fôr tirada ou o seu direito de credor desconhecido, êle terá uma acção de reivindicação ou uma acção *ex contractu*. É-lhe preciso saber mais do que isso e, sobretudo, é-lhe preciso saber o que êle tem a fazer para se fazer restituir a coisa ou para compelir o devedor ao pagamento; ser-lhe há preciso saber a quem se deve dirigir, como deve apresentar a sua pretensão, condições em que pode ser atendido ou desatendido, provas que deverá prestar, lugar, tempo e modo como as deve prestar, etc., etc. Ora tudo isso constitui o processo que pode, portanto, definir-se como sendo a organização da acção ou a ordem a seguir nos juízos ou julgamentos civis.

Formas históricas do processo romano

O processo civil romano não foi sempre o mesmo e, pelo contrário, êle atravessou, como era natural, várias fases e revestiu várias formas históricas, de harmonia com as fundamentais transformações por que passou a vida da sociedade e do direito romano (1). E isto não deve surpreender; pois se

(1) Vid. vol. I, pág. 96, 202 e 277.

há um ramo de direito em que se refletem as condições da vida de uma sociedade com todos os seus preconceitos e o seu grau de desenvolvimento económico, moral, político e religioso, êsse é sem dúvida o processo.

Ora o processo romano pode considerar-se como tendo atravessado pelo menos três fases bem distintas e que, como já vimos, coïncidem afinal, fundamentalmente, com cada um dos três períodos em que dividimos a história geral do direito romano. São elas, com efeito, a fase do processo chamado das *legis actiones*, coïncidindo com o período quiritário; a fase do *processo formulário*, coïncidindo com o período do direito romano das gentes; e, finalmente, a fase do processo da *extraordinaria cognitio*, coïncidindo com o período do direito romano oriental. E todas estas três fases e formas históricas do processo exprimem afinal diferenças consideráveis de civilização, de gráu de desenvolvimento do poder político e de evolução jurídica da sociedade romana.

I — Processo das legis actiones

Caracteres gerais

O processo das *legis actiones* era, como atrás dissemos, um processo primitivo e arcàico, todo êle eivado ainda de vestígios das primitivas formas da justiça ou vindicta privada (1). No mais antigo direito de Roma não havia pròpria-

(1) Vid. vol. I, pág. 96. É o jurisconsulto clássico Gaio quem nas suas *Institutas* (IV, 11-32) nos fornece a melhor e mais abundante fonte de informações para o conhecimento do processo das *legis actiones*.

mente um processo, mas havia antes vários processos *(actiones)* estabelecidos pela lei, e ainda êstes ao todo em pequeno número, que serviam para a actuação e defesa dos diferentes direitos. Contudo, e apesar desta multiplicidade, as diferentes acções da lei, aplicáveis segundo a diversa natureza das relações jurídicas que se pretendiam tutelar, tinham todas elas um certo número de caracteres comuns e gerais que nos permitem definir em poucas palavras qual era o sistema a que êsse processo obedecia.

A primeira particularidade característica que distingue o processo das *legis actiones* era, como a própria designação dêle o está dizendo, a sua legalidade ou natureza legal. Isto é, as diferentes *actiones* que constituiam êsse processo eram todas estabelecidas e dadas por uma lei positiva, não podendo nenhuma delas ser intentada, como Gaio ensina, senão por virtude de uma lei expressa *(nulla legis actio sine lege)* (1).

Em segundo lugar, eram também as diferentes acções da lei acções ou procedimentos extremamente formalistas, sujeitos no seu desenrolar a formas solenes e fixadas com todo o rigor pela lei, por forma que a mais pequena omissão de uma das suas formalidades determinava a nulidade e a perda do processo (2). As partes tinham a necessidade de empregar palavras e fórmulas sacramentais, de observar um certo e complicado ritual, fazendo gestos e tomando atitudes sem as quais elas não conseguiriam ligar a instância e provocar o *iudicium*.

Em terceiro lugar, era ainda o processo das

(1) Gaio, IV, 11.

(2) Gaio, IV, 30: *res eo perducta est, ut qui minimum errasset litem perderet.*

legis actiones um processo essencialmente *judiciário*, no sentido de que êle devia decorrer necessàriamente e contraditòriamente na presença de uma autoridade judiciária representativa do poder público (1).

Em quarto lugar, uma outra particularidade característica dêste processo, embora ela se encontre também no processo chamado formulário, como adiante se verá, consistia em que essa autoridade judiciária, perante a qual as *legis actiones* deviam decorrer, era constituída, não por uma só entidade, mas por duas. Isto quere dizer que não era a mesma, como hoje sucede, a entidade perante a qual a acção era intentada e aquela que era encarregada de a julgar.

Hoje assim sucede, na verdade; aquele que organiza a instância e conduz a acção é o mesmo que a julga afinal, o juiz, magistrado e funcionário público. Mas no direito romano, desde os mais remotos tempos e ainda no sistema formulário, o magistrado e o juiz são duas entidades distintas e desempenhando papeis diferentes na marcha do processo. O magistrado (rei, cônsul ou pretor) organizava e ligava a instância *(in iure)*; o juiz, simples particular escolhido pelas partes, árbitro ou jurado, singular ou colectivo, apreciava as provas e dava a sentença *(in iudicio)*. E a estas duas funções, presididas por entidades distintas, correspondiam assim duas fases também distintas no processo, a fase *in iure* e a fase *in iudicio*.

E, finalmente, — última característica do processo

(1) Havia uma excepção que dizia respeito à *legis actio* chamada *per pignoris capionem* ou *pignoris capio*. Esta, com efeito, dispensava a presença do magistrado. Vid. *infra*, quando se tratar das diferentes *legis actiones*.

das acções da lei — é preciso ainda notar que o magistrado que presidia à fase *in iure* do processo tinha na organização dêste uma tão fraca intervenção, que nem mesmo pode rigorosamente dizer-se que fôsse êle a organizar a instância. A verdade, quanto ao sistema das *legis actiones* (sistema correspondendo no seu início a uma fase de desenvolvimento histórico em que a função do poder público se acha ainda assás limitada), é inteiramente outra; e pode mesmo dizer-se, sem exagero, que nesta fase histórica do processo romano o magistrado não faz mais do que autenticar com a sua simples presença e o seu fraco concurso os actos perante êle praticados pelas partes. O seu papel é assim um papel puramente passivo ou, pelo menos, puramente mecânico. As partes são quem, quási ùnicamente e para assim dizer, tudo faz. São elas quem pronuncia as palavras e fórmulas sacramentais e quem desempenha todo o ritual da *legis actio*. O magistrado assiste, consagra com a sua presença o que perante êle se passa e, emfim, concede ou nega, mediante uma pequena declaração verbal, a acção ao autor, de harmonia com a lei, mas considerando-se escravo desta, sem a mínima liberdade para a corrigir, suprir ou ampliar.

Marcha geral do processo

Conhecidos os caracteres gerais do processo das *acções da lei*, resta a isto acrescentar alguma coisa ainda àcêrca da sua marcha em geral, também comum às diferentes *actiones*, exceptuada a *pignoris capio*, antes de tratarmos destas em separado.

Qualquer das *legis actiones* a que os cidadãos recorressem devia decorrer na presença do magistrado *in iure*, como já dissemos, no dia e lugar em

que tinham lugar as suas audiências e presentes aí também, como é natural, ambas as partes interessadas no litígio, ou sejam, o autor e o réu (1).

Para que, porém, o auctor na acção se possa assegurar da comparência do réu perante o magistrado, tem êle o direito de o chamar aí mediante uma intimação ou citação para êsse efeito, que se chama desde os tempos históricos a *in ius vocatio*, ou ainda inclusivamente o direito de o conduzir aí pela fôrça, se o réu não se dispõe a vir e resiste à intimação que lhe é feita (2). Apenas num único caso podia o réu furtar-se à necessidade de acompanhar o autor a juízo, e êsse caso era o de dar êle nessa ocasião homem por si, isto é, de apresentar ao autor um *vindex* que se opunha a legitimidade da *in ius vocatio*, tomava sôbre si a responsabilidade do réu, acompanhando o autor ao tribunal, e respondia perante o primeiro pela apresentação do segundo em juízo ou até que aquêle fôsse integralmente satisfeito (3).

---

(1) A presença de ambas as partes *in iure* era uma condição indispensável. A *legis actio* não pode intentar-se e ter lugar eficazmente senão na presença do adversário, não podendo admitir-se uma acção à revelia. Daqui resultava também que se não admitia em princípio que as partes se fizessem representar em juízo *(nemo potest nomine alieno lege agere)* Vid. Gaio, IV, 29 e 82 e Dig., 50, 17, 123, pr.

(2) XII Táboas, táb., 1, 1-2. O autor aguarda o réu fóra de casa e convida-o a acompanhá-lo à presença do magistrado. Feito isto, ou o réu se dispõe a ir ou resiste. Se resiste, o autor deve tomar testemunhas do facto *(ni it, antestamino)*; a seguir apodera-se dêle pela fôrça *(igitur em capito)* e arrasta-o à audiência *(si calvitur, pedemve struit, manum endo jacito)*.

(3) A natureza do *vindex* é ponto ainda controvertido, assim como o é tambem a questão da sua antiguidade, visto que o texto dos dos XII Táb. não fala da sua intervenção no momento da *in ius vocatio*. Quanto à natureza do *vindex*, há quem sus-

Efectuada a *in ius vocatio* e chegadas ambas as partes à presença do magistrado *(pro tribunali)*—que nos tempos históricos é já em Roma o pretor urbano ou peregrino, nas restantes regiões da Itália o *praefectus iure dicundo* e, finalmente, nas províncias, o governador—tinha lugar então a declaração do direito que o autor pretendia defender, pedindo para isso a acção competente *(edere actionem; dictare indicium)*. E com isto se iniciava o litígio.

Conduzindo o réu à presença do magistrado, o autor devia, porém, ter o cuidado de o conduzir para todas as questões contenciosas, ao local onde publicamente aquêle administrava justiça (*pro tribunali*), diante do seu estrado, situado no *comitium* (1) e onde estava colocada em Roma a sua cadeira curul. E devia ainda o autor ter o cuidado de fazer tudo isto em tempo competente, tendo em vista o minucioso calendário judicial que determinava os dias e os momentos em que exclusivamente o magistrado

tente que êle seria uma espécie de representante do réu em juízo. Mas esta doutrina é difícil de conciliar com o princípio dominante nas *legis actiones* de que *nemo potest nomine alieno lege agere*. Outros sustentam que o *vindex* que intervem na *in ius vocatio* seria a mesma entidade que intervem na *manus injectio* para garantir o réu contra uma violência absoluta. Mas é evidente que no caso da *in ius vocatio* não há lugar a uma intervenção dessas, quando o certo é que as suas consequências são inteiramente diversas das da *manus injectio*. E, finalmente, há quem sustente que o *vindex* é apenas um fiador dado pelo réu ao autor que o cita, para garantir a sua comparência em juízo, e seria a sua oposição à *in ius vocatio* a fórma de criar essa relação de garantia. O *vindex* seguiria, em vez do réu, o autor a juízo e ficaria respondendo pela sua pessoa até que o primeiro se apresentasse. Seria uma espécie de *vas* ou de *praes*. Cfr. Girard, *Man.*, pág. 974.

(1) XII Táb. 1, 7.

poderia pronunciar as palavras sacramentais, necessárias para a organização do processo e para a propositura de certas acções. E feito e observado escrupulosamente tudo isto, e posta em movimento a função meramente mecânica e registadora do magistrado pela recitação das fórmulas e desempenho do ritual que às partes, e sobretudo ao autor, competia fazer, a instância ficava ligada. Não era mesmo sequer necessário declarar ao magistrado quais os factos em que se fundavam as pretensões das partes; bastava indicar qual o objecto destas e, depois disto, aquêle concedia ou denegava emfim a acção, de harmonia com a lei, como se disse já, se antes disso não conseguia conciliá-las. E então intimava-lhes o julgamento e nomeava, a contento delas, o juiz que devia decidir do pleito. E assim se encerrava a primeira fase ou a fase *in iure* do procedimento, à qual sucedia depois, como já dissemos, a fase *in iudicio*.

Esta última tinha lugar na presença do juiz, sendo esta entidade constituída, já por um só, já por mais do que um jurado, ou ainda por um colégio funcionando permanentemente.

O juiz único *(judex, arbiter)* (1) era nomeado pelo magistrado, depois de escolhido livremente pelas partes, quando estas estavam de acôrdo; ou então, quando faltava êste acôrdo, era escolhido de uma lista expressamente organizada para tal fim e da qual o autor ia tirando tantos nomes sucessivamente até que o réu aceitasse um dêles (2). Outras vezes ainda os juízes ou jurados deviam ser em número de três *(tres arbitri)*, provàvelmente nomeados de uma fór-

(1) Vid. Festo, vb. *arbiter* e Cicero, *pro Rosc.*, 4, 10 e seg.

(2) Festo, vb. *procum* e Cicero, *de orat.* 2, 65, 265; 2, 70 e 285. Vid. também Cicero, *pro Cluent.*, 42, 120.

ma idêntica, e outras ainda deviam ser em número ainda superior, sendo então êstes jurados, chamados *recuperatores*, designados por sorteio e seleccionados depois por meio de um certo número de recusas que ambas as partes tinham o direito de fazer (1), tal como sucede na constituïção do nosso júri moderno.

Finalmente, os colégios ou tribunais colectivos desempenhando permanentemente funções de julgamento, com relação a certas categorias de causas, eram: — o tribunal dos centúmviros *(centumviri)*, composto por cento e cinco membros (à razão de três por cada uma das trinta e cinco tribus, desde 241 a. Cr.) e conhecendo especialmente em matéria de petições de herança; o tribunal dos decénviros *(decemviri litibus judicandis)*, com competência especial, desde os fins da República, sôbre questões relativas à *libertas* das pessoas; e, por último, os *triúnviros capitais (triumviri)* com competência em certos casos de *manus injectio*.

Eram estas as entidades perante as quais os litígios decorriam, na sua fase *in iudicio*, depois de ter sido ligada a instância na fase *in jure*. Mas então, nesta segunda fase, é que tinham lugar precisamente a produção da prova e a sentença. Desde que o calendário judical fôsse observado, determinando os dias em que podiam funcionar essas diferentes entidades (2), estas podiam tomar então conhecimento das questões. Mas aqui, ao contrário do que se passava na fase *in iure*, o formalismo achava-se reduzido ao mínimo. Os processos podiam ser julgados mesmo à revelia, sem a presença de uma das partes. Se uma destas não comparecia, porém, sem legítimo motivo de escusa, o juiz deveria aguardar até ao meio dia e, passada essa hora, ela perderia o processo (1). As audiências não podiam ir além do pôr do sol (2). O juiz devia apreciar as provas produzidas pelas partes, que podiam fazer-se acompanhar a juízo por advogados.

E, finalmente, terminados os debates, devia êle proferir a sua sentença *(sententia)*, com a qual tudo ficaria terminado e cuja execução pertenceria, por último, ao autor promover.

Nisto se resumiam, de um modo geral, os trâmites essenciais e a marcha do processo das *legis actiones*. Antes, porém, de passar ao estudo do processo formulário resta ainda conhecer também o essencial àcêrca de cada uma dessas acções da lei ou *legis actiones* em especial, de que nos falam as fontes e sobretudo o jurisconsulto Gaio.

(1) Festo, vb. *reciperatio*.

(2) Elas não podiam funcionar em dias de jogos, nem tão pouco na época das colheitas e das vindimas. De resto, o ano judiciário *(rerum actus)* achava-se dividido em sessões de inverno e sessões de verão *(menses hiberni* e *menses aestivi)*, sendo essas épocas separadas pelos grandes jogos da primavera e do outôno.

As diferentes legis actiones

Como acima ficou dito, e apesar dêstes caracteres gerais e comuns no processo das acções da lei, êste não era rigorosamente um processo simples e uno. As acções da lei eram antes outros tantos processos típicos ou vias de procedimento *(actiones)* de que as partes podiam lançar mão para fazerem valer os diferentes direitos,

(1) XII Táb. 1, 8: *post meridiem praesenti litem addicito.*

(2) Ibid., 1, 9: *solis occasus suprema tempestas esto.*

de harmonia com a lei e só sob condição de esta os conceder.

Ora estas acções da lei eram, justamente, e segundo Gaio informa, no número de cinco, a saber: o *sacramentum*, a *judicis postulatio*, a *condictio*, a *manus injectio* e a *pignoris capio* (1). Destas cinco acções, as três primeiras eram antes acções de conhecimento, destinadas à averiguação dos direitos, e as duas últimas acções executivas ou correspondendo à fase executória do processo.

Legis actio sacramento A *legis actio sacramento* ou o *sacramentum* é a mais antiga forma de processo civil conhecida do direito romano. Além disso, ela era também a forma mais comum do processo, a *legis actio generalis*, ou seja, aquela que era aplicável em todos os casos em que a lei, concedendo a acção, todavia não prescrevia outra determinadamente (2) Era assim o *sacramentum* uma espécie de processo ordinário, como se diria hoje, ao lado das outras *actiones* que seriam antes processos especiais.

O modo, porém, como esta acção da lei se iniciava e se introduzia a instância já nós o conhecemos, depois que são sabidos os caracteres comuns e os trâmites essenciais de todo o procedimento das *legis actiones*. Aqui só temos pois que pôr em

(1) Gaio, IV, 12: *lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem.*

(2) Gaio, IV, 13: *sacramenti actio generalis erat: de quibus rebus enim ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.*

relêvo o que ela tem de especial na sua estrutura e modo de funcionamento.

Ora o que há de mais essencial no *sacramentum*, pelo menos na forma como êle se nos apresenta a partir dos tempos históricos, está em que esta fórma de processo não é mais do que uma *aposta*, feita pelas partes perante o magistrado e no interesse do Estado, e que tem por objecto o direito que se discute e por parada uma soma de dinheiro que é fixada, segundo a importância da demanda, entre 50 e 500 asses (1). Admite-se geralmente que o *sacramentum* tivesse sido na sua origem, e como a sua própria designação o está dizendo, um juramento religioso solene que cada uma das partes faria sôbre o justo fundamento das suas pretensões em conflito; por fórma que, encadeadas a autoridade religiosa e a judiciária (primitivamente confundidas na mesma entidade) pela existência averiguada *a priori* de um crime de perjúrio, teria então lugar a investigação oficiosa para saber qual das partes perjurava e lhe impôr a essa a pena devida pelo seu crime ou pecado de perjúrio (2). Mas, seja essa ou não a origem do *sacramentum*, certo é que nos tempos históricos êle se efectuava sem juramento algum e que, convertido êle numa simples aposta, as partes não faziam mais do que arriscar no processo uma soma de dinheiro, espécie de multa processual, e que era, ou depositada *in sacro* (em poder dos pontífices) desde logo e prèviamente, ou apenas prometida sob caução *(praedes sacramenti)* para a hipótese de alguma delas

(1) Gaio, IV, 14, 16 e Varrão, *de ling lat.* 5, 180.

(2) Vid. Karlowa, *Zivilprozess*, pág. 14 e seg. e Cuq, *Institutions jurid. des Romains*, pág. 145.

decaír no pleito. E tudo isto acontecia e todos êstes efeitos se produziam, ligação e organização da instância, desde que as declarações das partes em juízo fôssem devidamente feitas, com as competentes formalidades, palavras, gestos e actos sacramentais *hinc et inde*, afirmado o seu direito por uma e contestado regularmente pela outra. A isto se limitava a fase *in iure* no processo do *sacramentum*. Encerrada ela, tinha então lugar a fase *in iudicio* perante o juiz, encarregado de averiguar, na ordem dos factos, quem tinha razão, ou seja, primitivamente, *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum* (de quem era verdadeiro o juramento e de quem êle era falso) (1).

A parte que decái perde então a parada que apostou, ou em benefício dos pontífices, como seria primitivamente, ou em proveito do tesouro, como foi mais tarde. A parte, porém, que triunfa recupera a sua e, se esta é o autor, ela tratará então de obter a execução do direito que lhe foi reconhecido na sentença, recorrendo para êsse efeito, se tanto fôr necessário, a uma outra acção da lei, de carácter executório, a *manus injectio*.

A legis actio sacramento tanto servia, porém, para fazer valer direitos de natureza pessoal, como direitos de natureza real, isto é, tanto para reivindicar créditos, como para reivindicar direitos reais, inclusivé a propriedade. Se se tratava de um crédito, o autor começava por afirmar solenemente a existência desse crédito, o seu quanto e porventura a sua causa *(aio te mihi dare oportore)*. E a isto devia responder o réu com uma negação também solene e

(1) Cicero, *de domo*, 29, 78, e *pro Caecina*, 33, 97.

concebida em termos simétricos à do autor (1). Então êste desafiava-o ao *sacramentum*, respondendo-lhe em termos idênticos o réu. Feita a aposta e depositadas ou prometidas as paradas respectivas, tinha lugar então a nomeação do juiz e seguia-se a fase *in iudicio* (2).

Se se tratava, porém, de um direito real, como por ex. a propriedade, então o autor começaria por afirmar o seu direito sôbre a coisa *(hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio)*, afirmação essa a que o réu responderia com outra equivalente, negando o direito do adversário. Tinha então lugar o simulacro de um combate entre as partes, no qual ambas se afirmavam ao mesmo tempo como proprietárias da coisa na presença dela ou de um seu símbolo. Finalmente, o magistrado intervinha; dava então a posse interina da coisa a uma delas até final

(1) Se o réu, em vez de contestar, se calava, era tido por *confessus* e neste caso o crédito do autor contra êle tornava-se imediatamente executório, podendo servir de fundamento só por si a uma *manus injectio*.

(2) Convém notar que, se o autor numa acção por dívida triunfava contra o réu, nem por isso a execução por *manus injectio* podia sempre ter logo lugar, depois de terminada a *actio sacramento*. Esta tornava, é certo, desde logo executório o crédito do autor. Mas, como a *man. injectio* exigia ou pressupunha sempre um crédito que constasse de uma soma certa de dinheiro, toda a vez que o crédito reconhecido no *sacramentum* fôsse outra coisa que não dinheiro, o processo executivo não podia ter logo lugar sem que êsse crédito fôsse liquidado e reduzido a uma certa soma. E para estabelecer esta transição da *legis actis sacramento* para a *leg. act. per man. inject.* teria existido, ao que parece, um processo intermediário de liquidação *(arbitrium litis aestimandae)*, embora existam dúvidas sôbre o modo como seria organizado. Cfr. Girard, *Manuel*, pág. 991.

solução do litígio, mediante a prestação de uma garantia *(praedes litis et vindiciarum)*. E pronunciadas as fórmulas da *vindicatio* e da *contravindicatio* pelas partes, estas passavam a fazer a aposta, o *sacramentum*, e seguiam-se os demais termos até final (1).

(1) É a respeito de uma reivindicação de propriedade sôbre um escravo que nos é fornecido em Gaio um exemplo sôbre esta matéria. Trata-se de um cidadão que deseja reivindicar um homem, que o réu afirma pertencer-lhe. Chegados ambos a juízo, perante o magistrado, aí o autor toca no hombro do escravo com uma vara, *festuca*, *quir* ou *hasta*, símbolo do domínio, e pronuncia as seguintes palavras: *hunc ego hominem, ex jure quiritium meum esse aio (secumdum suam causam) sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui.* Isto é, o autor reclama o homem e declara a que título faz a reclamação. E estas palavras por que o faz chamam-se a *vindicatio*. Em face disto, o réu tem dois caminhos a seguir: ou não se opõe e nada reclama (e neste caso o magistrado imediatamente dá a decisão a favor do autor, adjudicando-lhe o escravo) (*addictio*); ou reclama e contesta o domínio invocado pelo autor e então toca-lo há também com a sua *festuca* e pronunciará uma fórmula igual e correspondente à do autor, chamada a *contravindicatio*. Feito isto, está ligada a instância. As partes como que vieram às mãos uma da outra (*manus consertio*) e fica contestada a *lite* (*litiscontestatio*) pela atestação solene de que um certo assunto se acha controvertido entre elas. Segue-se então a isto o *sacramentum* (primitivamente, juramento solene invocando os deuses para testemunharem o bom fundamento de pretensão dos adversários, mais tarde simples aposta); e então o autor perguntava ao réu: — « porque vindicaste »? (*postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*). O réu respondia: « vindiquei porque êsse era o meu direito » (*ius feci sicut vindictam imposui*). E a isto replica o primeiro: — « vindicaste contra direito; aposto contigo quinhentos asses que não conseguirás ver triunfar a tua pretensão » (*quando tu iniuria vindicavisti* D. *aeris sacramento te provoco*). E, finalmente, treplica o réu: — « pois também eu aposto » (*similiter ego te*). Então eram depositadas as apostas e seguiam-se os mais termos. Era isto a *legis actio sacramento*, ou melhor, era isto a acção de *reivindicatio* na fórma processual da *legis actio sacramento*. Gaio, IV, 16, 17. Cfr. Aulo Gélio, 20, 10 e Cícero, *pro Mur.*, 12, 26.

Legis actio per judicis postulationem

Outra das *legis actiones* do antigo direito era a chamada *judicis postulatio* (1), embora sôbre ela, assim como sôbre a seguinte *(a condictio)*, pouco seja o que há para dizer, em virtude da escassez das informações que temos a seu respeito.

A *judicis postulatio* consistia, como a palavra está dizendo, num pedido feito ao magistrado para êste dar às partes um juiz. Nos casos em que a *postulatio* era admissível, o autor tinha o direito de pedir que a questão fôsse remetida ao conhecimento de um juiz sem passar pelas formalidades preliminares do *sacramentum*. Esta acção da lei, porém, que é sem dúvida muito mais recente do que a *actio sacramento*, era também muito menos solene do que ela. Mas, infelizmente, não é sequer possível dizer com segurança qual seria o seu preciso campo de aplicação. Sôbre êste ponto não podemos passar de conjecturas. Assim, há quem suponha, e certamente com bôa razão, que a *judicis postulatio* serviria de preferência para regular judicialmente certas questões graciosas em que se não controvertiam direitos, mas em que se pretendiam regular certas situações e conciliar certos interesses jurídicos, como nas acções divisórias, tombamento, partilha, *arbitrium litis aestimandae*, etc (2). Para estas acções, com efeito, a *actio sacramento*, com as suas formalidades complicadas e as suas

(1) Gaio, IV, 12 e 20.

(2) Girard, *Manuel*, pág. 991.

irredutíveis oposições entre as partes, seria com certeza inadequada e inoportuna.

De resto, pode muito bem ser também que a *legis actio per judicis postulationem* fôsse, em suma, uma espécie de acção de pequenas dívidas, de pouca importância, e aplicável toda a vez que o valor da causa fôsse inferior aos cinqüenta asses que era, como se viu, o limite mínimo do *sacramentum*. Ora nada mais natural, com efeito, do que haver um processo especial e menos complicado para reclamar créditos inferiores a essa quantia, sendo verdade que absurdo era em tais casos obrigar as partes a adiantar e arriscar como aposta uma quantia muito superior ao valor insignificante da causa (1). Tudo, porém, que diz respeito às formalidades a seguir, para se chegar a esta nomeação do juiz, é-nos também completamente desconhecido.

Legis actio per condictionem

Mais recente ainda, històricamente, do que as duas *legis actiones* anteriores é, sem dúvida, a *condictio* ou *legis actio per condictionem* (2). Sabe-se apenas que ela foi introduzida por uma *lex Silia*, de data incerta, para as acções de quantia certa *(certa pecunia)* e que o mesmo processo foi estendido, mais tarde, por uma outra lei, a *lex Calpurnia*, a dívidas tendo por objecto alguma coisa determinada que não dinheiro — *res certa*. Nestes dois casos, porém, a *condictio* não veiu conferir a acção a créditos novos e que até aí não a tivessem já, pois, como nos ensina Gaio, tais

(1) Walton, *Introdução ao estudo do direito romano*, pág. 156.

(2) Gaio, IV, 17-20.

créditos podiam já anteriormente ser reivindicados por meio, quer do *sacramentum*, quer da *jud. postulatio*. A mais importante vantágem que o novo processo desta *legis actio* ofereceria assim às partes estaria porventura na sua muito maior simplicidade de fórmas e bem assim na possibilidade, para o autor, de vêr terminada a questão *in iure* por meio do juramento decisório que aí era deferido ao réu e a que êste não podia furtar-se, sob pena de ser havido por confesso e sujeito desde logo à execução. Com efeito — e esta era uma particularidade da *condictio* — o réu era obrigado a declarar sob juramento se era ou não devedor. Se negava, a questão ficava terminada. Se, porém, confessava a obrigação ou se recusava a jurar, então ela seria ganha para o autor.

Além disso — e esta era uma outra particularidade da *legis actio per condictionem* e uma outra vantágem que ela oferecia ao autor e que não ofereciam nem o *sacramentum* nem a *jud. postulatio* — entendia-se que, quando o objecto da acção era uma quantia certa *(pecunia certa)*, o autor poderia exigir do réu, que negava a sua obrigação, que pagasse um têrço a mais da dívida, caso a sentença viesse a ser dada contra êle. Por seu lado, obrigava-se também o autor a pagar a mesma pena, se perdesse êle a acção. Era a estas combinações que se dava o nome de *sponsio* e *restipulatio tertiae partis* (1), de que não eram susceptíveis o *sacramentum* nem a *jud. postulatio*.

De resto, a própria *condictio* como acção da lei

(1) Gaio, IV. 13, 171. Discutível é, porém, se estas combinações podiam ter lugar no caso de o objecto da acção ser uma outra coisa certa que não dinheiro, isto é, no caso da *condictio* criado pela lei Calpurnia.

e procedimento judiciário não era mais do que uma intimação formal, feita pelo autor ao réu, para êste comparecer no trigéssimo dia depois do aviso perante o magistrado para aí tomarem um juiz (1).

Legis actio per manus injectionem

Finalmente, são meras formas de execução, dirigidas, uma contra pessoa, a outra contra os bens do devedor, as duas restantes *legis actiones* de que nos falam as fontes, ou sejam, a *manus injectio* e a *pignoris capio*.

A primeira era um procedimento pelo qual certos credores tinham o direito de se apoderar, perante o magistrado, da pessoa dos seus devedores, mediante a recitação de certas palavras solenes e sacramentais e ao mesmo tempo que lhe punham a mão em cima (*manus injectio*, de *manus injicere*: lançar a mão, pôr a mão) (2). A *manus injectio* era assim, em resumo, um processo de execução sumária dirigida contra a pessoa de um devedor cuja dívida era indisputável. Deve, porém, notar-se que êste procedimento ou via executiva contra o devedor, tanto podia ser um procedimento que tinha lugar já depois de um processo contencioso em juízo para execução da sua sentença, como podia êle próprio ser o ponto de partida para um outro processo igualmente contencioso, se, na ocasião da *manus injectio*, a legitimidade dêste acto do crèdor era impugnada por uma terceira pessoa que então intervinha a defender o devedor e

(1) O nome de *condictio* deriva justamente de *condicere*, avisar, intimar, e ficou mais tarde, como já foi notado, para designar uma categoria especial de acções obrigatórias.

(2) Gaio IV, 21-25; XII Táb. 3, 1-6 e Auto Gélio, 20, 1 42, 52. Cfr. *Lex coloniae genitivae*, c. 61.

chamada o *vindex* (1). Porém, é sem dúvida a *manus injectio*, como simples via ou processo de execução, independentemente da possibilidade de ser êle a origem de um ulterior processo, aquilo que mais nos interessa; e por isso nêle fixaremos a nossa atenção para sobretudo conhecermos quais eram as suas fórmas, os seus efeitos e os seus casos de aplicação (2).

(1) Já atrás se falou no *vindex*, mas, segundo tudo faz crêr, o *vindex* que intervem na *in ius vocatio* nada tem que ver com o *vindex* que intervem na *manus injectio*. O primeiro seria um simples fiador, ao passo que êste agora é um defensor do devedor para o acautelar contra uma possível violência absoluta. O *vindex* liberta o devedor, a favor do qual intervem no acto da *manus injectio* (XII Tab., 3, 5 e *Lex colon. genit.*, 61.), e segue-se um novo processo para averiguar se a sua intervenção foi legítima ou ilegítima. Se se prova que ela foi legítima, o *vindex* triunfa e ficará também libertado. Se é o contrário, nesse caso será êle o responsável perante o autor, que poderá pedir-lhe o dôbro do valor do crédito que tinha contra o réu originário. Cfr. Gaio, IV, 21. A intervenção do *vindex* com êstes efeitos determinaria os crèdores a só fazerem a *manus injectio* em condições de absoluta legitimidade, sobretudo nos casos em que ela teria lugar independentemente de um julgamento prévio, garantindo assim ela os devedores contra o capricho e a arbitrariedade dos seus crèdores.

(2) Não deve neste momento passar sem ser notada a circunstância de ser justamente a *manus injectio* aquela das acções da lei em que mais claramente se vêem os vestígios das antigas fórmas de procedimento extra-judiciário, derivadas elas próprias da vindicta privada, como afirma Girard. Antes de ser um meio ou via de execução, pressupondo a existência das outras *legis actiones*, a *man. injectio* foi necessàriamente o meio mais natural de fazer valer e reivindicar créditos, que tinham a virtude de a produzir directamente, sem necessidade de prévio conhecimento judiciário. Nesta acção, em que se deixa observar o que foi a elaboração produzida pela civilização crescente sôbre as primitivas fórmas da justiça, vê-se pois admiràvelmente, como também nota Girard, como a idea de processo judiciário se veio

As XII Táboas e Gaio descrevem-nos minuciosamente as diferentes fórmas e fases que atravessava o procedimento por *manus injectio*. Trinta dias depois de proferida a sentença, se esta *legis actio* tinha lugar como conseqüência de julgamento anterior, o crèdor e autor podia apoderar-se do réu devedor (1). Mas para isso devia praticar a *manus injectio* na presença do magistrado (2), podendo, se tanto fôsse necessário, conduzir aí o reu (3). Uma vez na presença dêle, o crèdor punha-lhe então a mão em cima e pronunciava uma fórmula sacramental, acusando a quantia em dívida, a causa desta e a falta de pagamento (4). Então, ou o devedor pagava e tudo terminava, ou intervinha o *vindex* e o devedor ficava libertado; ou êle não pagava, nem intervinha esta terceira figura, e então iniciava-se a segunda fase do procedimento por *manus injectionem*.

Esta segunda fase começava com uma *addictio* ou adjudicação que o magistrado proferia contra o devedor e a favor do crèdor; e em virtude dela ficava então êste autorizado a levar consigo aquêle para

implantar e enxertar nas antigas práticas de um procedimento directo sem processo e extra-judiciário. É que a presença do magistrado, exigida nos tempos históricos no acto da captura do devedor, não foi mais do que um elemento adventício, acrescentado à primitiva *man. injectio* para lhe dar um carácter judiciário. Cfr. Girard, *obr. cit.*, pág. 985.

(1) XII Táb. 3, 1: *aeris confessis rebusque iure iudicatis, XXX dies iusti sunto.*

(2) XII Táb. 3, 2: *post deinde manus injectio esto.*

(3) *Ibid: in ius ducito.*

(4) Gaio, IV, 24: *Qui agebat sic dicebat: « quod tu mihi judicatus (sive dammatus) es sestercium decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestercium decem millia judicati manum injicio »; et simul partem corporis ejus prehendebat.*

sua casa, onde podia mantê-lo prêso, no seu *ergastulum*, durante sessenta dias (1). Nesta situação, o devedor, embora não seja um escravo, fica contudo numa condição muito similhante a essa (a condição dos *addicti* e *judicati*). Mas, por outro lado, como êle continua a achar-se à frente do seu património, pode entretanto pagar a dívida pela qual foi prêso e libertar-se. Ao cabo dos sessenta dias de cativeiro, porém, se êle não se remiu, o crèdor deve levá-lo a três feiras consecutivas e apregoar aí o seu crédito, numa última tentativa para ver se ainda consegue que alguém se disponha a libertá-lo, pagando em seu lugar (2) Mas, se tal não se dá, tem finalmente lugar então a última fase da *manus injectio*.

Então, segundo ensinam as XII Táboas, o crèdor pode dar a morte ao devedor ou, se preferir, vendê-lo no estrangeiro *(trans Tiberim)* como escravo (3). Se ha mais do que um crèdor, os crèdores poderão dividir entre si o cadáver do devedor (4) e o património deste passará para as suas mãos como uma última consequência da execução sôbre a pessoa dêle. São estas as fórmas, os trâmites e os efeitos da *manus injectio* como procedimento executivo no período das *legis actiones*.

(1) XII, 3, 3: ... *secum ducito.* As XII Táb. regulavam minuciosamente a situação do devedor preso, durante os sessenta dias, na prisão doméstica do crèdor. Determinavam o peso que deviam ter os ferros ou algêmas, a quantidade de alimento que lhe devia ser dada, etc. Cfr. Aulo Gélio, 20, 1, 46, 47.

(2) XII Táb., 3, 3, 4, 5 e Aulo Gélio, 20, 1, 46, 47.

(3) Aulo Gél. 20, 1, 47: *tertiis nundinis capite poenas debant aut trans Tiberim peregre venum ibant.*

(4) XII Táb., 3, 6: *tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt, se fraude esto.*

Quanto aos casos em que ela podia lugar, baste notar que, pôsto a sua maioria fôsse a dos casos em que a *mânus injectio* era a conseqüência e a fórma de execução de um julgamento prévio, contudo casos também havia em que ela tinha lugar sem êsse prévio julgamento. Se a *manus injectio* tinha lugar em conseqüência de julgamento prévio, dizia-se *manus injectio judicati*. Se, porém, não tinha, dizia-se então: ou *manus injectio pro judicato*, isto é, como se tivesse havido tal julgamento anterior; ou *manus injectio pura*, isto é, permitida igualmente sem julgamento, mas podendo em tal caso o devedor defender-se mais energicamente, como se fôsse êle o *vindex* de si mesmo (1).

Legis actio per pignoris capionem

A segunda das *legis actiones* de carácter executivo era a *pignoris capio*, que consistia na apreensão de um penhor, como o próprio nome da acção está dizendo. Ela é uma espécie de penhora extra-judicial, efectuada sem julgamento prévio por um crèdor, recaíndo sôbre determinadas coisas do devedor e acompanhada de certas declarações solenes *(certio verbis)* que lhe davam o carácter de um acto lícito (2).

É fóra de dúvida que a *pignoris capio*, assim

(1) Gaio, IV, 21-14. Casos de *manus injectio* sem julgamento seriam, por exemplo: o caso do réu vencido noutra *legis actio* sem sentença, porque não contestou o pedido ou não se defendeu convenientemente; o caso de certos créditos protegidos especialmente, de modo a tornarem-se executórios por si mesmos desde o seu vencimento, como seria, na opinião da maioria dos escritores, o caso dos créditos constituídos pelo *nexum*, etc. Cfr. Girard, pág. 987.

(2) Gaio, IV, 26-29 e 52.

como a *manus injectio*, se prende com vestígios certos das mais antigas fórmas de fazer justiça, da justiça por suas mãos, ou, em linguágem mais rigorosa, da vindicta privada. Mas aqui também os progressos da civilização e o desenvolvimento da organização judiciária não tardaram em combater com eficácia e por fim em suprimir quási completamente êsses poderes dos crèdores, manifestados nestes procedimentos directos sem processo. E contudo também a *pignoris capio* sobreviveu no direito romano em proveito do Estado (1), como meio de êste se fazer justiça por suas mãos, e num ou outro caso, embora excepcionalmente, no interesse até dos particulares.

Quanto à *pignoris capio* como direito dos particulares, porém, deve notar-se que só num limitadíssimo número de casos êle lhes é atribuído. E quando o é mesmo, isto sucede em condições tais que deixam bem entrever que um tal direito é mais, ainda nesse caso, uma delegação que lhes é feita de um direito do Estado do que uma sobrevivência da penhora privada extra-judicial. E os casos em que a *pignoris capio* podia ser utilizada por particulares eram: — o caso dos soldados a quem era devido o soldo ou o preço desembolsado para a aquisição das suas montadas, em frente das pessoas em dívida para com o Estado; — o caso dos publicanos, que tinham arrematado os

(1) A *pignoris capio* é, no direito público romano, um processo de coërção usado pelos magistrados para se fazerem obedecer na esfera das suas atribuïções. Para vencer a resistência dos particulares às suas ordens, êles faziam muitas vezes penhorar e apreender por meio dos seus *apparitores* certos objectos que lhes pertenciam e que chegavam a ser destruídos, se a resistência se prolongava muito. Vid. Mommsen, *droit public*, I p., págs. 183-184.

impostos públicos, também em frente dos contribuïntes que tinham os seus pagamentos em atrazo; e, finalmente—o caso, já previsto nas XII Tab., de um crédito proveniente, ou da venda de um animal comprado por outrém com destino a um sacrifício religioso, ou do aluguer cujo rendimento o crèdor tem em vista também aplicar a um sacrifício idêntico.

II — Processo formulário

Muito mais importante do que o processo das *legis actiones*, na história do direito privado romano, é o sistema do chamado processo formulário. Pode mesmo dizer-se que do primeiro nem valeria a pena tratar num estudo de direito privado, como êste, se o seu conhecimento não fôsse indispensável para a compreensão do segundo, que tem no ponto de vista dêsse direito, como já foi notado, a maior importância. Tratando pois do processo formulário, faremos como a respeito do anterior; isto é, principiaremos por focar os seus caracteres gerais para depois estudarmos o funcionamento e o mecanismo da acção através dêle, reportando-nos a alguns exemplos de acções em especial.

Caracteres gerais O processo formulário é o novo sistema de processo que foi introduzido em Roma, em substituïção do anterior das *legis actiones*, por três leis que por isso ficaram célebres na história do direito romano: a *lex Aebutia* e as duas *leges Juliae judiciarae*, a primeira presumivelmente de uma data que deve oscilar entre 146 e 126 a. Cr., e as segundas do reinado de Augusto (1). A primeira teria criado, ao que parece, o novo processo, mas deixando subsistir o anterior; as segundas teriam ido mais longe, abolindo êste completamente, ou deixando-o apenas em vigor para as controvérsias que eram ventiladas perante o tribunal dos centúmviros (2). E o seu nome (processo formulário) veio-lhe justamente do mais importante dos seus elementos estruturais, a *fórmula*, de que mais adiante será tratado.

Referindo-se à substituïção do processo das acções da lei pelo processo formulário, diz-nos Gaio que o primeiro tinha atingido a sua máxima decadência pela manifesta contradição em que êle viera a achar-se com todas as exigências da vida social e jurídica da nova época. Esse processo, com efeito, estreitamente legal e formalista, não deixava margem alguma à autoridade judicial para esta suprir as imperfeições da lei e adaptar o direito às novas condições da vida social e sobretudo a um sentimento mais delicado das exigências da justiça (3). Reclamava-se, portanto, uma forma de processo mais progressiva e possuindo uma maior flexibilidade de concepções e de movimentos. E daí a reforma da lei Aebutia

(1) Vid. vol. I, pág. 202 e seg. Sôbre a questão das datas das leis Aebutia e Juliae, ver Girard, pág. 998.

(2) Gaio, IV, 51. Como o mesmo Gaio também af informa, as *legis actiones* ficaram também ainda em vigor em matéria de *damnum infectum*.

(3) Gaio, IV, 30: *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut qui minimum errasset litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigemus.*

e das leis Julias, criando e impondo o processo formulário (1).

Ora êste processo, deve dizer-se que tem como sua suprema característica, primeiro que tudo, justamente uma nova compreensão da função e actividade do magistrado na organização e orientação da instância civil.

Ao passo que no sistema anterior, como se viu, o magistrado desempenha um papel puramente passivo ou apenas mecânico, consagrando e autenticando com a sua simples presença e a recitação de algumas fórmulas sacramentais aquilo que as partes diante dêle fazem e declaram, no novo sistema o magistrado não se limita a presidir, mas age êle também e permite-se já tomar conhecimento do fundamanto das questões que lhe são submetidas. Forma uma opinião pessoal da justiça intrínseca das causas que lhe são sujeitas, tendo em vista tanto a lei como o sentimento da eqüidade e, de harmonia com essa opinião, dá ao juiz instruções precisas e terminantes sôbre o modo como êle deve julgar os pleitos.

Ao passo que nas *legis actiones* são pròpriamente as partes quem liga a instância pela simples virtude automática das suas declarações e palavras

(1) Ácêrca da orígem do sistema formulário, as opinlões dividem-se. Há quem sustente que alguma coisa de parecido com a fórmula existia já, desde a lei Calpurnia, na *legis actio per condictionem*. Há quem sustente também que o processo das fórmulas começou a vigorar nas demandas entre peregrinos ou entre cidadãos e peregrinos, aos últimos dos quais eram inacessíveis as acções da lei. E há finalmente quem sustente que o novo processo tira a sua orígem de certas instituïções processuais das províncias, derivadas do seu direito local e que teriam sido importadas em Roma depois da conquista. Ver a êste respeito Girard, págs. 996 e 997.

sacramentais, como que (permita-se a analogia) *ex opere operato*, no processo formulário é já o magistrado quem a liga *ex propria auctoritate*, entrando já neste efeito uma larga parte da sua iniciativa e inteligência.

E ao passo ainda que, antigamente, o magistrado era em absoluto um escravo da lei, não podendo jámais conceder uma acção que não fôsse muito expressamente concedida também por ela, agora êle pode (ou pelo menos ficou em condições de poder) dispôr a seu talante da tutela jurídica, reforçando o direito civil, suprindo as suas lacunas e até, por fim, contradizendo-o e corrigindo-o (1). O magistrado, com efeito, se não poude desde logo usar de todos êstes poderes que estavam virtualmente contidos na nova organização da instância, certo é que não tardou, porém, em os conquistar e os levar, como que um pouco revolucionàriamente, até às suas últimas conseqüências. Êle não tardou assim, isto é, em negar a acção em muitos casos nos quais o direito civil a concedia, tornando pràticamente letra morta muitas disposições do antigo direito; não tardou em conceder as acções civis em condições diferentes daquelas que originàriamente se reclamavam, estendendo-as a novas hipóteses e alargando-lhes o seu espírito e campo de aplicação; e não tardou, finalmente, em criar êle próprio em muitos casos acções novas para hipóteses até aí nunca previstas pelo direito, nem, portanto, jurìdicamente tutela-

(1) Dig., 1, 1, 7, 1: *jus praetorium est quod praetores intuduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam*. Cfr. tudo que foi dito no vol. I àcêrca do Edito do pretor e do processo formulário, a pág. 145 e seg. e 202 e seg.

das. E esta é mesmo, pode dizer-se, a mais notável característica, na qual todas as outras se resumem, do processo formulário ou, pelo menos, do processo formulário desenvolvido, na maneira como êle veio com o tempo a configurar-se e a actuar na evolução do direito privado romano. E se acrescentarmos a tudo isto que o novo processo, ao contrário do antigo, se despiu de todo o formalismo arcáico e materialista, do seu ritualismo simbólico, podendo nêle as partes expressarem livremente as suas razões por qualquer maneira, sem mais simulacros de combates, sem mais palavras e gesticulações mágicas e inúteis, teremos apontados os caracteres gerais e mais salientes, do processo formulário. O processo continuou, no seu conjunto, dividido nas duas fases em que já se dividiam as *legis actiones*, a fase *in iure* e a fase *in iudicio;* mas, tanto numa como noutra, o que sobretudo o caracteriza é a mais larga intervenção do poder público, representado pelo magistrado e pelo juiz, no sentido de ser o primeiro quem agora organiza toda a instância, e de ser o segundo um órgão que, embora subordinado ao primeiro, julga, não poucas vezes, mais segundo a eqüidade e a *bona fides* de que segundo o direito estricto. Numa palavra, o processo formulário foi indiscutivelmente um instrumento muito mais sensível e delicado de administração da justiça do que o processo das acções da lei; e não foi senão através dêle, como se verá, que os grandes ideais do direito natural, do direito das gentes e da eqüidade conseguiram emfim penetrar na vida real, concorrendo para os progressos do direito privado romano.

Marcha do processo formulário in iure

A marcha e funcionamento do processo formulário são, sem dúvida, nos seus termos e elementos materiais de maior importância, os mesmos do processo das acções da lei. Como neste, os seus termos fundamentais são: 1.º) — a citação ou *in ius vocatio* do réu; 2.º) — a apresentação das partes perante o mesmo magistrado, o pretor, *in iure*, e no mesmo local *(pro tribunali)* (1); 3.º) — a declaração ou declinação, por parte do autor, daquilo que pretende; 4.º) — a fixação da controvérsia e sua atestação por parte do magistrado, ou sejam, a ligação da instância e a *litiscontestatio;* e, finalmente: 5.º) — a nomeação do juiz. Em segundo lugar; na fase *in iudicio*, os termos fundamentais são também, como para as *legis actiones:* a comparência das partes perante o juiz em dia determinado, a produção da prova, os debates e a sentença. E, contudo, apesar desta identidade e simetria de termos, a distância entre um processo e outro é, como já dissemos, incalculável. É que entre um e outro mete-se, justamente, de permeio a separá-los um elemento novo de primacial importância, a *fórmula*, e

(1) Quanto aos magistrados, êles são aproximadamente os mesmos do sistema anterior: pretores urbano e peregrino, em Roma, e governadores nas províncias (por si ou por representantes, *legati*, nas principais cidades e centros, aonde não podia chegar a sua acção directa). Na Itália, porém, desapareceram os *praefecti iure dicundo* e, tanto nela como nas províncias, estabelece-se a jurisdição dos magistrados municipais. De resto, mesmo em Roma, não são só os pretores com jurisdição contenciosa. Outros magistrados administrativos, como, por ex., os *edis* e, mais tarde, os *praefecti urbis, praetorio, annonae, vigilium*, etc. tiveram jurisdição contenciosa sôbre certas materias da sua competência e o mesmo se diga dos *questores* nas províncias.

ligados a ela os novos poderes do magistrado. E ao passo que, no processo das acções da lei, a ligação da instância e a *litisconfestatio* são o efeito mecânico e automático da simples recitação de palavras sacramentais e da celebração de um certo ritual, decorridos na presença do magistrado, mas a que permanecem indiferentes a inteligência e o sentimento dêste, no processo formulário os mesmos termos são justamente a conseqüência da *fórmula* e só dela. A *fórmula* é, por assim dizer, o fulcro sôbre que todo o processo gira e, como diz Girard, toda a fase da instância que se passa *in iure* não tem outro fim e outro termo que não sejam a concessão da *fórmula* pelo magistrado. Para melhor compreensão do valor e significado desta, vejamos, porém, como as coisas se passavam até êsse momento.

Uma vez efectuada a *in ius vocatio* (1) e presentes ambas as partes perante o magistrado, a primeira coisa que o autor tem a fazer é declinar qual é o objecto da sua pretensão, seguindo-se-lhe, por parte do réu, a alegação de quais as razões que tem a opôr-lhe. Mas no processo formulário — note-se bem — estas declarações não sofrem já a necessidade de serem feitas em termos solenes e sacramentais, como antigamente. Qualquer forma de expressão clara e

(1) No período do processo formulário o pretor concedeu ao autor contra o réu, que não se dispunha a obedecer à citação, nem fornecia um *vindex*, uma acção pretória destinada a impôr-lhe uma multa. Subsiste o direito do autor de recorrer à fôrça para trazer o réu a juízo, reforçado por uma acção penal *in factum*, dirigida contra aquele que, *in ius vocatus, neque venerit neque vindicem dederit*. E houve também ainda uma acção contra aquêle que libertava pela fôrça o réu arrastado a juízo pelo autor, *qui vi exemerit eum qui in ius vocatur*. (Vid. Gaio, IV, 46).

inteligente serve para êste efeito, sem dependência de quaisquer atitudes ou gestos de convenção. Além disso, também o autor e o réu se não devem limitar a dizer o que querem, como para as *actiones*, mas devem desde logo dizer por que o querem, apresentando as razões e fundamento dos seus pedidos (1). E isto feito, como é natural e lógico, o autor concluirá pedindo ao magistrado uma certa e determinada acção para a defesa do seu direito *(editio, postulatio actionis)* (2) — acção essa que poderá ainda ser ou civil ou pretória ou *in factum* — e o réu concluirá opondo-se à concessão dela ou alegando quaisquer factos que, mesmo que ela seja concedida, a invalidarão pràticamente no julgamento *(exceptiones)* (3). E como se vê, há pois aqui já dois elementos novos,

(1) O autor pode também desde logo dirigir ao réu uma *interrogatio in iure* para obter dele uma resposta que sirva de base à sua declaração sôbre a acção que deseja intentar. É o que se chama uma *actio interrogatoria*. Dig., 11, 1. E pode também ainda o autor, nesse primeiro momento, deferir ao réu um juramento, pelo menos em certas acções, que êste é obrigado a prestar ou a referir ao autor (*iusjurandum necessarium*), sob pena de ser havido por *confessus*. Vid. Dig., 12, 2, 34, 6 e 7.

(2) Dig., 2, 15, 1, pr.

(3) Ver *infra*, a matéria das partes acessórias da fórmula. Aqui note-se apenas desde já que as excepções (*exceptiones*) são uma nova fórma de defesa do réu, que consiste substancialmente, não em negar o direito alegado pelo autor, mas em lhe opôr um direito contrário, de cuja prova dependerá a neutralização do primeiro e a sua ineficácia. De resto, não é só o réu que tem o direito de invocar *excepções*. Pode também o autor invocá-las, caso em que se chamam *replicationes*. Isto é, o autor apresenta um facto e invoca um direito. A isto responde o réu, não o negando, mas apresentando um outro facto e um outro direito que paralizam o primeiro (*exceptio*). Finalmente, a isto ainda replica o autor invocando um terceiro facto e direito que anulam ou paralizam a excepção (*replicatio*).

ao encerrar-se esta fase do processo, que é a terceira na série das que atrás foram enumeradas: — 1.º: as declarações não solenes das partes sôbre os direitos que invocam e os factos que em seu abono alegam, e — 2.º: uma mais ampla defesa do réu que, em vez de se opôr à concessão da acção contra si, pode defender-se com a invocação de quaisquer factos que a venham a paralizar.

Vejamos agora como o processo continúa a sua marcha através da quarta fase, ou seja, a da fixação da controvérsia, com a ligação da instância e a *litis contestatio*. No processo anterior êstes efeitos produziam-se — mais uma vez o dizemos — automàticamente. Assim, no *sacramentum* a instância ficava ligada e a lite contestada só por virtude da discussão travada entre as partes naqueles termos precisos que vimos e logo depois de depositadas as paradas da aposta. Agora a instância só é ligada e só se produz a *litiscontestatio* depois de o magistrado ter ponderado atentamente as razões e os factos alegados pelas partes e ter resolvido sôbre se há lugar à acção pedida pelo autor e sôbre o modo de a organizar; isto é, depois de ter confeccionado a fórmula da acção em todos os seus detalhes e a ter entregue por sua mão ao autor. E aqui, como se vê, o elemento novo é agora a *fórmula*.

A *fórmula* não é mais, porém, do que um pequeno relatório redigido pelo punho do magistrado e no qual êle, escrevendo para o juiz a quem ela é dirigida, e que era nela nomeado de acôrdo com as partes, fixa e sintetiza os termos da controvérsia em palavras breves e claras. Para chegar à redacção da *fórmula* foi, porém, preciso, como se vê, que o magistrado tivesse ouvido atentamente as partes durante o seu debate, *in iure*, alegando os seus direitos e invocando

os factos em que êstes se fundavam; foi preciso que êle se chegasse a convencer da legalidade ou oportunidade da concessão da acção pedida; e foi preciso, finalmente, que êle, de harmonia com todas as circunstâncias invocadas, chegasse a determinar expressamente todos e cada um dos factos que era necessário provar ou não provar *in iudicio* para que a pretensão do autor fosse atendida na *sententia*. É isto que se chama a organização da instância. E organizada ela pela redacção definitiva da *fórmula*, entregue esta ao autor, e entregue depois por êste ao réu, dava-se então a *litiscontestatio* [1], terminando com ela a fase *in iure* do processo formulário.

Marcha do processo formulário in iudicio

Ligada a instância *in iure* por meio da *litiscontestatio*, o processo entra na fase *in iudicio*, como já sucedia com as *legis actiones*, e aí é agora a sentença que constitui o seu fim e o seu têrmo. A sentença está, porém, estreitamente dependente da *fórmula*, porque é nesta que ela é preceituada ao juiz e se fixam os precisos termos e limites dentro dos quais terá de ser decretada.

Obtida a *fórmula*, as partes apresentavam-se no dia combinado perante o juiz [2], como também já tinha lugar anteriormente, e aí procedia-se então à produção da prova e aos debates. Diferentemente,

---

(1) Vid. Dig., 10, 4, 9, 4 e 5. Dig., 5, 1, 28, 2.

(2) O juiz dá as suas audiências em público nos dias do *rerum actus*. Se uma das partes falta, deverá — de harmonia com a disposição das XII Táb. já atrás citada — dar a decisão a favor da parte presente. Cicero, *in Verr.*, 2, 2, 17, 41; Dig., 4, 4, 8 e Dig., 42, 8, 5, 1.

porém, do que antes sucedia, a competência do juiz era meramente temporária. Se o juiz é um juiz único *(unus judex)*, cidadão romano presidindo um dos chamados *iudicia legitima* (1), dos que eram organizados em Roma para cidadãos romanos, os seus poderes duravam apenas dezoito meses (2); passados êles, sem que a actividade do juiz fôsse solicitada, dava-se a perenção da instância, cessando os poderes daquele e o direito das partes. Se o juiz é, porém, diverso e daqueles cuja jurisdição lhes faz chamar *iudicia imperio continentia* (3), os seus poderes terminavam com os do magistrado que o instituía, logo que aquele abandonava o cargo, e o resultado era o mesmo pela perenção da instância. Além disso, também nesta forma do processo os juízes costumavam fazer-se assistir por um conselho *(consilium)* de juristas, escolhidos por êles livremente, a fim de tomarem com êsse conselho o seu parecer sôbre as questões de direito em que eram leigos.

Presentes ambas as partes perante o juiz, seguiám-se logo a produção da prova e os debates. O autor por si ou por meio de advogado, expunha as suas razões de direito e de facto, pedindo a condenação do réu nos termos em que ela estava prevista e hipotèticamente figurada na *fórmula*; o réu respondia, também por si ou por meio de advogado, com as suas razões também de direito e de facto, terminando por pedir a sua própria absolvição (4). Durante a discussão era produzida a prova, que podia constar do depoimento de testemunhas, juramento e exibição de documentos, não se sabendo contudo por que ordem êstes elementos se seguiam (1).

(1) Gaio, IV, 103 e 104.

(2) Gaio, *ibid.*

(3) Gaio, IV, 105-109.

(4) Quanto aos procuradores e advogados *(cognitores e procuratores)* que podiam representar as partes em juízo, vid. Gaio, IV, 82 e 84.

Produzida ela, porém, e não havendo mais incidentes, o juiz formava emfim a sua opinião sôbre o caso e retirava-se com o seu *consilium* para dar a sentença. Mas na sentença o seu arbítrio estava limitado pela *fórmula* e, embora livre na sua apreciação sôbre os factos, contudo êle não podia afastar-se dos termos em que aquela estava concebida ao dar o seu *veredictum*. A *fórmula* vinculava o juiz na sentença de algum modo como a organização dos quesitos vincula o júri ao dar êste o seu *veredictum* num julgamento moderno em que intervem esta instituïção. Elaborada, por último, a sentença, o juiz devia depois proferí-la em voz alta, embora sem solenidade, na presença das partes, sob pena de nulidade; e proferida, ela não poderia mais por qualquer motivo ser modificada (2). E assim terminava a fase *in iudicio* do processo formulário.

Como se vê, também aqui os têrmos e trâmites essenciais dêste processo *in iudicio* são, pois, os mesmos do processo das *legis actiones* e contudo também aqui êstes dois processos se distanciam consideràvelmtente no seu espírito. Á falta de outras

(1) As provas deviam ser fornecidas por aqueles que as alegavam: *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.* Dig., 44, 1, 1.

(2) A sentença ficava constituindo lei entre as partes: *res judicata pro veritate accipitur.* Não podia ser renovado o juízo com relação à mesma causa, sôbre o mesmo objecto e entre as mesmas pessoas. Caso o autor renovasse o pedido nestas condições, havia para o réu a *exceptio rei iudicatae* com a qual lhe tiraria toda a eficácia. Vid. Gaio, IV, 106.

considerações, bastará notar, em resumo, que, dada a estreita relação de dependência entre a sentença e a *fórmula*, todos os progressos que acompanhavam a introdução da primeira, no ponto de vista da maior mobilidade das concepções relativas à justiça e às exigências da eqüidade, se refletiram igualmente na segunda.

A maior largueza de vistas e a mais delicada compreensão do direito tidas pelo magistrado *in iure* e expressas na *fórmula*, tiveram como repercussão uma maior quantidade de justiça e um maior espírito de eqüidade nas decisões do juiz, *in iudicio*, expressos na sentença. O que já sabemos das acções *bonae fidei*, das acções arbitrárias e das acções *in bonum et aequum conceptae*, espécies essas que só aparecem no sistema do processo formulário, são bem a prova disto.

A fórmula, sua estrutura e partes essenciais

Sendo a *fórmula*, como se disse atrás, o elemento central e mais importante da fórma de processo a que deu o nome, importa dizer ainda alguma coisa mais àcêrca dela e da sua estrutura, para bem podermos compreender toda a influência que ela veio a exercer nas transformações do direito privado. E essa compreensão será fàcilmente atingida, já pelo exame dos seus elementos em detalhe, já pelo estudo de alguns exemplos de *fórmulas* referidos a algumas acções em particular.

Disse-se já que a *fórmula* era um pequeno relatório ou instrução escrita e elaborada pelo magistrado, na qual êste fixava de uma maneira sintética e em poucas palavras os termos essenciais da controvérsia. A *fórmula* era a expressão do modo de pensar do

magistrado relativamente ao aspecto jurídico da questão controvertida, depois de ter ouvido as partes e de ter formado uma opinião fundamentada. E era pela sua elaboração e pela entrega dela às partes, no caso de a acção ser concedida, que terminava a fase *in iure* do processo, dando-se então a *litiscontestatio*. A lite ficava contestada, isto é, ficava atestado oficial e definitivamente que entre elas existia um certo pleito, sôbre um certo objecto, e em certos termos, sôbre o qual elas ficavam tendo desde êsse momento o direito de obterem uma sentença. Pelo contrário, os direitos e obrigações até êsse momento invocados por elas cessavam.

¿A que elementos atendia, porém, o magistrado para confeccionar a *fórmula* e qual era a amplitude das considerações que êle aí fazia?

Sem dúvida, o magistrado atendia, primeiro que tudo, às alegações das partes invocando o direito e declarando os factos em que êle se baseava. Mas ainda isto não era tudo.

Como se disse já, o autor, expondo ao pretor o seu caso e declinando a sua pretensão, podia — é certo — expôr um caso e declinar uma pretensão que tinham já sido previstos pelo direito civil e para os quais êste era o primeiro a dar a acção. Neste caso, o magistrado, tendo em vista o carácter legal do pedido, não fazia mais do que conceder ao autor uma acção também *civil* e dar-lhe, de harmonia com o direito civil ou *ius civile*, uma *fórmula* correspondente, a qual se chamava então uma fórmula *in ius concepta* (1).

(1) Gaio, IV, 45: *sed eas quidem formulas in quibus de iure quaeritur in ius conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure quiritium, aut nobis dare oportere... in quibus iuris civilis intentio est.*

Mas podia também o autor expor ao magistrado um caso e declinar uma pretensão que não tivessem base legal no *ius civile*, mas para os quais contudo êle pedia a acção, porque para êsse caso e para essa pretensão precisamente havia no edito do pretor uma cláusula que lha prometia. E neste caso ainda o magistrado, tendo em vista o caso e a cláusula do seu edito apontada pelo autor, não tinha remédio senão dar a êste uma acção, não já *civil* mas *pretória*, e uma *fórmula in factum concepta* (1).

E podia ainda, finalmente, a pretensão do autor não encontrar base jurídica nem no *ius civile*, nem no edito do pretor, representando um caso inteiramente novo. E então, se o critério do magistrado entendia ainda que êste era um dos casos em que se impunha, em nome da eqüidade, dar a acção ao autor, êle dar-lha ia por sua própria autoridade e redigiria para ela também uma *fórmula* que se chamava igualmente neste caso *concepta in factum*.

E assim como se vê, o magistrado ou o pretor, tinha de atender, não só directamente às pretensões das partes e ao seu fundamento, em si mesmos considerados, mas ainda aos preceitos do direito civil, aos do direito pretório ou, por último, à justiça intrínseca das situações para redigir a sua *fórmula*.

Vejâmos agora quais as partes ou os elementos essenciais de que constava a *fórmula* (2).

A *fórmula* começava sistemàticamente pela nomeação do juiz, depois de escolhido êste pelo processo que já conhecemos.

(1) Gaio, IV, 46 e 46: *ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est adjiciuntur ea verba per quae judici damnandi absolvendive potestas datur.*

(2) Gaio, IV, 39-44.

E assim as primeiras palavras dela, eram invariavelmente: *Titius, Caius* ou *Sempronius... judex esto* (isto é: Tício, Caio ou Semprónio... seja juiz).

A isto seguia-se depois uma rápida referência ao direito invocado pelo autor, quando a pretensão dêste fundando-se no *ius civile*, era realmente um direito munido de acção (caso em que a *fórmula* seria *in ius concepta*); e isto, ordinàriamente, por estas palavras: ... *si paret rem, qua de agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse...* (isto é: se se provar que a coisa de que se trata é por direito dos quirites propriedade de Aulo Agério), ou... *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sertercios decem millia dare oportere...* (se se provar que Numério Negidio deve dar a Aulo Agério dez mil sestércios). Com efeito, tanto num caso como noutro, conclúi-se que o autor começou, ou por invocar perante o magistrado o seu direito de *dominium* sôbre uma certa coisa, ou por invocar contra uma determinada pessoa o seu direito de crédor. E esta parte da *fórmula* é ao que se chama a *intentio* (1).

Se, porém, a *fórmula*, além ou em vez de conter uma referência expressa ao direito invocado pelo autor, contém uma referência ao facto sôbre o qual êsse direito se funda ou que foi a sua causa, então a essa parte dela chama-se a *demonstratio* (2). Assim constituem a *demonstratio* na *fórmula*, por ex., as palavras, por que muitas vezes ela principia:

(1) Gaio, IV, 41: *ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit.*

(2) Gaio, IV, 40: *ea pars formulae quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur.*

... *quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem, quo de agitur, emit*... (isto é: que ou porque Aulo Ag. comprou um escravo a Num. Negídio). Ora, em muitas *fórmulas*, esta parte, a *demonstratio*, aparece fundida com a *intentio*, como sucede em todas aquelas que, sendo *in factum*, correspondem à defesa de pretensões que não constituem verdadeiros direitos (segundo o *ius civile*) mas simples situações de facto que o pretor quiz garantir e tutelar.

Finalmente, toda a *fórmula* contém ainda necessàriamente uma parte em que o magistrado, dirigindo-se ao juiz, lhe ordena expressamente que condene ou absolva o réu, se tais e tais factos ou tais e tais direitos precisos do autor se provarem ou não provarem;... *si paret... Numerium Negidium Aulo Agerio... condemna; si non paret... absolve* (isto é: se se provar o essencial... tu juiz condena N. Neg. a favor de Aulo Agerio; se se não provar, absolve). E é esta parte da *fórmula* que se chama a *condemnatio* (1). Toda a *fórmula* contém, pois, uma *intentio* e uma *condemnatio* como suas partes essenciais e pode por isso dizer-se que ela não é mais, em resumo, do que um juízo hipotético ou uma condenação condicional, tudo dependendo da prova que em juízo se vier a fazer sôbre os factos e os direitos rigorosamente fixados que são a condição da sentença.

(1) Gaio IV, 45: *ea pars formulae qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur*. Além da *demonstratio*, *intentio* e *condemnatio*, convém notar que nas *fórmulas* de algumas acções, como são as acções divisórias (*communi dividundo* e *familiae erciscundae*), é também parte essencial uma parte chamada *adjudicatio*. Esta era a parte da *fórmula* que era constituída por uma proposição com a qual o magistrado autorizava o juiz a atribuir às partes a propriedade ou outros direitos reais relativos à coisa que era objecto do litígio. A *adjudicatio* era inserida entre a *demonstratio* e a *intentio*. Ex.: *quantum adjudicari oportet judex... adjudicato*.

Partes acessórias da fórmula

Ao lado destas partes e elementos que são essenciais na *fórmula*, esta podia conter ainda outros, que importa igualmente conhecer. Estas partes da *fórmula* (*adjectiones*), porém, só nela aparecem quando eram aí incluídas a requerimento do autor ou do réu, a fim de o magistrado poder pôr a fórmula mais em harmonia com as exigências do pedido ou da contestação. De resto, não pequena foi também a contribuição que para a criação destas *adjectiones* o pretor prestou, no seu constante desejo de atenuar certas soluções demasiadamente rigorosas do *ius civile* (1). São elas as *exceptiones* e as *praescriptiones*.

A *excepção* é, como já se disse, substâncialmente, uma forma de defêsa do réu, que consiste em contrapôr ao pedido do autor, não uma negação do seu direito, mas um certo facto ou um certo outro direito que, a provarem-se, hão de paralizar a eficácia do pedido. Com efeito, o juiz não tem senão que ter em consideração, quando se chega à fase *in iudicio*, as alegações relativas à questão e que foram incluídas na *intentio* e na *demonstratio* da *fórmula*. Se, portanto, perante o magistrado *in iure*, o réu se limita a contradizer por um simples «não é verdade» a pretensão do autor, nada mais será preciso acrescentar à *fórmula*; o juiz depois averiguará se o direito e o facto afirmados pelo autor e negados pelo réu são ou não verdadeiros. Mas pode também acontecer

(1) Vid. Gaio, IV, 116 e 129.

que o réu, em vez de negar abertamente o direito do autor, tenha por sua vez a invocar um outro direito que deva justamente excluir o dêste último, ou possa invocar um certo facto, extranho à *intentio*, que tenha o mesmo resultado. E neste caso, justamente, o réu, em vez de negar, ou antes reconhecendo até o direito formal do autor, pedirá ao magistrado que insira a seu favor na fórmula uma *excepção;* e se esta *excepção* se provar, o réu será absolvido (1).

Assim, se por exemplo, um autor intentar contra um réu uma acção a pedir-lhe o cumprimento de uma obrigação que êste de facto assumiu, mas assumiu sob o império de uma coacção moral ou por virtude de um dolo da outra parte, nestes dois casos, o réu não irá negar perante o magistrado o aspecto exterior e legal da pretensão do seu crèdor. Começará até por dizer que realmente êle se constituíu devedor do seu crèdor. Sòmente que, redigida pelo magistrado a *intentio* da competente *fórmula*, êle terá então o cuidado de lhe pedir que insira também aí, e logo a seguir, uma *exceptio quod metus causa* ou uma *exceptio doli* que habilitem o juiz a absolvê-lo, ainda mesmo que o acto gerador da obrigação ou o contrato se venham a provar.

Se a *exceptio* nada mais é do que isto substancialmente, formalmente, ela não é mais também do que uma proposição restritiva, acrescentada na *fórmula* à ordem dirigida ao juiz para condenar o réu, e que tem a virtude de tornar a condenação uma condenação condicional. O juiz só pode condenar o réu, se se provar a *intentio* e se se não provar a *exceptio*. E assim é que a *exceptio* é sempre introduzida e ligada à *intentio* por expressões como estas: *si non, praeterquam si*, etc. (a não ser que, excepto se) (1). Por exemplo: ...*si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere* (intentio), SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT... (exceptio) *iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemna; si non paret absolve* (condemnatio) (2).

(1) Gaio, IV, 116-130.

Finalmente, as *praescriptiones* (3) eram também partes acessórias da *fórmula*, escritas logo à frente dela, substituíndo muitas vezes a *demonstratio* e que tanto podiam ser aí incluídas no interesse do autor como no do réu.

A *praescriptio* no interesse do autor *(ex parte auctoris)* tem ordinàriamente por fim limitar e precisar o pedido por êle feito. Assim, se por ex., o comprador de um prédio itálico quizer intentar contra o vendedor uma acção *ex empto*, para lhe impôr o cumprimento da sua obrigação de lhe transferir a propriedade do dito prédio, como a *intentio* é *incerta* (visto que essa transferência pode dar-se de vários

(1) A *exceptio* pode, de resto, ser também inserida na *fórmula* a favor do autor, como também já foi notado. Nesse caso chamar-se-lhe há *replicatio* ou réplica. Gaio, IV, 126. E pode ainda o réu responder à *replicatio* do autor com uma nova *exceptio* ou *treplicatio* (Gaio, IV, 128), embora os textos nos não forneçam exemplo algum dêste último caso.

Por seu lado, assim como as acções, também as *excepções* podem ser *in ius* e *in factum conceptae*, conforme sejam concedidas, ou de harmonia com preceitos do direito civil, ou de harmonia com preceitos extraídos do *ius honorarium* ou com os preceitos de uma justiça intrínseca a que o pretor tenha resolvido atender.

(2) Gaio, IV, 119.

(3) Gaio, IV, 132.

modos e convem ao autor precisar um que prefira), convem-lhe limitar, por ex., à *mancipatio* o objecto do seu pedido; e isto consegue-o o autor mediante uma *praescriptio* concebida nestes termos: — *ea res agatur de fundo mancipando*. E assim evita êle o ficar mais tarde privado de poder pedir-lhe a tradição do prédio (1).

A *praescriptio* no interesse réu *(ex parte rei)* é uma espécie de excepção que tem apenas de particular o lugar que ocupa na *fórmula*. O exemplo mais importante é-nos fornecido pelos chamados *praeiudicia*, isto é, questões prévias e cuja alegação tinha por fim e efeito afastar o pedido do autor, sob pretexto de que a decisão do juiz na questão controvertida poderia dar como resolvida uma questão mais importante e que importava resolver primeiro. Se, por ex., alguém reivindicava um prédio que fazia parte duma sucessão, da qual o reivindicante se pretendia herdeiro, o réu podia repelí-lo com uma *praescriptio* ou *praeiudicium*, contestando-lhe essa qualidade; pois, sem se resolver se o autor era herdeiro ou não, a questão da reivindicação devia considerar-se prejudicada. E neste caso o magistrado inseria na *fórmula* a *praescriptio (ea res agatur si in ea re praeiudicium hereditati non fiat)* a fim de advertir o juiz de que ele não deveria julgar sôbre a reivindicação, a não ser que a sentença não implicasse como resolvida a questão da sucessão (2).

Deve, porém, notar-se que, a partir do II século da nossa era, as *praescriptiones ex parte rei* se confundiram com as *exceptiones*, sendo estudadas ambas

(1) Gaio, IV, 132 (a).
(2) Gaio, IV, 133.

estas partes acessórias da *fórmula* no mesmo título do Digesto (1).

Exemplos de fórmulas

Conhecidas a estrutura da *fórmula* e as suas partes mais importantes, resta por último apresentar alguns exemplos de *fórmulas* com referência a algumas acções em especial.

Resaltará assim claramente, como esperamos, a importância extraordinária que o processo formulário teve, no ponto de vista dos progressos do direito privado.

As *fórmulas*, correspondendo às acções (por fórma que toda a acção concedida pelo pretor tem a sua *fórmula* precisa) são susceptíveis de se dividirem e classificarem como estas. Pode assim falar-se também em *fórmulas in ius* e *in factum*, *in rem* e *in personam*, *fórmulas ficticias*, etc.; e até todas as divisões das acções, a que atrás se fez referência, não têm verdadeira importância senão no processo formulário e como divisões de acções cujas particularidades justamente lhes vem do modo como é redigida a *intentio* da competente *fórmula*.

Já vimos como funcionava a *reivindicatio* na forma processual da *legis actio sacramento*. Vejamos agora, por exemplo, como ela funcionava no processo formulário. Se o proprietário ou *dominus* de uma coisa pretende reivindicar essa coisa do poder de um terceiro possuïdor, para êste efeito êle começará por citar em juízo, perante o magistrado, o terceiro possuïdor, nas condições e com os termos

(1) Dig., 44, 1, *de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis*.

que já sabemos. E chegados ambos ao tribunal, depois de invocado o *dominium ex jure Quiritium* sôbre a coisa por parte do autor e de negado — suponha-se — por parte do réu um tal direito, aquele pedirá ao pretor a acção civil de reivindicação e conseqüentemente a sua competente *fórmula*.

Em face disto, e reduzida a questão a êstes simples termos, o magistrado não terá mais a fazer do que aceder ao que lhe pedem e fornecerá pois ao autor a fórmula seguinte: — *Titius iudex esto* (nomeação do juiz). *Si paret rem qua de agitur ex jure Quiritium Auli Agerii esse* (intentio), *(neque ea res arbitratu tuo Auli Agerii restituatur)* (cláusula arbitral), *quanti ea res erit, tantum pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolve* (condemnatio). Isto é: seja juiz F. e, se se provar que a coisa, de que se trata, é realmente *propriedade civil* de A. A., e se essa coisa lhe não fôr restituída por proposta arbitral do juiz, nesse caso tu, juiz, deverás condenar a favor de A. A., no quanto do valor da coisa *(quanta ea res erit)*, o possuidor N. N.; caso contrário, deverás absolver o réu. Aceite esta *fórmula* por ambas as partes, ficava ligada a instância, no momento preciso em que o autor a aceitava das mãos do magistrado, e dava-se a *litiscontestatio* que encerrava a fase *in iure* do processo. Seguia-se a fase *in iudicio* e aí, em face das provas, o que o juiz teria a averiguar era se realmente o direito de *dominium* de Aulo Agério, alegado na *intentio*, era verdadeiro. Se o fôsse, êle proporia então ao réu e possuidor que a restituísse para evitar a condenação (cláusula arbitral). Caso o réu não restituísse, condená-lo hia nos precisos termos da *fórmula*. Caso, porém, o direito de propriedade do autor se não provasse, absolvê-lo hia emfim. E nisto

se resumia a acção real de *reividincatio* na fórma do processo formulário.

Suponhamos agora que se trata de uma acção pessoal *ex empto vendito* (compra e venda) com a qual o comprador de um escravo pretende impôr ao vendedor o cumprimento da sua obrigação de lho entregar. A acção de compra e venda é também uma acção civil. Portanto, para ela, e decorridos os anteriores termos da causa até aí, o autor pedirá ao magistrado uma *fórmula* também *in ius concepta*, e o magistrado, ouvidas as razões das partes, conceder-lha há nos termos seguintes: ... *Titius iudex esto* (nomeação do juiz)... *quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem, quo de agitur, emit, qua de re agitur* (demonstratio)... *quidquid ob eam rem N. Neg. Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* (intentio)... *eius iudex N. Negidium A. Agerio condemna. Si non paret absolve* (condemnatio). Isto é: seja juiz F. ...diz-se que A. A. comprou o escravo de que se trata a N. N. e é disso que se trata. Naquilo que, portanto, e por êsse motivo N. N. se mostrar dever dar ou fazer a A. A., de harmonia com os preceitos da boa fé, nisso tu, juiz, condena N. N. a favor de A. A.. Caso nada se prove, absolve-o. Depois disto, ligada assim a instância, e em face da prova produzida sôbre os direitos do autor e os factos, o juiz condenaria ou absolviria o réu, não sem que lhe ficasse todavia uma certa liberdade para apreciar todas as circunstâncias do caso, visto tratar-se de uma acção de boa fé *(ex fide bona)*.

Os exemplos anteriormente referidos são exemplos de *fórmulas in ius conceptae* e relativas a acções que eram já concedidas pelo *ius civile*, nada tendo portanto aqui o pretor inovado. Vejâmos agora,

por último, um exemplo de uma acção puramente pretória, a que corresponde uma *fórmula in factum*.

Suponha-se que o comprador de um escravo, depois de ter feito a compra, obteve a posse desse escravo por uma simples *traditio*, em vez de a obter, como devia ser, por meio de uma *mancipatio*. É preciso notar que neste caso, segundo o velho direito civil romano, o comprador se não tinha tornado proprietário *ex jure Quiritium* do escravo comprado; e isto porque a propriedade das *res mancipi* (e o escravo era uma coisa dessas) não podia ser transferida senão mediante uma fórma solene e apta para esse efeito, como justamente era a *mancipatio*. Ora, se nestas condições o comprador e já possuidor do escravo, mas ainda não seu proprietário, perdia depois por qualquer circunstância a sua posse, ¿como poderia êle reivindicá-la de outro qualquer possuïdor ou até do verdadeiro proprietário civil?

O *jus civile* não lhe dava acção para isso. Mas justamente dava-lha o pretor. Este tinha-a prometido no seu *editum* ao chamado *dominus bonitarius* ou proprietário do direito pretório. E nestas condições, e decorridos os anteriores termos do processo, era a acção pretória, chamada a *Publiciana in rem actio*, a que correspondia uma fórmula *in factum*, que o autor pediria ao magistrado. E este, ponderadas todas as razões, dava-lha emfim nos seguintes termos: — *Titius iudex esto* (nomeação do juiz)... *si quem hominem Aulus Agerius bona fide emit et is ei traditus est, anno prossedisset, tum si eum hominem, quo de agitur, eius ex jure Quiritium esse oporteret* (demonstratio e intentio)... *si ea res arbitratu tuo Aulo Ag. non restituetur* (cláusula arbitral), *quanti ea res erit tantam pecuniam iudex N. Negidium Aulo Ag. condemna. Si non paret, absolve* (condemnatio). Isto é: sêja juiz F.; se A. A. comprou de boa fé o escravo de que se trata e êste lhe foi entregue (dado por simples tradição), — se êle o tivesse possuído um ano, seria seu proprietário por direito dos quirites; ora, se essa coisa lhe não fôr restituída por tua proposta arbitral, nesse caso tu juiz deverás condenar N. N. em tanto quanto o valor da coisa. Se não se provar isso, deves absolvê-lo.

Vê-se pois que esta *fórmula* era dada, partindo o magistrado de uma pressuposição puramente fictícia. Claro é que, se o comprador e adquirente do escravo e de boa fé o tivesse possuído um ano, êle teria ao fim dêsse tempo adquirido inclusivamente a propriedade civil ou *ex jure Quiritium* do escravo; e isto em virtude da *usucapio* ou prescrição aquisitiva. E, justamente, o magistrado dizia ao juiz na *fórmula* acima transcrita que considerasse êle o autor como tendo já adquirido por usucapião a propriedade do escravo, isto é, como se tivesse já decorrido o ano de posse e uma vez que as outras condições para a usucapião, e, nomeadamente, a boa fé, se verificassem. Esta acção e esta *fórmula* são, pois, o que se chama uma acção e uma *fórmula fictícias (ficticiae)*. E averiguado que assim era, o juiz procederia como na *reivindicatio*, isto é, convidaria primeiro o réu a restituir o escravo (cláusula arbitral) e, se êle não restituía, condenava-o nos termos da *fórmula*. Se, porém, não se averiguava que o autor tinha todas as condições para a usucapião, excepto o ano decorrido, nesse caso absolveria o réu.

Ora (e resumindo ràpidamente as conclusões que daqui se devem tirar), vê-se pois como mediante sobretudo *fórmulas* como esta, *fórmulas pretórias* e *in factum*, o magistrado da justiça civil, ou o pre-

tor, veio a ter nas suas mãos o mais directo e eficaz instrumento de reforma que pode ser imaginado para introduzir no velho *ius civile* as modificações e inovações que entendesse. Jogando livremente com as acções, ou seja, com as *fórmulas*, concedendo as acções civis ou não as concedendo, conforme entendesse, criando para elas *fórmulas* todas suas, aplicando-as a hipóteses novas e que não estavam a princípio compreendidas na sua esfera de aplicação, criando — mais uma vez o dizemos — acções novas, acções pretórias, para tutelar casos, pretensões e situações também novas, que o direito civil não tutelava, como é exemplo a Publiciana, e criando emfim ao lado de tudo isto numerosas excepções e prescrições a favor das partes, o pretor tornou-se bem, no domínio no processo formulário e em virtude dêle, o árbitro supremo da tutela jurídica e até, indirectamente, o criador mais activo do direito privado (1).

A execução no processo formulário

A execução da sentença constitui uma nova e última fase no processo, a que não devemos também deixar de fazer referência, depois de expostos todos os seus principais trâmites e termos até aqui.

No domínio do processo das *legis actiones* a execução da sentença era uma execução toda de carácter pessoal, como vimos. Servia para isso a *legis actio per manus injectionem*; e se, como também vimos, o réu, depois de condenado, não cumpria a sentença, o autor podia apoderar-se da sua pessoa, retê-la cativa durante sessenta dias em sua casa e,

(1) Cfr. vol. I, págs. 149 e 150.

por fim, vendê-la como escrava ou até matá-la (1). A satisfação do autor sôbre o património do réu não era afinal senão uma última conseqüência indirecta da sua satisfação sôbre a pessoa dêste; isto é: terminava-se por onde em épocas de maior civilização se costuma começar.

No domínio do processo formulário, porém, todas estas noções relativas à fase executória do processo se fôram pouco a pouco transformando; e, se é certo que a execução exclusivamente patrimonial não foi desde logo estabelecida como uma conseqüência das importantes reformas da lei Aebutia, contudo é fóra de dúvida que foi no domínio dêste sistema de processo que a idea de uma execução directa sôbre os bens do devedor pela primeira vez surgiu. Mas essa idea não importou desde logo o desaparecimento da idea de uma execução sôbre a pessoa do devedor. Pelo contrário, esta última subsistiu ainda depois e durante toda a época clássica, embora despida dos rigores que a acompanhavam no sistema das *legis actiones*. Porém, já a simples afirmação desta idea de uma execução patrimonial, ao lado da antiga execução pessoal, representa indiscutivelmente neste ponto um grande progresso dêste período.

Dum modo geral, pode dizer-se que, também no período do sistema formulário, o réu condenado tem

(1) Não deve esquecer nesta altura que, mesmo no domínio do processo das *legis actiones*, êstes rigores da execução, no procedimento da *manus injectio*, tinham já sido atenuados consideràvelmente depois da *lex Poetelia*, de 325 a. C. Esta foi a lei que retirou ao *nexum* a sua fôrça executória, roubando assim aos crèdores o direito de venderem ou de matarem os devedores. Ela deve ter mesmo acabado com a prisão temporária dos 60 dias. Vid. vol. I, págs. 89 e 90.

um prazo de sessenta dias para executar a sentença (1) e que só passado êsse prazo se abre então a fase da execução coërcitiva. A acção por excelência para êsse efeito, correspondente à *manus injectio* do sistema anterior, é, porém, agora a *actio judicati*, que tem a particularidade de ser de entre todas a via mais regular de execução das sentenças, a respeito de todas as causas e acções, já reais, já pessoais.

Esta acção tanto pode, porém, atingir a pessoa, como os bens do devedor. Se o crèdor, em cujo favor a sentença foi dada, prefere executar a pessoa do seu devedor, poderá, ao cabo dos sessenta dias, pedir ao magistrado uma *addictio*, que permitirá àquele, como na *manus injectio*, apoderar-se da pessoa dêste e levá-la consigo *(duci jubere)* (2). O devedor ficará nesse caso prisioneiro do crèdor, na sua prisão doméstica. Sòmente que desapareceram agora (desde a *Lex Poetelia*) os rigores da antiga prisão por dívidas. Nem a venda *trans Tiberim*, nem a morte aguardam já o devedor prisioneiro. A sua prisão será apenas um meio de vencer a sua resistência ao pagamento e prolongar-se há até que êste ocorra ou até que o devedor tenha remido pelo seu trabalho o seu débito (3).

(1) Gaio, III, 78 e Cód. VII, 54, 5, 1.

(2) Cicero, *pro Placco*, 20 *in fine* e *Lex Rubria*, c. 21.

(3) Deve notar-se que aqui, como na *manus injectio*, o devedor atacado pelo crèdor para o executar podia também impugnar a legitimidade ou até a existência do julgamento ou sentença proferida contra êle. No caso da *manus injectio*, como se viu, aquele podia fornecer um *vindex* que o defendia. Na *actio judicati*, não fornece *vindex*, mas pode intentar uma nova acção, pedindo uma *fórmula* para ela ao magistrado e prestando uma caução *(cautio judicati solvi)*. Esta caução visa a garantir o crèdor contra o risco de perda, no caso de o réu decaír de novo; e a pena a que êle se sujeita, destinada a indemnizar o crèdor por êste adiamento e demora que a questão sofre, é a pena do dôbro daquilo em que tinha sido condenado, como no caso do *vindex*. Gaio, IV, 9.

Se, porém, o crèdor prefere usar da execução patrimonial sôbre os bens do devedor *judicatus* (e esta fórma de execução será evidentemente a única a que recorrer, toda a vez que êste esteja ausente ou se tenha escondido) nêste caso êle pedirá ao magistrado a posse desses bens e êste dar-lha há então *(missio in bona rei servandae causa)* (1), como preliminar de uma verdadeira execução patrimonial que se segue. E o termo que a isto se segue será ou a chamada *venditio bonorum*, ou, como foi mais tarde, a *bonorum distractio*.

A *venditio bonorum* é a venda de todo o património em globo do devedor. A *bonorum distractio* é a venda desse património em detalhe, efectuada por um *curator* ou *magister*, espécie de administrador da massa falida, e só na medida necessária para integral satisfação dos crèdores.

(1) A *missio in possessionem* é concedida ao crèdor ou crèdores para com ela êstes provocarem o pagamento ou a defesa do réu numa acção. Ela permite aos crèdores conservarem os bens do devedor até que se produza êste resultado, a fim de os guardarem e impedirem o seu desvío. Mas os crèdores *missi in bona* ficam obrigados a tornarem conhecida por meio de anúncios *(proscriptiones)* a situação do património do devedor *(bona possideri proscribique jubebo*, diz o pretor) para que, sem dúvida, amigos ou parentes dêste possam intervir pagando ou assumindo a defesa do executando. E, se esta situação se prolonga, os crèdores farão nomear pelo magistrado um administrador do património ou *curator bonorum*. Quando a *missio* é, porém, desde o princípio um preliminar certo da *venditio*, o pretor costuma dizer no seu decreto: *bona possideri proscribi, venirique jubebo*. Vid. Dig., 42, 5, 12, pr.; Dig., 41, 2, 10, 1; Dig., 42, 7, 2 e Dig., 42, 4, 6, 1. Cfr. Gaio, III, 78 e 79.

Para que a *venditio bonorum* pudesse ter lugar, deviam primeiramente ser afixados anúncios *(proscriptiones)* de um certo número de dias (30 ou 15, consoante se tratava dos bens de um vivo ou de um morto), afim de que parentes ou amigos do devedor pudessem ser avisados e intervir pagando por êle ou defendendo-o. Depois disso, e cominada contra êle a nota de *infamis* (1), o pretor ordenava, finalmente, por meio de um decreto, aos crèdores que procedessem à nomeação de um *magister*, escolhido de entre eles, para proceder à venda dos bens (2). Êste *magister* organizava então um caderno de encargos *(lex bonorum vendendorum)* fixando as condições da venda, os créditos privilegiados e as garantias a prestar por parte do comprador dos bens e, publicado aquele por meio de novos anúncios, procedia-se finalmente à venda (3). A venda, porém, devia ser feita em hasta pública e terminava por uma adjudicação *(addictio)* a favor daquele dos crèdores (*bonorum emptor*) que oferecesse pagar aos outros um mais elevado dividendo. E êste comprador ou *bonorum emptor* era considerado um sucessor por título universal no património do falido (4).

(1) Gaio, II, 154 e Cícero, *pro Quintio*, 15. A nota de *infamia* só recaía no devedor depois de despojado êle do seu património. O devedor só evitava esta sanção praticando a cessão dos bens, que foi introduzida no tempo de Cesar ou de Augusto, por uma lei Julia. A *bonorum cessio* era o abandono voluntário feito pelo devedor dos seus bens aos crèdores. Vid. Cód. II, 12, 11.

(2) Gaio, III, 79.

(3) Cícero, *pro Quintio*, 15.

(4) Gaio, IV, 35. Êste modo de transmissão dos bens para o *bonorum emptor*, considerado sucessor do devedor falido *per universitatem*, foi introduzido pelo pretor Rutilius, no segundo século antes da nossa era. E, sem dúvida, êle ter-se hia inspirado para isso numa espécie de venda já usada anteriormente em proveito do Estado e chamada a *bonorum sectio*. Mas o *bonorum emptor*, adjudicatário do património, não se torna um proprietário civil, mas simplesmente pretório dos bens. Êstes passam a ficar sòmente *in bonis* do *bonorum emptor*, que só os poderá adquirir em propriedade civil mediante usucapião. Veja Gaio III, 80. Quanto aos créditos e dívidas da massa falida, o *bon. emptor* tinha a seu favor ou contra si apenas acções úteis. Se os bens eram dum defunto, a *fórmula* dessas acções era uma fórmula ficticia (*ficto se herede*) considerando-se o *bon. emptor* como se êle fosse um herdeiro (*acção serviana*). Se os bens eram de um vivo, a fórmula era redigida na sua *intentio* em nome do executado e a *condemnatio* no nome do *bon. emptor* (*acção rutiliana*).

Quanto à *bonorum distractio*, bastará notar que esta fórma de execução patrimonial só foi introduzida já pelos fins do sistema formulário e, ao que parece, por um senatusconsulto que teria particularmente em vista limitá-la só ao caso de certos devedores de uma elevada categoria social para os poupar a uma *venditio omnium bonorum* (1).

Vias de recurso Finalmente resta referir quais eram as principais vias de recurso que, dentro do sistema formulário, existiriam a favor das partes para estas obterem a reforma ou a anulação dos julgamentos ou poderem impedir a sua execução.

Pouco é o que sabemos de certo a êste respeito. Em todo o caso, costumam enumerar-se como sendo verdadeiras vias de recurso, dentro do processo romano, desde o mais antigo direito: a *intercessio*, a *revocatio in duplum*, a *restitutio in integrum* e a

(1) Dig., 27, 10, 5 e 9.

appellatio. Diremos sumàriamente em que consistiam.

A *intercessio* era o direito reconhecido desde o mais antigo direito aos magistrados de Roma, cônsules, tribunos, depois aos pretores, de anularem por meio do seu *veto* os actos dos seus colegas, quando a respectiva magistratura era dual, como garantia da liberdade dos cidadãos. É preciso notar, porém, que se esta fórma de recurso bastava para fazer suspender os actos e as resoluções dos pretores (1), não era contudo bastante para fazer anular as sentenças dos juízes e jurados.

A *revocatio in duplum* era o direito que tinha o réu condenado de atacar a sentença no momento em que se iniciava a execução, sob pretexto da sua nulidade (2). Era o que fazia o réu *judicatus* quando, na *legis actio* por *manus injectio*, apresentava o *vindex*, ou o que êle fazia quando, no processo formulário, prestava a *cautio judicatum solvi* e pedia ao pretor uma *fórmula* para renovar a acção. E tanto num caso como noutro, como se viu, a pena que sôbre êle recairia (sôbre o *vindex*, ou sôbre êle no processo formulário) era o dobro do valor da causa mediante uma nova condenação *in duplum*.

A *restitutio in integrum* era também uma acção com a qual o pretor, em certos casos previstos no *edictum*, mas só nesses, fazia considerar como não tendo sido proferida uma certa sentença que tinha gravemente lesado os interesses de certas pessoas (3).

(1) Tito Livio, VI, 27, 8 e 10.

(2) Cicero, *pro Flacco*, 21, 49 e Paulo, *Sententiae*, V, 5 (a) e §§ 7 e 8

(3) Cicero, *ibid.*; *in Verr.*, II, 2, 25, 62, 26, 65. Cfr. Dig., 4, 4, 7, 4; 29, 1, 45, 1 e 3, 3, 46, 3.

Assim, por ex., no caso de um menor de vinte e cinco anos ter sido condenado numa acção com que um maior lhe pedira o cumprimento de uma obrigação que o tinha lesado.

Finalmente, a *appellatio*, que não data de antes dos começos do Império, não era mais do que o direito reconhecido às partes, depois de julgadas as demandas por certos magistrados, de recorrerem aos magistrados superiores, segundo a jerárquia, pedindo-lhes a anulação da sentença ou a sua substituïção por uma outra (1). Há quem pretenda fundar esta via de recurso, origem evidentemente da apelação em segunda instância, na antiga *intercessio* dos magistrados romanos. Parece todavia mais provável que ela remonte ao direito que tinham os magistrados provinciais de reformarem as decisões dos delegados por êles instituídos nas cidades, aonde não podia chegar a sua jurisdição pessoal e directa. Seja como fôr, o apelante devia sempre interpôr dentro de curto prazo (*dies fatales*), verbalmente ou por escrito, o seu recurso perante o magistrado que dera a decisão, a fim de que êste suspendesse a sua execução até final julgamento (2). Note-se, por último, que é muito duvidoso que êste recurso valesse já para as decisões dos juízes e jurados da *ordo judiciorum privatorum*, tudo inclinando a crêr que êle não tivesse vigorado senão para os julgamentos *extra ordinem* e só se tivesse desenvolvido, desde os começos do Império, com o processo da *extraordinaria cognitio*. É dêste último que nos resta emfim tratar. Mas antes disso tratêmos ainda, em poucas palavras, de certos outros

(1) Dig., 49, 1.

(2) Dig., 49, 3, 1, pr. e pág. 3.

poderes derivados do *imperium* dos magistrados, no período formulário, e com os quais êstes intervinham também nas contestações dos particulares e não pouco também influênciaram o direito privado.

Poderes derivados do imperium do magistrado

Com efeito, não era só mediante a organização por êle dada aos *iudicia*, em virtude da sua *jurisdictio*, que o magistrado romano ou o pretor vinha a ter uma larga intervenção na administração da justiça e daí nas transformações do direito privado.

Era essa, sem dúvida, a parte mais importante da sua actividade de magistrado jurisdicional. Mas, ao lado disso, é preciso não esquecer que, sendo êle também um magistrado munido de *imperium* (1), justamente por virtude dêsse *imperium* lhe pertencia também um certo numero de poderes com os quais êle veio a influir não menos largamente na administração da justiça. Êsses poderes existiam já para êle no tempo das acções da lei; mas foi sobretudo durante o período do processo formulário que o pretor usou dêles, intervindo então também com êsses poderes nas contestações de direitos por via de autoridade e em virtude do seu *imperium* em sentido estrito. Ora êsses poderes gerais, de índole policial e administrativa, exerceram-nos os pretores sobretudo através de quatro processos: *a*) — as chamadas estipulações pretórias (*stipulationes pretoriae*); *b*) — as concessões de posse (*missiones in possessionem*); *c*) — os interditos (*interdicta*); e, finalmente, *d*) — as restituïções por inteiro (*restitutiones in integrum*).

(1) Veja vol. I, pág. 109, nota.

As *stipulationes* (1) eram, como a palavra está dizendo, uma espécie de verdadeiros contratos, como a *stipulatio* privada, mas contratos impostos neste caso às partes pelo magistrado para elas regularem entre si certos direitos de certa maneira (2). Quando o magistrado queria constituír a favor de certa pessoa um crédito contra uma outra, que o direito civil aliás não lhe dava, obrigava a segunda a constituír-se devedora da primeira por meio de uma *stipulatio*. E, como conseqüência disso, nascia assim a favor da primeira uma acção *in personam* que ela antes não tinha. Muitas vezes recorria-se a uma *stipulatio* destas para garantir, por exemplo, a execução dum juízo ou duma sentença. E como as estipulações pretórias são assim verdadeiros contratos forçados, o magistrado usava para as impôr às partes outros meios e processos judiciários, como as *missiones in possessionem*, a recusa de acções aos recalcitrantes, etc.

As *missiones in possessionem* resumem-se, como também a palavra o diz, no direito conferido a uma pessoa, pelo magistrado, de se apossar de certos bens de uma outra. O magistrado mete a primeira em posse de certos bens da outra, evidentemente para a forçar a uma certa conduta ou atitude. Se a posse é dada sôbre uma coisa determinada, diz-se *missio in rem*; se é dada sôbre um conjunto de bens, diz-se *missio in bona*. Esta posse tem, porém,

(1) Dig., 46, 5 e Inst. III, 18.

(2) Segundo Ulpiano, as *stipulationes* podiam ser ou *cautionales*, ou *judiciales* ou *comunes*, segundo visam a fazer nascer um crédito que o direito civil não concede, ou a obter a execução dum juízo ou uma e outra coisa ao mesmo tempo. Dig. loc. tit., 1.

ordinàriamente um carácter limitado e temporário, resolvendo-se numa simples detenção material da coisa e durando só até que o fim que o magistrado tem em vista se realize (1); ou então, se a *missio in possessionem* é preliminar de um outro procedimento, até que se verifiquem certas condições.

Para garantir o *missus*, ou a pessoa a favor de quem a *missio* foi decretada, o magistrado concedia freqüêntemente interditos e *actiones in factum*.

Por sua vez, eram os *interdicta* ordens que o magistrado dava em virtude do seu *imperium* para pôr termo a certas contestações de direitos entre os cidadãos. Por elas o magistrado preceituava ou proïbia sempre alguma coisa, formulando-as portanto em termos imperativos, como êstes: *restituas, exhibeas, vim fieri veto* (ordeno que restituas, que exibas, proíbo que uses da fôrça) etc. (2). Ora êstes interditos, cuja origem remontará porventura ao mais antigo direito, fôram sobretudo usados pelo pretor no domínio do processo formulário e obtiveram aí, dados os novos poderes do magistrado, um tal desenvolvimento, que em muitos casos chegaram a ser prometidos no *edictum* como solução regular de certas contestações previstas por êle e fôram mais tarde ainda, em muitos casos, também

(1) Dig., 16, 4, 5, pr. Exemplos: o caso de *damno infecto* (Dig., 39, 2, 4, 1); a *missio Antoniniana* (Dig. 36, 3, 5, 16-21); a *missio* como preliminar da execução, etc.

(2) Inst. IV, 15, pr.: *erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat.* Quando as ordens do magistrado eram preceptivas, chamavam-se antes *decreta*. Vid. Gaio, IV, 140.

o ponto de partida para numerosas e complicadas acções (1).

De uma maneira geral os interditos pretórios funcionavam do seguinte modo: depois de presentes ambas as partes perante o pretor, aquele que pretendia o interdito expunha a sua pretensão, procurando mostrar que o merecia, ou que o seu caso reünia as condições exigidas para o obter, de harmonia com o *edictum*. Então o pretor, ou o recusava, ou, se entendia que êle devia ter lugar, deferia ao pedido, pronunciando a sua ordem, preceito ou proïbição, dirigida à outra parte. Nesta altura, ou esta se conformava e obedecia à ordem proferida a seu respeito e tudo estava acabado, ou resistia. Se resistia, alegando que o seu caso não era o caso do interdito ou infringindo a proïbição, então o pretor enviava ambas as partes perante um juiz, depois de lhes ter fornecido uma *fórmula in factum concepta*. Êste juiz averiguava os factos, via se o réu se recusava sem razão a obedecer e decidia emfim do litígio (2). Os *interdicta* pretórios (3) conduziam portanto, como se vê,

(1) A origem dos interditos parece ter sido a necessidade de regular certas relações que não tinham precisamente o carácter de direitos, fugindo por isso a uma regulamentação geral, mas que não deixavam de chamar a atenção do magistrado reclamando a sua intervenção, quando sôbre elas se levantavam contestações entre as partes. E como, para regular essas relações, não havia acções pròpriamente ditas, daí a sua regulamentação por via de autoridade do magistrado e, portanto, a origem dos *interdicta* na sua primeira função de processos puramente administrativos. E o mesmo pode até dizer-se, pouco mais ou menos, da origem das *missiones* e das *stipulationes*.

(2) Gaio, IV, 141, 162, 163 e 164.

(3) Os interditos eram classificados, quanto à sua natureza, em: sacros e profanos; populares e privados; temporários ou perpétuos; petitórios e possessórios. E, quanto à fórma,

à confecção de uma *fórmula* e à organização de um *iudicium*, como as acções. Mas, ao passo que as *fórmulas* das acções eram na sua quási totalidade concedidas em virtude de uma disposição geral, de direito civil ou pretório, as *fórmulas* dos interditos eram-no sempre, na sua essência, em virtude de uma ordem especial emitida pelo magistrado. É possível, porém, que o processo dos interditos fôsse mais simples e rápido do que o processo das acções vulgares. E note-se ainda, por último, que estas diferenças entre as acções e os interditos se foram por fim de tal modo esbatendo que, ao terminar a época clássica, êstes últimos tinham já sido em numerosos casos substituídos por verdadeiras acções ou tinham dado lugar a elas.

Finalmente, as *restitutiones in integrum* eram decisões pelas quais o magistrado repunha na sua situação primitiva uma pessoa que sofrera, em virtude do próprio mecanismo das regras do direito, um grave prejuízo por êle reputado injusto (1). Pela restituïção por inteiro o pretor considerava, em virtude

em: *proïbitórios*, *exibitórios* e *restitutórios*. Os primeiros dêstes últimos, aos que se dá especialmente o nome de *interdicta*, consistem numa proïbição (ex: o *interd. ne quid in loco sacro*, *vel publico fiat*, o *interd. utrubi*, *uti possidetis*, etc.). Os outros, que ordenam uma exibição ou uma restituïção, chamam-se mais pròpriamente *decreta* (ex: o *interd. de precario*, *de vi*, de *liberto exhibendo*, etc.). Os mais importantes interditos, porém, são os que se referem à tutela da posse ou chamados interditos possessórios, visando a conservá-la ou a fazê-la restituir *(adpiscendae vel recuperandae possessionis)* de que oportunamente será tratado no volume terceiro, quando se tratar dos direitos reais e da posse. Vid. Gaio, IV, 142, 143, 156; Dig., 43, 1, 1 e 43, 1, 2.

(1) Dig., 4, 1, e Paulo, *Sent.* I, 7, 1.

sempre do seu *imperium*, o acto, do qual o prejuízo resultara, como não se tendo realizado. Foi êste, sem dúvida, o mais enérgico de todos os poderes extra-jurisdicionais do magistrado e o mais rico de conseqüências dentro da esfera das suas funções jurisdicionais. Na verdade, suprimindo um acto a que o direito ligava normalmente e necessàriamente tais e tais efeitos, o magistrado revolucionava assim toda a ordem jurídica e quasi que elevava, em princípio, a contingência e o arbítrio à categoria de uma lei do mundo do direito. As *restitutiones in integrum* desenvolveram-se também sobretudo, como os interditos, no período do processo formulário, nada constando da sua existência sob as acções da lei. Para que, porém, um tal meio excepcional fôsse concedido às partes, era necessário que estas o pedissem para algum dos casos especialmente previstos no edito do pretor, mostrando que o seu caso obedecia a todos os requisitos que aí se exigiam (1). E era também, além disso, necessário que elas o pedissem em tempo útil, isto é, dentro de um ano, a contar do momento em que se tornára possível solicitá-lo (2). O magistrado conhecia e estatuía então sobre o pedido *extra ordinem*, isto é, administrativamente e fóra da suas funções jurisdicionais, apreciando *causa cognita* a

(1) Essas edições eram: 1) — que o acto atacado tivesse sido causa ou fôsse susceptível de ser causa de uma lesão de certa gravidade (Dig., 4, 1, 4); 2) — era preciso que o suplicante não tivesse à sua disposição, para evitar o prejuízo ou obter a indemnização, nenhum outro meio ou acção civil ou pretória (Dig., 4, 4, 16, pr.); 3) — emfim, era necessário que o magistrado encontrasse nos factos que eram apresentados uma causa particular e legítima para poder conceder a *restitutio*.

(2) No tempo de Justiniano êste prazo foi ampliado, sendo então de quatro anos. Cod. II, 52 (53), 7.

legitimidade e oportunidade da pretensão (1). E então, se o acto considerado inexistente pelo pretor tinha retirado ao suplicante qualquer direito, êste renascia automàticamente com todas as suas acções competentes, que êle poderia de novo intentar (2).

Os casos típicos e em limitado número (3) para os quais o pretor prometia no seu *edictum* as *in integrum restitutiones* eram: a lesão grave nos interesses patrimoniais do menor de 25 anos (4); a violência e o dolo, como vícios da vontade na celebração dos negócios jurídicos, quando não havia à disposição da vítima dessas causas de anulabilidade outro meio de elas se defenderem (5); certos casos de erro desculpável (6); o caso da *capitis deminutio minima*, quando o pretor permitia aos crèdores do *capite deminutus* que lhe pedissem o pagamento das suas dívidas, como se a *capitis deminutio* não se tivesse dado (7); e o caso de ausência necessária,

(1) Dig., 4, 1, 5.

(2) Chamava-se geralmente *rescisoria* ou *restitutoria* a acção cuja propositura se tornava possível depois da rescisão do acto que a tinha extinto primeiramente. Dig., 4, 6, 28, 5 e 6.

(3) Paulo, *Sent.* 1, 7, 2: *in integrum restitutiones praetor tribuit ex his causis quae per metum, dolum, et aetatis permutationem, et iustum errorem et absentiam necessariam et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur.* Cfr. Dig., 4, 1, 1 e 2.

(4) Vid. *supra*, pág. 141. É a *restitutio in integrum* dita *ob aetatem*. Dig., 4, 4.

(5) Vid. *supra*, pág. 312 e 315. É a *rest. in integ.* dita *ob dolum* e *ob metum*. Dig., 4, 2, e 4, 3.

(6) Esta *restitutio in integ.*, dita *ob errorem*, era concedida, não em virtude de uma cláusula geral do edito, mas em virtude de várias cláusulas especiais relativas particularmente a erros de processo. Dig., 27, 6.

(7) Vid. *supra*, pág. 186. É a chamada *restitutio in integ. ob capitis deminutionem*. Dig., 4, 5.

quando, por ex., por virtude de cativeiro ou de exercício de uma função pública, a pessoa não podia em tempo útil exercer certos direitos e daí lhe tinham resultado graves prejuízos (1).

Emfim, note-se ainda que os efeitos da *in integrum restitutio* não se produziam senão depois de se ter dado um debate contraditório, não podendo êsses efeitos ser opostos senão entre as partes que tinham intervindo no processo. E depois de declarada ela, eram também as partes que deviam tirar dela todas as consequências, já invocando-a como excepção na defesa de umas contra as outras, já fundando-se nela para intentarem entre si as acções que lhes pertenciam anteriormente aos actos que a *restitutio* declarara sem efeito.

III — Processo da extraordinaria cognitio

O processo da *extraordinaria cognitio* ou *extra ordinem* é o processo que, como a sua própria designação o está dizendo, tem lugar fóra dos moldes do conhecimento judiciário vulgar ou ordinário, ou seja, fóra da *ordo judiciorum privatorum* (2).

O processo formulário e o processo das *legis actiones* eram ambos, como se viu, processos regulares, constando de um certo número de fórmas legais, precisas e definidas, que tanto os magistrados como as partes deviam necessàriamente observar para assegurarem a administração e o triúnfo da justiça em matéria judiciária. E era ao conjunto das

(1) *rest. in integrum ob absentiam*: Dig. 4, 6.

(2) Vid. vol. I, pág. 277.

leis e fórmas que constituíam tipicamente êsses processos que se chamava a *ordo judiciorum privatorum*.

Mas acontecia por vezes, ainda durante a vigência do processo formulário, que os magistrados judiciais, os pretores, munidos do *imperium*, e ainda outros magistrados superiores, tinham também de intervir em matérias de administração, em muitos casos em que não podia ser competentemente organizada uma instância regular. Já em virtude da natureza especial de certos litígios, já em virtude da natureza do magistrado ou funcionário que neles intervinha, por vezes certas questões não podiam ser processualmente organizadas e conduzidas dentro dos moldes, fórmas e preceitos da *ordo judiciorum*. E quando isto sucedia, fóra de matérias estritamente judiciárias, dizia-se então que o conhecimento que o magistrado tomava dessas questões, para as resolver, era um conhecimento ou *cognitio extra ordinem*, ou um conhecimento *extraordinario*. O magistrado, fôsse êle o pretor ou outro qualquer, usava então, no exercício das suas funções, de todos os meios e poderes contidos no seu *imperium* e de que êle podia dispôr. Sem se preocupar então mais com as fórmas, as regras e os preceitos da *ordo judiciorum*, procedia discricionàriamente; citava as partes por meios directos e coërcitivos, impunha multas, ouvia os interessados e dava êle mesmo, também directamente, as decisões e as sentenças, sem remeter as questões *in iudicio* para uma autoridade diferente, como eram os juízes e os jurados nos sistemas anteriores.

Finalmente, era êle também e não já as partes quem executava os seus veredictos, recorrendo por meio dos seus subordinados, oficiais e *apparitores*, à coërção directa, multas, prisões e penhoras.

Numa palavra: o processo da *cognitio extraordinaria* era um processo todo administrativo, na sua origem, na sua índole e na sua estrutura, exercendo o magistrado aí, em virtude do seu *imperium*, poderes antes de administração e de polícia geral do que judiciários.

Ora houve um momento, na história do direito romano, a partir do qual êste novo sistema de processo, inaugurado desde o começo do Império, embora a princípio só para um limitado número de causas, se desenvolveu, se generalizou e chegou a ser o único sistema em vigor (1).

Esta substituïção prende-se naturalmente com o extraordinário desenvolvimento dos poderes do Estado

(1) Tudo parece indicar que teria sido muito principalmente nas províncias que o processo da *cognitio extraordinaria* se teria desenvolvido e substituído ao processo ordinário, ainda antes dos começos do Império. Quanto a Roma e à Itália, alguns dos casos em que, desde os começos do Império, certas contestações de direitos fôram sujeitas às formas do processo administrativo, foram: 1) a *appellatio*, da qual já atrás se falou entre as vias de recurso, e que deu lugar, evidentemente, a um procedimento *extra ordinem* no conhecimento em segunda instância de todas as causas perante o imperador; 2) a resolução de certas questões de direito privado, como as questões de fideicomissos, nomeações de tutores, questões de alimentos, questões relativas ao *status libertatis* das pessoas, etc. Para todas estas questões, com efeito, no conhecimento das quais primitivamente se imiscuíam os cônsules, foram depois criados magistrados com uma competência especial e conhecendo *extra ordinem*, como fôram os pretores fideicomissário, tutelário e *de liberalibus causis*. 3) — Os casos de competência também administrativa dos prefeitos imperiais, que vieram restringir consideràvelmente a competência das jurisdições civis com relação a certas matérias ligadas às funções dessas autoridades. Foi o que se deu com o prefeito da anona, com o das vigílias e com o da cidade, os quais era também *extra ordinem* que conheciam de todas as matérias contenciosas da sua competência. 5) — Fi-

e sobretudo dos imperadores, e obteve a sua consagração definitiva com uma constituïção de Diocleciano, no ano 294 da nossa era. E então, de harmonia com as novas bases de organização política da monarquia romano-oriental, todo o processo judiciário ou da justiça civil ficou assentando, emfim, no mesmo sistema e nos mesmos moldes do processo da justiça administrativa. É êsse o processo da *extraordinaria cognitio.*

Como fizemos com relação às fórmas anteriores de processo, vejamos também aqui ràpidamente quais fôram os caracteres gerais do novo sistema da *cognitio extra ordinem*, quais os termos e trâmites essenciais da sua marcha e, emfim, as especialidades da sua fase executória.

Caracteres gerais O novo processo, de índole toda administrativa e burocrática, expressão completa e acabada das novas instituïções políticas que caracterizam o período chamado do direito romano oriental, tem como algumas das suas mais vincadas características, as seguintes particularidades.

---

nalmente, os casos em que os próprios pretores judiciários também conheciam e estatuíam *extra ordinem*, como nos casos para os quais não havia processo civil possível, como eram as questões relativas aos honorários de certas profissões. E ainda a respeito dos pretores judiciários, não passe sem ser notado que, ainda a respeito do modo como êles usavam dos seus poderes de *imperium*, já estudados (estipulações, *missiones in possessionem*, interditos e restituïções por inteiro), algumas vezes era também *extra ordinem* que usavam dêles, embora normalmente recorressem antes às fórmas ordinárias da justiça para garantirem a execução das suas ordens e das suas medidas. Vid. Dig. 50, 13; Dig., 35, 1, 92 e Gaio, II, 278.

A mais importante é o desaparecimento definitivo da divisão do processo nas duas fases *in iure* e *in iudicio* que tinha caracterizado, como vimos, o sistema formulário e o sistema das acções da lei. Todo o processo se concentra agora nas mãos dum só magistrado, que é ao mesmo tempo quem liga a instância e quem derime o pleito pela sentença. Era esta uma conseqüência necessária da nova compreensão àcêrca da origem e da natureza das funções do magistrado. Se êste é, com efeito, agora apenas um órgão técnico do Estado, dependendo do imperador, e a justiça é uma mera função também do Estado, compreende-se realmente que a centralização asfixiante que se operou na organização dêste e a progressiva decadência das liberdades civis tornassem dispensável e até perigosa a fase *in iudicio* do processo dependendo do arbítrio dos simples cidadãos e particulares. Ora justamente, em vez dos pretores e dos jurados, quem administra agora a justiça civil são verdadeiros funcionários públicos, formando uma jerarquia rigorosa e que vai desde os magistrados municipais e dos juízes delegados (*judices dati*, *pedanei*), através dos altos funcionários administrativos (*praefecti urbi*, *vigilium*, *annonae*, etc.), até ao imperador. E uma conseqüência desta organização está ainda no número ilimitado de apelações que se admitem desde o seu último até ao seu mais elevado gráu de jerarquia. Em segundo lugar, como conseqüência da sua índole burocrática, o processo, de oral que era nos dois sistemas anteriores, torna-se sobretudo um processo escrito. Aparecem os autos lavrados das declarações das partes e das dos magistrados, bem como das sentenças escritas e transcritas em livros e registos próprios.

Como conseqüência do seu carácter administra-

tivo, mais propício à manifestação do poder discricionário dos funcionários e do Estado, o processo torna-se também secreto. O tribunal *(secretarium)*, constituído por uma grande sala, acha-se dividido em duas partes, cuja comunicação se interrompe fàcilmente, já por meio de gradeamentos *(cancelli)*, já de cortinas *(vela)*, sem que ao público seja lícito acompanhar todo o decorrer da audiência.

Finalmente, a justiça, de gratuita torna-se remunerada, devendo as partes pagar os preparos das causas *(sportulae)* aos escrivães e oficiais que assistiam aos magistrados nas audiências.

Marcha geral do processo

O processo de *cognitio extraordinaria* começa também por uma citação do réu. Mas, ao passo que esta citação era nos processos anteriores promovida pelo autor na fórma que atrás se viu *(in ius vocatio)*, agora — pelo menos a partir de Constantino — ela perde o seu carácter privado. É um oficial público que, a requerimento do autor, redige a notificação e a faz chegar ao réu para êle comparecer em juízo *(denuntiatio litis)* (1).

Como no processo formulário, as partes não são

(1) Cod. Theod., II, 4, 2. Antes de Constantino e desde M. Aurélio, permitia-se ao autor que dirigisse êle ao réu a *denuntiatio litis*, ou seja, uma notificação escrita sôbre o objecto do pedido e o dia fixado para comparecer em juízo; Aurelius Victor, *de Caesar.*, 16, 9. Sob Justiniano, a citação passou a ser feita pelo próprio magistrado, no sentido de que ela constava então de um *libellus conventionis*, escrito pelo magistrado, e que, contendo o pedido do autor, era transmitido ao réu por um *viator* ou *executor*. O réu devia prestar caução garantindo a sua comparência no dia fixado.

obrigadas a comparecer pessoalmente, admitindo-se que se façam representar por procuradores. Se a parte que se faz representar está ausente, o procurador dela *(procurator absentis)* deve apresentar procuração devidamente insinuada e registada publicamente. Contudo admite-se no novo processo o procedimento à revelia, quando falta uma das partes. Se uma delas falta, nem por isso o magistrado deixará de julgar livremente, mas só depois de ter dirigido três citações sucessivas e sem resultado ao réu *contumax*, se é esse que não comparece (1).

Uma vez, porém, que as duas partes compareçam em juízo, podem ter então lugar aí, como anteriormente, as *interrogationes in iure*, a confissão da parte, ou o juramento decisório, tendo todos êstes actos obtido agora uma aplicação mais generalizada e favorável a ambas as partes.

Estas expõem também aqui ao magistrado juiz, sob fórma contraditória, as suas razões de direito e de facto. Porém, não têm já que distinguir entre acções civis ou pretórias a pedir-lhe; nem têm que pedir-lhe *fórmula* alguma; nem o magistrado pode afastar-se da lei. Todas as acções concedidas por esta têm agora uma fórma judiciária precisa e uniforme, incluíndo os antigos interditos e as restituïções por inteiro, que passam a ser acções como as outras (2). E conduzida assim a marcha da instância, chega-se assim também ao momento em que esta fica ligada pela *litiscontestatio*. Mas a *litiscontestatio* não produz agora os efeitos nem tem a mesma importância que tinha no processo formulário e nas *legis actiones*.

(1) Dig., 5, 1, 68-72 e 73, pr.
(2) Inst., IV, 15, 8 e Cód. II, 46 (47), 3.

Ela significa apenas o estado do processo em que ficam definitivamente expostas, definidas e organizadas, para poderem ser decididas, as contestações opostas das partes (1). Faz nascer, sem dúvida, o direito destas a uma decisão por sentença, mas sem que faça extinguir por outro lado *(ipso iure)* o direito anterior que até aí tinha cada uma delas, dando apenas origem a uma excepção de litispendência *(exceptio rei in iudicium deductae)* (2). Os efeitos mais importantes da *litiscontestatio* são apenas, além dêste: o transformar as acções temporárias e intransmissíveis em acções perpétuas e transmissíveis, o marcar o princípio do prazo de três anos para a perenção da instância (mas sem extinção do pedido, no tempo de Justiniano), e o tornar inadmissíveis desde êsse momento, pelo menos, as excepções dilatórias que não foram até então invocadas. E terminada assim a fase da instrução e organização da instância, seguiá-se a isto a fase do julgamento, a qual agora decorre ainda perante o mesmo magistrado.

A fase do julgamento compreende a produção da prova e a sentença. Quanto à prova, os mesmos meios de averiguação são admitidos no processo *extra ordinem*. Mas acentua-se um pronunciado

(1) Cód. III, 1, 14, 4 (1) e Cód., III, 9, 1: *lis tunc videtur contestata, cum judex per narrationem negotii causam audiri coeperit.* Mais tarde entendeu-se (Justiniano) que a *litiscontestatio* só se produzia, quando as partes tivessem prestado o juramento de calúnia *(jusjurandum calumniae)* relativo à afirmação da bôa fé com que as partes litigavam (Cód., II, 58 (59), 2).

(2) Esta excepção fazia com que o autor não podesse renovar em juízo a mesma causa contra o mesmo réu, embora não tivesse ainda havido sentença, por isso que o *iudicium* já tinha sido uma vez organizado. Vid. Gaio, IV, 106 e 107.

desfavor com relação à prova testemunhal, não admitindo Constantino que podesse jámais bastar uma só testemunha para fazer fé (1).

Por outro lado, quanto à sentença, o que caracteriza esta forma do processo é que o magistrado está nele muito mais à vontade para a dar, do que o juiz que julgava dentro dos princípios da antiga *ordo judiciorum privatorum*.

E esta maior liberdade vem-lhe justamente da não existência da *fórmula*. Ao contrário do que acontecia antes, o magistrado pode livremente absolver o réu que tenha satisfeito ao autor *inter moras litis;* pode condenar em menos do que o pedido, desde que tenha havido *plus petitio re* por parte do autor, e pode até condenar, não só em quantias de dinheiro, mas em coisas directamente, quando estas constituam o objecto das acções, como sucede nas acções reais. E, por último, é ainda o magistrado a entidade competente para a execução da sentença, ao contrário do que se passava com as anteriores fórmas de processo, em que era o autor que a devia promover pelos processos que já conhecemos.

Execução Para a execução das sentenças, no processo da *cognitio extra ordinem*, extingue-se, emfim, por completo o princípio da execução pessoal. Subsiste ainda a prisão por dívidas do réu. Mas desde o imperador Zenão (491) é só a prisão pública que pode ter lugar e mesmo a esta pode o réu furtar-se sempre, desde que faça a cessão dos seus bens

(1) Cód. IV, 20, 9.

aos crèdores (1). A *bonorum venditio* caíu também em desuso, quando o processo formulário deixou de estar em vigor (2) e, no seu lugar, ficaram a *bonorum distractio*, a execução forçada sôbre coisa certa e o *pignus in causa judicati captum*.

A *bonorum distractio*, ou venda a retalho do património do devedor, a que já se recorria no sistema de processo anterior, tinha lugar no caso de insolvência do reu devedor, ou quando dois ou mais crèdores, munidos dos competentes títulos executorios, a reclamavam; e isto, se não era o próprio devedor quem a propunha, cedendo os seus bens aos crédores para fugir à prisão (3).

A execução forçada sobre coisa certa era a execução em espécie, que tinha lugar sempre que a sentença prescrevia ao reu a entrega, a restituïção ou a exibição de uma coisa determinada. Neste caso, e se era possivel, o magistrado fá-la hia executar *manu militari*, incumbindo esta missão a agentes especiais chamados os *apparitores* (4).

Finalmente, consistia o *pignus in causa* ou *ex causa judicati captum* numa verdadeira penhora efectuada pelos *apparitores* sobre determinados bens do devedor e que ficavam respondendo pelo cumprimento da sua obrigação para com o autor. Esta via de

(1) Todavia deve-se notar que, ainda depois desta constituïção, a prisão do devedor, em casa do crèdor, ficou em vigor nalgumas regiões do império como prática abusiva e ilegal, como por ex., no Egito. Cód. IX, 5, 1, 2.

(2) Inst., III, 12, pr.

(3) Sob Justiniano, a venda a retalho não podia ter lugar senão depois de decorrido um prazo de dois ou quatro anos, durante o qual os bens do executando ficavam sujeitos à administração de um *curator*. Cód. VII, 12, 10.

(4) Cód. Theod., XI, 36, 23.

execução tinha naturalmente lugar quando era impossivel a execução em espécie determinada ou quando se tratava de uma condenação pecuniária. Então os objectos apreêndidos ou penhorados eram vendidos pelos *apparitores* em benefício da parte vencedora no processo até concorrência do seu crédito, sendo o restante do produto restituído ao reu. Foi êste meio de execução, introduzido por António Pio (1), que constituiu o grande processo e a via regular de execução quando não podia ter lugar uma execução em espécie (2).

Vias de recurso Finalmente, quanto às vias de recurso no processo *per extraordinariam cognitionem*, baste notar que, desaparecida no direito de Justiniano a *revocatio in duplum*, os recursos ordinários ficaram sendo a *in integrum restitutio* e a *appellatio*. A *appellatio* era, como já vimos, a grande via de recurso que melhor correspondia às ideas da nova organização política com o seu espírito todo burocrático e centralizador. Recorria-se ou apelava-se das sentenças do *judex pedaneus* ou *datus* para o magistrado que nêle tinha delegado o conhecimento da causa; recorria-se ou apelava-se dos juízes municipais para os governadores, para os vigários, para os prefeitos e, em última instância, para o imperador. Mas, desde Teodósio, não era já o imperador pessoalmente quem conhecia das apelações

(1) Dig., 42, 1, 55.

(2) Sobre a aplicação desta via de execução às sentenças proferidas nos julgamentos segundo a *ordo judiciorum privatorum*, aplicação que muitos autores sustentam, ver Girard, pág. 1044.

que para ele eram interpostas. O recurso vinha interposto para uma comissão, espécie de verdadeiro tribunal de última instância, que funcionava junto do príncipe e era composto pelo prefeito do pretório e pelo questor do palácio (1).

Em resumo, se o processo da *extraordinaria cognitio* não tinha já a importância que tivera o processo formulário, no ponto de vista da influência que exerceu sôbre a evolução histórica do direito privado, ao menos foi êle aquele que maior influência veio a ter no direito processual dos povos bárbaros romanizados e depois no direito processual moderno.

Mas tratando do processo, em geral, note-se mais uma vez, emfim, que todo o seu estudo, nos rápidos termos em que fica feito, não veio a propósito, na exposição dêstes ELEMENTOS, senão justamente porque foi uma das suas espécies, o processo formulário, um dos mais poderosos factores da evolução do direito romano. Tudo o que foi dito no volume anterior àcerca do pretor, o seu Edito, e a importância do seu papel como orgão criador do direito privado romano ficaria incompleto sem o conhecimento do processo formulário e do seu mecanismo; assim como, o conhecimento dêste ficaria incompleto sem o dos seus termos históricamente antecedentes e conseqüentes, as *legis actiones* e a *cognitio*. E, por último — note-se ainda — não será menos indispensável êste estudo, sôbre a teoria das acções e o mecanismo do processo, para o estudo de muitas das instituïções do direito privado que constituirá o objecto do volume que a êste se seguirá.

(1) Cod., VII, 62, 33 e 35.

ÍNDICE

	PÁGS.
PREFÁCIO	5
PRELIMINARES	11-15
CAPÍTULO I — **O direito e as suas divisões**	
§ 1.º — **Conceito e definição do direito objectivo**	17
Noções gerais, 17. Definições tradicionais, 18	17-22
§ 2.º — **Divisões do direito objectivo**.	22
Noções gerais, 22. *Ius publicum* e *ius privatum*, 23. *Ius commune* e *ius singulare*, 28. *Ius civile* e *ius honorarium*, 30. *Ius civile, ius gentium* e *ius naturale*, 32. *Ius scriptum* e *non scriptum*, 39	22-39
§ 3.º — **O direito e a sua interpretação**.	40
Noções gerais, 40. *Interpretatio prudentium*, 41. Interpretação doutrinal e seus elementos, 43. Interpretação do *Corpus Juris*, 47. .	40-50
§ 4.º — **Conceito e definição do direito subjectivo**	50
Noções gerais, 50. Relação jurídica, 52, .	50-55
§ 5.º — **Classificação dos direitos subjectivos**.	55
Noções gerais, 55. Classificação dos romanos, 59. Outras classificações dos direitos, 61	55-66

PÁGS.

CAPÍTULO II — O sujeito de direito

§ 1.º — **Noções gerais** 66
Noções gerais 66
§ 2.º — **Requisitos essenciais da capacidade jurídica** . . . 69
I — *Nascimento e vida do homem:* Noções gerais, 69. Protecção aos nascituros, 70 . . 69-70
II — *Status libertatis:* Noções gerais, 72. Condição jurídica do escravo, 74. Fontes da escravidão, 80. Termo da escravidão, 84. Manumissão, 85. Fórmas solenes de manumissão, 86. Formas irregulares de manumissão, 88. Limitação das manumissões, 92. Emancipação legal, 94. Condição jurídica dos libertos, 95. Meios de defesa do *status libertatis*, 99 72-102
III — *Status civitatis:* Noções gerais, 103. Condição jurídica do cidadão, 105. Como se adquiria a qualidade de cidadão, 107. Como se perdia a qualidade de cidadão, 110. Condição dos latinos, 111. Condição dos peregrinos, 114. Como se adquiriam e perdiam estas condições, 117. Defesa do *status civitatis*, 117 103-117
§ 3.º — **Causas modificadoras da capacidade jurídica** . . . 118
I — *Status familiae:* Noções gerais, 119. Condição dos *sui-iuris*, 121. Condição dos *alieni iuris*, 124. Como se adquire e se perde a qualidade de *sui iuris* 119-132
II — *Idade.* Noções gerais, 135. Classificação das pessoas quanto à idade: púberes e impúberes, 138. Maiores e menores de 25 anos, 140. *Venia aetatis*, 143. *Infantes* e *infantiae maiores*, 144. Suprimento da incapacidade em razão da idade, 148. Tutela, 148. Modos de constituïção da tutela, 149. Poderes do tutor, 151. A *gestio*, 151. A *auctoritas tutoris*, 154. Modos de extinção da tutela, 155. *Cura minorum* 138-157

PÁGS.

III — *Sexo:* Noções gerais, 161. Tutela das mulheres 161-164
IV — *Saúde do corpo e do espírito:* Alienação mental, 167. *Cura furiori*, 168. Prodigalidade, 170. *Cura prodigi*, 171. Defeitos físicos. 167-172
V — *Outras causas modificadoras da capacidade:* Libertos, 173. Colonato, 173. Incapacidades especiais, 174. Diminuïção da honorabilidade, 176. *Intestabilitas*, 176. *Infamia*, 177. *Turpitudo*, 178. Religião, 179 118-180
§ 4.º — **Têrmo da personalidade ou capacidade jurídica** . . 180
Noções gerais, 180. Morte natural, 183. *Capitis deminutiones*, 184 180-187
§ 5.º — **Pessoas colectivas** 187
Noções gerais, 187. Corporações, 189. Modos de constituïção, 194. Capacidade das pessoas colectivas, 200. Extinção das pessoas colectivas, 201. Fundações, 202. Resumo, 207 . . 187-212

CAPÍTULO III — Objecto do direito

§ único — **Noções gerais** 212
Noções gerais, 212. As pessoas como objecto de direitos, 215. A actividade das pessoas como objecto de direitos, 221. Conceito de coisa e divisões das coisas, 222. *Res corporales* e *incorporales*, 223. *Res mancipi* e *nec mancipi*, 224. *Prédios itálicos* e *provinciais*, 226. Coisas *in patrimonio* e *extra-patrimonium*, 229. *Res communes omnium*, 230. *Res publicae* e *universitatis*, 230. *Res sacrae, sanctae* e *religiosae*, 232. *Res mobiles* e *immobiles*, 233. Coisas fungíveis e não fungíveis, 235. Coisas consumíveis e não consumíveis, 238. Coisas divisíveis e indivisíveis, 239. Coisas simples e compostas, 241. Coisas principais e acessórias, 245. Frutos e suas espécies, 246. Resumo, 248 212-251

PÁGS.

CAPÍTULO IV — O acto jurídico

§ 1.º — **Noções gerais** 251
Noções gerais 251
§ 2.º — **Espécies de actos jurídicos** 255
Classificação dos actos jurídicos, 255. Actos lícitos e ilícitos, 255. Actos jurídicos materiais e negócios jurídicos, 257. Negócios jurídicos unilaterais e bilaterais, 259. Outras divisões dos negócios jurídicos, 260 255-262
§ 3.º — **Conteúdo objectivo e elementos do negócio jurídico** . 263
Noções gerais, 263. Elementos do negócio jurídico, 264. Condição, 267. Termo, 272. Modo, 276 263-277
§ 4.º — **Conteúdo subjectivo do negócio jurídico. A vontade** 278
Noções gerais, 278. A vontade e a sua declaração, 279. O silêncio, 283. Representação da vontade, 284. Divergência entre a vontade real e a declarada, 290. Causas de divergência voluntárias, 296. Reserva mental, 297. *Causa ludendi*, 298. Simulação, 298. Causas de divergência involuntárias: *êrro*, *dolo* e *violência*, 301 278-316
§ 5.º — **Validade dos negócios jurídicos** 316
Noções gerais, 316. Nulidade absoluta, 318. Nulidade relativa, 320. Anulabilidade dos negócios jurídicos, 323. Convalidação dos negócios anuláveis, 325. Efeitos negativos dos negócios jurídicos e conversão dêstes, 328 312-330

CAPÍTULO V — A defesa dos direitos e a acção

§ 1.º — **Noções gerais** 331
Noções gerais 331
§ 2.º — **Espécies mais importantes de acções** 336
Actiones in rem e *in personam*, 337. *Actiones bonae fidei* e *stricti iuris*, 339. Acções arbitrárias e não arbitrárias, 342. Acções penais, reipersecutórias e mixtas, 342. Outras divisões das acções, 345 336-348
§ 3.º — **Processo civil romano. Sua evolução histórica** . . 348
Noções gerais, 348. Conceito de processo judiciário, 349. Formas históricas do processo romano, 350.
I — *Processo das legis actiones*. Caracteres gerais, 351. Marcha geral do processo, 354. As diferentes *legis actiones*, 359. *Legis actio sacramento*, 360. *Legis actio per judicis postulationem*, 365. *Legis actio per condictionem*, 366. *Legis actio per manus injectionem*, 368. *Legis actio per pignoris capionem*, 372.
II — *Processo formulário*. Caracteres gerais, 374. Marcha do processo formulário *in iure*, 379. Marcha do processo formulário *in iudicio*, 383. A fórmula, sua estrutura e partes essenciais, 386. Partes acessórias da fórmula, 391. Exemplos de fórmulas, 395. A execução no processo formulário, 400. Vias de recurso, 405. Outros poderes do magistrado, 408.
III — *Processo da extraordinaria cognitio*: Caracteres gerais, 418. Marcha geral do processo, 420. Execução, 423 348-426