MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA

PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO ROMANO

Sergio Antonio Fabris Editor

PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO ROMANO

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA
Professora da UNISINOS e da PUC-RS
Mestre em Direito pela UFRGS

PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO ROMANO

Sérgio Antônio Fabris Editor
Porto Alegre, 1998

© Maria Cristina Cereser Pezzella

Diagramação e Arte:
PENA - Composição e Arte

Reservado todos os direitos de publicação, total ou parcial, à
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Miguel Couto, 745
CEP 90850-050
Caixa Postal 4001
CEP 90631-970
Fone: (051) 233-2681
Porto Alegre - RS

Ao meu filho,
Pedro Henrique,
com amor.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho foi originalmente apresentado como dissertação para a obtenção do título de mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Para sua realização instituições e pessoas auxiliaram, as quais a autora agradece.

Ao Professor Doutor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, *in memoriam*, cuja contribuição à formação jurídica nacional vai além de suas obras publicadas e perpetua-se no Curso de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, ao qual ele dedicou sua vida.

Ao Professor Doutor Luís Afonso Heck, pela amizade, pela orientação dedicada e pelos ensinamentos que transcenderam ao tema da dissertação.

Ao CNPq e à UNISINOS/FUNDEP, pela concessão das bolsas de estudo.

À Eliane Kusbick, secretária do Curso de Pós-Graduação e Mestrado em Direito da UFRGS, pelo apoio e às amigas bibliotecárias da Faculdade de Direito da UFRGS, em especial à Naila Lomando, e às bibliotecárias do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela inestimável colaboração na busca bibliográfica.

Aos professores do Curso, em especial ao Prof. Dr. Almiro Régis do Couto e Silva, pelos ensinamentos.

Aos Professores Paolo Grossi e Joaquim José Gomes Canotilho, pelas sugestões valiosas, que contribuíram para este estudo.

Ao editor Sérgio Antônio Fabris, pelo apoio na busca bibliográfica e pelo interesse pelo trabalho ainda durante o seu desenvolvimento.

Aos colegas do Curso e amigos, pela troca de idéias e incentivo.

Aos meus pais, familiares, e ao meu esposo, pelo apoio permanente.

PREFÁCIO

São raros, entre nós, os estudos de pesquisa histórica, notadamente no campo do Direito. Os juristas brasileiros, em sua grande maioria, parecem estar quase que completamente absorvidos pelo presente, pelas instituições contemporâneas e pelo sistema jurídico que os tribunais estão aplicando. Preocupa-os, antes de mais nada, encontrar as respostas imediatas às questões que aparecem todos os dias na vida prática. Se escreverem sobre esses temas, os livros serão vendidos e lidos. Caso, porém, as obras contenham reflexões sobre o passado do Direito, pode-se dizer que o interesse será consideravelmente menor, para não se incorrer, talvez, no exagero de afirmar que haverá um desinteresse generalizado.

Essa tarefa, de repensar o que aconteceu em épocas pretéritas, acaba tocando àqueles poucos que têm pelo Direito o entusiasmo e a veneração dos crentes religiosos. Pois, para tanto, é necessário possuir a tenacidade dos santos, dispor-se a lutar contra mil dificuldades, munir-se pacientemente dos instrumentos indispensáveis, ter acesso a livros antigos, aprender línguas, restabelecer, conforme o objeto e o rumo da pesquisa, as conexões

com a antiguidade clássica, ultrapassando as barreiras do latim e do grego. Tudo isso num país em que muitos estudantes chegam à universidade falando e escrevendo sofrivelmente o português.

Contudo, ao contrário do que pensam aqueles que dão valor às chamadas obras "práticas", voltadas diretamente à solução de problemas atuais e concretos, a ciência jurídica nunca prescindirá do esforço e do sacrifício dos que vêem o fenômeno do Direito num palco mais aberto, onde as contribuições da história desempenham papel de especial relevo.

É impossível conhecer bem o Direito de hoje sem retraçar o seu itinerário no tempo. Às vezes o investigador perde-se nesses caminhos freqüentemente imersos na obscuridade e acaba por atribuir uma origem às instituições que não é a verdadeira. Outras vezes, no entanto, o inverso ocorre: descobre que a semente não era aquela reconhecida pela tradição ou pela opinião dominante dos estudiosos. De erros e acertos são feitas a história e todas as ciências. E também de muita dúvida e de muita ousadia.

O " Contributo ao Estudo da Propriedade Privada no Direito Romano", de Maria Cristina Cereser Pezzella, que agora assume a forma de livro, é obra feita com os ingredientes que antes mencionei. É ela produto de muita dedicação e sacrifício da autora, que teve de enfrentar obstáculos importantes de múltipla natureza, dentre os quais o aprendizado de outras línguas, especialmente o estudo do latim, e as lacunas bibliográficas que as bibliotecas a que tinha acesso não preenchiam, certamente não terão sido menores. É também, o resultado de muita dúvida e muita ousadia.

Por certo, algumas das afirmações consignadas no texto suscitarão controvérsias entre os estudiosos. Assim, por exemplo - para ficar na mais importante de todas e que vem expressa nas palavras que a autora encerra o último capítulo - a de que o individualismo não foi característica marcante da propriedade

romana, como pensaram muitos romanistas, "pois, mesmo quando exercida individualmente, a propriedade romana sempre esteve sujeita ao interesse social. Pode-se concluir, portanto, que a propriedade liberal moderna não tem sua origem na propriedade romana, com a qual guarda insuperáveis diferenças de princípio".

A essa opinião talvez se pudesse contrapor, entre outras, a de Fritz Schulz, segundo a qual certamente não é o conceito romano de propriedade que é individualista, pois os romanos nunca exprimiram um conceito de propriedade, mas sim o direito romano relativo à propriedade (Principles of Roman Law, 1956, p.152).

De qualquer forma, trata-se de trabalho elaborado com admirável empenho e seriedade, apoiado em rica bibliografia que se percebe foi efetivamente consultada, lida e meditada. Ele examina cuidadosamente a propriedade nos diversos períodos do Direito Romano. Os méritos da obra foram reconhecidos pela Banca que a examinou, quando apresentada como Dissertação no Curso de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Obteve a autora, naquela ocasião, merecidamente, a nota máxima. Ao sucesso de público, agora que, já em livro, ultrapassa as fronteiras da universidade para ir alimentar a curiosidade cultural de todos os que compreendem e apreciam os amplos horizontes do Direito, visto no grande arco da história.

Porto Alegre, agosto de 1998.

Almiro do Couto e Silva

SUMÁRIO

Introdução 15

PRIMEIRA PARTE
SÍNTESE DA HISTÓRIA SOCIAL E POLÍTICA ROMANA
Capítulo Primeiro - Considerações preliminares 21
Capítulo Segundo - A Monarquia 29
Capítulo Terceiro - A República 35
Capítulo Quarto - O Principado 43
Capítulo Quinto - O Império absoluto 47

SEGUNDA PARTE
AS ETAPAS DO DESENVOLVIMENTO DO
ORDENAMENTO JURÍDICO DE ROMA
Capítulo Primeiro - Critérios para a periodização do
Direito romano 53
Capítulo Segundo - O período arcaico 61
Capítulo Terceiro - O período helenístico 71
Capítulo Quarto - O período clássico 89
Capítulo Quinto - O período burocrático 101
Capítulo Sexto - O direito romano depois de Justiniano 113

TERCEIRA PARTE
A PROPRIEDADE NO DIREITO ROMANO

Capítulo Primeiro - Observações preliminares 123
Capítulo Segundo - Algumas considerações sobre os direitos reais no Direito romano 131
Capítulo Terceiro - A origem da propriedade no Direito romano 147
1. A origem da propriedade na teoria de Pietro Bonfante 147
2. A origem da propriedade na obra de Henry Maine..... 155
3. A origem da propriedade na obra de Émile de Laveleye 159
4. A origem da propriedade na obra de Fustel de Coulanges... 160
Capítulo Quarto - O conteúdo relativo à propriedade na Lei das XII Tábuas 163
Capítulo Quinto - A propriedade no período arcaico 175
1. A distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi*..... 177
2. A família romana e os poderes do *pater familias* 183
3. A primeira transformação da primitiva propriedade romana..... 186
Capítulo Sexto - A propriedade nos períodos helenístico e clássico 189
1. Tipos de propriedade nos períodos helenístico e clássico 193
2. A imposição de limites ao poder do *pater familias*..... 194
3. Os limites da propriedade nos períodos helenístico e clássico 195
Capítulo Sétimo - A propriedade no período burocrático..... 207
1. O novo conceito de *dominium* no período burocrático..... 208
2. A decadência do poder do *pater familias* 214

Conclusão 217

Referências Bibliográficas..... 219

INTRODUÇÃO

A propriedade privada é um dos pilares da civilização ocidental e está presente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não obstante esta importância fundamental, muito pouco se tem dedicado à investigação do instituto jurídico da propriedade.

A maior parte dos textos de direito civil contenta-se em descrever superficialmente características, classificações e formas de aquisição e de perda do exercício da propriedade, mas muito pouco se discute sobre o que ela é e sobre quais princípios ela se fundamenta.

A propriedade, entendida como uma criação humana, tem acompanhado as transformações da civilização, assumindo contínuas mudanças de suas características em diferentes estágios da evolução do homem em função de uma adaptação às necessidades da sociedade.

Estas mudanças contínuas não são cumulativas, senão deixam marcas no instituto da propriedade que, para ser entendido na sua manifestação contemporânea, exige um estudo de sua história. Justifica-se assim o estudo proposto nesta dissertação, qual seja, a investigação da propriedade no Direito romano.

O estudo do Direito romano nos dias de hoje tem continuado com renovado vigor sob o enfoque de buscar o sentido genuíno das instituições e as soluções jurídicas romanas, diferindo das escolas anteriores que partiam do estudo do *Corpus Iuris Civilis*.

Atualmente se prefere conhecer o desenvolvimento histórico das instituições, com um sentido absolutamente integral, vinculadas ao momento histórico respectivo, para o qual as fontes literárias, históricas, epigráficas e arqueológicas contribuem em uma forma decisiva.

O estudo do Direito romano é, sem dúvida, necessário para a formação sólida dos juristas, não se restringindo àqueles que fazem parte dos países mais vinculados com a cultura romana. A título de exemplo, as obras romanas já foram traduzidas ou ingressaram na cultura de países sem a tradição romanística, como o Japão, a China, os países socialistas e os países vinculados a *commom law,* como a Inglaterra.

No Brasil tem crescido o interesse pelo estudo histórico do Direito, que tem muito do seu conteúdo programático voltado para o Direito romano e suas instituições.

As obras nacionais publicadas são ainda restritas, porém parece reacender o interesse dos pesquisadores em buscar mais elementos na história, especialmente na história romana, para melhor compreender e buscar novos horizontes para os problemas atuais, tendo como base a cultura da humanidade, guardadas as diferenças do mundo contemporâneo e o mundo romano.

Neste estudo procurei investigar a compreensão romana do direito de propriedade, a fim de estabelecer as bases para um estudo mais amplo do direito de propriedade na história da civilização ocidental.

Também pretendi trazer elementos para dar à propriedade atual uma função coerente com as diversas necessidades sociais já identificadas em Roma em uma série de exemplos, que podem servir de referência para uma compreensão e circunscrição apropriada de

dispositivos constitucionais como, por exemplo, o da função social da propriedade.

O método de trabalho utilizado foi o comparativo. Foi revisada a bibliografia existente, confrontando a opinião de diversos autores sobre cada momento e cada característica da propriedade em Roma.

Consultei também algumas fontes originais para definir uma posição frente as divergências encontradas, assim como para ilustrar as conclusões a que chegava em cada tema.

Na interpretação dos resultados obtidos no estudo procurei analisar a evolução do direito de propriedade ao longo da história romana, voltando a atenção antes para os princípios que dirigiram o exercício da propriedade que para as formas e fórmulas das ações processuais.

Finalmente, defini para a redação da dissertação uma estrutura bastante simples, já que o tema estudado por si só já é bastante complexo.

Na primeira parte apresento uma síntese da história política e social de Roma, procurando identificar as principais transformações na sua organização social, cujas projeções sobre o direito considerei relevantes.

Na segunda parte estudei o ordenamento jurídico romano, identificando e comentando suas transformações ao longo do tempo.

Na terceira e última parte concentrei minha atenção no direito de propriedade como ele foi entendido pelos romanos, estudando sua origem e evolução desde os tempos primitivos até a compilação do *Corpus Iuris Civilis*.

PRIMEIRA PARTE

SÍNTESE DA HISTÓRIA POLÍTICA E SOCIAL DE ROMA

Capítulo primeiro
CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Para se compreender qualquer instituto jurídico e a noção de propriedade e sua função no período do Direito romano, faz-se indispensável uma pré-compreensão[1] do que foi o Direito romano[2] e em que contexto ele foi produzido.

---

[1] SAVIGNY destaca que da jurisprudência muito não se pode compreender sem certo conhecimento histórico prévio. Ressalva o autor, todavia, que isto não se deve compreender no sentido da investigação da história da produção da jurisprudência e sim da sua inserção no contexto histórico. Ver SAVIGNY, F. K. *Metodología jurídica.* Tradução de J.J.Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. (Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales). Tradução do original alemão: Juristische Methodenlehre, p. 30. Na obra Verdad y método, GADAMER tem a preocupação de sublinhar que: "*También aquí se confirma que comprender significa primariamente entenderse en la cosa, y sólo secundariamente destacar y comprender la opinión del otro como tal. Por eso la primera de todas las condiciones hermenéuticas es la pre-comprensión que surge del tener que ver con el mismo asunto.*" GADAMER, H.G. *Verdad y método I: fundamentos de una hermenéutica filosófica.* Tradução de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 6.ed. Salamanca: Ediciones Sígueme (Colección Hermeneia), 1996. Tradução do original alemão: Wahrheit und Methode, p. 364 e ss.

[2] Os romanos não falavam de direito e sim de *ius*. *Ius* vincula de uma maneira mais direta o jurídico com a *iustitia*. O vocábulo *directum* contém um sentido moralizante, um sentido que conduta reta é aquela que segue o caminho reto. A palavra *directum* começará a ser empregada por autores cristãos na época tardia do Baixo Império, não transcendendo o jurídico, que sempre utiliza-se da expressão *ius*. Assim afirma CLAVERO, B. *Institucion historica del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992. p. 20-30. A respeito da controvérsia em torno do sentido da palavra *ius*, VILLEY afirma: "*Los romanistas no nos han dado aún la historia semántica del término ius.*" Destaca, ainda, o autor: "*El ius es una institución que puede importar tanto cargas como ventajas. Nosotros traducimos ius por derecho, pero sólo por facilidad.*" VILLEY, M. Los orígenes de la noción de derecho subjetivo. In: *Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo*. Tradução de Alejandro Guzmán Brito e outros. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976. (Colección Jurídica Serie Mayor) Coletânea de artigos publicados e palestras proferidas pelo autor, p. 32-36. Conforme Ulpiano (D. 1, 1): "*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen ius descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et eaqui.*" (*Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de dónde proviene la a parabra ius. Llámase asi de iustitia, porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y equitativo.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO: Instituta - Digesto 1ª 2ª y 3ª partes. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol, 6.t, T.1, p. 197. Complementa SCHULZ que esta é a única definição genuinamente romana que aparece em nossos livros e, na sua opinião, trata-se de uma frase retórica e vazia. Ver SCHULZ, F. *History of roman legal science*. London: Oxford University Press, 1953, p. 136. Afirma GARCÍA: "*El vocabulo ius tiene origen indoeuropeo, como atestiguan diversas formas del latín, antiguo irlandés, védico e indoiranio. Ius, en latín, deriva de ious, un viejo término jurídico y religioso, que aparece en fórmulas sagradas con fuerza de ley, como iura legesque ius orore, iusque fasque est. Pero desde muy pronto ius se especializó como término laico frente a fas.*" Complementa o autor que a expressão direito provém de *directum*, que deriva de *de rectum*, o que indica que o fiel da balança, o símbolo mítico da justiça, está reto, ou seja, expressa uma situação de equilíbrio. Ver GARCIA, C.R. *Manual de derecho romano*. 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. p. 22. Estabelecida a distinção entre *ius* e direito, e, embora os romanos utilizassem a expressão *ius*, neste trabalho escolheu-se a expressão direito para facilitar a compreensão do texto, uma vez que é esta a expressão modernamente utilizada. Ver também, infra, Segunda Parte, nota 16.

Escreve Arangio-Ruiz:

> *"Por ello, cuando deseamos representarnos el sistema de las relaciones jurídicas entre los hombres en cualquiera de los momentos de la evolución histórica de Roma, deberemos renunciar previamente a aquella unidad conceptual que es una de las exigencias esenciales de nuestro espíritu y representarnos, en cambio, la superposición de distintos sistemas, de formación y estructura diversas, cada uno de los cuales gozó de igual vigor, aun cuando cada uno de ellos tuviese también su propia eficacia, dentro de los confines señalados por el sentimiento jurídico."*[3]

Direito romano é uma expressão geral utilizada para se referir ao ordenamento jurídico produzido por Roma. Não se pode esquecer, entretanto, que este ordenamento foi produzido e vigorou ao longo de diversas épocas da história romana, onde a sociedade e a organização política modificaram-se gerando, evidentemente, soluções jurídicas diferentes para situações que evoluíram proporcionalmente à complexidade da sociedade.

É preciso ter em mente que se está tratando de um período de mais de dez séculos, durante o qual Roma cresceu desde um pequeno conjunto de tribos localizadas em uma região limitada e ampliou seu domínio até construir um império que incluiu praticamente todo o Mediterrâneo e mesmo além.

Assim, para a necessidade de uma abordagem histórica para a compreensão do Direito romano está no caráter assistemático do seu ordenamento jurídico, ou seja, seu ordenamento jurídico foi o resultado da adição contínua ao longo do tempo de novos institutos

---

[3] Ver ARANGIO-RUIZ, V. *Historia del Derecho Romano*. Tradução de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. 5.ed. Madrid: Editorial Reus, 1994. Tradução da 2.ed. italiana, p. 13.

jurídicos, conservando-se os anteriores, mesmo que contraditórios e obsoletos.[4]

Os romanos evoluíram juridicamente de forma contínua, sem intervenções radicais. Os inconvenientes do passado foram eliminados lentamente e com prudência, porque os romanos abandonavam de mau grado os ordenamentos que tinham sido elevados a instituições jurídicas.

Fundados na conservação das instituições, os romanos tinham a convicção de o direito cumprir a sua função quando representava a constante e perpétua vontade de fazer justiça,[5] e que isto não surge da mente de um legislador mas exige um trabalho contínuo da comunidade.[6]

---

[4] Não se pode pensar o passado jurídico como nós concebemos o direito hoje, ou seja, como um pensamento sistemático. Os romanos não possuíam um ordenamento jurídico sistêmico porque não o concebiam assim e sequer possuíam esta preocupação. Na atualidade, uma obra referencial sobre sistema é a de CANARIS, C.W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Tradução e introdução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Tradução do original alemão : Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. A concepção romana é fundamentalmente contrária à codificação, e, em relação com a legislação particular, observa também uma severa moderação. Neste sentido, ver SCHULZ, F. *Principios del derecho romano.* Tradução de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Editorial Civitas, 1990. (Monografias Civitas), p. 28.

[5] Assim expresso por Ulpiano (D. 1, 1, 10): "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*" (*Justicia es la constante y perpétua vonluntad de dar á cada uno su derecho.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 2), p. 199.

[6] Sobre o princípio da tradição no Direito romano, ver SCHULZ, F. *Principios del derecho romano*, p. 107 e ss. Segundo Ihering: "*Toda la actividad del pueblo romano se encaminó durante siglos enteros hácia los intereses prácticos del presente; tenian, á decir verdad, un profundo respeto por la tradicion; lo que vivia conservaba vigor y fuerza hasta la edad más avanzada, pero cuando desaparecia 'enteramente' no tardaba en caer en el olvido, ...*" IHERING, R. von. *El espiritu del derecho romano*

Direito vigente raramente se derrogava, mas caía em desuso, não sendo aplicado, uma vez que, com freqüência, colocava-se ao lado da norma antiga uma nova, de maneira que facilitasse o seu progressivo desuso.[7]

Sublinha-se que muitos institutos, embora vigentes, existiam apenas em razão da tradição, pois as situações concretas às quais se destinavam já há muito tempo não existiam. Isto somente podia ocorrer porque o Direito romano não se preocupava com a elaboração de normas abstratas, mas procurava soluções apenas para os casos concretos que eram propostos aos magistrados. Os romanos demonstraram uma resistência em fixar conceitos jurídicos e uma aversão aos conceitos gerais que acompanharam a resistência à formulação abstrata de normas jurídicas.[8]

A interpretação do Direito romano, por isto, pressupõe toda uma cautela e um conhecimento preliminar, para que não se incorra numa interpretação que filtre só alguns aspectos, deixando ao leitor desavisado uma impressão equivocada que o Direito romano era unívoco.

---

en las diversas fases de su desarrollo. Tradução de Enrique Príncipe y Satorres. 5.ed. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--?] 4.t, T.1, p. 110-111.

[7] Ver SCHULZ, (nota 4), p. 109 e ss, com referências bibliográficas variadas em notas de rodapé. Neste mesmo sentido ver GARCIA, (nota 2), p. 65, que diz que o respeito a quem se reconheceu a autoridade de criar o direito foi uma atitude permanente da cultura romana, que fez do seu ordenamento jurídico o resultado de um processo de sedimentação histórica. Segundo o autor, o Direito romano não conheceu a necessidade de algum mecanismo derrogatório dos institutos jurídicos nem de um Direito intertemporal até o final do Império.

[8] Exemplos desta afirmação são a *lex Quinctia de aquaeductibus*, que não identifica claramente expressões que permitam verificar quais são os danos aos aquedutos e as reparações, optando por uma longa enumeração de danos e de reparações, e também a *lex Cornelia de sicariis* que prefere a enumeração. Ver, para isso, SCHULZ, (nota 4), p. 69 e ss.

Os institutos romanos devem, portanto, ser considerados à luz de seu contexto histórico pois respondiam a necessidades específicas existentes no momento de seu desenvolvimento. Por esta razão o estudo dos institutos do Direito romano requerem uma base de informações que estão contidas na história e na organização político-social de Roma nas distintas fases de seu desenvolvimento.

Ao se referir a uma parte da história, qualquer delimitação de períodos é arbitrária, porque a história é uma sucessão de eventos encadeados, não havendo necessariamente rupturas que evidenciem a mudança de um período para outro. A definição da importância de um determinado evento na história depende, antes, do interesse de quem a analisa que do evento em si.

Nas palavras de Grosso:

> "*La storia presenta una continuità in cui è pur sempre arbitrario fissare delle date iniziali e finali. D'altra parte essa presenta pure tutta una varietà, tutto un fluttuare di elementi sociali, che importa trasformazioni. Il giurista, che coglie nella struttura sociale l'unità e organicità di un ordinamento giuridico, che valuta nel complesso di enti sociali la molteplicità di ordinamenti giuridici e ne definisce i rapporti, che individua i caratteri di una organizzazione politica e ne segue le vicende, segnerà unità e pluralità, multiplicità, fusioni, estinzioni, successioni.*" [9]

---

[9] (A história apresenta uma continuidade na qual é sempre arbitrário fixar as datas iniciais e finais. De outra parte ela apresenta também toda uma variedade, todo um flutuar de elementos sociais, que importam transformações. O jurista, que colhe na estrutura social a unidade e a organicidade de um ordenamento jurídico, que valoriza no complexo de entes sociais a multiplicidade de ordenamentos jurídicos e deles define as relações, que individualiza as características de uma organização política e delas segue as vicissitudes, assinalará unidade e pluralidade, mutações, fusões, extinções, sucessões.) GROSSO, G. *Lezioni di storia del diritto romano*. 3.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, [1955] p. 3.

O desenvolvimento político-social de Roma pode ser dividido em quatro períodos: a Monarquia, a República, o Principado e o Império absoluto.[10]

[10] Esta divisão tem sido utilizada por historiadores do Direito romano desde o século passado, remontando sua origem ao trabalho do historiador Edward Gibbon. Ver ORESTANO, R. *Introduzione allo studio storico del diritto romano.* 2.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, [1963] p. 635. Atualmente ela ainda é adotada por GARCIA, (nota 2), CHURRUCA, J. *Introduccion historica al derecho romano.* 4.ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1987, e DI PIETRO, A. *Derecho privado romano.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996. Este tema será abordado com maior profundidade no capítulo seguinte.

Capítulo segundo
A MONARQUIA

Os romanistas são unânimes quanto à advertência sobre a imprecisão do conhecimento dos primeiros séculos da história romana, em face da escassez de informações. Sobre este período recorre-se a escritos de historiadores romanos de séculos posteriores, como Tito Lívio,[11] que recolheram indiretamente, da tradição romana, fragmentos do conhecimento dos tempos mais primitivos.[12]

---

[11] Na tradução para a língua portuguesa da obra de Tito Lívio, ele é apontado como um dos escritores latinos mais conhecidos atualmente. De toda sua obra, que abrange desde o início da história de Roma até o ano 9 a.C., apenas parte dela foi conservada. Ver TITO LIVIO, *História de Roma: ab urbe condita libri.* Tradução de Paulo Matos Peixoto. São Paulo: Editora Paumape, 1989. v.1. Tradução do original em latim: Ab urbe condita libri. Comentários sobre a obra de Tito Lívio podem ser encontrados em IGLESIAS, J. *Estudios romanos de derecho e historia.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1952. (Publicaciones del Seminario de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona) p. 68-104.

[12] Ver, por exemplo, GARCIA, (nota 2), p. 41 e ss.

A população romana, em sua origem, dedicava-se à agricultura e simultaneamente exercia as funções militares.[13] A sua estrutura social fundava-se em famílias, as quais estavam integradas em grupos mais amplos: as *gentes*, singular *gens*. A *gens* significava uma família ampla integrada pelas distintas famílias pertencentes à mesma linhagem, caracterizando todos os seus integrantes por utilizarem o mesmo nome comum (*nomen gentilicium*) derivado da ascendência reconhecida a um mesmo ancestral.

O vínculo de parentesco que unia a família romana[14] era baseado na submissão de todos os membros de cada família à

---

[13] Segundo descreve KUNKEL, Roma na época primitiva foi uma comunidade rural e durante muito tempo o peso da vida política e econômica gravitou sobre a propriedade fundiária e sobre um número pequeno de famílias nobres (*patricii*), as quais possuíam a maior parte do solo romano e formavam, na qualidade de cavaleiros (*equites*), o núcleo do exército romano. Ver KUNKEL, W. *Historia del derecho romano.* Tradução da quarta edição alemã de Joan Miquel. 9.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. Tradução do original alemão: Römische Rechtsgeschichte: eine Einführung, p. 13, com mais demonstrações.

[14] A expressão 'família' tem em Roma significados diferentes de hoje. A relação com *fámulo* indica um sentido originário relacionado com os servidores do *pater*, e, nas fontes jurídicas, o significado mais freqüente de família consistia no conjunto de escravos e propriedade de um mesmo dono. O significado de família nas fontes mais antigas comportava o conjunto de coisas e pessoas submetidas ao *pater familias*. No sentido conhecido atualmente se refere a família como união de pessoas livres unidas por certo parentesco. Neste sentido ver D'ORS, A. *Elementos de derecho privado romano.* Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, 1992, p. 49. IGLESIAS sublinha que a família compõe-se pelo parentesco da linha reta e colateral. Este autor distingue o parentesco da linha reta e colateral e a afinidade (ou seja, a relação entre um cônjuge e os *cognati* do outro cônjuge.) IGLESIAS, J. *Derecho romano - historia e instituciones.* 11.ed. Barcelona : Editorial Ariel, 1994, p. 478-479. Expressa Gaio (D. 38, 10, 4, 3): "*Sed quoniam quaedam iura inter affines quoque versantur, num alienum est hoc loco de affinibus quoque breviter dissererе? Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit; namque coniungendae affinitatis causa fit ex*

autoridade do *pater familias*.[15] Este vínculo transmitia-se apenas pelo parentesco havido pela linha masculina, excluída a linha feminina.[16]

Roma, neste período, surgiu como uma entidade política autônoma que se autodenominava *civitas quiritaria*, onde *civitas* significava uma comunidade politicamente organizada[17] e *quiritaria*

---

nuptiis." (*Mas como también hay algunos derechos entre los afines, ¿es acaso ajeno á este lugar tratar aunque brevemente de los afines? Afines son los cognados del marido e de la mujer, llamados así, porque por las nupcias se unen dos cognaciones que son entre si diversas, y la una de aproxima al fin de la otra cognación; porque la causa de unirse la afinidad proviene de las nupcias.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO: Digesto 6ª y 7ª partes. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol, 6.t, T.3, p. 114.

[15] O *pater* tinha uma *potestas* juridicamente total, incluindo o direito de vida e de morte (*ius vitae necisque*) que foi limitado por normas religiosas e pelo controle da convivência pública que castigava os abusos. O *pater* foi o único titular de direitos patrimoniais. A submissão a *potestas* do *pater* permanecia independente da idade e durava até a morte do *pater* ou até que um ato solene como a adoção ou o matrimônio submetesse a pessoa a depender de outro *pater*. Neste sentido, ver CHURRUCA, (nota 10), p. 31.

[16] *Adgnatio* corresponde ao vínculo jurídico que une aos parentes por linha masculina, isto é, a todas as pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um mesmo *pater familias*. *Cognatio* consiste no vínculo de sangue que une as pessoas descendentes de um tronco comum, e tanto pode ser da linha masculina ou feminina. A *cognatio* divide-se em *naturalis* e *civilis*, segundo os vínculos de sangue ou de adoção, respectivamente. Gaio (3, 10) nomina *cognatio legitima* o parentesco estabelecido pela linha do varão, ou seja, da *adgnatio*. Assim a mulher *in manu* é *cognata* em relação à sua família originária, e *adgnata* em relação com a família do marido. A sucessão legítima e o chamamento da tutela são regulados pelo *ius civile* de acordo com a *adgnatio*. Neste sentido, ver IGLESIAS, (nota 14), p. 478.

[17] Confunde-se muitas vezes a expressão *civitas* com a moderna expressão cidade, mas o vocábulo usado pela língua latina correspondente ao espaço físico ocupado por uma cidade era *urbe*. Ver DI PIETRO, (nota 10), p. 3.

era uma expressão derivada da denominação que os antigos romanos deram a si mesmos: *quirites*.[18]

A sociedade romana na época da Monarquia estava composta por patrícios, clientes, plebeus, escravos e libertos. Os patrícios eram aqueles que pertenciam às *gentes* originárias de Roma, e são, em princípio, os que tinham direitos políticos e privados reconhecidos pelo *ius civile*.[19] Os clientes eram pessoas admitidas nas famílias gentilícias, que participavam do culto familiar, e eram protegidas pelos patronos, porém não possuíam os mesmos direitos dos patrícios.[20] Os plebeus recebiam a sua definição por exclusão, ou seja, eram aqueles que não eram nem patrícios nem clientes. Os escravos faziam parte da família, também eram sujeitos ao poder do

---

[18] Em seu dicionário latim/português, TORRINHA diz que *quirites* era o cidadão romano, sendo expressão equivalente a *cives*. Observa, entretanto, o autor: "*Segundo os antigos romanos, provém de Cures, cid. dos Sabinos e designa o elemento sabino que se fundiu com o elemento pròpriamente romano.*" TORRINHA, F. *Dicionário latino português*. 2.ed. Porto: Editora Gráficos Reunidos, 1942, p. 723. Neste mesmo sentido, ver COGLIOLO, P. *Storia del diritto privato romano (dalle origini all'impero)*. Firenze: G. Barbèra Editore, 1889. (Manuali Barbèra) p. 114. Tito Lívio descreve a denominação *quirites* aos cidadãos romanos como uma espécie de compensação aos sabinos quando da sua unificação com os romanos, e identifica sua origem à cidade sabina de Curos. Ver (nota 11), p. 38. Por sua vez, BRETONE diz que *quirites* "*são os indivíduos que formam o corpo cívico*", e aponta sua origem na expressão *co-virites*. Ver BRETONE, M. *História do direito romano*. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1990 (Coleção Imprensa Universitária, 73). Tradução do original italiano: Storia del diritto romano, p. 83

[19] *Ius civile*, segundo BRETONE, remonta à época mais arcaica e diz respeito às relações entre os membros da civitas, ou seja, indica, no seu conjunto, a organização jurídica da cidade. Ver (nota 18), p. 46. Para IGLESIAS, *ius civile* era o direito próprio privativo dos cives, ou seja, dos cidadãos romanos. Ver (nota 14), p. 18.

[20] KUNKEL grifa que os vassalos protegidos, os *clientes*, deviam seguir o senhor na guerra e na política e, em troca, o senhor patrício tinha que protegê-los quando eles se encontravam em situação difícil. Ver (nota 13), p. 13.

pater familias, e sua origem era por nascimento de pais escravos ou cativeiro de guerra. Os escravos podiam ser convertidos em libertos e, quando isto ocorria, sua situação equiparava-se à dos clientes.[21]

No vértice da *civitas* estava o *rex* (rei, cuja denominação origina-se de *regere*, ou seja, dirigir) que tinha o cargo vitalício e podia ser proposto pelo seu antecessor ou pelo Senado. Sua designação, todavia, devia ser reconhecida por uma *lex curiata de imperio*[22] aprovada pela assembléia de cidadãos e confirmada pelos deuses na forma da consulta da vontade divina por meio dos *auguria*.[23]

No exercício do seu mandato o *rex* promovia o culto aos deuses, mantinha o supremo mando militar, administrava a justiça, custodiava as leis e convocava o Senado e a assembléia de cidadãos. O *rex* contava com a assessoria do Senado (cujo nome origina-se de *senes*, ou seja, ancião) para onde dirigia consultas sobre todas as matérias.

A assembléia de cidadãos era denominada *comitium curiatum* por ser estruturada em cúrias[24] e elegia o *rex*, aprovava leis propostas

---

[21] Segundo KUNKEL, os escravos desempenharam na época primitiva romana um modesto papel, diferente com as circunstâncias da República tardia e do Império; o servo comia com seu dono na mesma mesa e o mesmo pão e estava protegido em caso de lesões corporais pela lei das XII Tábuas. Ver (nota 13), p. 15.

[22] *Lex curiata de imperio* era a lei votada pela assembléia de cidadãos que conferia o poder (*imperio*) ao novo rei. Ver, por isso, CHURRUCA, (nota 10), p. 32, e GARCIA, (nota 2), p. 46.

[23] *Auguria* significa a ciência dos sacerdotes que prediziam o futuro por meio da interpretação de um presságio. Ver TORRINHA, (nota 18), p. 90.

[24] *Comitia curiata* era a assembléia de patrícios representados em *curias*, uma organização do povo proposta por Rômulo para a organização política da *civitas*. Ver, para isso, TITO LIVIO, (nota 11), p. 37-38. A tradição romana se mostra de acordo em atribuir ao mítico fundador da cidade as primeiras bases da organização política, dividida em três tribos (Ramnes, Tities, Luceres), e a criação de um comício estabelecido sobre a base de trinta cúrias, dez para cada uma das tribos mencionadas e de um Senado de cem membros, ampliado posteriormente a trezentos por Tarquino Prisco. Ver ARANGIO-RUIZ, (nota 3), p. 23. De

pelo *rex*[25] e decidia sobre a guerra.[26] Existiam ainda os colégios sacerdotais, criados pelo *rex* Numa Pompílio, cuja função era a prática dos ritos religiosos, em um ardiloso artifício para o controle de uma sociedade marcadamente militar.[27] Na Monarquia, todos estes cargos políticos eram exercidos apenas pelos patrícios.

---

acordo com CHURRUCA, a população de Roma foi formada pelos latinos, sabinos e etruscos. Cada uma das tribos foi dividida em dez cúrias (do latim *co-viria,* agrupamento de varões*)*, compreendendo diversas *gentes* patrícias e famílias plebéias, cujos membros prestavam serviços militares e auxiliares em uma mesma unidades e possuíam identidade cultural. As assembléias gerais do povo (comícios) agrupavam-se originalmente em cúrias (*comitia curiata*) e os acordos formavam-se inicialmente dentro de cada cúria e, posteriormente, por representantes de cada uma das cúrias. Ver (nota 10), p. 32, com mais demonstrações.

[25] Segundo CHURRUCA, as leis propostas pelo *rex*, ou *leges regiae*, conforme a tradição romana, eram leis atribuídas aos reis que teriam sido compiladas ao final do período da Monarquia pelo pontífice Sexto Papírio. Os fragmentos que se conservaram destas leis demonstram que se tratava de normas da esfera religioso-ritual de pouca relevância jurídica. Ver (nota 10), p. 40.

[26] Ver GARCIA, (nota 2), p. 46.

[27] Ver TITO LÍVIO, (nota 11), p. 46 e ss.

Capítulo terceiro
A REPÚBLICA

A partir de uma revolta dos patrícios, que viam diminuída sua importância diante de uma única família gentilícia, a do *rex*, destituiu-se a Monarquia e implantou-se um novo sistema político, a *res publica*, que permitia a participação mais ampla dos cidadãos e um ordenamento mais adequado ao enfrentamento do crescente conflito patrício-plebeu.

A integração patrício-plebéia foi um processo lento e difícil e envolveu razões mais complexas que as meramente econômicas. Os plebeus, conscientes de seu crescimento numérico e do isolamento político que os patrícios lhes impunham, criaram uma força armada plebéia para formar uma comunidade separada. A plebe, mais tarde, decidiu novamente unir-se a Roma mediante um pacto juramentado, segundo o qual lhe foi concedido o direito de reunir-se em assembléias próprias - *concilia plebis,* e obteve o reconhecimento de um magistrado plebeu: o tribuno da plebe[28] no ano 494 a.C.

---

[28] O tribuno da plebe nasce como o resultado das lutas entre patrícios e plebeus. Conforme MOMMSEN, "... *forma el momento inicial de la constitución de una*

O tribuno da plebe podia convocar a plebe em concílios plebeus, tomar decisões que significaram seu reconhecimento político-jurídico e também podia auxiliar qualquer plebeu frente às arbitrariedades dos magistrados patrícios - *ius auxilium*. O mais importante consistia no direito de veto (*intercessio*) que detinha o tribuno da plebe contra as decisões dos outros magistrados e do Senado, exceto em tempo de guerra. Característica igualmente destacável foi a inviolabilidade de sua pessoa, pois gozava do *sacrosanctitas*.[29] O tribuno da plebe era eleito entre plebeus anualmente,[30] e, a partir dos Gracos nos anos 133-121 a.C., assumiu um papel mais amplo como defensor dos interesses populares e não apenas da plebe.[31]

---

ciudadanía no noble como un Estado dentro del Estado." Inicialmente foram escolhidos dois tribunos da plebe, que chegaram a dez. Os patrícios foram sempre excluídos, assim como os escravos. A eleição dos tribunos realizava-se diante da coletividade dos plebeus, inicialmente por cúrias e, mais tarde, por tribos, seguindo o modelo de eleição dos cônsules. A atuação do tribuno da plebe limitava-se ao território da cidade. Desde o início foi-lhe concedido o direito de convocar os plebeus para as eleições, para constituir-se o tribunal ou para fazer acordos, e jamais lhe foi concedido o *imperium* militar. Para maiores esclarecimentos, ver MOMMSEN, T. *Compendio del derecho publico romano.* Buenos Aires: Editorial Impulso, 1942, p. 233-236.

[29] GIORDANI descreve: "*Os tribuni plebis haviam sido declarados sacrosancti, invioláveis à coercitio dos magistrados da civitas.*" GIORDANI, M. C. *Iniciação ao direito romano.* Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1991, p. 137. KUNKEL refere um juramento solene (*conjuratio*) de todos os plebeus de que se vingaria com a morte qualquer agressão ao tribuno, outorgando a ele a inviolabilidade (*sacrosanctitas*) enquanto durasse a sua magistratura. Ver (nota 13), p. 30. No mesmo sentido, ver IGLESIAS, (nota 14), p. 19.

[30] O magistrado de modo geral exercia o cargo por período de um ano. Ver, por exemplo, IGLESIAS, (nota 14), p. 21.

[31] Ver DI PIETRO, (nota 10), p. 6. ARANGIO-RUIZ relata que o tribunado seguiu sendo uma magistratura exclusivamente plebéia, mas suas faculdades foram ampliadas na defesa dos interesses gerais. Coube-lhe também certa competência positiva no campo do procedimento penal. Ver (nota 3), p. 63.

Outro evento destacável foi a da lei das XII Tábuas, que dentro de um clima de hostilidade existente entre patrícios e plebeus, teve início durante a República nos anos 451 a 450 a.C.[32] Resultado de uma longa luta para ampliar seus direitos, os plebeus obtiveram sucessivas conquistas: em 445 a.C. a *lex Canuleia de Conubio*, provavelmente originada de um plebiscito, reconheceu o casamento entre patrícios e plebeus; foi eleito o primeiro cônsul plebeu, em 367 a.C.; o primeiro pretor, em 337 a.C.; o primeiro ditador, em 314 a.C.; realizou-se uma reforma democrática no exército elevando a qualidade do voto plebeu nos comícios; e, em 300 a.C., a *lex Ogulnia* permitiu o acesso dos plebeus aos colégios pontificiais.[33]

Do conflito entre patrícios e plebeus resultou uma importante conquista, relativa a uma das mais significativas reivindicações dos plebeus, que foi o reconhecimento, pelos patrícios, da equiparação dos plebiscitos às leis comiciais. Em épocas distintas, três normas são exemplo do reconhecimento de tal equiparação: a *lex Valeria Horatia*, de 449 a.C., a *lex Publilia Philonis*, de 339 a.C., e a *lex Hortensia*, de 287 a.C.[34]

A composição política da *res publica* assentou o seu equilíbrio em três órgãos: as magistraturas, o Senado e as assembléias populares.

Com a queda da monarquia, o *rex* foi substituído por dois magistrados escolhidos pelos patrícios e ratificados pelo Senado. Estes magistrados, inicialmente, foram chamados de *praetores*, quer dizer, os que caminhavam à frente da tropa, passando os chefes maiores a chamarem-se de cônsules em meados do século V a.C. Em

---

[32] O conteúdo da lei das XII Tábuas, e sua importância no desenvolvimento jurídico romano, será discutido ainda em detalhes. Ver, infra, Segunda Parte, capítulo 2, e Terceira Parte, capítulo 4.

[33] Ver GARCIA, (nota 2), p. 50.

[34] Ver GARCIA, (nota 2), p. 51.

conseqüência da complexidade crescente dos problemas agregaram-se outros magistrados com menores poderes, como os ediles, questores, etc.

Neste período, as características gerais de todos os magistrados referem-se ao poder de ordenar do ponto de vista administrativo. Todavia, só os magistrados maiores - cônsules, pretores ou ditadores - detinham o *imperium,* ou seja, o poder de mando político, inclusive militar, semelhante ao do antigo *rex.* Por meio do *imperium* os magistrados maiores tinham direito de convocar os comícios e propor leis e candidatos - *ius agendi cum populus,* o direito de convocar o Senado e efetuar consultas - *ius agendi cum patribus,* o direito de decidir - *iurisdictio,* o poder de repressão penal - *coercitio,* e o direito de ditar editos - *ius edicendi.* Os demais magistrados tinham competências específicas que se denominavam *potestates.*[35]

As magistraturas eram eletivas, devendo ser aprovadas pelos comícios. Entretanto, seguiam o princípio da cooptação, segundo o qual o magistrado que deixava de exercer a atividade propunha seu substituto.

Proibia-se o exercício simultâneo de duas magistraturas e, após exercida por um oportunidade, não podia, em princípio, ser renovada, a não ser que se respeitasse um intervalo de dez anos, inicialmente, e de dois anos, após a *lex Villia* de 180 a.C. Esta mesma lei regulamentou o *cursus honorum,* ou seja, a seqüência de acesso às magistraturas, cujo objetivo era reconhecer a ordem honorária e a aquisição de experiência e capacidade de compreensão de todos os aspectos do governo de Roma.

As magistraturas eram colegiadas, quer dizer, o cargo era exercido por dois ou mais magistrados, à exceção do ditador e do

---

[35] Ver, a esse respeito, GARCIA, (nota 2), p. 73. e CHURRUCA, (nota 10), p. 71 e ss.

magister equitum, e os colegas possuíam os mesmos poderes. A divisão do trabalho entre os magistrados era feita em razão da matéria ou em forma temporal. O magistrado que não estivesse em exercício tinha o direito de veto (*intercessio*) a respeito das medidas tomadas por seu colega.

As magistraturas eram exercidas pelo período de um ano, exceto os censores, eleitos a cada cinco anos, que extinguiam suas funções após realizar o censo. O ditador exercia suas atividades num período de seis meses. As magistraturas eram gratuitas e constituía-se numa honra ocupar este cargo. Por isso, só as pessoas com fartos recursos familiares podiam ser magistrados e as pessoas de escassos recursos eram excluídas.[36] Os magistrados eram responsáveis e deviam responder pela sua atuação podendo, inclusive, ser chamados ante os comícios que os elegeram.[37]

O Senado foi uma das instituições mais características da história romana, tendo existido desde sua fundação até o Império, alterando-se, todavia, suas funções. Na época republicana era um órgão deliberativo e consultivo, cuja influência é destacada em razão do caráter oligárquico do governo republicano e sua projeção na constituição do Senado.

Embora o acesso dos plebeus às magistraturas tenha permitido-lhes o acesso também ao Senado, o pequeno número de senadores plebeus conservou no Senado seu caráter de defesa dos interesses oligárquicos das famílias patrícias mais importantes.

---

[36] Ver, para isso, GARCIA, (nota 2), p. 73-76 e DI PIETRO, (nota 10), p. 7-8.

[37] IGLESIAS relaciona várias situações em que o poder dos magistrados recebe limitações, tais como a temporariedade, colegiabilidade, a *intercessio* dos tribunos da plebe (direito de veto do magistrado em relação a decisão de seu colega), a *provocatio ad populum* (reclamação apresentada por um cidadão a uma assembléia popular contra alguma decisão especialmente grave emitida contra ele por algum magistrado) e a responsabilidade. Ver (nota 14), p. 21.

Se as decisões do Senado - *senatus consulta* - não possuíam a mesma força que as leis aprovadas nas assembléias populares, o Senado gozava da *auctoritas*,[38] ou seja o reconhecimento de sua autoridade para decidir, fazendo com que em situações importantes da República os cônsules procurassem ouvir a opinião do Senado. Para confirmar o reconhecimento público da autoridade do Senado pode-se observar a denominação oficial do Estado romano neste período: *Senatus PopulusQue Romanus - S.P.Q.R.*, ou seja, o Senado e o Povo Romano.[39]

O Senado controlava, além da política externa, a política interna, uma vez que os magistrados, em todo o tema importante para a *res publica*, deveriam consultar o Senado.[40]

As assembléias populares subdividiam-se em três: comícios curiados - *comitia curiata*, comícios centuriados - *comitia centuriata*, e comícios tribados - *comitia tributa*.

Os comícios curiados foram constituídos de representantes das trinta cúrias romanas, tendo sido uma continuidade do predomínio patrício no período da monarquia. Na época republicana os

---

[38] O Estado romano, que amplamente tutelou e garantiu a liberdade individual, concebeu-a intimamente vinculada à idéia de limitação; por isso, o princípio da liberdade pôde ser, em Roma, um dos princípios do ordenamento jurídico. Neste sentido, ver IHERING, R. von. *El espiritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Tradução de Enrique Príncipe y Satorres. 5.ed. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--?] 4.t, T.2, p. 135 e ss e p. 292 e ss. Para os romanos, a liberdade não pressupõe jamais a possibilidade de fazer ou deixar de fazer o que se queira e viver conforme seus próprios caprichos. Nestes termos o Estado romano tutelou e garantiu a liberdade individual e também assegurou energicamente o vigor do princípio da autoridade. A *auctoritas* exerceu grande função na vida romana. Além de ter sido ambicionada, foi também reconhecida. Citando Heinze, SCHULZ assim ilustra: "*Toda la vida del pueblo romano estaba embebida del sentimiento de la auctoritas.*" Ver (nota 4), p. 163 e 188.

[39] Ver, para isso, GARCIA, (nota 2), p. 71-73.

[40] Ver CHURRUCA, (nota 10), p. 78-79.

comícios curiados perderam eficácia, restando do período anterior somente sua composição de representantes das trinta cúrias.

Os comícios centuriados foram constituídos conforme a organização dada por Sérvio Tulio e originaram-se na forma de enquadramento militar dos cidadãos militarmente úteis que deviam prestar serviço em armas, ou seja, entre os dezessete e os sessenta anos. Posteriormente, assumiram um caráter político, tendo como função votar leis importantes, assim como as declarações de guerra e julgar a *provocatio ad populum*[41] apresentada por um cidadão romano. Estes comícios detinham uma característica militar, e suas reuniões e votações aconteciam no Campo de Marte.[42]

Os comícios tribados tiveram origem na transformação dos *concilia plebis.*[43] Suas reuniões ocorriam no Foro. Entre as suas atribuições estava a de eleger os magistrados da plebe[44] e a de votar leis vinculadas com o *ius privatum.*[45]

---

[41] Ver , supra, nota 37, Primeira Parte, a definição desta expressão.

[42] Ver ARANGIO-RUIZ, (nota 3), p. 43.

[43] Segundo IGLESIAS, os *comitia tributa* são os próprios *concilia plebes* quando convocados pelos magistrados maiores. O seu nome deriva da constituição da assembléia que reunia um representante de cada tribo da cidade. Ver (nota 14), p. 23. ARANGIO-RUIZ adverte que nas fontes literárias a diferença entre os *comitia tributa* e os *concilia plebis* não é clara, pois muitas vezes quando os textos referem os *comitia tributa*, na verdade tratam da assembléia da plebe convocada pelos tribunos, e outras vezes, pelo contrário, referem os *concilia plebis* quando se alude a uma assembléia com a participação de todo o povo. Ver (nota 3), p. 108.

[44] Ver, nesse sentido, IGLESIAS, (nota 14), p. 23.

[45] ARANGIO-RUIZ explica: "*Pudo también responder a un interés público la concesión, a los concilia plebis de ese derecho de votar leyes, ora porque mientras los cónsules se hallaban cada vez más ocupados en guerras de larga duración, y en su virtud faltaba, con frecuencia, en la Ciudad quien pudiese convocar el Comicio centuriado a fin de apresentarle las proposiciones de leyes, los tribunos permanecían siempre en ella, por su obligada residencia, ora porque a causa del complejísimo ceremonial de la organización centuriada se prefiriese la votación por tribus, que se hacía con mayor rapidez y con una participación más extensa de todos los incluídos*

A República foi um período marcado pela crescente expansão territorial, desde uma simples cidade localizada às margens do Rio Tibre, passando pelo domínio da região do Lácio com a subjugação de todos povos vizinhos até estender o poder de Roma sobre toda a Itália em 265 a.C. A vitória romana nas guerras púnicas estendeu o poder romano sobre todo o ocidente mediterrâneo e, a seguir, sobre a Grécia, Ásia Menor, avançando ainda sobre o Mar Negro e o Rio Eufrates. No ocidente, estenderam-se colônias sobre a Gália, parte da hoje denominada Inglaterra e parte da Península Ibérica.

---

en ellas. Por estas razones, la legislación en materia de derecho privado, que tenía un carácter más técnico que político, fué dejada a la iniciativa de los tribunos y a la deliberación y votación de los concilios plebeyos." (nota 3), p. 66; ver também DI PIETRO, (nota 10), p. 9.

Capítulo quarto
O PRINCIPADO

O amplo domínio territorial romano conquistado representou, todavia, um grande desafio à República para assegurar a unidade de regiões distantes, submetidas a diferentes composições políticas, habitadas por povos distintos com língua, costumes e religiões diferentes. Este fato gerou uma crise nas instituições republicanas para governar nesta nova realidade.

No âmbito interno, no período final da República, as reformas agrárias propostas pelos tribunos de origem aristocrática, Tibério e Cayo Graco (anos 133-121 a.C.), foram uma tentativa de transformação que, se não atingiu a amplitude de suas propostas, desencadeou uma série de guerras civis atingindo uma indireta mudança institucional com a constituição política do Principado.[46]

Com extrema habilidade política e militar Otávio Augusto destituiu o triunvirato do qual participava e atraiu para si a missão de restaurar as instituições republicanas bastante abaladas pelas

---

[45] Ver KUNKEL, (nota 13), p. 53 e ss, com mais demonstrações.

sucessivas guerras civis. Para isto, manteve a vigência das instituições republicanas do Senado, comícios e magistrados mas centralizou em sua pessoa a figura de um tutor da República, inscrevendo-se no ano de 28 a.C. no álbum senatorial como *Princeps Senatus* (esta é a origem da denominação de Principado para o período). Assim, dizendo respeitar todas as instituições republicanas, à exceção do caráter vitalício dos seus poderes, Otávio Augusto promoveu profundas alterações no governo romano.[47]

Uma mudança significativa foi a criação de cargos burocráticos em paralelo às magistraturas, ocupados por funcionários pagos para auxiliar o *princeps* em suas ações. Surgiram funções administrativas especializadas, como o *praefectus urbi*, responsável pela ordem e tranqüilidade na cidade, os *praefecti praetorio*, chefes da guarda pretoriana e representantes do *princeps*, o *praefectus annonae*, encarregado do abastecimento e aprovisionamento de alimentos, o *praefectus vigilium*, chefe de polícia responsável pelos casos de incêndio ou distúrbios na cidade, o *praefectus vehiculorum*, chefe geral dos correios, os *praefecti aerarii*, que administravam o tesouro público e os *procuratores*, responsáveis pela administração do ingresso de tributos.[48]

Além destes cargos foi criada a chancelaria imperial, um primeiro órgão burocrático com funcionários profissionais e especializados, cuja função era cuidar das questões administrativas relacionadas com o *princeps*. A partir deste período, a importância da chancelaria imperial na produção do Direito romano é crescente, pois é dela que emanou a maior parte das constituições imperiais.[49]

---

[47] Ver DI PIETRO, (nota 10), p. 11, com mais demonstrações.

[48] Ver CHURRUCA, (nota 10), p. 131-133.

[49] Ver, para isso, CHURRUCA, (nota 10), p. 131-135, GIORDANI, (nota 29), p. 148-149 e KUNKEL, (nota 13), p. 63 e ss.

Outra novidade introduzida foi o *consilium principis*, um conselho constituído de pessoas de confiança do *princeps* e destacada capacidade e experiência profissional em algum campo relacionado com os assuntos da administração pública, como juristas, militares, especialistas em finanças ou obras públicas, etc. Segundo Churruca:

> "*La influencia del consilium principis en la formación del derecho romano fue indirecta pero de gran alcance, ya que orientó la política imperial en materia jurídica y marcó las diretrices seguidas en la tramitación de asuntos ordinarios por la cancillería imperial.*"[50]

Se, a princípio, o Principado pôde ser reconhecido como uma diarquia, ou seja, um duplo poder exercido pelo *princeps*, por um lado, e, pelo Senado por outro, a maior eficiência do corpo burocrático chefiado pelo *princeps* em relação ao funcionamento das instituições republicanas e a força política do primeiro sobre o segundo permite que se identifique o poder centralizado na figura do *princeps*.[51]

Comenta Kunkel que as magistraturas republicanas continuaram existindo durante o Principado, porém cada vez com menor importância. Do mesmo modo, as assembléias populares, não mais interessantes para as famílias patrícias mais importantes diante da crescente participação de plebeus, praticamente desapareceram nas primeiras décadas do Principado, transferindo-se para o Senado a faculdade de votar leis e eleger os magistrados. Por sua vez, o Senado aumentou inicialmente seu poder graças às atribuições legislativas e eletivas que a ele foram transferidas, bem como por meio da escolha

---

[50] Ver (nota 10), p. 134.

[51] Ver CHURRUCA, (nota 10), p. 127, e, DI PIETRO, (nota 10), p. 12. Para a definição de *princeps*, ver, infra, nota 83, Segunda Parte.

de senadores para ocuparem os novos cargos públicos criados pelo *princeps*. Todavia, adverte Kunkel, rapidamente o Senado também perdeu sua importância em favor do *princeps*.[52]

Um aspecto ainda importante do Principado era a sucessão do *princeps*, que tinha poder vitalício. A princípio, adotou-se o sistema da cooptação,[53] ou seja, a escolha do novo *princeps* ainda durante a vida do anterior, aproximando-o do governo. Com o passar do tempo, todavia, cresceu a importância da pressão de grupos militares, inicialmente a guarda pretoriana, e, a seguir, dos corpos legionários, o que criou uma profunda instabilidade social e política.

---

[52] Ver, a esse respeito, (nota 13), p. 60.

[53] Sobre o princípio da cooptação, já praticado pelos magistrados da República, ver, também, supra, terceiro capítulo, Primeira Parte.

Capítulo quinto
O IMPÉRIO ABSOLUTO

No começo do século III d.C. a ordem republicana recuperada, pelo menos aparentemente, por Otávio Augusto já não passava de uma fachada. Tanto as magistraturas, que ainda existiam, como o próprio Senado haviam perdido sua importância política, passando a representar antes uma condecoração de honra que propriamente uma função pública.

O fortalecimento da burocracia estatal aproximava-se cada vez mais de uma monarquia absoluta baseada no poder militar. O centro político deslocou-se cada vez mais de Roma para a metade oriental do Império, reduzindo a importância econômica e política da península itálica e mesmo de Roma. A exaustão da expansão do Império teve como conseqüência uma redução do aporte de riquezas pilhadas para a manutenção de um exército constituído progressivamente de mercenários e de uma burocracia estatal cada vez mais pesada, forçando a um aumento da carga de tributos e ao

começo de uma crise, cujo resultado foi a anarquia militar, política e econômica.[54]

Nesta situação, Diocleciano, em 284 d.C., instituiu um governo fortemente centralizado e deu causa a uma reforma muito ampla no Império com vistas a retirá-lo do momento anárquico que vivia. Denominou-se diretamente *imperator* em vez de *princeps* e revestiu sua função de um significado sacro aparecendo em público com roupas púrpuras bordadas de ouro. Com Diocleciano iniciou-se o período do Império absoluto.[55]

Diocleciano revestiu a figura do *imperator* de todo um ritual cortesão característico dos reinos orientais. Para melhor governar e administrar o Império Romano dividiu-o em duas partes: a oriental e a ocidental, dividindo ainda cada uma das partes em duas, estabelecendo uma tetrarquia. A ordem proposta por Diocleciano visava a intensificar a administração do Império e diminuir as disputas nas sucessões, porém não durou muito tempo e resultou que imperadores freqüentemente guerrearam entre si pela hegemonia do Império em uma constante oscilação entre mandatos únicos ou repartidos.[56]

De fato, a separação do Império em pelo menos duas partes, ocidental e oriental, era praticamente inevitável em face da extensão do Império, da existência de constantes ataques nas suas fronteiras e

---

[54] Ver, sobre isso, KUNKEL, (nota 13), p. 142 e ss, e CHURRUCA, (nota 10), p. 210-214.

[55] Inicialmente os cristãos detinham uma grande liberdade de culto, porém Diocleciano enfrentou um problema muito especial, que foi o crescimento do número de cristãos e a sua recusa de aceitar o reconhecimento do Imperador como *Dominus,* título por eles reservado só para Deus. Isto fez desencadear intensas perseguições, antes esporádicas. Assim afirma DI PIETRO, (nota 10), p. 14.

[56] Ver KUNKEL, (nota 13), p. 150.

da crescente diferenciação política, econômica e cultural das duas partes.[57]

Durante o período de anarquia, a burocracia estatal enfraqueceu-se, chegando a quase desaparecer o *consilium principis.* Na época do Império absoluto ressurge uma instituição análoga, o *sacrum consistorium*, do qual participavam os altos funcionários da administração central do Império. Dentre eles estavam o chefe de serviços da chancelaria imperial - *magister officiorum*, o homem de confiança do imperador que o acompanhava, organizava a corte e preparava textos legislativos - *quaestor sacri palatii,* o administrador do tesouro público - *comes sacrarum largitionum,* o administrador dos bens privados do imperador - *comes rerum privatum,* o chefe da casa civil (uma espécie de secretário particular) - *praepositus sacri cubiculi*, chefes militares - *magistri militum* e outros dignatários escolhidos pelo imperador. Do mesmo modo, recuperou-se a importância da chancelaria imperial com cargos semelhantes aos do período do Principado.[58]

O Império romano ocidental enfrentou problemas de migrações, inicialmente pacíficas, e, posteriormente, das invasões dos vândalos, alanos e burgúndios. No ano de 476 d.C. Odoacro destronou Rômulo Augustus, acabando com o Império Romano do Ocidente. O Império Romano do Oriente permaneceu por toda a Idade Média, encontrando o seu fim quando os turcos otomanos se apoderaram de Constantinopla em 1451.

---

[57] Ver, nesse sentido, CHURRUCA, (nota 10), p. 208-209.

[58] Ver, para isso, CHURRUCA, (nota 10), p. 209-210.

SEGUNDA PARTE

AS ETAPAS DO DESENVOLVIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO DE ROMA

Capítulo primeiro

CRITÉRIOS PARA A PERIODIZAÇÃO DO DIREITO ROMANO

Segundo Orestano, inicialmente o estudo do Direito romano restringia-se à compilação realizada pelo imperador Justiniano, que é conhecida como *Corpus Iuris Civilis,*[1] porém o campo e a

[1] A história do Direito romano tem sua principal referência na compilação de Justiniano, imperador do Oriente, que foi publicada entre os anos 524 e 534 d.C. e na posterior legislação deste imperador, morto em 565 d.C., que recebeu a denominação global de *Corpus Iuris Civilis.* Esta compilação, com todos os seus defeitos e falsificações, representa nossa melhor e mais rica fonte de informações, inclusive para épocas anteriores a Justiniano. Neste sentido, ver ARANGIO-RUIZ, V. *Instituciones de derecho romano.* Tradução da décima edição italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p.1 e ss. Segundo RICCOBONO, "*Ante todo, para comprender las ulteriores vicisitudes de la obra conviene destacar que ésta, si bien tiene gran prestigio como una colección jurídica, era absolutamente defectuosa e inapta para la función de un código*". RICCOBONO, S. *Roma, madre de las leys.* Tradução de J.J.Santa-Pinter. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1975. (Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales) Tradução do original italiano: Roma madre delle leggi, p. 6. CLAVERO revela que o conjunto de textos compilados por ordem de Justiniano não se constituiu

prospectiva da pesquisa ampliou-se e, hoje, entende-se por Direito romano a experiência jurídica romana em seu curso inteiro, da fundação de Roma até a morte de Justiniano em 565 d.C. Escreve assim o autor:

> "*Non meno vaste e importanti sono le conseguenze che da questa nuova visuale si debbono trarre rispetto a quelli che potremmo dire i quadri cronologici e prospettici del diritto romano. Ancora una volta i modi di concepire sia il diritto romano, sia la natura e la funzione del suo studio influiscono su queste determinazioni. Fino a che il diritto romano s'identificava con il Corpus Iuris, o comunque fino a che l'interesse si polarizzava sul diritto privato giustinianeo, anche la visione storica risentiva di questa prospettiva. Lo svolgimento anteriore, dalla fondazione di Roma alla compilazione giustinianea, appariva - come abbiamo già detto - una lunga preparazione per arrivare a quella mèta finale, che costituiva l'oggetto principale dello studio.*" [2]

---

em seu surgimento num corpo unitário, e que a denominação de *Corpus Iuris Civilis* (Corpo de Direito Civil) vai acontecer apenas com o decurso dos séculos, para diferenciar-se do *Corpus Iuris Canonici*. Ver CLAVERO, B. *Institucion historica del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992, p. 27 e ss. Em outra obra sua, RICCOBONO identifica Dionisio Gotofredo, em 1583, como o primeiro a adotar para a compilação de Justiniano o título '*Corpus Iuris Civilis*'. Ver RICCOBONO, S. *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*. 2.ed. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1949, p. 209. No mesmo sentido, ver DI PIETRO, A. *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996, p. 29.

[2] (Não menos vastas e importantes são as conseqüências que desta nova visão deve-se considerar a respeito daqueles que podemos dizer os quadros cronológicos e prospectivos do direito romano. Mais uma vez os modos de conceber, seja o direito romano, seja a natureza e função do seu estudo, influem sobre estas determinações. Enquanto o direito romano identificava-se com o *Corpus Iuris*, ou de outro modo, enquanto o interesse concentrava-se no direito privado justinianeo, igualmente a visão histórica refletia esta prospectiva. O

A respeito destes limites cronológicos escreveu o autor que eles são arbitrários, justificando que, no que diz respeito à data inicial, separa-se o Direito romano de toda uma complexa rede de tradições anteriores e evita-se os problemas da distinção entre história e pré-história de Roma e da Itália, da qual o nosso conhecimento e exploração são impossíveis, embora sejam estas tradições que forneceram o substrato das primeiras formações da tradição jurídica da nova cidade; no que diz respeito à data final, em tal modo se é levado a considerar a obra de Justiniano como a conclusão de um processo histórico.[3]

O estudo histórico do Direito romano é apresentado em períodos, onde as repartições, as fases, os segmentos são utilizadas por comodidade e por razões didáticas. Às vezes, o desdobrar dos fatos parece indicar uma pausa, suspensão ou ruptura que passam a ser pontos de referência, porém muitas transformações ocorrem de modo gradual.[4]

Além da periodização, não se deve negligenciar o elemento territorial, pois também são notáveis as diferenças que existem entre os desenvolvimentos da histórica jurídica em Roma e nos outros territórios ou entre as duas partes do Império depois de Diocleciano.[5]

---

desenvolvimento anterior, da fundação de Roma à compilação justinianea, parecia - como já tínhamos dito - uma longa preparação para chegar àquela meta final, que constituía o objeto principal do estudo.) ORESTANO, R. *Introduzione allo studio storico del diritto romano.* 2.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, [1963], p. 630-631.

[3] Ver ORESTANO, (nota 2), p. 631.

[4] Ver ORESTANO, (nota 2), p. 633.

[5] Ver ORESTANO, (nota 2), p. 634. WEBER exemplifica a questão da diferença de tratamento territorial, assim: "*Durante a era imperial, a Itália era isenta de impostos e logo também o foi do serviço militar, pelo que o fato de pertencer a uma gleba ou a uma determinada comunidade em vez de outra tinha uma importância muito menor que nas províncias onde, como se sabe, os municípios tinham a responsabilidade tanto do contingente de tributos, como do de recrutas, e onde,*

Verifica-se a existência de uma gama bem diversificada de periodizações desta longa história de cerca de quatorze séculos, segundo critérios que são variados no tempo e que são susceptíveis de discussão. A título apenas de exemplificação, cabe ilustrar com alguns dos pensadores influenciaram os demais com as subdivisões por eles propostas.

Recorde-se inicialmente a periodização que foi elaborada por Hugo ao fim do século XVIII, dominando grande parte da historiografia romanista do século passado. Segundo esta divisão, dever-se-ia distinguir quatro períodos: da fundação de Roma às XII Tábuas, das XII Tábuas a Cícero, de Cícero a Alexandre Severo e enfim deste a Justiniano. Estes períodos, talvez com reminiscência a antigas fontes, eram chamados por Hugo, respectivamente, de idade da infância, da adolescência, da virilidade, e da velhice do Direito romano.[6]

Bonfante, no início deste século, propôs uma tripartição, em que o critério para separação dos períodos fundava-se no conceito da 'crise', aplicado a dois momentos históricos que marcaram uma profunda revolução na sociedade romana: a primeira foi uma crise de expansão que sucedeu a guerra de Aníbal em torno de 200 a.C., quando uma população rústica de agricultores do Lácio tornou-se, num espaço de sessenta anos, senhora do mundo antigo e da mais

---

portanto, tinha-se interesse em manter a vinculação de uma gleba a determinado município." Sublinha o autor que, ao se investigar a propriedade em Roma, deve-se perquirir em que momento e que local ela era exercida. Ver WEBER, M. *História agrária romana*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1994. (Coleção O homem e a história) Tradução da versão espanhola do original alemão: Römische Agrargeschichte, p. 49.

[6] Uma análise 'biológica' da história de Roma encontra-se já em Sêneca pai, que fala de uma primeira infância, puberdade, adolescência e velhice. Ver ORESTANO, (nota 2), p. 635. Nota-se que concomitantemente à formação do Direito romano os estudiosos daquela época já se preocupavam em estruturar o estudo do seu ordenamento jurídico com vistas a facilitar o aprendizado por parte dos iniciantes e comparar as diferenças existentes.

florescente civilização; a segunda foi uma crise da involução sucessiva à morte de Alexandre Severo, em 235 d.C., quando a força crescente dos bárbaros e o renascimento das forças persas desloca o centro do Império de Roma e da Itália, para o Oriente. Conforme o autor, estas duas grandes crises separam três diversos sistemas de direito, que denomina de: direito quiritário - *ius Quiritium*, direito romano-universal - *ius gentium* , e direito helênico-romano - *ius romeo*.[7]

Riccobono conclui que se poderia dizer, inclusive, ter Roma criado duas vezes o direito: na primeira, um direito "agreste, rudimentar e rigoroso" contido nas linhas das XII Tábuas, e na segunda vez, a partir do século VI d.C., com características universais propondo, assim, uma bipartição.[8] Posteriormente, o autor subdivide a história do desenvolvimento do Direito romano em três períodos:

I. da formação de Roma ao período do Direito nacional romano;

II. do direito nacional romano ao período de 305 d.C., período do direito universal, no sentido que o *ius civile* e *ius gentium* e todas as outras ordenações romanas vinham já se avizinhando, para se fundir, depois, em uma ordem jurídica universal em todo o Império; e

III. de Constantino a Justiniano, que pode ser indicado como o período do direito romano cristão.[9]

---

[7] Ver, para isso, ORESTANO, (nota 2), p. 636 e RICCOBONO, S. *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*. 2.ed. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1949, p. 14 e ss.

[8] RICCOBONO, S. *Roma, madre de las leys*. Tradução de J.J.Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975. (Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales) Tradução do original italiano: Roma madre delle leggi, p. 1.

[9] Ver RICCOBONO, (nota 7), p. 16. Ver também o comentário de ORESTANO, (nota 2), p. 637-638, sobre a obra de Riccobono.

Guarino adverte que historiógrafos do Direito romano parecem orientados no sentido que não seja razoavelmente possível traçar uma periodização unitária entre o direito público e o direito romano. Todavia, o autor recentemente reafirmou a necessidade de se atender a critérios uniformes, e conclui, subdividindo a história jurídica romana em quatro períodos: direito arcaico, direito pré-clássico, direito clássico e direito pós-clássico.[10]

Schulz conclui que a ausência de períodos determinados na história do Direito romano, em geral, está correlacionada com a dificuldade de se referir a juristas concretos, como individualidades da ciência jurídica distinguindo nitidamente uns dos outros.[11] Savigny visualizou a jurisprudência romana demonstrando esta circunstância com precisão, assim:

> "*Este método (romano) no es, en absoluto, propiedad exclusiva de un escritor más o menos grande, sino que es un bien común a todos; y aunque entre los escritores la fortuna en su aplicación esté muy desigualmente repartida, el método es siempre el mismo. Incluso si tuviéramos íntegramente sus escritos ante nosotros, nos encontraríamos con un número mucho menor de individualidades descollantes que en cualquier otra literatura. En cierto sentido, todos trabajaram en una sola y única gran obra, y, por ello, la idea que está en la base de la compilación de las Pandectas no es del todo digna de reproche. Toda su literatura jurídica era un todo orgánico, de manera que se podría decir, con un término técnico de la*

---

[10] Ver GUARINO, A. *Storia del diritto romano*. 11.ed. Napoli : Editore Jovene Napoli, 1996, p. 36 e ss.

[11] Conforme refere SCHULZ, F. *Principios del derecho romano*. Tradução de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Editorial Civitas, 1990. (Monografias Civitas), p. 128-129 e *History of roman legal science*. London: Oxford University Press, 1953, p. 4.

doctrina moderna, que los juristas concretos eran personalidades fungibles." [12]

O Direito romano para fins deste trabalho também poderia ser dividido em critérios diferenciados. Entretanto, neste capítulo usarei o critério quadripartido de Schulz,[13] uma vez que responde à necessidade da lógica jurídica e facilita a compreensão do tema que importa para este estudo, qual seja, o consubstanciado na apreensão jurídica romana, diferentemente dos critérios utilizados no capítulo anterior onde se teve por objetivo localizar melhor os aspectos políticos da organização romana. Esta divisão é particularmente valiosa na medida que, além de situar a evolução do Direito romano em relação aos acontecimentos da história de Roma, descreve a forma de produção do ordenamento jurídico ao longo do tempo, permitindo que se entenda o papel de cada agente e a sua projeção na vida romana.

---

[12] Ver SCHULZ, F. *Principios del derecho romano*. Tradução de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Editorial Civitas, 1990. (Monografias Civitas), p. 129.

[13] Ver a obra de SCHULZ, F. *History of roman legal science*. London: Oxford University Press, 1953. No mesmo sentido RICCOBONO descreve que a história jurídica de Roma imagina-se distinguir em quatro períodos: o legendário, o republicano, e o imperial, que se divide em duas fases: antes e depois de Diocleciano. O primeiro período de Roma, de 754 a.C. ao princípio do século VI a.C., no qual se encaminha o direito dos *Quiritis* com a *lex* XII *tabularum*. O segundo período, das guerras púnicas a Otávio Augusto, caracterizado pela atividade do *praetor* na administração da justiça, a qual foi decisiva para o posterior desenvolvimento do direito romano. O terceiro período, de Augusto a Diocleciano, em que o direito romano recebe, pela obra dos grandes jurisconsultos, a elaboração científica com a análise e o desenvolvimento dos seus vários elementos resultantes do *ius civile*, *gentium*, *honorarium*. O quarto período, de Constantino a Justiniano, não mais possui juristas renomados que tratam o direito cientificamente, sendo qualificado de período da decadência, marcado pela compilação da produção do período precedente. Ver (nota 7), p. 12-14.

Schulz subdivide o Direito romano em quatro partes: a mais remota chama período arcaico, seguindo-se o período helenístico, o período clássico e, por fim, o período burocrático.

Capítulo segundo
O PERÍODO ARCAICO

A denominação do período como arcaico[14] deriva do fato de que as instituições estatais e jurídicas tipicamente romanas ainda não eram todas e em tudo formadas, emergindo progressivamente.

---

[14] Conforme BRETONE, as instituições arcaicas não se caracterizam por serem elementares, uma vez que quanto mais de perto são observadas, mais atenção deve-se a elas conferir. Ao ser estudado o direito arcaico não se deve partir da presunção de que é mais simples que o direito moderno, mas sim que estrutura-se de forma diversa. Ver BRETONE, M. *História do direito romano*. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1990 (Coleção Imprensa Universitária, 73). Tradução do original italiano: Storia del diritto romano, p. 90. IHERING insiste na importância do termo utilizado para a expressão de um conceito ou uma idéia e que a interpretação das palavras não nasce de improviso. Ao considerar o direito romano arcaico, o autor referiu-se ao necessário 'esforço de tornar visível o invisível', ou seja, o esforço para compreender o significado das palavras naquele período e não no sentido que hoje elas contém. Isto explica a importância do estudo das formas arcaicas, e por meio destas formas percorrer todo o mundo romano. Ver IHERING, R. von. *El espiritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Tradução de

Neste período, o direito primitivo romano possuía uma série de normas herdadas dos antepassados (*mores maiorum*) pelas quais o grupo social era regido, não havendo distinção do caráter propriamente jurídico, religioso, cultural e dos usos sociais. Esta separação foi sendo produzida rapidamente, pois a norma jurídica com sua coatividade restou segregada dos usos sociais não exigíveis de forma coativa.[15]

O direito romano primitivo foi marcadamente formalista,[16] pois para que um ato jurídico produzisse efeitos deveria cumprir

---

Enrique Príncipe y Satorres. 5.ed. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--?] 4.t, T.3, p. 27 e ss.

[15] Segundo CHURRUCA, realizou-se com relativa rapidez a separação entre o campo religioso (*fas*) e o campo jurídico (*ius*). *Fas*, era na originária concepção romana, tudo o que não transgredia a ordem divina e não ofendia aos deuses, por não lesionar as regras que regiam as relações dos deuses com a comunidade. *Ius*, na concepção romana, era tudo que não violava as normas de convivência. Ver CHURRUCA, J. *Introduccion historica al derecho romano*. 4.ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1987, p. 39. RICCOBONO descreve a lenda da fundação da Cidade de Roma conta a separação do *ius* e do *fas*. Rômulo, filho de um Deus, fundador da Cidade, teria dado ao povo ordenamentos políticos, civis e militares. Numa Pompilio, o segundo Rei, teria criado os ordenamentos religiosos e institutos e colégios sacerdotais. Conclui que: "... *separato il ius dal fas e dagli altri elementi affini, morali e religiosi, il diritto potè essere sottoposto ad una severa disciplina, onde si formarono in quel collegio una tecnica ed una terminologia giuridica precise.*" (... separado o *ius* do *fas* e dos outros elementos afins, morais e religiosos, o direito pôde ser submetido a uma severa disciplina, onde se formaram naquela associação uma técnica e uma terminologia jurídica precisa.) Ver (nota 7), p. 18.

[16] Segundo IHERING, a forma caracterizava-se por ser exclusiva, conforme a qual um ato determinado devia cumprir-se sob pena de nulidade. O formalismo é uma criação jurídica consciente e calculada, uma língua de sinais meditada profundamente. Neste período o procedimento antigo manifestou-se pela forma verbal, e posteriormente, por meio da forma escrita. Devido ao fato do equívoco ser mais freqüente na forma verbal o Pretor, mais tarde, reduziu o pronunciado à forma escrita. Ver, sobre isso, IHERING, (nota 14), p. 192.

formalidades, tais como rituais, gestos ou palavras minuciosamente prescritos consoante a uma concepção casuística típica dos ordenamentos jurídicos primitivos.[17]

A literatura menciona uma coleção de regras jurídicas anteriores à Lei das XII Tábuas, constituída de leis do tempo dos reis, e assim denominadas *leges regiae,* cuja compilação é atribuída ao *pontifex maximus* Sexto Papirio, e por isto também denominadas *ius papirianum.* Seguramente o conteúdo destas normas são preceitos de caráter sagrado (religioso-ritual) e, como tal, nem foram objeto da legislação popular nem tiveram um caráter jurídico, e, por isso, não se vai assentar o estudo sobre este material.[18]

Em um momento posterior ao formalismo, o Direito romano arcaico experimentou o período formulário, isto é, uma imagem o mais fidedigna do ato mesmo em toda a sua amplitude e em todo seu conteúdo. A fórmula era um modelo abstrato de vontade com que as partes substituíam o conteúdo concreto.

Estas considerações podem aplicar-se a todas as épocas, mas existem certas fases da civilização do Direito dos povos, em que estes formulários tem uma utilidade e um valor inestimável. Em que pese algumas leis conterem fórmulas, elas não tiveram suas origens na lei, mas foram criadas por obra da jurisprudência.[19]

A força do Direito em Roma, como em outros povos, em suas origens jurídicas parte do direito consuetudinário, pois iniciou-se muito tempo antes que existisse o Direito escrito (*ius scriptum*).

---

[17] Neste sentido descreve CHURRUCA, (nota 15), p. 39-40.

[18] Ver, para isso, KUNKEL, W. *Historia del derecho romano.* Tradução da quarta edição alemã de Joan Miquel. 9.ed. Barcelona : Editorial Ariel, 1994. Tradução do original alemão: Römische Rechtsgeschichte: eine Einführung, p. 34. Ver também JÖRS, P. e KUNKEL, W. *Derecho privado romano.* Tradução da segunda edição alemã de L. Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1965, p. 4, e, em sentido muito próximo, CHURRUCA, (nota 15), p. 40.

[19] Ver, neste sentido, IHERING, (nota 14), p. 296 e 319-321.

Foram normas não-escritas que surgiram no seio do povo e foram aplicadas constantemente, valendo por convicção geral dos cidadãos como regras obrigatórias, para o indivíduo em particular e para a comunidade. Entretanto, a partir da diferenciação da vida jurídica e das novas necessidades de sociedades com crescente complexidade surge a vida do Direito escrito ou legal.

O tradicionalismo também é uma característica marcante do primitivo Direito romano, visto que as normas herdadas dos antepassados foram reconhecidas e aceitas com respeito geral, transmitindo-se de gerações em gerações as mesmas formas e com tamanha fidelidade externa a ponto de as normas, formalidades e ritos parecerem inalteráveis. Todavia, as transformações econômicas e sociais ocasionaram a perda do sentido que originariamente tiveram.[20]

O primeiro marco da história do Direito romano é a lei das XII Tábuas, na qual os próprios romanos viam o fundamento de sua vida jurídica (*fons omnis publici privatique iuris*, Liv. 3, 34, 6).

Discute-se a autenticidade desta legislação, não obstante a maior parte dos romanistas admitirem sua origem, tradicionalmente reconhecida nos anos 451-50 a.C. como obra de uma comissão de dez magistrados (*decemviri legibus scribundis*) com a específica missão de redigir a lei, a partir de uma viagem de observação do Direito grego.[21]

---

[20] Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 40.

[21] Relata a tradição, preceder a elaboração das XII Tábuas o envio de uma embaixada de dez magistrados a Atenas e outras cidades Gregas para estudar as principais leis e a partir desta expedição elaborar as XII Tábuas. Esta embaixada não se encontra em registros da época. Entretanto, a influência grega é inquestionável, independente das leis contidas nas XII Tábuas terem origens gregas. ARANGIO-RUIZ admite que existiram pontos de contato ou similitudes entre o direito das cidades gregas e romanas; segundo ele não pode haver dúvida que existiram normas políticas análogas. Ver ARANGIO-RUIZ, V. *Historia del*

Essa discussão agudizou-se no final do século passado e início deste.[22] Bonfante não concorda que as XII Tábuas tenham sido

Derecho Romano. Tradução de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. 5.ed. Madrid: Editorial Reus, 1994. Tradução da 2.ed. italiana, p. 80-82. Ver, sobre isso também, KUNKEL, (nota 18), p. 31-33 e GARCÍA, C.R. *Manual de derecho romano*. 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 52 e ss.

[22] Várias foram as críticas quanto à legendária origem das XII Tábuas. Em diferentes publicações Vico, Pais e Lambert questionaram a data, os responsáveis pela elaboração da lei e sua origem a partir da observação do Direito grego, argumentando que a linguagem utilizada nas diversas tábuas era heterogênea, contendo expressões incompatíveis com a época atribuída à sua elaboração e disposições de inadmissível variação, desde penas corporais rudimentares até conceitos jurídicos de complexa elaboração. A tese de Pais, é resumida assim por BONFANTE: "*Las leyes de las XII Tablas, en lugar de constituir una obra legislativa realizada de una sola vez a mediados del siglo V, representan el fruto de una elaboración jurídica de antiguas e toscas costumbres del pueblo quirite ejecutada poco a poco durante el siglo IV y compendiada, hacia fines de este siglo, en una publicación de carácter oficial. Substancialmente, estas leyes nos presentan el encuentro y cruzamiento del rústico Derecho quiritário com el Derecho de Grecia más avanzado en civilización y más humano.*" Lambert afirma que as elaborações primitivas foram feitas por sacerdotes, e fundamenta esta conclusão nas observações retiradas do Direito comparado referente aos povos orientais. Ele põe em dúvida a existência das XII Tábuas, por ela, segundo a lenda, ser uma obra profana elaborada por magistrados. BONFANTE afasta esta crítica fazendo a devida distinção entre Roma e os povos orientais, nos quais a organização baseia-se na nação e não na cidade, submetida a um regime despótico e à influência dos sacerdotes, não se podendo igualar e universalizar todos os fenômenos, todos os desenvolvimentos, desmerecendo a diferença de condições em que um fenômeno se produz, fazendo abstração da originalidade e da individualidade de cada povo ou de cada grupo de povos. Em Roma, sem dúvida, a magistratura patrícia e toda a civilização antiga estavam saturadas de elementos religiosos, mas a plebe lutou precisamente contra esta predominância religiosa, e o código decenviral é fruto desta luta. Os autores críticos concluem também que a elaboração da Lei das XII Tábuas foi bem mais recente do que tradicionalmente admitido e expressava uma síntese dos costumes e não uma elaboração jurídica por um grupo de magistrados, senão uma compilação privada. Para BONFANTE, muitos dos argumentos utilizados por estes críticos foram instigantes, mas insuficientes para superar a interpretação tradicional. Não obstante todas estas discussões, a existência da Lei das XII Tábuas é incontestável,

expostas no Forum de Roma, e não estivessem isentas de alterações, de glosas e de adições; também é certo que estas leis foram paulatinamente modernizadas em sua forma e que os romanos da época histórica não possuíam um texto oficial e uniforme.[23]

Bretone alerta para o fato de, no mundo antigo, o recurso à palavra ser muito mais freqüente e mais importante do que nós seríamos capazes de admitir atualmente, concluindo que o texto escrito desempenhava um papel apenas secundário.[24]

Diante da alegada perda física das XII Tábuas, é provável que o seu conteúdo, recuperado pela memória dos romanos, tenha sido modernizado ou mesmo alterado e, ao final da República, o único texto que se conhecia era o adaptado ao latim da época. Os fragmentos conservados não oferecem dificuldades lingüísticas insuperáveis de compreensão porque não estão escritos no latim autêntico da época atribuída à elaboração das XII Tábuas.[25]

O conteúdo das XII Tábuas foi transmitido oralmente de geração em geração,[26] tendo sido registrado por meios indiretos, como citações literais ou não, na forma escrita, pela literatura, em diversas passagens provenientes de comentários de juristas e de literatos, historiadores gramáticos e lexiográficos como Gaio, Gelio,

---

pois os próprios juristas romanos, como Cicero e Varrão, disseram que se tinha o costume de aprendê-las oralmente e de memória, na infância, nas escolas e a ela várias vezes se referiram. Ver BONFANTE, P. *Historia del derecho romano*. Tradução de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. v.2 (Serie C. Tratados Generales de Derecho Privado y Público, 25) p. 89-119. Comparar com JÖRS. e KUNKEL, (nota 18), p. 4 e 5 e MEIRA, S.A.B. *Curso de direito romano - história e fontes*. São Paulo : Livraria dos Tribunais Editora, 1996, p. 65-77.

[23] Ver BONFANTE, (nota 22), p. 117-118.

[24] BRETONE destaca, ainda, a importância do recurso à palavra e da forma de comunicação oral quando se refere ao período arcaico e à função desempenhada pelos magistrados. Ver (nota 14), p. 106-107.

[25] Ver sobre isso KUNKEL, (nota 18), p. 32.

[26] Ver a esse respeito RICCOBONO, (nota 7), p. 19-20.

Festo e outros , feitas ao final da República e início do Principado. Por esta razão, repousa uma série de incertezas quanto ao que foi perdido e a ordem de agrupamento das diversas normas jurídicas. As ordenações citadas atualmente são totalmente hipotéticas e, em determinados pontos, inclusive improváveis.[27]

A Lei das XII Tábuas continha quase exclusivamente normas de Direito privado. Iniciava com uma minudente regulação do procedimento civil e privado e da execução forçada; dedicava-se também ao direito privado material de família e sucessório; tratava dos delitos privados, isto é, dos danos às pessoas, do furto, dos danos às coisas e das relações jurídicas sobre bens imóveis, ou seja, dos direitos de vizinhança e das ações de propriedade.[28]

As XII Tábuas, por contarem com extraordinário prestígio em Roma, seguiram, ao menos na teoria, em vigor sem ser revogadas, mesmo que a maior parte destas normas não fosse mais aplicada já há muito tempo antes de Justiniano (século VI d.C.).[29] A esse respeito, elucida Betti:

> "*In primo luogo, le XII Tavole non debbono concepirsi come una codificazione in senso moderno, cioè como una raccolta tendenzialmente universale, di norme di una data materia: i principi fondamentali de ius civile non sono, in genere, nelle XII*

---

[27] Ver KUNKEL, (nota 18), p. 32, e, também, GARCÍA, (nota 21), p. 51 e ss.

[28] A legislação das XII Tábuas contém a característica própria de uma comunidade agrária e por certo comporta a redação do antigo direito consuetudinário legado pela tradição. Ver, neste sentido, JÖRS e KUNKEL, (nota 18), p. 5. Ver, ainda, SCHULZ, (nota 12), p. 41. No quarto capítulo da Terceira Parte deste trabalho serão desenvolvidas de maneira mais aprofundada as passagens que mais interessam para este estudo da lei das XII Tábuas.

[29] RICCOBONO refere que a Lei da XII Tábuas, permanecia sempre vigente, inclusive dentro da obra de Justiniano, mas somente na teoria. Ver (nota 8), p. 56 e 64-65.

tavole, che contengono disposizioni complementari e derogatorie. In secondo luogo, le XII tavole sono la legislazione di una società, ancora poco evoluta, di piccoli agricoltori".[32]

O conhecimento que se tem do *ius civile* antigo é quase exclusivamente indireto. O que neste período predomina é o costume, provavelmente herdado, ao menos na sua estrutura fundamental, dos diversos povos latinos, sabinos e etruscos que constituíram a primeira população da cidade. É ao costume que se

---

[32] (Em primeiro lugar, as XII Tábuas não devem ser concebidas como uma codificação em sentido moderno, isto é, como uma coletânea tendenciosamente universal, de normas de uma dada matéria: os princípios fundamentais do *ius civile* não estão, em geral, nas XII Tábuas, que contêm disposições complementares e derrogatórias. Em segundo lugar, as XII Tábuas são a legislação de uma sociedade, ainda pouco evoluída, de pequenos agricultores.) Cita o autor a Pasquale Voci, que entende que a lei das XII Tábuas não deve ser considerada como codificação, no sentido moderno. Ver BETTI, E. *Istituzioni di diritto romano*. 2.ed. Padova : CEDAM, 1947. v.1, p. 44. No mesmo sentido, ARANGIO-RUIZ afirma: "... *con seguridad las XII tablas están muy lejos de ser lo que nosotros denominamos una codificación, o sea, la expresión lo más completa posible del sistema jurídico vigente en un determinado momento, y que ni siquiera fueron lo que los propios romanos pretendieron en la época histórica, cuando las llamaron 'fons omnis publici privatique iuris'*". Ver (nota 21), p. 78. IHERING defende posição diversa e afirma que a lei das XII Tábuas no fundo não foi outra coisa que uma codificação do direito existente. Ao presente trabalho basta grifar que, dependendo de como se compreende o significado adotado para a palavra 'código', enquadrar-se-á as diversas compilações feitas durante a história do direito. Todavia, a visão atual mais aceita é a de se referir a código só a partir da codificação napoleônica, referindo-se aos documentos anteriores que reuniam normas jurídicas as expressões compilações e coletâneas. Ver IHERING, R. von. *El espiritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Tradução de Enrique Príncipe y Satorres. 5.ed. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--?] 4.t, T.2, p. 45.

reserva a palavra *ius*. Apenas excepcionalmente intervinha a *lex*,[31] de iniciativa do magistrado e votada pelos comícios populares, formadora de um concreto obstáculo às aplicações abusivas do costume. *Ius* e *lex* são para os romanos, neste período, os dois termos de uma antítese cuja síntese representa o direito vigente.[32]

A jurisprudência, no início do período arcaico, foi um trabalho coletivo do colégio de pontífices, cujos membros eram cidadãos de elevado *status* na sociedade romana, normalmente já experientes em

---

[31] Na visão de Papiniano (D. 1, 3, 1), "*Lex est commune praeceptum, virorum prudentum consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coërcitio, communis reipublicae sponsio.*" (*La ley es precepto común, decreto de hombres prudentes, correción de los delitos que por voluntad o ignorancia se cometen, y pacto común de la república.*) Ver CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO: Instituta - Digesto 1° 2° y 3° partes. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol, 6.t, T.1, p. 209. Em sentido técnico, *lex* é uma declaração normativa que se funda em um acordo. Pode ser pública ou privada. *Lex*, por antonomasia, é a pública, por definição de Capitão [Gellio, 10, 20, 2] '*generale iussum populi, rogante magistratu*' (mandato geral do povo, a proposta do magistrado), isto é, nascida de um convênio. *Lex publica* era o preceito, convenção da República. A *lex publica* podia ser *lex rogata* ou *lex data*. A *lex rogata* era aquela proposta pelo magistrado que presidia uma assembléia comicial, dependo da sua aprovação, e era constituída de um prefácio (*praescriptio*) onde se identificava o nome do magistrado proponente, data e lugar da assembléia que a aprovou, daí serem identificadas pelo nome deste magistrado, *v.g.*, *Lex Aquilia*. A seguir ao prefácio vinha a parte dispositiva (*rogatio*) e, ao final, a definição dos termos precisos que asseguravam sua eficácia (*sanctio*). A *lex data* era uma lei dada por um magistrado no uso de faculdades delegadas nos comícios, contendo normas administrativas. A *lex privata* é o convênio surgido entre dois particulares, assumindo diferentes formas: *lex commissoria, lex contractus, lex locationes*. Por ser uma instituição típica republicana, com a afirmação do poder do príncipe, a lei cedeu lugar à constituição imperial. Ver, neste sentido, IGLESIAS, J. *Derecho romano - historia e instituciones*. 11.ed. Barcelona : Editorial Ariel, 1994, p. 47-50.

[32] Ver, para maior aprofundamento, ARANGIO-RUIZ, (nota 21), p. 64 e ss e 136 e ss, e, do mesmo autor, (nota 1), p. 2 e ss.

magistraturas menores, e cuja situação econômica permitia-lhes ocupar cargos públicos sem remuneração. Eles foram, de fato, os primeiros juristas do direito privado romano.[33]

É importante salientar, entretanto, que era ainda o costume que resolvia as necessidades práticas segundo formas preparadas no colégio dos pontífices, detentores do monopólio da jurisprudência. Para todo o ato em Direito existia uma forma, um rito a ser cumprido perante a assistência de um magistrado, que não decidia ou julgava casos mas apenas zelava pelo cumprimento da forma do direito.[34]

Na época arcaica a jurisdição magistral ou pretoriana era orientada pelos critérios formalistas predominantes em todos os campos do direito, critérios estes que sofreram um paulatino declínio. Em meados do século II a.C. começou a delinear-se um novo sistema jurídico que surgiu da atividade dos magistrados jusdicentes - principalmente o *praetor urbanus* - que caracterizavam-se cada vez mais por manifestar a intenção de integrar e corrigir as normas do *ius civile.*

---

[33] Embora o colégio de pontífices tivesse a competência sobre o direito religioso, seus membros não eram exatamente religiosos. Neste período o colégio de pontífices tratava também do direito privado, regulando as incipientes relações comerciais e, principalmente, o direito de família. O direito público era tratado em outras magistraturas, que eram ocupadas por cidadãos do mesmo *status* aristocrático dos membros do colégio de pontífices. Ver a esse respeito SCHULZ, (nota 13), p. 7 e 23.

[34] Ver, para isso, SCHULZ, (nota 13), p. 24.

Capítulo terceiro
O PERÍODO HELENÍSTICO

O período helenístico[35] da jurisprudência romana teve início no fim da segunda Guerra Púnica,[36] quando a ciência jurídica romana ingressou numa nova fase. No aspecto da política exterior, essa mudança se produziu com a consagração do poder de Roma. No campo cultural, coincidiu com a penetração do helenismo em Roma, nos dois últimos séculos da República, não obstante em

---

[35] A cultura grega que se difundiu em Roma, não foi a cultura grega clássica ou helênica, mas a helenística, isto é, aquela disseminada entre povos não-gregos, principalmente orientais, que se contaminou perdendo em profundidade, criatividade e classicismo. A nomenclatura adotada para esta período diverge entre os autores. CHURRUCA, por exemplo, usa a expressão período pré-clássico. Ver (nota 15), p. 45-106.

[36] Guerras Púnicas foram as três guerras de Roma contra Cartago. Segundo RICCOBONO, depois destas guerras o mundo primitivo patriarcal e sua organização familiar, social e econômica, começou a ruir. O Império absoluto da lei decenviral não mais se sustentou e o direito ampliou-se, acolhendo novas instituições. Ver (nota 8), p. 58.

nenhum período foi a cultura romana inteiramente isenta da influência grega.[37]

O específico movimento intelectual chamado helenismo[38] não surgiu de nenhuma revolução repentina. Do ponto de vista jurídico, a mudança foi resultado de transformações da estrutura econômico-social, do sistema político e do cenário cultural.[39]

Nos dois últimos séculos da República, a ciência jurídica romana e a própria civilização romana como um todo estavam em contato e enfrentando a necessidade de determinar as suas relações com o helenismo. O que a jurisprudência romana acolheu do

---

[37] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 38.

[38] Entende-se por filosofia helenística a filosofia do período posterior à morte de Alexandre Magno (323 a.C.), que unificou o mundo antigo sob a cultura grega centralizada na cidade de Alexandria no Egito. A esse período remonta a noção de filosofia vinculada a uma "*atividade consoladora ou tranqüilizante que impede ao homem misturar-se às coisas da vida comum e procura garantir-lhe a imperturbabilidade de espírito.*" Assim refere ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia.* Tradução e revisão de Alfredo Bosi e colaboradores. 2.ed. São Paulo : Editora Mestre Jou, 1982. Tradução do original italiano: Dizionario di filosofia, p. 23.

[39] O comércio com estrangeiros tornou-se tão freqüente que exigiu uma magistratura com poderes específicos para a administração da justiça entre os estrangeiros e entre estes e os cidadãos romanos. Esta jurisdição especial descobre-se como a primeira separação da concepção rigorosa do direito quiritário, que outorgava proteção jurídica apenas aos *cives*, não recebendo proteção os estrangeiros (o direito em sua fase primitiva não conferia proteção ao homem em si; esta proteção era reservada aos membros da comunidade política, como se observa na máxima contida na Lei das XII Tábuas: *adversus hostem aeterna auctoritas*, isto é, o estrangeiro (*hostis*) não podia invocar a proteção que a lei concedia aos cidadãos.) Assim descreve RICCOBONO, (nota 8), p. 58 e 59. Segundo CHURRUCA, os romanos souberam fazer esta transformação, conservando a tradição e se deixando enriquecer por fatores externos, sobretudo a cultura helenística. Ver (nota 15), p. 45-106.

helenismo foi tão importante quanto o por ela rejeitado ou modificado.[40]

A influência helenística[41] experimentada pela ciência jurídica romana chegou num momento oportuno, em que ela já estava suficientemente desenvolvida e ainda jovem o necessário para ser estimulada e moldada pelo pensamento grego, sem que fosse totalmente superada. A ciência jurídica romana continha em si só grandes potencialidades, mas para realizá-las e trazê-las à atividade necessitou da energia do pensamento grego. Esta nova ciência jurídica romana não se restringiu à adição de elementos gregos e romanos, mas produziu uma unidade orgânica.[42]

No curso do século II a.C., começou a se observar um estudo mais profundo do Direito. Foram estabelecidas regras jurídicas, das quais se podiam obter as soluções para determinado âmbito de problemas. Simultaneamente iniciou-se um trabalho de articulação das distintas questões e problemas, agrupando os semelhantes e separando os díspares. A influência grega foi de extraordinária importância para este movimento vivido pelo Direito romano. Inexistia uma cultura jurídica grega que pudesse ter sido

---

[40] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 38.

[41] De acordo com CHURRUCA: "*El helenismo desarrolló también diversos métodos de hallar la verdad:*
a) el deductivo que parte de un principio general y lo aplica a casos particulares;
b) el inductivo empírico que parte de la observación de multitud de casos particulares para descubrir en ellos una norma constante;
c) el analítico que distingue, examina e valora los diversos aspectos de una cosa, etc. Todos estos métodos científicos introducidos en Roma por el helenismo y utilizados en todos los campos científicos, fueron aplicados también al derecho y posibilitaron la progresiva formación de una ciencia jurídica (iurisprudentia)." Ver (nota 15), p. 68-69.

[42] Ver, para isso, SCHULZ, (nota 13), p. 38.

simplesmente acolhida, mas a retórica grega[43] foi bem recebida, oferecendo uma série de pontos de vista novos, além da evolução sentida pela jurisprudência romana causada pelo uso do método dialético grego.[44]

Neste período, a jurisprudência romana apropriou-se do método dialético grego, sem contudo desenvolver as suas preocupações filosóficas. Em Roma, o método dialético foi utilizado no estudo de casos concretos, procurando diferenciá-los e tipificá-los, para então poder propor-lhes como solução, em uma síntese integradora, uma fórmula aplicável pelo magistrado. Pode se observar, assim, o início de um caráter eminentemente científico no direito romano, sob a influência helenística.[45]

---

[43] A cultura helenística por meio da retórica (a arte de falar em público), influenciou a vida jurídica romana. O sistema de educação foi difundido em Roma, tendo sido a retórica uma disciplina fundamental de formação de todo o romano de destacada posição social, da qual os juristas faziam parte. Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 70.

[44] O termo dialética deriva seu nome do diálogo e não foi empregado ao longo da história da filosofia com um significado unívoco. Os significados diferentes de dialética possuem semelhanças, e com dificuldade podem ser redutíveis a um significado comum: *"... a dialética é o processo em que comparece um adversário para ser combatido ou uma tese para ser refutada e que supõe, portanto, dois protagonistas ou duas teses em conflito; ou que é um processo que resulta da luta ou do contraste de dois princípios ou de dois momentos ou de duas atividades quaisquer."* Ver ABBAGNANO, (nota 44), p. 252. CHURRUCA comenta a utilização da dialética pelos romanos ao final da República: "*Se generalizó el método lógico de sistematizar la materia que se estudiaba, distribuyéndola en tratados parciales homogéneos, el método de definir conceptos abstractos, de dividirlos y subdividirlos en géneros y especies, de distinguir entre conceptos análogos estableciendo sus puntos de contacto y sus diferencias.*" Ver (nota 15), p. 68. Ver, para isso, também, JÖRS e KUNKEL, (nota 18), p. 31.

[45] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 62. Conforme JÖRS e KUNKEL, a jurisprudência romana não foi nesta época do final da República, nem na clássica do começo do Império, uma ciência que buscasse o conhecimento puro: "*El método dialéctico fué en las manos romanas un instrumento para comprender y desarrollar la práctica*

No período helenístico o *ius civile romanorum* ainda regulava as relações jurídicas entre os *paters familiarum*, que personalizavam os interesses dos grupos aglutinados sob sua *potestas*.

Os *mores maiorum* (costumes dos antepassados) e as XII Tábuas, que foram em qualquer período para a sociedade romana o seu elemento tradicional e estabilizador, continuaram sendo consideradas como fontes do direito, acrescidas de novas fontes: a lei pública,[46] os *senatus consulta*,[47] e os *edicta* dos magistrados.[48]

---

jurídica; fué esencialmente el medio técnico de un arte político y en tal sentido fué manejado con dominio absoluto y desembarazo. Cuando, por el contrario, el jurista romano tocaba cuestiones teóricas puras, se mostraba en general completamente sobrecogido e inseguro; geralmente se contentaba con reproducir lugares comunes filosóficos, aunque fueram oscuros e incompletos." Ver (nota 18), p. 32.

[46] As leis e os plebiscitos votados nos comícios e nos *concilia plebis* foram fonte de direito. A entrada em vigor de uma lei votada nos comícios era precedida de uma série de atuações que se iniciavam com a *promulgatio* ou exposição pública do projeto nas *tabulae dealbatae*, tábuas de madeira branqueadas expostas durante pelo menos três semanas. A lei iniciava com o prefácio ou *praescriptio*, em que constava o nome do magistrado ou dos magistrados proponentes, o comício onde se votava, dia da votação e o primeiro a votar. A parte substantiva chamava-se *rogatio*, e, finalmente, seguia a *sanctio*, sanção da lei, de conteúdo variado. A *sanctio caput translatitium de impunitate* era a mais freqüente, não derrogava a lei, mas a sanção prevista na lei anterior. Outras vezes a *sanctio* proibia que se fizesse a exegese da lei, pois isto poderia colocá-la contra as *legis sacratae* ou contra os *mores maiorum*. Outras vezes a *sanctio* continha norma de inderrogabilidade. Ver GARCÍA, (nota 21), p. 84-85.

[47] Os *senatus consulta* foram, no âmbito do direito privado, respostas do Senado a questões formuladas pelos magistrados.

[48] O *edictum* era a expressão do programa das normas que os magistrados aplicavam no exercício de sua função, formulado de maneira geral no começo do ano de mandato *in albo* (*album praetoris* eram tábuas de madeira pintadas de branco expostas na sede do tribunal) formando o denominado *edictum perpetuum* (edito perpétuo), sendo reservado o nome de *edicta repentina* (editos repentinos), para as resoluções de novas questões surgidas durante o exercício da magistratura não previstas no *edictum perpetuum*. A evolução social e econômica não ocorria tão rapidamente que se exigisse uma adaptação constante, e, assim, o magistrado que

O surgimento destas novas fontes causou alguns problemas, pois diante da necessidade de preservar os *mores* e o conflito advindo com as novas leis comiciais ou a sua interpretação. Destaca-se que o volume alcançado pelas leis no transcurso do tempo, os *senatus consulta* e *edicta*, e a heterogeneidade das matérias que tratavam, causou a dificuldade para o cidadão leigo de compreender o todo, enquanto era mais fácil conhecer o sentido dos mais escassos e gerais princípios contidos nos *mores*.[49]

Seguindo uma tendência à especialização, marcadamente influenciada pela cultura helenística, os membros do colégio de pontífices[50] afastaram-se gradualmente do direito privado, concentrando sua atenção apenas no direito religioso.[51]

---

ingressava na sua função utilizava em seu edito as disposições fornecidas pelo magistrado precedente, que considerava oportunas, nominadas *edictum transititium* (edito transcrito), e *pars nova* (parte nova) a integrada pelas alterações feitas pelo novo magistrado. Os pretores seguiram fornecendo editos até o Principado, no ano 130 d.C., quando o imperador Adriano encarregou Salvio Juliano de sua redação definitiva, que também chamou-se *edictum perpetuum*. Desde esta criação os pretores orientaram-se pelo edito compilado. Otto Lenel, depois de ter ensinado em diversas universidades alemãs, reconstituiu o edito perpétuo na obra *Das edictum perpetuum*, no final do século XIX. Ver, para isso, GARCÍA, (nota 21), p. 90.

[49] Ver GARCÍA, (nota 21), p. 83.

[50] Segundo a tradição, o princípio da ciência jurídica romana encontra-se na ciência secreta de um organismo, o colégio dos pontífices. Sua atribuição foi a custódia e a interpretação das normas sagradas que, segundo a concepção romana, regulavam com exatidão as relações entre homens e a comunidade com a divindade. Na época republicana o direito sagrado passou a ser uma disciplina independente do direito civil, mas mesmo assim manteve vários pontos de intersecção. Por exemplo: os *dies fasti* e os *dies nefasti*, sendo que nos primeiros os tribunos podiam realizar audiências e nos outros não, conforme o calendário sagrado. Ver JÖRS e KUNKEL, (nota 18), p. 28-29.

[51] Neste sentido, ver SCHULZ, (nota 13), p. 41.

O formalismo dos negócios jurídicos característico do Direito romano antigo,[52] e do procedimento judicial, baseavam-se na sua totalidade em crenças intimamente ligadas ancestralmente à magia religiosa. Assim como a oração e os sacrifícios, cada expressão e sua correspondente réplica somente no comércio jurídico podia ter eficácia se as partes pronunciassem as palavras adequadas e executassem os atos correspondentes. Os pontífices conheciam todas estas solenidades e os formulários adequados (*carmina*) para as relações de direito privado, e por isso os particulares, para resolver seus assuntos jurídicos, se dirigiam a eles para solicitar informação e conselho (*responsum*). A abundância de fórmulas e de preceitos rituais dos pontífices se encontravam reunidos desde tempos muito antigos em seu arquivo, nos *libri pontificiales*, onde também se guardavam os ditames emitidos sobre questões públicas, nos quais participava todo o colégio. O arquivo pontificial foi inicialmente acessível apenas aos membros do colégio, e só a eles se iniciava no secreto método de 'responder'.[53]

A supressão do exclusivismo pontificial na ciência jurídica não causou alteração imediata nas funções e métodos da jurisprudência, que seguiu desenvolvendo formulários para os negócios jurídico e o procedimento judicial (*cavere*, no sentido de jurisprudência cautelar) e emitindo diretrizes sobre questões de direito (*responderes de iure*). A respeito do mesmo tema, não era raro que os ditames emitidos por diferentes juristas fossem contrapostos. Isto se explica em razão da ampliação, pelo estudo profissional, das questões jurídicas. Criou-se o direito das controvérsias, que surgiam nos ditames e informações judiciais por ocasião de cada caso prático (*disputatio fori*).[54]

---

[52] Ver, supra, nota 16.

[53] Ver, nesse sentido, JÖRS e KUNKEL, (nota 18), p. 28.

[54] Ver JÖRS e KUNKEL, (nota 18), p. 30.

No direito privado surgiram novos agentes na produção da jurisprudência. Consolidou-se e ampliou-se a tendência do final do período anterior, da compilação e aperfeiçoamento de novas fórmulas de direito pelos magistrados[55] e de sua publicação periódica na forma de *edicta*.[56]

---

[55] No final da República, diversas foram as magistraturas que contribuíram para a formação e o desenvolvimento do Direito romano. Entre elas se destacam: os Cônsules (o consulado foi a mais alta magistratura, desempenhada simultaneamente por dois cônsules durante o período de um ano; inicialmente os cônsules podem ter sido chamados de *praetores* ou *tribuni militum*, detentores do *imperium* global do rei e, durante toda a época republicana, mantiveram o supremo mando militar e político; quando julgavam no Senado eram substituídos por um *dictador* com plenos poderes com uma duração máxima de seis meses); os Pretores (na sua forma definitiva o pretor foi criado pela *lege Licinae Sextiae* (367 a.C.), provavelmente para auxiliar os cônsules e suprir suas ausências de Roma; os *praetores urbanus* tiveram extraordinária importância na formação do direito romano e na administração da justiça, tinha *imperium*, mas estavam subordinados politicamente aos cônsules, deveriam residir em Roma, não podendo ausentar-se e desempenhavam seu cargo durante um ano, nos litígios que envolviam cidadãos romanos; no ano de 242 a.C. foi nomeado um segundo pretor, *praetor peregrinus*, cuja designação originária foi *praetor qui inter peregrinos ius dicit*, foi criado para ser chefe do exército da reserva e encarregado de administrar a justiça nos litígios em que as partes, ou ao menos uma delas, não fosse cidadão romano e sim *peregrini*); os Censores (o *censor* provavelmente foi criado em 366 a.C., não possuíam o *imperium*, mas não estavam subordinados a nenhum outro magistrado, nem sujeitos a *intercessio* de ninguém, podendo ser desempenhada apenas depois do consulado e constituía na maior honra para um romano); Ediles Curules (foram magistrados subalternos encarregados de manter a ordem da cidade, *cura urbis*, abastecimento de alimentos, *cura annonae*, e a organização dos jogos públicos, *cura ludorum*); Questores (*quaestores*, magistratura criada provavelmente no século V. a.C. para administrar o tesouro público, era o primeiro passo para carreira política); e Tribunos da plebe (segundo a tradição, surgiu no ano 494 a.C. resultado do término do conflito entre os patrícios e os plebeus, quando estes haviam se retirado da cidade, e, retornando diante da aceitação dos patrícios de conceder um tribuno plebeu.) Ver, para isso, CHURRUCA, (nota 15), p. 74-77.

[56] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 50.

A produção destas novas fórmulas não era objeto da atividade do magistrado mas de jurisconsultos estudiosos do direito, cuja autoridade era reconhecida a partir da sua capacidade de elaboração do direito.[57] Dificilmente estes jurisconsultos atuavam diretamente na solução de casos concretos. As fórmulas por eles elaboradas eram utilizadas por um novo agente, o advogado, cuja capacidade profissional mais desenvolvida era baseada na retórica e não no conhecimento jurídico.[58]

Magistrados, jurisconsultos e advogados tinham em comum sua origem aristocrática.[59] Sua atuação e interesses, todavia, seguiam lógicas bastante distintas.

Magistrados ocupavam cargos públicos não remunerados para ascenderem em uma carreira política, aumentando seu prestígio na sociedade e seu poder de influência nos assuntos militares, políticos e econômicos de Roma, na medida que pudessem ocupar um lugar nas mais altas magistraturas.

A atividade dos jurisconsultos exteriorizou-se com as atividade de: *respondere* (opiniões emitidas a consultas sobre a interpretação de um instituto, ou sobre os direitos e obrigações que eram estabelecidas pela lei ou pelo costume), *cavere* (preparação de esquemas ou esboço de negócios concretos) e *agere* (assistência na escolha e adaptação de formulários processuais aos interesses dos particulares em cada caso concreto).[60]

---

[57] De acordo com JÖRS e KUNKEL, os pretores e ediles eram, com freqüência, jovens que haviam sido elevados a seus cargos por virtude de sua posição política ou pessoal, e não pela sua capacidade, de maneira que sem o constante auxílio dos verdadeiros peritos não poderiam construir o direito honorário. Ver (nota 18), p. 30.

[58] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 54.

[59] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 60.

[60] Ver GARCÍA, (nota 21), p. 91.

Os jurisconsultos tinham um compromisso com o direito e não com causas ou clientes. As fórmulas por eles elaboradas pretendiam representar o direito e não qualquer interesse em disputa, embora fossem profissionais remunerados na sua atividade.[61] A produção do direito por estes jurisconsultos não tinha a preocupação de interpretar ou difundir os estatutos vigentes. Eles sequer tinham em consideração na elaboração de novas fórmulas, importando apenas a autoridade para criar e modificar o direito a partir de sua fundamentação lógica.[62]

Seguindo a tradição da jurisprudência romana de tratar de casos concretos, as fórmulas elaboradas por estes jurisconsultos tinham pouca ou nenhuma preocupação em definir conceitos fundamentais do direito. Embora a elaboração das fórmulas fosse uma atividade individual dos jurisconsultos, seu registro ocorreu apenas por meio dos *edicta* dos magistrados, tornando a jurisprudência deste período uma criação coletiva e não individual.[63] Apenas os jurisconsultos mais importantes deixaram seu nome na história da jurisprudência romana, e não em função da sua produção de direito mas da autoridade a eles atribuída.

Conforme descreve García, surgiu:

> "*... un grupo de conocedores, los iuris prudentes o juristas, dedicados a tal scientia, que, entre otras actividades desempeñabam la de consejeros que aclaraban, cuando eran requeridos por un particular, un magistrado o un juez, las oscuridades existentes sobre un determinado punto, y resolvían los problemas de armonización*

[61] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 60.
[62] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 60.
[63] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 50.

de unas fuentes con otras o los de aplicación de una norma a un caso concreto. Es decir, interpretaban."[64]

Os advogados, enfim, foram um novo tipo de profissional do direito surgido no período, cuja atuação ocorria apenas diante do magistrado. Na sua formação eram desenvolvidas as capacidades de oratória e argumentação, incluindo-se o aprendizado de um mínimo conhecimento de direito necessário apenas para sua compreensão das fórmulas elaboradas pelos jurisconsultos.[65]

A existência deste novo profissional na produção da jurisprudência romana não pode ser entendida como o total abandono da formalidade do direito. Esta formalidade foi progressivamente atenuada, ganhando importância crescente a retórica dos advogados na solução dos casos na medida que convenciam, por meio da sua argumentação, os magistrados a aceitarem os formulários por eles defendidos.

O direito no período republicano expressava-se pelo *ius civile*, *ius honorarium* e *ius gentium*, cada qual detentor de suas peculiaridades.

Segundo Papiniano,[66] o direito honorário ou pretoriano foi o introduzido pelos pretores com o propósito de corrigir ou suprimir o direito civil.[67] Conforme este novo sistema, competia ao

---

[64] Ver GARCÍA, (nota 21), p. 83.

[65] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 108.

[66] Descreve GARCÍA que Emilio Papiniano foi prefeito do pretório com Septino Severo, e em uma constituição de Valentino III e Teodosio II do ano 426 d.C., foi considerado *primus omnium*, isto é, o primeiro de todos, pois suas opiniões gozavam de primazia sobre a dos outros juristas, como se estudará mais adiante na lei das citações. Morreu em 213 d.C., assassinado por ordem de Caracalla. Ver, nesse sentido, (nota 21), p. 86. Ver, também, infra, quinto capítulo.

[67] *Ius civile* era o que derivava das leis, dos plebiscitos, dos *senatoconsulta*, das constituições imperiais e da jurisprudência. Ver GARCÍA, (nota 21), p. 87.

magistrado guiar as partes, controlar seus atos e expor as controvérsias que haviam de se submeter ao juízo dos tribunais ou dos árbitros, assumindo assim, diante das normas que desde antes regulavam rigidamente toda sua atividade e as das partes, poderes de singular amplitude. A função normativa passou a ser confiada aos pretores urbano e peregrino, que atuavam, num certo sentido, tal qual um legislador.

O direito honorário ou pretoriano possuía, inclusive, condições de produzir um conjunto de normas genéricas elaboradas pelo titular da *iurisdictio*.[68] Todo o magistrado romano detinha a faculdade de promulgar *edicta*.[69] Primeiramente a tinham os cônsules, aplicando-a no exercício do poder militar e civil, convocando comícios, reunindo o Senado e também ordenando o

---

[68] A *iurisdictio* era o poder investido em um magistrado que lhe possibilitava atribuir a decisão de uma controvérsia concreta por meio de uma sentença pronunciada. A administração da justiça - a *iurisdictio* - fazia parte do *imperium*, ou seja, do poder da magistratura suprema exercida pelos cônsules. A partir do compromisso patrício-plebeu, em meados do século IV a.C., esta atribuição foi entregue ao pretor. A *fórmula* ou *iudicium* é o instrumento a que as partes se submetem com a *litis contestatio*. O magistrado utilizando-se da fórmula reassume a controvérsia, após um debate livre entre as partes por ele assistido e, desta forma, proporciona ao juiz o esquema para a decisão. Cabe ao juiz nomeado pelo pretor peregrino uma ampla liberdade de apreciação, reflexo, no campo processual, da elasticidade do conteúdo do negócio de direito substancial. Ver, com detalhes, a obra de BRETONE, (nota 14), p. 104 e ss.

[69] *Edicta* são "*disposições ou proclamações ou anúncios do mais variado conteúdo, e de diferente intensidade e duração reguladora.*" (...) "*No início do ano de seu cargo, o pretor estabelecia os critérios da sua jurisdição. Ele prefigurava as diversas hipóteses em que teria nomeado um juiz àqueles que se tivessem dirigido a ele como partes de uma controvérsia judiciária (não se esqueça a distinção do processo em duas fases), e listava os meios de tutela que se propunha aplicar no curso do seu trabalho. Fórmulas processuais, excepções e outros remédios encontravam o seu lugar no édito. O pretor comunicava-o oralmente ao povo, indicando pelo menos as suas grandes linhas ou as partes novas.*" Assim refere BRETONE, (nota 14), p. 106.

recrutamento, além de outras ocasiões. O pretor urbano, no exercício do *ius edicendi*, teve em seu edito um valor paradigmático,[70] não se esgotando em manifestações ocasionais, pois obteve inclusive um êxito original e duradouro.[71]

---

[70] Para compreender o significado do termo paradigma é interessante observar o entendimento de KUHN: "*Neste ensaio, 'ciência normal' significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior. Embora raramente na sua forma original, hoje em dia essas realizações são relatadas pelos manuais científicos elementares e avançados. Tais livros expõem o corpo da teoria aceita, ilustram muitas (ou todas) as suas aplicações bem sucedidas e comparam essas aplicações com observações e experiências exemplares. Uma vez que tais livros se tornaram populares no começo do século XIX (e mesmo mais recentemente, como no caso das ciências amadurecidas há pouco), muitos dos clássicos famosos da ciência desempenham uma função similar. A Física de Aristóteles, o Almagesto de Ptolomeu, os Principia e a Óptica de Newton, a Eletricidade de Franklin, a Química de Lavoisier e a Geologia de Lyell - esses e muitos outros trabalhos serviram, por algum tempo, para definir implicitamente os problemas e métodos legítimos de um campo de pesquisa para as gerações posteriores de praticantes da ciência. Puderam fazer isso porque partilhavam duas características essenciais. Suas realizações foram suficientes sem precedentes para atrair um grupo duradouro de partidários, afastando-os de outras formas de atividade científica dissimilares. Simultaneamente, suas realizações eram suficientemente abertas para deixar toda a espécie de problemas para serem resolvidos pelo grupo redefinido de praticantes da ciência. Daqui por diante deverei referir-me às realizações que partilham essas duas características como 'paradigmas', um termo estreitamente relacionado com 'ciência normal'.*" (p. 29-30) O autor ensina que a erupção de novas teorias é geralmente precedida por um período de destruição em larga escala dos paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência anteriormente dominada. Nas suas palavras: "*O fracasso das regras existentes é o prelúdio para a busca de novas regras.*" (p. 95). Assim, a decisão de rejeitar um paradigma é decidir simultaneamente aceitar outro. Ressalva-se, entretanto que as mudanças não são totais, permanecendo no novo conjunto de regras, normalmente, algumas das regras precedentemente aceitas (p. 108). Ver KUHN,T. *A estrutura das revoluções científicas.* Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Editora Perspectica, 1987. (Coleção Debates, 115) Tradução do original inglês: The structure of scientific revolutions.

[71] Ver BRETONE, (nota 14), p. 106 e ss.

Os *edicta* pretorianos regularam a atividade jurisdicional e foram uma importante fonte do direito, por isso merecem maior estudo. O caráter das normas continham promessas de concessão de ações e exceções processuais, fundadas no *ius civile* ou em situações de fato. Por esta razão, muitas das transformações significativas foram introduzidas pelos pretores.[72]

De acordo com regras fixas, o novo pretor eleito publicava um álbum com princípios aos quais se ajustava durante todo o exercício do cargo, que era cumprido por um ano, o *edictum perpetuum*.[73] Estes álbuns passavam a ser perpétuos no sentido usual da palavra, uma vez que as máximas que eram úteis transmitiam-se de pretor a pretor, formando um *corpus* tradicionalmente intangível. Completou-se totalmente este desenvolvimento na época republicana, perdendo o pretor a atividade inovadora somente no início da época imperial, exceto quando requerida de tempos em tempos pelos *senatus consulta* e pelos editos imperiais.

O pretor urbano, aplicando o *ius* às relações controvertidas submetidas a sua *iurisdicto,* dispôs de um amplo poder discricional, que lhe permitiu adotar critérios de solução alicerçados em princípios diversos, mas principalmente na *aequitas*, isto é, na eqüidade. Esta atividade criadora não se opunha ao *ius civile,* mas o desenvolvia, suprindo suas lacunas e corrigindo abusos e injustiças

---

[72] Ver GARCÍA, (nota 21), p. 86-87.

[73] O *edictum* era *perpetuum* porque, mesmo que sua duração fosse igual ao cargo do pretor, anual, e, formalmente ultrapassado este período, o edito perdia sua eficácia; de fato o que ocorria é que as normas pretorianas passavam de um edito para outro, durando mais tempo. Assim, o edito se apresentava dinâmico e alternava conservação e inovação, pois anualmente se repetiam ou se inovavam as formulações postas nos editos. O edito não era um todo sistemático e nem um código no sentido moderno ou antigo, não possuía uma ordem e sim uma desordem, como já havia sublinhado Mommsen. Dos editos não se tem um conhecimento direto. Neste sentido, ver BRETONE, (nota 14), p. 107 e ss.

que, por sua aplicação, pudessem afetar o cidadão. A partir dessa prática, desde o século II a.C., já que as assembléias populares não produziam as reformas necessárias mediante a promulgação de *leges publicae*,[74] criou-se lentamente uma nova fração do ordenamento o *ius praetorium* ou *ius honorarium*. Diante do constante processo de transformação e o grau de desenvolvimento comercial atingido a partir da Segunda Guerra Púnica, o *ius honorarium* teve por objetivo assegurar as relações individuais e fixou novos princípios sem

---

[74] A *lex* romana continha conteúdos diferenciados. O sentido atribuído neste capítulo a palavra *lex* é o de *lex rogata*, ou seja como lei pública votada nos comícios. Todavia, a palavra *lex* pode ser empregada com outros significados de um valor paradigmático, como a lei das XII Tábuas, ou em expressões como *legis actio*. A expressão *leges datae* indicava normas dadas pelos magistrados às colônias; seu conteúdo, em regra, era de caráter administrativo. As *leges dictae* expressavam as cláusulas incorporadas pelas partes aos contratos. Ver, para isso, GARCÍA, (nota 21), p. 86. Posteriormente ao helenismo, Ulpiano classificou a *lex* romana:

I. As *leges imperfectae* foram aquelas que proibiam algo mas não sancionavam a quem as transgredia, nem anulavam o ato;

II. As *leges minus quam perfectae* foram aquelas que não assinalavam a nulidade dos atos realizados contra o disposto nelas, mas impunham uma sanção aos transgressores;

III. As *leges perfectae* foram aquelas que declaravam nulos os atos realizados em transgressão de seus preceitos e sancionavam o infrator.

ARANGIO-RUIZ escreve que esta classificação das leis em três categorias foi encontrada numa obra tardia de Ulpiano: *Tituli ex corpore Ulpiani*, conservada parcialmente em um manuscrito do Vaticano. A passagem de Ulpiano contém a parte final do texto relativo a lei *Cincia*, que é um exemplo de lei que nem anulava, nem castigava, e, por isso, estima-se que foi chamada de *imperfecta*, e a definição de *lex minus quam perfecta*, cujo exemplo registra a lei *Furia testamentaria*. O texto de Macrobio, personagem mencionado no Código Teodosiano, que ocupou importantes cargos no século IV e que escreveu várias obras, nos *Commentarii in Somnium Scipionis* (2, 17,13), menciona expressamente as três categoria de leis. Ver (nota 21), p. 168-169.

macular os desenvolvidos pelo *ius civile*, pois ambos completavam-se formando a unidade do sistema romano.[75]

O direito civil (*ius civilis*) e o direito pretoriano (*ius praetorium*) subsistiram como dois sistemas bem distintos, que os juristas comentaram separadamente, sem considerar em momento algum que o segundo havia derrogado o primeiro, nem sequer nos casos em que o reduzia praticamente a apenas um nome. Foi apenas Justiniano quem buscou a fusão do direito civil e do direito pretoriano em um sistema único.[76]

O *ius gentium* compreende-se como o direito nascido da atividade jurisdicional do pretor peregrino, regulando as relações entre cidadãos romanos e estrangeiros (*peregrini*) e dos estrangeiros entre si, uma vez que o *ius cives* era exclusivo dos cidadãos romanos. Segundo García, como não existia um ordenamento comum entre cidadãos romanos e estrangeiros ou destes entre si, o pretor peregrino criava a regra em cada situação, baseado na *fides* que as partes tinham nas suas relações. Deste modo, regularam-se numerosas instituições jurídicas, especialmente de caráter comercial.[77]

O procedimento formulário surgiu da atividade dos magistrados ao adaptar as velhas formas processuais, abrindo caminho para o surgimento dos contratos consensuais, cuja força vinculativa para as partes residia na vontade e na confiança dos contratantes.[78]

---

[75] Ver, a esse respeito, GARCÍA, (nota 21), p. 87.

[76] Ver ARANGIO-RUIZ, (nota 1), p. 4 e seguintes.

[77] Ver, para isso, GARCÍA, (nota 21), p. 89.

[78] A grande liberdade jurídica garantida pelo direito privado não significava, todavia, que se pudesse fazer o que se queria, livre das limitações impostas pelo sistema de direito público e privado, estando o cidadão romano ou estrangeiro submetido aos vínculos da *pietas*, da *fides*, da *humanitas*. Ver SCHULZ, (nota 12), p. 163 e ss, e 180. Ver IGLESIAS, J. *Estudios romanos de derecho e historia.*

A jurisprudência[79] teve um papel de destaque na evolução do direito romano. Inicialmente ela possuiu um caráter religioso, como se verifica da definição de Ulpiano "*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*" (conhecimento das coisas divinas e humanas e ciência do justo e do injusto), na qual destaca a concepção de justiça nas relações humanas partindo do conhecimento não só das coisas dos homens, como também dos deuses.[80]

Superados os antiquados e primitivos métodos utilizados e com o trabalho de juristas como Sexto Aelio, Quinto Mucio e Servio abriu-se o caminho para a jurisprudência da época imperial: a liberação do formalismo do direito antigo, o nascimento do princípio da *bona fides* e a criação de um método científico.[81]

Barcelona: Ediciones Ariel, 1952. (Publicaciones del Seminario de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona), p. 31.

[79] A expressão jurisprudência compreende um significado diferente do judicial que atualmente comporta, senão de *interpretatio iuris* - interpretação do direito, atividade com a qual os jurisconsultos tratavam de desentranhar o conteúdo e o alcance das normas. A jurisprudência era concebida como uma 'técnica' para atingir a justiça, supunha a conexão entre o direito e a realidade social, como elemento de continuidade e desenvolvimento do ordenamento jurídico, obtida inicialmente por uma casta qualificada por sua consagração ao culto, inicialmente vindas das mais influentes famílias patrícias. Posteriormente foi formado pelos juristas laicos que adquiriam prestigio por seus demonstrados conhecimentos, o que os outorgaria sua autoridade. O sacerdócio não era um *status* carismático de uma pessoa a que se atribuíam conhecimentos profundos, e sim uma posição social-política e de riqueza familiar, restrita aos patrícios. Ver GARCÍA, (nota 21), p. 91, e, também, JÖRS e KUNKEL, (nota 18), p. 30.

[80] Ver, neste sentido, GARCÍA, (nota 21), p. 91.

[81] Ver JÖRS e KUNKEL, (nota 18), p. 34. De acordo com CHURRUCA: "*El nuevo derecho fue derecho romano despojado de su formalismo y basado en una nueva concepción del derecho más avanzada y más conforme a las nuevas circunstancias económico-sociales y culturales. Su característica fundamental fue basar el deber jurídico en la bona fides, es decir en el mantenimiento de la palabra dada, no en la realización de una formalidad jurídica.*" Ver (nota 15), p. 96.

Capítulo quarto
O PERÍODO CLÁSSICO

O regime republicano foi substituído pelo sistema político instaurado por Otávio Augusto (27 a.C.-14 d.C.)[82] registrando um corte político. O novo sistema político por ele instaurado, o Principado, assim denominado por possuir como figura central o *princeps*,[83] não causou modificação substancial na economia e apenas

---

[82] *Caius Octavius Thurinus* foi adotado por Julio César, e a partir daí mudou o seu nome para *C. Iulius Caesar Octaviano*, desde 27 a.C. recebeu do Senado e do povo vários títulos (*caesar*, *imperator*, *princeps*, *augustus*) e poderes, que o colocaram em uma posição única. Tornou-se conhecido como Augusto e durante 41 anos conduziu o Império romano com grande destreza política e hábil propaganda. Ver, para isso, CHURRUCA, (nota 15), p. 116-124. Otávio Augusto aderiu ao seu nome o *congnomem* adotivo de *Caesar*, derivado da sua adoção testamentária por Júlio Cesar, e de Augusto, pela outorga do Senado. *Imperator* era aquele que *qui imperabat*, e converteu-se numa expressão de devoção ovacionada pelos soldados a seu chefe, na hora suprema da vitória ou do triunfo. Ver ARANGIO-RUIZ, (nota 21), p. 264-266.

[83] *Princeps* é a palavra que expressa o poder peculiar de Augusto e seus sucessores, título estranho a constituição e sem valor oficial algum. A partir de 27 d.C. foi superior a todos os demais em *auctoritas*; jamais adquiriu, todavia, maior *potestas*

algumas mudanças não substanciais na sociedade. Todavia, o Direito foi mais profundamente alterado.[84]

O Principado, desde seu início, formou um aparato imperial e muitas das funções de governo e administração, que antes correspondiam aos magistrados republicanos, foram progressivamente confiadas pelo *princeps* a funcionários[85] desprovidos de um *imperium* ou *potestas*. Estes funcionários possuíam apenas faculdades delegadas pelo *princeps* que poderiam a qualquer momento ser retiradas ou terminar juntamente com a morte do *princeps*.[86]

O Senado repartia desigualmente o poder político com o *princeps*, que concentrava a maior parte. O *princeps* diminuiu o número de senadores para 600, assim como as atribuições políticas do Senado foram substancialmente reduzidas. Esporadicamente

---

que os outros colegas de magistratura. Ver, sobre isso, ARANGIO-RUIZ, (nota 21), p. 26

[84] Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 107. O novo regime trouxe características próprias, dividindo os romanistas na conceituação desta primeira fase do Império. De acordo com SCHULZ a reforma do Estado instituída por Otávio Augusto foi realizada *"... sin cánticos y sin estruendos. No se habla ni siquiera de una ley fundamental que separe neta y claramente el nuevo estado monárquico de la República; se hace uso, por el contrario, del unir lo nuevo con lo viejo y presentar la inovación como una restauración. Un par de leyes especiales que atribuyen al príncipe competencias extraordinarias y, en parte, sólo temporalmente;"* Ver (nota 12), p. 111. ARANGIO-RUIZ identifica o Principado de Otávio Augusto como um sistema híbrido, uma 'monarquia disfarçada', pois *"... el propio Augusto no ocultó haber introducido un nuevo orden en Roma, es evidente que, ni aun el más formalista de los historiadores modernos, se atrevería a ver en el Principado una mera continuación de la República."* Ver (nota 21), p. 262. MOMMSEN refere-se a uma 'diarquia' considerando a direção do Estado dividida entre dois órgãos: o Príncipe e o Senado. Ver MOMMSEN, T. *Compendio del derecho publico romano*. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1942, p. 463-470.

[85] São exemplos os *praefectus praetorio*, *praefectus urbi*, *praefectus vigilum*, *praefectus annonae* e os *procuratores*. Ver supra, nota 49, Primeira Parte, quarto capítulo.

[86] Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 124 e ss.

Otávio Augusto confiou ao Senado funções judiciais, em determinados casos de alta traição ou quando interessava ao *princeps* subtrair a competência dos tribunais ordinários. As assembléias do povo perderam relevância política, já não possuíam mais funções judiciais desde o final da República e deixaram de intervir no caso de *provocatio*, reservado ao *princeps* e não mais ao povo. A função eleitoral dos comícios se manteve teoricamente e a função legislativa conheceu um breve florescimento com Otávio Augusto, decaindo posteriormente, sendo que a última *Lex rogata*, provavelmente foi de Nerva (96-98).[87]

O Senado adquiriu durante o Principado a competência para publicar normas jurídicas gerais, mas utilizou-se deste poder segundo os critérios anteriormente utilizados pela legislação comicial. O Senado apenas atuou como legislador para reparar os desajustes sociais do ordenamento jurídico, ou, excepcionalmente, quando o direito privado não pôde ser alterado pela doutrina e pela prática.[88]

Otávio Augusto ouvia e se aconselhava com um grupo de pareceristas, os *amici principis*, antes de tomar uma decisão importante, por exemplo, relacionada com a administração da justiça e a elaboração de normas. Inicialmente este aconselhamento foi informal; posteriormente transformou-se num órgão importante nominado *consilium principis*, que nunca foi reconhecido como órgão institucional, variando seus componentes e seu número, conforme a matéria. Os integrantes do *consilium principis* eram pessoas destacadas de confiança, com competência e experiência.[89]

Sob as orientações de Otávio Augusto inicia-se uma forma de processo mais livre, *extra ordinem* (fora de ordem dos juízos

---

[87] Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 127-131.

[88] Ver SCHULZ, (nota 12), p. 32.

[89] Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 133.

privados), primeiro diante do imperador e seus delegados para casos específicos e excepcionais, e posteriormente em razão de sua utilidade no curso de três séculos, foi adotada como a forma geral de processo com Diocleciano (284-305 d.C.), suplantando e substituindo o processo por *formula*. Assim descreveu Riccobono:

> "*Fue inaugurada por Augusto a fines de la república, o al menos convertida en más activa para casos singulares, por ejemplo, los fideicomisos que no eran reconocidos en el derecho. Fue retomada sin un programa preestabelecido y se manifestó rápidamente como una forma más progresista de proceso, pues éste ya no tenía el carácter privado, que era propio del proceso romano arcaico y también del formalista, sino más bien asumió un carácter público, como función fundamental del Estado de administrar justicia. Convertida en forma común, constituye la base del proceso moderno. Desaparecida así la división del proceso en dos etapas, que había dominado durante siglos, la litis es llevada al examen de jueces estables, que la resuelven con la sentencia.*"[90]

A jurisprudência do Principado se formou desde Otávio Augusto até Diocleciano e foi denominada clássica porque ela assim se caracteriza em ambos os significados do termo: a época heróica dos gênios criativos e pioneiros tinha passado com a República, e a partir daí as idéias precisavam ser desenvolvidas em sua totalidade e elaboradas até o seu último detalhe; a jurisprudência deste período é clássica também no sentido que ela converte-se em um modelo, um padrão para gerações posteriores.[91]

O que aconteceu com a literatura geral aconteceu também com a jurisprudência no período pós-clássico, quando uma parcela de

---

[90] RICCOBONO, (nota 8), p. 66.

[91] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 100.

autores do período clássico foi selecionada e veio a ser considerada como referencial da produção cultural romana.[92] No século XIX, com precedentes anteriores, considerou-se clássica a jurisprudência elaborada na época do Principado.[93]

As magistraturas republicanas seguiram existindo durante o Principado, mas perderam muita da importância política que o período republicano lhes tinha conferido, em razão da intervenção do *princeps* e dos novos funcionários imperiais que paulatinamente absorveram uma série de funções importantes, anteriormente de competência dos magistrados. O consulado conservou seu brilho social e obteve jurisdição delegada do imperador (*extra ordinem*), em determinadas matérias, mas praticamente perdeu toda a sua importância política. A atividade dos pretores conservou as suas funções no campo da administração da justiça em matéria civil, todavia, além do *praetor urbanus* e do *praetor peregrinus* surgiram novos pretores com funções especializadas em matéria penal e extraordinárias em determinados litígios cíveis. Os tribunos da plebe perderam seu significado político com a concorrência do *princeps* no desempenho das suas funções.[94]

Uma diferença deste período em relação aos anteriores está em que os juristas não são mais provenientes apenas das famílias

---

[92] Ver supra, nota 50, Primeira Parte, quarto capítulo.

[93] Ver, para isso, CHURRUCA, (nota 15), p. 150-151. ARANGIO-RUIZ compreende que não resulta fácil aos homens de ciência concordar se a jurisprudência desta época deve ser considerada como mais ou menos importante que a republicana. Contudo, observa que enquanto ao final da República a jurisprudência, ainda ativíssima, caiu formalmente a uma posição secundária, diante da evolução jurídica dos órgãos oficiais (as assembléias legislativas e especialmente nos magistrados jusdicentes), enquanto a época do Principado, que carecia no campo da legislação de órgãos de grande eficiência, devia contar na mais ampla medida com a atividade dos juristas. Ver (nota 21), p. 326-327.

[94] Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 130-131.

aristocráticas romanas, nem mesmo exclusivamente da cidade de Roma.[95] Todavia, não se atenua o caráter eminentemente aristocrático do Direito romano.[96]

O Direito no Principado foi produzido em sua maior parte nas escolas de direito organizadas por juristas de reconhecido conhecimento e líderes das escolas, que emprestaram o nome e a linha de estudo que seguiu sendo aprofundada por seus discípulos. Neste período, a formação dos profissionais de direito adquiriu um caráter mais acadêmico, em substituição à informalidade do treinamento profissional típico nos períodos anteriores.[97]

Durante o Principado floresceram duas escolas de jurisconsultos os 'proculeanos'[98] e os 'sabinianos',[99] que seguiram produzindo por

---

[95] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 102.

[96] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 7 e 23.

[97] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 119.

[98] A escola dos proculeanos foi iniciada por Marcus Antistius Labeon, pertencente a uma família nobre, e pouco avançou no *cursus honorum*, pois desempenhou apenas uma pretura. De suas obras científicas, que talvez tenham chegado a 400, poucas chegaram a nosso conhecimento. A escola recebeu esta denominação porque um dos participantes de destaque foi Próculo, além de Nerva (avô do Imperador de igual nome), Juvênio Celso (pai), Nerácio Prisco, Celso (filho). Ver, a esse respeito, ARANGIO-RUIZ, (nota 21), p. 336 e ss.

[99] A escola dos sabinianos foi encabeçada por Caius Ateius Caopito, igualmente conhecida como cassiana, em homenagem a Gaius Cassius Longinus. Dela fizeram parte também os seguintes jurisconsultos: Massúrio Sabino, Célio Sabino, Javoleno Prisco, Albúrnio Valente e Sálvio Juliano. O último dos Sabinianos que não era nem romano, nem itialiano, como tinham sido os juristas anteriores, mas africano, foi iniciado nos estudos jurídicos por Javoleno e encarregado, por Adriano, para a redação definitiva do *edictum perpetuum;* também escreveu comentários a algumas obras de autores desconhecidos, sendo sua obra principal a nominada de *Digesta*, composta de 90 livros, um trabalho completo, sistemático e casuístico. O Digesto de Justiniano conservou muitos dos diversos fragmentos da obra de Sálvio Juliano. Ver, sobre isso, ARANGIO-RUIZ, (nota 21), p. 336 e ss; e 344 e ss.

cerca de dois séculos. Várias são as teorias até hoje defendidas para justificar a origem dessas escolas.[100]

Uma das causas da divergência entre as duas escolas apoia-se no escrito de Pomponio, que descreve a personalidade antagônica de seus fundadores. Labeão foi um jurisconsulto que dava às questões uma solução pessoal, inovadora, quando o direito tradicional lhe parecia injusto. Manteve-se afastado de política imperial, recusando convites de Augusto para exercer o cargo de cônsul. Capitão, ao contrário, apegava-se ao direito do passado, era desprovido de espírito inovador e, sob o aspecto político, esteve vinculado ao Imperador Augusto e exerceu o consulado no ano 5 d.C. Pomponio escreveu:

> Pomponio (D. 1, 2, 2, 47): "*Post hunc maximae auctoritatis fuerunt Ateius Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo; qui omnes hos audivit; institutus est autem a Trebatio. Ex his Ateius Consul fuit; Labeo noluit, quum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, et honorem suscipere; sed plurimum studiis operam dedit, et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet, et conscribendis libris operam daret. Itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt; nam Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit. Et ita Ateio Capitoni Mussirius*

[100] ARANGIO-RUIZ descreve as teses, com a bibliografia respectiva, que justificam as possíveis divergências que deram origem as escolas: proculiana e sabiniana. Ver (nota 21), p. 338-341.

Sabinus successit, Labeoni Nerva; adhuc eas dissensiones auxerunt. ... ."[121]

Kunkel comenta que as escolas sabiniana e proculiana não devem ser entendidas como escolas de ensino da jurisprudência, ainda que tenham contribuído para a formação de novos juristas. Segundo o autor, elas eram de fato agrupamentos de juristas que cultivavam uma tradição de opiniões sobre o direito, tendo sido organizadas em torno de uma liderança vitalícia, ocupada pelo membro de maior prestígio. Embora organizadas de modo semelhante às escolas filosóficas gregas, as escolas jurídicas romanas não apresentavam profundos contrastes de concepções e métodos porque disto não se ocupavam, divergindo mais na proposição de soluções para questões concretas. Conclui ser mais provável que a origem da rivalidade das duas escolas seja a inclinação dos romanos a formar relações de dependência do tipo mais diverso, onde o respeito do discípulo pelo seu mestre criou uma longa cadeia de gerações de juristas ligados a uma tradição de opiniões.[122]

---

[121] (*Después de él fueron de grandísima autoridad Ateyo Capiton, que siguió Ofilio, y Antistio Labeon, que aprendió de todos estos; pero fué instruido en los principios por Trebácio. De ellos Ateyo fué Cónsul; Labeon no quiso aceptar la dignidad, cuando por Augusto se le ofreció el Consulado para que sustituyera a otro; pero se dedicó muchísimo a los estudios, y habia dividido el año de manera, que estaba en Roma seis meses con sus discípulos, y los otros seis meses se retiraba, y se consagraba a escribir libros. Y así dejó cuatrocientos volúmenes, de los que corren muchísimos en manos. Estos dos fueron los que primeramente crearon como dos diversas sectas; porque Ateyo Capiton perseveraba en lo que se le había enseñado; y Labeon por la excelencia de su talento y la confianza de su doctrina, como quien había estudiado los demás ramos del saber, comenzó a innovar muchas cosas. Y así a Ateyo Capiton sucedió Massurio Sabino, y Nerva a Labeon; y aumentaran más aquellas disensiones. ... .*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 31), p.207-208.

[122] Ver (nota 18), p. 123, e, também, ARANGIO-RUIZ, (nota 21), p. 340-341.

Segundo Arangio-Ruiz, existem autores que consideram esta rivalidade entre as escolas proculiana e sabiniana apenas uma divergência superficial típica dos ambientes científicos, marcada por sentimentos de filiação espiritual do aluno com o mestre, movida por razões de simpatia pessoal e desprovida de uma profunda divergência de princípios e métodos entre os dois grupos de juristas.[103]

A rivalidade entre as escolas acabou no tempo de Marco Aurélio, sendo Gaio um dos últimos a se identificar como seguidor de uma delas. Os pareceres emitidos pelos jurisconsultos adquiriram força durante o Principado, que no tempo de Adriano, deveriam ser aplicados pelos juízes como se fossem verdadeiras leis.

A cidadania romana, que restringiu-se desde a fundação de Roma a descendentes das famílias romanas, alterou-se paulatinamente e foi estendida a muitas pessoas, inicialmente para os povos vizinhos, depois para toda a península itálica e finalmente para grande parte do Império.

Vespasiano concedeu-a a todos os habitantes da península hispânica, mas a decisão importante foi do imperador Antonio Caracalla (211-217 d.C.) que concedeu a cidadania a todos os habitantes do Império por meio do edito conhecido por *constitutio Antoniniana*. Caracalla seguiu a política universalista desencadeada por seu pai Septimio Severo (193-211 d.C.), que teve por objetivo reduzir as diferenças regionais dentro do Império.

As razões que levaram à ampliação da cidadania romana são várias, de ordem econômica, política e religiosa. Provavelmente, os motivos econômicos de angariar maiores recursos influenciaram bastante, pois apenas se tributava a herança dos cidadãos romanos e

---

[103] Ver (nota 21), p. 340-341.

com a ampliação numérica de cidadãos romanos os cofres públicos foram beneficiados.[104]

O período clássico foi o período do lento estabelecimento e crescimento da burocratização da administração pública, e toda esta alteração afetou a jurisprudência, que a princípio manteve-se elaborada nos moldes da República, sem a interferência do Estado Romano.[105]

Ao *princeps* não interessava a produção independente da jurisprudência pelos jurisconsultos, mas o controle do direito nas suas mãos e na burocracia central surgente, formada por funcionários assalariados.

Esta transformação ocorreu de diversos modos: Otávio Augusto não interferiu na independência dos jurisconsultos na elaboração de suas *responsas*, porém conferiu a alguns poucos escolhidos, por se alinharem ao interesse do Estado, o direito de dar *responsa ex auctoritate principis*,[106] compelindo o magistrado a decidir conforme os interesses do Estado.

Julio Cesar, ao promover a burocratização em linhas helenísticas, atuou com a mesma rapidez com a qual realizava suas expedições militares. Tibério preferiu movimentos sutis, seguindo o modelo de Otávio Augusto.

---

[104] A cidadania romana constitui-se num sistema complexo e várias foram as formas de se adquiri-la, todavia, isto não representou que todos gozassem dos mesmos direitos, pois o Império romano caracterizou-se por ser formado por pessoas detentoras de reconhecimento jurídico desigual. Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 148.

[105] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 100.

[106] *Responsa ex auctoritate principis* não significava que as *responsa* poderiam ser elaboradas pelo jurisconsulto apenas sob a licença imperial, mas procurava dar às *responsa* assim elaboradas uma autoridade superior às demais, uma vez investidas da autoridade do príncipe. Ver SCHULZ, (nota 13), p. 112-113.

Coube a Adriano tomar a decisiva ação para compilação do *Edictum*, ao incorporar em seu *consilium* os juristas mais importantes.[107] A compilação do *Edictum* feita no período de Adriano reduziu a importância das *responsa* elaboradas pelos jurisconsultos e, conseqüentemente, a sua importância na produção do Direito romano.[108]

A burocracia tendeu a concentrar e monopolizar o desenvolvimento do direito em um gabinete do governo para controlar a aplicação e a execução do direito ao detalhe. A conhecida jurisprudência aristocrática, do qual o direito era produzido pelas escolas privadas, abre lugar a uma nova fase, a da burocracia, onde os produtores do direito têm como fonte os atos do Imperador ou de seus representantes.

---

[107] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 100-101.

[108] Ver supra, nota 54, Segunda Parte, terceiro capítulo.

Capítulo quinto
O PERÍODO BUROCRÁTICO

A partir de Diocleciano abandonou-se definitivamente a fachada republicana cuidadosamente elaborada por Otávio Augusto, consolidando-se a centralização do poder em torno do Imperador e de sua estrutura burocrática de governo. Neste período, o Estado romano passou a ser, ao estilo das monarquias orientais, um Estado patrimonial onde o Imperador era senhor (*dominus*) dos seus súditos e dos seus bens.[109]

A consolidação do sistema burocrático levou necessariamente a uma transformação da ciência jurídica romana, observando-se um declínio da produção da jurisprudência em relação ao período clássico. A jurisprudência clássica deixou de ser praticada, sobrevivendo uma nova forma de se elaborar a jurisprudência: os juristas mais talentosos passaram a dedicar-se à administração da igreja cristã ou à burocracia imperial. As pessoas que redigiam os textos e estatutos eram desconhecidas fora da burocracia imperial,

---

[109] Ver GARCIA, (nota 21), p. 278.

uma vez que tudo parecia surgir do imperador ou por ordem deste.[110]

Ao se comparar as realizações da burocracia imperial com as realizações da jurisprudência do Principado verifica-se que as duas formas de produção jurídica são igualmente significativas. Todavia, desde o século II o crescimento intelectual já apontava indícios de sua fadiga.

As *responsa* produzidas pelos jurisconsultos foram substituídas pelas constituições imperiais, que determinavam o direito para resguardar e supervisionar a sua estrita aplicação, permitindo assim seu controle pela burocracia imperial.[111] A burocracia somente reconhecia como direito a literatura oficial e semi-oficial.

Os trabalhos produzidos pelos professores das escolas de direito passaram a ser considerados apenas opiniões de autores individuais que não recebiam a chancela do Estado e, por isso, a eles era conferida importância reduzida, sendo utilizados apenas para a formação escolástica. A nova missão das escolas de direito, agora públicas e controladas pelo Estado e não mais privadas e independentes como no período anterior, passou a ser a melhor formação de juristas com sólidos conhecimentos sobre o direito, uma decorrência da necessidade de preencher vagas na burocracia com profissionais mais qualificados.[112]

Kunkel identifica três momentos distintos na produção jurídica durante o período burocrático. O primeiro deles envolveu o estudo e interpretação da jurisprudência clássica pelas escolas jurídicas, no final do século III e início do século IV, com a finalidade de desenvolver uma nova compreensão do direito, sob um enfoque dogmático, sistematizando e generalizando os temas em formas fixas

---

[110] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 264.

[111] Ver DI PIETRO, (nota 1), p. 26.

[112] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 270.

e manejáveis em contraposição à fluidez e elasticidade dos textos originais. Procurou-se também sintetizar a extensa obra dos jurisconsultos clássicos em obras elementares, resumindo e fundindo tratados clássicos em textos sucintos e mais simples para serem utilizados nas escolas de direito e na prática judicial. Muitas destas interpretações substituíram mais tarde, nas compilações do Direito romano, os textos originais produzidos pelos juristas clássicos. O segundo momento foi marcado por um recuo ainda mais acentuado do conhecimento da literatura clássica, e mesmo as interpretações simplificadas da jurisprudência clássica foram consideradas extensas e difíceis, levando à sua abreviação. Este momento, que se denominou mais tarde 'direito vulgar', no afã de simplificação provocou o desaparecimento de idéias processuais básicas do direito, bem como de aspectos de institutos jurídicos desenvolvidos no período clássico. O terceiro e último momento foi o ressurgimento da jurisprudência clássica a partir das escolas de direito de Beryto (Beirute) e Constantinopla que, se não produziram textos no nível daqueles da jurisprudência clássica, tiveram o mérito de reencontrar o caminho do estudo do Direito romano que culminou na grande compilação justiniana. [113]

A característica fundamental deste período foi a busca de uma estabilização do direito, em uma lógica perfeitamente coerente com um estado burocrático incapaz de funcionar na insegurança das decisões jurisprudenciais. A tendência à conversão de todo o direito em estatutos legais representou, entretanto, a petrificação do direito, uma mudança radical de paradigma do Direito romano, até então permanentemente adaptável e flexível à inovação.[114]

---

[113] Ver (nota 18), p. 151-161, com mais demonstrações, e, também, DI PIETRO, (nota 1),p. 26-27.

[114] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 281 e ss.

O conteúdo destes estatutos legais evoluiu, todavia. Kunkel refere que as constituições da época de Diocleciano concentram sua atenção na solução de casos do direito privado, seguindo uma tendência mais conservadora e apegada ao direito clássico. Já a partir de Constantino, as constituições incluíram leis gerais que realizaram inovações mais audazes no campo da administração e ordenamento econômico e social.[115]

A legislação imperial incluiu diferentes tipos de textos, com distintas finalidades. Existiram as leis gerais (*leges generales*) e as leis especiais (*leges especiales*), que se distinguiam em função de se aplicarem a casos ou pessoas determinadas ou não. As leis gerais incluíam as *oratio ad senatum*, que publicavam normas vigentes em todo o Império e os *edicta*, dirigidos à população de uma província ou aos funcionários imperiais contendo normas que se aplicavam à sua competência. As leis especiais incluíam os *rescripta*, que respondiam questões específicas submetidas ao Imperador, e as *adnotationes*, que concediam benefícios a particulares. Existiram ainda as *pragmaticae sanctiones*, que continham aspectos das leis gerais e especiais. A vigência das constituições imperiais dependia da sua finalidade, não existindo um sistema derrogatório, à exceção das concessões de benefícios e privilégios que eram extintos com a morte do Imperador.[116]

Outra característica importante foi a busca de um padrão para o direito. Se a estabilização era importante para a segurança funcional do estado burocrático, a definição de um padrão de referência para o direito era uma necessidade face à crise de autoridade dos juristas do período pós-clássico.[117]

---

[115] Ver (nota 18), p. 161-162.

[116] Ver GARCIA, (nota 21), p. 279-281. Ver, também, supra, nota 7, Primeira Parte, primeiro capítulo.

[117] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 278.

Em razão da amplitude e complexidade da jurisprudência clássica e da possibilidade de falsificação dos textos jurisprudenciais que eram invocados na prática jurídica, foram publicadas sucessivas constituições imperiais que restringiram os juristas clássicos cujos escritos poderiam ser considerados pelos juízes, bem como foram definidas regras objetivas para o julgamento quando existisse divergência entre eles. Com estas constituições culmina o processo onde se perdeu a riqueza e dinâmica da jurisprudência clássica.[118]

A simplificação do direito é também uma característica significativa deste período. O objetivo dos juristas era a elaboração do direito em formas simples e claras, à semelhança da época da República.[119] Isto não deve ser entendido, todavia, como uma tendência a uma ação sintetizadora de conceitos abstratos, pois a atenção dos juristas permaneceu voltada para a solução de casos concretos.

O exemplo mais evidente desta característica foi a produção de compilações das constituições imperiais que precederam a grande compilação de Justiniano. Duas compilações privadas produzidas na época de Diocleciano, o *Codex Gregorianus* e o *Codex Hermogenianus*,[120] reuniram as constituições ditadas de 196 a 295 d.C. e de 291 a 324 d.C., respectivamente, tendo sido obra provável de funcionários imperiais que tinham acesso ao arquivo de

---

[118] Ver KUNKEL, (nota 18), p. 161-164, DI PIETRO, (nota 1), p. 27-28, e, ainda, GARCIA, (nota 21), p. 281.

[119] Ver SCHULZ, (nota 13), p. 289.

[120] *Codex* é uma publicação feita em cadernos de cinco folhas de pergaminho dobradas ao meio, que formam um volume. *Codex Gregorianus* é uma compilação privada feita por autores desconhecidos no tempo de Diocleciano. Esta obra reuniu 15 livros subdivididos em títulos. *Codex Hermogenianus* é uma compilação privada elaborada no final do século III ou começos do IV, de autoria duvidosa. Esta obra reuniu as constituições promulgadas em um livro, divididas em títulos. Ver IGLESIAS, (nota 31), p. 60-61.

constituições imperiais. Em continuação, foi produzido o *Codex Theodosianus*,[121] este oficial, por iniciativa do imperador Theodosio II em 438 d.C., incluindo constituições imperiais de 315 a 437 d.C., que foram adaptadas às necessidades práticas de sua aplicação. Estas compilações foram particularmente importantes pois serviram como referência para a compilação justiniana e para as legislações germânico-romanas que se seguiram à queda do Império Romano do Ocidente.[122]

O período encerrou-se com a grande obra jurídica de Justiniano, que seria chamada mais tarde *Corpus Iuris Civilis* ou *Corpus Iuris Justiniani*. Para se entender o *Corpus Iuris Civilis* e permitir sua melhor interpretação, faz-se indispensável conhecer o contexto em que se deu sua elaboração e quais foram os objetivos principais da sua produção.

Comenta Kunkel que o renascimento do classicismo nas escolas de Beryto e Constantinopla elevou o nível da jurisprudência e trouxe dificuldades para a prática jurídica em razão da retomada da referência de obras clássicas, formadas por um grande número de casos com soluções controvertidas e complexas, em substituição das obras jurídicas elementares utilizadas nos últimos séculos. Surgiu, deste modo, a necessidade urgente de reordenar a tradição jurídica em seu conjunto. A personalidade de Justiniano foi fator decisivo neste processo, pois sua grande capacidade empreendedora,

---

[121] *Codex Theodosianus* é uma compilação oficial cuja elaboração foi ordenada por Teodosio II e entrou em vigor a partir de primeiro de janeiro de 439 d.C. Ver IGLESIAS, (nota 31), p. 60-61.

[122] KUNKEL destaca que muitos reis germânicos adaptaram estas compilações do Direito romano para aplicação não apenas às populações romanas dominadas mas também para as populações germânicas. Dentre as leis que sofreram esta influência o autor relaciona o *Edictum Theodorici*, a *Lex Romana Visigothorum* e a *Lex Romana Burgundionum*. Ver (nota 18), p. 165-166, e, também, DI PIETRO, (nota 1), p. 28-29.

manifestada no campo militar e administrativo, permitiu-lhe enfrentar este grande esforço jurídico.[123]

A obra de Justiniano iniciou-se em 528 d.C., e contou com Triboniano, inicialmente um funcionário da chancelaria imperial, que por sua dedicação chegou a ser ministro da Justiça - *quaestor sacri palatii*, e, por isso, dirigiu a realização de uma recompilação dos *Codex Gregorianus*, *Hermogenianus* e *Theodosianus* e das constituições imperiais publicadas posteriormente a este último, tendo determinado que o texto deveria ser resumido ao essencial, sendo eliminadas leis antiquadas e contradições. A partir da publicação desta compilação em 529 d.C., denominada *Codex Justinianus*, foram derrogados os códigos anteriores e as constituições imperiais não acolhidas no novo código.[124]

O objetivo inicial da produção desta obra ampliou-se, pois mudou o centro de gravidade dos textos das coleções de constituições imperiais para o direito dos juristas clássicos. Isto só foi possível, porque, inicialmente participaram da comissão compiladora funcionários imperiais de elite, mas, por influência de Triboniano, foram agregados mais tarde professores das escolas de Beryto e Constantinopla, além de advogados que atuavam nos tribunais da capital do Império.[125]

A seguir, em 530 d.C., iniciou-se o trabalho de organização da imensa coleção do direito dos juristas clássicos que, planejado para

---

[123] Ver (nota 18), p. 170 e ss. Procurando restaurar os melhores tempos do Império Romano, Justiniano, no campo militar, impôs a paz aos persas, retomou a África do norte dos vândalos, a Itália dos ostrogodos e o sul da Espanha dos ostrogodos, e, no campo administrativo, reorganizou a estrutura administrativa do Império, deu-lhe uma nova regulamentação jurídica e reorganizou o ensino do direito, tudo isto em menos de trinta anos. Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 234.

[124] Ver KUNKEL, (nota 18), p. 172-173.

[125] Ver KUNKEL, (nota 18), p. 173.

durar dez anos, foi concluído em apenas três graças à capacidade de Triboniano e à contínua participação de Justiniano. Produziu-se assim o *Digesta* (que significa distribuído ordenadamente), também chamado *Pandecta* (que, em grego, significa abarcar tudo), publicado em 533 d.C., que foi a parte mais importante e de conteúdo mais difícil da compilação justiniana. Nele incluem-se fragmentos da obra de juristas desde o final da República até o final do período clássico, produzindo-se uma clara curva evolutiva da jurisprudência romana. O *Digesta* ou *Pandectas* apresenta-se divido em cinqüenta livros e compreende sete partes.[126]

Paralelamente à redação do *Digesta*, Triboniano dirigiu a elaboração de um tratado jurídico dirigido ao ensino nas escolas de direito, o qual teve por base as *Institutas* de Gaio e obras elementares da literatura clássica e pós-clássica. Este texto, também denominado *Institutas*, foi produzido pelos professores Theophilo e Dorotheo, das escolas de direito de Constantinopla e Beryto, respectivamente. As *Institutas*, publicadas também em 533 d.C., dividem-se em quatro livros, cada livro em títulos e cada título em parágrafos.[127] Justiniano influenciou assim o modo de ensinar o direito. Embora tenha conservado a base do sistema de estudos, os novos livros produzidos por Justiniano substituíram os livros de Gaio, Papiniano e Ulpiano, embora os novos livros não fossem muito diferentes dos anteriores.[128]

Posteriormente à publicação das *Institutas* e do *Digesto*, Justiniano reconheceu que o *Codex Justinianus* apresentava alguma desarmonia com elas e que as cinqüenta constituições promulgadas posteriormente não estavam incluídas nele. A nova compilação, que

---

[126] Ver KUNKEL, (nota 18), p. 174-175.

[127] Ver KUNKEL, (nota 18), p. 174-175.

[128] Ver, neste sentido, CAMPELLO, M.N.C. *Direito romano*. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. v.1, p. 80 e ss.

incluiu este trabalho, denominou-se *Codex repetitae praelectionis* e foi promulgado em 534 d.C. O *Codex repetioe praelectionis* apresenta-se dividido em doze livros e os livros subdividem-se em títulos que compreendem uma ou mais instituições. Por conta desta substituição, o *Codex Justinianus* não foi incluído no *Corpus Iuris Civilis*.[129]

Justiniano continuou publicando constituições imperiais de 535 a 565 d.C., e em diversas delas fez modificações em algumas partes de sua legislação, as quais são conhecidas de *Novellae constituiciones* (novas constituições), que foram escritas algumas em grego e outras em latim. As *Novellae* abarcam uma coleção de constituições, das quais 154 foram de sua autoria e 14 de seus sucessores. Elas apresentam-se divididas em capítulos e estes em parágrafos, contendo uma inscrição com o nome do imperador, um prefácio que traz um resumo do seu conteúdo e o final ou *epilogus* que determina o modo de aplicação e as penas com que é sancionada. O que se conhece sob a denominação de *Novellae constitutiones* são trabalhos não oficiais, pois Justiniano não fez coleção oficial destas obras que chegaram ao nosso conhecimento por meio de três coleções privadas.

No intervalo de vários séculos, entre a composição da jurisprudência clássica e sua reprodução no Digesto, registraram-se muitas alterações dos textos reproduzidos. Estas alterações foram decorrentes de erros involuntários causados pela reprodução manuscrita e a guarda pouco cuidadosa do material escrito que foi utilizado. Além dessas alterações involuntárias, somaram-se as 'interpolações', ou seja, as manipulações voluntárias dos textos jurisprudenciais, que aconteceram antes da compilação do

[129] Ver KUNKEL, (nota 18), p. 175.

imperador Justiniano e durante o processo que deu origem ao *Corpus Iuris Civilis*.[130]

No que toca especificamente à produção do *Corpus Iuris Civilis*, o próprio Justiniano nos informa que a sua comissão compiladora realizou numerosas alterações importantes de conteúdo dos textos manuscritos clássicos para "... acomodarlos a las necesidades de la época y a la finalidad de la codificación." (*...multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*)".[131]

Churruca comenta que Justiniano proibiu expressamente que sua obra fosse comentada, pois julgou ter feito uma obra completa. Por outro lado, desautorizou os escritos anteriores não incluídos na compilação, o que contribuiu para sua perda definitiva. Tal proibição não foi respeitada inclusive por vários dos juristas que colaboraram na compilação, tendo sido produzidos comentários e paráfrases sobre o conteúdo dos textos além das traduções unicamente autorizadas.[132]

A morte de Justiniano não implicou o imediato desaparecimento do Império Romano e de seu Direito, pois, por vários séculos, ainda existiu uma unidade de administração do Império, embora sem o mesmo poder de outrora, e seu Direito continuou sendo aplicado, inclusive além das fronteiras do Império, disseminando-se por toda a Europa. Entretanto, a criação do Direito romano teve sua fase mais rica até a compilação do *Corpus Iuris Civilis* e a partir daí vai continuar sendo objeto apenas de interpretação e comentário.

A compilação de Justiniano é o marco do fim do Direito romano e do início da Idade Média. Ao realizar sua compilação, Justiniano procurou sistematizar a jurisprudência romana

---

[130] Ver CHURRUCA, (nota 15), p. 237-238.

[131] Ver KUNKEL, (nota 18), p. 179.

[132] Ver (nota 15), p. 241.

eliminando muitas de suas contradições. Por outro lado, em fazendo isto os compiladores retiraram-lhe o principal motor de seu desenvolvimento.[133]

[133] Ver SCHULZ, (nota 13), p.331.

Capítulo sexto

O DIREITO ROMANO DEPOIS DE JUSTINIANO

Com a morte de Justiniano deixou-se de produzir o que nós chamamos Direito romano. Entretanto, a vigência do Direito romano no Oriente permaneceu durante a Idade Média aproximadamente 900 anos após a morte deste Imperador. A sobrevivência do Direito romano no Ocidente permaneceu por obra dos intitulados bárbaros, que incorporaram este conhecimento por meio das leis romano-bárbaras, mesmo após a queda de Roma no ano 476 d.C.

Desde o século XI até hoje, sucessivas escolas do pensamento jurídico dedicaram-se ao estudo do Direito romano. Dentre outras, as principais foram as escolas dos glosadores, dos comentaristas, dos humanistas, do direito natural, histórica e a pandectística alemã.

No final do século XI e início do século XII produziu-se um movimento cultural que renovou o interesse nos estudos romanísticos com a chamada Escola dos Glosadores. Esta escola, a partir dos estudos do monge Irnerio, um professor de gramática que

se dedicou ao estudo dos manuscritos do *Corpus Iuris* descobertos na biblioteca de Pisa no ano de 1094 d.C., deu origem ao redescobrimento do Direito romano.[134]

A partir de Irnerio estabeleceu-se um método em que à leitura seguia-se uma minuciosa interpretação dos textos da compilação justinianea. As chamadas glosas compreendem o método utilizado.[135] As glosas são os apontamentos feitos pelos leitores que necessitavam, durante a leitura, explicar o significado de palavras importantes ou até de frases inteiras, as pequenas glosas. As glosas

---

[134] Segundo DAVID, a partir deste período abandonou-se o ideal de uma sociedade cristã fundada sobre a caridade. Passou-se, então, a admitir a idéia de que a sociedade civil devesse ser fundada sobre o direito, como já tinha sido nas relações entre particulares no Direito romano. Juristas e filósofos passaram a defender um direito novo, fundado sobre a justiça que se podia conhecer pelo uso da razão, repudiando soluções sobrenaturais para as relações civis. As universidades foram os principais focos que favoreceram o renascimento deste novo direito. Citando Villey, comenta o autor a importância fundamental de São Tomás de Aquino na superação da oposição do Direito canônico em relação ao Direito romano, de origem pagã: "*A sua obra, renovando a de Aristóteles, e mostrando que a filosofia pré-cristã, assente na razão, era em grande medida conforme à lei divina, teve por efeito 'exorcizar' o direito romano. (...) Com São Tomás eliminou-se o último obstáculo ao renascimento dos estudos de direito romano.*" Ver DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Tradução de Hermínio Carvalho. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1986. Tradução do original francês: Les grands systèmes du droit contemporains (droit comparé), p. 34.

[135] Inicialmente o monge Irnerio despertou o interesse no método literal exegético de vários discípulos: Búlgaro, Martino, Jacobo e Hugo, que foram os primeiros a produzir glosas. Este estudo ampliou-se a outras localidades como a cidade francesa de Montpellier, quando em 1180 d.C. foi fundada a primeira escola francesa de Direito, assim como em Oxford fundou-se em 1144 d.C. uma escola de Direito romano. Posteriormente, iniciou-se outra fase, a de recompilação das diversas glosas, sendo Accursio (1182 e 1260 d.C.) o autor da Magna Glosa, que foi redigida contendo no centro o texto do *Corpus Iuris* e, ao redor, as distintas glosas.

escritas à margem do texto, foram chamadas glosas marginais, e as que foram intercaladas ao próprio texto foram chamadas de glosas interlineares.

Esta escola também realizou seu trabalho ensinando e resolvendo os casos hipotéticos, destinando-se esta atividade a formar juristas que tinham de desenvolver seus conhecimentos nos tribunais como advogados e juízes, isto é, na prática, modo pelo qual se repetia a história que protagonizaram os juristas romanos dos tempos em que o direito e a jurisprudência tinha alcançado seu ápice.[136]

A Escola dos Comentaristas ou pós glosadores[137] surgiu no século XIV e distinguiu-se da escola anterior em relação ao método por ela adotado. Ela seguiu uma nova orientação nos estudos de direito, substituindo o estudo dos textos justinianos e fundando seu estudo sobre as glosas elaboradas pela escola anterior, aplicando o método escolástico.[138] Neste período, os textos foram tratados com a finalidade de buscar e estabelecer generalizações das matérias, com aplicações, divisões e subdivisões e classificações que atendessem aos problemas vigentes naquela época, sendo de utilidade aos juízes e aos estudantes.

A influência dos comentaristas estendeu-se além dos limites da Itália, pois numerosos estudantes da Alemanha, França, Espanha e outros países, freqüentaram as universidades italianas de Bolonha, Pádova, Pavia e Pisa, tomaram contato com os comentaristas e se

---

[136] Ver, neste sentido, GARCÍA, (nota 21), p. 326.

[137] Esta escola também é reconhecida pelo nome de bartolista, pois atribui-se a Bartolo a responsabilidade de estabelecer na Europa o Direito Romano como Direito Comum.

[138] Ver GARCÍA, (nota 21), p. 327.

converteram em mestres de Direito na Europa.[139] Kunkel constatou que é no Direito romano:

> "... *aplicado en la práctica y acomodado a las necesidades de la vida - donde se encuentran las raíces de la vida jurídica actual de la comunidad de pueblos del continente europeo y de muchas naciones fuera de Europa, las cuales, más pronto o más tarde, tomaron su ordenamiento jurídico de Europa o lo configuraron de acuerdo con tradiciones europeas.*"[140]

O Renascimento também impôs a sua marca nos estudos romanísticos. A chamada Escola Humanista rechaçou a interpretação das glosas e voltou a atenção para as fontes originais, utilizando um método crítico com o auxílio da filologia e da história.[141]

A jurisprudência humanística, construída no âmbito cultural renascentista, consignadora de uma ampla formação que cultivava a língua grega e latina e conhecedora da filosofia antiga e da história clássica, optou por uma atitude crítica diante dos textos, representando o abandono ao estudo dogmático da obra de Justiniano. Nas palavras de Riccobono:

> "*Los humanistas, nutridos de cultura literaria, animados y dominados por un nuevo espíritu, no podían comprender y en efecto no comprendieron la obra legislativa de Justiniano, y en*

---

[139] Estes estudantes, ao retornarem aos seus países, ocuparam relevantes funções, como o exercício da advocacia e da magistratura. Na Alemanha, durante o período imperial, a compilação recebeu apoio do próprio imperador que se considerava sucessor de Justiniano e responsável pela reconstrução do 'Sacro Império Romano Germânico'. Para isso, ver GARCÍA, (nota 21), p. 329.

[140] Ver (nota 18), p. 193.

[141] Ver, nesse sentido, RICCOBONO, (nota 8), p. 24.

consecuencia repudiaron las doctrinas de los intérpretes italianos y se alzaron contra Triboniano, ministro de Justiniano, principal artífice de la obra legislativa. Mas aparte de su tendencia, como he manifestado, la incomprensión de los humanistas se explica muy bien por la forma híbrida que poseía la compilacíon de Justiniano, en la cual, como se há dicho, se revelan dos aspectos, uno arcaico y otro clásico fusionado con lo nuevo, el derecho muerto y el vivo unidos en unidad inseparable y aun el antiguo en mayor evidencia en la obra de los Digestos, la más importante de la codificación. Error fatal, por un lado, respecto de un código; felix error, por el otro, para las investigaciones históricas que desde los tiempos de los humanistas hasta hoy há permitido el estudio y el descubrimiento de los desarrollos del derecho romano en los trece siglos de su formación durante la vida de la Roma antigua."[142]

Na Escola de Direito Natural o fundamento assentou-se na 'razão humana', que buscava estabelecer os melhores critérios jurídicos. Seus membros são chamados de jusnaturalistas, não se confundindo com a noção de Direito Natural clássico que provinha da antigüidade greco-romana. O racionalismo cartesiano a que eram tributários todos os autores da Escola de Direito Natural consistiu em aceitar os textos romanos apenas naquilo em que podiam ser considerados a *ratio scripta*.[143]

A Escola Histórica nasceu com uma característica nítida em oposição à escola dos jusnaturalistas modernos no final do século XVIII na Alemanha. Os autores desta escola conceberam o Direito

---

[142] Ver (nota 8), p. 24.

[143] O holandês Hugo Grocio (1583-1645) foi um dos principais cultores, refletindo-se na obra *Introdução a ciência do Direito holandês* de 1641. Na Alemanha destacam-se Puffendorf (1623-1694), Chistian Thomasio (1655-1728) e Cristian Wolf(1679-1754).Ver DI PIETRO, (nota 1), p.34.

não como uma expressão produzida pela razão humana, mas como o produto vivo nascido do 'espírito do povo' - *Volksgeist*.[144]

Savigny defendeu a necessidade de conhecer o presente por meio da análise do passado, compreendendo o direito como o resultado de um processo evolutivo em que o ordenamento apresentava-se como a manifestação da vontade do povo. No exercício de sua cátedra elevou o ensinamento do Direito romano ao primeiro plano.[145]

A Pandectística alemã, por ser o Direito romano o direito positivo na Alemanha até 1900,[146] baseou-se em textos justinianos, mas a forma de interpretá-los seguiu a influência das idéias Iluministas - *Aufklärung*. Por isso, a aplicação e a interpretação das

---

[144] O fundador desta escola foi Gustavo Hugo (1764-1844), professor em Gottinga, porém a figura mais reconhecida quando se estuda esta forma do pensar jurídico é Savigny (1779-1861) e o seu sucessor na Cátedra de Berlim, Puchta (1798-1846), que estabeleceu os fundamentos da pandectística alemã. Assim refere DI PIETRO, (nota 1), p. 34

[145] Ver GARCÍA, (nota 21), p. 330-331.

[146] A recepção do direito justiniano na Alemanha desenvolveu-se num processo que abarcou, fundamentalmente, o final do século XV e o século XVI. Ver KUNKEL, (nota 18), p. 195. A Alemanha possuía uma larga tradição jurídica de caráter consuetudinário em que predominava o Direito romano anterior à compilação. Em razão deste quadro, a tradição germânica não coincidia com os direitos consagrados por Justiniano e a glosa. Na Alemanha imperial a recepção do Direito romano efetuou-se por vontade do Imperador como sendo o direito aplicável diretamente ao Tribunal Superior, oportunidade em que o direito de Justiniano foi acolhido como direito comum ao *Reich*, não a norma jurídica compilada, mas o direito elaborado pelos glosadores e comentaristas e, em especial, a glosa de Accursio. Em 1495, enfrentando as críticas e até a oposição ao Direito romano, criou-se na Alemanha o *Reichskammergericht*, que exerceu as funções de tribunal superior, cujos membros, juízes e assessores, deviam decidir segundo o Direito romano e canônico. Ver GARCÍA, (nota 21), p. 329-330. Isto só foi interrompido em 1900, quando se sancionou o *Bürgerliches Gesetzbuch* - *BGB*, o Código Civil Alemão.

obras romanas foram maculadas por referências que não foram criadas pelos romanos, como, por exemplo, a figura do 'sujeito de direitos', a visão dos 'direitos subjetivos' e uma filosofia voluntarista.[147]

Os juristas alemães são os grandes responsáveis pela proliferação do estudo e do conhecimento do Direito romano, pois, ainda depois da inexistência do Estado romano, os alemães possibilitaram o seu conhecimento, em razão de o terem adotado como direito positivo até recentemente. De acordo com Kunkel:

> "*Hoy día se tiende a ver en el Derecho romano, ante todo, un factor esencial de la historia de nuestra cultura jurídica. Por eso, a diferencia del siglo XIX, en la actualidad la atención del estudioso se dirige, más que a acoplar el Derecho romano en un sistema cerrado de normas, a conocer su evolución histórica, la cual ofrece ante nuestros ojos, proyectada sobre dos milenios y medio (contando la supervivencia del Derecho romano), la propia esencia histórica del Derecho, la mutación de significado de sus normas al cambiar las circunstancias y la progresiva elaboración de valores supratemporales de nuestra cultura jurídica. Pero el conocimiento de la evolución histórico-jurídica, como tal, no es el único presupuesto de este estudio, sino también su interpretación desde las circunstancias políticas, sociales, económicas y espirituales, manteniendo estrecho contacto con las ciencias históricas afines.*"[148]

---

[147] Os principais seguidores desta escola foram: Vangerow (1808-1870), Brinz (1829-1888), Bekker (1827-1916), Dernburg (1829-1907) e principalmente o mais destacável Bernard Windscheid (1817-1892). Neste sentido, ver DI PIETRO, (nota 1), p. 34-35.

[148] Ver KUNKEL, (nota 18), p. 199-200.

TERCEIRA PARTE

A PROPRIEDADE NO DIREITO ROMANO

Capítulo primeiro
OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

Nesta última parte da dissertação será abordada a evolução do direito de propriedade ao longo dos períodos do Direito romano, identificados no capítulo anterior: arcaico, helenístico, clássico e burocrático. O período helenístico e o período clássico serão tratados unificadamente, pois apresentam, no que diz respeito à propriedade, características comuns, sem demonstrar uma nítida ruptura.[1]

Ao se procurar entender a forma como os romanos visualizavam o direito de propriedade, é indispensável ter em mente

[1] ARANGIO-RUIZ comenta neste sentido: "... *la parte más duradera y más técnicamente elaborada del ordenamiento jurídico, el derecho privado, no sufrió en este período que estudiamos cambios profundos, por lo cual la jurisprudencia hubo de realizar una labor de interpretación evolutiva bastante menos intensa.*" Ver ARANGIO-RUIZ, V. *Historia del Derecho Romano*. Tradução de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. 5.ed. Madrid: Editorial Reus, 1994. Tradução da 2.ed. italiana, p. 327.

que o Direito romano sequer possuía um conceito abstrato ou mesmo uma definição de propriedade.[2]

---

[2] Neste sentido, ver SCIALOJA, V. *Teoria della proprietà nel diritto romano*. [Roma]: Anonima Romana Editoriale, 1933. v.2, p. 263. Ver, também, BONFANTE, P. *Historia del derecho romano*. Tradução de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. v.2 (Serie C. Tratados Generales de Derecho Privado y Público, 25), p. 195 e SCHULZ, F. *Principios del derecho romano*. Tradução de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Editorial Civitas, 1990. (Monografias Civitas), p. 174. Os estudiosos do Direito romano referem ter se formado com relativo atraso o conceito de propriedade na língua latina. O mesmo ocorreu com o pensamento jurídico germânico e alemão medieval pois, à semelhança do Direito romano, faltava-lhe o grau de abstração para assim obter condições para elaborar um conceito universal de propriedade. Inexistia um conceito para identificar a aquisição de direitos sobre coisas, mas havia numerosos conceitos, como 'próprio', 'herança', 'bem', 'bem móvel', além de outros conceitos jurídicos análogos. O conceito abstrato de propriedade na linguagem jurídica alemã era conhecido desde o século XIII e o seu objeto não se limitava apenas aos bens móveis e imóveis do direito privado, mas inclusive 'privilégios', como excelência de julgamento (*Gerichtsherrlichkeit*) e outras regalias. "*Im Mitttelpunkt aber stand der Begriff der 'gewere', der ursprünglich kein Recht, sondern nur ein tatsächliches Verhältnis zur Sache bezeichnete und daher im modernen Schrifttum mit dem Ausdruck 'Besitz' umsschrieben wird. Der Rechtsbegriff 'Besitz' bürgerte sich im Zuge der Rezeption als Übersetzung der römisch-rechtsbeziehung zu Sachen (und unfreien Personen) setzte sich allmählich 'eigen' · Begriff als eine Art Oberbegriff durch. Neben dem Voll-E. (Allod) fielen darunter auch Nutzungs und Leiherechte, die ihren Ausdruck in der gewere fanden.*" (Porém, no centro encontrava-se o conceito da *'gewere'*, que originalmente não designava nenhum direito, mas apenas uma relação de fato com a coisa, e, por isso, é descrito na literatura moderna com a expressão 'posse' (*Besitz*). O conceito jurídico 'posse' (*Besitz*) afirmou-se, no decurso da recepção, como tradução da 'possessio' do Direito romano. Para designar a relação jurídica com coisas (e pessoas não-livres), foi se impondo, lentamente, o conceito 'próprio', como uma espécie de conceito superior. Ao lado da propriedade *plena* (*Allod*), eram por ele abrangidos, também direitos de uso e mútuo, que encontravam sua expressão na *'gewere'*.) Ver STAATSLEXIKON. Zweiter Band, 7 Aufl. Freiburg u.a., 1986. Sp. 162.

As definições elaboradas por alguns romanistas, que atribuem ao Direito romano a origem da propriedade como um poder em si mesmo ilimitado, evidentemente contêm um equívoco, pois não se pode atribuir aos romanos esta conclusão. Não foi o pensamento romano que construiu a concepção ilimitada de propriedade, senão o regime jurídico da propriedade posteriormente construído.

Miquel afirma que, se nas fontes romanas não se encontra uma definição de propriedade, existem várias definições cuja origem o direito contemporâneo atribui ao Direito romano. Escreveu o autor, nestas palavras:

> "... *en realidad, cada época fue capaz de destilar de las fuentes romanas el concepto de propriedad que más le convenía, que resultaba más adecuado a sus concepciones económico-sociales. Partiendo de frases sueltas, auténticos retazos de fuentes romanas, cada época confeccionó sus definiciones de propriedad para cubrirlas con el manto de la autoridad del Derecho romano. De este modo, el concepto de propiedad se ve reflejado en el espejo de las fuentes romanas. Los textos romanos se limitaban a devolver la imagen de la propiedad que cada época situaba ante ellos.*"[3]

O autor ilustra sua afirmação com uma série de exemplos, dois dos quais são a seguir comentados.

A definição do humanista holandês Noodt é característica: "*Est dominium ius pro arbitratu de re disponendi, praeter si quid vi aut iure prohibeatur.*"[4] A referência à força (*vi*) é o mais estranho, e, em

---

[3] Ver MIQUEL, J. *Derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992, p. 165.

[4] (*El dominio es el derecho de disponer sobre la cosa a menos que lo impida la fuerza o el derecho.*) Ver MIQUEL, (nota 3), p. 166.

outros autores inexiste; tampouco, resulta apropriado igualar os planos do fático e do normativo (*vi aut iure*).

Existe outra célebre definição de propriedade: "*Ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur.*"[5] É comum a citação desta definição para grifar as faculdades ilimitadas que possuía o proprietário em Roma, chegando-se a permitir, inclusive, que o proprietário pudesse destruir a coisa.[6] Todavia, esta conclusão funda-se numa intolerável confusão, por que em Roma *uti* e *abuti* são palavras utilizadas para a classificação das coisas. As *res quae in abusu consistunt* são as coisas consumíveis e para ser feito o seu uso adequado elas devem ser consumidas.[7]

---

[5] (*El derecho de usar y abusar de la cosa hasta donde lo permita la razón del Derecho.*) Ver MIQUEL, (nota 3), p. 167.

[6] Conforme GATTI, Ihering aponta as restrições à propriedade no Direito romano originadas do interesse social para os bens móveis e imóveis. Destaca o autor o exemplo da destinação das terras incultas e abandonadas para outros nela produzirem, visando o interesse social na ampliação da produção de alimentos e tributos para o Estado romano. Mais interessante é o exemplo referente aos bens móveis, onde o autor comenta que o abuso da propriedade não representa um risco para a sociedade, mas mesmo assim sua destruição injustificada não pode ser aceita, citando Ulpiano (D. 11, 7, 14, 5): *Non autem oportet ornamenta cum corporibus condi, nec quid aliud huiusmodi, quod homines simpliciores faciunt.* (*Mas no se deben enterrar con los cadáveres los ornamentos, ni alguna otra cosa semejante, como hacen los hombres más cándidos.*) Ver GATTI, E. *Propriedad y dominio.* Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996, p. 95.

[7] MIQUEL chama a atenção que esta expressão é utilizada para os bens que são consumíveis. Por exemplo, uma maçã, para cumprir a sua função, deve ser consumida, vale dizer, destruída. Coisas consumíveis (*res quae usu consumantur; res quae in abusu consistunt)* são aquelas que o seu uso adequado só é atingido quando são consumidas. Dentro desta categoria estão os alimentos e o dinheiro, que também é considerado bem consumível por excelência, onde a destruição do bem pode ser natural (maçã), ou jurídica (dinheiro). Ver (nota 3), p. 87 e 127. BETTI comenta que esta distinção importa, sobretudo, em vista dos negócios e relações jurídicas, de cuja coisa se pode formar objeto. Esta distinção funda-se num critério econômico-social do uso normal que da coisa se pode fazer em uma

Especificamente sobre esta confusão Betti é conclusivo:

"*Infine la definizione che caratterizza la proprietà come un 'ius utendi et abutendi re sua' è desunta da un testo - D. 5, 3, 25, 11 - dove si esonerano da responsabilità i possessori di buona fede 'si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua abuti putant': nella quale formula 'abuti' non ha il significato di abusare, ma di consumare.*"[8]

Em comparação com isso é oportuno, para se entender a propriedade ao longo da história, dirigir a vista para a síntese conceitual proposta por Biondi para a evolução do direito de propriedade:

"*... la storia della proprietà si può descrivere sinteticamente come una continua attenuazione dell'elemento individualistico in corripondenza ad una maggiore penetrazione dell'elemento sociale, la quale viene attuata da una continua legislazione, che arriva fino ai nostri giorni, ed incide profondamente soprattutto in momenti di crisi e nuovi orientamenti sociali. Sono limiti e restrizioni che*

---

dada sociedade. Consumíveis qualificam-se as coisas que o uso importa necessariamente a destruição, não sendo susceptíveis de uso repetido (*res quae ipso uso tolluntur*), e as inconsumíveis qualificam-se aquelas, cuja normal destinação admite um uso repetido. Entre as coisas consumíveis está compreendido o dinheiro, visto que o uso normal consiste em perdê-lo, saindo do patrimônio de quem fazia parte, e, sendo assim, transformado em sentido econômico. Ver BETTI, E. *Istituzioni di diritto romano*. 2.ed. Padova : CEDAM, 1947. v.1, p. 362.

[8] (Por fim a definição que caracteriza a propriedade como um '*ius utendi et abutendi re sua*' é deduzida de um texto - D. 5, 3, 25, 11 - onde são exonerados da responsabilidade os possuidores de boa fé '*si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua abuti putant*': fórmula em que '*abuti*' não tem o significado de abusar, mas de consumir.) Ver (nota 7), p. 370.

imprimono una nuova configurazione all'istituto; si è parlato di funzione sociale della proprietà, ma difficilmente si può enunciare in una precisa e definitiva formula."[9]

Para o autor, no âmbito do Direito romano, são profundas as transformações desde a antiga concepção da propriedade como um poder quase soberano, até a concepção justiniana, permeada de um novo espírito social.

Rabel afirma que embora não se tenha definido a propriedade no Direito romano, indiretamente, pode-se associá-la ao domínio amplo sobre a coisa. Nas palavras do autor:

"Er behandelt unter dem Keineswegs alten Namen, rei dominium bewegliches und unbewegliches Gut, originären und abgeleiteten Erwerb gleich und stellt den Eigentümer gegen Staat und Private unabhängig als einen unmittelbaren Herrn der Sache. Dieser einfache juristische Begriff war ein ebenso gewaltiger Fortscritt nach den primitiven Besitzrechten der Antike, als nachmals nach vielen Jahrhunderten ein Ansporn und Hebel zur Wegräumung der feudalen Bindungen des Bodens, bis heute ein unentbehrliches technisches Hilfsmittel der Rechtswissenschaft - wie gegen manche vermeintlich nationalökonomische oder logische Anfechtungen betont werden muß. Eine Definition geben die Römer gar nich die

---

[9] (... a história da propriedade se pode descrever sinteticamente como uma contínua atenuação do elemento individualista em favor de uma maior penetração do elemento social, a qual vem expressa em uma contínua legislação, que chega até nossos dias, e incide profundamente sobretudo em momentos de crise e de novas orientações sociais. São limites e restrições que imprimem uma nova configuração ao instituto; tem se falado de função social da propriedade, mas dificilmente se pode enunciar em uma fórmula precisa e definitiva.) BIONDI, B. *Istituzioni di diritto romano*. 3.ed. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1956. p. 220-221.

in ihrem Sinn gebildete herkömmliche Umschreibung genügt aber durchaus: das Eigentum ist die grundsätzlich unbeschränkte Herrschaft über eine (körperliche) Sache." [10]

O conteúdo da propriedade romana foi limitado juridicamente, podendo-se citar os exemplos dos poderes dos proprietários de escravos que foram limitados na época imperial,[11] e a propriedade imobiliária que foi multiplamente limitada por relações de vizinhança e também de direito público.[12] Comenta assim Betti:

"Anche le definizioni moderni, inspirate, consapevolmente o meno, a certo assurdo individualismo delle vedute liberali, perdono di vista la socialità nella funzione normativa del diritto, e traggono

---

[10] (Sob o nome, nada antigo, de '*rei dominium*', este conceito trata igualmente bens móveis e imóveis, aquisições originárias e derivadas, e coloca o proprietário independentemente contra o Estado e pessoas privadas, como um imediato senhor da coisa. Este simples conceito jurídico foi um avanço tão violento, após os primitivos direitos de propriedade da antigüidade, como posteriormente, após muitos séculos, um estímulo e uma alavanca para o afastamento dos vínculos feudais do solo, até hoje um indispensável recurso técnico de auxílio - como deve ser acentuado contra diversas impugnações pretensamente econômico-nacionais ou lógicas. Uma definição os romanos realmente não dão, porém, a descrição que em seu sentido se formou pela tradição, é, de fato, suficiente; a propriedade é o domínio fundamentalmente ilimitado sobre uma coisa (corpórea).) RABEL, E. *Grundzüge des römischen Privatrechts*. 2.aufl. Basel: Ed. Benno Schwabe & Co, 1955, S. 53.

[11] Ver JÖRS, P. e KUNKEL, W. *Derecho privado romano*. Tradução da segunda edição alemã de L. Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1965, p. 94 e ss. e SCIALOJA, (nota 2), p. 307 e ss.

[12] A seguir se examinará amplamente estas hipóteses fundadas nas obras de Di Pietro, Bonfante e Scialoja, principalmente.

illazioni ingiustificate da taluni caratteri ch'erano peculiari della sola proprietà fondiaria romana nell'epoca più antica."[13]

A visão de propriedade do Direito romano, com certeza, reflete muitos dos conflitos e analisa o caso concreto, pouco desenvolvendo o conceito abstrato dos institutos jurídicos. Isto evidencia que tomar um caso concreto como referencial único para todo o Direito romano é um equívoco, pois um outro caso concreto pode levar a soluções diferentes, além do fato de se dever ter em consideração as pessoas envolvidas e o local onde o caso concreto se desenrola, porque a sociedade romana foi uma sociedade de desiguais.

[13] (Também as definições modernas, inspiradas, conscientemente ou não, em certo absurdo individualismo da visão liberal, perdem de vista a sociabilidade na função normativa do direito, e induzem inferências injustificadas a algumas características que eram peculiares apenas da propriedade fundiária romana na época mais antiga.) Ver BETTI, (nota 7), p. 371.

Capítulo segundo

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS REAIS NO DIREITO ROMANO

No Direito romano clássico, a expressão *ius in re* não coincide com o conceito jurídico hoje denominado direito real. Os romanos não elaboraram um conceito de direitos reais e não tiveram um nome para representar estes direitos. Esta noção só veio se formar muito mais tarde, a partir do século XVIII, com Pothier, passando aos romanistas do século XIX e, também, a uma parcela de autores modernos.[14]

---

[14] Ver VILLEY, M. Acerca del sentido de la expresión *'ius in re'* en el derecho romano clásico. In: *Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo*. Tradução de Alejandro Guzmán Brito e outros. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976. (Colección Jurídica Serie Mayor) Coletânea de artigos publicados e palestras proferidas pelo autor, p. 100 e ss. e p. 187 e ss. PUGLIESE, com uma interpretação totalmente divergente, considera a expressão *ius in re* equivalente a concepção contemporânea dos direitos reais, assim dizendo: "*È facile ammettere che il concetto di ius in re risultante da questa elaborazione dei Glossatori non abbia rispecchiato esattamente né gli istituti positivi romano-classici, né quelli del diritto giustinianeo, e che, d'altro canto, esso appaia semplicistico o*

Miquel adverte que não se pode transferir modelos conceituais aplicáveis ao direito contemporâneo para se compreender os instrumentos do Direito romano. O autor lança a pergunta que os modernos romanistas têm-se feito:

"*¿Hasta qué punto conocieron los romanos la distinción entre ambas clases de Derechos? Este problema está íntimamente*

---

insufficiente rispetto alle teorie della dottrina moderna. Ma ciò non significa che il ius in re dei Glossatori sia qualcosa di diverso dal diritto reale." (É facil admitir que o conceito de *ius in re* resultante desta elaboração dos Glosadores não tinha respeitado exatamente nem os institutos positivos romano-clássicos, nem aqueles do direito justinianeo, e que, por outro lado, isso parecia simplista ou insuficiente em relação à teoria da doutrina moderna. Mas isto não significa que o *ius in re* dos Glosadores seja qualquer coisa diferente do direito real.) PUGLIESE, G. Diritto - diritti soggettivi (diritti reali). In: *Enciclopedia del diritto*, Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v.XII, p. 760. Ver, também, MIQUEL, (nota3), p. 159 e ss. Paolo Grossi refere: "*Pothier è l'ultimo dei giuristi vecchi, non il primo dei giuristi nuovi. Un solido filo conduttore, che corre senza discontinuità e cesure, lo lega alla cospicua consolidazione dottrinale del diritto nazionale francese, ai Dumoulin. ai Le Caron, ai Loisel, agli Choppin, così come alla legione dei commentatori del droit coutumier e allo stuolo dei feudisti. Pothier è certamente uno di loro.*" (Pothier é o último dos juristas antigos, não o primeiro dos juristas novos. Um sólido fio condutor, que corre sem descontinuidade e cortes, o liga à grande consolidação doutrinal do direito nacional francês, a Dumoulin, a Le Caron, a Loisel, a Choppin, assim como à legião dos comentadores do *droit cutumier* e a multidão dos feudalistas. Pothier é certamente um deles.) GROSSI, P. Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna'), In: *Il dominio e le cose - percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, (Biblioteca Per la storia del pensiero giuridico moderno, 41) p. 407. Neste estudo, independente de se situar ao final ou ao início de um período, o que merece destaque é o fato de Pothier ser um jurista importante que contribuiu para moderna compreensão da propriedade. Ver, ainda, GRAZIANI, C.A *Il riconoscimento dei diritti reali.* Padova : CEDAM, 1979. (Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Privato dell'Università di Roma, 21) p.14 e ss, sobre o reconhecimento dos direitos reais e no que toca à polêmica contribuição da obra de Pothier.

enlazado con otro que ha sido discutido vivamente por la moderna romanística: ¿Hasta qué punto es lícito utilizar categorías conceptuales, procedentes de la moderna dogmática jurídica, para aplicarlas a las fuentes romanas? ¿No quedará de esta manera deformada la visión jurídica genuinamente romana?"

E, responde, afirmando que não se deve tomar de empréstimo polêmicas que são próprias de nossa moderna civilística.[15]

Por isso a terminologia utilizada pelo Direito romano é diferente, uma vez que eles, inicialmente, para a representação das coisas referiam: a *res* (coisa) e a *bona* (bens). Estes termos têm uma pluralidade de significados.[16]

Segundo Miquel, *res* teve três acepções fundamentais:

I. patrimônio;

II. objeto de direito; e

III. coisa corporal sobre as quais recaem os direitos reais.[17]

A palavra *res* escreve-se da mesma forma tanto no singular quanto no plural e serve para designar os entes materiais (um livro, uma mesa), como também naturais, sejam animados (um escravo,

---

[15] Ver (nota3), p. 157 e ss. GADAMER comenta assim: "*Es también interesante hablar de horizonte en el marco de la comprensión histórica, sobre todo cuando nos referimos a la pretensión de la conciencia histórica de ver el pasado en su propio ser, no desde nuestros patrones y prejuicios contemporáneos sino desde su propio horizonte histórico. La tarea de la comprensión histórica incluye la exigencia de ganar en cada caso el horizonte histórico, y representarse así lo que uno quiere comprender en sus verdaderas medidas.*" Ver GADAMER, H.G. *Verdad y método I: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Tradução de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 6.ed. Salamanca: Ediciones Sígueme (Colección Hermeneia), 1996. Tradução do original alemão: Wahrheit und Methode, p. 373. A respeito do ponto de vista de Savigny, expoente da escola histórica, ver, supra, nota 1, Primeira Parte.

[16] Neste sentido ver MIQUEL, (nota 3), p. 83.

[17] Ver (nota 3), p. 83.

um boi) ou inanimados (ouro, cobre). Esta expressão latina serve para designar tudo que de alguma forma concerne ao homem.[18]

Res em sentido próprio é todo o objeto do mundo exterior sobre o qual podem recair direitos. Gaio buscou dos filósofos[19] a distinção entre *res corporis* e *res incorporis* e a incorporou no âmbito jurídico. As primeiras são as coisas que podem ser tocadas, como a terra, um escravo, uma roupa, uma massa de ouro ou de prata (*quae tangi possunt*); e as últimas são as que não se pode tocar (*quae tangi non possunt*), como a herança, um usufruto, as obrigações, as servidões rústicas e urbanas.[20] Conforme descreve Iglesias:

> "...*Gayo no enumera entre os derechos - res incorporales - la propriedad, por considerar materializado el derecho en su objeto; la propriedad queda absorbida en las res corporales. Con esta distinción no se destruye ni se amplía el concepto proprio de res, que se refiere siempre a la cosa material, al corpus. No se trata, en realidad, de una distinción técnica entre las res sino de una clasificación de elementos del patrimonio, en la cual la propriedad se unimisma con la cosa. Res se entiende aquí en el sentido de elemento patrimonial. El patrimonio está constituido por cosa - se nombran las cosas en lugar del derecho de propriedad- y por derechos: derechos sobre cosa ajena, créditos, titularidad de una herencia, etc. Por derechos patrimoniales distintos del derecho de*

---

[18] Ver DI PIETRO, A. *Derecho privado romano.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996, p. 103 e ss.

[19] Cícero, Top., 5,27; Sêneca, Ep. ad. Luc., 6, 6, 11; Quintiliano, Ins. orat., V, 10, 16; Lucrecio, De rer. nat., 1, pp. 303-305. Ver, acerca disso, IGLESIAS, J. *Estudios romanos de derecho e historia.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1952. (Publicaciones del Seminario de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona), p. 206.

[20] Ver IGLESIAS, J. *Derecho romano - historia e instituciones.* 11.ed. Barcelona : Editorial Ariel, 1994, p. 206.

propiedad, que se confunde con la cosa sobre que recae; que es, en todo caso, res incorporalis."[21]

Esta distinção não é técnica, mas uma classificação onde se entende *res* no sentido de elementos do patrimônio.[22]

Ulpiano[23] explica como o termo *bona* aplica-se a uma concepção natural ou civil: natural no sentido de coisas que são suscetíveis de produzir uma utilidade, e civil no sentido de patrimônio, ou seja, conjunto de bens e direitos. O termo *bona* expressa um significado meramente econômico. São exemplos as seguintes passagens de Paulo e Javoleno:

---

[21] Ver (nota 20), p. 207.

[22] Patrimônio é o conjunto de coisas que pertencem a uma pessoa, fazem parte as *res corporales* e as *res incorporales*. Em Roma, a idéia de patrimônio não era concebida como um 'atributo da personalidade'. As mulheres, por exemplo, poderiam ter patrimônio, mas não possuíam o *alieni iuris*. Os filhos e os escravos careciam de patrimônio, mas tinham um pecúlio, que era algo diferente. Patrimônio em Roma tem um significado por vezes jurídico, incluindo o ativo e o passivo, e por vezes econômico. Neste sentido, ver DI PIETRO, (nota 18), p.104 e ss.

[23] Ulpiano (D. 50, 16, 49): "*Bonorum appellatio aut naturali,s aut civilis est; naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur.*" (*La palabra bienes tiene una significación o natural, o civil; en la natural se llaman bienes porque bonifican, esto es, hacen feliz; bonificar es hacer provecho. Pero se ha de saber, que se computan en nuestros bienes no solamente las cosas que están en nuestro dominio, sino también si de buena fe fueran poseídas por nosotros, o si tuvieran superficie. Igualmente se contará en los bienes también lo que importen las acciones, las peticiones, y las acciones persecutorias; porque se considera que todo esto está en los bienes.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO: Digesto 6ª y 7ª partes. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol, 6.t, T.3, p. 917.

Paulo (D. 50, 16, 39, 1): "*Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.*"[24]
Javoleno (D. 49, 14, 11): "*Non possunt ulla* bona *ad fuscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt; id enim bonorum cuiusque esse intelligitur, quod aeri alieno superest.*"[25]

Segundo Betti:

"*La qualifica di 'bene' non è una qualità inerente alla cosa fisica materialmente considerata, ma è il risultado di una duplice successiva valutazione di essa: anzitutto, di una valutazione economico-sociale; inoltre, e per conseguenza, di una valutazione giuridica. La quale rientra in quel procedimento tecnico di configurazione per tipi, con cui il diritto plasma la materia della vita sociale e la orienta nella direttiva delle sue valutazioni.*"[26]

Para os romanos, as classificações das coisas sempre tiveram um sentido prático porque não houve a preocupação de desenvolver uma teoria dos direitos reais, mas a solução dos problemas cotidianos enfrentados.

---

[24] (*Se entiende que son bienes de cualquiera los que quedan despues de deducidas las deudas.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 916.

[25] (*No pueden pertenecerle al fisco ningunos bienes, sino los que les han de sobrar a los acreedores; porque se entiende que son bienes de alguno lo que sobra de las deudas.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 832.

[26] (A qualificação de 'bem', não é uma qualidade inerente à coisa física materialmente considerada, mas é o resultado de uma dúplice sucessiva valoração dessa: antes de tudo, de uma valoração econômico-social; além disso, por conseqüência, de uma valoração jurídica. A qual recai naquele procedimento técnico de configuração por tipos com o qual o direito plasma a matéria da vida social e a orienta na diretriz das suas valorações.) Ver (nota 7), p. 355.

Gaio[27] propôs uma classificação das coisas para permitir uma distinção entre *res in patrimonio* e *res extra patrimonium*, ou seja, para que assim se possa definir o limite do patrimônio de alguém. Muitos autores definem como uma classificação ampla isto que nada mais é que o enunciado do objeto deste capítulo das *Institutas* de Gaio.[28]

Gaio dividiu as coisas em dois grupos: as coisas de direito divino (*res divini iuris*) e as coisas de direito humano (*res humani iuris*). As coisas de direito divino não podiam pertencer a ninguém; por outro lado, ordinariamente as coisas de direito humano estavam entre os bens de alguém (*res privatae*), a exceção do caso em que eram consideradas pertencentes à própria comunidade (*res publicae*). As *res privatae* eram as que se considerava ser objeto de negócio jurídico patrimonial, inclusive as *res nullius* e as *res derelicta*, que podiam em um momento não ter dono, mas podiam vir a tê-lo.[29] Esta divisão formulada por Gaio consta nas *Institutas* de Justiniano.

---

[27] Gaio foi essencialmente um mestre de escola e seu manual atendia exigências didáticas, não se sabendo ao certo qual o período em que ele viveu, mas os seus escritos nos chegaram ao conhecimento quase que na sua íntegra e fazem parte de uma das fontes importantes para o conhecimento do direito romano. Ver GROSSO, G. *Problemi sistematici nel diritto romano: cose - contrati.* Torino: G. Giappichelli Editore, 1974, p. 2 e ss.

[28] Ver, por exemplo, DI PIETRO, (nota 18), p. 104, e IGLESIAS (nota 20), p. 207. Escreve Gaio 2, 1: "*Superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo videamus de rebus. Quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur.*" (Expusemos, no comentário anterior, o direito das pessoas; tratemos agora das coisas; as quais estão ou em nosso património ou fora de nosso património.) CORREIA, A. SCIASCIA, G. e CORREIA, A.A.C. *Manual de direito romano.* 2.ed. São Paulo : Edição Saraiva, 1955. V.2 (Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino) p. 74-75.

[29] Ver CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, (nota 28), p. 74-75.

As *res divini iuris* incluíam as coisas consagradas aos deuses superiores, como templos, terrenos, edifícios, altares e monumentos dedicados às divindades, mediante uma cerimônia sagrada (*dedicatio* ou *consecratio*), denominadas *res sacrae*; também comportavam as coisas relacionadas com os ritos religiosos mais comuns, as *res religiosae*, cujo exemplo mais evidente são as tumbas e os sepulcros; neste grupo estavam também as *res sanctae*, assim denominadas porque a sua violação tinha como conseqüência uma sanção (*sanctio*), tais como os muros e portas da cidade e os limites dos terrenos.[30]

Dentre as coisas comuns pertencentes à comunidade, podem ser identificadas as *res communes*, que eram as coisas comuns a todos os homens, como o ar, a água corrente, o mar e suas costas, e as *res publicae* referidas especificamente às coisas que eram do *Populus Romanus*.

No *Corpus Iuris Civilis* identifica-se as *res communes* como originadas do direito natural:

> *Iustiniani Institutione* (2.1.1): "*Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aër et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*"[31]

---

[30] Ver RABEL, (nota 10), S. 49. Ver, também, IGLESIAS, (nota 20), p. 208-210 e DI PIETRO, (nota 18), p.105-106.

[31] (Por direito natural são comuns tôdas as coisas seguintes: o ar, a água corrente, o mar e o seu litoral; pois a ninguém se pode impedir o acesso ao litoral, contanto que se abstenha de tocar nas quintas, nos monumentos e edifícios, coisas que não são de direito das gentes, como o mar.) Ver CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, (nota 28), p. 358-359. Ver também DI PIETRO, (nota 18), p. 106-107.

As coisas do *Populus Romanus* foram aquelas coisas destinadas ao uso comum pelo ato formal da *Publicatio*, como as ruas e logradouros, teatros e estádios, existindo neles, contudo, concessões de direitos particulares que, como o uso comum *acessível* a qualquer cidadão, eram regulamentados e protegidos por muitos interditos.[32] Gaio descreve assim as coisas comuns:

> Gaio (2,11): "*Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt.*"[33]

Segundo o costume, as estradas, rios e portos eram tratados de forma semelhante, servindo também ao uso comum, assim como o porto fluvial. De acordo com Gaio:

> Gaio (D. 1, 8, 5): "*Riparum usus publicus est iure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mari reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumem navegare. Sede proprietas illorum est, quorum praediis haerent; qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.*"[34]

---

[32] Ver RABEL, (nota 10), S. 49.

[33] (As coisas públicas reputam-se como não estando entre os bens de ninguém; pois são consideradas da própria comunidade. Privadas são as coisas dos particulares.) CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, (nota 28), p. 74-75.Ver também, para mais informações, RABEL, (nota 10), S. 49.

[34] (*Es público por el derecho de gentes el uso de las riberas, asi como el del mismo rio. Y asi, cualquiera tiene liberta para acercar a ellas su nave, atar curdes de los árboles alli nacidos, tender a secar y sacar del mar las redes, y acomodar en ellas alguna carga, asi como navegar por el mismo rio. Pero la propiedad es de aquellos con cuyos predios colindan; por cuya causa son también dellos mismos los árboles en ellas nacidos.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO: Instituta - Digesto 1ª 2ª y 3ª partes. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex

O mar e o litoral marítimo foram considerados por Marciano como coisas livre por natureza:

> Marciano (D. 1, 8, 2, 1):"*Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*"[35]

Neratio considerava o mar e a costa marítima como coisas livres para serem ocupáveis, sendo possível pescar e construir apenas conforme o costume e, em relação à construção, a aquisição da propriedade existia enquanto esta subsistisse:

> Neratio (D. 41, 1, 14): "*Quod in litore quis aedificaverit, eius erit; nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primium a natura prodita sunt, et in nullius adhuc dominium pervenerunt; nec dissimilis condictio eorum est, atque piscium et ferarum, quae simul atque apprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt.*"[36]

Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol, 6.t, T.1, p. 226. Ver, para mais informações RABEL, (nota 10), S. 49.

[35] (*Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas: el aire, el agua corriente, y el mar, y consiguientemente las costas del mar.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 225.

[36] (*Lo que alguno hubiere edificado en un litoral será suyo; porque los litorales públicos no son como las cosas que están en el patrimonio del pueblo, sino como las que en un principio fueron producidas por la naturaleza, y no llegaron todavía al dominio de nadie; y no es diferente la condición de otras cosas, como los peces y los animales silvestres, los cuales tan pronto como fueron cogidos se hacen sin duda del dominio de aquél á cuyo poder fueron.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 305.

Em sentido oposto, Celso compreendia o litoral como o direito de soberania estatal, *imperium*:[37]

> Celso (D. 43, 8, 3, 1): "*Litora, in quae populus Romanus inperium habet populi Romani esse arbitror. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aëris, iactasque in id pilas eius esse, qui iecerit; sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*"[38]

As coisas também foram classificadas no *Corpus Iuris Civilis* segundo um critério muito semelhante: a *res in commercium* e a *res extra commercium*. A primeira inclui as coisas que são objeto de atos ou negócios jurídicos, e a segunda compreende as coisas excluídas do comércio.[39]

Os romanos também distinguiram as coisas em consumíveis e não consumíveis, estabelecendo para cada uma das categorias determinadas peculiaridades que as limitavam na forma de dispor dos direitos a elas concernentes. A título de exemplo, pode-se observar algumas regras que constam do *Corpus Iuris Civilis*:

> Ulpiano (D. 13, 6, 3, 6): "*Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.*"[40]

---

[37] Ver RABEL, (nota 10), S. 49.

[38] (*Estimo que son del pueblo romano los litorales sobre los que tiene imperio el pueblo romano. El uso del mar es común a todos los hombres, como el del aire, y los pilares echados en el son del quelos hubiere echado; pero esto no se ha de permitir, si de este modo se hubiera de dificultar el uso del litoral o del mar.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 418.

[39] Ver IGLESIAS, (nota 20), p. 207 e ss.

[40] (*No pude darse en comodato lo que se consume per el uso, á no ser acaso que alguno lo reciba para pompa ú ostentación.*) Ver CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 788.

Ulpiano (D. 7, 5, 1): "*Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuisuque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari.*"[41]

Conforme Betti, esta classificação está fundada em um critério econômico-social do uso normal que se dá às coisas. Qualificava-se como consumível a coisa cujo uso importa necessariamente a destruição, isto é, aquele que segundo a sua normal destinação não são suscetíveis de um uso repetido (*res quae ipso usu tolluntur; quae in absumptione consistunt*), Não consumível qualificava-se aquela cujo destinação normal comporta um uso repetido. Entre o consumível estava compreendido o dinheiro, já que o seu uso normal consiste em perdê-lo, não o destruindo materialmente mas fazendo-o sair do patrimônio de quem faz parte e transformando-o em sentido econômico.[42]

Uma outra classificação baseada em critério muito semelhante era aquela que distinguia as coisas em fungíveis e não fungíveis. Fungíveis eram as coisas substituíveis por outras do mesmo gênero, porque eram igualmente adequadas para adimplir a mesma função econômico-social. Não-fungíveis eram as coisas com individualidade própria, de maneira que não se consideravam indiferentemente substituíveis por outras.[43]

---

[41] (*Determinó el Senado, que pueda legarse el usufructo de todas las cosas que constase que existen en el patrimonio de cualquiera; por cuyo Senado-consulto parece que se introdujo, que pueda legarse el usufructo de aquellas cosas que se consumen ó se disminuyen por el uso.*) Ver CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 518.

[42] Ver (nota 7), p. 362. Sublinha-se que esta classificação é pertinente para que se evite atribuir o conteúdo destinado as coisas consumíveis, para aquelas não consumíveis, como já exposto supra, nota 11, Terceira Parte.

[43] Ver BETTI, (nota 7), p. 361-362.

São divisíveis as coisas que se podia fracionar, mantendo cada fração seu valor ou utilidade econômico-social. Indivisíveis eram as coisas que, ao serem fracionadas, perdiam seu valor ou utilidade econômico-social. Destaca, todavia, Iglesias, a possibilidade da divisão jurídica de coisas fisicamente indivisíveis em frações ideais ou intelectuais, como, por exemplo, a co-propriedade.[44]

As coisas também eram classificadas, segundo sua constituição em simples, compostas e complexas. Qualificavam-se como simples aquelas coisas unitárias percebidas singularmente. As coisa compostas eram formadas pela união coerente de coisas simples da mesma natureza ou não. As coisas complexas eram um conjunto de coisas simples que não estavam unidas entre si por algum laço material, mas que podiam ser consideradas juridicamente como uma unidade. As implicações desta classificação eram relevantes do ponto de vista jurídico, como se pode ver, por exemplo, no comentário de Pomponio sobre a possibilidade da usucapião de coisas simples, compostas e complexas:

> Pomponio (D. 41, 3, 30): "*Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu, et graece* ηνω μενον *[unitum] vocatur, ut homo, tignum, lapis, et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod* συνημμενον *[connexum] vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti*

[44] Ver IGLESIAS, (nota 20), p. 213-214. MARCHI conclui: "Pode-se reconhecer, finalmente, com apoio nas fontes papirológicas bizantinas e orientais (...), a tendência do direito justinianeo para admitir de modo amplo e sem as restrições que se impunham em época clássica a figura da proprieade horizontal." MARCHI, E.S. *A propriedade horizontal no direito romano*. São Paulo: Edusp, 1995 (Biblioteca Edusp de Direito, 4) p. 90.

populus, legio, grex. Primum genus usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet."[45]

Existiu ainda entre os romanos a classificação das coisas como acessórias, partes e frutos. Acessórias eram as coisas que, unidas a outras para cumprir uma finalidade, assumiam um papel de apenas facilitar e não determinar por elas próprias o cumprimento de uma função, como, por exemplo, os instrumentos utilizados para a conservação de uma casa. Partes eram as coisas que contribuíam de um modo necessário e não acidental ao perfeito consumo ou funcionamento de um conjunto de coisas, considerado uma unidade maior, como uma vela em relação a um barco ou um telhado em relação a uma casa. Frutos eram os produtos que periodicamente podiam ser subtraídos das coisas sem alterar a sua essência, como o leite das vacas, a lenha dos bosques, o rendimento do dinheiro, etc.[46]

Finalmente, é preciso destacar a classificação utilizada desde os tempos mais remotos, que distinguia as coisas em *res mancipi* e *res nec mancipi*, seguindo um critério do interesse social ou interesse individual sobre as coisas.[47] Dada a sua importância no estudo da

---

[45] (*Si pregunta, si la mezcla que se hizo de algunas cosas interrumpe la anterior usucapión de cada una. Mas hai tres géneros de cuerpos: uno que está contenido por un solo espíritu, y que en grieco se llama* ηνωμενον [*unido*], *como el hombre, el madero, la piedra, y otras cosas semejantes; otro, que consta de componentes, esto es, de varias cosas unidas entre sí, que se llama* συνημμενον [*conexo*], *como un edificio, una nave, o un armario; y el tercero que consta de partes distantes, como muchos cuerpos no unidos, sino subordinados á un solo nombre, como un pueblo, una legión, o un rebaño. El primer género no admite cuestión respecto á la usucapión, el segundo y el tercero la admiten.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 343.

[46] Ver IGLESIAS, (nota 20), p. 215-216.

[47] Ver principalmente BONFANTE, P. *Scritti giuridici varii: proprietà e servitù*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918. v.2, p. 1-326 e *Corso di diritto romano: la proprietà - parte 1*. Milano : Dott. A.Giuffrè Editore, 1966. v.2

propriedade romana, esta classificação será abordada em detalhes a seguir.[48]

No período burocrático, quando a classificação das coisas em *res mancipi* e *res nec mancipi* não era mais utilizada, ela foi de certa forma substituída por outra com uma finalidade bastante próxima: coisas imóveis e coisas móveis. Esta nova classificação, estranha ao direito clássico, teve influências orientais, privilegiando um sistema de formas públicas e solenes para a alienação das coisas imóveis, que eram econômica e socialmente mais importantes.[49]

Encontra-se inclusive no *Digesta*, um texto de compilação do direito clássico, a utilização da classificação dos bens em móveis e imóveis, embora o texto, provavelmente, deva ter sido interpolado. Assim se expressa Modestino:

> Modestino (D. 3, 3, 63): "*Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles, neque servus sine speciali dominus mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt.*"[50]

(Opere complete di Pietro Bonfante, IV) p. 201-216. Importante também é a publicação comentando os 100 anos da obra de Pietro Bonfante sobre a *res mancipi*. Ver COLOGNESI, L.C. A cent'anni dalle *'res mancipi'* di Pietro Bonfante. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v.17, Milano : Giuffrè Editore, 1988, p. 111-154.

[48] Ver infra, quinto capítulo, Terceira Parte, a distinção entre as *res mancipi* e *res nec mancipi*.

[49] Ver IGLESIAS, (nota 20), p. 212.

[50] (*Ni el procurador de todos los bienes, á quien se encomendaron las cosas para administrarlas, ni el esclavo, pueden enajenar, sin especial mandato de su principal, los bienes muebles o los inmuebles, sino los frutos ú otras cosas que facilmente pueden deteriorarse.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 319.

Delinear, mesmo que brevemente, a maneira como os romanos visualizavam os direitos reais e classificavam as coisas, permite uma ampliada aferição do pensamento jurídico romano possibilitando, a partir dela, definir o contexto das várias discussões referentes às origens da propriedade no Direito romano.

Capítulo terceiro

A ORIGEM DA PROPRIEDADE NO DIREITO ROMANO

Várias são as concepções da origem da propriedade romana que podem ser representadas pelas diversas visões de seus autores e suas peculiares abordagens, elaboradas principalmente durante as discussões acadêmicas que se desenvolveram nas três últimas décadas do século passado.[51]

1. A origem da propriedade na teoria de Pietro Bonfante

Pietro Bonfante propôs uma reflexão jurídica numa tentativa de síntese dos complexos problemas relacionados à forma da

[51] No essencial, sigo a obra de Paolo Grossi para enfrentar as várias concepções da origem da propriedade romana. Ver, para maiores esclarecimentos, GROSSI, P. *Historia del derecho de propiedad: la irrupción del colectivismo en la conciencia europea*. Tradução de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. Tradução do original italiano: Un altro modo di possedere.

propriedade arcaica romana, das primitivas organizações sociais e da distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi*.[52]

Para Colognesi, o principal mérito de Bonfante consistiu em abordar de uma forma integrada os temas que romanistas tradicionais haviam abordado de maneira setorial e isolada. Todavia, as singulares soluções por ele propostas aos vários institutos foram abandonadas pela romanística moderna.[53]

A aplicabilidade da *mancipatio* tanto aos homens livres quanto aos bens subordinados ao domínio do *pater familias*, a tutela desta mesma posição potestativa por meio da forma unitária da *vindicatio* e a ampliação dos poderes paternos sobre os filhos e sobre os outros livres e a eles sujeitos expressam, segundo Bonfante, a existência de um poder único cujo chefe da família é o titular. Este poder tem um caráter essencialmente político e soberano, não derivado de alguma legitimação superior, constituindo-se no elemento unificador de uma estrutura social.[54]

---

[52] GROSSI refere que se pode ver, comparando a primeira edição do ensaio de Pietro Bonfante sobre a *res mancipi* com a segunda edição, uma reelaboração onde não só os ardores juvenis da publicação de 1888 desapareceram, mas também todo um clima cultural, assim como o entusiasmo por certas investigações antropológicas e comparativistas. Ver (nota 51), p. 26 e 47. Confrontar, também, com a análise mais sintética exposta por COLOGNESI, L.C. Proprietà: proprietà in generali (diritto romano). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1988. v.XXXVII, p.162 e ss.

[53] Ver COLOGNESI, (nota 52), p. 163. O autor, em outra obra, descreveu que o mestre recorda um 'gigante isolado', um monumento particularmente alto que não apresenta-se destinado a repetir-se, mais de meio século de sua morte (ocorrida no ano de 1932); não parece ter encontrado continuadores, malgrado o número e a qualidade de seus alunos, para o seu projeto de progresso de sua inteira disciplina científica. Ver COLOGNESI, L.C. A cent'anni dalle 'res mancipi' di Pietro Bonfante. In: *Quaderni Fiorentini*, p. 153.

[54] Ver COLOGNESI, (nota 52), p. 163. Conclui em outra obra COLOGNESI que Pietro Bonfante se aproxima mais da idéia exposta no início de 1900 pela teoria de Eduard Meyer, acerca da forma originária da sociedade antiga e radicalmente

Segundo Colognesi a tese de fundo do livro de Bonfante é a seguinte:

> *"Anzitutto la tesi di fondo del libro, che sempre piú chiaramente ispirerà la succesiva opera del grande romanista. Mi referisco all'idea del carattere 'politico' delle strutture familiari e gentilizie, como forme statali anteriori alla affermazione della polis. Sarebbe stato il carattere politico del potere del pater - termine quest'ultimo che in origine avrebbe del connotato non già un rapporto di parentela, ma una forma di signoria - a spiegare la natura originaria del potere sulle res mancipi, concepite como beni di interesse del grupo e sottrate al godimento individuale."*[55]

Bonfante ao tratar da propriedade familiar verifica que esta não é ainda a propriedade individual, porque o chefe da casa dela não dispõe absolutamente e as famílias primitivas são grupos amplos, que comportam todo um vasto parentesco, e se propagam por muitas gerações. A representação do chefe da casa vem a ser concebida apenas depois de uma longa evolução como um direito, e emancipa-se de todos os limites e vínculos da fase precedente da coletividade.[56]

---

em antítese com a antiga hipótese patriarcal. Ver COLOGNESI, (nota 53), p. 129.

[55] (Antes de mais nada a tese de fundo do livro, que sempre mais claramente inspirará a sucessiva obra do grande romanista. Refiro-me à idéia do caráter 'político' da estrutura familiar e gentilícia, como forma estatal anterior à afirmação da *polis*. Teria sido o caráter político do poder do *pater* - limite este último que na origem teria conotação não de uma relação de parentesco, mas uma forma de senhoria - a desdobrar a natureza originária do poder sobre *res mancipi*, concebida como bem de interesse do grupo e subtraído ao gozo individual.) Ver (nota 53), p. 128.

[56] Ver BONFANTE, P. *Scritti giuridici varii: proprietà e servitù*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918. v.2, p. 4.

De acordo com Bonfante:

"*Gli studiosi moderni, dietro l'influenza dei concetti del diritto comparato, ritengono che la proprietà romana fosse collettiva e precisamente incentrada in quel gruppo che ci si dimostra così vivace nelle origini di Roma e che certamente ha preceduto l'esistenza della civitas, cioè la gens. Ma i dati che dovrebbero dimostrare l'origine della proprietà romana dalla collettività sono nelle fonti romane di un caracttere assai dubbio ed equivoco.*"[57]

Bonfante reconhece em textos poéticos romanos a idéia da origem coletivista da propriedade romana que ele indica baseada em textos de Virgílio, Ovídio e Vegovia, onde se descreve um momento da vida romana onde inexiste a divisão da terra.[58] Entretanto, conclui Bonfante que não se deve atribuir um excessivo peso a estas poéticas alusões, por serem um testemunho muito débil.[59]

---

57 - (Os estudiosos modernos, sob a influência dos conceitos do direito comparado, julgavam que a propriedade romana fosse coletiva e precisamente centralizada naquele grupo que se demonstra assim vivaz nas origens de Roma e que certamente tinha precedido a existência da *civitas*, qual sejam as *gens*. Mas os dados que deveriam demonstrar a origem da propriedade romana da coletividade são nas fontes romanas de uma caraterística assaz dúbia e equívoca.) Ver (nota 56), p. 6.

58 - Investigando textos de poetas romanos que recordam as tradições mais antigas, Bonfante encontrou evidências muito claras do original uso comum da terra, citando Virgilio: "*Ne signare quidem aut partiri limite campum / Fas erat.*" (Na verdade não repartir nem demarcar o limite do campo / Era o direito divino.), e também Ovídio: "*Communemque prius ceu lumina solis et auras / Cautus humum longo signavit limite mensor.*" (Antes comum como a luz do sol e o ar / depois o agrimensor prudente demarcou os limites da terra.) Ver (nota 56), p. 7.

59 - Ver (nota 56), p. 8.

Ao tratar da origem da propriedade coletiva, Bonfante prefere referir-se à propriedade familiar:

"*Altro argomento diretto da cui si volte desumere l'originaria proprietà colletiva, o, per meglio dire, familiare, è la pretesa inalienabilità dell'antica proprietà immobiliare. In realità questo argomento stesso è ben lunhi dall'essere dimostrato. I testi romani provano che nell'antica età era considerato come un'onta vendere i beni aviti, e chi avesse dilapidato la sua sostanza poteva esser soggetto alla nota censoria. Ora in una società agricola nemmeno ai nostri gioni è cosa priva di ignominia spogliarsi delle terre, e tanto meno doveva essere quando al possesso della terra, oltre alla consisderazione sociale, andava congiunta anche la posizione elettorale, come era nell'ordinamento primitivo dei comizi centuriati e tributi.*"[60]

Por outro lado, a seguir conclui no mesmo texto Bonfante:

"*Com'è chiaro, questi svariati indizî, oltre as essere dubbî o evanescenti, non sono univoci e tenderebbero ora a trasportarci in*

---

[60] (Outro argumento direto do qual se quer deduzir a originária propriedade coletiva, ou, para melhor dizer, familiar, é a pretensa inalienabilidade da antiga propriedade imobiliária. Em realidade este argumento mesmo está bem longe de ser demonstrado. Os textos romanos provam só que na antiga idade era considerado como uma desonra (infâmia, vergonha) vender os bens ancestrais, e quem tivesse dilapidado a sua substância poderia ser sujeito a nota censória. Ora numa sociedade agrícola nem em nossos dias também é coisa desprovida de vergonha despir-se da terra, e tanto menos deveria ser quando a posse da terra, além da consideração social, andava junta também a posição eleitoral, como era nos ordenamentos primitivos dos comícios centuriais e tributos.) Ver (nota 56), p. 12-13.

un regime di vera colletività delle terre, ora più modestamente a dimostrare la proprietà familiare."[61]

Neste período a estrutura social de Roma está assentada na figura do *pater familias*, uma posição ocupada por indivíduos reconhecidos como cidadãos detentores de capacidades e responsabilidades plenas perante os membros de sua família e a sociedade.

O domínio do *pater* sobre seu território em primeiro lugar, sobre os homens e sobre as coisas necessárias à vida da família, expressa a sua força soberana e a sua própria autonomia. Expressa também, por outro lado, na distinção dos poderes sobre *res mancipi* e *res nec mancipi*, uma precisa conotação do valor social destes distintos bens, principalmente o caráter coletivo dos primeiros e individual dos segundos.[62] Este fato justifica o porquê das diferentes formas de circulação destes bens, conforme sua classificação como *res mancipi* e *res nec mancipi*.

Bonfante propunha um caminho novo, o da coexistência da propriedade coletiva e individual, sem dizer qual das duas formas foi a precedente. Desse modo ele se aproximava indubitavelmente ao delineamento da máxima do coletivismo. Ele tendia a ver a presença das formas comunitárias, nos inícios da sociedade humana, como extremamente tênue, simples embrião de um sucessivo desenvolvimento.[63] Esta abordagem não se aplica ao período clássico onde ocorreu a completa afirmação do Estado-cidadão e a quase exclusiva

---

[61] (Como é claro, estes variados indícios, além de ser dúbios ou esvanecidos, não são unívocos e tendem ora a demonstrar-se em um regime de verdadeira coletividade da terra, ora mais modestamente a demonstrar a propriedade familiar.) Ver (nota 56), p. 14.

[62] Neste sentido, ver COLOGNESI, (nota 52), p. 163.

[63] Ver COLOGNESI, (nota 52), p. 163.

identificação da estrutura familiar com a *familia próprio iure*, que consiste essencialmente em um sistema nuclear e atomizado.

Bonfante, na introdução da obra *Scritti giuridici varii*, enfrenta a existência da propriedade individual e coletiva:

> "*In primo luogo che la signoria individuale sulla cosa non è l'unica forma di proprietà, ma esiste pure una forma collettiva, comunque debba essere concepita nella sua costruzione giuridica. In secondo luogo che la proprietà collettiva ha preceduto storicamente la proprietà individuale: onde tutta la storia della proprietà primitiva sarebbe storia di proprietà collettiva; da questa si sarebbe sviluppata la proprietà individuale per via di una lenta, graduale evoluzione.*"[64]

---

[64] (Em primeiro lugar que a senhoria individual sobre a coisa não é a única forma de propriedade, mas existe também uma forma coletiva, de qualquer modo deva ser concebida na sua construção jurídica. Em segundo lugar, que a propriedade coletiva tenha precedido historicamente a propriedade individual: onde toda a história da propriedade primitiva seria história de propriedade coletiva; desta seria desenvolvida a propriedade individual por via de uma lenta, gradual evolução.) Ver (nota 56), p. 3. Mesmo frente a esta citação literal os autores alemães JÖRS e KUNKEL, ao estudar a teoria de Bonfante, afirmam que a *res mancipi* foi identificada por Bonfante como propriedade das *gens*, todavia o conceito de *gens* por ele formulado comporta um círculo de pessoas submetidas a um poder senhoril muito vigoroso, e, por isso, a teoria não significa o aceite da propriedade coletiva, mas o inverso. Ver, nesse sentido, (nota 11), p. 174. KUNKEL recorda a difundida teoria de Bonfante, que vê nas *gentes* uma forma de organização política anterior ao estado e a cidade-estado Roma teria surgido de uma federação de *gentes*. De fato, o *pater familias* era um indivíduo que exercia o direito sobre os bens no interesse coletivo. As diferentes interpretações decorrem do fato de conferir maior relevância a quem é o titular do exercício do direito ou seu beneficiário. Ver KUNKEL, W. *Historia del derecho romano*. Tradução da quarta edição alemã de Joan Miquel. 9.ed. Barcelona : Editorial Ariel, 1994. Tradução do original alemão: Römische Rechtsgeschichte: eine Einführung, p. 14.

Bonfante tentou trilhar um caminho autônomo com maior riqueza de pontos de referência para o debate cultural europeu que vivenciou quando escreveu seu livro em 1888-89, *Res mancipi* e *res nec mancipi*[65] concernente à propriedade.

De acordo com Colognesi:

> *"Egli associa così alle forme più ampie di organizzazione sociale il tipo più netto di proprietà colletiva, sfumando poi il passagio dalle forme collettive a quelle individuali all'interno del gruppo politico minore; la famiglia agnatizia. In essa coesistono, insieme alle due categorie di res - le mancipi e le res mancipi - due forme di appropriazione dominata l'una dal preminente interesse collettivo, l'altra invece di natura essenzialmente individuale."*[66]

Bonfante elaborou um instrumento de pesquisa dos fenômenos jurídicos e de sua evolução ancorado, fundamentalmente, no método comparativo, onde ele cria uma grade interpretativa formada da combinação de duas noções de 'estrutura' e de 'função'.

---

[65] Posteriormente Bonfante republica sob o nome de *Scritti giuridicci varii: proprietà e servitù*, sob o título *'Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana'*, conforme referido em *Corso di diritto romano: la proprietà - parte 1*, p. 201. Sublinhe-se também que o conteúdo da primeira publicação e das posteriores não coincide, conforme mencionado, supra, nota 52, Terceira Parte.

[66] (Ele associa assim às formas mais amplas de organização social o tipo mais nítido de propriedade coletiva, atenuando assim a passagem das formas coletivas àquelas individuais no interior do grupo político menor: a família agnatícia. Nessa coexistem, junto às duas categorias de *res* - a *mancipi* e a *nec mancipi* - duas formas de apropriação dominada uma pelo premente interesse coletivo, outra ao contrário pela natureza essencialmente individual.) Ver (nota 53), p. 130.

Colognesi escreveu em comemoração ao centenário da obra *Res mancipi* e *res nec mancipi*, de Pietro Bonfante, o seguinte:

> "*In una rappresentazione 'organica' dei fenomeni giuridici secondo tale autore, ogni istituto giuridico, ogni 'struttura' corrisponde dunque a una funzione. Il rapporto fra questa e quella, tuttavia varia nel tempo talché, ad una struttura nel suo insieme poco modificata rispetto ad una fase precedente, potrebbe corrispondere - e in genere è ciò che precisamente avviene - una nuova funzione.*"[67]

Na visão de Bonfante, em resumo, a propriedade primitiva é a propriedade gentilícia.

2. A origem da propriedade na obra de Henry Maine

Henry Maine dedicou toda a sua vida científica a se opor aos abusos e cômodos refúgios jusnaturalistas. O autor luta a favor de uma historicidade das situações, onde tudo pode ser empiricamente provisório ou plasticamente relativo, mas onde estão o sujeito e a comunidade comprometidos com a divisão de sua própria liberdade no tempo e no espaço.[68]

Grossi salienta que o debate inicia com Maine, não pelo fato do jurista inglês ter sido cronologicamente o primeiro a falar, no século XIX, do problema histórico das formas de propriedade e sobretudo

---

[67] (Em uma representação 'orgânica' dos fenômenos jurídicos, segundo tal autor, cada instituto jurídico, cada 'estrutura' corresponde, portanto, a uma função. A relação entre esta e aquela, todavia varia no tempo tal que, a uma estrutura no seu conjunto pouco modificada com respeito a uma fase precedente, poderia corresponder - e em geral é isso que precisamente ocorre - uma nova função.) Ver (nota 53), p. 138.

[68] Ver GROSSI, (nota 51), p. 35 e ss, e p. 61.

das formas de apropriação coletiva, mas pelo fato de ter sido o primeiro que afrontou com uma consciência nova e com uma visão polêmica a cultura oficial, introduzindo, por meio de uma relação dialética entre patrimônio consolidado de noções e renovada visão destas noções, a luz de novas aquisições metodológicas e de conteúdo. A instituição 'propriedade coletiva' é vista liberta do mítico e meta-histórico como sempre havia sido envolto na Antigüidade, na Idade Média e em fábulas jusnaturalistas da Idade Moderna, mas sim como um tecido concreto, ou seja, histórico e social enriquecido por informes de viagens e investigações de economia agrária por parte de escolas alemãs.[69]

Conhecedor do Direito romano, Henry Maine valoriza-o como um grande testemunho, digno de admiração, mas entre muitos outros, e por esta razão golpeia o monopólio da cultura romanista.[70] O evolucionismo 'realista' de Maine não significa sua contrariedade à propriedade individual[71] ou à sociedade burguesa, que foi endossada pela proteção jusnaturalista, mas o irritam as pseudo-verdades apresentadas dogmaticamente como verdades. Entre elas, a que aqui mais interessa: a da teoria das origens e do desenvolvimento da propriedade individual.[72]

A observação que abarca a essência do pensamento de Maine merece ser demonstrada em suas próprias palavras:

> "*From what has been said in the earlier portions of this treatise, it will be gathered that there is a strong a priori improbability of our obtaining any clue to the early history of property, if we confine our notice to the proprietary rights of individuals. It is more than likely*

[69] Ver (nota 51), p. 35 e ss, e p. 61.
[70] Ver GROSSI, (nota 51), p. 62-63.
[71] Ver GROSSI, (nota 51), p. 86.
[72] Ver GROSSI, (nota 51), p. 70.

that joint-ownership, and not separate ownership, is the really archaic institution, and that the forms of property which will afford us instruction will be those which are associated with the rights of families and of groups of kindred. The Roman jurisprudence will not here assist in enlightening us, for is exactly the Roman jurisprudence which, transformed by the theory of Natural Law, has bequeathed to the moderns the impression that individual ownership is the normal state of proprietary right, and that ownership in common by groups of men is only the exception to a general rule."[73]

Henry Maine enfrentou depois de dois mil anos a teoria da propriedade sob o plano da doutrina e iniciou o processo de implosão do edifício da propriedade individual como instituição de direito natural, e isto se faz não como adversário da propriedade individual, mas como revelador do caráter anticientífico da teoria que pretende justificá-la.[74]

---

[73] (Do que se disse nas primeiras partes deste tratado, será acrescido que existe uma forte improbabilidade *a priori* de nós obtermos alguma pista sobre a primitiva história da propriedade, se limitarmos nossas observações aos direitos de propriedade de indivíduos. É mais provável que a propriedade conjunta, e não a propriedade separada, seja a instituição realmente arcaica, e que as formas de propriedade que nos darão esclarecimentos serão aquelas que estão associadas com os direitos de famílias e de grupos aparentados. A jurisprudência romana não ajudará aqui a nos iluminar, pois é precisamente a jurisprudência romana que, transformada pela teoria do Direito Natural, tem legado aos juristas modernos a impressão de que a apropriação individual é o estado normal do direito de propriedade, e de que a apropriação em comum por grupos de homens é apenas a exceção à regra geral.) MAINE, H.S. *Ancient law*. London: J.M.Dent & Sons Ltd, 1954, p. 152-153.

[74] Friedrich Engels, cita Maine e aponta que a descoberta do autor inglês já constava no Manifesto Comunista, e nesta sua breve referência deixa evidente a distância do pensamento que existe entre eles. Ver ENGELS, F. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 2. ed. Tradução de José Silveira Paes. São Paulo:

Ao romper o monopólio cultural romanista e ao defender outras culturas concorrentes em igualdade de condições para formar o patrimônio do historiador do direito, a história já não é a história 'da propriedade' mas 'das propriedades'. Isto constitui uma sólida base de grande valor do ponto de vista metodológico.[75]

Maine deduz que se o mundo primitivo é hostil a qualquer atitude individualista. Para o autor, não parece correto o princípio de que tudo deve ter um proprietário, pois isso é incoerente com a incerteza e pouca freqüência com que a propriedade individual é observada nos primórdios da civilização.[76]

J. H. Morgan, na introdução do livro '*Ancient Law*', descreveu que os comentadores da obra de Maine reconheceram que ele criou a historia natural do direito, como Charles Darwin o fez no estudo da origem das espécies.[77]

Os estudos de Henry Maine foram inovadores, 'uma janela sobre o mundo inteiro' e, juntamente com Laveleye, abriram trechos da entnologia e sociologia em direção à civilização asiática, africana e americana. Maine considerou a 'propriedade coletiva' uma garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, tinha uma função essencialmente alimentar.[78]

Global Editora, 1985. (Coleção Bases, 45) p. 119. Ver também GROSSI, (nota 51), p. 72-74.

[75] Ver GROSSI, (nota 51), p. 75.

[76] Ver (nota 73), p. 151.

[77] Ver MAINE, (nota 73), p. 1.

[78] Ver GROSSI, P. Proprietà - (diritto intermedio) In: *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè Editore, 1988. v.XXXVII, p. 226-227. Ver, principalmente o capítulo VIII, *(The early history of property)*, da obra de MAINE, (nota 73), p. 145-178. Sublinhe-se, ainda, a advertência feita por COLOGNESI, ou seja, a de que Maine tem mais cautela ao repropor as origens próprias da humanidade. Ver (nota 52), p. 165.

3. A origem de propriedade na obra de Émile de Laveleye

O professor belga Émile de Laveleye figura entre um dos abertos seguidores de Henry Maine, mas em razão do discurso metodológico maineano apresentar-se em um nível unicamente teórico, Laveleye busca o terreno operativo. A investigação de Laveleye sustenta-se por um bem preciso ideal ético e por uma possibilidade de adesão política imediata.[79]

Laveleye desmente uma projeção de uma propriedade moderna possuir seu nascedouro no Direito romano, e justifica, fundado na premissa de Maine, ao concordar que a propriedade individual como a da sociedade do século XIX, em seus conteúdos de absoluto, perpétuo, independente e exclusivo, não se vincula funcionalmente com o estado natural nem nasce direitamente dele. Ao contrário, é um sentimento histórico e o fruto maduro de uma sociedade individualista e, portanto, um fruto bastante recente na história da civilização humana.[80]

A premissa central da obra de Émile de Laveleye, consiste:

> "*... la propiedad tal como nos la ha legado el duro genio de los romanos, no es bastante flexible, bastante humana ... Generalmente, cuando se habla de la propiedad parece que sólo puede existir en uma forma única; la vemos en vigor por todas partes a nuestro alrededor. Y éste es un profundo y enojoso error, que impede elevarse a una concepción más alta del derecho. El dominium exclusivo, personal y hereditario, aplicado a la tierra es un hecho relativamente muy reciente, y durante mucho tiempo los hombres sólo conocieron y practicaron la posesión colectiva.*"[81]

---

[79] Ver GROSSI, (nota 51), p. 89.

[80] Ver GROSSI, (nota 51), p. 94.

[81] Conforme Laveleye, citado por GROSSI. Ver (nota 51), p. 100.

Para Laveleye a propriedade privada surgiu da propriedade comum.[82]

4. A origem da propriedade na obra de Fustel de Coulanges

Numa Denis Fustel de Coulanges foi o grande impugnador de Laveleye e dos 'coletivistas'. Não possuía formação jurídica nem econômica, e sua sólida formação assentava-se na base de seu trabalho de historiador. E, como tal, afirmou:

> "*Seria preferible que la historia...siguiera siendo una ciencia pura y absolutamente desinteresada. Quisiéramos verla planear por esa región serena en la que no hay pasiones, ni rencores, ni deseos de venganza. Le pedimos ese encanto de imparcialidad perfecta que es la castidad de la historia.*"[83]

Coulanges propõe-se discorrer por uma linha metodológica que visa à separação do passado e do presente, convertendo-os em dimensões incomunicáveis, sem uma vinculação funcional que as una.[84]

Coulanges, no trabalho lido na Academia em 1886, elaborado para contrapor-se ao ensaio de Laveleye, sustentou que não compreendia o interesse que podiam ter os partidários do regime coletivo em sustentar que este regime foi a lei primitiva e universal da humanidade. Perguntou ele que interesse teria o historiador neste assunto e afirmou ser a história a ciência do passado, não ensinando ao presente nem ao futuro. Afirmou ainda que história é uma

---

[82] Ver GROSSI, (nota 51), p. 104.
[83] Ver GROSSI, (nota 51), p. 132.
[84] Ver GROSSI, (nota 51), p. 132.

ciência que tem uma dimensão desinteressada e não útil. Coulanges lançou a pergunta para os coletivistas por que razão colocar a história a serviço de doutrinas modernas. Sublinhou ele que a coletividade da terra no passado, no presente e no futuro eram temas independentes e deviam ser tratados em separado.[85]

A defesa de Coulanges sobre a 'castidade' da história e sua 'não-utilidade' são desmascaradas quando se verifica as suas investigações sobre a propriedade na obra '*La cité antique*', de 1864.[86] Nela o autor demonstra, ao contrário dos 'fantasiosos coletivistas', que no completo estudo que fez ao ler 'todos' os documentos e analisar 'todos' os textos, utilizando-se de 'todos' os recursos filológicos, 'todos' falam de propriedade individual (ou familiar). Fustel na ânsia de liberar-se da propriedade coletiva e negá-la, fez uma grosseira redução em que todo caso a propriedade passa a ser familiar.[87]

A obra de Coulanges caracteriza-se por soluções unívocas, não permitindo espaços para matizes ou zonas de sombra, sempre com uma linguagem única e propondo uma realidade monocórdica.[88]

---

[85] Ver GROSSI, (nota 51), p. 133.

[86] Ver COULANGES, N.D.F. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma.* Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo : Hemus Editora, 1975. Tradução do original francês: La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grece e de Rome.

[87] GROSSI diz que, no pensamento de Colanges, propriedade coletiva significa a apropriação não de um grupo particular senão de todos, argumentação que qualifica de totalitária, lembrando que o seu uso como adjetivo é constantemente intimidatório. Ver (nota 51), p. 136.

[88] Ver GROSSI, (nota 51), p. 134. Gustave Glotz observa que não se pode concordar com todas as conclusões da obra *A cidade antiga* como a imperturbável lógica, que "*fica girando em torno do mesmo tema e coloca a família no centro de uma série de círculos concêntricos*", *não sendo assim que as sociedades humanas evoluem, pois "não são figuras geométricas, mas seres vivos*"; "*a verdade é sempre complexa, quando se trata de homens ...que sofrem, lutam e obedecem a necessidades diversas*". GLOTZ, G. *A cidade grega.* 2.ed. Tradução de Henrique de Araújo

Coulanges foi criticado por usar material completamente não-historizado e de ser autor mais de exercícios nominalistas que de investigações autenticamente históricas. A inteligência de Fustel encontra-se mais relacionada à hermenêutica conferida aos documentos que interpreta do que à observação da realidade social.

Para Coulanges, o nexo que circunscreve a propriedade está sempre relacionado à dimensão religiosa. A religião doméstica é a que ensina ao homem a converter-se em dono da terra e a assegurar o poder da mesma, que tem tutelado de maneira plena esta situação fazendo dela um direito extraordinariamente forte. Refere Coulanges:

> "*Religión y propiedad nacieron juntas en el alma y han formado con la familia un conjunto indivisible e indistinto.*"[89]

De acordo com Glotz percebe-se que o grande erro de Coulanges, em conformidade com a teoria predominante na escola liberal do século XIX, foi o de estabelecer uma antinomia absoluta entre a onipotência da cidade e a liberdade individual, "*quando, ao inverso, o progresso do poder público e do individualismo se fez com base num mútuo apoio e em passo uniforme.*" Para Glotz, não se assistiu a duas forças em disputa, a família e a cidade, mas a três, quais sejam: a família, a cidade e o indivíduo, cabendo a cada uma delas seu momento de preponderância.[90]

Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro : Editora Bertrand Brasil, 1988, p. 3 e 4.

[89] Ver GROSSI, (nota 51), p. 139.

[90] Ver (nota 88), p. 4.

Capítulo quarto

O CONTEÚDO RELATIVO À PROPRIEDADE NA LEI DAS XII TÁBUAS

No emaranhado de lendas e poesias que envolvem a Lei das XII Tábuas, ela apresenta-se como um núcleo histórico que permite conhecer melhor o Direito romano arcaico.

Jacobo Gothofredo, no século XVII, foi o mais importante referencial na busca de uma reconstrução da Lei das XII Tábuas. Seu trabalho, desde então, tem sido submetido a sucessivas revisões a partir de descobertas de novos textos pela papirologia, assim como de contributos dos estudiosos do assunto. Neste trabalho utilizou-se o texto de Bruns[91], que foi comparado com a edição do *Corpus Iuris Civilis* organizado por D. Ildefonso Garcia del Corral.[92]

---

[91] Ver BRUNS, C.G. *Fontes iuris romani antiqui: leges et negotia*. 7.ed. Tubingae: In Libraria I.C.B. (P.Siebeck), 1909. Post curas Theodori Mommseni editionibus quintae et sextae adhibitas. Septimium edidit Otto Gradenwitz. 435p.

[92] Ver CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngüe latim/espanhol, 6.t.

No Direito romano arcaico, retratado no conteúdo da Lei das XII Tábuas, o exercício da propriedade não podia prejudicar vizinhos, terceiros ou a sociedade. Limitações e restrições foram impostas de diversas maneiras, das quais algumas são destacadas a seguir.

Na tábua quinta, que trata de normas sobre a herança e a tutela, observa-se a preocupação do legislador decenviral em proteger o cidadão menos capaz, como se pode observar no comentário de Gaio sobre a proibição do usucapião de coisas *mancipi* pertencentes a uma mulher tutelada pelos seus agnados:

> Gaio (2, 47): "*Mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipii usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore [auctore] traditae essent: id[que] ita lege XII tab. [cautum erat].*"[93]

Em sentido muito próximo Ulpiano comenta a respeito da proibição ao pródigo a administração de seus bens:

> Ulpiano (D. 27, 10, 1): "*Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie Praectores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi; et tandiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores*

---

[93] (Também outrora não se usucapiam as coisas *mancipi* da mulher sob tutela dos agnatos, exceto quando a própria mulher delas fizesse tradição, assistida do tutor; assim dispôs a lei das XII Tábuas.) Ver BRUNS, C.G. (nota 91), p. 23. Ver, também, GARCIA, C.R. *Manual de derecho romano.* 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 57 e ss, e CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, p. 58.

receperit; quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum."[94]

No que diz respeito à forma de aquisição da propriedade por usucapião, a sexta tábua estabelecia o prazo de dois anos na posse de terras e de um ano para as demais coisas, como comentado por Cicero:

Cicero *top.* 4,23: "*Usus auctoritas fundi biennium est, - ceterarum rerum omnium – annuus est usus.*"[95]

---

[94] (*Por la ley das Doce Tablas se le prohibe al loco la administración de sus bienes; lo que ciertamente se introdujo en un a principio por el costumbre. Pero suelen hoy los Pretores ó los Presidentes, si hubieren hallado un hombre tal, que no tiene nim tiempo, ni fin para los gastos, pero que consume sus bienes destrozándolos y disipándolos, darle un curador, á la manera que al loco; y estarán ambos bajo curatela mientras tanto el loco hubiere recobrado la salud, ó aquel las buenas costumbres; y si esto sucediere, de derecho dejan de estar bajo el poder de los curadores.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, Digesto 4ª y 5ª partes. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol, 6.t, T.2, p. 331.

[95] (A garantia do uso do fundo dura dois anos, - de quaisquer outras coisas – o uso é de um ano.) Ver BRUNS, (nota 91), p.25. Inclusive a mulher poderia ser adquirida por um homem se com ele residisse durante um ano, sem interrupção de mais de três dias, como se observa no comentário de Gaio (1, 111): "*Usu in manu conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.*" (Ficava *in manu* pelo uso a mulher que permanecesse casada sem interrupção, durante um ano; pois era usucapida, como por posse anual e passava para a família do marido, ocupando o lugar de filha. Por isso, conforme a lei das XII Tábuas dispôs, se uma mulher não quisesse ficar assim *in manu mariti,* deveria ausentar-se cada ano durante três dias, interrompendo dêste modo o *usus,* anualmente. Mas todo êste direito foi em parte abolido pelas leis, em parte

No que toca a aquisição da propriedade com o decurso do tempo Rabel posicionou-se assim:

> *"Daß durch Zeitablauf Macht zum Recht, Besitz zum Eigentum wird, kann keine Rechtsordnung entbehren, am wenigsten die römische, wo die Unsichtbarkeit der Rechtsmängel eine besonders hohe Ungewißheit ergibt, und zudem gerade die ältere Ordnung, wo wie in jedem urwüchsigen Recht auch der rechtmäßige Eigentumserwerber auf den Schutz des Vormannes (autoritas) bis zur Ersitzung angewiesen war. (...) Doch war er maßgebend für die kurze Bemessung der Fristen in den Zwölftafeln; zwei Jahre für Grundstücke, ein Jahr für andare Gegenstände der Hausgewalt genügten in dem kleinen Rom jener Zeit für Nachforschungen des wahren Berechtigten. Diesse Schnelligkeit des Ersitzungslaufs dürfte übrigens nach der Ausweitung des Reichs den praktischen Grund abgegeben haben,weshalb man die usucapio nicht auf die Nichtbürger und den Provinzialboden ausdehnte. Gegenüber dem einfachen usus der Zwölfafel is die klassische usucapio ein mannigfach eingeschänkter Rechtserwerb. Gesetzgeberische Eingriffe, die aber vielleicht doch nur alte Anschauugen formulierten, hatten u. a. die Ersitzung beweglicher Sachen durch einen auf gestohlene und unterschlagene Sachen gelegten Bann nahezu ausgeschlossen und ebenso die gewaltsam besetzten Grundstücke ausgenommen (Gai. 2, 45, 49-51).*[96]

---

obliterado pelo desuso.) CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, (nota 28), p. 46-47.

[96] (Que com o decurso do tempo o poder se transforme em direito, a posse em propriedade, nenhuma ordem jurídica pode evitar, menos ainda a romana, onde a invisibilidade das lacunas jurídicas apresenta uma incerteza muito grande, e aí precisamente o ordenamento mais antigo, onde, como em qualquer direito originário, também o adquirente legal de uma propriedade dependia da proteção da autoridade do cabeça (*auctoritas*) até o usucapião.(...) Não obstante, ele foi normativo para a curta mediação dos prazos nas Doze Tábuas; dois anos para

Ainda na sexta tábua, que trata da propriedade e da posse, existe uma prescrição muito interessante. Neste caso, uma coisa roubada, se utilizada de uma forma produtiva (como a construção de uma edificação ou sustentação de uma vinha), devia ter preservada esta utilização, resguardada apenas a indenização do proprietário que perdia o bem.[97] Assim descreveu Ulpiano:

> Ulpiano (D. 47, 3, 1): "*Lex duodecim Tabularum neque solvere permittit tignum* furtivum *aedibus vel vineis iunctum, neque vindicare; quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vincarum cultura turbetur, sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.*"[98]

áreas de terra, um ano para outros objetos de domínio doméstico bastavam na pequena Roma daquela época para as investigações sobre os verdadeiros titulares de direito. Essa celeridade do decurso do usucapião, aliás, após a expansão do Império, deve ter fornecido a razão prática, em função da qual não se estendeu a *usucapio* aos não-cidadãos e ao solo provincial. Perante o simples *usus* das Doze Tábuas, a clássica *usucapio* é uma aquisição de direito, limitada de múltiplas formas. Intervenções legislativas, que, porém, talvez apenas formulavam antigas concepções, tinham, entre outros, simplesmente excluído a usucapião de coisas móveis, por uma proscrição estabelecida sobre coisas roubadas e extraviadas excetuando também as áreas de terra ocupadas de forma violenta (Gai. 2, 45, 49-51).) Ver RABEL, (nota 10), S. 75-76.

[97] Neste período não existia o conceito jurídico ou sequer a expressão desapropriação ou expropriação. Todavia, do ponto de vista prático, o que esta regra da lei das XII Tábuas propõe é o que hoje se conhece como desapropriação, neste caso, entre privados, mas regulado na lei.

[98] (*La ley de las Doce Tablas no permite arrancar ni reivindicar el madero hurtado que fué empleado en una casa ó en viñas; lo que dispuso provisoramente la ley para que con tal pretexto no se demoliesen los edificios, ó se perturbase el cultivo de las viñas, pera da la acción del duplo contra el que fué convicto de haberlo empleado.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 675.

Comentando esta prescrição das XII Tábuas, RABEL afirmou:

> "... *aus volkswirtschaftlichen Gründen schon seit den zwölf Tafeln dem Eigentümer verboten, den verbauten Balken oder dienenden Rebpflock herauszuverlangen.(...) sobald der Balken ohnedies wieder frei ist, steht seiner Vindikation nichts im Wege (Gai. D. 41,1,7,10 usw).*"[99]

Na sétima tábua existem limitações ao direito de propriedade relacionadas com o direito de vizinhança, como se pode perceber no comentário de Ulpiano:

> Ulpiano (D. 43, 27, 1, 8): "*Quod ait praetor, et lex duodecim Tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur; et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret.*"[100]

Pomponio, também descreveu a regulamentação da interferência de uma propriedade sobre a sua vizinha:

> Pomponio (D. 43, 27, 2): "*Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege duodecim Tabularum de*

---

[99] (...por razões de economia popular já desde as doze Tábuas é vedado ao proprietário solicitar um barrote instalado ou uma estaca de videira em uso(...) mas, logo que a viga estiver novamente livre, nada impede sua vindicação (Gai. D. 41, 1, 7, 10 etc.).) Ver (nota 10), S. 54 e 70.

[100] (*Lo que dice el Pretor, quiso también que se hiciera la ley de las Doce Tablas, para que se recortasem á más altura de quince piés las rams de los árboles; y esto se hizo así, para que la sombra del árbol no prejudicase el predio vecino.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 471.

adimenda ea recte agere potes, ius ei non esse ita arborem habere."[101]

No que diz respeito ao momento da aquisição, esta só se considera realizada pelo comprador após o pagamento do preço, mesmo que a coisa vendida já tenha sido entregue.

Esta disposição contida na tábua sétima, foi também incorporada as *Institutas* de Justiniano que compõe o *Corpus Iuris Civilis*:

> *Iustiniani Institutione* (2, 1, 41): "*Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adcquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.*"[102]

O uso da propriedade era regulamentado na tábua sétima, onde se dispunha que o proprietário da terra ao construir uma passagem

---

[101] (*Si por el viento hubiera sido inclinado sobre tu fundo un árbol del fundo del vecino, con razón puedes reclamar por la ley de las Doce Tablas para que sea quitado, que él no tiene derecho á tener así el árbol.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 471.

[102] (E assim, uma vez transferidos por causa de doação, dote ou por qualquer outra causa, ficam sem dúvida transferidos. Mas as cousas vendidas e transferidas por tradição só as adquire o comprador se êste pagar o preço ao vendedor ou lhe satisfizer de outro modo, por ex., dando um fiador ou um penhor. E isto já a lei das XII Tábuas havia determinado; contudo se diz e bem, que isto se dá pelo direito das gentes, i. é, por direito natural. Mas se o vendedor confiou no comprador, devemos dizer que desde logo a coisa se torna do comprador.) Ver CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, (nota 28), p. 372-373.

pelo seu terreno em linha reta ou em curva devia respeitar as dimensões estabelecidas pela lei das XII Tábuas. Gaio, ao interpretar o edito provincial, descreveu:

> Gaio (D. 8, 3, 8): "*Viae latitudo ex lege duodecim tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est, ubi flexum est, sedecim.*"[103]

Na ocupação do terreno pelos prédios, ficou estabelecida a existência de um afastamento mínimo de dois pés e meio, entre prédios vizinhos. Varro, Festo e Maeciano assim interpretaram esta passagem da sétima tábua:

> Varro *de l. l.* 5, 22: "*XII tabularum interpretes ambitum parietis circuitum esse describunt.*"
> Festo: "*Ambitus – dicitur circuitus aedificiorum, patens – pedes duos et semissem.*"
> Maeciano (assis *distr.* 46): "*Sestertius duos asses et semissem (valet), - lex – XII tab. argumento est, in qua duo pedes et semis 'sestertius pes' vocatur.*"[104]

Na tábua oitava, que trata dos delitos, prescreveu-se que o fruto caído em terreno vizinho e consumido pelo gado no terreno do

---

[103] (*La anchura del camino tiene según la ley de las Doce Tablas ocho piés en la parte recta, y diez y seis en las vueltas, esto es, donde hay recondo.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 547.

[104] (Os intérpretes das XII Tábuas descrevem o *ambitus* como a faixa de terreno que circunda a parede. ... Chama-se *ambitus* a uma superfície aberta de dois pés e meio em torno dos edifícios. ... Um sestércio (valia) dois asses e meio. Assim se argumenta na lei das XII Tábuas, na qual chama-se de 'sestertius pes) a dois pés e meio.) Ver BRUNS, (nota 91), p. 26.

vizinho não poderia ser reclamado por nenhuma ação. Esclareceu Ulpiano:

> Ulpiano (D. 19, 5, 14, 3): "*Si glus ex arbore tua in meun fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim, nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque damni iniuriae agi posse; in factum itaque crit agendum.*"[105]

A tábua oitava também estabeleceu pena pecuniária para quem cortasse árvores em propriedade alheia, demonstrando a preocupação dos romanos, já no período arcaico, com relação à proteção da finalidade destas árvores. Segundo Plinio:

> Plinio *n.h.* 17, 1, 7: "*Cautum - est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset (succidendi vocabulo lex usa est) alienas (arbores), lueret in singulas aeris XXV.*"[106]

Nesta mesma tábua previu-se que os bens roubados não poderiam ser usucapidos, como comenta Gaio:

> Gaio (2, 45): "*Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, veluti si*

---

[105] (*Si de un árbol tuyo cayera la bellota enmi fundo, y yo la consumiera habiendo introducido ganado para que paste, escribe Aristón que no le parece que haya acción legítima, que yo pueda ejercitar, porque no puede intentarse ni la de la ley de las Doce Tablas sobre el pasto del ganado, porque no pasta en lo tuyo, ni la de pauperies, ni la de daño con injuria; y así se habrá de ejercitar la del hecho.*) Ver CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 976.

[106] (Previu-se na XII Tábuas que quem danosamente cortar árvores alheias paga vinte e cinco por cada árvore.) Ver BRUNS, (nota 91), p. 31.

quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia."[107]

Ainda na oitava tábua existiu interessante disposição limitadora da usura e, conseqüentemente, da concentração da propriedade. Ainda em conexão com isso a sociedade romana arcaica era predominantemente rural e comercialmente incipiente, e esta prescrição evidencia uma preocupação social da cultura romana que impunha limites à liberdade dos negócios. Assim escreveram Tacito e Cato:

Tacito (*ann.* 6, 16): "*XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret.*"
Cato (*de agri cult. Praef.*): "*Maiores – in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli.*"[108]

---

[107] (Mas às vezes, embora alguém possua, na maior boa fé, uma coisa alheia, não lhe aproveita entretanto o usucapião, como se possuir coisa furtada ou obtida mediante violência; pois, a lei das XII Tábuas proibe o usucapião das coisas furtadas e a lei Júlia e Plautia, o das coisas obtidas violentamente.) Ver CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, (nota 28), p. 82-85.

[108] (As XII Tábuas sancionaram que ninguém excedesse na cobrança de juros. ... Os *maiores* estabeleceram nas leis que o ladrão fosse condenado em dobro e o usurário em quádruplo.) Ver BRUNS, (nota 91), p. 33. Deve ser destacado que já em época muito antiga do Direito romano existia a preocupação com a concentração da riqueza e punia-se com maior rigor a usura que o roubo. Sendo esta época anterior ao cristianismo, não se pode atribuir tal preceito à doutrina cristã, mas a um valor intrínseco da justiça social romana.

Finalmente, na décima tábua, que tratava dos ritos funerais, a Lei das XII Tábuas impunha limites à propriedade ao proibir enterrar cadáveres humanos na *urbe*:

"*Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito.*"[109]

Nesta mesma tábua proíbe-se incinerar os cadáveres ou construir uma tumba próximo aos edifícios sem a concordância de seus donos, assim como usucapir estes locais sagrados.

Esta mesma tábua limitou o excesso de gastos nos funerais, conforme comentou Cicero:

> Cicero *de leg* 2,24,61: " *Rogum bustumve novum vetat proprius LX pedes adigi aedes alienas invito domino. ... Forum – bustumve usucapi vetat.*"
> Cicero 1. c.: "*Haec praeterea sunt in legibus -: 'servilis unctura tollitur omnisque circumpotatio'. – 'Ne sumptuosa respersio, ne longae coronae, ne acerrae'.* "[110]

Expressamente a lei das XII Tábuas proibia que se enterrassem cadáveres com adornos de ouro:

> "*... neve aurum addito. At cui auro dentes iuncti escunt. Ast im cum illo sepeliet uretve, se fraude esto.*"[111]

---

[109] (Nenhum cadáver humanao deve ser enterrado ou incinerado dentro da cidade.)Ver BRUNS, (nota 91), p. 35.

[110] (Proíbe-se instalar um novo lugar de incineração ou uma nova tumba a menos de sessenta pés de uma casa alheia contra a vontade de seu dono. ... Proíbe-se usucapir o vestíbulo de um sepulcro. ... Existe ainda nas leis os seguintes preceitos: 'suprima-se a unção pelos escravos e aglomerações para oferendas' – 'nem aspersões suntuosas, nem grandes coroas, nem incensários'.) Ver BRUNS, (nota 91), p. 36-37.

[111] (... e não se adicione ouro. Mas aquele cujos dentes estão unidos com ouro, ainda que seja enterrado ou incinerado com ele, não será fraude.) Ver BRUNS, (nota 91), p. 37.

Verifica-se, portanto, que já na lei das XII Tábuas, o referencial mais distante do Direito romano, havia uma preocupação em minimizar o litígio no uso da propriedade e preservar o melhor uso das riquezas coibindo sua destruição ou desperdício.

Em especial sublinhe-se este *prius*, que vai estar presente nos diversos períodos da cultura romana e do seu Direito. Embora potencialmente ilimitada e absoluta, a propriedade romana sempre esteve submetida a este *prius*.[112]

Feita esta consideração indispensável a uma boa visualização das origens da maneira como os romanos administravam os bens na lei das XII Tábuas, cabe enfrentar as discussões que marcaram o período arcaico.

---

[112] Neste sentido é interessante reproduzir BRASIELLO: "*La esplicazione della signoria consiste per altro nello esercizio di una serie di facoltà, già accennate, che sono alquanto indeterminate nel numero, ed in genere, almeno potenzialmente, illimitate nell'esercizio. Bene la proprietà fu comparata alla sovranità (con la quale potette, in origine formare un tutt'uno), que anch'essa consta di molti elementi, ha un contenuto ricco è vario senza del quale non esisterebbe e che non puó determinarsi bene, e che anch'essa puó ridursi e comprimersi pur conservando in potenza tutta la sua possibilità di espansione. Vi è, nell'una e nell'altra, un prius, che tutto collega e da cui tutte le attribuzioni dipendono.*" (O exercício do domínio consiste por outro no exercício de uma série de faculdades, já acenadas, que são um pouco indeterminadas no número, e em gênero, pelo menos potencialmente, ilimitadas no exercício. Bem a propriedade foi comparada à soberania (com a qual pode-se, em origem formar um todo único), pois também essa consta de muitos elementos, tem um conteúdo rico e variado sem o qual não existiria e que não pode determinar-se bem, e que também essa pode reduzir-se e comprimir-se mesmo que conservando em potência toda a sua possibilidade de expansão. Há, em uma e na outra, um *prius*, que tudo liga e do qual todas as atribuições dependem.) Ver BRASIELLO, U. Proprietà (diritto romano). In: *Novissimo digesto italiano*. 3.ed. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, v. XIV, p. 112.

Capítulo quinto
A PROPRIEDADE NO PERÍODO ARCAICO

No Direito romano arcaico, as idéias mais marcantes, que dizem respeito ao que se entende atualmente como propriedade, estavam estreitamente ligadas aos termos *res mancipi* e *res nec mancipi*. A compreensão destes termos, por sua vez, está vinculada à compreensão do papel econômico e político da família romana e do *pater familias*,[113] o que é objeto de diversas interpretações por diferentes autores. A partir da compreensão do significado destes termos para os romanos, pode-se estudar a propriedade arcaica no Direito romano.

---

[113] *Pater famílias*, era o termo utilizado pelos romanos para identificar o chefe do grupo familiar, sobre o qual recaia o poder sobre todos os bens e pessoas da família mas também a responsabilidade pela sua sobrevivência. As transformações do Direito romano podem ser em muito explicadas com a evolução dos poderes do *pater familias*. Ver, infra, para mais detalhes, o item 5.3, do quinto capítulo, Terceira Parte.

Para Colognesi:

"In verità il nucleo centrale di tale ipotesi ha radici storiche molto lontane: sin dal XVI secolo infatti i giuristi culti avevano immaginato che la più antica designazione della proprietà, in Roma, non fosse dominium ma mancipium, facendo derivare da ciò significative conseguenze in ordine ai modi di acquisto della proprietà e alla loro storia. (...) La storia della terminologia relativa alla proprietà dunque finiva sempre più nettamente con l'identificarsi con a storia stessa dell'istituto giuridico, con conseguenze assai rilevanti sia ai fini delle teorie ad essa relative, sia ai fini della datazione della stessa emersione, nell'esperienza giuridica romana, della classica nozione del dominium ex iure Quiritium. Mancipium, manus e, più di recente, potestas divenivano quindi i sinonimi arcaici del dominium esprimendo però un contenuto almeno in parte differente. Va tuttavia notato che, così impostata, l'ipotesi di questa arcaica manus del pater di per sé non poteva gettare luce sulla questione rappresentata dalla distinzione delle res in mancipi e nec mancipi, che già ai Romani appariva peculiare alla loro storia e su cui i giurista successivi, a partire dal tardo Medioevo, si erano a lungo e abbastanza infruttuosamente affaticati."[114]

---

[114] (Em verdade, o núcleo central de tais hipóteses tem raízes históricas muito distantes: desde do século XVI de fato os juristas cultos tinham imaginado que a mais antiga designação da propriedade, em Roma, não fosse *dominium* mas *mancipium*, fazendo derivar disto significativas conseqüências em referência aos modos de aquisição da propriedade e da sua história. (...) A história da terminologia relativa à propriedade, portanto, terminava sempre mais claramente por identificar-se com a história mesma do instituto jurídico, com conseqüência assaz relevante seja aos fins da teoria a ela relativa, seja aos fins da datação do próprio surgimento, na experiência jurídica romana, da clássica noção de *dominium ex iure Quiritium*. *Mancipium*, *manus* e, mais recentemente, *potestas* tornaram-se então os sinônimos arcaicos de *dominium* expressando

1. A distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi*

Como já foi mencionado anteriormente, os romanos não elaboraram um conceito abstrato de propriedade.[115] Todavia, observa-se que as expressões por eles utilizadas para expressar o sistema de utilização dos bens inicialmente recaia nas palavras latinas *res mancipi* e *res nec mancipi*. Esta classificação surgiu na Roma arcaica e estes termos foram utilizados durante um período de tempo considerável, e só ao final do Império perderam importância, sendo mitigada a inicial forte distinção do regime jurídico que a cada um deles comportava.

A classificação de res *mancipi* e *nec mancipi* foi assim comentada por Gaio e Ulpiano:

> Gaio (1, 120): "*Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur; animalia quoque quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini: item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, oedem modo solent mancipari.*"[116]
>
> Gaio (2, 14a-17): "*Est etiam alia rerum divisio: nam aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi sunt veluti fundus in Italico solo,*

---

porém um conteúdo pelo menos em parte diferente. Nota-se todavia que, assim colocada, a hipótese de que esta arcaica *manus* do *pater* por si só não podia lançar luz sobre a questão da distinção das *res* em *mancipi* e *nec mancipi*, que já aos romanos parecia peculiar à sua história e sobre a qual os juristas sucessivos, a partir da Idade Média tardia, dedicaram-se por longo tempo infrutivamente.) Ver (nota 52), p. 162.

[115] Ver, supra, o primeiro capítulo, Terceira Parte.

[116] (Mancipam-se dêste modo pessôas escravas e livres; também os animais, que são cousas *mancipi*, como os bois, os cavalos, os mus, os asnos; ainda, os prédios, tanto urbanos quanto rústicos, que também são cousas *mancipi*, por exemplo os fundos itálicos, costumam mancipar-se pela mesma forma.) Ver CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, (nota 28), p. 50-51.

item aedes in Italico solo, item servi et ea animalia quae collo dorsove domari solent, veluti boves, equi, muli, asini; item servitutes praediorum rusticorum. Nam servitutes praediorum urbanorum nec mancipi sunt. Item stipendiaria praedia et tributaria nec mancipi sunt. Sed quod diximus ea animalia, quae domari solent, mancipi esse quomodo intellegendum sit, quaeritur, quia non statim ut nata sunt domantur. Et nostrae quidem scholae auctores statim ut nata sunt mancipi esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, in qua domari solent. At ferae bestiae nec mancipi sunt, veluti ursi, leones, item ea animalia quae fere bestiarum numero sunt, veluti elephanti et cameli. Et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent; nam ne notitia quidem eorum animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quasdam mancipi esse, quasdam nec mancipi. Sed item fere omnia quae incorporalia sunt nec mancipi sunt, exceptis servitutibus praedioruum rusticorum: nam eas mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium".[117]

---

[117] (Existe ainda outra divisão das coisas; pois, elas são ou *mancipi* ou *nec mancipi*. *Mancipi* são as propriedades e construções em solo itálico, os escravos e os animais domáveis pelo pescoço o pelo dorso, como os bois, cavalos, mus, asnos; também as servidões dos prédios rústicos, pois as dos prédios urbanos são *nec mancipi*. São também *nec mancipi* os prédios estipendiários e tributários. Mas, pergunta-se, como entender o dito sôbre os animais susceptíveis de serem domesticados, que consideramos *mancipi*, pois êstes animais não são domados logo ao nascer? Os autores da nossa escola julgam que são *mancipi* a partir do nascimento; enquanto Nerva e Próculo e os demais autores da escola oposta entendem não devem os animais ser havidos por *mancipi*, senão quando domesticados; e se forem indomáveis, em raão da extrema fereza, consideram-se *mancipi*, chegando à idade em que costumam ser domados. São também *nec mancipi* os animais bravios, como ursos, leões, e os quasi bravios, como elefantes e camelos; e por isso não importa sejam êstes animais também

Ulpiano (19, 1): "*Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus: item iura praediorum rusticorum, uelut uia iter, actus, aquaeductus: item serui et quadrupedes, quae dorso collove domantur, uelut boues, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipii sunt. Elefanti et cameli, quamuis collo dorsove domentur, nec mancipii sunt, quoniam bestiarum numero sunt.*"[118]

Sobre o significado da expressão *mancipi*, os escritores têm concordado que não se trata de um *nomen*, mas o genitivo contraído do vocábulo *mancipium*, no sentido mais geral de *negócio* jurídico, que é forma de alienação especial para *res mancipi*, isto é, a *mancipatio*. Opinião divergente e isolada possuem os autores

---

domáveis pelo pescoço ou pelo dorso; pois o nome de tais animais eram desconhecidos quando se determinou quais as coisas *mancipi* e as *nec mancipi*. Também quasi tôdas as coisas incorpóreas são *nec mancipi*, exeptuadas as servidões dos prédios rústicos; pois é certo serem estas *mancipi*, embora pertençam ao número das coisas incorpóreas.) Ver CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, (nota 28), p. 76-77.

[118] (*Las cosas se dividen en dos clases (una de ellas que precisa requisitos especiales para su enajenación y otra en que es suficiente la simple entrega): cosas mancipables y no mancipables. De la primera clase son los predios que se hallan en el suelo itálico, bien rústicos, como el fundo, bien urbanos como la casa; también son de esta clase: los derechos de los predios rústicos, como el de camino, senda y rodera, y el acueducto; los esclavos y cuadrúpedos que se doman por el cuello o por el dorso, como los bueyes, las mulas, los caballos y los asnos. A la segunda clase pertenecen las demás cosas. Los elefantes y los camellos, aunque se domen por el dorso o por el cuello, pertenecen a esta última clase, porque son bestias.*) Ver ULPIANO, *Reglas de Ulpiano*. Texto latino com uma tradução de Francisco Hernandez Tejero. Madrid : Instituto Nacional de Estudios Juridicos, 1946. (Textos Jurídicos Antíguos, 1) p. 27-28.

cristãos, que entendem *mancipi* o passivo de um imaginário verbo *mancipare*.[119]

Os bens de maior importância social no direito arcaico foram denominados *res mancipi* e sua administração era confiada ao *pater familias* que o gerenciava em benefício da família que ficava sob sua responsabilidade material e espiritual. A transmissão da propriedade da *res mancipi* exigia a forma solene da *mancipatio*[120] ou da *iure cessio*,[121] enquanto que a *res nec mancipi* transmitia-se sem a

[119] Para maiores esclarecimentos, ver BONFANTE, (nota 56), p. 31.

[120] A *mancipatio* tinha um vasto campo de aplicação. Ela era referida como modo de adquirir a propriedade, mas também aplicava-se aos negócios jurídicos, de direito de família, testamentos, garantia, transmissão ou constituição de Direitos reais. *Mancipatio* era um ato *per aes et libram*, isto é, uma solenidade que se cumpre com um ritual com uma peça de bronze e uma balança. Gaio (I,119) descreve assim: reunidas cinco testemunhas, cidadãos romanos púberes, e um outro mais de igual condição, que segura uma balança e se chama pesador (*libripens*), o adquirente (*mancipio accipiens*), tendo em sua mão uma peça de bronze (*rauduscul*um), diz o seguinte: afirmo que este escravo me pertence por Direito civil e o compro pelo rito de bronze e da balança; logo golpeia a balança com o troço de bronze e o entrega como preço. No Direito arcaico a *mancipatio* não era uma compra e venda imaginária, mas sim real, pois a quantidade de bronze que era transferida durante o rito era entregue como se fosse o preço, consistia na troca das mercadorias e a balança servia para pesar o bronze que era pago em uma época que este era dinheiro. Neste sentido, ver MIQUEL, (nota 3), p. 177 e ss.

[121] A *In iure cessio* era outra forma de transmissão da propriedade, quando um ato formal e abstrato é realizado frente a um pretor de modo muito semelhante à *legis actio sacramento in rem*. (A *legis actio sacramento in rem* caracteriza-se pelo modo com que as partes agem fazendo um juramento de caráter sacro - *sacramentum* - diante de um magistrado. Este ritual tem uma origem muito remota.) A *in iure cessio* era um modo de adquirir a propriedade tanto as *res mancipi* quanto as *res nec mancipi*. A *in iure cessio* era utilizada menos que a *mancipatio*, já que a primeira podia ser celebrada em um ritual que comportava um grupo de amigos, sendo desnecessária a presença do pretor. Mesmo sendo menos utilizada, a *in iure cessio* tinha grande importância, pois era utilizada para transmitir a propriedade da *res mancipi* e da *res nec mancipi*, para construir um

observância de forma, concretizando-se com a simples *traditio*.[122] Além disso, apenas para a *res mancipi* são postas restrições a alienações. Por exemplo, a *res mancipi* não podia ser alienada pela mulher sob a tutela de seus agnados sem a autorização do agnato seu tutor, como já se comentou anteriormente.[123]

Resumidamente, a *res mancipi* constituía-se em um grupo de coisas em que a propriedade era mais rigorosamente vinculada na ordem de circulação e, também, mais energicamente protegida a pessoa do adquirente, isto quando a alienação já estava em situação regular.[124]

Ao distinguir os bens como *res mancipi* e *res nec mancipi* os romanos já atribuíam a estes bens funções diferenciadas, permitindo apenas a alguns a livre circulação e a outros a restrita e tolerada circulação por parte do *pater familias*. Para as *res mancipi* dificultava-se a transmissão, porque a sociedade romana, no período arcaico, foi basicamente agrária e era do solo que a família sustentava-se. Retirado este suporte de produção, punha-se em risco a família e sua manutenção. A falta de auto-sustentação da família causaria problemas ao Estado romano, que seria solicitado a suprir esta carência.

---

usufruto ou direitos análogos, para construir servidões rústicas e urbanas, e para a construção de uma fidúcia. Ver MIQUEL, (nota 3), p. 179-180.

122 *Tradictio* quer dizer a entrega da coisa. Em sentido amplo, referindo-se a toda transmissão da posse, em sentido estrito, a entrega da coisa que transmite a propriedade por vir acompanhada de uma *iusta causa* e da propriedade daquele que faz a entrega. Enquadrando-se a coisa entregue como *res nec mancipi* ocorre a transferência da propriedade civil (*dominium ex iure Quiritium*), e se a coisa entregue for identificada como uma *res mancipi* a transferência será apenas da propriedade bonitária (*in bonis habere*). Ver, com mais informações, MIQUEL, (nota 3), p. 180 e ss.

123 Ver, supra, quarto capítulo, Terceira Parte, para mais detalhes.

124 Conforme BETTI, (nota 7), p. 357 e ss.

Para Betti, a distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi* desde logo demonstra um critério, deduzido da diferença, que informa a função social a que se destinam cada um dos dois grupos de bens. Exprime uma antítese fundamental, isto é, entre uma categoria de coisas de interesse coletivo, a *res mancipi*, e por isso sujeita a um regime de circulação mais rigoroso do que a outra categoria, a *res nec mancipi*.[125]

O catálogo de *res mancipi* compreende os elementos e as estruturas essenciais à agricultura, incluindo também a cobertura da função econômica do trabalho servil. Isto se deve ao fato de, na época em que se assentou esta classificação, a sociedade romana ter uma economia quase exclusivamente agrícola. A mais antiga servidão rústica, qualificava-se de *res mancipi*, reconduzindo à concepção primitiva, que identificava a servidão como a porção de terra alheia sendo considerada própria daquilo que serve.[126]

Por sua vez, a *res nec mancipi* comportava na origem o gado pequeno não necessariamente ligado à terra e à casa e, em geral, os bens não suscetíveis de *mancipatio*. Estes bens não possuíam mais que uma utilidade imediata e a eles era atribuível um valor de troca, sobretudo de dinheiro. A eles reservava-se o gozo, uso ou posse individual.

Betti *lembra* que a antítese entre relevância política (potestativa) e a relevância meramente patrimonial era expressa na origem do contraponto entre *res mancipi* e *res nec mancipi*. Entretanto, no decurso do tempo a idéia de poder foi suplantada no âmbito da *res*,

---

[125] Ver, neste sentido mais amplo, BETTI, que repetidas vezes em sua obra refere-se à expressão função social. Ver (nota 7), p. 358.

[126] Ver BETTI, (nota 7), p. 358-359.

que restringiu-se a significar um singular aspecto do poder do *pater familias* e cedeu o posto ao *dominium ex iure Quiritium.*[127]

2. A família romana e os poderes do *pater familias*

Na origem da civilização romana a célula básica da organização social era a família. A família, no Direito romano, possuía uma complexidade de significados que pode sugerir a idéia de comunidade de vida e de bens no interior de uma casa.

Originariamente o *pater familias*[128] era um indivíduo cujo poder, embora aparentemente individual, era exercido em benefício de um coletivo, a família romana. Existem várias interpretações relacionadas aos poderes do *pater familias* limitando os seus amplos poderes sobre todas as coisas e todas as pessoas que estavam e faziam parte da família. A partir da maneira que se visualiza a família e a

---

[127] Ver (nota 7), p.360. *Dominium ex iure Quiritium é* a propriedade de Direito civil romano. Para que a propriedade exista, três são os requisitos, referentes as pessoas, ao objeto e ao ato de aquisição. Referente às pessoas: são acessíveis apenas aos cidadãos romanos. Em relação ao objeto: cabem apenas aos fundos itálicos, isto é, não aos das províncias, assim como para as coisas móveis. E quanto ao ato de aquisição: deve tratar-se de um modo reconhecido pelo *ius civile* (*mancipatio* para *res mancipi* e *tradictio* para *res nec mancipi* e *in iure cessio* para ambas as classes de coisas ou *usucapio* para sanar os defeitos já referidos). A *rei vindicatio* protegia o *dominium ex iure Quiritium*. Ver, com mais demonstrações, MIQUEL, (nota 3), p. 171.

[128] Existem várias teorias muito controvertidas que têm em vista explicar a natureza jurídica do *pater familias*. A partir da obra de De Visscher que, após a segunda guerra mundial, enriquece a romanística italiana com uma pluralidade de formulações e hipóteses. Registre-se apenas que esta teoria tem por objetivo demonstrar que o caráter unitário da natureza dos poderes do *pater familias*, defendido pela teoria Bonfantiana é mais aparente do que real. Neste sentido, ver a natureza dos poderes do *pater familias*, como proposto por COLOGNESI. Ver (nota 52), p. 164 e ss.

figura do *pater familias* romano visualizar-se-á também a propriedade.

O que nós atualmente chamamos de propriedade, o domínio sobre a coisa, não deveria ter no direito antiquíssimo um caráter autônomo e de conteúdo patrimonial, mas deveria fazer parte daquele amplíssimo poder, que tinha o *pater familias* romano, revelado pelas expressões *potestas*, *manus*, *mancipium*, compreendendo o poder familiar sobre servos, coisas e inclusive podendo chegar, em função de algumas reflexões, à coisa dos outros.[129]

O poder do *pater familias* recaia sobre pessoas e bens gerando, para cada situação, relações específicas: quando era a referente à casa (*domus*), dava origem ao *dominium*; quando recaia sobre os escravos, dava lugar ao *mancipium*; quando recaia sobre a mulher, o poder marital chamava-se *manus*; finalmente, quando recaia sobre os filhos, ocorria a *patria potestas* até que fosse feita a *mancipatio* (emancipação).[130]

Na família romana só o *pater familias* tinha capacidade patrimonial. O *filius familias,* por estar no período arcaico submetido a *potestas* do *pater,* não tinha nenhuma capacidade patrimonial. Todas as aquisições que o *filius familias* realizava revertia em benefício do *pater*, uma vez que o primeiro não podia ser proprietário, enquanto estivesse subordinado a *patria potestas*. Entretanto, estes poderes conferidos ao *pater* sofreram atenuações com a instituição do *peculium*.[131]

---

[129] Ver BRASIELLO, (nota 111), p. 111.

[130] Os poderes que recaem sobre a mulher (*manus*) e sobre o filho (*patria potestas*) serão os germens do futuro Direito de família. A expressão *mancipium* é também o nome primitivo de propriedade. *Dominium* aparecerá apenas mais tarde. Ver, neste sentido, MIQUEL (nota 3), p. 169-170.

[131] *Peculium* era uma porção de bens ou dinheiro que o *pater* concedia ao *filius* com o inicial caráter livremente revogável. O *filius* não era proprietário do pecúlio, mas mero administrador. Ocorrendo a morte do *filius,* o pecúlio retornava ao

Segundo Iglesias:

"*La familia primitiva - precívica - es un organismo político. La disciplina más rigurosa, el mantenimiento del orden en el interior y la capacidad para la defensa en el exterior son fines políticos supremos de las agrupaciones familiares, a los que no se anteponen los de otra suerte, tales como los económicos.*"[132]

A família a que convém tais caracteres é o grupo agnatício, que coincide, provavelmente, com a *gens*. A *familia comuni iure*, como passaram a se chamar as *gens*, abriga todo o grupo agnatício. Sua unidade política é mantida mesmo depois da morte do *pater*, uma vez que o substituto é previamente designado pelo predecessor.

O Estado romano, com o seu fortalecimento, assumiu as tarefas da ação política e as vastas e potentes comunidades familiares antigas perderam a sua razão de ser. Uma vez morto o *pater familias*, o grupo cindia-se em grupos menores, em número igual ao dos *filii familias*, a menos que eles optassem pela formação de um consórcio doméstico. É assim que Iglesias descreve a desagregação da antiga e ampla família e a gradual constituição de grupos menores.[133]

---

pater. No período imperial alterou-se o regime dos pecúlios, caracterizando-os por serem irrevogáveis e concedendo-se ao *filius* progressiva autonomia frente ao *pater*. O *peculium profectium* era o proveniente do *pater familias* e o *peculium castrense* aquele recebido pelo próprio *filius* quando prestava serviço militar. Ver, para tanto, MIQUEL, (nota 3), p. 376.

[132] Ver, neste sentido, IGLESIAS, J. Estudios romanos de derecho e historia. Barcelona: Ediciones Ariel, 1952. (Publicaciones del Seminario de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona, II). p. 34.

[133] Ver (nota 20), p. 34-35 e BETTI, (nota 7), p. 374.

3. A primeira transformação da primitiva propriedade romana

Embora existam interpretações diversas sobre a propriedade romana no período arcaico, algumas de suas características podem ser reconhecidas.

No período arcaico a propriedade esteve incluída dentro do amplo poder do *pater familias* e o seu exercício foi rigorosamente confinado pela distinção das coisas em *mancipi* e *nec mancipi* segundo a função econômica e social destas coisas para a família romana, estrutura fundamental de toda a sociedade romana de então.

O caráter mágico-religioso da propriedade arcaica, embora muito evidente nos ritos praticados, pode ser questionado, como o faz García, atribuindo-o antes a uma justificativa para o uso da violência na proteção das coisas necessárias à sobrevivência das pessoas contra a sua ameaça por outrem, disto decorrendo a sacralização das coisas de valor econômico-social mais importantes. Na medida que passou a existir um Estado mais estruturado e capaz de proteger os cidadãos, este caráter mágico-religioso progressivamente caiu em desuso.[134]

É na evolução do papel da família na sociedade romana, com a ampliação das capacidades de todos os seus membros antes concentradas na pessoa do *pater familias*, no fortalecimento da soberania do Estado e nas transformações de relações econômicas praticadas na sociedade romana que podemos encontrar as causas para a evolução da concepção da propriedade em Roma.

As novas exigências resultantes das transformações econômicas na sociedade exigiram uma especialização dos poderes do *pater*

[134] Ver GARCÍA, (nota 91), p. 111-112.

familias em função do objeto de seu exercício. Do mesmo modo, o surgimento de novas atividades econômicas além da produção agrícola, determinou uma revalorização da importância econômica e social das coisas, provocando o surgimento de uma nova forma de expressão das relações com as coisas: o *dominium*.

Neste, sentido são muito interessantes as palavras de Grosso para se entender as transformações da concepção romana da propriedade ao final do período arcaico:

> "*Il dominium, cioè la proprietà dell'época storica, è un precipitato storico in cui convergono l'antico mancipium, con carattere di sovranità, come proprietà delle res mancipi (onde il carattere assoluto della proprietà fondiaria romana) e l'antica forma di proprietà economica delle altre res, cioè delle res nec mancipi.*"[135]

Segundo De Visscher, o *dominium* surgiu no fim da República, expressando antes um valor patrimonial, para o qual foram atraídas pouco a pouco as coisas patrimoniais contidas no mancipium, até que da antiga distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi* restasse apenas a sua classificação segundo o modo de aquisição, perdendo-se todo o significado econômico, político e social que continham.[136]

Nesta fusão somaram-se duas práticas de relação, com as *res mancipi* e com as *res nec mancipi*, que recebiam dos romanos um tratamento distinto por serem consideradas diferentes. Somando-se

---

[135] (O *dominium*, isto é a propriedade da época histórica, é um precipitado histórico para o qual convergem o antigo *mancipium*, com caráter de soberania, como propriedade da *res mancipi* (daí o caráter absoluto da propriedade fundiária romana) e a antiga forma de propriedade econômica das outras *res*, isto é das *res nec mancipi*.) Ver GROSSO, G. *Lezioni di storia del diritto romano*. 3.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, [1955], p.130.

[136] Ver BRASIELLO, (nota 111), p. 113.

características diversas e inclusive contraditórias, obteve-se um resultado não-homogêneo e, o que hoje entendemos por propriedade, carrega ainda esta heterogeneidade.

Capítulo sexto

A PROPRIEDADE NOS PERÍODOS HELENÍSTICO E CLÁSSICO

A partir do final da República passou-se a utilizar a expressão *dominium* para expressar a relação da pessoa com a coisa. De acordo com Brasiello é difícil mesmo definir o domínio:

> "*Il dominio quindi non è un ius in se stesso, ma un prius da cui nascono iura. Si può dire che il dominus non ha solo dei poteri sulla cosa, come li ha invece il titolare di un diritto reale, ma há tutta la cosa, há la casa; non difende un diritto, difende la cosa; rivendica la cosa, aliena la cosa, nel suo insieme.*"[137]

---

[137] (O domínio portanto não é um *ius* em si mesmo, mas um *prius* do qual nascem os *iura*. Pode-se dizer que o domínio não tem somente os poderes sobre a coisa, como o tem por outro o titular de um direito real, mas tem toda as coisas, tem a coisa; não defende um direito, defende a coisa; reivindica a coisa, aliena a coisa, em seu conjunto.) Ver (nota 111), p. 112.

O *dominium*, no entender do autor, pode ser entendido, no período clássico, como a senhoria sobre a coisa, a partir da qual são exercidas uma série de faculdades que expressam o que hoje se entende por propriedade.

Sobre a propriedade comenta Brasiello:

> *"La proprietà per altro è illimitata ed esclusiva solo potenzialmente; perchè é raro poter trovare, specialmente per i fondi, un caso in cui il proprietario possa esplicare pienamente il suo potere, senza incontrare ostacoli nella esplicazione di un potere analogo da parte di altro proprietario; che possa godere pienamente, senza far nulla che possa menomare il godimento dell'altro, o che possa sempre escludere l'altro, senza che l'esercizio dell'altro ne venga menomato. Si pensi alle immissioni di schegge, di pietre, di chi lavori sul suo fondo, e poi alle meno palpabili, come quella di fumo o di umidità, e poi addirittura alle impalpabili, di suono, di luce, di calore, ed oggi di onde e di radiazioni di varie specie. Se si impedissero totalmente, si verrebbero ad impedire alcune normali esplicazioni del dominio; se si consentissero, sembrerebbe violado il diritto da parte dell'altro, di esclusione da ogni ingerenza nel proprio. Se pensi, viceversa, ad alcune attività nel proprio, che non invadono l'atrui, ma che possono riuscire di nocumento, come lo scavare in modo da deviare la sorgente che dà acqua al vicino, l'edificare in suo in modo da oscurare la casa del vicino; o anche il sopraelevare in modo da togliere il panorama o altre utilità che, anche se non strettamente necessarie, costituiscano per altro una delle esplicazioni dei poteri dominicali."*[138]

---

[138] (A propriedade, por outro lado, é ilimitada e exclusiva só potencialmente, porque é raro poder achar, especialmente para as terras, um caso em que um proprietário possa exercitar plenamente o seu poder, sem encontrar obstáculos no exercício de um poder análogo por parte de outro proprietário; que possa gozar plenamente, sem fazer nada que possa diminuir o gozo de outro, ou que

No que toca à definição de propriedade romana e à identificação de seu conteúdo concreto, esta vai apenas surgir num período histórico posterior ao Direito romano, mas fruto da intensa atividade científica produzida durante a Idade Média a partir dos textos romanos. Assim Colognesi:

> "*È invece a partire dal lavorio della scienza medievale sui testi giuridici romani che si verranno accumulando, sino ai giorni nostri, le definizioni del dominium. Dal ius de re corporali perfecte disponendi nisi si quis lege prohibeatur di Bartolo, sino alla più tarda definizione del dominio - così carica di implicazioni di varia natura - come ius utendi et abutendi re sua quatenus ratio patitur, sino appunto alle più tarde formulazioni dei giusnaturalisti e della Pandettistica del secolo scorso.*"[139]

---

possa sempre excluir o outro, sem que o exercício do outro seja diminuido. Pensa-se na emissão de estilhaços, de pedras, de quem trabalha na sua terra, e depois no menos palpável como aquela da fumaça e da unidade, e depois absolutamente no impalpável, de som, de luz, de calor, e, hoje, de ondas e de irradiação de várias espécies. Se se impedissem totalmente, ver-se-ia a impedir alguns exercícios normais do domínio; se se consentissem, pareceria violado o direito da parte do outro, de exclusão de toda ingerência na propriedade. Pensa-se, vice-versa, em alguma atividade na propriedade, que não invadem as outras, que podem resultar em prejuízo, como o escavar de modo a desviar a nascente que da água ao vizinho, de edificar *in suo* de modo a escurecer a casa do vizinho; ou também em sobrelevar de modo de tolher o panorama ou outros proveitos que, mesmo se não estritamente necessários, constituíam para o outro um dos exercícios dos poderes dominiais.) Ver (nota 111), p. 112.

139 (Pelo contrário é a partir da atividade intensa da ciência medieval sobre textos jurídicos romanos que vieram acumulando-se, até os nossos dias, as definições do *dominium*. Do *ius de re corporali perfecte disponendi nisi si quis lege prohibeatur* de Bartolo, até a mais tardia definição de domínio - então carregada de implicações de naturezas diversas - como *ius utendi et abutendi re sua quatenus ratio patitur*, até precisamente as mais tardias formulações dos juristas e da Pandectística do século passado.) Ver (nota 52), p. 187-188. Em sentido

Schulz qualifica o *dominium* no período clássico como 'liberal'. Isto não permite, todavia, que ele seja caracterizado como um direito ilimitado, como entende Iglesias, ou absoluto e exclusivo, como Di Pietro.[140]

Utilizando uma qualificação mais precisa, pode-se entender o *dominium* como uma senhoria sobre a coisa, cujas faculdades são indeterminadas. Esta indeterminação é conseqüência da indefinição da gama de usos possíveis para a coisa, o que não significa que o *dominium* não possua limites mas, pelo contrário, que o exercício das faculdades a ele inerentes é pleno e geral até os limites impostos sobre a coisa em um contexto em particular.

Por isso, conclui Brasiello, o *dominium* consiste em uma série de faculdades potencialmente ilimitadas no seu exercício. A cada uma destas faculdades é dada a denominação de *ius*: *ius utendi, ius abutendi, ius fruendi, ius alienandi, ius vindicandi*, etc.[141]

---

muito próximo Paolo Grossi descreve: "*Questo principio, che apparentemente sembra la biascicatura d'una vieta formula scolastica, diventa per la carica esasperata di cui lo si riempie per la centralità che gli si fa assumere la pietra angolare della cultura filosofico-politica-giuridica dell'età moderna, un topos che corre intatto, malgrado i molti accidenti di percorso, dai teologi francescani a Locke a Mercier de la Rivière.*"(Este princípio que aparentemente assemelha-se ao resmungar de uma velha forma escolástica torna-se pela carga exagerada de que se preenche-o e pela centralidade que o faz assumir-se como a pedra angular da cultura filosófico-político-jurídica da idade moderna, um *topos* que permanece intacto malgrado os muitos acidentes de percurso, dos teólogos franciscanos a Locke a Mercier de la Rivière.) Ver, para maiores esclarecimentos, (nota 78), p. 248.

[140] Ver SCHULZ, F. *Derecho romano clásico*.Tradução de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona:Casa Editorial Bosch, 1960. Tradução do original inglês: Classical roman law, p. 322. Ver também (nota 20), p. 228-229, e (nota 18), p. 119-120.

[141] A utilização da expressão 'potencialmente' explica-se pelos obstáculos ao pleno exercício das faculdades do domínio de uma coisa impostos pelo exercício das faculdades dos domínios de outras coisas. Ver (nota 111), p. 112.

1. Tipos de propriedade nos períodos helenístico e clássico

Para Betti a propriedade romana não tem nada de absoluta. Ela é essencialmente relativa, e esta relatividade provoca a existência concomitante de diversos tipos de propriedade. Segundo o autor, nos períodos helenístico e clássico podem ser identificados dois tipos fundamentais de propriedade:[142]

a) o *dominium ex iure Quiritium*: era a propriedade característica do *ius civile*, de pleno direito, que sucedeu diretamente e incorporou as *res mancipi* e *res nec mancipi* no século I a.C., mantendo suas exigências formais, tais como ser exclusiva aos cidadãos romanos e exigir a *mancipatio* para a transmissão das *res mancipi*;

b) a propriedade bonitária: era a propriedade originada do direito pretoriano para resolver novas situações criadas principalmente pelo comércio, onde o magistrado reconhecia, a partir da posse de uma *res mancipi* adquirida por causa idônea porém sem atender os requisitos formais da *mancipatio* e não se enquadrando, portanto, nas exigências do *dominium ex iure Quiritium*, a coisa como integrante do patrimônio de alguém até que se cumprissem os requisitos para a aquisição da coisa *in dominium ex iure Quiritium*, ou pela *mancipatio* ou pela usucapião; o nome deste tipo de propriedade temporária decorre da expressão *in bonis habere* (ter em patrimônio), utilizada na declaração do magistrado.

Outros tipos de propriedade também estão presentes no período clássico, como a propriedade peregrina, regulada pelo *praetor peregrinus* com fundamento no *ius gentium* porém em muito semelhante ao domínio quiritário, no qual buscava soluções para atender os estrangeiros, não incluídos na esfera do *ius civile*, e a

---

[142] Ver (nota 7), p. 371-372.

propriedade provincial, essencialmente uma propriedade pública, do *populus romanus* ou do *princeps*, conquistada fora da península itálica (já que na península itálica aplicava-se desde o século III a.C. o domínio quiritário ou pretoriano) e que era transferida para o uso de terceiros mediante o pagamento de uma taxa vitalícia ou periódica; nas províncias este tipo de propriedade foi regulado pelos governadores de modo semelhante ao direito pretoriano.[143]

Comenta ainda Schulz que as coisas incluídas entre as *res divini iuri* não podiam ser apropriadas privadamente e não eram objeto do Direito privado mas do Direito sacro, à exceção das questões relacionadas com os sepulcros, que mereceram a atenção dos jurisconsultos privados.[144]

2. A imposição de limites ao poder do *pater familias*

No período arcaico o *pater familias* dispôs não apenas do patrimônio familiar mas também de tudo que viesse a ser adquirido por aqueles que estivessem sob o seu mando. Se o *pater familias* concedia a um *filii familias* uma patrimônio, para que ele o administrasse (*peculium*), o domínio sobre este patrimônio permanecia com o *pater familias*, mesmo que isso fosse contra a sua vontade. Por outro lado, o *pater familias* tinha a responsabilidade civil sobre dívidas contraídas por um *filius famílias*. Para o Estado romano, portanto, não existia mais do que a família, sendo reconhecida a autoridade apenas do seu chefe.[145]

---

[143] Ver SCHULZ, (nota 139), p. 327-328. Ver, também, IGLESIAS, (nota 20), p. 234-235, DI PIETRO, (nota 18), p. 121 e BETTI, (nota 7), p. 372.

[144] Ver (nota 139), p. 329. Ver, no quarto capítulo, Terceira Parte, os comentários feitos às prescrições estabelecidas na lei das XII Tábuas.

[145] Ver BONFANTE, P. *Istituciones del derecho romano*. Tradução de Luis Bacci Andrés Larrosa e revisão de Fernando Campuzano Larrosa. Madrid: Editorial

No período clássico, Otávio Augusto permitiu aos *filii familias* militares que eles pudessem dispor por testamento de todas as coisas adquiridas por meio do serviço militar, surgindo assim o denominado *peculium castrense*. Este foi um importante reconhecimento da capacidade econômica dos filhos, que em relação aos bens do *peculium castrense* agiam como um *pater familias*.[146] Todavia, se os *filii familias* morressem sem deixar testamento o *peculium castrense* passava a integrar o patrimônio do *pater familias*, não por direito de herança mas como se a propriedade já lhe pertencesse.[147]

O imperador Adriano, mais tarde, estendeu o *peculium castrense* também aos veteranos do exército romano.[148]

3. Os limites da propriedade nos períodos helenístico e clássico

A primitiva característica exclusivista e absolutista da propriedade quiritária teve sua origem na propriedade da terra rural e urbana, limitada e isolada no espaço, privilegiando a independência e a liberdade do seu exercício. Neste sentido foram

---

Reus, 1929. (Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Estranjeros, 133) Tradução da oitava edição italiana, p.165

[146] Ulpiano (D. 14, 6, 2): "*usque ad quantitatem castrensis peculii, quum filiifamilias in castrensi peculiuo vice patrumfamiliarum fungantur.*" (*hasta la cantidad del peculio castrense, porque los hijos de familia hacen veces de padre de familia en el peculio castrense.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 780.

[147] Ver DI PIETRO, (nota 18), p. 305.

[148] Ver BONFANTE, (nota 144), p.166.

desenvolvidos instrumentos jurídicos para a sua defesa, como a *rei vindicatio,* em tempo mais antigo.

Segundo Betti, na medida que se desenvolveu a sociedade romana e enfrentou novas questões envolvendo aspectos econômicos e sociais da propriedade, estas características originais em muito foram alteradas. Ao analisar as relações de vizinhança ele observa o conflito que surgiu mesmo quando a propriedade tinha um uso normal. Nesse sentido comenta o caso da fumaça gerada em uma fábrica de queijo, a qual provoca distúrbios nas propriedades vizinhas, porém isto é inevitável para a atividade produtiva socialmente necessária. O autor aponta como solução a definição de um limite de tolerância baseado na consciência social. Conclui Betti:

> "*Se dopo questa premessa si passa ad esaminare l'ordinamento positivo dei rapporti di vicinanza, bisogna riconoscere che esso, in accordo col primitivo carattere esclusivistico del dominio quiritario, è destinato piuttosto a difendere la reciproca indipendenza e libertà dei fondi che a soddisfare esigenze di collaborazione, di solidarietà e di mutui servigi, e soltanto con l'andar del tempo segna il traspasso da un regime di difesa a un regime di limitazioni della proprietà coerente alla esposta premessa.*"[149]

---

[149] (Se depois desta premissa passa-se a examinar o ordenamento positivo das relações de vizinhança, é preciso reconhecer que esse, em acordo com o caráter primitivo exclusivista do domínio quiritário, é destinado mais a defender a recíproca independência e liberdade das terras que a satisfazer exigências de colaboração, de solidariedade e de mútuas servidões, e só com o passar do tempo assinala-se a transição de um regime de defesa para um regime de limitações da propriedade coerente com a premissa exposta.) Ver (nota 7), p. 379-380.

Para se compreender o pensamento clássico sobre os limites à propriedade pode-se partir do princípio básico enunciado por Gaio:

> Gaio (1,53): "*Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec allis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire; nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit nom minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occident. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coëcetur; nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principium confungiunt, praecipit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit:* male enim nostro iure uti non debemus*; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.*"[150]

Lembra Brasiello que já no direito clássico os jurisconsultos mostraram a tendência de impor limites ao exercício da propriedade se o dano causado a vizinhos ou a terceiros fosse maior que o

---

[150] (Mas actualmente, nem aos cidadãos romanos, nem a quaisquer outros homens, sob o império do povo romano, lhes é lícito castigar exageradamente e sem causa os seus escravos. Pois, em virtude de uma constituição do imperador Antonino, aquêle que sem causa matar seu escravo cai sob a alçada da justiça, não menos que quem matar um escravo alheio. Mas êsse mesmo imperador impôs uma coerção à excessiva crueldade dos senhores, pois, consultado por alguns governadores de província a respeito dos escravos que buscavam refúgio nos templos dos deuses ou nas estátuas dos imperadores, determinou que, se se tiver como intolerável a sevícia dos senhores, sejam obrigados a vender os seus escravos. E ambas esas disposições são justas, *pois não devemos usar mal do nosso direito*, sendo por isso que aos pródigos se lhes interdita a administração dos bens.) grifei. Ver CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, (nota 28), p. 30-32.

benefício direto obtido.[151] Este princípio é mesmo anterior ao período clássico, onde ele apenas foi desenvolvido, como já foi comentada anteriormente neste trabalho (ver item 3.3) a regra prevista na lei das XII Tábuas, onde a madeira em uso produtivo, como em uma casa ou em uma vinha, não poderia ser retirada e devolvida ao seu proprietário enquanto mantivesse sua utilidade produtiva, cabendo todavia a indenização do proprietário da madeira.

A estes princípios Iglesias contrapõe outro, por ele atribuído também aos juristas clássicos: "... *qui iure suo utitur neminem laedit.*" (quem usa seu direito a ninguém prejudica).[152] Nesta direção pode-se citar também o próprio Gaio (D. 50, 17, 55): "*Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.*"[153]

É neste contraponto que se desenvolve a propriedade romana no período clássico. Apesar da característica originalmente 'liberal', toda a sua evolução verifica-se no sentido da restrição, voluntária ou compulsória, de suas faculdades em consideração dos interesses de outros.[154]

Para Rabel é uma fábula pensar que os romanos podiam usar a propriedade de modo arbitrário:

> "*Es ist aber eine Fabel, daß es jemals schlechtweg willkürlich zu brauchen war, wie man denn überhaupt den Individualismus der alten Römer zu übertreiben pflegt. Der Prinzipat hat dann alte*

---

[151] Ver (nota 111), p.116.

[152] Ver (nota 20), p. 230.

[153] (*No se considera que obra con dolo nadie que usa de su derecho.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 949.

[154] Ver BRASIELLO, (nota 111), p. 115.

und neue, gottesdienstliche, bau - und gesundheitspolizeiliche Vorschriften, sowie finanzielle, ..."[155]

Os limites ao exercício da propriedade nos períodos helenístico e clássico são normalmente classificados em dois grupos: os limites por relações de vizinhança e os limites por interesse público.

Dentro do primeiro grupo, o das relações de vizinhança, alguns limites podem ser identificados, a título de exemplo. Mesmo antes do período helenístico, já na elaboração da lei das XII Tábuas, definiram-se regras para a convivência do exercício de propriedades fundiárias rurais e urbanas limítrofes prescrevendo distâncias mínimas de separação e regras para a solução de conflitos simples como os provocados pela existência de árvores próximas aos limites, como já foi comentado anteriormente no quarto capítulo da Terceira Parte.

No período clássico novos conflitos surgiram demandando soluções do Direito privado. Um deles, muito importante para a economia romana, era o controle do fluxo das águas pluviais, que se desviado, concentrado ou retido em uma propriedade, provocava prejuízos nas propriedades vizinhas, demandando o pronunciamento de jurisprudentes como Ulpiano, nos comentários a seguir transcritos:

Ulpiano (D. 39, 3, 1, 2): "*Neratius scribit: opus, quod quis fecit ut aquam excluderet, quae exudante palude in agrum eius refluere*

---

[155] (Mas é uma fábula pensar que ela então podia ser usada de modo simplesmente arbitrário, como em geral se procura exagerar o individualismo dos antigos romanos. O Principado tem, então, antigas e novas prescrições, referentes ao serviço divino, de policiamento de construções e de saúde, bem como financeiras, ...) RABEL, (nota 10), S. 54.

solet, si ea palus pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere."
Ulpiano (D. 39, 3, 1, 11): "*Iidem aiunt, aquam pluvium insuo retinere, vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse, prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur, necquemquam hoc nomine tenere.*"[156]

Outro caso surgido a partir do crescimento e densificação das cidades, com a conseqüente interferência entre o exercício de propriedades próximas, foi a emissão de fumaça. Ulpiano apresenta comentários divergentes sobre o tema, o que demonstra a falta de um padrão único nos limites à propriedade no período clássico:

Ulpiano (D. 8, 5, 8, 5): "*Aristo Cerelli Vitali respondit, non putare se, ex taberna casearia fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitum talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet; in suo enim hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem, sicut aquae, esse immissionem; posse igitur superiore cum inferiore agere, ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait, posse ita agi, ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant; dicit igitur Aristo, eum, qui tabernam casearíam a Minturnensibus*

---

[156] (*Escribe Neratio: la obra que uno hizo para contener el água, que al rebosar una laguna solía extenderse por su campo, será obligado á destruirla mediante la acción de agua llovediza, si aquella laguna creciera con el agua de lluvia, y esta agua rechazada por aquella obra, prejudicara á los campos del vecino*) (*Dicen los mismos, que todos tienen derecho para retener en lo suyo el agua llovediza, ó para derivar del fundo del vecino al suyo la sobrante, con tal que non se haga obra en lo ajeno, porque no se prohibe que cada cual se aproveche, mientras no prejudique á otro, y que nadie está obligado por tal motivo.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 173-174.

conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri; agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere; ergo per contrarium agi poterit, ius esse fumum immittere, quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum Uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti."[157]

Um exemplo ainda digno de destaque no grupo de relações de vizinhança foram os limites cautelares impostos às construções que ameacem as propriedades vizinhas, assim comentadas, também, por Ulpiano:

Ulpiano (D. 39, 1, 1, 17): "*Nuntiamus autem, quia ius aliquid prohibendi habemus, vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico, vel in privato quid molitur, aut si quid contra leges Edictave Principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt,*

---

[157] (*Ariston respondió á Cerelio Vital, que él no opinaba que con derecho pueda echarse el humo de una fábrica de quesos á los edificios superiores, si no admite tal servidumbre para esto. Y dice el mismo: tampoco es lícito echar agua, ni otra cualquier cosa, de uno superior á los inferiores; porque en tanto le es lícito á uno hacer alguna cosa en lo suyo, en cuanto no introduzca nada en lo ajeno, y la introducción del humo es como la del agua; y que por consiguiente puede el superior reclamar contra el inferior, que él no tiene derecho para hacer esto. Finalmente dice que escribe Alfeno, que así se puede reclamar que él no tiene derecho para extraer piedra en su pertenencia, de suerte que caigan en mi fundo los fragmentos; en su consecuencia, dice Ariston, que al que tomó en arrendamiento á los Minturnenses una fábrica de queso, puede prohibírselo por el vecino superior que le eche el humo, que no tiene derecho para introducirle el humo; luego por el contrario podrá reclamarse que hay derecho para echar el humo, lo que le parece á Ariston que también lo aprueba el mismo. Pero podrá tener lugar también el interdicto Uti possidetis (como poseéis), si á alguno se le prohibiera usar de lo suyo del modo que quiera*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 560.

fiet, vel in sacro, vel in loco religioso, vel in publico, ripave fluminis, quibus ex causis interdicta proponuntur."[158]

O grupo de limites da propriedade por interesse público nos períodos helenístico e clássico é bem menos vasto, porém alguns exemplos podem ser apresentados.

No que diz respeito ao direito de acesso às costas marítimas ou fluviais, Gaio comenta a obrigatória permissão do proprietário das terras possibilitar o acesso à água, nestas palavras:

Gaio (D. 1, 8, 5): "*Riparum usus publicusest iure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mari reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumem navigare. Sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent; qua de causa arbores quoque in his natae eorunden sunt.*"[159]

---

[158] (*Pero denunciamos, porque tenemos algún derecho para prohibir, ó para que por el daño que amenaza se nos dé caución por el que acaso en un lugar público ó en otro privado emprende alguna obra, ó si se hiciere alguna cosa contra las leyes ó los edictos de los príncipes, que se dieron respecto á la forma de los edificios, ó en lugar sagrado, ó religioso, ó público, ó en la ribera de un rio, por cuyas causas se dan también los interdictos.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 23), p. 144.

[159] (*Es público por el derecho de gentes el uso de las riberas, así como el del mismo rio. Y así, cualquiera tiene libertad para acercar á ellas su nave, atar cuerdas de los arboles alli nacidos, tender á secar y sacar del mar las redes, y acomodar en ellas alguna carga, asi como navegar por el mismo rio. Pero la propriedad es de aquellos con cuyos predios colindan; por cuya causa son también de los mismos los árboles en ellas nacidos.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 226.

Javoleno comenta o uso público de propriedades lindeiras a caminhos que tenham sido danificados para suprir a passagem interrompida:

> Javoleno (D. 8, 6, 14, 1): "*Quum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.*"[160]

No direito sobre os bens no direito clássico pode-se inclusive verificar certas obrigações positivas. Um exemplo disto é o comentário de Gelio sobre a obrigação do agricultor cuidar zelosamente de sua terra e nela produzir, sob a pena da sanção de rebaixamento até a posição mais inferior no censo, com a conseqüente redução dos seus direitos políticos.[161]

Outro exemplo de limite da propriedade por interesse público é a proibição à venda de partes de antigas edificações como material de construção, no sentido de preservar o estoque imobiliário existente.

Assim escreve Paulo:

> Paulo (D. 18, 1, 52): "*Senatus censuit, ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi acquireretur, neve quis negotiandi causa eorum quid emeret venderetve; poena in eum, qui adversus Senatusconsultum fecisset, constituta est, ut duplum eius, quanti emisset, in aerarium* inferre *cogeretur, in eum vero, qui vendidisset, ut irrita fieret venditio. Plane si mihi pretium solveris, quum tu duplum aerario debeas, repetes a me, quod a mea parte*

---

[160] (*Cuando un camino público se ha perdido ó por avenida de rio, ó por ruina, el vecino inmediato debe prestar tal camino.*) CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, (nota 35), p. 567.

[161] Ver IGLESIAS, (nota 20), p. 231 e BETTI, (nota 7), p. 377.

irrita facta es venditio. Nec solum huic Senatusconsulto locus erit, si quis suam villam vel domum, sed et si alienam vendiderit."[162]

Ainda no âmbito do interesse público, é duvidoso se no período clássico a expropriação fosse praticada. Comenta Brasiello que os romanos, no período clássico, não dispunham de um instrumento que autorizasse o Estado a interferir no exercício da propriedade na forma de expropriação por utilidade pública, porém, é certo que os magistrados atuaram em muitos casos constrangendo o proprietário a negociar a coisa.[163]

Iglesias cita Frontino para demonstrar que no século II a.C. a expropriação fundada em uma decisão do Senado foi praticada para a aquisição de materiais necessários à construção de um aqueduto. Complementa o autor que imperadores como Otávio Augusto recusaram-se a utilizá-la por entender que o Estado não devia interferir na área do Direito privado.[164]

Por fim, o ordenamento jurídico romano não tinha por objetivo aumentar as cargas impostas à propriedade em razão dos

---

[162] *(Determinó el Senado, que ninguno demoliese una casa urbana ó rústica para adquirir más, y que ninguno compre ó venda alguna cosa de estas para negociar; y contra aquel que hubiese obrado contra el Senadoconsulto se estableció la pena de que fuese obligado á pagar al erario el duplo del importe en que hubiese comprado, y contra el que hubiese vendido, la de que se anulase a venta. Pero si me hubieres pagado el precio, debendo tú el duplo al erario, lo repetirás de mi, porque respecto á mi parte se anuló la venta. Y no solamente habrá lugar á este Senadoconsulto, si alguno hubiere vendido su casa rústica ó urbana, sino también si la ajena.)* Cuerpo del Derecho Civil Romano, (nota 35), p. 899.

[163] Ver (nota 111), p.116.

[164] Ver (nota 20), p. 239.

negócios jurídicos, e também não pretendia que as servidões sufocassem a liberdade do domínio.[165]

Schulz comenta que, por um lado, quando as servidões eram ilimitadas no tempo, estavam restritas no seu conteúdo; por outro, quando eram ilimitadas no conteúdo, estavam restritas em relação ao tempo mediante a exclusão da transmissão e da sucessão hereditária. Complementa o autor que as servidões que contrastavam com este princípio, quais sejam, as de superfície e a enfiteuse, somente foram reconhecidas como direitos reais privados na época burocrática, uma vez que na época clássica eram reconhecidas como de direito público (administrativo).[166]

---

[165] Ver IHERING, R. von. *El espiritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Tradução de Enrique Príncipe y Satorres. 5.ed. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--?] 4.t, T.3, p. 226 e ss.

[166] Ver (nota 2), p. 176.

Capítulo sétimo

A PROPRIEDADE NO PERÍODO BUROCRÁTICO

A partir do século III d.C. a propriedade romana sofreu profundas transformações: primeiro foi a extensão da cidadania romana para todos os habitantes do Império, promovida pela constituição de Caracala em 212 d.C., extinguindo a distinção entre cidadãos romanos e estrangeiros; segundo foi a constituição publicada em 292 d.C. por Diocleciano, que submeteu também o solo itálico à tributação, praticamente equiparando-o ao solo provincial; terceiro foi a contínua decadência dos ritos exigidos pelo direito civil para a transmissão da propriedade.[167]

Estas transformações também aconteceram com outros institutos jurídicos dentro do contexto da vulgarização do Direito romano, já comentada anteriormente,[168] onde foi simplificado todo

---

[167] Ver IGLESIAS, (nota 20), p. 231.

[168] Sobre a vulgarização do Direito romano, ver supra, quinto capítulo, Segunda Parte.

o ordenamento jurídico. Somente a partir do trabalho dos professores das escolas de direito de Beryto e Constantinopla a riqueza da jurisprudência clássica foi retomada na grande compilação de Justiniano.[169]

A conjunção destes fatores determinou a extinção de toda uma variedade de tipos de propriedade típicas do período clássico, pois não tinham mais razão de existir na medida que haviam desaparecido as características que as distinguiam.

Assim ocorreu com a propriedade peregrina, na medida que todos os habitantes do império passaram a gozar da cidadania romana. Do mesmo modo aconteceu com a propriedade provincial quando foi retirada a imunidade tributária do solo itálico, equiparando praticamente o exercício da propriedade fundiária na península itálica e nas provinciais senatoriais ou imperiais. Finalmente, a perda de importância dos ritos e exigências para a transmissão do *dominium ex iure Quiritium* tirou a razão de ser da propriedade bonitária.

1. O novo conceito de *dominium* no período burocrático

No período burocrático sobreviveu a denominação de *proprietas* e *dominium* para expressar uma espécie de fusão das propriedades clássicas. Não se pode confundir, todavia, o novo *dominium* com o *dominium ex iure Quiritium* do período anterior, pois suas características não eram equivalentes.

O novo *dominium* não tinha as mesmas exigências formais da forma tradicional anterior. Com o desaparecimento gradual das

[169] Ver DI PIETRO, (nota 18), p.121.

solenidades exigidas para a transmissão da propriedade e devido ao contato com práticas do mundo provincial, introduziu-se inclusive uma nova forma de transmissão da propriedade, não por meio da entrega material da coisa mas por meio de um documento 'notarial'.[170]

Por outro lado, com o abandono da distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi*, a nova classificação das coisas passou a ser entre *res mobiles* e *res immobiles*. Iglesias fala da existência de formas públicas e solenes para a alienação das coisas imóveis, com o registro dos atos.[171] Di Pietro comenta que a tradição romana sempre foi oral e não escritural, disto decorrendo sua pouca atenção à publicidade da propriedade por meio de um registro escrito. O autor refere-se apenas à ação de Constantino para que a venda de coisas imóveis fosse feita diante de testemunhas assim como as doações registradas por escrito diante de um magistrado. Comenta ainda o autor que apenas a província romana do Egito, em função de uma tradição local de registro imobiliário conheceu e operou um sistema eficiente de registro da propriedade.[172]

Afirma Colognesi que a *proprietas* ou *dominium* do período burocrático parece modelada antes na propriedade provincial que propriamente no *dominium ex iure Quirites*.[173] No mesmo sentido expõe Guarino, ao afirmar que o novo *dominium* esteve mais próximo do poder do Estado romano, e deste modo do imperador, como estava anteriormente a propriedade provincial.[174]

De um modo semelhante, a *usucapio*, um instituto do direito civil romano existente desde a lei das XII Tábuas, também sofreu

---

[170] Ver BRASIELLO, (nota 111), p. 117

[171] Ver (nota 20), p. 231

[172] Ver (nota 18), p. 140, e, também, RABEL, (nota 10), S. 50-52.

[173] Ver (nota 52), p. 218-219.

[174] Ver (GUARINO, A. *Storia del diritto romano*. 11.ed. Napoli : Editore Jovene Napoli, 1996, p. 555.

modificações, vindo a se fundir com a *praescriptio longi temporis* da propriedade provincial, passando a exigir prazos de uso sem interrupção muito mais amplos previstos na *praescriptio* para a aquisição da propriedade das coisas: 3 anos para coisas móveis, 10 para as coisas imóveis *inter praesentes* e 20 anos para coisas imóveis *inter absentes*, exigindo-se a boa fé na aquisição original da coisa.[175]

Existiu também uma usucapião especial aplicada a coisas imóveis havidas inicialmente sem boa fé, proposta por Constantino, com prazo de 40 anos de uso ininterrupto. Este prazo foi reduzido posteriormente por Theodósio II para 30 anos. Comparando-se com os prazos de 1 ano para as *res nec mancipi* e 2 anos para as *res mancipi*, verifica-se um grau de exigência bem maior no período burocrático.[176]

Observe-se, portanto, que estas transformações apresentam a característica comum de uma fusão do direito tradicional praticado pelos cidadãos romanos com o direito praticado nas províncias, tendo ocorrido a supremacia de características das instituições jurídicas provinciais sobre muitas características do direito tradicional.

Pode parecer ilógico que as regiões dominadas tenham uma espécie de supremacia sobre a cidade dominadora, mas não se pode esquecer que nesta época já se observava um acelerado declínio da importância de Roma no Império, como já se comentou anteriormente.[177]

Muitos dos imperadores eram cidadãos nascidos nas províncias e pouca identidade possuíam com a cidade de Roma, que deixou de ser o referencial mais importante no período burocrático,

---

[175] Ver GUARINO, (nota 173), p. 555-556.

[176] Ver MIQUEL, (nota 3), p. 190.

[177] Ver, neste sentido, supra, quinto capítulo, Primeira Parte.

localizando-se em Constantinopla o centro mais desenvolvido do Império. Comenta Rabel:

> "*So geht das gesamte klassische Recht schon vermöge der in ihm enthaltenen Elemente in das byzantinische über. Dort wird die Justizhoheit des Staates vervollkommnet, das materielle Recht dem Prozeß vorangestellt, das Recht durch Billigkeitserwägungen zersetzt; dort vermischt sich das römische Recht mit der hellenistisch-orientalischen Welt.*"[178]

Uma característica marcante do período burocrático foi a ampliação da interferência estatal na propriedade privada, que no período anterior ocorria discretamente respeitando, dentro do possível, a plena autonomia da propriedade, tendo por fundamento a *publica utilitas* (utilidade pública) como uma adição à *publica necessitas* (necessidade pública) até então usada como justificação.[179]

No período burocrático também ampliaram-se os *iura in re aliena*, ou seja, os direitos em propriedade de outro. Colognesi comenta uma acentuada tendência a limitar a soberana autonomia do proprietário da terra para melhor aproveitamento dos recursos minerais dizendo que se no Principado existia uma complexa regulamentação para a divisão das vantagens entre os interessados,

---

[178] (Assim, todo o direito clássico, graças aos elementos já nele contidos, passa para o direito bizantino. Lá a soberania judiciária do estado se aperfeiçoa, o direito material é preposto ao processo e o direito é abalado por considerações baseadas em motivos de equidade; lá o direito romano se mistura com o mundo helenístico-orientalizado.) Ver (nota 10), S. 47.

[179] Ver COLOGNESI, (nota 52), p. 222. No mesmo sentido ver DI PIETRO, (nota 18), p. 122. Com posição divergente, negando a existência da expropriação da propriedade privada no Direito romano em qualquer uma de suas épocas, ver BONFANTE, P. *Corso di diritto romano: la proprietà - parte 1.* Milano : Dott. A.Giuffrè Editore, 1966. v.2 (Opere complete di Pietro Bonfante, IV) p. 301-304.

no Império absoluto autorizou-se a extração de minerais e outros materiais mediante o pagamento de uma quota ao proprietário.[180]

Uma grande quantidade de restrições legislativas ao exercício da propriedade imobiliária urbana foram publicadas na época de Zenon, que regulou minuciosamente o direito urbanístico.

Comenta, a respeito, Brasiello:

> "*Le limitazioni furono così varie, ed ebbero così profonde ripercussioni, da aver fatto ritenere a qualche studioso addirittura che da quell'epoca il regime di limitazione dei fondi avesse constituito la regola, e quello della libertà la eccezione.*"[181]

A constituição de Zenon, pelo seu ponto de vista na abordagem do tema e nível de detalhamento das regulamentações, pode ser identificada como uma precursora dos modernos códigos urbanísticos deste século. A característica mais marcante da constituição de Zenon é seu novo enfoque para as construções urbanas, onde as relações de vizinhança são consideradas de um ponto de vista essencialmente público, marcadas por um interesse de caráter social. Colognesi destaca a preocupação do texto legal com as relações espaciais das construções, cuja finalidade era minimizar mútuos prejuízos em relação à iluminação e ventilação, bem como melhorar a circulação pública. Outro aspecto digno de destaque é a dedicação com que se tratou o direito de acesso visual ao mar dos

---

[180] Ver (nota 52), p. 222. No mesmo sentido ver IGLESIAS, (nota 20), p. 239. Posição totalmente divergente apresentam JÖRS e KUNKEL, dizendo inexistirem no Direito romano limitações que favoreçam a exploração de minas. Ver JÖRS e KUNKEL, (nota 11), p. 177.

[181] (As limitações foram tão variadas, e tinham tão profundas repercussões, a ponto de fazer crer absolutamente a qualquer estudioso que naquela época o regime de limitação das terras tivesse constituído a regra, e o da liberdade a exceção.) Ver (nota 111), p. 115.

ocupantes das edificações, que não podia ser tolhido por novas construções.[182]

Como exemplo, reproduz-se a seguir uma das prescrições desta constituição imperial de Zenon:

> C (8, 10, 12, 4): "*Item quum prior lex sanciat, ut liceat centum pedes in altumextollere domus igne antea comsumtas, etiamsi circa maris prospectum alter ladeatur, et hanc tollentes ambiguitatem iubemus, hoc ipsum valere et in combustis aedibus, si iam renovantur, et in iis, quae antea quidem non fuerunt, nunc autem exstruuntur, nec non in iis, quae ab igne quidem nihil damnae passae, per vetustatem tamen vel aliam causam ruinam traxerunt, ut in omni domo exstruenda centum pedum sit intervallum a circumiacentibus locis, et sine prohibitione aedificium fiat, quam vis ad alium pertinentis domus prospectus in mare corrumpatur. Quum vero e culinis solis prospicitur, aut ex latrinis, quae vocantur, aut secessibus aut scalis aut meatibus ad transeundum solummodo utilibus aut ex iis, quae plerique basternia vocant, liceat in mare prospectui officere, etiamsi intra centum pedes quis velit aedificare, dummodo duodecim pedes intermedii sint. Sancimus autem haec observari, quando nullum suppetit pactum, quod aedificare permittat, eos vero, qui ex pacto cum vicino inito aedificant, conventis stare. Tunc enim, et non observato intervallo, iuxta pactumpermittimus extollere aedificia, licet ii, qui contraxerunt vel in horum domos successerunt, circa maris prospectum laedantur, quandoquidem iura, quae ex pactis competunt, pergenerales leges tolli non convenit.*"[183]

---

[182] Ver (nota 52), p. 222.

[183] (*Además, como la ley anterior sanciona que sea lícito levantar hasta la altura de cien pies las casas consumidas antes por un incendio, aunque otro sea lesionado respecto á la vista del mar, quitando también esta ambigüedad mandamos, que esto mismo valga así en cuanto á las casas quemadas, si ya se reedifican, como respecto á*

2. A decadência do poder do *pater familias*

Uma mudança importante do período foi a gradual redução dos poderes do *pater familias*. Na época de Constantino, em 326 d.C., foram reorganizadas as funções civis e militares do Império e estendido o *peculium castrense* aos funcionários do palácio imperial, criando-se o *peculium quasi castrense*, constituído de tudo que os *filii familias* pudessem obter da realização das suas funções servindo a corte imperial como advogados, como eclesiáticos, etc. Mais tarde, outros imperadores estenderam o *peculium quasi castrense* aos demais funcionários assalariados do Estado.[184]

Constantino, por influências helenísticas, em 319 d.C., restringiu ainda mais os poderes do *pater familias*, que não pode mais alienar à sua vontade os bens do filho adquiridos por herança

---

las que antes ciertamente no existieron, pero ahora se construyen, y también en cuanto á las que verdaderamente nada sufrieron por incendio, pero por vejez ó por otra causa cayeron en ruína, de suerte que al edificarse toda casa haya el intervalo de cien pies á los lugares circunyacentes, y se haga el edificio sin prohibición, aunque se estorbe la vista al mar á casa que pertenezca á otro. Mas cuando se ve solamente desde las cocinas, ó desde las que se llaman letrinas, ó desde lugares escusados, ó desde escaleras, ó desde pasadizos solamente útiles para pasar, ó desde las que muchos llaman galerías, sea lícito estorbar la vista al mar, aunque uno quiera edificar dentro de los cien pies, con tal que haya doce pies intermedio. Pero mandamos que se observe esto, cuando no media ningún pacto, que permita edificar, y que los que edifican en virtud de pacto hecho con el vecino estén á lo convenido. Porque entonces, aun no habiéndose guradado el espacio intermedio, permitimos levantar los edificios con arreglo á lo pactado, aunque los que contrataron, ó los que en las casas de éstos sucedieron, sean perjudicados respecto á la vista del mar, puesto que no es conveniente que por leyes generales se quiten derechos, que competen en virtu de pactos.) Ver CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO: Código Libros 6° a 12°, Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol, 6.t, T.5, p. 313.

[184] Ver BONFANTE, (nota 144), p. 166-167, e, também DI PIETRO, (nota 18), p. 305.

materna, embora mantivesse a administração e o usufruto destes bens. Imperadores posteriores ampliaram esta disposição também para as doações, os lucros nupciais, os legados, entre outros, não mais se restringindo aos bens adquiridos da mãe, mas por qualquer aquisição por linha materna.[185] Substancial alteração foi proposta por Justiniano, que considerou o *peculium castrense* ou *quasi castrense* como autêntico patrimônio do *filius familias* ao colocá-lo em sucessão legítima mesmo quando não existia testamento, reconhecendo, desta forma, sua capacidade patrimonial.[186] Somente a partir deste momento surgiu a possibilidade de uma pessoa ter patrimônio individual e não para a família e em função da família.

A respeito desta transformação do direito, são muito pertinentes as palavras de Bonfante:

> "*Asistimos a un espetaculo que se repite con frecuencia en la historia del Derecho romano: las excepciones absorben poco a poco la regla general y la influencia del helenismo invasor, después de la crisis del siglo III acaba por corromper y quebrantar las bases tradicionales de la institución romana.*"[187]

---

[185] Ver BONFANTE, (nota 145), p. 168. Ver, também, DI PIETRO, (nota 18), p. 305-306 e MIQUEL, (nota 3), p. 376.

[186] Ver MIQUEL, (nota 3), p. 376.

[187] Ver (nota 145), p. 169.

CONCLUSÃO

O juristas romanos não se preocuparam em desenvolver formulações abstratas para a fundamentação e discussão teórica do Direito. Diferentemente da cultura grega, a cultura romana não era propensa a especulações filosóficas e dirigia sua atenção para a obtenção de soluções concretas que atendessem às necessidades de cada momento da sua evolução política, econômica e social.

Assim, quem analisar o Direito romano apenas a partir das fórmulas elaboradas pelos juristas para a solução de casos concretos vai encontrar um emaranhado de situações divergentes e contraditórias, tornando impossível a obtenção de uma síntese do pensamento jurídico romano.

A unidade do Direito romano pode ser melhor entendida se observados os princípios nos quais os romanos fundamentavam o Direito. Embora admitindo a sociedade romana como uma sociedade de desiguais, sobre todos aplicava-se um Direito cujos princípios da tradição, da liberdade, da autoridade, da fidelidade, da humanidade, etc, eram respeitados nas formas e fórmulas de expressão do Direito.

Esta parece ser a grande chave para se entender o Direito romano: mais do que ler e transcrever textos de seus juristas, é preciso entender os princípios que fundamentavam cada um destes textos.

O direito de propriedade muito bem ilustra esta conclusão. Embora muitos intérpretes medievais e modernos do Direito romano tenham identificado como característica preponderante do direito de propriedade em Roma o absolutismo, isto não se pode admitir nem em sua época mais primitiva pois, como se demonstrou neste estudo em exemplos concretos retirados das fontes romanas originais, desde o início do processo de civilização da sociedade romana pode se observar a clara submissão do exercício da propriedade ao interesse social.

A submissão do exercício da propriedade, inicialmente ao interesse de grupos aparentados e, posteriormente, à sociedade toda, evidencia o privilégio do princípio da humanidade sobre os demais princípios do direito, o que permite que se afaste também o individualismo como característica marcante da propriedade romana, como alguns romanistas o fizeram, pois mesmo quando exercida individualmente, a propriedade romana sempre esteve sujeita ao interesse social.

Pode-se concluir, portanto, que a propriedade liberal moderna não tem sua origem na propriedade romana, com a qual guarda insuperáveis diferenças de princípio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia.* Tradução e revisão de Alfredo Bosi e colaboradores. 2.ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1982. 980p. Tradução do original italiano: Dizionario di filosofia.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano.* Tradução da décima edição italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Ediciones Depalma., 1986. 682p.

---- *Historia del derecho romano.* Tradução de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. 5a.ed. Madrid: Editorial Reus, 1994. 527p. Tradução da 2a.ed. italiana.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di diritto romano.* 2.ed. Padova: CEDAM, 1947. v.1. 517p.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano.* 3.ed. Milano: Dott.A.Giuffrè, 1956. 761p.

BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii: proprietà e servitù.* Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918. 987p. v.2.

----- *Instituciones del derecho romano.* Tradução de Luis Bacci Andrés Larrosa e revisão de Fernando Campuzano Larrosa. Madrid: Editorial Reus, 1929. 688p. (Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Estranjeros, 133). Tradução da oitava edição italiana.

----- *Historia del derecho romano.* Tradução de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. 379p. v.2. (Serie C. Tratados Generales de Derecho Privado y Público, 25)

----- *Corso di diritto romano: la proprietà - parte 1.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1966. v.2 (Opere complete di Pietro Bonfante, IV) 552p.

BRASIELLO, Ugo. Proprietà (diritto romano). In: *Novissimo Digesto Italiano*. 3.ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese,1957. v. XIV. p.111-20.

BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1990. 381p. (Coleção Imprensa Universitária, 73). Tradução do original italiano: Storia del diritto romano.

BRUNS, Carolus Georgius. *Fontes iuris romani antiqui: leges et negotia*. 7.ed. Tubingae: In Libraria I.C.B. (P.Siebeck), 1909. Post curas Theodori Mommseni editionibus quintae et sextae adhibitas. Septimium edidit Otto Gradenwitz. 435p.

CAMPELLO, Manoel Netto Carneiro. *Direito romano*. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929 v.1. 340p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução e introdução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 311p. Tradução do original alemão: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz.

CHURRUCA, Juan de. *Introduccion historica al derecho romano*. 4.ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1987. 283p.

CLAVERO, Bartolomé. *Institucion historica del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992. 229p.

COGLIOLO, Pietro. *Storia del diritto privato romano (dalle origini all'impero)*. Firenze: G.Barbèra Editore, 1889. 274p. (Manuali Barbèra).

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Editora Hemus, 1975. 310p. Tradução do original francês: La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grece et de Rome

COLOGNESI, Luigi Capogrossi. Proprietà:proprietà in generali-a)diritto romano. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1988. v.37. p.160-225.

----- A cent'anni dalle *'res mancipi'* di Pietro Bonfante. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v.17, Milano: Giuffrè Editore, 1988, p. 111-154.

CORREIA, A., SCIASCIA, G. e CORREIA, A.A.C. *Manual de direito romano*. 2.ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1955. v.2 (Institutas de Gaio e de

Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino) 657p.

CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO: Instituta - Digesto 1°, 2° y 3° partes. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol. 6.t T.1 988 p.

----- Digesto 4° y 5° partes. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol. 6.t T.2. 844 p.

----- Digesto 6° y 7° partes. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol. 6.t T.3. 968 p.

----- Código Libros 6° a 12°. Tradução de Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Editorial Lex Nova, [1988]. Edição bilíngue latim/espanhol. 6.t T.5. 797 p.

DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Tradução de Hermínio Carvalho. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1986. 556p. Tradução do original francês: Les grands systèmes du droit contmporains (droit comparé).

D'ORS, A. *Elementos de derecho privado romano.* Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, S.A., 1992. 165p.

DI PIETRO, Alfredo. *Derecho privado romano.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996. 433p.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado.* Tradução de José Silveira Paes. São Paulo: Global Editora, 1985. (Coleção Bases, 45) 237p.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método I: fundamentos de una hermenéutica filosófica.* Tradução de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 6.ed. Salamanca: Ediciones Sígueme (Colección Hermeneia), 1996. 697p. Tradução do original alemão: Wahrheit und Methode.

GARCIA, César Rascón. *Manual de derecho romano.* 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. 340p.

GATTI, Edmundo. *Propriedad y dominio.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. 111p.

GLOTZ, G. *A cidade grega.* 2.ed. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988. 355p.

GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano.* Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1991. 278p.

GRAZIANI, C.A *Il riconoscimento dei diritti reali.* Padova: CEDAM, 1979. 323p. (Publicazioni dell'Istituto di Diritto Privato dell'Università di Roma, 21).

GROSSI, Paolo. *Historia del derecho de propriedad: la irrupción del colectivismo en la conciencia europea.* Tradução de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. 188p. Tradução do original italiano: Un altro modo di possedere.

----- Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna'), In: *Il dominio e le cose - percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992. p. 385-437.

----- Proprietà: proprietà in generali (diritto intermedio). In: *Enciclopedia del Diritto.* Milano: Giuffrè Editore, 1988. v.37. p.226-254.

GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di storia del diritto romano.* 3.ed. Torino: G.Giappichelli Editore, [1955]. 519p.

----- *Problemi sistematici nel diritto romano: cose - contrati.* Torino: G.Giappichelli Editore, 1974. 176p.

GUARINO, Antonio. *Storia del diritto romano.* 11.ed. Napoli: Editore Jovene Napoli, 1996. 812p.

----- *Estudios romanos de derecho e historia.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1952. 104p. (Publicaciones del Seminario de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona).

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: historia e instituciones.* 11.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. 662p.

----- *Estudios romanos de derecho e historia.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1952 (Publicaciones del Seminario de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona, II) p. 104.

IHERING, Rudolf von. *El espiritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo.* Tradução de Enrique Príncipe y Satorres. 5.ed. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--?a]. 4.t. T.1. 414 p.

----- *El espiritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo.* Tradução de Enrique Príncipe y Satorres. 5.ed. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--?a]. 4.t. T.2. 343 p.

----- *El espiritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Tradução de Enrique Príncipe y Satorres. 5.ed. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--?a]. 4.t. T.3. 405 p.

JÖRS, Paul e KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano*. Tradução da segunda edição alemã de L. Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1965. 559p.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Editora Perspectica, 1987. 257p. (Coleção Debates, 115). Tradução do original inglês: The structure of scientific revolutions.

KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução da quarta edição alemã de Juan Miquel. 9.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. 248p. Tradução do original alemão: Römische rechtsgeschichte: eine einführung.

MAINE, H.S. *Ancient law*. London: J.M.Dent & Sons Ltd, 1954.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*. São Paulo: Edusp, 1995. 99p. (Biblioteca Edusp de Direito, 4)

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. *Curso de direito romano: história e fontes*. São Paulo: Livraria dos Tribunais Editora, 1996. 279p.

MIQUEL, Joan. *Derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992. 457p.

MOMMSEN, Theodor. *Compendio del derecho publico romano*. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1942. 503p.

ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. 2.ed.Torino: G.Giappichelli Editore, [1963]. 698p.

PUGLIESE, Giovanni. Diritto - diritti soggettivi (diritti reali). In: *Enciclopedia del diritto*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v.XII. p. 755-775.

RABEL, Ernst. *Grundzüge des römischen Privatrechts*. 2.auf. Basel: Ed.Benno Schwabe & Co, 1955.

RICCOBONO, Salvatore. *Roma, madre de las leyes*. Tradução de J.J.Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975. 97p. (Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales).Tradução do original italiano:Roma madre delle leggi.

----- *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*. 2.ed. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1949. 247p.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução de J.J.Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. 89p. (Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales).Tradução do original alemão:Juristische methodenlehre.

SCIALOJA, Vittorio. *Teoria della proprietà nel diritto romano*. [Roma]: Anonima Romana Editoriale, 1933. 401p. v.2.

SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. London: Oxford University Press, 1953. 358p.

----- *Derecho romano clássico*. Tradução de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1960. 620p. Tradução do original inglês: Classical roman law.

----- *Principios del derecho romano*. Tradução de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Editorial Civitas, 1990. 298p. (Monografias Civitas).

STAATSLEXIKON. Zweiter Band, 7 Aufl., Freiburg u.a., 1986.

TITO LÍVIO. *História de Roma: ab urbe condita libri*. Tradução de Paulo Matos Peixoto. São Paulo : Editora Paumape, 1989. v.1. 456p. Tradução do original em latim: Ab urbe condita libri.

TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino português*. 2.ed. Porto: Editora Gráficos Reunidos, 1942. 947p.

ULPIANO. *Reglas de Ulpiano*. Texto latino com uma tradução de Francisco Hernandez Tejero. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Juridicos, 1946. 66p. (Textos Jurídicos Antiguos, 1)

VILLEY, Michel. Los orígenes de la noción de derecho subjetivo. *Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo*. Tradução de Alejandro Guzmán Brito e outros. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976. p. 23-57. (Colección Jurídica Serie Mayor). Coletânea de artigos publicados e palestras proferidas pelo autor.

----- Acerca del sentido de la expresión 'ius in re' el el derecho romano clásico. In:*Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo*. Tradução de Alejandro Guzmán Brito e outros. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976. p. 101-123 (Colección Jurídica Serie Mayor). Coletânea de artigos publicados e palestras proferidas pelo autor.

WEBER, M. *História agrária romana*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1994. 283p. (Coleção O homem e a história). Tradução da versão espanhola do original alemão: Römische Agrargeschichte.

OUTROS LIVROS DE NOSSA EDIÇÃO

Marc Ancel (do Institut de France)
Utilidade e Métodos do Direito Comparado

Plauto Faraco de Azevedo (Prof. da Univers. Federal do RS)
Justiça Distributiva e Aplicação do Direito
Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica

C. E. de Abreu Boucault (Prof. da Univers. Estadual de São Paulo)
Direitos Adquiridos no Direito Internacional Privado

M. F. Carneiro
Avaliação do Dano Moral e Discurso Jurídico

Ricardo H. M. Dip
Registros Públicos e Segurança Jurídica

J. Felipe Ledur
A Realização do Direito ao Trabalho

Konrad Hesse
Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha

Elício de Cresci Sobrinho (Advogado)
Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil
Dever de Esclarecimento e Complementação no Processo Civil
Litisconsórcio, Doutrina e Jurisprudência

Luiz Edson Fachin (Prof. da Univers. Federal do PR)
A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea (Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)
Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida

J. W. Ferreira Sº (Prof. da Univers. Federal de Juiz de Jora - MG)
Pesquisa em Direito e Redação de Monografia Jurídica

L. A. Heck (Atual Prof. da UNISINOS - RS)
O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais

Silvio de Macedo (Prof. da Univers. Federal de Alagoas)
História do Pensamento Jurídico

Marcos V. Feu Rosa (Magistrado no Espírito Santo)
Prazos Dilatórios e Peremptórios

Nelson Saldanha (Prof. da Univers. Federal de PE)
O Jardim e a Praça - Ensaios sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica

Lord Leslie Scarman (Magistrado da House of Lords)
O Direito Inglês: A Nova Dimensão

C. A. Souza (Mestre em Teoria Geral do Processo)
Poderes Éticos do Juiz

Herm P. Westermann (Prof. da Univers. Bielefeld, Alemanha)
Código Civil Alemão / Direito das Obrigações / Parte Geral

H. Westermann (Prof. da Univers. de Münster - Alemanha)
Código Civil Alemão / Parte Geral (BGB Allg. Teil)

ISBN 857525074-4
9 788575 250747