

DR. PEDRO MARTINS

---

HISTORIA GERAL

DO

DIREITO ROMANO,

PENINSULAR E PORTUGUÊS

*Lições feitas na Universidade de Coimbra  
ao curso da segunda cadeira da Faculdade  
de Direito de 1906-1907*

---

COIMBRA

IMPrensa DA UNIVERSIDADE

1906

# INTRODUÇÃO

---

## § 1.º

### Noção e conteúdo da historia do direito

1. Idéa geral do phenomeno juridico, como realidade historica, e da norma juridica. *Processus* natural da sua formação e sua indole evolutiva. Possibilidade e necessidade do estudo historico do phenomeno juridico.
2. Objecto e noção da historia do direito.
3. Delineação do conteúdo da historia do direito; distincção entre ella e a historia da legislação e a do direito positivo.

1. «A vida social, escreve Icilio Vanni, é a resultante de um systema complicado e especializado de órgãos e de funcções. Alguns destes órgãos e funcções têm por fim regular a conducta humana e constituem o «*systema regulador*» da sociedade... Estas forças directoras ou se concentram em instituições verdadeiras e proprias como o Estado, a Egreja, a Escola na sua funcção educadora, ou em *normas de conducta*, as quaes determinam e regulam o modo e a fórma que as acções humanas *devem* revestir; e por maneira tal, que não são meros conselhos ou modelos offerecidos á actividade humana que seja facultativo seguir ou rejeitar, mas verdadeiros imperativos ou normas com character obrigatorio (1).

---

(1) *Lezioni di filosofia del diritto* (Bologna, 1904), pag. 63.

Estas normas, que, durante os primórdios da vida social humana, viveram fundidas na mesma unidade material e formal, conforme á homogeneidade incoherente e indefinida que então distinguia os aggregados humanos, foram-se diferenciando e especializando com o decorrer do tempo por fórma a scindirem-se em grupos, certamente affins quanto ao intuito geral, mas differentes pelo character, pela structura, pela esphera de acção, pela funcção especifica e differencial que exercem, e pela garantia que as defende e actúa. Assim é que, lançando os olhos para a sociedade civilizada contemporanea, se nota immediatamente ao lado da norma religiosa, tão absorvente nos primitivos tempos e garantida pelo poder da divindade, a norma moral, dia a dia mais emancipada da tutela religiosa, e garantida exclusivamente pela consciencia publica ou individual, e um outro grupo de normas, que destacam pela sua grande extensão e excepcional importancia, e cujo character especifico e differencial está em que são reconhecidas e applicadas coactivamente pelo Estado, mediante órgãos proprios.

São as normas juridicas, cujo fim é *assegurar, por meio da coacção judicial, a realização das condições necessarias á existencia e aeseenvolvimento dos aggregados sociaes que não encontram garantia efficaç nos dictames da consciencia publica ou no regular funccionamento das actividades collectivias*.

Na verdade, a funcção do direito, como norma reguladora da vida social, tem sido, atravez da historia, desde a constituição gentilicia do clan até o Estado moderno, uma *funcção de garantia*, diversa no seu aspecto formal e na sua organização segundo o maior ou menor progresso do momento historico em que se considere, mas a mesma em sua natureza e fins. E, em these geral, devemos dizer com Icilio Vanni que o direito tem sido uma força organizadora e conjunctamente um instrumento de cultura. «Uma força orga-

nizadora, porque, estabelecendo uma ordem nas relações humanas, limitando as actividades, coordenando-as e subordinando-as aos interesses geraes de todo o grupo, tornou possivel a organização social. Um instrumento de cultura, emquanto, garantindo as varias manifestações da actividade humana, tornou possivel a elevação da convivencia humana a fórmas sempre mais progressivas. Integrando os dois conceitos, podemos dizer com Schäffle («*Struttura e vita del corpo sociale*») que, considerado na sua generalidade, o direito é *uma organização de garantia que tem assegurado a conservação e o desenvolvimento dos aggregados sociaes e dos seus componentes no aecurso aa mistoria*» (1).

Ora, do mesmo modo que todos os phenomenos do mundo inorganico e organico, as normas e as instituições juridicas não representam o producto mysterioso de um acaso indécifavel ou a invenção arbitraria de um só ou de varios individuos, de uma só geração ou de uma só época; são, no mundo super-organico, a expressão necessaria e natural de um longo *processus* de formação e de evolução historica, produzido pela acção e reacção reciproca dos varios elementos que se agitam e luctam no seio das sociedades.

Como a religião, o direito é o producto de um intimo trabalho da consciencia social, é um phenomeno psycho-colle-

---

(1) Cf. Icilio Vanni, *ob. cit.*, pagg. 215-216. Não se esqueça que só em these geral affirmamos o que fica exposto no texto. Relativamente a certos grupos de relações sociaes e em certos periodos da evolução historica, a consciencia social ha sido, quanto á elaboração das normas ethicas e juridicas, offuscada ou desencaminhada pela acção perniciosa de factores, a que escriptores italianos chamam — *influencias sinistras*; — e tem, por isso, deixado de ser interprete illuminada, imparcial e fiel das necessidades de conservação e progresso colectivo. Cf. Icilio Vanni, *ob. cit.*, pag. 217 e segg.

citivo, ou, na phrase de Wundt, um dos productos espirituaes da comunidade.

«Em toda a comunidade, escrevê Icilio Vanni, se formam idéas e sentimentos dominantes, relativamente á conducta humana e ao modo por que esta deve realizar-se; se formam convicções communs de que a conducta deve obedecer a certos principios e conformar-se com certas normas: idéas e convicções que, pelo objecto a que se referem, se devem dizer ethicas, e a que Ardigó, que as analysou profundamente na sua *Sociologia*, chama idéas sociaes. Se as idéas e os sentimentos ethicos da consciencia social são acompanhados pela convicção de que certos modos de conducta devem ser a todo o custo observados e que ainda mesmo coercivamente se deve impôr a sua observancia, então á convicção ethica junta-se a *opinio juris*, isto é, a opinião da necessidade juridica de uma determinada acção. Em todo o caso, uma convicção ethica de uma comunidade exprime não só idéas e sentimentos communs, como também vontades convergentes que se affirmam e impõem perante vontades singulares como um querer colectivo superior. Para que taes convicções que afinal são meros factos internos ou estados de consciencia se possam converter em normas de conducta e assumir character obrigatorio, é necessario um processo exterior cognoscivel por certos caracteres formaes, mediante o qual o querer superior ao querer de cada um se fixa e se torna visivel e concreto» (1).

Uma vez elaborado, o direito não cristalliza em formas fixas e immutaveis. Gerados em as necessidades, sentimentos e idéas sociaes que vivem num constante, ainda que lento, movimento de transformação, os phenomenos e as instituições juridicas agitam-se também num incessante *devenir*,

(1) *Ob. cit.*, pagg. 210-211.

correspondente ao dos elementos de que são producto. «O direito, na phrase de Vico, escreve Salvioli, é uma idéa humana, uma idéa historica, isto é, uma idéa necessariamente relativa e diversa no espaço e no tempo, proporcionada ás condições particulares que determinam toda a vida de um povo, ao grau da sua mentalidade, á forma da sua organização economica» (1).

Em resumo: a genese e a formação dos phenomenos juridicos effectuam-se por um *processus* natural e a sua indole é evolutiva (2).

Sendo assim, se os phenomenos e as instituições juridicas são producto da constituição economica e social, fructo da evolução de conceitos, usos e costumes preexistentes, corollario dos esforços e da experiencia dos legisladores e dos jurisconsultos, resulta em conclusão que não podem ser devidamente estudados e comprehendidos, sem que ao conhecimento das formas actuaes se junte e sirva de base o das origens e das formas anteriores que naquellas se transformaram (2).

2. Investigar essas origens, a formação e a evolução das leis e dos costumes, seus elementos componentes, e as forças que os modificaram e transformaram; mostrar os laços que prendem o direito actual ao direito anterior; e descobrir nas condições de existencia e desenvolvimento da sociedade a causa e a explicação do apparecimento e das transformações do phenomeno juridico: — eis o objecto da historia do direito,

(1) *Manuale di storia del diritto italiano delle invasioni germaniche ai nostri giorni*, III ediz. (Torino, 1899), *Introd.*, pag. 1.

(2) Cf. Salvioli, *ob. cit.*, *Int.*, pag. 1; Rafael Altamira, *Historia del derecho español*, Cuestiones preliminares (Madrid, 1903), pagg. 1-6.

que pôde definir-se: *a disciplina que investiga, expõe e explica a genese, formação e transformação evolutiva dos phenomenos juridicos, em harmonia com as condições de existencia e desenvolvimento da sociedade* (1).

3. Desta noção, interpretada de harmonia com as idéas anteriormente expostas, resulta que entra no conteúdo da historia do direito não só aquillo que é característica e rigorosamente iuridico, mas ainda os factos e elementos não jurídicos, de ordem economica, familiar, religiosa, scientifica ou politica, que explicam o apparecimento e as transformações evolutivas dos phenomenos e instituições juridicas.

E como a organização economica e social de um povo está em intima relação com o territorio que este habita e a raça a que pertence, a historia do direito deve analysar preliminarmente estes elementos, que em si encerram muitas vezes a explicação do apparecimento e das modalidades de algu-

(1) Como resulta evidentemente da noção exposta no texto, não acceitamos a concepção *politica* da historia, segundo a qual a civilização seria o producto da acção dos factores politicos, encarnados sobretudo nas grandes individualidades historicas, — principes, generaes ou homens de genio, — nos grandes homens emfim.

Perfilhamos a concepção social da historia que hoje, mercê dos progressos da sociologia e das sciencias sociaes particulares, vae invadindo e dominando a sciencia. O predominio da acção dos grandes homens é, nesta concepção, substituido pelo da acção das collectividades; e o factor politico deixa de ser considerado o fulcro da historia, em torno do qual se desdobra toda a vida social, para a sua função se ligar á dos outros factores sociaes e julgar-se a vida da humanidade o integral organico dessas funções.

A historia do direito, com a applicação desta concepção, do mesmo passo que se democratiza, emancipa-se da historia politica, da qual constituia um capitulo. (Cf. sobre as concepções da historia em geral e da historia do direito, Rafael Altamira, *La enseñanza de la historia* (Madrid, 1895), pagg. 112-159; e *ob. cit.*, app. 1.º, pagg. 165-210).

mas ou de muitas instituições e a razão das suas diferenças locais.

Pelo que respeita aos phenomenos rigorosamente juridicos, convem notar que a historia do direito não deve limitar-se ao estudo da regra legislativa ou consuetudinária estabelecida; como sensatamente escreve Rafael Altamira, — «o homem não realiza só praticamente o direito, cumprindo, annullando, modificando relações: *pensa-o* tambem, vive-o em actos de intelligencia e *sente-o* em actos de sentimento. Esta vida intellectual e sentimental do direito é elemento tão substancial da historia como os factos exteriores de realização, já porque é causa directa destes (emquanto todo o facto é producto de uma idéa e de um movimento sentimental), já porque se produz com independencia da vida prática e sem attenção immediata a ella, como opinião, como conhecimento, scientifico, como sympathia ou antipathia sentimental em relação a uma direcção determinada do direito.

De ordinario, até hoje, só se tem apreciado, desta ordem de factos, os intellectuaes e, destes, uma só categoria, — os scientificos, — considerando-se a sciencia do direito parte integrante da historia juridica. Mas não soffre duvida que a opinião vulgar, a forma commum de conhecer o direito é elemento tão importante e de tão grande ou maior influencia do que o seu conhecimento scientifico, não só porque é a da maioria, mas tambem porque possui um significado mais pratico, visto estar em relação mais intima com a vida e realização do direito» (1).

E, por maioria de razão, a historia de direito deve tomar em consideração os factos sentimentaes, pois que estes, mais do que as idéas, como profundamente ensina Spencer, determinam e regem a nossa conducta.

(1) Cit. *Historia del derecho español*, pagg. 13-14.

Do que fica exposto se infere que o âmbito da historia do direito é mais largo que o da simples *historia da legislação* e se não confunde tambem com o da *historia do direito positivo*, como, aliás, muitos escriptores ensinam.

É mais largo do que o da historia da legislação, visto que, além da lei, comprehende: a fôrma consuetudinária da realização do direito, cuja excepçional importancia não é permittido desconhecer; a jurisprudencia, cuja funcção não se limita a applicar mecanicamente a lei aos casos particulares de duvida ou de violação, mas a interpreta, critica e mostra a sua adaptação aos factos particulares e consequente integração na vida real; e ainda a *sciencia juridica*, a expressão mais alta e perfeita da vida mental do direito.

Não se confunde com o da historia do direito positivo, porque, ou se entenda por esta expressão, como geralmente succede, — o conjuncto das *regras legaes* e consuetudinárias reconhecidas por um povo num determinado momento, — ou — o conjuncto de regras que *real e effectivamente* vivem em cada momento da evolução historica, — sempre existem differenças attendiveis.

No primeiro caso, ter-se-hia de excluir do conteúdo da historia do direito os factos de pensamento e de sentimento que não chegam a traduzir-se ou formular-se em regras; no segundo, dar-se-hia facto identico em relação ás leis e regras que se não realizam praticamente. «E, comtudo as leis que estão neste caso nem por isso perdem a sua qualidade de manifestação da intelligencia juridica de um povo ou das *classes* dominantes; e a falta do seu cumprimento tem o valor de nos revelar a existencia de ideias diferentes nas *classes* sociaes e de processos diferentes na vida juridica dos diversos grupos, em virtude da diversidade de cultura e de outras condições de vida» (1).

(1) Cf. Altamira, *ob. cit.*, pag. 36.

## Divisões da historia do direito

1. Divisão da historia do direito em externa e interna. Criterio de distincção de Leibnitz. Criterio dos jurisconsultos posteriores e hoje dominante. Noção de historia externa e interna do direito. Noção de fontes do direito e de instituições juridicas.
2. Analyse critica da divisão referida.

1. Divide-se geralmente a historia do direito em historia externa e historia interna.

Esta divisão foi apresentada pela primeira vez por Leibnitz no seu trabalho, intitulado — *Methodi novæ descendæ docendæque jurisprudentiæ*.

«*Jurisprudentia historica*, — escreveu ahi este notabilissimo philosopho, — *est vel interna vel externa: Illa ipsam jurisprudentiæ substantiam ingreditur, hæc adminiculum tantum est, et requisitum*» (1).

A historia externa, segundo Leibnitz, não se occupava, pois, de factos juridicos; era, para nos servirmos da fórmula, empregada por Altamira, «a historia de todo o movimento social de um povo, emquanto as idéas e os factos que o constituem influem ou se traduzem na legislação» (2).

Os jurisconsultos posteriores a Leibnitz, como Hoffman, Heinnecio e os da escola historica, applicaram, porém, a idéa de distincção entre externo e interno á mesma historia do direito, ao conjuncto integral dos phenomenos juridicos, separando as fontes das instituições. Foi este o ponto de

(1) *Leibnitzi opera omnia*, tom. IV (Genevæ, MDCCCLXVIII), pars. III, pag. 191.

(2) *Ob. cit.*, pag. 36.

vista que prevaleceu, sendo actualmente seguido pela maioria dos escriptores.

*Historia externa do direito*, segundo esta concepção, vem a ser — a investigação e exposição da genese, formação e transformações das fontes de que as normas juridicas immediatamente procedem, e dos factos sociaes e politicos que as determinam ou explicam; e *historia interna* — a investigação e exposição das instituições juridicas desde a sua origem e nas transformações que soffreram, em harmonia com as condições de existencia e desenvolvimento da sociedade (1).

Pela expressão — *fontes do direito* —, considerada no significado particular que tem entre os cultores do direito, — entende-se — ou os órgãos sociaes e politicos de que immediatamente derivam as normas juridicas, ou num sentido mais technico e rigoroso, os modos de formação do direito, as formas sob que elle se revela e actúa, e os monumentos, os textos, as regras que o formulam ou exprimem (2).

(1) Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français* (Paris, 1843), vol. I; Eduardo Hinojosa, *Historia general del derecho español*, tom. I (Madrid, 1887), *Introd.*, pag. 1; Antonio Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'imperio romano alla codificazione*, II ediz., pag. 10; J. Marques, *Historia de direito patrio* — resumo confeccionado sobre as prelecções do ex.<sup>mo</sup> sr. dr. Guilherme Moreira ao curso do 1.<sup>o</sup> anno juridico de 1894-1895, pag. 10.

Segundo uma outra concepção, pouco seguida e manifestamente arbitraria, a historia interna do direito seria a historia das suas fontes e a historia externa a dos factos que o determinam e explicam. Dest'arte, ficaria fóra do ambito de uma e de outra a exposição da genese, formação e transformação do conteúdo intrinseco do proprio direito, certamente o objecto principal da historia do direito. Cf. sr. dr. Marnoco e Sousa, *Historia das instituições do direito romano, peninsular e português* (Lisões, 1904-1905), pag. 7.

(2) Cf. Pietro Cogliolo, *Filosofia del diritto privato* (Firenze, 1888), pagg. 40-41; Landucci, *Storia del diritto romano dalle origine fino alla*

Considerada em seu significado juridico, dizemos, porque se á palavra — *fontes* — ligarmos o conceito vulgar de *origem* ou *principio*, a unica fonte de direito é a consciencia collectiva, reflector e expressão das necessidades sociaes. De feito, só ella gera e produz o direito, não sendo a *sententia judicis*, o costume, a lei ou a jurisprudencia mais do que formas exteriores da sua realização; só ella, servindo-nos da terminologia de Landucci, é a *fonte intrinseca* do direito, em contraposição aos modos por que este se realiza e actúa, que são *fontes extrinsecas*.

Alguns escriptores, e entre elles Hauriou (1), não perflham o conceito technico de fontes que fica exposto, e distinguem entre *fôntes* e *monumentos do direito*, designando por aquellas os organismos politicos de que emanam as regras juridicas (poder legislativo e tribunaes); e por estes os textos que as exprimem (leis, codigos, ordenanças, sentenças, etc.). Mas, como justamente critica Rafael Altamira, «este sentido não é o corrente. Nem corresponde á tradição scientifica que sempre tem entendido como fontes os textos ou, melhor, as regras de direito formuladas; nem ha razão solida em que se apoie». De feito, se é erroneo afirmar em absoluto com Altamira que na vida juridica o preceito é tudo, resultando indifferente o poder de que emana, é certamente incontestavel que aquelle é o elemento principal e praticamente quasi absorvente.

Além disso, se acceitassemos a idéa fundamental que preside á distincção de Hauriou, a razão e a logica impunham-nos a obrigação de ir além dos organismos politicos

*morte di Giustiniano*, II ediz, vol. I, parte 1.<sup>a</sup>, pagg. 33, 35 e 39; Rafael Altamira, cit. *Historia del derecho español*, pagg. 38-40; sr. dr. Guilherme Moreira, *Lições de direito civil* (1902-1903), pagg. 4-5.

(1) *L'histoire externe du droit* (Paris, 1884).

e judiciaes para encontrarmos a verdadeira fonte das regras juridicas, que é a consciencia social, onde o direito se gera e elabora.

*Instituições juridicas*, — no significado mais natural e technico, — são systemas de normas reguladoras de relações juridicas, isto é, relações de vida social, disciplinadas e garantidas pelo direito.

Sua materia prima são normas e relações; e surgem quando aquellas e estas começam de se agrupar e coordenar logicamente em torno de grandes centros de unidade, como a propriedade, a familia, etc. (1).

2. A divisão da historia do direito em externa e interna tem suscitado vivas criticas por parte de muitos escriptores.

Entre outros reparos, allega-se que ella contrarie a unidade organica das partes do direito e se inspira no conceito de que o apparecimento e a evolução das fontes são independentes do apparecimento e evolução das instituições.

Nota-se tambem que os mesmos escriptores, que acceitam o criterio dominante da divisão da historia do direito em interna e externa, faltam a elle nas suas obras, onde, para descrever e explicar convenientemente a genese e o desenvolvimento das fontes, precisam de expôr noticias respeitantes ás instituições da epoca, entrando assim em pleno dominio da historia interna.

E, finalmente, observa-se que a referida divisão, tal como é exposta por muitos escriptores, assenta sobre a idéa de

(1) Cf. sr. dr. Marnoco e Sousa, *Historia das instituições do direito romano, peninsular e português* (1904-1905), pagg. 6-7; Biagio Brugi, *Istituzioni di diritto giustiniano* (Verona, 1897), pag. 45; Icilio Vanni, *ob. cit.*, pag. 132 e segg.

que é preciso que se produzam primeiramente as fontes para que nasçam as instituições. Assim é que o sabio erudito Hinojosa, não obstante ter fundamentalmente uma idéa mais organica da historia do direito que a maioria dos escriptores, diz que a historia externa deve preceder a interna, por ser sua base e fundamento (1).

Ha nestas observações muita verdade que não é licito desprezar.

Com effeito, as fontes de direito, isto é, os modos de sua formação, as formas sob que elle se revela, ou seja o costume ou seja a lei, são um phenomeno tão natural como as proprias instituições; são essenciaes á organização do direito; e, em certo modo, podem dizer-se seus elementos internos.

A relação de causalidade que muitos escriptores estabelecem apenas entre as fontes e as instituições apparece muitas vezes na historia invertida; isto é, o progresso das instituições determina o apparecimento de novas fontes ou modos de formação do direito.

Tudo isto mostra a relação intima que prende entre si os dois ramos da historia e a consequente necessidade de não os conceber isolados e independentes.

A prática dos mesmos historiadores que acceitaram para base dos seus trabalhos a distincção referida é, neste ponto, argumento decisivo. Com effeito, quasi todos estudam, ao lado das fontes, as instituições que produziram e explicam o seu apparecimento, sobretudo as instituições politicas; e ainda aquelles que, como P. Krueger (2), procuram manter-se rigorosamente fieis ao principio basilar da distincção da historia em externa e interna se vêem forçados aqui e além a

(1) *Ob. cit.*, Introd., pag. 2.

(2) *Histoire des sources du droit romain*, apud *Manuel des antiquités romaines* por Mommsen, Marquardt e Krueger, tom. XVI, trad. por Brisaud (Paris, 1894). É uma obra notabilissima e modelar no seu genero.



expôr noticias relativas ás instituições, penetrando dest'arte no dominio da historia interna.

É que a historia externa e interna do direito são partes organicas de um mesmo todo, como essenciaes á organização do direito são as instituições e as fontes que, em ultima analyse, têm natureza institucional. A divisão abstracta e geral da historia do direito em externa e interna segundo o criterio predominante assenta, por isso, numa base mais convencional do que scientifica e, em nossa opinião, não se deve admitir, tanto mais que a impossibilidade prática da sua actuação é um facto incontestavel, a não ser que se faça da historia externa mero registo, secco e indigesto, sem interesse nem valor scientifico, do nome, estrutura, forma, tempo e lugar do apparecimento das fontes.

Vantagens de indole methodica podem aconselhar no estudo historico dos phenomenos juridicos a exposição prévia das fontes e dos meios de investigação que a historia possui; mas nunca se deve esquecer o aspecto social e juridico daquellas, como modos de formação do direito.

Por isso, rigorosamente, a expressão historia externa, servindo para designar o estudo das fontes, é uma expressão impropria; «na concepção organica da historia do direito, escreve Altamira, não teria cabimento outra historia externa que não fosse a que Leibnitz definiu ha tres seculos, algo modificada em seus termos: a historia do movimento social, *não juridico*, de um povo, emquanto se traduz, ou, melhor, dá origem ou motivo não só a legislação, (unica fonte a que Leibnitz attendia) mas tambem a qualquer forma de regra e conducta juridica» (1).

(1) Cit. *Historia del derecho español*, pag. 46. Cf. a mesma obra págg. 38-47; Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. por O. de Meulenaere, II edit., tom. I (Paris, 1880), pag. 59 e segg.

### § 3.º

#### Importancia e utilidade da historia do direito

1. Importancia e utilidade da historia do direito: seu triplice aspecto: scientifico, politico e exegetico.
2. Exame de algumas objecções.

1. A importancia e a utilidade da historia do direito resultam da noção que desta apresentamos.

Se os phenomenos e as instituições juridicas se formam por um *processus* natural e possuem indole evolutiva, como é irrecusavelmente verdadeiro, a disciplina, cuja funcção seja investigar e descrever esse *processus* e as transformações soffridas pelas instituições tem uma importancia e utilidade excepçional, que pôde ser considerada sob tres aspectos: scientifico, politico e exegetico.

Assim, só mediante um cuidadoso e inductivo exame historico das causas e factores de todo o facto social e juridico é possivel chegar a uma explicação criticamente realista das origens do direito; só por meio da historia se pôde comprehender e formular o sentido da evolução juridica, surprehendendo o character real, vivo e organico dos institutos, sempre aptos para novos productos e para novas formas; e só tambem por meio della é possivel reconhecer e traçar a natureza e o alcance das funcções e dos fins, para cuja realização o direito surge, se affirma e constitue.

Demais, só a historia do direito permite ao sociologo indagar e formular, quanto possivel, as leis tendenciaes das variações juridicas; e ao mesmo tempo auxilia-o ainda na

investigação da natureza e funções da sociedade e das leis que a regem (1).

O aspecto politico da importancia e da utilidade da historia do direito é tambem innegavel. «Mostrando as leis que presidem ao desenvolvimento geral do direito e ao peculiar do de cada povo ou nação e a acção benefica ou deleteria das instituições na vida social, ella, — escreve Hinojosa, — offerece ensinamentos muito proveitosos para a reforma e melhoração progressiva das instituições juridicas» (2).

Com effeito, demonstra que toda a instituição que não tenha base social, isto é, não seja harmonica com as necessidades, sentimentos e idéas que dynamisam a sociedade, está votada a uma breve desapparecimento; e que, por isso, a função do legislador é, não *crear*, mas *declarar e formular* o direito, gerado na consciencia social.

Conjunctamente, a historia do direito mostra-nos o sentido em que se tem realizado a evolução jurídica; quaes os elementos que, pela sua permanencia e acção efficaz, exprimem o genio nacional, a idiosincrasia de cada povo; e quaes os transitorios, ou já sem vida, porque desapareceu o principio que os animava, ou ainda vigorosos, porque correspondem a uma necessidade ou interesse actual (3).

(1) Arrigo Solmi, *La funzione pratica della storia del diritto italiano nelle scienze giuridiche*, apud *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (Torino, 1903), disp. 104-105, pagg. 254-259; Salvioli, *ob. cit.*, *Introd.*, pagg. 1-2; Pertile, *ob. cit.*, *Introd.*, pag. 13; Hinojosa, *ob. cit.*, pag. 4; Altamira, *ob. cit.*, pagg. 163-168; Giuseppe Carle, *La filosofia del diritto nello Stato moderno*, vol. I (Torino, 1903), pagg. 367-368; *Relatorio* que precede o decreto n.º 1 de 24 de dezembro de 1901 (Coimbra, Imprensa da Universidade, 1902), pag. 15.

(2) *Ob. cit.*, pag. 4.

(3) Hinojosa, *ob. cit.*, pag. 4; Altamira, *ob. cit.*, pagg. 169-170; Carle, *ob. cit.*, pagg. 360-371.

Não pára, porém, aqui a utilidade da historia do direito. Ella presta subsidios valiosos para a interpretação do direito positivo em qualquer momento que este se considere.

O conhecimento perfeito e acertada applicação do direito actual dependem absolutamente do estudo de seus fundamentos historicos. «Cada direito ou legislação particular, escreve Hinojosa, é parte da vida intellectual do povo em que vigora, é o producto de elementos, cuja acção se refere a epochas anteriores» (1).

E a importancia hermeneutica da historia do direito não desaparece ainda quando se organizem e publiquem Codigos completos de normas juridicas.

Para que estes possam regular real e effectivamente as relações juridicas, é indispensavel que entre elles e o direito vigente á data da sua promulgação não haja solução de continuidade (2).

2. A importancia e a utilidade da historia do direito tem tido contradicções. Uns, que Brissaud chama *utilitarios*, idólatras do direito positivo actual e sobretudo da lei, que parece considerarem immutavel, declaram inutil o estudo historico do direito, esquecendo que este tem, não só o valor de nos precaver contra a erronea concepção da immutabilidade juridica e nos mostra o processo da sua formação e filiação historica, mas, como já demonstrámos, fornece tambem valiosissimos subsidios para a interpretação do proprio direito positivo e actual (3).

(1) *Ob. cit.*, pag. 3.

(2) Cf. Hinojosa, *ob. cit.*, pag. 3; Altamira, *ob. cit.*, pagg. 168-169; Pertile, *ob. cit.*, vol. I, pagg. 12 e 13; Solmi, *ob. cit.*, pag. 260; Salvioli, *ob. cit.*, *Introd.*, pagg. 1-2.

(3) Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français* (Paris. 1808). *Introd.*, n.º 1; Altamira, *ob. cit.*, pag. 163.

Outros, partidarios da escola de direito natural, segundo a qual o direito é absoluto, immutavel e universal, affirmam que é aos principios de direito, também universaes e immutaveis, e não á historia, que a interpretação e, sobretudo, a politica juridica, isto é, a sciencia e arte da critica e reforma do direito positivo, devem ir procurar seus elementos. Esta concepção, dominante no largo periodo da orientação metaphysica, é, sem dúvida, falsa; contradiz a indole historica e evolutiva do direito, a qual, brilhantemente demonstrada pelas escolas historica e evolucionista, é hoje um postulado sociologico.

Mas, ainda que se admittisse o conceito de que o direito é absoluto, universal e immutavel, sempre a historia seria indispensavel para o registo e explicação das formas transitorias da sua realização.

#### § 4.º

### Relações scientificas da historia do direito

1. Disciplinas e sciencias affins.
2. Disciplinas auxiliares.

1. A historia do direito encontra-se em estreita relação com diversas sciencias e disciplinas.

Umas, pelo seu objecto, têm com ella um intimo parentesco de afinidade; outras prestam-lhe valioso auxilio no estudo do phenomeno juridico.

Pertencem ao primeiro grupo a sociologia juridica, a historia geral da civilização e a dos phenomenos e instituições sociaes, sobretudo dos economicos e politicos.

A sociologia, á qual a historia do direito fornece abundantes e valiosissimos materiaes, já descrevendo a formação e transformação evolutiva dos phenomenos e instituições juri-

dicas, já mostrando o seu encadeamento causal, auxilia por sua vez e poderosamente esta disciplina, analysando a natureza intima do phenomeno juridico, investigando o seu character e elementos constantes, e procurando descobrir a fórmula exacta das leis tendenciaes da sua existencia e evolução, e, dest'arte, orientando seguramente o historiador nas investigações e analyses sobre um material tão vasto, tão complexo e tão confundivel com outros, aliás de indole diversa, como é o material juridico (1).

O parentesco entre a historia do direito e a sociologia é, pois, da mais intima afinidade; e só da integração organica das funções respectivas, principal a desta e auxiliar a daquella, póde resultar a constituição definitiva da sciencia juridica.

---

(1) «Por exemplo, escreve Salvemini, emquanto investigaes e expundes por que forma o instituto da familia foi organizado em certo paiz e em certo tempo, quaes as circumstancias que lhe deram aquella forma e as que nella determinaram transformações, emquanto reconstruis uma familia ou um *typo de familia* em determinado tempo e lugar, fazeis trabalho de historiador, na hypothese de que os factos estudados pertençam a gerações anteriores á nossa . . . Mas, se, confrontando entre si as familias ou os *typos de familias* de diversos logares ou de periodos diferentes ou antes, como seria mais justo, do maior numero possivel de logares e epocas, investigaes se ha em todas elementos constantes, colhidos os quaes, possaes descrever a *familia humana* superior a toda a circumstancia particular de logar e de tempo; se a estes caractéres communs os condensaes numa fórmula breve e quasi portatil, a qual, generalizada, diga que *todas as familias humanas* de todos os tempos e logares tiveram, têm e terão aquelles caractéres; em todas estas operações ideia além dos factos, delles extrahis uma lei; a vossa obra não é de simples historiador, mas de sociologo». (*La Storia considerata come scienza*, apud *Rivista italiana di sociologia*, anno VI, pagg. 21-22. Cf. A. D. Xenopol, *Sociologia e Storia*, apud cit. *Rivista italiana di sociologia*, anno VIII, fasc. IV, pagg. 405-426, e anno IX, fasc. III-IV, pagg. 308-350).

As considerações que noutro lugar expozémos sobre a natureza do phenomeno juridico, *processus* da sua formação e suas transformações evolutivas mostram irrecusavelmente o vínculo estreito que prende a historia do direito á historia da civilização e á dos phenomenos e instituições sociaes e sobretudo á dos phenomenos economicos e politicos, pois que é nelles, e particularmente nos economicos, que o phenomeno juridico encontra irreductivelmente a causa e a explicação da sua genese, formação e transformação.

Esta concepção, tão diffundida hoje, do predomínio do factor economico na evolução social e juridica, é conhecida pela designação, aliás, incorrecta, de *materialismo historico* e veio substituir vantajosamente a concepção politica, segundo a qual, na sua fórmula mais rigida, o factor politico era a causa geradora e determinante dos outros phenomenos sociaes.

Certo que não é contestavel a influencia real e efficaz dos phenomenos e factores politicos.

(1) Ao conceito mitigado do materialismo historico, exposto no texto, contrapõe-se o conceito rigido, segundo o qual todas as modalidades do phenomeno social são producto exclusivo, meras transformações e objectivações do factor economico, assim como o calor, a luz, o som e a electricidade não são mais do que transformações de uma unica força — o movimento. Esta concepção monista, que é sociologica e historicamente falsa, exaggera um facto real, qual é o predomínio do factor economico na evolução historica, e esquece que todos os phenomenos sociaes, ainda quando geneticamente economicos, têm uma energia propria, em virtude da qual se emancipam da força que os gerou e reagem sobre elle. A intensidade e o grau desta reacção é que no quadro da evolução historica se apresentam menos elevados do que o da acção impulsora do factor economico. Cf. sr. dr. Marnoco e Sousa, *Sciencia economica*, Coimbra, 1903, pagg. 237-241, e os escriptores ahí citados; Icilio Vanni, *ob. cit.*, pagg. 248-256; René Worms, *Philosophie des sciences sociales*, I, *Objet des sciences sociales*, Paris, 1903, pagg. 121-134.

Phenomenos de coordenação e direcção das forças sociaes, a sua acção é, por vezes, vigorosa; uma modificação profunda nas condições politicas é seguida de uma modificação correspondente nas condições juridicas. Daqui a necessidade de que, conforme diz Hinojosa, «os successos da historia que maior influencia costumam exercer no desenvolvimento do direito, como as vicissitudes territoriaes, as invasões, as mudanças de dynastia e consequentes modificações na politica geral, as relações internacionaes e outras deste genero, como que venham a formar parte integrante da historia geral do direito» (1).

Mas ó que tambem julgamos exacto é que as transformações politicas são, sobretudo, producto das transformações economicas (2); e que, por consequencia, é sobretudo nestas que se deve procurar a explicação e a causa das transformações juridicas. Além de que, muitas instituições juridicas ha, cuja base directa é exclusivamente economica (3).

2. «Todas as sciencias auxiliares da historia em geral, escreve Hinojosa, tem este mesmo caracter em relação a cada uma de suas phases ou aspectos, e, consequentemente, em relação á historia do direito.

A Geographia historica, dando a conhecer a natureza e condições do solo em que se desenrolaram os factos ou instituições que se trata de estudar, e permittindo apreciar a influencia exercida por aquelles factores, segundo é maior ou menor o grau de cultura, e portanto os elementos de que o homem dispõe para dominar ou modificar taes influencias;

(1) *Ob. cit.*, pag. 6.

(2) Sr. dr. Marnoco e Sousa, *Theses ex universo jure*, sec. II; Loria, *Les bases economiques de la constitution sociale*, II edit. (Paris, 1903), pag. 125 e segg.

(3) Loria, *ob. cit.*, pag. 77 e segg.; Hinojosa, *ob. cit.*, pagg. 6-7.

a Epigraphia e a Paleographia, facilitando a leitura e a intelligencia dos textos, já propriamente juridicos, já meramente litterarios, mas interessantes sob o aspecto juridico; a Chronologia, e especialmente a Diplomatica, ensinando a discernir, pelo exame dos caracteres intrinsecos e extrinsecos, a authenticidade ou falsidade, a epoca e o valor dos documentos da Edade Media, interessantes para o jurista; a Numismatica, desempenhando esta mesma função com respeito ás moedas; a Filologia, mostrando-nos as leis que presidem ao desenvolvimento da linguagem, ajudando-nos a penetrar na historia das idéas por meio do estudo da formação das palavras e procurando-nos o conhecimento de idéas e instituições, em relação ás quaes são mudos os monumentos litterarios; a Historia da litteratura, em cuja esphera e ambito entram tambem as fontes juridicas, como monumentos litterarios, e que, além disso, nos dá a conhecer o assumpto, a época, o character e a indole das obras puramente litterarias que, embora por modo indirecto, contém dados e noticias interessantes para o direito: todos estes ramos e disciplinas auxiliares da historia são de grande utilidade para o que se consagra á historia do direito» (1).

Para o estudo particular da historia do direito de um povo ou de um grupo de povos, é tambem auxiliar importantissimo a historia comparada das legislações e dos costumes, a qual, como diz Salvio, já entrevista por Montesquieu, Vico, Filangieri e Emerico d'Amari, realizou nos ultimos tempos maravilhosos progressos, graças ao esforço de Summer Maine, Post Kohler, Dareste, Bernhoft, Carle, e á importância adquirida pela sociologia (2).

De feito, ella mostra-nos como, sob a influencia de factores analogos, surgem nos diversos povos instituições analo-

(1) *Ob. cit.*, pagg. 12-16. Cf. Pertile, *ob. e vol. cit.*, pagg. 20-23.

(2) *Ob. cit.*, pag. 10.

gas e vice-versa; aquillo que é propriamente caracteristico e differencial num povo e aquillo que elle tem de commum com os outros; as influencias reciprocamente exercidas e soffridas; a força e o grau destes contactos; os elementos extranhos que o direito de cada povo integrou e aquelles que não accitou; e ensina-nos, por isso, a conhecer o que ha de essencial e caracteristico nas instituições e quão perigoso é transplantar as instituições dum povo para outro, sem tomar em consideração as differenças que existam entre elles (1).

## § 5.º

### Fontes da historia do direito

1. Fontes indirectas.
2. Fontes directas.

1. Todas as fontes das disciplinas affins e auxiliares da historia do direito se podem considerar como suas fontes indirectas.

Na verdade, os documentos litterarios e monumentos não juridicos: — legendas, tradições e poesias nacionaes, monumentos, inscrições, moedas, chronicas e outros escriptos analogos, — fornecem noticias e elementos para illustrar e completar o testemunho dos monumentos legais, auxiliando a verificação dos factos e o conhecimento das condições sociais e juridicas do momento em que foram elaborados, os principios que então informavam o direito e as solemnidades que o circumdavam e protegiam.

2. Outras fontes tem, porém, a historia do direito, — e estas directas e proprias. São os codigos e mais monumentos juridicos propriamente ditos, que directamente dão a

(1) Hinojosa, *ob. cit.*, pag. 16.

conhecer as normas e instituições vigentes em cada época, isto é, as leis, os estatutos, os costumes, a jurisprudência, a sciencia juridica, as fórmulas judiciais, os diplomas de actos e contractos juridicos, etc.

As leis, os estatutos e os costumes encerram as normas reguladoras da vida jurídica; a jurisprudência interpreta-as, critica-as e mostra a sua adaptação aos factos particulares e consequente integração na vida real; a sciencia jurídica analisa-lhes, sob um ponto de vista superior, a organização technica e o valor economico-social e elabora os principios do direito; as fórmulas judiciais ajudam a conhecer o direito da época contemporanea á sua redacção e das épocas precedentes, pois que, na maioria dos casos, reproduzem documentos anteriores; e, finalmente, os diplomas dos actos e contractos juridicos, além de auxiliarem a interpretação da lei nos pontos em que ella é duvidosa por motivo de corrupção ou defeituosa redacção dos textos, têm o grande valor de nos mostrar a concordancia ou divergencia entre o direito escripto e o usualmente applicado nas relações sociaes (1).

#### § 6.º

##### Determinação do objecto proprio da segunda cadeira do curso geral da Faculdade de Direito

1. Organização actual dos estudos historico-juridicos em a nossa Faculdade de Direito. Objecto proprio da segunda cadeira do curso geral.
2. Organização anterior. Vantagens da organização actual. O estudo historico do direito romano.

1. O estudo da historia do direito, na Faculdade de Direito, faz-se actualmente nas cadeiras segunda e quarta do

(1) Cf. Hinojosa, *ob. cit.*, pagg. 7-12; Pertile, *ob. cit.*, pagg. 14-16.

curso geral, respectivamente intituladas—*Historia geral do direito romano, peninsular e português*—e *Historia das instituições do direito romano, peninsular e português*,—e respectivamente collocadas nos annos 1.º e 2.º do curso.

O significado destas denominações encontra-se definido no seguinte trecho do relatorio que precede o decreto n.º 1 de 24 de dezembro de 1901: «O presente decreto procura acompanhar a nova orientação do ensino juridico, distribuindo o estudo da historia do direito por duas cadeiras, uma em que se estuda a historia geral do direito romano, peninsular e português, e outra em que se estuda a historia das instituições do direito romano, peninsular e português. É uma nova forma de designar a historia externa e interna do direito, que, apresentada primeiramente por Leibnitz, foi depois objecto de vivas criticas, por parte de muitos escriptores, que notaram injustamente o seu character restricto, julgando erroneamente que tal titulo não comprehendia o estudo do proprio direito» (1).

Consequentemente, a nossa tarefa, na segunda cadeira que se trata da historia e exposição das fontes do direito romano, peninsular e português e dos factos sociais e politicos que as determinaram e explicam.

A denominação da cadeira pôde motivar um equivoco que convem afastar. Referindo-se distinctamente, quasi contrapondo o direito peninsular ao português, parece ou redundante, ou que não julga peninsular o direito português, ou que incluye tambem no seu ambito o estudo da historia do direito hespanhel até nossos dias. Não é, porém, assim. O que certamente se quiz dizer é que, como precedente historico, se deve estudar o direito peninsular até o momento em

(1) Cf. *Relatorio* do cit. decreto n.º 1 de 24 de dezembro de 1901, que reformou os estudos na Universidade de Coimbra (Coimbra, Imprensa da Universidade, 1902), pagg. 15-16

que, com a constituição da monarchia portugueza, surgiu o direito portuguez (1).

Prevenido assim o equivoco e definido o conceito que o legislador certamente quiz ligar á expressão — *direito peninsular*, — podemos definir historia geral do direito romano, peninsular e portuguez: — *a disciplina que investiga e expõe as fontes do direito romano, peninsular e portuguez, e os factos sociaes e politicos que as determinam e explicam* (2).

2. Pela anterior organização havia no curso geral da Faculdade de Direito duas cadeiras, numa das quaes se fazia a «exposição historica do direito romano, accommodada á jurisprudencia patria», e noutra se estudava a «historia e principios geraes do direito civil portuguez». Estavam ambas collocadas no 1.º anno.

(1) Cf. sr. dr. Marnoco e Sousa, cit. *Lições*, pag. 16.

(2) Em Hespanha tem outro significado a expressão — Historia geral do direito. As cadeiras intituladas — *Historia general del derecho español* — comprehendem, debaixo do adjectivo — *general*, — *el recorrido cronologico entero, desde los tiempos primitivos hasta el derecho vigente; las esferas todas de la vida juridica (historia del derecho político, del administrativo, del penal, de los procedimientos, del civil, etc.), y, desde luego, tanto la llamada historia externa como la interna*. (Altamira, cit. *Historia general del derecho español*, pag. 147). Esta accepção é menos impropria do que a nossa synonymia legal entre as expressões — historia geral do direito e historia externa do direito. Na verdade, além de manifestamente arbitraria, ella não assenta sobre nenhuma tradição doutrinaria importante, visto que ficaram quasi sém echo as propostas de Puchta e Brunner para serem substituidas respectivamente as expressões — historia externa e historia interna do direito — por est'outras — historia geral e historia especial do direito. (Cf. Pertile, *ob. cit.*, *Introd.*, pag. 10, not. 1). O verdadeiro significado da expressão — historia geral do direito — é o que lhe attribue Altamira, sob a condição, que este escriptor aliás não aponta, de que o phenomeno juridico seja nella considerado apenas sob um ponto de vista generico.

Esta organização era certamente inferior, no conjuncto, á actual que, não só ampliou o quadro dos estudos historico-juridicos, mas tambem, apezar da viciosa divisão da historia em externa e interna sobre que assenta, o organizou melhor, procurando, como diz o relatorio do citado decreto n.º 1 de 23 de dezembro de 1901, acompanhar a nova orientação do ensino juridico.

Com effeito, enquanto pela antiga organização se limitava inorganica e arbitrariamente a historia do direito portuguez á do direito civil, que é apenas um dos ramos do direito privado (1), pela actual foi com razão ampliada a todo o direito, pois que, em todas as suas modalidades, este pôde e deve ser estudado historicamente.

(1) Segundo a tradicional divisão romanista, o direito é *privado* ou *publico*. Chama-se *direito privado* ao conjuncto de normas reguladoras das relações juridicas dos particulares ou das pessoas moraes, consideradas como particulares, entre si, na sua condição civil e nos modos de aquisição, conservação e transmissão de bens; e *direito publico* o conjuncto de normas juridicas que respeitam á organização e vida do Estado e ás relações entre este e os cidadãos. O direito privado subdivide-se em direito commercial e direito civil; o direito publico abrange todos os outros ramos de direito: politico, administrativo, judiciario, penal, etc. Entre os romanos, a expressão — *direito civil* — significava o direito especial de cada cidade ou Estado; Gaio definiu-o: *Quod quisque populus ipse sibi constituit, id ipsius proprium civitatis est: vocaturque jus civile, quasi jus proprium civitatis*. Comprehendia, pois, todo o direito dos cidadãos, quer publico, quer privado: porém, como este foi brilhantemente cultivado e rigorosamente definido pelos romanos, o que não aconteceu com o direito publico, o seu *corpus juris civilis* era, na maxima parte, direito privado.

Ora, foi essa a parte que as nações modernas adaptaram á sua vida juridica, e daqui a tendencia para chamar direito civil a esse direito. Cf. sr. dr. Laranjo, *Principios de direito politico e direito constitucional portuguez* (Coimbra, 1898), pagg. 6 e 12.

Parecerá, porém, que, em compensação, tem um grave defeito que resulta numa inferioridade: a integração do direito romano nas duas cadeiras:— em vez de preceituar, que fosse estudado numa ou mais cadeiras independentes, como era prática anterior entre nós e ainda vigente nalguns países. No relatório do citado decreto n.º 1 de 24 de dezembro, de 1901 prevê-se e responde-se a essa objecção da seguinte forma: «O decreto integra o estudo do direito romano nestas duas cadeiras, não porque despreze o estudo do direito romano que ainda hoje tem uma importância excepcional, principalmente para os povos da raça latina, mas porque o direito romano é uma phase natural da historia peninsular, não se podendo por isso desprender esta historia da influencia daquelle direito, quaesquer que sejam os esforços que porventura façam alguns eruditos para dar o predomínio na evolução juridica peninsular ao direito germanico.

Basta notar que a romanização da Peninsula foi completa, não havendo provincia do imperio em que mais se encarnasse o genio e a indole da sociedade romana, estabelecendo-se leis e instituições que dominam nas transformações sociaes produzidas pelas invasões barbaricas, e operando-se a diffusão do direito romano retornado durante a reconquista de tal modo, que vem a constituir uma das principaes fontes do direito português.

É que a Peninsula, através das suas convulsões historicas, reflecte profundamente todas as phases da civilização, e designadamente da romana, offerecendo, por isso, um meio eminentemente proprio para o estudo da evolução das instituições juridicas, sob todos os seus aspectos.

Accresce que o direito romano é hoje estudado principalmente como elemento da evolução juridica, estando por isso naturalmente indicado o ligá-lo com a evolução anterior e posterior do direito. Só assim se poderá comprehender como

o direito romano se tornou, no dizer de Von Ihering, um elemento da civilização do mundo moderno» (1).

De feito, como observa Girard, o merito primordial e decisivo dos estudos de direito romano, na actualidade, é serem instrumento incomparavel de educação historica (2).

Alguns escriptores pretendem ainda hoje jusuficar o estudo do direito romano com a utilidade profissional directa que póde prestar na interpretação positiva das leis modernas, dada a influencia que nestas exerceu.

Esta razão conduziria, porém, como, entre outros, nota Girard, não ao estudo scientifico do verdadeiro direito romano, mas do direito romano tal como era entendido pelos escriptores anteriores ou coévos da codificação, visto que foi, não aquelle, mas a interpretação que estes lhe deram o que passou para os modernos códigos.

Com mais razão propugnaram outros que a utilidade do direito romano derivava principalmente de elle ser um poderoso elemento de educação juridica.

Na verdade, não ha direito, cujo estudo mais desenvolva o raciocinio juridico do que o direito romano, o qual, por virtude de varias circumstancias,— entre as quaes avultam o genio admiravel dos seus jurisconsultos e a feição prática e assimiladora, positiva e vigorosa do espirito romano, cuja potencialidade parece ter-se concentrado toda na vida civil e politica, irresistivelmente sollicitado pela sua particular vocação juridica,— é, avaliado sob o ponto de vista technico, o monumento mais perfeito de dialectica juridica que até hoje se tem produzido (3).

(1) Cit. *Relatorio*, pag. 16.

(2) *Manuel élémentaire du droit romain* (Paris, 1898), pag. 5.

(3) A perfeição technica do direito romano é tão maravilhosa que Landucci (cit. *Storia del diritto romano*, pag. 352, nota 7) não hesita em



Porém, esta vantagem é attenuada pelas diferenças existentes entre a sociedade romana e a sociedade actual, que necessita, para diversas relações jurídicas, de soluções muito diferentes e até contrarias ás do direito romano. O direito romano tem um character accentuadamente individualista, incompatível com a tendência de socialização que hoje invade e penetra o próprio direito privado.

Desfarte, elemento poderoso de educação jurídica, sob o ponto de vista technico, a cultura romanista não se perigososa sob o aspecto juridico-social.

Como instrumento de educação histórica, porém, o estudo do direito romano tem, certamente, extrema utilidade.

As leis e as instituições jurídicas são um producto histórico; e o seu conhecimento integral e científico depende de investigações respeitantes aos elementos e ás condições em que se constituem, vivem e se transformam. Ora, — escreve Girard: — «pelo menos até ao momento actual, não ha legislação que offereça para taes investigações um campo mais favorável do que a legislação romana. A historia do direito romano vae desde a fundação de Roma collocada pela chro-

lizer que o *Corpus juris* é a Biblia do direito, o livro sagrado; e Ferrini prorompe nesta entusiastica e calorosa apologia: «Assim como o que visita uma galeria de estatuas gregas, embora gastas pelo tempo e deturpadas por infelizes restaurações, se sente subjugado pelo poder extraordinario dessa arte maravilhosa, assim quem percorre o Digesto e lê aquellas paginas dos grandes juriconsultos, ainda que não raro mutiladas e peor interpretadas, não póde deixar de ficar estupefacto perante uma producção tão extraordinaria, tão perenne e galharda, tão grandiosa nas linhas geraes, tão fina e elegante no detalhe. Nenhuma pagina de outro jurista de qualquer tempo póde rivalizar com ellas; a arte do direito parece que desapareceu da face da terra depois de se ter manifestado por fórma tão surprehendente». (Cit. por Pietro Bonfante, *Diritto romano*, Firenze, 1900, pag. 108).

nologia tradicional do VIII seculo antes de Christo até á morte de Justiniano no seculo VI da era christã, e nesse intervallo ella comprehende uma evolução que começa quasi nos primordios da vida social e finda com o declinar de uma civilização envelhecida.

Não ha, pois, terreno sobre o qual se possa observar melhor como as leis nascem, vivem e morrem. Não ha ensino que melhor possa impedir o considerar-se o direito de um determinado momento historico já, — o que é defeito dos espiritos puramente logicos, extranhos ao mecanismo da vida social, — como um accidente artificial e arbitrario, á mercê dos caprichos do legislador; já, — o que é defeito dos simples práticos, — como obra immutavel e eterna (1).

### § 7.º

#### Methodo de exposição da historia geral do direito romano, peninsular e português

Dois são os methodos principaes que podem empregar-se na exposição da historia das fontes do direito: o *monographico*, a que Hinojosa chama chronologico, e o *synchronico*, que outros denominam chronologico (2). O primeiro consiste na exposição separada e independente da origem e desenvol-

(1) *Ob. cit.*, pag. 6. Cf. Eugène Petit, *Traité elementaire de droit romain* (Paris, 1895), *Introd.*, pagg. 2-3; P. Bonfante, *ob. cit.*, pagg. 101-108; Gustavo Hugo, *Histoire du droit romain* (Bruxelles, 1840), pagg. 15-16; Zocco-Rosa, *Il diritto romano ostacola i nuovi ideali giuridici del secolo nostro?* apud *Annuario dello Istituto di Storia del diritto romano*, vol. V, pagg. 5-54; Giovanni Brunetti, *Il diritto romano e le scienze sociale* (Firenze, 1896); Carle, *ob. cit.*, pagg. 115-116; Edmond Picard, *Le droit pur* (Paris, Bruxelles, 1899), pagg. 460-463; Pietro Cogliolo, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato* (Roma, Torino, Firenze, 1885), pagg. 28-29; Ihering, *ob. e vol. cit.*, pagg. 1-16.

(2) Cf. sr. dr. Marnoco e Sousa, *Historia das instituições do direito romano, peninsular e português* (Coimbra, 1904), pag. 28.

vimento de cada uma das fontes de direito; pelo segundo, expõem-se conjunctamente as fontes dentro do ambito chronologico que se tem de percorrer, o qual ordinariamente se divide em periodos, assim como succede na applicação do methodo monographico.

Ao contrario do que succede na historia interna, o methodo synchronico é o geralmente adoptado no estudo historico das fontes do direito (1); e, na verdade, julgamo-lo preferivel ao methodo monographico, por isso que assenta sobre o conhecimento da unidade organica da vida juridica; não destroe a connexão que deve caracterizar toda a exposição historica, séria e proveitosa; e permite vista do conjuncto, a mais natural e real da historia, como observa Altamira (2). E não se lhe attribua o defeito de dar origem a repetições, porque ellas evitam-se, uma vez que em cada periodo apenas se estudem as transformações que as fontes soffreram.

Qual deve ser, porém, o criterio-base da divisão em periodos?

«O ponto de partida para a divisão em periodos da Historia do direito, — escreve Hinojosa, — devem ser, já successos da historia politica que hajam exercido decisiva influencia no conjuncto do organismo juridico ou em algumas das suas principaes instituições, ou tenham trazido novos elementos á vida social; já modificações essenciaes do estado economico, as quaes, creando novas formas juridicas ou modificando as já existentes, tenham produzido transformações importantes no desenvolvimento do direito» (3).

(1) Entre os raros escriptores que adoptaram o methodo monographico, citaremos Landucci na cit. *Storia del diritto romano*, pag. 29, 3.º, embora ahi preconise uma combinação dos dois methodos, que reuna os meritos e evite os defeitos de um e de outro.

(2) *Ob. cit.*, pag. 259.

(3) *Ob. cit.*, pag. 18.

Para a divisão da historia das fontes em periodos é certamente de grande utilidade o criterio das transformações politicas, que impliquem uma nova organização do Estado e, por isso, dos órgãos conscientes da formação do direito:

E assim é que a maioria dos historiadores de direito o acceita. Pertile, por exemplo, divide e trata conjunctamente nos mesmos periodos a historia externa e a historia do direito publico italiano. E para criterio da divisão toma os grandes periodos historicos, signalados pelos grandes factos politicos que maior influencia exerceram na organização social (1).

E, porque, como já dissémos, uma modificação profunda na constituição politica implica uma modificação correspondente nos órgãos conscientes de que derivam as normas juridicas, e, além disso, é um resultado de uma transformação nas condições economicas, póde e deve admittir-se o criterio politico, havendo o cuidado de o não isolar, antes combinar com o criterio economico.

Note-se, porem, que, quaesquer que sejam os periodos em que se divida a historia do direito e seja qual fôr o criterio de divisão, sempre nesse trabalho haverá alguma coisa de artificial.

As sociedades estão num constante movimento de transformação; e, por isso, factos que se integram num periodo pertencem tambem a outro, antecedente ou posterior, e até o mesmo acontecimento que aparentemente fecha um cyclo evolutivo está intimamente relacionado com o cyclo posterior. Além disso, a vida dos phenomenos juridicos não é rigorosamente synchronica. Nas instituições o facto é palpavel; a simultaneidade do seu desenvolvimento só em periodos larguissimos e ideaes se póde dizer que existe.

(1) *Ob. e vol. cit.*, pag. 11.

Nota-se, é certo, menor asynchronismo no desenvolvimento historico das fontes, sobretudo das não consuetudinárias; em todo o caso, os periodos não representam cyclos historicos, perfeitamente separados e independentes (1).

§ 8.º

**Linhas geraes da theoria historica das fontes de direito**

1. Typos historicos dominantes e irreductiveis das fontes do direito.
2. *Sententia judicis*; noção, character, fundamento social e valor como fonte de direito.
3. Costume: noção, origem e formação, natureza e valor como fonte de direito.
4. Lei: noção, origem, natureza e valor como modo de formação do direito.
5. Jurisprudencia: noção, natureza e valor como fonte de direito.

1. As fórmãs, sob que o direito se tem revelado através da evolução historica, são multiplas e variadas. A razão está na sua mesma natureza e indole evolutiva, por força da qual acompanha fielmente a evolução e o progresso da sociedade. Ora, á medida que esta se transforma e avança, realiza-se nella, em harmonia com a lei spenceariana da transição da homogeneidade indefinida e incoherente para a heterogeneidade definida e coherente, um trabalho de differenciação organica e especialização funcçional, em virtude do qual cada funcção tende a realizar-se autonomicamente e a integrar-se em órgãos próprios e caracteristicos. Accresce que, com o alargamento e progressiva intensidade da consciencia social, cada funcção tende igualmente a realizar-se por fórmula mais consciente e reflexa.

(1) Cf. Altamira, *ob. cit.*, pag. 155; Ihering, *ob. cit.*, vol. I, pag. 67 e segg. \*

Assim succedeu com a funcção juridica. A principio, nas sociedades primitivas, viveu confundida com outras funcções sociaes, sobretudo com a religiosa e a moral, e com ellas integrada no mesmo órgão, o qual era o chefe da tribu, da *gens* ou da familia. Depois, por virtude da sua differenciação, começaram de formar-se órgãos proprios e especificos para a sua realização. Estes órgãos têm sido diversos, como diverso tem sido tambem o modo por que tem realizado a funcção juridica e a fórmula sob que tem revelado o direito, elaborado na consciencia social.

Através, porém, desta variedade de fontes ou modos de formação do direito, a sua analyse comparativa permittê reduzi-las a quatro typos dominantes: *sententia judicis*, *costume*, *lei* e *jurisprudencia*.

2. *Sententia judicis* era a decisão ou sentença proferida pelo chefe da tribu, do clan ou da familia, só, ou rodeado das pessoas mais consuetudinarias por sua força ou idade, nas questões particulares entre os membros destes aggregados.

Segundo as tradições mais verosimeis, é esta a primeira fonte do direito. De feito, logo que os primitivos grupos societarios, ultrapassando a phase pura do nomadismo, se fixaram num territorio, attingindo assim a phase sedentaria, deveria começar a sentir-se, ao menos por parte dos membros mais intelligentes e reflectidos, o perigo gravissimo que havia para a existencia collectiva, já interna, já externa, em a decisão de muitas das contendas privadas continuar a ser entregue á lucta physica e violenta das partes contendoras e a consequente necessidade de deferir a resolução do conflicto ao chefe ou chefes do grupo ou aos seus membros mais notaveis e respeitados. Accresceria que, por virtude da tendencia de expansão que caracteriza todas as forças, já physicas, já moraes, o chefe da tribu, do clan, ou da familia procuraria, aqui e além, avocar a si ou intervir de

alguma maneira na decisão de certas contendas. E não seria também sem grande efficacia para o mesmo effeito a progressiva diffusão pelo grupo societario do sentimento de semelhança e solidariedade social, fructo inevitavel da convivencia no mesmo territorio e sob a mesma organização social e politica.

Da acção conjunta destes factores deveria resultar a restrição gradual da lucta violenta entre as partes contendoras, como meio de decisão nas suas controversias, e o uso cada vez mais frequente do recurso ao chefe do grupo para que resolvesse o pleito e, com a força da sua auctoridade, obrigasse os pleitantes a sujeitarem-se ao seu veredictum. «As vantagens destas decisões pacificas, escreve Cogliolo, eram evidentes: não havia derramamento de sangue, nem dispendio de tempo, mas, pelo contrario, uma resolução mais conforme á utilidade commum» (1).

Não é conhecida a forma e o processo das *sententiae iudicis*.

Os critérios, onde o juiz hauria as suas decisões, eram, não normas legais, que não as havia, nem costumes juridicos, que ainda não estavam formados, mas princípios deduzidos da sua experiencia, da utilidade do grupo, a cujos destinos presidia, do exame da contenda, de supersticoes religiosas dominantes, de usos existentes ou de ordens que elle ou seus predecessores tivessem proferido.

Consequentemente, ellas não tinham o significado restricto das sentenças actualmente proferidas pelo poder judicial, mas eram verdadeira fonte de direito. E não só ligavam as partes pleitantes, mas, em regra, tambem os juizes futuros em casos semelhantes; proferidas por pessoas temidas e veneradas no grupo, circumdadas de ritos e solemnidades reli-

giosas, repetiam-se, como diz Cogliolo, nos casos analogos; e, porque resultavam uteis, tornaram-se ordens para quem devia julgar, e disseram-nas inspiradas pelos deuses (1).

Não foi, todavia, só por esta forma que a *sententia iudicis* contribuiu para a formação do direito; graças ao phenomeno e lei da imitação, que sobretudo impéra na vida social primitiva, a *sententia iudicis* converteu-se, pela sua frequente repetição, em norma iuridica consuetudinária, resultando assim num dos mais poderosos factores do costume.

A sua função, como fonte de direito, extingue-se logo que a sociedade sahe do cyclo primitivo da confusão de órgãos e funções e entra numa phase mais progressiva (1).

3. Costume é a observancia uniforme de uma norma, cuja força obrigatória assenta no facto do seu exercicio prolongado e constante, acompanhado da convicção da sua necessidade iuridica. Upiano, celebre jurisconsulto romano, defini-o elegantemente: — *tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*.

O processo historico de formação do costume é um processo organico, independente de toda a intervenção arbitraria do Estado: elabora-se espontaneamente no seio da collectividade, e resulta da repetição constante e uniforme de uma norma de conducta, quando acompanhada da *opinio juris*, isto é, da convicção intima e geral de que esse modo de agir é expressão da vontade social e consequencia de uma ordem da collectividade e, por isso, de uma necessidade juridica ou do direito collectivamente realizado.

Erra, por isso, aquella theoria, tão seguida dos velhos ju-

(1) Cit. *Saggi*, pag. 18; e cit. *Filosofia del diritto privato*, pag. 42.

(2) Cf. sobre a materia deste numero: Cogliolo, cit. *Saggi*, pagg. 15-21; e cit. *Filosofia*, pagg. 41-46.

(1) Cit. *Saggi*, pagg. 16-17.

risconsultos, e á qual modernamente Austin quiz dar novo vigor, que baseia a força obrigatória do costume no tacito consentimento do legislador.

Se este fosse a origem e fonte productora do direito, a theoria seria exacta. Mas, como é indubitavel, o legislador não cria mas declara o direito; a lei, delle emanada, é uma forma, sob que este se revela. Se não cria o direito manifestado sob a forma de lei, menos pôde criá-lo sob a forma de costume. Por outro lado, o tacito consentimento do legislador não implica como consequencia a concessão de força obrigatória ao costume; o consentimento apenas envolve permissão; e, se o legislador permite o costume, não significa isso que lhe dê qualquer força obrigatória, mas que o deixa desenvolver-se com a força obrigatória que lhe é intimamente connexa e essencial. Finalmente, o principio do tacito consentimento do legislador, em si mesmo falso, apoia-se numa presumpção que os factos não comprovam, qual é a de que o legislador tem conhecimento de todos os costumes vigentes no Estado.

Não se infira, porém, do que fica exposto que o Estado permanece absolutamente indifferente em face do costume. Como agudamente nota Miceli, para que a *opinio juris* seja fundada, é necessario que se apoie na presumpção, ainda que só confusamente sentida, de que a norma consuetudinária é imposta pela vontade collectiva, isto é, pela communidade politica ou, em geral, pela collectividade, na qual e para a qual aquella norma é observada e, como tal, eventualmente reconhecida pelos órgãos que exprimem juridicamente aquella vontade, isto é, os órgãos do Estado (1).

A intervenção do Estado é, todavia, apenas formal e visa,

não á formação nem á constituição da força obrigatória da norma consuetudinária. mas ao seu reconhecimento.

Essa intervenção começou de se accentuar quando o direito attingiu á phase da sua plena differenciação e se ligou indissolavelmente á auctoridade do Estado. Anteriormente, o costume era fonte mais ou menos independente e immediata do direito, pois que a *opinio juris*, auxiliada por outras forças, sobretudo pelas de ordem religiosa e moral, era sufficiente para lhe imprimir caracter juridico.

Considerado no seu conteúdo, o costume, \*nas sociedades primitivas, era, se não em absoluto, como exaggeradamente affirma Cogliolo, em grande parte resultado da *sententia judicis*; e, assim como esta, integrava elementos religiosos e moraes, que, sobretudo aquelles, foi gradualmente abandonando com a progressiva differenciação do phenomeno juridico.

«O costume como fonte juridica, escreve Cogliolo, é certamente a mais natural e a mais legitima; exprime a vontade espontanea do povo, é o eco fiel da vida e, por isso, satisfaz verdadeiras necessidades sociaes e não as aspirações injustas de partido ou as locubrações cerebrinas de eruditos. Mas tem um defeito innato: — a incerteza e a imprecisão, — por forma que não pôde convir a um povo adeantado... Acresce que, no costume, o direito vive confundido com a moral e a religião: ora o progresso está em que o direito se separe e seja unicamente direito e, nesta obra, a fonte consuetudinária não o pôde auxiliar» (1).

Na verdade, estes defeitos, que são reaes, têm obstado ao desenvolvimento do costume e provocado a sua substituição por outros modos de formação do direito. A sua existencia tem sido, porém, incomparavelmente mais longa do que a

(1) *La forza obbligatoria della consuetudine considerata nelle sue basi sociologiche e giuridiche* (Perugia), pag. 74.

(1) Cit. *Filosofia*, pagg. 47-48.

da *sententia judicis*, visto que, coevo das primitivas sociedades, ainda hoje perdura; e, do mesmo modo, o seu papel na formação do direito mais largo e fecundo. Nas sociedades incipientes é a principal fonte de direito. A medida, porém, que no Estado se vão constituindo outros órgãos declaradores do direito e surgindo novas fontes, a função jurídica do costume torna-se menos intensa e extensa, podendo dizer-se, em these geral, aquillo que Landucci affirmã do costume, como fonte do direito romano: — a historia do costume é inversamente proporcional á das outras fontes: quanto mais se alarga a esphera destas, mais se restringe a daquelle (1).

4. Lei no seu mais amplo significado, é a declaração expressa das normas jurídicas feitas pelo Estado ou pelos aggregaços locais. Compreende, pois, não só os diplomas que contêm providencias emanadas dos órgãos específicos da função legislativa, mas quaesquer outros que, não obstante emanados de órgãos não legislativos, contenham normas, cuja força obrigatoria seja imposta pela constituição do Estado.

Em sentido proprio, é a declaração solemne, feita pelos órgãos legislativos, das normas obrigatorias por que devem regular-se as relações jurídicas do Estado.

A lei, propriamente dita, apparece na evolução jurídica posteriormente á *sententia judicis* e ao costume. De feito, sendo ella, na expressiva e luminosa phrase de Ihering, «o acto pelo qual o direito, chegando officialmente á consciencia de si mesmo, despê as vestes da innocencia» (2), só é comparavel com uma phase social mais progressiva do que aquella

em que tiveram origem a *sententia judicis* e o costume. Pre-suppõe certa differenciação nos órgãos politicos da sociedade e certo grau de energia e de diffusão da consciencia social e politica.

Nestes factores e na incerteza e imprecisão do costume encontrou a lei as condições da sua genese historica.

E com o desenvolvimento dos órgãos legislativos e o predomínio da reflexão sobre o instincto na vida social e jurídica, a sua acção alargou-se extraordinariamente, quasi alcançando ser nos modernos Estados a unica fonte de direito.

A natureza da lei consiste fundamentalmente em ser uma fonte jurídica de preceitos abstractos e geraes, cujo órgão é o poder ou poderes publicos nos quaes a constituição do Estado integra a função legislativa. «Ella é, como diz Cogliolo, uma forma que reveste de auctoridade todos os preceitos que o poder legislativo queira decretar. Toda a regra de conducta social se póde tornar jurídica desde que uma lei a aceite e imponha» (1).

Não se julgue, porém, que a lei é omnipotente na declaração de normas jurídicas; a sua efficacia é, na realidade da vida jurídica, limitada por diversas condições, a que o legislador deve attender, como são a utilidade social, os costumes, as idéas e sentimentos do povo, nos quaes o direito encontra os factores da sua genese e evolução.

O valor da lei, como fonte de direito, é extraordinario. Ella representa o verdadeiro progresso do direito; liberta-o definitivamente de elementos moraes e religiosos e da fluidez e imprecisão do costume, condensa-o e precisa-o, torna-o certo e seguro e dá-lhe formas e vestes proprias.

«O progresso do direito, escreve Ihering, consiste numa separação. Assim como a vida independente da creança só

(1) Cit. *Storia del diritto romano*, pagg. 5-9 e 40. Cf. sobre a materia deste numero: Cogliolo, cit. *Filosofia*, pagg. 46-50; Icilio Vanni, *ob. cit.*, pagg. 83-85; Miceli, *ob. cit.*, especialmente pagg. 11-84.

(2) *Ob. cit.*, vol. II, pag. 35.

(1) Cit. *Filosofia*, pag. 55.

começa no momento em que esta se separa da mãe, assim também o direito só vive da sua vida propria quando se desprende do sentimento juridico nacional que foi a sua origem. Ora, é a lei que provoca esta differenciação. O direito perde certamente sua fluidez e mobilidade: mas essa perda é de sobejo compensada pela enorme vantagem que alcança, qual é a fixidez, a precisão, a uniformidade.

O direito escripto póde adquirir também uma certa elasticidade. Modificando-se a si mesmo, póde sempre acompanhar o desenvolvimento das relações juridicas e das aspirações nacionaes. Além disso, a precisão, a egualdade, a serenidade e a fixidez do direito são infinitamente mais importantes para a vida do que a aptidão de conformidade, sempre, a cada momento e a proposito de cada relação particular, com as exigencias da vida. De feito, as relações em que se concretiza a vida juridica da especie não são por tal fórma individuaes que a lei não possa regulá-las por typos. Para isso basta que, na classificação daquellas, desça profundamente ao detalhe. Por outro lado, essas relações estão longe de ser tão oscillantes e variaveis que resulte impossivel sujeitá-las sem violencia por muito tempo a uma regra» (1).

A importancia excepcional da função da lei na formação e evolução do direito não passou despercebida aos escriptores antigos. Assim, Varrão, para distinguir o pretor do censor, isto é, as regras juridicas das regras moraes, serve-se da palavra — lei, — e escreve: *prætorium ius ad legem, censorium iudicium ad æquum æstimabatur*; — e Pomponio observa que Roma começou por ser regida *incerto iure et consuetudine*, mas encontrára depois as leis, *ne diutius id fierit* (D. I, 2, 2, 3).

«Os povos asiaticos, na sua maioria, não souberam, es-

creve Cogliolo, emancipar-se a tempo da incerteza do costume e não tiveram nem leis nem Codigos, isto é, uma *fibra legal*, que poderosamente fixasse as normas elaboradas e impedisse a sua corrupção; por isso, a sua evolução parou. O contrario succedeu felizmente nas sociedades arianas: nos primordios da existencia, formaram uma massa homogenea de costumes; mas em tempo opportuno crearam as leis e o direito progrediu rapidamente. O progresso não fôí, todavia, egual em todas: em Sparta menos do que em Athenas, e em Roma mais do que em nenhuma outra» (1).

Afim de que o exposto acerca da função da lei na constituição autonoma do direito não nos induza em erro, convém advertir que a eliminação dos elementos religiosos e moraes não se effectuou de um jacto, antes, pelo contrario, durante muito tempo, a lei continuou a integrar esses elementos, sendo até parte do organismo religioso. Só na sociedade romana é que esse trabalho de differenciação se realizou; a lei tornou-se *civil*, isto é, dos *cidadãos*, e distinguiu-se da religião; e, em vez de ser a expressão da vontade de Deus ou dos reis, traduzia a vontade dos comicios, publicamente affirmada. Este conceito aperfeiçoou-se e attingiu todo o seu desenvolvimento nos modernos Estados constitucionaes, em que a lei é, theoreticamente, a expressão legitima da vontade nacional e regra coactiva da vida social, em contraposição á religião e á moral, que pertencem ao fôro da consciencia de cada um (2).

5. A palavra jurisprudencia tem tido varios significados. Em Roma, significou, durante muito tempo, o conhecimento

(1) Cit. *Filosofia*, pagg. 52-53.

(2) Cf. sobre a materia deste numero: Cogliolo, cit. *Filosofia*, pagg. 50-72; Ihering, *ob. cit.*, vol. II, pagg. 28-49.

(1) *Ob. cit.*, vol. II, pag. 37.

das cousas divinas e humanas e toda a sciencia do direito (1). Modernamente, entende-se por este vocabulo, — já o «*estudo positivo do direito que governa as sociedades humanas com o intuito de o applicar ás hypotheses práticas occorrentes*» (2), — já este «*estudo e a elaboração scientifica do direito pelos jurisconsultos*» (3), ou na fórmula concisa e luminosa de Waldeck, «*a sciencia do direito e da sua applicação aos factos*» (4).

Considerada como fonte de direito, a jurisprudencia liga-se á actividade dos jurisconsultos ou jurisprudentes elaboradora de normas e principios juridicos.

Toda a funcção que se desenvolve tende a integrar-se em órgão proprio; e, por isso, o direito, logo que surge, começa de tornar-se a occupação de uma classe especial de pessoas que o cultivam, elaboram e aperfeiçoam, concorrendo efficazmente para a sua formação como realidade historica e alcançando até ser uma das suas fontes directas.

Na época actual, a jurisprudencia não é, em rigor, verdadeira fonte de direito.

Sciencia, elabora o direito por modo reflexo e systematico e formúla principios e theorias que se impõem aos espiritos pelo valor intrinseco e força logica, porém não á vontade, como imperativos; sentença do magistrado, applica e não declara ou cria direito. É verdade que a applicação da lei carece de um difficil e melindroso trabalho prévio de discriminação e adaptação da norma legislativa, absoluta e geral, ao character peculiar da hypothese occorrente e que este tra-

balho, por assim dizer, continúa e intégra o preceito legal. E não é menos certo que as decisões dos tribunaes superiores, com quanto não sejam lei; adquirem, quando repetidas, uma auctoridade enorme e, por sua vez, a *opinio communis* dos jurisconsultos domina muitas vezes nos tribunaes.

O primeiro facto, materialmente muito importante, porque, por seu intermedio, a jurisprudencia pôde modificar o proprio direito, é, entretanto, um meio que se destina a tornar possível e facil uma boa applicação da lei; e a auctoridade dos tribunaes ou dos jurisconsultos, por maior que seja, não tem o character imperativo do direito.

Porém, em certos periodos historicos, ella foi rigorosa e authentica fonte de direito.

No periodo sacerdotal da sua existencia, — assim denominado, porque o direito era monopolio dos sacerdotes e pontifices, — a funcção da jurisprudencia não se limitou á conservação das primitivas normas aconselhadas por uma longa experiencia, postas em prática pelo costume, ou entanadas do rei ou do chefe do grupo societario. Pelo contrario; aperfeiçoou-o e augmentou-o, sobretudo na parte processual ou ritologica.

Quando se encerrou o cyclo sacerdotal e a jurisprudencia se secularizou, abrindo-se a todos os cidadãos, aos sacerdotes substituiram-se os jurisconsultos, cuja acção foi também, não apenas conservadora, mas productora. Sobretudo em Roma, o facto deu-se com irrecusavel evidencia. Desde o seculo v, em que, pela divulgação das fórmulas por Cnêo Flavio, se encerrou o cyclo patricio, até Diocleciano, o direito romano teve uma existencia e uma evolução maravilhosa e unica na historia juridica, graças á elaboração que soffreu por parte dos jurisconsultos. O *jus civile* foi, em grande parte, fructo da *interpretatio*. E por muito tempo, desde Augusto até Diocleciano, a jurisprudencia foi, não só *real*, mas também *legalmente*, verdadeira fonte de direito, já que, por vir-

(1) *Jurisprudentia*, — lê-se nas Institutas, I, 1, *de justitia et jure*, e no Digesto I, 1, *de justitia et jure*, 10, 2, — *est rerum notitia, justii injustique scientia*.

(2) Carle, *ob. e vol. cit.*, pag. 362.

(3) Icilio Vanni, *ob. cit.*, pag. 85.

(4) *Institutiones juris civilis* (Comimbricæ, MDCCCXCN), pag. 9. Cf. sr. dr. A. Vasconcellos Portocarrero, *Questões de jurisprudenciæ theoricæ e practicæ* (Coimbra, 1897), pagg. 1-24.



tude do instituto do *jus respondendi*, certos jurisconsultos davam respostas obrigatorias para o juiz. Além disso, a celebre lei das citações de Theodosio II e Valentiniano III em 426 attribuiu força legal aos escriptos de alguns jurisconsultos.

Na idade media, a jurisprudencia contribuiu tambem real e effectivamente para a formação do direito, attingindo na Inglaterra a dignidade de fonte legal.

Na idade moderna, continuou a exercer uma acção profunda na organização e vida juridica, já adaptando as normas legaes á realidade dos factos, já aperfeiçoando a technica juridica, mas acabou por perder a qualidade de fonte legal do direito (1).

### § 9.º

#### Divisão geral do objecto da segunda cadeira

Em duas grandes partes se póde e deve dividir o assumpto da segunda cadeira que professamos: uma em que se estude a historia geral do direito romano; outra em que se exponha a historia geral do direito peninsular e português.

Não separamos em partes distinctas a historia do direito peninsular e a do direito português, por que isso equivaleria a desconhecer o vinculo de continuidade organica que ha entre o *processus* de formação e de evolução de ambos os direitos. O direito peninsular é o organico antecedente historico do direito português, que delle se desintegrou com a constituição da monarchia portugueza; e o seu estudo é, por isso, parte essencial do estudo deste.

Diividiremos, porém, a segunda parte em dois livros: num estudaremos a historia do direito peninsular e noutro a do português.

## PRIMEIRA PARTE

### HISTORIA GERAL DO DIREITO ROMANO

(1) Cf. Cogliolo, cit. *Filosofia*, pagg. 72-83; Icilio Vanni, *ob. cit.*, pagg. 85-86.

## DIVISÃO DA HISTORIA GERAL DO DIREITO ROMANO

1. Ambito chronologico da historia geral do direito romano.
2. Sua divisão em periodos.

1. A historia do direito romano começa em 753 antes de Christo, data da fundação de Roma, segundo a chronologia de Varrão e de Cícero e geralmente acceita, e acaba com as compilações de Justiniano, fallecido em 565 da era christã (1). Foi durante este largo espaço de tempo que o direito romano se formou e constituiu, attingindo com as compilações justinianêas a sua ultima phase evolutiva.

O direito romano não desaparece, porém, com o cyclo historico da sua constituição e transformações evolutivas.

Abre-se-lhe um novo periodo que só com a codificação se encerrou definitivamente. É aquelle em que se impõe ao mundo medieval e ao mundo moderno pela grandeza e maravilhosa elasticidade das suas formas, regulando as relações juridicas no grupo de povos da civilização occidental, e exercendo, como *ratio scripta*, uma importante influencia directora sobre a legislação que se formava e sobre a sciencia juridica.

---

(1) Alguns fixam outra data á fundação de Roma. Assim, Catão, o antigo, collocou-a em 732; Polybio em 750; Fabio Pictor em 747; e Dyonisio de Halicarnasso em 729 antes de Christo.

A historia da vida do direito romano neste periodo, tambem muitas vezes secular, tem para nós muito menor interesse; não nos descreve a genese, a formação e a transformação das suas fontes, cujo *processus* findou com Justiniano; expõe-nos a acção exercida pelo direito romano sobre a vida juridica dos Estados medievaes e modernos; a força legal que possuiu; as phases de cultura por que passou na escola, etc.

Não deixaremos, entretanto, de esboçar esta phase da vida do direito romano em capitulo appendicular á exposiçãõ historica das suas fontes.

2. A historia geral do direito romano pôde dividir-se em tres periodos capitaes: — periodo real; — periodo republicano; — e periodo imperial.

Correspondem aos tres regimens politicos por que Roma passou: — realza, — republica — e imperio.

O primeiro abrange o tempo que decorre desde a fundação de Roma em 753 até 510 antes de Christo, ou desde o 1.º anno até ao 243 depois da fundação de Roma; o segundo o que decorre desde 243 até 726 depois da fundação de Roma, ou desde o anno 510 até 27 antes de Christo; e o terceiro vae desde o anno 27 antes de Christo até á morte de Justiniano em 565 depois de Christo, ou desde 726 até 1321 depois da fundação de Roma. Cada um destes periodos se pôde e deve ainda dividir em dois sub-periodos. No periodo real, o primeiro abrange a realza primitiva até Servio Tullio e o segundo decorre desde a reforma serviana até o advento da Republica. No periodo republicano, o primeiro corre até a elaboracao das XII Taboas (305 *ab urbe condita*) e o segundo desde as XII Taboas até á queda da Republica. No periodo imperial, o primeiro abrange o principado ou Diarchia e finda em 284 com Diocleciano e o segundo vae até á morte de Justiniano.

Tal é a systematização geral que observaremos na exposiçãõ historica das fontes do direito romano (1).

Antes, porém, de abordarmos directamente o seu estudo, procuraremos descrever nas linhas geraes aquillo que, de alguma maneira, se pôde chamar — a prehistoria do direito

(1) É a divisão accêita por Girard (*ob. cit.*, pagg. 9, 15, 18, 27, 46 e 68), com a qual se conformam, nas linhas geraes, as divisões adoptadas pelos illustres cathedrauticos hespanhoes D. F. Clément de Diego e Gutierrez (*Programma de Instituciones de derecho romano*, Madrid, 1897, pagg. 12-24) e D. Ismael Calvo e Madroño (*Programma de Instituciones de derecho romano*, Madrid, 1902, pagg. 5-12). Ambos dividem a exposiçãõ historica das fontes do direito romano em quatro periodos: — monarchico, republicano, primeira época do imperio e segunda época do imperio ou monarchia (Gutierrez), — imperadores pagãos e imperadores christãos (Calvo e Madroño).

Outras divisões têm sido apresentadas por diversos escriptoires. Assim, Hugo (*ob. cit.*, pagg. 18 e 19) dividiu a historia do direito romano em quatro periodos, correspondentes ás quatro phases principaes da vida humana, indo o primeiro — o da infancia da cidade e do direito — desde a fundação de Roma até ás XII Taboas (1 a 300 *ab ub. cond.*, ou 750 a 450 antes de Christo); o segundo — da juventude — desde as XII Taboas até Cicero (300 a 650 *ab ub. cond.*, ou 450 a 100 antes de Christo); o terceiro — da virilidade — desde Cicero até Alexandre Severo (650 a 1000 *ab ub. cond.*, ou 100 antes de Christo até o anno 250 da era vulgar); e o quarto — da velhice — desde Alexandre Severo até Justiniano. (1000 a 1300 *ab ub. cond.*, ou 250 a 550 depois de Christo). Esta divisão é, com ligeiras modificações nas datas e na época que fecha o segundo periodo, a qual, em vez de Cicero, é o fim da republica, a seguida por Eugénie Petit no seu *Traité elementaire du droit romain*, pag. 8. Krueger (*ob. cit.*) dividiu-a em tres periodos, abrangendo: o primeiro — a Realza e a Republica; — o segundo — o tempo que decorre desde Augusto até Diocleciano; — e o terceiro — o que vae desde Constantino o Grande até Justiniano. Padeletti (*Storia del diritto romano*, manuale ad uso delle scuole con note di Pietro Cogliolo, Firenze, 1886, pagg. 1, 351 e 605) dividiu-a nos seguintes periodos: — das origens de Roma até o principio do seculo vii: — desde o seculo vii até ao fim do seculo iii depois de Christo; e — desde o fim do seculo iii até á queda do imperio do Occidente.

romano, — isto é o estado social dos povos da Italia Central, visto que, formada de elementos sahidos destes povos e fundada numa época em que elles já tinham constituido centros de convivencia civil e politica, são intimos os laços que prendem Roma nos primordios da sua existencia ás povoações que a circumdavam. A cidade eterna não apparece na historia pela acção arbitraria de um aventureiro audaz, como reza a legenda, nem as suas instituições são a obra exclusiva e pessoal dos reis; o processo da sua formação é muito outro; e, segundo os resultados da critica moderna, valorizados ainda por estudos comparativos feitos sobre povos primitivos, principalmente os da mesma origem, ella, — escreve Carle, — continuou a formação da convivencia civil e politica que já tinha sido iniciada por outras populações italicas, cuja memoria remonta a uma época anterior á fixada para a fundação de Roma (1).

## CAPITULO PRIMEIRO

### Territorio e população primitiva da Italia, e particularmente da Italia Central

1. Italia antiga: ligeira descripção geographica e particularmente da Italia Central.
2. Povos que habitavam a Italia. Estado politico-social dos que se estabeleceram na Italia Central.

1. Geographicamente considerada, a Italia (1) é uma península, de origem vulcanica, que, desprendendo-se da costa francesa, avança na direcção sueste até o centro de Mediterraneo, tocando quasi na Sicilia, a Trinacria dos gregos.

Seus limites são nitidos, precisos e vigorosos. Ao norte fecha-a uma gigantesca muralha de montanhas; pelo leste,

---

(1) A denominação — Italia — foi primeiramente dada a uma pequena região do sul, comprehendida entre os golfos de Tarento e de Laüs, hoje bahia de Policastro.

Segundo a tradição italiana e siciliana, o nome de Italia deriva de Italos, nome por que talvez era designada uma fracção ethnographica dos siculos, ou um periodo da sua historia, mas de que a legenda fez o nome de um chefe siculo ou ligure. Segundo a doutrina grega, aliás menos provavel, deriva do termo latino — *vitulus* — que os gregos jonios, estabelecidos ao sul da Italia e na Sicilia, pronunciavam — *italos* — (cf. Jubainville, *Les premiers habitants de l'Europe*, II edit., vol. I, pagg. 312-317; Niebuhr, *Histoire romaine*, tom. I, Paris, 1830, pag. 16 e segg., onde se apontam todos os significados geographicos e politicos da palavra — Italia — na antiguidade).

---

(1) *Le origini del diritto romano* (Torino, 1888), pag. 2.

sul e sueste banha-a o mar. Interiormente, manifesta, através da variedade dos aspectos e paizagens, uma tão grande e vigorosa unidade e distingue-se tanto pela doçura do clima, belleza do ceu e riqueza dos campos que bem se pôde affirmar que, no conjuncto das regiões européas, ella tem, como suas irmãs, a Grecia e a Hespanha, das quaes é geographicamente o traço de união, uma personalidade geographica accentuada e característica. O agente principal desta unidade é a cordilheira dos Apenninos, a espinha dorsal da Italia.

As planicies, que ao norte se estendem entre os Alpes e o Apennino, não pertencem, geographicamente consideradas, ao systema de montanhas e de collinas da Italia, propriamente dita. O limite geographico desta é, ao norte, o Apennino que, durante muito tempo, foi tambem o seu limite politico, visto que só no seculo vii de Roma é que a costa situada entre Sena-Gallica e Ariminum foi incorporada no territorio da Republica e, no seculo viii, o valle de Pó.

O Apennino em parte nenhuma fórma uma aresta abrupta; pelo contrario, o seu largo massiço desenrola-se pelo paiz; seus valles e planuras ligam-se por passagens faceis, offerecendo assim ás populações um terreno commodo; e, pelo que respeita ás costas e ás planicies, ao sul, a leste e a oeste, a sua disposição é ainda mais propicia. Entretanto, a oriente, a Apulia faz excepção com o solo plano, uniforme, mal banhado, sem ondulações e sem recortes, fechado ao norte pelo systema montanhoso dos Abruzzos e apenas cortado na sua uniformidade pelo pico abrupto do Monte Gargano. Mas entre as duas peninsulas do sul, que terminam a cadeia Apennina, desenrola-se até ao vertice do seu angulo uma região baixa, abundantemente irrigada e muito fertil, terminando, porém, numa costa, onde rareiam os portos. Emfim, a costa occidental liga-se a uma região extensa, sulcada por importantes cursos de agua, como, por exemplo, o Tibre, e que outr'ora as ondas e numerosos vul-

cões entre si disputaram. Encontram-se ahi em grande numero collinas e valles, portos e ilhas. Ahi assentam a Etruria, o Lacio e a Campania, — o nucleo da terra italica; depois, ao sul da Campania, o espaço deixado livre pela montanha desaparece e esta cahe quasi a pique no mar Tyrrheno (1).

O clima da peninsula é são e temperado como o da Grecia.

As costas, são, porém, menos bizarras, menos bellas e menos favoraveis á navegação; são rectas, pouco abertas, quasi sem portos naturaes, e nas do mar Adriatico, sobre o qual se levantam aprumadas as montanhas, estão profusamente disseminados bancos de areia, formados pelos destroços arrastados na corrente dos rios. Além disso, não as banha um mar semeado de ilhas como aquelle que fez dos hellenos um povo de marinheiros.

Pela configuração geral das suas praias, a Italia afasta-se da graça e profusão de recortes da Grecia para se approximar da sobriedade grave da Iberia.

«Em compensação, escreve Mommsen, a Italia excede a Grecia em ter vastas planicies banhadas por diversos rios; os contrafortes das suas montanhas são mais ferteis, mais tapetados de verdura e prestam-se melhor á agricultura e á pastoricia. Como a Grecia, ella é, emfim, uma bella região, propicia á actividade humana; recompensa o trabalho, promette ao espirito de aventura faceis e longiquos successos e

(1) Mommsen, *Histoire romaine*, trad. por C. A. Alexandre, tom. I (Paris, 1863), pagg. 5-7; ou a mesma obra, trad. por Guerle, tom. I, pagg. 5-6; Elisée Reclus, *Nouvelle geographie universelle* (Paris, 1876), pagg. 299-300; Seignobos, *Histoire narrative et descriptive du peuple romain* (Paris, 1901), pagg. 1-2. A traducção da *Histoire* de Mommsen por Alexandre é muito superior á de Guerle, tanto pela clareza e elevação da linguagem, como pela riqueza das notas elucidas.

da ás ambições sedentarias e mais calmas satisfações também faceis e aprazíveis» (1).

Ao contrario, porém, da Grecia que olha para o oriente, a Italia olha para o occidente; e, assim como além a Attica e a Macedonia, esses dois nobres campos da historia, demoram a leste, aqui também a Etruria, o Lacio e a Campania, berço da civilização italica, demoram a poente. A razão está no Apennino e no processo geologico de formação das regiões occidentaes.

«Os pendores adriaticos, — escreve Oliveira Martins, — são abruptos, a agua despenha-se em torrentes, não ha portos, o mar sem ilhas é um estreito corredor onde os ventos se degladiam temiveis apertados entre montanhas: em ambas as costas fronteiras, italiana e illyria, o terreno é igualmente atormentado: As inclinações repellem a lavoura: dominam os pastos e as florestas, as torrentes e os rebanhos. É uma região agreste e dura, que se estende desde o Brucio, pela Apulia, até ao Piceno» (2).

Não assim na parte occidental. O fogo, que em tempos remotissimos levantára o Apennino, derramou as suas lavas e cinzas para occidente e, repellindo o mar que avançava até ao sopé da montanha, creou os declives brandos em que a terra desce do Apennino sobre o mar Thyrreno. «A nudez atormentada dos montes, continúa o mesmo escriptor, contrasta com a opulencia vegetal dos seus contrafortes. A terra é longa, o clima doce, os rios tranquillos. Ha golfos immensos, portos seguros, um mar pacifico; ha ilhas e campinas, ha lagos e vergeis. Esta é a Italia, paraizo da Europa. O lavrador succede ao pastor, as messes aos rebanhos, o arado ao cajado. Os campos sobem em terraços viçosos assombrea-

dos pela oliveira doce e pallida, dando com a sua folhagem minuscula um tom aerio, um tom *grego* á paysagem; a vinha enleuada nos ulmeiros e nos choupos, o castanheiro, o carvalho e o pinheiro-manso com a sua copa arredondada desenhando-se no azul ferrete do ceu, dão-lhe o tom grave e nido do genio italiano» (1).

Desta região do occidente destaca-se a parte central, onde se estabeleceram e viveram as populações mais intelligentes, mais activas e cuja acção politica foi mais poderosa e mais efficaz no desenvolvimento da Italia. As suas duas regiões mais notaveis e caracteristicas são a Etruria e o Lacio, a que póde juntar-se a parte da Ombria que fica a occidente do Apennino.

A Etruria era limitada ao norte pelo Arno; a leste pelo Apennino e pelo mar que a separavam da Ombria; ao sul, primeiramente pela floresta Ciminnia (*Ciminius saltus*) e depois pelo Tibre, fronteira septentrional do Lacio, e a oeste pelo mar Tusco ou Tyrrheno. «É um paiz extranho, escreve Seignobos; montanhas negras ou escuras, antigos vulcões extinctos, semeados aqui e além como em desordem, circundam e fecham pequenas planicies; as aguas, não tendo vassante, transformam a planicie num pantano ou formam lagos profundos no sopé da montanha» (2). Productos, como toda a faixa occidental da Peninsula italica, da actividade dos vulcões, a Etruria é fertil e convida á agricultura.

A sua origem e accentuada constituição vulcanica tornaram-na propicia á cultura e ao desenvolvimento de mythos, lendas, phantasmas e superstições. «A Etruria, escreve Oliveira Martins, é a terra dos medos, dos pavores e mysterios;

(1) *Ob. e vol. cit.* (trad. Alexandre), pag. 7; e pag. 6 na trad. Guerle

(2) *Historia da republica romana* (Lisboa), tom. I, pag. 100.

(1) *Ob. e vol. cit.*, pag. 101.

(2) *Ob. cit.*, pag. 8-9.

dos agouros e vaticínios; o solo treme, ouvem-se rugidos surdos agitar-lhe as extranhas: é que os monstros bramem estorcendo-se na jaula de pedra em que o tempo os encerrou» (1).

O primitivo Lacio era limitado a leste pela cordilheira sabinica e equa que se liga ao Apennino; ao sul pelo monte Albanô; ao poente pelo mar, que ali forma raras e estreitos portos; ao norte pelo Tibre. Mais tarde alongou-se para o sul até os picos do paiz dos Volscos que vão terminar no promontorio de Terracina e chegou ao rio Liris; e para leste estendeu-se até aos ultimos confins do territorio dos equos.

É, na sua maior parte, uma vasta e majestosa planície (2), de cerca de 275 kilometros quadrados, de origem e natureza vulcanica, como toda a Italia occidental.

A planície é, entretanto, cortada, excepto na região costeira, por fundas ravinhas e por collinas, de pequena altura, porém muito abruptas.

Daqui, a formação de vastos pantanos durante o inverno, que, evaporando-se no estio, carregam a atmospheria de miasmas febrigeros, resultantes da decomposição das materias organicas (3).

Todavia, — como nota Mommsen, — o campo latino tinha o seu encanto para um povo agricultor; sem ser, aliás, de

(1) *Ob. e vol. cit.*, pagg. 100-101

(2) É o que quer dizer — *Latium*, — cuja origem etymologica é a mesma que a de *latus* (largo).

(3) Os latinos divinizarão a febre no Deus *Februus*, e, para applacar a sua colera e acção perniciosa, erigiram-lhe no monte Palatino um templo, onde durante o mez de fevereiro, *februarius*, se celebravam em honra do Deus sacrificios propiciatorios e purificatorios. Daqui o significado de purificar que se ligou á palavra — *februare*.

uma surprehendente fertilidade, seu cultivo não demandava grande esforço; o solo, conjuncto de cinzas e lavas decompostas, era fraco; deixava-se penetrar e revolver sem difficuldade pelo alvião do emigrante e pouco ou nenhum adubo lhe era preciso para uma producção remuneradora (1).

A Ombria confina pelo norte com a Gallia Cisalpina; pelo nordeste e leste com o mar Adriatico e com o Piceno; pelo oeste com o Tibre e o Apennino, que a separam da Etruria, e pelo sul com a Sabinia. Seu territorio é, no centro, montanhoso, duro e agreste na parte que olha para o Adriatico, e desenrola-se a oeste do Apennino em pequenas collinas e valles férteis.

Tal é a Peninsula italiana no seu geral aspecto geographico. Na sua forma e situação estão, por assim dizer, impressos os contornos geraes da sua historia e do papel que devia desempenhar na vida evolutiva da humanidade.

Nitidamente delimitada pela natureza, com uma accentuada e caracteristica individualidade geographica, a Italia era, como diz Elisée Reclus, um pequeno mundo áparte, destinado pela sua mesma forma a tornar-se o theatro de uma evolução especial da humanidade.

Situada no centro do Mediterraneo, era naturalmente um poderoso foco de attracção, tanto mais que a variedade de territorio, de clima, de cultura havia de favorecer a acclimação de diversos povos, bem como a fermentação e expansão de variados costumes. E a sua mesma situação avançada sobre o Mediterraneo, como nota o sr. dr. Arthur Montenegro, punha a Italia em contacto com os povos que iam na vanguarda do progresso; a circumstancias identicas devia a

(1) *Ob. cit.*, vol. I (trad. Alexandre), pag. 48; trad. Guerle, pag. 44.

Grecia a sua cultura, vinda do contacto com semitas e egypcios; e circumstancias oppostas deviam os germanos e slaves o seu atrazo, recuados para o interior, e separados assim daquelles luminosos focos (1).

A geographia facilitavá, pois, á Italia a assimilação da civilização oriental e grega; o golpho de Tarento e os portos da costa oriental da Grande Grecia abriram-na ao influxo da civilização hellenica.

Finalmente, a sua posição a occidente, ao mesmo tempo que attrahia a actividade italica para as regiões fronteiras ao mar Tyrrheno, contribuia poderosamente a deslocar do oriente o centro da civilização, procurando e favorecendo a sua expansão para oeste e sobretudo para o noroeste, em harmonia com a direcção em que a Italia se extendia (2).

2. Uma região como a Italia devia ter sido habitada desde remotissimos tempos. E na verdade o foi. Quando as columnas invasoras do Oriente ali penetraram, já encontraram diversos grupos ethnicos.

Qual a sua origem e primitivo *habitat*? Eis o que se não sabe ao certo. A incerteza que envolve sempre o problema das origens é, na Italia, aggravada pela sua pobreza em monumentos da época primitiva.

Todavia é hoje indiscutivel, em face dos dados da paleoethnologia ou, na abreviada forma italiana, palethnologia (3),

(1) *O antigo direito de Roma*, vol. I (Coimbra, 1898), pag. 21.

(2) Cf. sr. dr. Montenegro, *ob. cit.*, pagg. 20-21; Elisée Reclus, *ob. cit.*, pagg. 299-301; Seignobos, *ob. cit.*, pagg. 1-2, 4, 8-9 e 16.

(3) *Palethnologia* é o nome, aliás propriissimo, por que hoje se designa a sciencia, cujo objecto é a reconstrução da vida social humana nos tempos anteriores á historia. A palavra *pre-historia*, que começou por ter e ainda nalguns escriptores conserva a mesma significação, tem hoje geralmente um significado mais restricto: estuda a vida da huma-

que, anteriormente á época historica, quando a formação do globo entrou no periodo quaternario (1), na Peninsula italica, como nas outras regiões da Europa, a civilização atravessou duas phases geraes: — a da idade de pedra e a da idade dos metaes. Aquella ainda se subdividiu em idade de pedra lascada ou paleolithica e de pedra polida ou neolithica, e esta em idade de bronze e idade de ferro (2). De todas

nidade só pelos dados que não tenham relação absolutamente nenhuma com os documentos historicos, como sejam os restos materiaes, archivados nas estratificações e nas camadas geologicas. Para designar o estudo dessa mesma vida segundo documentos, em certa maneira participantes da historia e da prehistoria, Broca, segundo informa Mortillet (*Formation de la nation française*, Paris, 1904, pag. 190), propoz o nome de *proto-historia*, que foi geralmente accete.

(1) A existencia do homem no periodo terciario é uma hypothese, cuja verificação, tão sonhada por muitos geologos, entre os quaes cumpre mencionar o nosso compatriota Carlos Reis, tem sido até hoje impossivel fazer-se. (Mortillet, *ob. cit.*, pagg. 213-214; sr. dr. Gonçalves Guimarães, *Elementos de geologia*, Coimbra, 1895, pagg. 221-228).

(2) A divisão do periodo pre-historico quaternario nas quatro edades — paleolithica, neolithica, de bronze e de ferro — foi introduzida na sciencia pelos anthropologistas dinamarquezes e escandinavos, os quaes, talvez porque os documentos historicos da Dinamarca, da Suecia e da Noruega não iam além de uma antiguidade de doze seculos, foram ás reliquias materiaes, depositadas nas camadas geologicas, e comprehendem a utilidade e a importancia da palethnologia. Esta classificação, escreve o sr. dr. Gonçalves Guimarães, sabio cathedratico da Faculdade de Philosophia, «funda-se: — 1.º em que em todos os payses frequentados pelos povos primitivos, houve uma época, em que o homem ainda não sabia fazer uso dos metaes nem extrahi-los, vendo-se portanto reduzido a fabricar as suas armas e os seus utensilios de pedra, osso, chifre ou madeira; 2.º em que a descoberta do bronze parece ter sido anterior á do ferro. Os factos, continua o mesmo escriptor, vieram porém demonstrar que esta classificação não é tão geral, como se presumia, e que a civilização de povos diferentes não percorre forçosamente todos os graus, que poderia percorrer, accelerando-se umas vezes e retardando-se outras



essas edades, mercê de investigações e excavações que se tem feito, possuimos vestígios indubitaveis e seguros que nos permitem, não só reconstituir nos lineamentos geraes as respectivas civilizações, mas determinar a indole e o character ethnico dos povos que nesses remotissimos tempos habitaram a Italia.

Assim, os utensilios empregados pelo homem paleolithico, — toscos instrumentos de pedra lascada, de osso e de chifre, destinados quasi exclusivamente á satisfação das primeiras e mais fundamentaes necessidades, — accusam uma vida individual e social rudimentar e miseravel. A idade neolithica, com seus multiplos instrumentos de pedra polida, muitos dos quaes já destinados a enfeite, com seus variados objectos de ornato e insignias, com seus vasos de ceramica, de que tão abundante depósito se tem encontrado nos dolmens e nas grutas, marca uma phase de accentuado progresso, em que já era conhecida a agricultura, como parece deprehender-se da existencia de uns objectos de pedra, destinados a triturar cereaes, e em que os aggregados sociaes já tinham attingido certa fixidez e grandeza, segundo é lícito inferir da proximidade de varios monumentos megalithicos.

O progresso accentuá-se e accelera-se na phase dos metaes, em que aos instrumentos e utensilios de pedra se substituem os de metal, primeiro de bronze e depois de ferro. E, na idade de ferro, este progresso, que aliás derivava inevitavelmente do aperfeiçoamento dos instrumentos de produção, foi talvez desde o principio auxiliado ainda pela acção de povos invasores já adiantados.

segundo as circunstâncias; enquanto que, por outro lado, graus idênticos de civilização podem ter correspondido em povos diferentes a épocas muito diversas». (*Elementos de geologia*, Coimbra, 1895, pagg. 228-229).

Diversas foram as raças que durante estas edades habitarão a Italia. Segundo as inducções da palethnologia, no periodo paleolithico, tẽ-la-hia habitado a raça de Neanderthal (?), autochtone e dolicocephala, a qual, graças a uma modificação profunda nas condições climatologicas, se teria transformado, quasi ao findar a edade paleolithica, na raça a que Mortillet dá o nome de raca de Laugerie. — tambem dolicocephala, mas dotada de uma organização mais perfeita e mais semelhante á das raças actuaes. A esta raça se ligaria acaso, como selecção aristocratica, a raça de Cró-Magnon, tambem dolicocephala, mas de estatura mais elevada (1). Nô fim desta edade ou no principio do periodo neolithico, a italia, segundo Sergi, foi povoada, de sui a norte, por povos de origem africana, pertencentes á raça mediterranea ou *eurarricana*, como elle a denomina, dolicocephala e mesocephala. Os principaes foram os *belasões* e os *líonres*. Mas no fim deste mesmo periodo e no periodo de bronze, uma outra raça penetrava na Europa, occupava quasi toda a parte central, descia para o Mediterraneo e invadia a Italia, attingindo o Tibre. Vinha da Asia, era brachicephala e seu typo era o que communmente se chama mongolico e menos frequentemente turanico. Sergi denomina-a *eurasica*, porque, asiatica na origem, ella se espalhou muito pela Europa, ficando assim a pertencer aos dois paizes. Esta raca invadiu a Europa e a Italia duas vezes: a primeira na edade neolithica; a segunda na de bronze.

O caracter das duas invasões foi diverso; a primeira — *celtica* — lenta e pacifica; a segunda —                      — tumultuosa e guerreira. Aquella resultou numa fusão dos invasores

(1) Mortillet, *ob. cit.*, pagg. 275-276, 305-308, 311-326. Segundo Sergi (*Arii e Italici*, Torino, 1898, pag. 180), a raça Cro-Magnon seria um resíduo da raça euro-africana.

com os eurafricanos; esta distinguu-se por uma dominação barbara e feroz e transformação brusca e violenta na organização e vida social dos vencidos. «Foi destruída a antiga religião dos mortos e substituiu-se-lhe uma outra, com o rito funebre da inceneração; a velha civilização neolítica e a arte da escripta e da bella e elegante ceramica e a da esculptura em madeira, em osso, em marfim, desapareceram submersas na barbarie universal em quasi toda a Europa, até á costa septentrional do Mediterraneo; e toda a civilização mediterranea teria sido destruída, se a invasão tivesse penetrado em todas as regiões da bacia, onde estava em vigor, com a mesma violencia e numero igual áquelle com que occupou a Europa central e occidental» (1).

Seria esta, segundo Sergi, a função desempenhada no progresso dos povos europeus pela segunda migração asiática, geralmente designada indo-germanica, indo-europeia ou, meios tendenciosamente e com maior exactidão, arya, á qual, pelo contrario, a doutrina tradicionalista attribuiu a gloria de ter acordado a Europa para a historia, insufflando-lhe nas veias barbaras o potente sôro da civilização oriental.

Ataso exaggeradas as duas opiniões, a verdade estará numa fórmula intermedia e conciliadora. Com effeito, investigações recentes não só confirmam a existencia e o grau, relativamente alto, da civilização mediterranea, mas até lhe attribuem a prioridade chronologica na evolução da humanidade, sendo, por isso, inexacto dizer-se que a Europa acordára para a civilização por virtude da migração arya. Mas o próprio facto da imposição dos aryas mostra o erro de Sergi, quando affirma que elles eram selvagens e que, com a sua

dominação, se submergira na universal barbarie a civilização mediterranea.

Os eurasicos da segunda migração desceram sobre a Italia pelos Alpes Orientaes; conquistaram a bacia do Pó; e, avançando para o sul, chegaram até ao Tibre e fundaram o Estado ombro, o qual, tendo por base geographica a região comprehendida entre o Tibre e o Pó, perdurou até á immigração dos etruscos, povo da raça eurafricana, vindo no século viii do oriente mediterraneo ás praias do mar Tyrrheno, donde se estendeu para o interior, vencendo os ombros e conquistando-lhes o territorio occidental do seu império. Para o sul do Lacio poucos eurasicos penetraram. Os gregos que colonizaram a parte meridional da Italia, denominada Grande Grecia, eram, nas camadas primitivas da sua população, eurafricanos.

Desarte, se puzermos de parte as raças archaicas do periodo paleolithico, a população da Italia apparece-nos a resultante de duas convergentes ethnicas: eurafricana e eurasica. Esta predomina no norte; mistura-se e cruza-se no centro com a eurafricana, que, já ahí predominante, domina quasi absolutamente ao sul do Lacio. A civilização é predominantemente mediterranea; mais adeantados do que os aryas semi-selvagens, os eurafricanos, desfeita a torrente de barbarie que ameaçou submergi-los na época da segunda invasão, retomam o curso do seu progresso e readquirem a dominação politica, quando os etruscos repelliram os ombros das planicies do mar Tyrrheno para a região dura e agreste de além o Apennino (1).

(1) *Decadenza delle nazioni latine* (Torino, 1903), pag. 206. Cf., do mesmo auctor, *Gli Arit in Europa e in Asia* (Torino, 1903), pagg. 27 e 194-195

(1) Sergi, cit. *Decadenza delle nazioni latine*, pagg. 204-217; *The Mediterranean Race: A study of the origin of European Peoples* (London, Walter Scott, 1901); cit. *Arit e Italici*, pagg. 135-153 e 177-198; cit. *Gli Arit in Europa e in Asia*, pagg. 11-49, 126-158, 184-196 e 240-263; Colajanni, *Latins et Anglo-Saxons*, trad. por Julien Dubois, pagg. 11-19.

Diferente da doutrina de Sergi sobre os elementos componentes da população itálica e respectiva energia civilizadora é a de Jubainville que vamos tentar expôr nas linhas geraes

Segundo este escriptor, os primitivos habitantes da Europa eram autochtones e viviam em cavernas, sem casas nem instrumentos ou productos agricolas, num estado completamente selvagem (1).

Sobre este estrato de população vieram assentar duas invasões: a dos pelascos e a dos iberos, povos que, antes da migração indo-europea, partilhavam entre si a Europa: aquelles a oriente, originarios das costas occidentaes da Asia Menor, estes a occidente, vindos da lendaria Atlantida.

Os pelascos invadiram a Italia anteriormente ao anno 2000 antes de Christo. Os gregos attribuiam esta primeira colonização a Oinotros e a Peucétios, filhos de Lucaôn e netos de Pelascos. Os peucécianos estabeleceram-se na região que mais tarde se chamou Apulia e Messapia e os oinotrii colonizaram a Lucania e o Brutium.

A filiação ethnica deste povo é incerta. Clovis de Lamarre attribue-lhe proveniencia indo-europea, dizendo que elle é o antepassado dos gregos e latinos (2); Jubainville nega a terminantemente.

«Os Pelascos, — escreve, — eram estranhos á raça indo-europea. Um dos caracteres distinctivos da raça indo-europea é a industria do fabrico de estofos. Ora, a tradição grega apresenta-nos o fabrico de estofos como uma arte aprendida pelos Pelascos posteriormente ao seu estabelecimento no Peloponésio. A agricultura era do dominio commum do grupo

(1) *Ob. cit.*, vol. I, pag. 3.

(2) *Étude sur les peuples anciens de l'Italie et sur les premiers cinq siècles de Rome* (Paris, 1899), pag. 8 e segg.

europeu da raça indo-europea antes da época em que o povo unico formado por esse grupo se scindiu nos seus diversos ramos. Ora, houve um tempo em que os Pelascos estabelecidos no Peloponésio não conheciam a agricultura; aprenderam-na ao mesmo tempo que o fabrico de estofos» (1).

Tambem, em data muito remota, vieram á Italia os sicanos, ramo ou variedade dos iberos. Expulsos mais tarde pelos siculos, ramo dos ligures, passaram á Sicilia.

A estas immigrações succedeu a invasão indo-europea, acontecimento grandioso para Jubainville, que accêita a doutrina tradicional sobre a energia civilizadora do povo arya.

Quem eram os indo-europeus?

Qual o seu primitivo *habitat*?

Divergem os escriptores. Segundo a opinião mais antiga e ainda hoje mais geralmente accêita, seguida por Jubainville, os aryas eram um povo asiatico (2). Como *habitat* originario este escriptor assigna-lhes a região situada ao norte da Persia e do Afghanistan na bacia do Iaxarte e do Oxus, entre a cordilheira de Hindu-Kush que separava da bacia do Indus os primeiros indo-europeus, o Bolor que lhes era limite pelo

(1) *Ob. cit.*, vol. I, pag. 86. Sergi (cit. *Decadenza delle nazioni latine*, pag. 210), dá-os como oriundos da raça mediterranea.

(2) Segundo outra opinião mais recente, os aryas eram originarios da Europa, demorando o seu primitivo *habitat* ao norte ou, segundo Penka, na Scandinavia, donde teriam irradiado para a Asia e avançado para o sul da Europa e norte da Africa (Cf. Sergi, cit. *Gli Arii in Europa e in Asia*, pagg. 14-17; Alfred Fouillée, *Esquisse psychologique des peuples europeens*, Paris, 1903, *Introd.*, pagg. xi-xiv e 1-5). Jubainville (*ob. cit.*, pagg. 201-202), julga este parecer errado, em virtude da superioridade que caracterizou a civilização indo-europea desde o seu apparecimento na historia e assegurou a sua dominação sobre as outras civilizações da Europa, superioridade que se não explica, senão mediante um contracto previo com os imperios da Alta Asia, tão grandes nas artes da paz como nas da guerra.

lado da Asia Central, e o Ural, para além do qual os Finnios occupavam o norte da Europa (1).

Em certa época, porém, o povo indo-europeu sentiu a necessidade de emigrar do territorio, onde se havia estabelecido. Entre os factores deste acontecimento avultaria, — é de crer, — o crescimento da população. Separou-se em dois povos; um, que Jubainville denomina — europeu, e outro para que reserva a denominação de — arya.

Deixando este que mais tarde se subdividiu em dois: — hindu e o arariano, — sigamos a marcha do povo europeu.

«Separados dos Aryas, os Europeus, — escreve Jubainville, — puzeram-se em marcha na direcção do occidente. Seria difficil determinar a duração da sua viagem. Attraversaram o Ural, o Volga e vieram estabelecer-se no centro da Europa. Ahi demoraram algum tempo, seculos talvez, entre o Mar Baltico pelo norte, o Rheno pelo occidente, o Danubio pelo sul e o Niémen e o Dnieper pelo oriente.

Cerca do anno 2000 antes da nossa era, o povo europeu dividiu-se em tres grupos. Um era composto das populações que na antiguidade foram conhecidas pelos nomes de Thracos, Illyrios e Ligures. Este grupo foi o primeiro que, avançando para o sul, penetrou victorioso na peninsula dos Balkans, na Italia, na região, mais tarde chamada Galia, é na Peninsula hispanica. Outro grupo era constituido: 1.º pelos antepassados dos Gregos ou dos Hellenos; 2.º pelos antepassados dos povos que se convencionou chamar Italiotas e que mais tarde se scindiram em Ombrios, Oscos e Latinos; 3.º pelos antepassados dos Celtas. Parece que todo este grupo permaneceu no valle do alto e do medio Danubio até o seculo xv ou xiv (2) em que os Gregos invadiram a penin-

sula dos Balkans e os Italiotas se foram estabelecer na região a que deveram o nome. Os Celtas continuaram a habitar a parte occidental do valle do Danubio. Suas conquistas no oeste da Europa parece não terem começado muito antes do seculo vi. As orientaes são muito posteriores.

Os Slavos-Germanos, seus vizinhos de nordeste, só muito mais tarde tiveram historia. Constituem o terceiro grupo dos Europeus» (1).

Dos grupos em que se dividiu o povo europeu vieram á Italia em primeiro logar os thracos, os illyrios e os ligures que, entretanto, Jubainville, com outros escriptores, suspeita serem não variedades distinctas do mesmo povo europeu, mas denominações diferentes dum só e mesmo povo.

Os illyrios occuparam o territorio sobre o Adriatico ao norte do Pó. Os ligures dividiram-se em dois ramos: — ligures ou ligures propriamente ditos e sículos. Aquelles occuparam a Gallia, uma parte da Hespanha e o noroeste da Italia; os sículos o resto da Italia, onde impuzeram a sua dominação aos pelasgos do sul e donde expulsaram os sicanos. Depois da conquista da peninsula pelos ombro-latinos, muitos dos sículos refugiaram-se na Sicilia.

A seguir aos illyrios e ligures, invadiram a Italia os italiotas.

Não remonta além do seculo xii antes de Christo a prova incontestavel da sua chegada a Italia central. Com effeito, é em 1135 que, segundo Catão o Antigo, foi fundada a cidade ombria de Ameria, hoje Amelia. Mas é provavel que o movimento invasor tivesse começado no seculo xiv, pouco depois de os hellenos terem abandonado o valle do Danubio para descer á Grecia e expulsar os pelasgos.

(1) *Ob. cit.*, vol. I, pag. 201. Outros asseguram-lhes, já a região do Euphrates, já o valle da Mesopotamia.

(1) *Ob. cit.*, vol. I, pagg. 214-215 e 221-222.

Chegados á Italia, os ombro-latinos separaram-se e occuparam regiões diferentes. Os latinos estabeleceram-se sobretudo no Lacio, ao sul do Tibre; em volta do primitivo Lacio, tinham-se estabelecido os equos, os hernicos, os volscos, os auruncios e os ausonios, todos conhecidos pela denominação generica de povos latinos.

Por seu turno, os ombros conquistaram aos siculos as planicies do Pó, e, caminhando para o sul, estenderam-se, sobre o Adriatico, até Monte-Gargaro, ao occidente, entre o Arno e o Tibre.

De proveniencia identica á destes povos são os sabellianos: habitavam a este do Lacio, nas florestas do Apennino, que povoaram de colonias, ramificando-se depois pelas costas do Adriatico. Entre os numerosos grupos sabellianos, convem notar, como sendo os mais importantes, os sabinos e os samnitas.

Os Celtas invadiram tambem a Italia; mas a sua invasão realizou-se no seculo iv antes da nossa era. Não pertence, pois, á pre-historia do direito romano; e, além disso, não ultrapassou, de um modo permanente, a região septemtrional da Italia. Entre os principaes ramos que occuparam a bacia do Pó, contam-se os insubrios, os cenomanos, os boios e senones.

No x seculo antes de Christo (1), outra columna invasora penetra na Italia. São os etruscos, cujo papel no desenvolvimento de civilização nunca foi de grande importancia.

O seu primeiro *habitat*, a sua origem e caracter ethnico, e a trajetoria seguida na sua migração constituem objecto

(1) Clovis Lamarre colloca a invasão etrusca no seculo xi e Sergi no seculo viii.

de discussão entre os eruditos. Segundo Jubainville, elles são pelasgos (1), originarios da Asia Menor (2), e vieram á Italia, expulsos da Grecia pela invasão dos hellenos (3).

Chegados á Italia, os etruscos conquistaram aos ombros e aos latinos a região a que ligaram o seu nome, — a Etruzia.

Dahi teriam emigrado alguns bandos para o Lacio, onde aliás não tiveram dominação exclusiva, e para a Campania, onde tiveram doze colonias, cuja capital foi Capua. Estabeleceram, além disso, colonias nalgumas cidades do norte da Italia, como Bolonha, Ravenna e Mantua.

Finalmente, ao sul da Italia estabeleceram-se por meio de diversas colonias os gregos, povo aryano, segundo Jubainville e a maioria dos escriptores.

Tradições, mais fabulosas e poeticas do que historicas, fazem remontar á época da dominação dos ombros a fixação de muitas colonias gregas na Italia. A mais antiga é, porém, a de Cumas, fundada pelos chalcidios, fronteira á ilha Ischia, no cume duma montanha que dominava o mar Tyrrheno e os campos Phlegranos. Só esta parece remontar ao seculo x antes de Christo. Todas as outras vieram mais tarde.

«Em seguida, a expansão colonial dos gregos, — escreve o

(1) Outros julgam-nos ugro-finnios, alguns iberós, muitos semitas, Mommsen indo-europeus, Lyndsay thuringios, Corssen italianos.

(2) É tambem a opinião de Sergi. Todavia, outros escriptores têm apontado a Alemanha, a Thessalia e o Egypto como a originaria patria etrusca, e houve quem os julgasse autochtones ou aborigenes da propria Italia

(3) Segundo outros, os etruscos penetraram na Europa pelos desfiladeiros do Caucaso; e, deixando ao sul a peninsula dos Balkans, teriam subido o valle do Danubio até ao Tyrol e chegado á Italia através dos Alpes Rheticos. Mommsen aventa a hypothese de os Rheticos serem o primitivo povo etrusco, estabelecido no seu mais antigo *habitat*. (*Ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pag. 165).

sr. dr. Arthur Montenegro —, bordejou o mar Tyrrheno para o sul, entrou na Sicília, e, dando volta pelo mar Jonio, foi até Brundisio» (1).

Do que fica exposto resulta que, se o territorio da Italia era variado, se permitia todas as culturas e favorecia todas as flores, e era propicio ao agricultor, pelas vastas planicies, ao navegante, pelas longas e abrigadas costas do occidente, e ao pastor, pela montanha que a corta longitudinalmente, tambem, ou se acceite a doutrina de Sergi ou a doutrina de Jubainville, nas veias da sua população corria o sangue mais variado e pulsavam energias e aptidões as mais diversas. Pelasgos, iberos, illyrios, ligures, latinos, ombros, etruscos, gregos e celtas, todos enviaram á Peninsula italica seus contingentes a enriquecer o sangue italiano e a collaborar na formação de um typo ethnico superior, que fosse a synthese organica das energias e qualidades predominantes dos invasores. Daqui, o maravilhoso genio politico e a prodigiosa capacidade de assimilação que na historia tanto distinguiram os habitantes da Italia.

O territorio e a população conjugavam-se assim para a obra da conquista do mundo.

Onde, porém, a lucta e a fusão dos elementos ethnicos se deu com maior força e intensidade foi na Italia central. Aqui nasceu a civilização italica; aqui se fundou a cidade eterna, centro poderoso e unificador da Italia; aqui se fixaram e cruzaram as populações mais activas e mais intelligentes, em cuja civilização Roma foi beber os elementos da sua primi-

(1) *Ob. cit.*, pag. 36. Cf. sobre os antigos habitantes da Italia: Jubainville, *ob. cit.*, vol. I e II, *passim*; sr. dr. Arthur Montenegro, *ob. cit.*, pagg. 25-36; Clovis de Lamarre, *ob. cit.*, pag. 2 e segg.; Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pag. 110 e segg.

tiva organização. Resulta, por isso, indispensavel conhecer aquella, ao menos nos lineamentos geraes.

Os povos mais importantes da Italia central foram os ombros, os latinos e os etruscos. Os primeiros, expulsos pelos etruscos da região, a que estes deviam ligar o nome, vieram com os sabellianos fixar-se respectivamente na Ombria e na Sabinia. Povos indo-europeus elles deviam trazer consigo o fundo da civilização arva e o genio progressivo da sua raça; mas, repellidos ao norte pelos etruscos e contidos a oeste pelos latinos, os ombros são obrigados a procurar a montanha, onde se fixam; e quando descem á planície ou, como os sabinos, se estabelecem em região vizinha do Lacio, este, mais forte e mais civilizado, a breve trecho os absorve e latiniza.

Seu papel na civilização italica é secundario; apparecem na historia com caracter profundamente religioso; entregam-se mais á pastoricia do que á agricultura; preferem a montanha e, como todos os povos montanhesees, distinguem-se por uma altiva independencia e tenacidade e valor heroicos, mais tarde affirmados tão grandiosamente pelos samnitas, ramo ombro-sabellico, na lucta contra os romanos.

«Não habitam ainda, — escreve Carle, — em cidades verdadeiras e proprias, mas em aldeias abertas, que constituem outras tantas communidades ruraes, e conservam os vestigios de uma poderosa organização gentilicia, da qual pode encontrar-se um notavel exemplo na gens Claudia» (1).

Mais tarde, mesmo quando no Samnio se elevam a uma forma de organização politica, a sua independencia de montanhesees e o fervoroso culto da egualdade impossibilitam a constituição de um estado poderoso e forte.

(1) *Ob. cit.*, pag. 4. Cf. Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pagg. 152-159.

A comunidade rural continuava a ser o centro da vida civil e política; nella residia o poder publico; e tão ciosa era da sua soberania que, ao entrar na liga samnita, não reconhecia superioridade noutra, como centro de unidade.

Os latinos, como noutro lugar dissémos, estabeleceram-se, sobretudo no Lacio. Ou fossem aryaes, como ensina Jubainville, ou um ramo dos ombros fundido com os eurafricanos, conforme sustenta Sergi, elles encontravam-se certamente na phase agricola, tinham já conhecimento dos cereaes e faziam uso dos metaes (1). A identidade ethnica e territorial devia conduzir á identidade social entre as suas diversas tribus. E de facto assim foi. O Lacio estava dividido em um certo numero de circumscripções ruraes, — *vici* e *pagi*, — habitadas por outras tantas comunidades, constituídas por um aggregado de famílias ou de *gentes*, as quaes descendiam de um antepassado commum, cujo nome tinham, e professavam o mesmo culto gentilicio. «Tas reuniões de *gentes*, que se denominam tribus, — escreve Carle, — habitam nos *vici* e nos *pagi*; reconhecendo, porém, a sua origem commum, não tem uma existencia inteiramente separada e independente, mas entram desde logo a fazer parte de uma aggregação mais vasta, que constitue depois o *pópulus* e a *civitas*. Este aggregado mais vasto não só tinha communs a lingua, os costumes e a religião, mas ainda as leis, a administração da iustica e a defesa contra os ataques e aggressões externas. Necessitava, por isso, de um centro commum; e esse era a *urbs*, assim chamada pela orbita sagrada que a circumdava, em cujo recinto se encontravam a *arx* ou fortaleza, onde, no momento do perigo, os federados se podiam refugiar; o templo da divindade padroeira de toda a comunidade; o lugar

onde se administrava a justiça; o *forum* para o mercado e para as reuniões publicas» (1). De ordinario, estava situada no cimo dos montes e collinas e não era regular e permanentemente habitada, pois que as diversas *gentes* continuaram a habitar seus *vici* e *pagi*.

Os aggregados, constituídos pela reunião dos *pagi*, eram verdadeiras unidades politicas, a principio talvez absolutamente autónomas, regidas por um principe, assistido do conselho dos anciãos e da assembleia geral dos cidadãos.

A comunidade de lingua e de raça, que fôra causa da junção dos *pagi* em *populi* ou *civitates*, originou tambem a confederação destas por meio da instituição do pacto de eterna alliança entre todas as cidades latinas. A presidencia da confederação pertencia, segundo o uso latino e grego, á cidade, em cujo territorio estivesse o sanctuario federal. Foi Alba, a mais antiga e importante, que teve, até ser destruida, esse privilegio.

A federação compunha-se ao principio, segundo reza a tradição, de trinta cidades; tinha, como as confederações beocia e jonia, suas festas annuaes (*latinae feriae*) celebradas sobre o monte Avidano no local designado pelo chefe federal; e ahi os latinos reunidos immolavam um touro ao deus do Lacio (*Jupiter Latiaris*).

Além das solemnidades religiosas, havia assembleias frequentes junto da fonte *Ferentina* (2) para as deliberações de interesse publico.

Qual fosse rigorosamente a posição juridico-politica de cada uma das cidades em face da confederação, e quaes os direitos especiaes que cabiam á cidade presidencial, é o que se torna impossivel descrever.

(1) *Ob. cit.*, pagg. 4-5.

(2) Nome especial da Venus latina.

(1) Cf. Jubainville, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 215-220.

Note-se, porém, que, se acaso, como é presumível, a confederação não teve a principio um direito estavel e coordenado, é muito provavel que bem depressa o elaborasse e ella se tornasse a representante, na ordem politica e legal, da nacionalidade latina.

Assim, o suggere o facto de serem protegidos pela lei os matrimonios contrahidos entre todos os latinos confederados, a aquisição de terras e o livre exercicio da sua industria em toda a extensão do Lácio (1).

Do que fica exposto resulta que o povo latino attingira uma phase social e politica mais adeantado do que a dos ombro-sabellianos. Subera elevar-se a uma forma de organização politico-social, que marca nitidamente a transição da phase propriamente gentilicia, de organização patriarchal, para a da cidade, com natureza predominantemente politica. Além disso, a outra conclusão leva a analyse da sua organização e vida confederativa: — «é que as cidades latinas, sem nunca abdicar em proveito do centro commun da sua autonomia propria, experimentaram e avivaram em si mesmas o sentimento de uma dependencia commun e reciproca e prepararam a transição necessaria do *particularismo* cantonal, por onde começa a historia de todos os povos, para a *unidade nacional*» (2).

Os etruscos assentaram na Etruria o seu imperio, depois de a conquistar aos ombros e ligures; e ahi crearam uma nacionalidade robusta e vivaz, ante a qual desapareceram quasi inteiramente os vestigios da passagem dos invasores

(1) Cf. Mommsen, *ob. e vol. cit.*, trad. Alexandre, pagg. 49-57; Seignobos, *ob. cit.*, pagg. 16-17, e *Histoire de la civilisation ancienne*, II edit. (Paris, 1893), pagg. 187-188; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, XVII edit. (Paris, 1900), pagg. 143-161 e 248-325.

(2) Mommsen, *ob. e vol. cit.*, trad. Alexandre, pag. 57.

precedentes, e fundaram uma civilização que destaca, no conjunto das primitivas civilizações italicas, já pelo caracter especifico que teve, já pelo grau de progresso que attingiu.

O typo de organização social e politica dos etruscos era, como entre os latinos, a *cidade*, formada pela associação das diversas familias e *gentes*. Mas, emquanto no Lacio os *pagi* eram caracteristicamente ruraes, na Etruria, a breve trecho, começou a predominar a tendencia *urbanista* na formação dos centros de convivencia civil e politica.

A razão do facto está em que muito cedo os etruscos se entregaram á industria, ao commercio e á navegação, para que os sollicitava a longa costa da Etruria.

A população estava dividida em duas classes: *plebeis* e nobres.

O regimen politico parece ter sido monarchico; os chefes tinham o nome de *locumoni*. Mommsen attribue-lhes a plenitude dos poderes (1); mas nao é inverosimil que, pelo menos de facto, o seu exercicio fosse, no principio, como certamente o foi mais tarde nalgumas cidades (2), contido em certos limites pela classe nobre; a qual devia intervir tambem na direcção politica da cidade.

As cidades estavam unidas pelo laço confederativo.

Cada confederação abrangia doze cidades.

A confederação etrusca não tinha, porém, a força e a coesão da confederação latina. Certamente, ella tinha a sua *metropole* para o culto e para a direcção da liga; mas, como ensina Mommsen, cada uma das cidades que nella entravam tinha, substancialmente, os mesmos direitos, o mesmo poder: e, dest'arte, não havia realmente supremacia ou poder cên-

(1) *Ob. e vol. cit.* (trad. Alexandre), pag. 171; trad. Guerle, pag. 156.

(2) Cf. Clovis de Lamarre, *ob. cit.*, pag. 68.



tral que podesse estabelecer-se ou consolidar-se numa mesma cidade (1).

Além disso, era raríssimo que todos os etruscos confederados se concertassem para uma mesma empreza. Cada cidade fazia a guerra por sua conta, na maioria dos casos, as outras, não directamente atingidas e imprevidentes sobre as consequências da sua abstenção, desinteressavam-se da lucta (2); e até, segundo informa Mommsen, muitas cidades da confederação se abstinham, mesmo no caso em que se decidia emprender uma guerra federal.

A mesma, senão maior, falta de cohesão se dava entre as confederações. É, porém, natural que, no principio, a necessidade de lançar com segurança no solo da Etrúria as bases da sua dominação vinculasse estreitamente os etruscos, pois que então devia claramente revelar-se-lhes que o interesse commum era o interesse particular de cada cidade; mas, terminado o periodo da conquista, em breve essa cohesão desapareceu, enquanto no Lácio o genio politico do latino mais a robustecia e fortificava.

No meio da organização politica que acabamos de esboçar, o genio etrusco formou e desenvolveu uma civilização peculiar e typica.

Assim, a sua religião era característica. Estabelecidos numa região em que a tempestade, os tremores de terra, os

(1) *Ob. e vol. cit.* (trad. Alexandre), pag. 171; trad. Guerle, pag. 156.

(2) Veios cahiu em poder dos romanos, após dez annos de cerco, porque os povos da confederação, reunidos em assembleia geral, responderam aos habitantes de Capenas e aos Falisços, os quaes pediam auxilio para os Veientes, que, não tendo estes pedido conselho sobre a guerra, não deviam pedir auxilio; que a Etrúria não podia correr os riscos de uma contenda particular, e que as responsabilidades dos actos individuaes de cada cidade deviam incidir unicamente sobre ella. (T. Livio. *Hist. Rom.*, VI, 17).

ruidos subterraneos e outros phenomenos pavorosos quebravam frequentemente o curso regular da natureza, os etruscos, meditativos e sombrios, elaboraram uma religião phantastica e funebre, servida por um culto sanguinario e horrivel. Os deuses, encarregados da ordem material do universo, e as almas dos mortos appareciam á sua imaginação, sobreexcitada pelo pavor, como seres terriveis e ameaçadores, que era necessario tornar propícios. A sua colera e ameaças manifestavam-se pelo raio e pelo trovão, pelo vôo e grito das aves e nas entranhas palpitantes das victimas.

Daqui, o apparecimento da arte augural para conhecer as ameaças do ceu e a maneira de as evitar por expiações adequadas; daqui, a organização de uma liturgia caprichosa e bizarra que tanto notabilizou os etruscos. Os principios e regras daquella, assim como as solemnidades desta, eram recolhidos em certos livros, cuidadosamente guardados pela classe privilegiada, á qual serviam de maravilhoso instrumento de dominação.

A influencia da arte augural etrusca foi enorme em todo o Lácio e particularmente em Roma (1).

Além da litteratura religiosa, não temos conhecimento de qualquer outro genero litterario dos etruscos.

Em compensação, não se ignora inteiramente o seu desenvolvimento agricola, industrial, artistico e commercial.

Clovis de Lamarre assevera que os etruscos foram bons agricultores, tendo os latinos aproveitado as suas lições; que sabiam aterrar os pantanos por meio de alluviões methodicamente dirigidas e tinham aberto um systema de canaes para convenientemente recolher as aguas e irrigar os campos.

Das artes industriaes, a ceramica, a industria de bronze e, sobretudo, a de ourives attingiram entre elles um certo grau

(1) Clovis de Lamarre, *ob. cit.*, pag. 48.

de desenvolvimento: O desta ultima parece ter sido notavel, segundo o que informa Clovis de Lamarre (1).

Cultivaram tambem, ainda que com menor brilho, a architectura, a esculptura e a pintura.

O commercio etrusco foi principalmente maritimo; e a sua importancia foi grande, em virtude das proporções consideraveis que attingiu a sua marinha. «Elles souberam muito cedo, — escreve Clovis de Lamarre, — crear abrigos nas costas descobertas e em bahias extranhas; reunir as madeiras e os metaes necessarios para a construcção e armamento de galeras. Sobre o promontorio escarpado de Sorrento, sobre os rochedos abruptos e inhospitos de Caprêa estabeleceram-se em fortes posições donde dominaram facilmente o mar entre as bahias de Napoles e de Salerno; e senhores destas costas occidentaes, como já o eram, ao norte, das praias do Adriatico, levaram longe o terror de seu nome, assegurando ao seu commercio uma extensão até ahi desconhecida. Possuidores dos mais ricos productos da Italia, taes como o ferro da Aethalia, o cobre de Volaterra, a prata de Populonia, entretiveram relações continuadas, até nas mais longiquas regiões, com os povos mais commerciantes e mais industriaes do seu tempo, os Gregos da Asia Menor, os Egyptios, os Phenicios, os Carthaginezes» (2).

Taes eram, na sua structura geral, as civilizações e fórmulas de organização social existentes na Italia central á data em que na margem esquerda do Tibre surgiu a cidade obscura, que mais tarde devia ser a capital do mundo.

(1) *Ob. cit.*, pag. 66.

(2) *Ob. cit.*, pagg. 66-67. Cf. sobre os etruscos: Lamarre, *ob. cit.*, pagg. 30-72; Seignobos, cit. *Histoire de la civilisation ancienne*, pagg. 188-193, e *Histoire narrative et descriptive du peuple romain*, pagg. 8-15; Carle, *ob. cit.*, pagg. 5-6; Mommsen, *ob. e vol. cit.*, trad. Alexandre, pagg. 161-172; Jubainville, *ob. cit.*, pagg. 148-168; Victor Duruy, *Histoire des romains*, tom. I (Paris, 1877), pagg. 31-41.

## CAPITULO SEGUNDO

### Exposição da historia geral do direito romano durante o primeiro periodo

#### SECÇÃO I

##### A realza primitiva. A cidade patricia

#### § 1.º

##### Linhas geraes da organização social e politica de Roma

1. Fundação de Roma: a legenda e a moderna critica historica.
2. Territorio de Roma.
3. População: elementos componentes e respectivo character ethnico.
4. Primitiva organização social dos romanos: α) divisão da população em classes; β) phase economica; γ) aggregados sociaes: a familia, a gens e a tribu.
5. Organização politica: a civitas. α) Sua natureza especifica e relações com os aggregados gentilicios. β) Orgãos do poder publico: — rei, senado e comicios; — e attribuições respectivas. γ) Conclusão sobre a natureza e vida do organismo politico-romano.

1. No anno 753 antes de Christo, segundo a chronologia de Varrão, na margem esquerda do Tibre, a uns vinte kilometros da foz, junto do ponto da sua confluencia com o Anio, foi fundada a cidade, a que seus fundadores puzeram o nome de Roma, palavra, — escreve Oliveira Martins, — «que uns querem que venha do grego (*rome*) é signifique

força, outros que venha do rio *Rumon*, o Tibre, o *fluente*, e signifique cidade-do-rio» (1).

A Roma primitiva estava assente sobre o Palatino, ou em quasi toda a extensão, como sustentou Middleton, ou só no cume, segundo conjecturou Mommsen; e era denominada *Roma quadrata*, em virtude da configuração da collina, que se assemelhava a um quadrado.

Junto dos muros, muito provavelmente pela parte de fóra e no sopé do monte, corria o *pomerium*, espaço sagrado que, segundo informa Tito Livio, *neque habitari neque arari fas est*.

Mais tarde, Roma alargou o perimetro dos seus muros; aggregou a si os suburbios dos montes Cermallo, Velia, Fagotal, Oppio, Cispio (as tres alturas que formam o Esquilino) e o Celio ou Subura.

Dest'arte, a Roma palatina transformou-se na Roma *septimontium*.

Em frente e ao norte estava situado o Quirinal. Habitado pelos Sabinos, como reza a tradição acceita por muitos escriptores, ou por outros povos, como insinúa Mommsen, o Quirinal parece ter sido a principio um centro de convivência civil e politica independente de Roma e que muitas vezes teria luctado contra ella.

Esta, porém, era mais forte; e, sem que se possa precisar a data, é certo que a fusão entre as duas cidades não tardou a effectuar-se. Na cidade circumscripta por Servio Tullio, o Quirinal e o Viminal ficam já dentro da sua área, assim como o Capitolio e o Aventino, suburbios da Roma *septimontium* (2).

(1) *Ob. cit.*, vol I, pag. 4.

(2) Cf. Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, pagg. 58 e 68-77; trad. Guérle, pagg. 53 e 61-69; Seignobos, *Histoire de la civilisation ancienne*, pag. 194; sr. dr. Arthur Montenegro, *ob. cit.*, pagg. 14-16; Coghola, *Storia del diritto privato romano*, vol. I (Firenze, 1896), pagg. 24-26 e 31-33.

É conhecida a origem e o *processus* de formação que a legenda attribue a Roma. Um aventureiro de origem latina e de sangue real, chamado Rómulo, chefe de um bando armado, acaso constituido por transfugas de Alba, tê-la-hia fundado no monte Palatino; e, depois de a circumdar de muralhas, teria aberto nella asylo para os salteadores e escravos fugitivos das terras visinhas, e «vira logo crescer prodigiosamente o numero dos cidadãos que dividiu em patricios e plebeus, instituindo o patronato e a clientela, creando as tres tribus, o senado dos anciãos com trezentos membros e a cavallaria com trezentos cavalleiros».

E, como, ao abandonarem seus deuses e suas familias, os bandidos que o reconheciam chefe não tinham trazido consigo mais do que a espada e o braço e os povos vizinhos repelliam com desprezo e indignação a alliança connubial que elle lhes propunha, Rómulo «usou de um ardil: proclamou pela terra inteira do Lacio e da Sabinia as festas que junto ao Tibre ia fazer ao deus dos sabinos, Conso; vieram latinos e sabinos com suas mulheres e filhos assistir á solemnidade, eis senão quando, no calor da festa, os romanos raptam as mulheres todas, correndo com ellas a encerrar-se no interior da fortaleza». Rompeu a guerra: os latinos foram derrotados, mas os sabinos entraram na fortaleza por traição de Tarpeia. Andava a lucta accesa entre os romanos no monte Palatino e os sabinos no de Tarpeia quando as mulheres encerradas no Palatino sahiram e, mettendo-se de pernéio entre os combatentes, obrigaram paes e genros a celebrarem a paz.

Mais tarde, no reinado de Anco Marcio, veio estabelecer-se em Roma um homem notavel da Etruria, acompanhado de um numerosissimo sequito de clientes e servidores. Cahi nas graças do rei que o nomeou mestre e guarda dos principes; e, por sua morte, o senado e o povo elegeram-no rei. Chamava-se Lúcumon na Etruria, mas em Roma adoptou o

nome de Lucio Tarquinio. Senhor do throno, introduziu em Roma as artes, os ritos e os jogos etruscos.

Eis o que diz a legenda (1).

A moderna critica historica tem procurado substituir a esta chronica legendaria uma historia viva e organica das origens e vida primitiva de Roma; e, comquanto não tenha, — e porventura jámais terá, — desvendado inteiramente o assumpto, ha chegado a conclusões preciosas para a reconstrução da verdade.

Assim, não nega absolutamente que um bando de aventureiros, expulsos pelos compatriotas ou impellidos pelo amor de uma liberdade sem freio, tivessem vindo fixar-se no monte Palatino e ahi se tivessem fortificado; a insalubridade do clima e a infertilidade do solo dão até verosimilhança á ideia dos antigos, — e que tambem palpita na legenda, — de que só a necessidade ou outro motivo especial e imperioso podiam determinar a fundação de Roma.

Mas o que é absolutamente inverosimil e certamente falso é que, semelhantemente á Minerva mythologica, Roma fosse fundada de um jacto, e surgisse na historia como a obra pessoal de um chefe de bandidos.

Suas instituições são o fructo de uma longa e lenta elaboração anterior e prendem-se, como o antecedente ao consequente, ás instituições das populações italicas, cuja obra civil e politica Roma continuou, aperfeiçoou e transformou.

Com effeito, não só existiam no Lacio, anteriormente á fundação de Roma, centros de convivência civil e politica, mas, — o que para o nosso intuito é mais importante, — as collinas da margem esquerda do Tibre já de ha muito tempo

eram habitadas, quando no Palatino surgiu a cidade de Roma.

O typo de organização social ahi existente era latino: 'a *urbs* estava assente no cume das collinas e na planicie as comunidades ruraes.

É a essas populações que principalmente se deve ligar a fundação de Roma que, — note-se bem, — não foi obra de um só jacto, realizada num só dia, mas construida pouco a pouco (1).

2. Rôma pertencia, pois, á terra do Lacio; a formação do seu territorio era devida á acção das mesmas causas que tinham levantado o Lacio do mar, e era tambem a mesma a estrutura do seu solo. Este era, porém, menos fertil e menos salubre que o de outras cidades latinas; «os campos, — escreve Oliveira Martins, — não produziam figos, nem vinho; nascentes não havia, apenas o poço do Capitolio e a fonte das Camenas davam alguma agua. As ondas lodosas do Tibre não se podiam beber, apenas serviam para inundar periodicamente os campos, destruindo as vallas e mouchões» (2).

Pobre e insalubre, regularmente desolada pela fome e pela peste, a região, onde, na phrase do velho Catão, era necessario lavrar seixos, não offerecia attractivos ao emigrante; e dir-se-hia que a cidade, nella edificada talvez pela necessidade, acaso por emigrantes de Alba perseguidos ferozmente pelos seus irmãos latinos, a quem era dado gozar a delicia e a feracidade da terra interior, estava condemnada a desaparecer em breve, hostilizada, como era, por uma natureza inhospita e má.

(1) Cf. Oliveira Martins, *ob. cit.*, vol. I, pag. 26 e segg.; Clovis de Lamarre, *ob. cit.*, pag. 158 e segg.; Seignobos, *cit. Histoire narrative et descriptive du peuple romain*, pagg. 20-22; Victor Duruy, *Histoire des romains*, tom I (Paris, 1877), pagg. 83-102.

(1) É em harmonia com esta ideia que se deve entender a data annual, fixada pelos escriptores á fundação da cidade; marca o anno em que Roma apparece diferenciada das outras comunidades ruraes.

(2) *Ob. cit.*, vol. I, pagg. 5-6. Cf. Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pagg. 62-63.

Porém, em compensação, Roma tinha o Tibre, que valia as pestes do ar e as ingratidões do solo. «O Tibre,—escreve Mommsen,—era para o Lacio a via natural do commercio; a sua foz sobre uma costa sem abrigos offerecia ao navegador o unico e necessario ancoradouro» (1). Além disso, o Tibre constituia uma defesa util contra a invasão dos povos estabelecidos ao norte. «Ancorada no Tibre, a distancia do mar tambem defendia Roma dos piratas; podia juntar a faina commercial e maritima á da lavoura, conjugando a terra e o mar que até então eram dominios exclusivos das cidades interiores, uma, das costeiras, outro». O Tibre, pois, que era a fonte dos males, era tambem causa de fortuna, e a elle deveu Roma, em grande parte, a sua precoce importancia.

E que, a breve trecho, ella assim o entendeu, provam-no, entre outras circumstancias, a attenção singular que os romanos prestaram á construcção e conservação da ponte do Tibre, revelada na attribuição de um character sacerdotal e sagrado aos engenheiros da ponte (*pontifex*), e o facto de as armas de Roma serem primitivamente uma galera (2).

Além disso, como nota Elisée Reclus, Roma estava situada no centro de um circulo de collinas que, embora não muito elevadas, a punham ao abrigo de incursões bruscas e repentinas, e demorava na fronteira commum dos tres povos: latinos, sabinos e etruscos.

A sua situação topographica collocava-a, pois, numa posição identica áquella em que a Italia central estava para a Italia, e esta para o Mediterraneo, e á qual tanto uma como outra haviam de dever em grande parte o papel notavelmente brilhante que desempenharam na civilização. Era, por assim dizer, o centro de gravidade da Italia; e esta feliz posição

(1) *Ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pag. 65.

(2) Cf. Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pagg. 64-68; Oliveira Martins, *ob. cit.*, pag. 6.

geographica não foi, certamente, sem profunda efficacia na formação do seu prodigioso genio assimilador e da sua extraordinaria grandeza. Dir-se-hia mesmo que nella encontrára a cidade eterna o primeiro factor da sua predestinação para dominadora e centro politico da civilização do mundo.

3. As populações, que habitavam as collinas da margem esquerda do Tibre, eram os Ramnes (ou Ramenses) os Tícios ou Ticienses e os Luceres.

Os primeiros eram sem duvida latinos os segundos são por todas as tradições considerados oriundos da Sabinia; relativamente ao character ethnico dos terceiros, os escriptores divergem. Mommsen, affirmando a difficuldade de dizer algo de seguro, entende que nada prohibe considerá-los latinos; e assim os considera Bertolini. A maioria dos escriptores julga-os etruscos.

Segundo a tradição, estas tres populações, formando tres tribus, constituiram quasi desde o principio a população da cidade. Os Ramnes teriam sido os fundadores; mas, a breve trecho, se federariam com elles as outras duas tribus. Muitos escriptores negam ou, pelo menos, duvidam do valor da tradição com respeito aos etruscos, dando assim á população primitiva da cidade uma composição latino-sabina; e para isso basêam-se em que só depois de Anco Marcio os etruscos vieram a Roma e se começa a encontrar a influencia da sua civilização nas ceremonias, nos ritos e na architectura romana. Porém, excavações feitas em 1874 e 1883 descobriram no Palatino vestigios de uma antiquissima cidade etrusca, anterior a Roma (1).

(1) Cf., para elucidação do problema: Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pagg. 58-62 e 166-170; Oliveira Martins, *ob. cit.*, vol. I, pagg. 4-5; Carle, *ob. cit.*, pag. 3 e nota 2 e pag. 8; Pietro Cogliblo, *cit.*

Seja, porém, como fôr, ou os etruscos tivessem entrado na composição da primitiva população da cidade, ou só a ella tivessem vindo depois de Anco Marcio, é indubitavel que Roma se nos apresenta desde seus primordios uma cidade accentuadamente latina.

Á data da sua fundação, ou pouco depois, as tres comunidades ruraes federaram-se e iniciou-se a sua fusão, predominando o elemento latino (1).

O povo romano não tinha, pois, individualidade ethnogenica.

Porém, em compensação, graças á posição geographica de Roma, á agura da lucta que seus primitivos habitantes tiveram de travar com o solo lodoso e inhospito, e ao processo de absorpção e assimilação das cidades rivaes conquistadas, o povo romano alcançou uma individualidade social e moral caracteristica. Producto da fusão de diversos povos, distinguuiu-se, em grau superior aos outros povos italicos, pelo genio politico e capacidade de assimilação. A lucta tenaz e constante com a insalubridade do solo, altamente hostile, deu-lhe a disciplina, a fria perseverança, a prudente firmeza e a frieza de raciocinio que nunca o abandonaram no decurso da sua evolução social e politica e foram por vezes a salvação da sua existencia e integridade. Dotado de instincto guerreiro, soube, porém, subordiná lo ao seu maravilhoso genio politico. Conjunctamente agricultores e guerreiros, os romanos eram um povo de temperamento agreste, duro, crú, mas forte, práctico e previdente. O aspecto e a natureza do territorio, desolado e insalubre, não lhes accen-

dia a imaginação, como a Grecia aos hellenos, para a emoção poetica, antes lhe impunha inexoravelmente a dura lei de um trabalho rude, severo e incessante. Assim, a juventude romana, até o momento historico em que Roma começou de hellenizar-se, só aprendia a lei das XII Taboas, como *carmen necessarium*.

A sua prodigiosa capacidade politica deu-lhe duas grandes virtudes;—o profundo sentimento do geral no particular, a que deveram ser o povo organizador e legislador por excellencia,—e a dedicação e o sacrificio do individuo á collectividade.

Daqui, o vigor da sua unidade politica e a universalização crescente do seu dominio.

Por outras palavras: se a força foi a primeira qualidade de romano, a segunda foi a ordem. Nunca povo algum soube organizar melhor a força. Para onde ia, escreve A. Fouillé, o romano levava consigo a ordem e até «a severidade da ordem», a segurança das pessoas, o sentimento da disciplina, o respeito da auctoridade (1).

Entretanto, genialmente politico como era, o romano soube tambem descobrir e applicar a fórmula conciliadora da tradição e do progresso.

4. A primitiva organização de Roma tinha uma feição accentuadamente politica.

A composição do seu corpo social, a sua estrutura e vida economica, familiar e politica, que passamos a descrever, assim o demonstram.

α) A população fixada no territorio de Roma, socialmente considerada, scindia-se em quatro grupos:—patricios, plebeus, clientes e escravos.

(1) *Ob. cit.*, pag. 50.

*Storia del diritto privato romano*, vol. I, pagg. 20-24; Pietro Bonfante, *ob. cit.*, introd. stor., pag. 14; Bertolini, *Origine di Roma*, na *Riv. Stor.*, I, etc.

(1) Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pagg. 60-62; Cogliolo, *cit. Storia del diritto privato romano*, vol. I, pag. 23.

Só os primeiros eram, no periodo em que nos encontramos, cidadãos romanos: só elles constituíam o *populus*, porque só elles participavam do governo do Estado e tinham direitos civis e politicos.

Em volta do patriciado agrupavam-se os *clientes*, gente de condição inferior, mais ou menos servil, vivendo sob a protecção dos patricios, aos quaes estavam presos por certas obrigações hereditarias.

Os *escravos*, sobre os quaes, segundo parece, o senhor *primiŕivus* exercia apenas a *manus*, a breve trecho começaram de ser considerados uma cousa, de que aquelle podia dispôr conforme entendesse (1).

Os *plebeus*, que, após a reforma de Servio Tullio, haviam de entrar na vida do Estado, não tinham a principio intervenção alguma na vida publica; o direito não os reconhecia: não tinham o *jus suffragii* (2); o *jus honorum* (3); o *jus connubii* (4); e nem mesmo o *jus commercii* (5); habitavam, é certo, o territorio da communidade, porém não faziam parte della nem do *populus* romano (6).

«É certo, — escreve o sr. dr. Marnoco e Sousa, — que os *plebeus* tinham um certo numero de instituições proprias,

(1) Cf. sobre a clientela e a escravidão romana, sr. dr. Marnoco e Sousa, *ob. cit.*, pagg. 26-40.

(2) *Jus suffragii* era o direito de voto nos comicios.

(3) *Jus honorum* era a elegibilidade para as magistraturas (*honores*).

(4) *Jus connubii* era a faculdade de contrahir matrimonio segundo o *jus civile* e com todos os efeitos por elle estabelecidos, entre os quaes avultavam os direitos do patrio poder e de agnação.

(5) *Jus commercii* era a faculdade de praticar actos juridicos de indole patrimonial, segundo o direito civil romano, como aquisição de propriedade romana, constituição de creditos e, pelo menos desde certa época, fazer testamento com as solemnidades e os efeitos do direito civil. (Cf. Girard, *ob. cit.*, pag. 103; sr. dr. Marnoco e Sousa, *cit. Lições*, pag. 78).

(6) Cf. E. Petit, *ob. cit.*, pag. 11; Carle, *ob. cit.*, pag. 347-352.

mas essas instituições tinham uma existencia só de facto, a que o patriciado não reconhecia effeitos juridicos alguns. É, por isso, que era o *usus* que regulava as relações entre os individuos da classe *plebea* (1).

A profunda differenciação social entre patricios e *plebeus* em Roma é coeva da sua fundação; e, porventura, ella se encontrava já nas tres tribus que primitivamente a constituíam, assim como era familiar a outras cidades italicas.

Da sua remota antiguidade dão testemunho antigas fórmulas, como a *lex latina tabulae Bantinae* (2), que contém phrases em que se distingue o *populus* de *plebs*.

Essas fórmulas eram ainda mantidas pelos romanos numa época em que a igualdade civil e politica de todos os cidadãos era já principio legal e facto realizado (3).

Sobre a origem historica da differenciação divergem profundamente os escriptores. Citaremos as opiniões mais notaveis.

Plutarco (4) e Dionisio de Halicarnasso (5); seguindo a legenda, filiam-na na vontade do Deo. É absolutamente inadmissivel esta opinião; por mais forte que seja a acção de um homem, ella resulta sempre impotente para crear

(1) *Cit. Lições*, pag. 23.

(2) «Quisque eorum sciet hanc legem *populum plebemve* joussisse».

(3) Conta Tito Livio, a proposito da partida de uma frota romana em 204 a. J. C., que o general, ao tomar conta de uma expedição, devia proferir a seguinte prece: «Deuses e deusas que povoaeis as terras e os mares, dirijo-vos esta oração, afim de que tudo o que se fizer sob o meu commando redunde em favor do povo e da *plebe* romana». Semelhantemente, quando um consul presidia á eleição dos consules para o anno seguinte, invocava os deuses «para o que se ia fazer fosse vantajoso ao povo e á *plebe* romana». (Sr. dr. Arthur Montenegro, *ob. cit.*, pag. 45).

(4) *Rómul.*, 13.

(5) *Antiq. rom.*, II, 8.

num povo diferenciações sociaes tão profundas, como foi em Roma a de patricios e plebeus.

Niebuhr (1), Mispoulet (2), Carle (3) e D'Aguanno (4) dizem patricios os vencedores e plebeus os vencidos. Entretanto, nenhuma tradição ou lenda nos transmittiu o echo de uma conquista originaria; no patriciado em Roma foram acolhidos varios membros da classe patricia das cidades conquistadas; e ha serios motivos para crêr que a distincção já fosse um facto entre as populações que primitivamente constituíram Roma, visto que ella já anteriormente existia em cidades do Lacio.

Segundo Belot, os patricios eram os habitantes da cidade e os plebeus os pequenos proprietarios do campo. «Esta opinião, — critica justamente o sr. dr. Marnoco e Sousa, — é profundamente contradictada pela historia, que nos mostra a existencia constante de plebeus na cidade, e de patricios no campo, e pela situação economica miseravel da plebe, pouco harmonica com a condição do pequeno proprietario» (5).

Mommsen (6) ensina que os plebeus são antigos clientes. dissolvido o *jus patronatus*, isto é, individuos que, quebrados os laços de dependencia que os prendiam os patricios, ficavam libertos; e Ihne confunde-os absolutamente com os clientes.

100avia, como observa Cogliolo (7), clientes e plebeus coexistem com interesses distinctos e em irreconciliavel antagonismo.

(1) *Histoire romaine*, vol. II, pagg. 135-174.

(2) *Les institutions politiques des romains*, vol. II, pagg. 27-30.

(3) *Ob. cit.*, pagg. 21-23.

(4) *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pag. 198.

(5) *Cit. Lições*, pag. 22.

(6) *Le droit public romain*, vol. I, pagg. 70-97.

(7) Padeletti, *ob. cit.*, pag. 19.

Além disso, entre os plebeus não encontramos, nem sequer nos nomes, vestigios dessa antiga união ao patriciado.

Para Pantaleoni, segundo informa Cogliolo (1), a diferenciação entre patricios e plebeus era ethnica.

Ora, não consta historicamente o facto; pelo contrario patricios e plebeus pertenciam na generalidade á mesma raça, e em grande parte entre os elementos do mesmo grupo se deu tambem a diferenciação.

Fustel de Coulanges (2) vê a origem da distincção entre as duas classes no facto de uma, a patricia, ter culto domestico e gentilicio e a outra, plebêa, não o ter.

Em virtude da importancia particular do phenomeno religioso nesses tempos, eram relegadas por uma condição inferior as classes que não tinham culto, e a natureza especial da religião antiga explica como podia haver, e na realidade havia, muita gente sem culto domestico ou gentilicio.

«A religião das velhas edades da humanidade, — escreve Fustel de Coulanges, — quasi que não tem relação com o que hoje entendemos por este nome. Era um privilegio. Em lugar de possuir um espirito de propaganda, tinha um espirito de exclusão. O direito de adorar os deuses só pertencia a certos homens; como a propriedade, era hereditario. Transmittia-se com o sangue e só na linha masculina, do mesmo modo que os bens patrimoniaes. Quando um culto não era propriedade de uma só familia, era propriedade commum de muitas familias associadas formalmente, excluindo da partilha qualquer outra. As curias, as tribus primitivas, as cidades eram associações desta natureza; cada uma possuía um culto que não pertencia senão aos membros da curia, da tribu, ou da cidade».

(1) *Ob. cit.*, vol. I, pag. 36.

(2) *Questions historiques*, pagg. 410-439; *La cité antique*, pagg. 277-282.



Ora, dada esta natureza da religião, comprehende-se que ficassem numa condição de inferioridade as famílias que não tinham conseguido inventar um culto e assimilar essa forma de organização social.

A opinião de Fustel de Coulanges, que tem o grande merecimento de salientar a influencia do elemento religioso nas primitivas sociedades, pecca, entretanto, por um insustentavel exclusivismo e unilateralidade.

Além disso, a posse ou privação de um culto domestico e gentilicio parece ser, na generalidade dos casos, mais um effeito do que uma causa.

A conclusão que resulta da analyse das opiniões expostas é que, porventura, a constituição da plebe foi devida a um complexo de causas, cuja acção se exerceu conjunctamente ou em momentos diversos, originando e engrossando o seu primitivo extracto.

Estabelecer a precedencia entre ellas affigura-se-nos impossivel; e do mesmo modo determinar com rigor a sua relativa importancia na contribuição que prestaram para a formação da classe plebêa.

Esta opinião é a que tende a predominar actualmente, sendo defendida, entre nós, pelos srs. drs. Arthur Montenegro (1) e Marnoco e Sousa (2).

β) A phase de evolução economica, em que se encontravam os primitivos habitantes de Roma, era a phase agricola.

Tudo o prova; a sua mesma indole ethnica; a importancia da propriedade immobiliaria; os louvores aos trabalhos do campo; a relativa abundancia de termos agricolas ou derivados de cousas da agricultura; a maior quantidade no direito primitivo de acções relativas á propriedade immobiliaria, etc.

A agricultura e a pastoricia absorviam, por assim dizer, a actividade economica do romano; o commercio era ainda rudimentar e até olhado com certo desdém.

Nesta forma de actividade economica encontrou o povo romano meio propicio para o desenvolvimento das suas qualidades naturaes e robustecimento do seu temperamento social.

γ) A sua organização familiar, social e politica reflectem a influencia da sua vida economica.

Assim, a familia romana tinha uma organização patriarchal.

Compunha-se do chefe, homem livre, a quem a morte do pae deu a posse dos seus direitos; da esposa que o sacerdote uniu a elle na communidade do fogo e da agua pela *confarreatio*; de seus filhos; dos filhos de seus filhos com suas mulheres legitimas; de suas filhas solteiras e das filhas de seus filhos com todos os bens que cada um possuía (1).

O chefe ou *pater-familias* tinha auctoridade, legalmente absoluta, sobre tudo que compunha o aggregado familiar: — homens e cousas.

Representava-o e condensava em si todos os direitos.

Na familia, era conjunctamente o proprietario, o juiz e o sacerdote.

«Elle é, — escreve Girard, — o unico proprietario, não só dos productos do trabalho de seus escravos, de sua mulher e de seus filhos, mas em rigor de tudo, incluindo a mulher e os filhos, que póde vender, assim como o gado e os escravos.

Elle é o sacerdote que se occupa da manutenção do culto domestico, dos sacrificios em homenagem aos antepassados.

(1) Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pag. 78.

(1) *Ob. cit.*, pag. 49.

(2) *Cit. Lições*, pag. 23.

Elle é o juiz, se não em materia civil, onde não ha direitos distinctos e consequentemente processos possiveis entre as pessoas da familia, certamente em materia penal, em que pôde impôr todas as penas, inclusivamente a de morte, não só aos escravos, mas tambem á mulher e aos filhos: o costume obriga-o, nos dois ultimos casos, a tomar o parecer de um conselho composto dos seus proximos, o qual não é, porém, obrigado a seguir.

Em resumo, elle tem uma auctoridade absoluta identica sobre tudo o que cahe dentro da sua esphera de acção; sobre os moveis mortos, sobre os moveis vivos, taes como os animaes domesticos e os escravos, sobre a mulher, sobre os filhos, aos quaes é ainda necessario accrescentar, numa enumeração completa, como estando igualmente sob seu poder, inseparavel da sua protecção, os hospedes (*hospites*), membros de cidades estrangeiras, de passagem em Roma, os quaes aqui só podem ter segurança, collocando-se debaixo da auctoridade de um cidadão, e de facto se collocam, como este se porá sob a delles quando fôr á sua patria; e os *clientes*, fugitivos que vieram collocar-se sob a sua égide ou escravos libertos que não podem ter segurança sem estar sob o poder de um cidadão» (1).

Tal era, em seus lineamentos geraes, a familia romana. O papel por ella desempenhado na antiga Roma é muito differente do da familia no direito moderno. A familia é hoje uma relação de direito privado, sem importancia politica immediata; o matrimonio e a paternidade são os dois grandes elementos da sua organização. Pelo contrario, a familia romana era conjunctamente um aggregado economico, familiar, religioso e até politico, cuja vigorosa unidade encontrava a sua expressão no *pater-familias*. E tão forte era essa

unidade que a morte do *pater-familias* não a quebrava. O laço familiar continuava a unir seus membros, e ainda os membros das diversas familias, formadas pelos elementos componentes da primeira. «Elles, — diz Girard, — ficavam parentes (*agnati*) depois do desaparecimento do chefe, — o que creava direitos de successão entre todos e direitos de tutela em proveito dos descendentes masculinos, chegados á maioridade, sobre seus irmãos jovens, irmãs e mães. É o parentesco de agnação que, a cada geração, se alarga sem se romper, por fórma a comprehender todos áquelles que teriam estado sob o poder de um mesmo antepassado ainda vivo, isto é, os parentes pelo lado masculino» (1).

Ao lado da familia propriamente dita, havia um outro aggregado social, mais extenso, assente sobre a mesma base fundamental, mas com character algo differente. Era a *gens*. Enquanto os agnados podiam provar, de geração em geração, sua descendencia de um tronco commum, permaneciam agnados; porém, quando, sem a poder provar, a admittiam e attestavam com a communidade de nome e de culto domestico, transformavam-se em *gentiles*. A *gens* era, por isso, um complexo de familias que se julgavam descendentes do mesmo antepassado masculino, e cujo nome e culto usavam e professavam. Além destes caractéres, as *gentes* latinás distinguíam-se, segundo Carle, pela nota peculiar de *ingenúas*, isto é, immunes de qualquer relação de escravidão ou clientela (2).

É natural que só as *gentes* originarias fossem realmente descendentes e em tempos menos remotos se creassem *gentes* ficticias; entretanto, ainda neste caso se reputaram derivadas por vinculo de sangue do mesmo tronco commum.

(1) *Ob. cit.*, pag. 14.

(2) *Cit. Le origini del diritto romano*, pag. 41.

Cómo a família, a *gens* tinha culto, *sacra* e propriedade sua, *gentilicia*, — a propriedade dos *gentiles*.

Tinha também suas *religiones*, suas *arae*, suas assembléas (*contiones*), seus estatutos (*lex gentis*), seus *decreta gentilicia* e seus costumes (*mos gentis*).

Era composta do *cuere* (*magister ou princeps gentis*), eleito pelo conselho dos *patres* ou designado pela antiguidade do nascimento; dos chefes de família (*patres*), que constituíam o conselho ou senado; e dos outros membros das famílias, *gentiles*.

Suas funções, que, na época histórica, apenas respeitavam á tutela, á curatela e á religião, foram, acaso, nos primitivos tempos, muito importantes; «a *gens*, — escreve Ihering, — é a identidade da família e do Estado, isto é, uma família com caracter politico ou uma sociedade politica com caracter familiar. Ella sahe da família e della conserva a intimidade; mas, como, por outro lado, se torna instituição politica, este caracter influe sobre o seu aspecto familiar, assim como este sobre aquelle. Estes dois caracteres cruzam-se e confundem-se por tal fórma que resulta quasi impossivel distinguí-los nitidamente» (1).

Esta alliança de caracteres manifesta-se na organização jurídica da *gens*. Os *jura gentilicia* principaes eram: «o *jus hereditatis gentiliciae*, em virtude do qual a successão era deferida aos *gentiles*, caso fallecesse *ab intestato* um membro da *gens*, sem herdeiros necessarios nem outros agnados; o *jus curae gentiliciae*, que lhes concedia, em termos analogos, a tutela do *furiosus*; o *jus sacrorum gentiliciorum*, referente ao patrono divino da *gens*, em cuja honra se celebravam, num *sacellum*, sacrificios annuaes; o *jus sepulcri*, em virtude do qual os *gentiles* tinham direito a uma sepultura commum;

(1) *Ob. cit.*, vol I, pag. 195.

o *jus decretorum*, em virtude do qual a *gens* tinha o direito de regulamentar a sua vida interna, publicando decretos obrigatorios para os seus membros, como o da *gens Fabia*, prohibindo aos seus membros o celibato e a exposição dos filhos, o da *gens Manlia*, prohibindo o uso do pronome *Marcus*, e o da *gens Claudia*, prohibindo o uso do pronome *Lucius*» (1).

Ora, se, destes direitos, os quatro primeiros eram de índole privada e familiar, o ultimo era certamente de ordem publica. E, se nos tempos historicos se exercia de preferencia sobre cousas de ordem privada, a razão está em que já então a cidade era completamente formada e quasi absorvêra todas as funções publicas.

Conforme o que fica exposto, a *gens* surge na evolução histórica de Roma como aggregado natural, signalando uma phase da organização social dos povos latinos e constituindo uma ampliação e desenvolvimento da *familia agnatorum*. Assim o demonstrem: a) o sentido etimológico da palavra *gens* que suscita a idéa de geração, pois que do radical *gen* derivam *gigno*, *genui*, *genus*, *genitor*, termos que significam todos geração natural; b) os nomes gentilicios (2), verdadeiros nomes proprios e sem referencia a qualquer origem local ou politica da instituição; c) alguns textos dos antigos juriscôultos, sobretudo de Varrão: «*Ut in hominibus quaedam sunt agnationes ac gentilitates, sic in verbis; ut*

(1) Sr. dr. Marnoco e Sousa, *ob. cit.*, pag. 494; e sr. dr. Arthur Montenegro, *ob. cit.*, pagg 242-243.

(2) O patricio usava tres nomes: ex Publius, Cornelius, Scipio. O nome propriamente dito, *nomen*, era Cornelius; Publius era *praenomen*; Scipio *agnomen*. O *nomen*, invariavelmente terminado em *ius*, era a designação patronymica, que indicava o antepassado tronco da *gens*. (Cf. sr. dr. Marnoco e Sousa, *ob. cit.*, pag. 492).

enim ab Aemilio homine orti Aemilii ac gentiles, sic ab Aemilii nomine declinatae voces in gentilitate nominali; e de Q. Mucio Scaevola que escrevia: *Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt... qui ab ingenuis oriundi sunt... quorum majorum nemo servitutem servivit... qui capite non sunt deminuti*; e d) muitos direitos gentilícios, como o *jus haereditatis gentilitiae* e o *jus curae gentilitiae*, que não eram mais do que simples desenvolvimentos dos *jura agnationis*.

Contra esta doutrina, porém, insurgiu-se Niebuhr, segundo o qual, as *gentes* eram um aggregado de indole politica, subdivisão da curia, formada por dez familias, assim como esta o era por dez *gentes* e a tribu por dez curias. Os argumentos, em que pretendeu firmar seu parecer, são: a) a analogia entre as instituições gregas, nas quaes, segundo Niebuhr, as *γενῆς* (*gentes*) eram divisões das *εὐρίαι* (*euriae*), como estas, por sua vez, o eram das *φυλαί* (*tribus*); b) o seguinte texto do Dionísio de Halicarnasso: «*Curiae rursum in decurias ab eo distributae sunt, et suus cuique praefuit rector, decurio vernacula lingua dictus*»; c) varias definições de gentilidade, sobretudo a de Cícero (1), nas quaes ou se não allude, ou se não dá como essencial a relação de parentesco.

Argumentos são, porém, estes que não logram vingar a these de Niebuhr. O exemplo colhido das instituições gregas, quando verdadeiro, que não o é, e assim o reconhece a maior parte dos escriptores que attribuem á *gens* grega character e natureza familiar, só teria força probatoria para a Grecia e não para Roma; a passagem de Dionísio de Halicarnasso, quando mesmo fosse indiscutível a equivalencia

(1) «*Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt. Nec est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Nec id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est*».

de *decurias* e *gentes*, teria o valor de um testemunho isolado em opposição a muitos outros que affirmam doutrina contraria; e as definições referidas, se não lembram o pareceresco, também não o negam, nada se oppondo, por isso, que as completemos com outras, nas quaes esse parentesco é affirmado. «Além disto, — escreve o sr. dr. Arthur Monte negro, — tal opinião, por um lado, exige uma regularidade na composição dos referidos aggregados politicos, inconciliavel com o movimento dos nascimentos e das mortes, que fazendo variar a cada passo o numero das familias, tornava impossivel aquella uniformidade, por outro lado, implica o absurdo de conceder a uma união artificial direitos dos de importancia dos de successão e tutela» (1).

As *gentes* estavam provavelmente reunidas nos primitivos tempos em tribus — o mais amplo aggregado da organização gentilicia.

Mas, em prazo não muito longo, a tribu perdeu o character gentilicio e foi absorvida pela *cidade*. O elemento constitutivo e o modelo da sua organização era sempre o grupo gentilicio; mas, como observa Carle (2), cedo começaram de elaborar-se nella aquelles elementos que, transplantados para a communitade civil e politica, acabaram por originar um conjuncto de relações inteiramente novas, que provocaram a formação da *civitas*, cuja actividade se desenvolve, não já na estreiteza e simplicidade do *pagus*, como a da tribu, mas na vastidão e complexidade da *urbs*.

A formação da *civitas* realizou-se mediante a reunião das

(1) *Ob. cit.*, pagg. 238–242. Cf. sr. dr. Marnoco e Sousa, *ob. cit.*, pag. 489 e segg.; Cogliolo, cit. *Storia del diritto privato romano*, vol. I, pagg. 27–29; Ihering, *ob. cit.*, pag. 184 e segg.; Carle, cit. *Le origini del diritto romano*, pagg. 35–45.

(2) Cit. *Le origini del diritto romano*, pag. 56.

tribus; e, logo que o facto se deu, esta começou a deixar de ser uma divisão do *populus*, para se transformar numa divisão territorial. «As tres tribus primitivas, — escreve Carle, — embora conservem por algum tempo a denominação antiga, tendem necessariamente a transformar-se em outras tantas divisões territoriaes: porquanto, com a mistura e fusão dos elementos reunidos numa mesma communidade, a distincção das estirpes primitivas acaba por não corresponder á realidade dos factos. Como se poderá ainda fallar de uma tribo de Ramnenses, de Ticienses e de Luceres, quando, pela communidade de matrimonio e de direito, as varias *gentes* se vão misturando e confundindo e nada pôde impedir que as pessoas de uma estirpe possam transferir a propria residencia para o territorio de outra?» (1).

E, de facto, assim era. Os reis tentaram apagar a primitiva divisão em tribus. Oppoz-se-lhes, até Servio Tullio, o espirito conservador da população. Este monarcha conseguiu, porém, supprimi-la de facto, substituindo á tribo fundada sobre a *descendencia* a tribo de *caracter territorial*.

5. α) Sobre a família e sobre a *gens* assentava a cidade. Compunha-se da reunião das associações familiares e *gentilicias*; e o seu territorio era o conjuncto das propriedades daquelles aggregados.

Não se confundia, porém, com elles.

«A cidade, — escreve Carle, — é um edificio novo construido com elementos fornecidos pela organização gentilicia preexistente, mas que, dirigindo-se a um intento novo, recebem um desenvolvimento completamente diverso.

«A *urbs* é uma *selecção* das communidades *rurales* circumstantes: e por virtude della todos os edificios de aestino

publico são concentrados num mesmó logar; o *populus* não é *toda a população* da communidade, mas o conjuncto dos *virii* que com o braço e o conselho podem cooperar para o interesse commum: a *civitas* não é já um vinculo de sangue, mas é determinada pela participação na mesma vida publica, sob o aspecto politico e militar conjunctamente» (1).

β) A constituição politica da cidade era muito semelhante á da familia. Como diz Girard, «reduz-se a tres termos, dos quaes os dois primeiros tem seus equivalentes faceis de distinguir na familia: — o rei, o senado e os comicios» (2).

O rei está, em certo modo, para a cidade como o *pater-familias* está para a familia. Elle é a unificação poderosa do *populus*; todos os poderes, que no anterior periodo gentilicio eram indicados pelos termos de *magister pagi*, *dictator*, *praetor*, *judex*, fundem-se e concentram-se na concepção synthetica do poder real, denominado — *imperium*. «Já pessoalmente, já por meio de seus delegados, — escreve Girard, — elle dirige a cidade como o *pater-familias* a sua casa. É o chefe dos cidadãos capazes do serviço militar, do exercito, como o pae é o chefe da familia. A seu cargo está o culto do Estado, como ao do *pater* está o culto da casa. Emfim, é juiz na cidade romana, assim como este o é em sua casa; e pôde mesmo observar-se que, se a jurisdicção é conjunctamente civil e criminal, é esta a que mais destaca; porque na unica fórma de processo que parece remontar a esta época e no qual se trata effectivamente de resolver um pleito, de julgar um processo, no processo de *sacramentum*, só por um subterfugio se alcança que a auctoridade publica se occupa do negocio; transporta-se a questão para o terreno do direito

(1) *Ob. cit.*, pag. 232.

(1) *Ob. cit.*, pag. 230.

(2) *Ob. cit.*, pag. 12.

penal. As duas partes juram a verdade das suas pretensões; ha, pois, necessariamente, por parte de uma ao menos, um perjurio, um peccado, e, consequentemente, um delicto, nessa época em que a religião e o direito estão indissolúvelmente ligados e em que para se saber quem incorreu na pena é preciso que o rei, chefe da religião e da justiça criminal, investigue quem tem razão» (1). E, assim como o *pater-familias*, pôde impôr as penas mais graves, sem excepção da pena de morte. «Sem duvida, — escreve Mommsen, — a appellação para o povo (*provocatio*) é possível, depois de pronunciada a sentença capital; mas só o rei tem a faculdade de conceder este recurso e não é obrigado a abri-lo» (2). Numa palavra: o *regis imperium*, calcado sobre o patrio poder, era, legalmente, a plenitude do poder político, militar, judicial, religioso e tinha, além disso, a prerogativa da irresponsabilidade.

Então, de facto, era limitado. É certo que os cidadãos, depois de jurar obediencia ao rei, lh'a deviam inteira e completa; mas o rei em Roma não era um chefe theocratico; a soberania não residia nelle, mas no *populus*, por cujo assentimento se encontrava á frente do Estado; e o juramento de obediencia não implicava a annulação deste principio, antes se subordinava á sua manutenção. Daqui a regra de que o rei, sendo livre na applicação da lei, não podia modificá-la. Para esse effeito, era precisa auctorização da assembléa popular, sem o que a modificação, além de tyrannica, seria nulla.

Relativamente ao modo de designação do chefe de Estado, a realza romana tinha um character especial. O primeiro rei, segundo Mommsen, foi eleito; quanto aos outros, parece

que, quando o monarcha não nomeava successor, como era seu direito e até dever, os cidadãos se reuniam sem convocação e designavam um *interrex*, cujas funções duravam cinco dias. Este, não podendo designar o rei pelo facto de a sua propria designação ter sido realizada imperfeitamente, escolhia um segundo *interrex*, que desempenhava essa função. Carecia, porém, de consultar os cidadãos e o senado e obter o seu assentimento á escolha que fazia.

A significação e o valor juridico deste assentimento têm sido diversamente interpretados pelos escriptores. Segundo Mommsen, seria simples juramento de fidelidade, cabendo a nomeação ao *interrex*; segundo Carle, seria condição essencial da eleição do rei e sem ella jámais este, como mais tarde a magistratura consular, poderia entrar no exercicio das suas funções (1).

A duração das funções era vitalicia (2).

(1) Segundo a tradição, excepto o primeiro rei que creou a cidade e o povo e adquiriu, com a benção especial dos deuses, para si e seus successores, a protecção eterna dos habitantes do céu e a dominação da terra, todos os outros reis teriam sido eleitos pelo povo reunido sob a presidencia de um membro do senado e a eleição ratificada por este corpo politico, após o que, o povo, regularmente distribuido nas secções leaes, prestaria o juramento de fidelidade. Mommsen (*Le droit public*, apud cit *Manuel des antiquités romaines*, tom. III, pagg. 6-8), combate a tradição, apoiando-se em que: a) o *rex sacrorum* ou *rex sacrificulus*, representante dos reis primitivos em materia religiosa, era, segundo todas as probabilidades, nomeado só pelo pontifice sem nenhuma participação dos comícios; b) a designação do dictador, resurreição temporaria da Realza sob a Republica, era feita pelo magistrado e não por eleição popular; c) um dos principios politicos dominantes na evolução republicana foi a incompatibilidade entre o sacerdocio e a eleição popular, e a realza era a synthese politica da magistratura e do sacerdocio.

(2) Cf. sobre o *imperium regis*: Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pagg. 87-92; e *Le droit public*, tom. III, pagg. 1-15 e tom. II, pagg.

(1) *Ob. cit.*, pag. 13.

(2) *Ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pag. 88.

O segundo órgão do poder publico na constituição primitiva de Roma foi o senado.

A sua existencia era devida a acção do mesmo principio que obrigava o *pater-familias* a consultar nalguns negocios mais graves o conselho dos proximos. Era o costume que impunha vigorosamente essa obrigação, e queria que, pelo menos, sobre os mais graves assumptos a acção fosse precedida do conselho. Daqui a existencia de um órgão destinado a realizar essa funcção junto do rei; e esse órgão era o senado, *concilium regium*, como lhe chamou Cicero, cuja intervenção nos negocios publicos foi com propriedade denominada — *autoritas patrum*.

Em todos os negocios de importancia social e politica o senado devia ser consultado, com excepção, porém, dos que respeitassem a administração da justiça ou ao commando do exercito, segundo informa Mommsen (1).

O rei não era legalmente obrigado a seguir os *consulta* do senado; mas comprehende-se que elle agisse, em muitos casos, de conformidade com elles.

A existencia deste corpo consultivo apoiava-se numa longa e forte tradição que lhe dava enorme vigor; e, por outro lado, as individualidades, que o compunham, tinham um alto valor social e politico. Com effeito, o senado ou conselho dos antigos, \_\_\_\_\_ nivamente composto dos chefes das diversas *gentes*: e enquanto estas permaneceram vigorosas, o senado foi, por assim dizer, a sua assembléa representativa: os chefes das *gentes* exerciam então a funcção consultiva por direito proprio. Mas, a breve trecho, com os progressos da *civitas* e correlativo enfraquecimento da *gens*, a primitiva

323-339; Carle, *ob. cit.*, pagg. 235-238 e 245-250; Girard, *ob. cit.*, pagg. 12-13.

(1): *Ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pag. 92.

concepção do senado começou de substituir-se na realidade uma outra, em que ao rei cabia a escolha dos senadores.

O numero dos senadores, egual ao das *gentes*, era fixo; e primitivamente foi de cem. Depois elevou-se até trezentos.

As funcções senatoriaes eram vitalicias (1).

O terceiro órgão do poder publico era o *populus* reunido nos comicios. Este elemento do Estado nao tem correspondente na constituição da familia onde, como se observou, o absolutismo do *pater-familias* apenas encontrava limitação, e essa tenue, no conselho dos proximos.

Os comicios eram a reunião solemne dos *quirites* convocados para exercer o poder soberano.

Os *quirites* eram os cidadãos que com o braço ou com o consenso podiam cooperar ou promover o interesse commum. Pais e filhos tomavam, pois, conjuntamente, parte nos comicios, e numa relação de egualdade, contrastando frisantemente com a desigualdade que os distanciava na sua qualidade de membros da familia.

Os *quirites* appareciam nos comicios agrupados em curias. Segundo Lange e Ihering, o mesmo termo — *quirites* — derivaria de curia e significaria — homem da curia (2). Porventura inexacta, esta derivação etymologica é, entretanto, symptomatica; dá-nos, pelo menos, uma forte presumpção da importancia excepcional da curia.

(1) Cf. sobre o senado: Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pagg. 92-95; Seignobos, cit. *Histoire narrative et descriptive du peuple romain*, pag. 27; Girard, *ob. cit.*, pag. 13; Carle, *ob. cit.*, pagg. 239-241 e 250-261.

(2) Segundo alguns escriptores, o termo *quirites* deriva de *quiris*, lança, a qual seria a arma do *quirite*, o symbolo do seu poder; na opinião de outros, entre os quaes Niebuhr, deriva de *Curum* ou *Qurium*, cidade sabina, e teria sido adoptado para designar o povo romano na sua vida interna, em seguida á fusão dos Romanos com os Ticienses.

Mas o que era a curia? Segundo Niebuhr, era um aggre-  
gado de ~~set~~ *gentes* que nellas se repartia. Porém, ultimamente tem-se geralmente admittido que a curia póde ser uma instituição, cuja origem é talvez anterior á communi-  
dade romana e porventura foi conhecida das *gentes* latinas e etruscas, mas que deve em todo o caso ser considerada como a base de todas as divisões politicas e militares da cidade, emquanto esta se manteve exclusivamente patricia. A curia é, como o *populus*, do qual formava uma subdivisão, um;

tem chefe proprio (*curio*); sacerdote proprio (*flamen curialis*); culto proprio que faz parte dos *sacra publica*: sanctuario proprio; e todas reunidas têm ainda assembléas proprias, denominadas *comitia curiata*. Póde succeder que os membros da curia estejam ligados entre si por vinculos gentilicios; este facto, porém, não lhes imprime character, na sua qualidade de *quirites*; na determinação da população da curia não se attende ao vinculo de sangue, mas á qualidade de cidadão que com o braço ou conselho possa contribuir para o interesse commum e deva, por isso, ter participação nos negocios publicos.

A curia, *qua* tal, não é, pois, um aggregado de *gentes*, pertencente ao typo da organização patriarcal, mas elemento directo da organização da civitas; a sua unidade política, militar e religiosa (1).

As curias eram trinta, dez por cada tribu.

Os comicios eram convocados pelo rei e reuniam-se no interior da cidade, em geral num local, chamado comitium. Emquanto não havia convocação por parte do rei não podia

haver comicio. As outras reuniões chamavam-se *contiones*. O povo comparecia nos comicios, organizado militarmente. O presidente submettia a sua proposta á approvação da assembléa, terminando pela fórmula solemne — *Veliis, jubeatis, Quirites, rogo*, — ao que a assembléa respondia affirmativamente (*uti rogas*), ou negativamente (*antiquo*).

Não era permittida nem discussão sobre a proposta, nem qualquer emenda.

Os votos contavam-se por curias; e o voto da curia era a expressão do voto da unanimidade ou da maioria dos seus *quirites*.

A rigorosa disciplina que se mantinha em todo o decurso dos comicios, desde a vinda do povo até á sua dissolução, mostra bem a justiça com que Padeletti os denomina a imagem de um exercito, o complexo organico das corporações militares e politicas (1).

Não se póde delimitar com precisão a competencia dos comicios. Segundo Dionisio de Halicarnasso, a elles caberia a decisão da paz ou da guerra; a concessão da qualidade de cidadão ~~nao a individuos mas a populações ou partes completas~~, mediante a *cooptatio*; a *votação das leis*; e a *nomeação dos magistrados*. Cogliolo contesta, porém, a verdade absoluta desta indicação, visto que, se das antiquissimas fórmulas usadas pelos *feciales* resulta que os comicios decidiam sobre a declaração de guerra, o mesmo se não póde dizer em relação á celebração da paz e dos tratados, e á sua participação na eleição dos magistrados ou melhor dos officiaes regios; e é muito duvidosa a sua competencia legislativa propriamente dita.

É muito provavel que esta seja a doutrina exacta ou a menos distanciada da verdade; mas, ainda quando quizes-

(1) Cf. Carle, *ob. cit.*, pagg. 232-233 e 261-263; Padeletti, *ob. cit.*, pagg. 48-52; Girard, *ob. cit.*, pagg. 13 e 14; Landucci, cit. *Storia del diritto romano*, parte seconda, vol. I, pagg. 389-390.

(1) *Ob. cit.*, pag. 44.



semos perfilhar a de Dionisio de Halicarnasso, convém não esquecer que, segundo a justa observação de Carle, rarisimas teriam sido as occasiões em que a assembléa das curias houvesse exercido taes funcções.

E' isto, porque o poder dos comicios curiados não apparece determinado por uma constituição escripta e deve olhar-se como um poder em via de formação, desenvolvendo-se gradualmente segundo a sua energia latente e a acção do ambiente social.

A sua influencia já se manifesta, porém, na cidade *patria*: nelles residia a soberania; e era indispensavel a sua adhesão para a validade de qualquer modificação na ordem legal estabelecida. Daqui, a sua intervenção quando se tratava de alterar a constituição legal de uma familia (*adrogatio*); de derogar a ordem legal dos testamentos (testamento *calatis comitiis*); de revogar a applicação da pena a um condemnado (*provocatio ad populum*), etc.

γ) Tal era, nas linhas geraes, a constituição politica da primitiva Roma.

Caracterizava-a uma esplendida coherencia e unidade. Era um verdadeiro organismo, composto de partes diversas, realizando cada uma sua funcção propria, e completando-se reciprocamente.

Assim, a soberania residia no *populus*; mas este, afóra caso de necessidade, não a punha em exercicio sem a convocação do *imperium*, ao mesmo tempo illimitado e circumscripto, na phrase de Salustio; illimitado, no sentido de que as ordens do rei, justas ou injustas, eram logo executadas; circumscripto, porque, se fosse contraria ao costume e nesse caso rejeitada pelo verdadeiro soberano, o povo, a sua ordem não podia produzir effeitos leaes duradouros.

Entre o *imperium* e a *potestas* interpunha-se a *auctoritas patrum*, moderando aquelle com o conselho e dando consis-

tencia e o apoio da sua auctoridade aos *jussa* emanados desta (1).

A admiravel coherencia e vigorosa unidade da constituição romana resalta ainda mais nitidamente quando esta se considere em movimento. Emquanto, por um lado, cada um dos órgãos do poder publico não obedece a outra norma e não tem outro limite que não seja o principio que o informa, por outro, nenhum delles pôde comprometter o interesse commum sem o concurso real e effectivo dos outros. «O *imperium regis*, a *senatus auctoritas*, a *populi potestas*, — escreve Carle, — são outras tantas concepções logicas, destinadas a receber com o decorrer do tempo todo o desenvolvimento de que são capazes; mas estão organizadas por tal forma que se enfreãm e limitam reciprocamente, não porque a ellas presida qualquer divisão ou circumscripção de poderes, mas porque nenhum destes elementos pôde comprometter a ordem e segurança publica sem a cooperação de todos os outros». Assim, é ao magistrado (*rex, interrex, praefectus urbis*) que compete o *agere*, quando se trata de convocar o povo ou o senado; o *rogare*, quando é necessario obter a approvação de alguma proposta; e o *imperare*, que, sobretudo nos perigos de uma guerra, encontra meio propicio para a sua vigorosa expansão; — é ao senado que compete o *consulere*, quando se trata de dar conselho ao magistrado ou chamar-lhe a attenção sobre algum perigo imminente, *ne res publica detrimenti capiat*, e o *auctor fieri*, se importa apoiar as deliberações do povo; — e finalmente é ao *populus* que cabe o *jubere* e o *statuere*, quando se trata de uma *lex*, pela qual se manifesta a vontade soberana da collectividade.

Tal era, no seu character fundamental, a primitiva consti-

(1) Cf. Carle, *ob. cit.*, pagg. 276-278; Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pag. 108.

tução romana. Polybio, segundo informa Carle, disse-a, ora monarchica, ora aristocratica, ora democratica, conforme a considerava em relação a este ou áquelle aspecto do poder publico; olhada dynamicamente, ella apresenta-se-nos, porém, syntese organica daquelles tres elementos (1).

## § 2.º

### Fontes de direito

1. As fontes do direito romano: enumeração e classificação.
2. As fontes do direito romano na cidade patricia: o costume, a *sententia judicis* e as *leges regiae*.

1. A variedade, que noutro logar notámos relativamente ás fontes do direito em geral, manifestou-se tambem nos órgãos e modos de formação do direito romano, quando os consideremos em todo o ambito da sua vida historica. Aquelles foram, além da sociedade, de duas ordens: legislativa e não legislativa. Pertenciam á primeira categoria os *comitatus* — *curiata*, *centuriata* e *tributa*, — as *assembléas da plebe* (*concilia plebis*), o *senado* e os *imperadores*; constituíam a segunda os *nagistrados* e os *jurisconsultos*. Correlativamente, os modos typicos de *formação* do direito romano foram: a *consuetudo*, a *lex*, o *præscriptum*, o *senatusconsultum*, a *constitutio* ou *placitum* dos imperadores, os *edicta* dos magistrados, a *interpretatio*, as *responsa prudentum* e o *jus*, isto é, os *escriptos* dos jurisconsultos.

Ao direito constituido pelo costume chamaram os romanos *jus non scriptum*; e *jus scriptum* ao formado pelos outros *modos referidos*. A base desta divisão, aias sem importancia prática, era, não como se poderia julgar, o facto mate-

rial de o direito estar escripto, mas o modo da sua formação. Se era produzido insensivelmente pelo uso, fosse ou não posteriormente reduzido a escripto, dizia-se *non scriptum*; se emanava de órgãos, directa ou indirectamente investidos da funcção legislativa, denominava-se *scriptum*. Porém, de facto, aquelle formava-se sem ser escripto e este, normalmente, era logo reduzido a escripto.

Sob outro aspecto, as fontes de direito romano podem ainda distribuir-se nestas quas categorias: *ius civile* e *jus honorarium* ou *praetorium*. Aquelle era constituido pelo costume, lei, *præscriptum*, *senatusconsulto*, constituições imperiaes e respectiva *interpretatio*; este pelos edictos dos magistrados e *interpretatio* respectiva; e chamava-se *honorarium*, porque, como se lê no Digesto de Justiniano, *qui honorem gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt*; e *praetorium*, porque, na quasi totalidade das suas disposições, *ab honore praetoris oritur*, como se lê nas Institutas do mesmo imperador.

Além destas divisões os romanos dividiram o direito em *jus civile*, *ius gentium* e, segundo alguns, tambem *jus naturae* ou *naturae*; e em *publicum* e *privatum*. Estas duas divisões eram fundamentais, mas não serviam de base a nenhuma classificação das fontes referidas.

*Jus civile* era, como noutro logar dissémos, o direito proprio dos cidadãos do Estado, e em Roma, o direito proprio e exclusivo dos cidadãos romanos.

no sentido proprio, era o complexo de normas, applicaveis, no Estado romano, conjunctamente a nacionaes e a estrangeiros; e, no sentido lato, aquelle que, na fórmula das Institutas, *naturalis ratio inter omnes homines constituit, et apud omnes populos peraeque custoditur* (1).

(1) Inst. 1, 2. *De jur. nat. et gent.*, 1.

(1) Cf. Carle, *Le origini del diritto romano*, pagg. 274-278.

*Jus naturae* ou *naturale* era, para uns, um direito ideal, vizinho do direito *commum* a todos os homens, isto é, do *jus gentium* em sentido lato; e, para outros, um direito *commum* a todos os seres animados (1), assim como o *jus gentium* o era a todos os homens e o *civile* a todos os cidadãos.

Segundo a fórmula de Ulpiano, *jus publicum* era: — *quod ad statum rei Romanae spectat*; — e *jus privatum*: — *quod ad singulorum utilitatem pertinet*.

2. No período da cidade patricia, o direito não se revelou sob as formas varias e multiplas que mais tarde revestiu. Muito pelo contrario; pois que, segundo muitos escriptores, só o costume foi sua fonte. Ha, porventura, exaggero nesta opinião: acaso appareceram tambem outras fontes; mas é incontestavel que a funcção do costume foi, tanto em extensão, como em efficacia, principalissima na formação e vida do direito da cidade patricia. O phenomeno apparece-nos absolutamente natural, logo que o ponhamos em relação com o meio social da realleza primitiva.

Escusado será dizer que as normas consuetudinarias deste período não tem, em regra, caracter exclusivamente juridico; o *jus* não conseguira ainda emancipar-se do *mos*. isto é, o complexo de regras de conducta, tendo por sancção a reprobção da consciencia publica, nem do *fas*, que era o conjunto das regras de conducta de supposta inspiração dos deuses, tendo por sancção penas de caracter religioso.

Ao lado do costume, devia collaborar na formação do direito, se bem que com menor efficacia, a *sententia judicis*,

(1) É o significado que lhe attribuiam as Institutas, 1, 2. *De jur. nat.*, pr.: *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium... commune est.*

isto é, a decisão do rei nos pleitos judiciaes e quaesquer ordens por elle formuladas. Esta conjectura apoia-se no estado da civilização e na indole do meio social da cidade patricia e é suffragada pela tradição dos escriptores latinos do fim da Republica e do principio do Imperio, a qual, como diz Krueger, se no conjunto é pouco veridica, encerra, entretanto, alguns dados muito positivos para não provirem de uma tradição segura. Ora, segundo esta tradição, durante o período da Realeza, teriam sido estabelecidas pelos reis, sobretudo por Romulo e Numa, certas disposições, na maioria relativas aos *sacra*, mas algumas de direito privado e direito penal, a que aquelles escriptores deram o nome de *leges regiae*.

Recolhidas a principio nos *commentaria*, teriam sido no reinado de Anco Marcio e por sua ordem escriptas em taboas de madeira e expostas no *forum*. Mais tarde, expulsos os reis, o *pontifex maximus*, Papirio, contemporaneo de Tarquinio o Soberbo, por que ellas tivessem desaparecido, renovou-as e completou-as. Destruidas por occasião do incendio de Roma pelos gaulezes, deveriam ser novamente reconstruidas e publicadas; mas os pontifices obstaram a isso, a fim de, envolvendo-as no mysterio, dominarem melhor e mais seguramente os animos dos cidadãos.

Muito mais tarde, a collecção de Papirio foi outra vez publicada, mas em forma de livro; e, em homenagem a este pontifice, foi denominada *jus papirianum*. No tempo de Cesar, o antiquario Granius Flacus arrancou o livro ao olvido, commentou-o e divulgou-o (1).

Quando, porém, a tradição seja falsa ou se deva referir a época mais recente, sempre a verosimilhança da nossa con-

(1) Cf. Landucci, cit. *Storia del diritto romano*, part I, vol. I, pag. 75; Krueger, *ob. cit.*, pagg. 3-10.

jectura fica baseada na indole e natureza do meio historico da Realeza primitiva. O papel da *sententia judicis*, como fonte de direito, devia, porém, ter sido de somenos importancia, em virtude do desenvolvimento attingido pelo costume.

Segundo alguns escriptores, houve ainda neste periodo uma outra fonte de direito, notavel pela sua regularidade e pela abundancia das normas que della provieram. Foram as *leges regiae*, isto é, leis *rogatae* pelo rei. *votadas* nos comicios e *ratificadas* pela *auctoritas patrum*. Esta opiniao, que se filia na tradiçao, já rejeitada, dos escriptores latinos do fim da Republica, embora desnaturada, foi pela primeira vez defendida por Pomponio jurisconsulto romano, coevo do imperador Adriano, pois que, antes delle, julgavam-se as *leges regiae* obra pessoal e exclusiva dos reis. Modernamente, Carle acceitou-a, baseado não só em que a diversidade de origem dos elementos ethnicos que concorreram a formar a Roma primitiva tornava necessaria a unificação legislativa, a qual só por meio de leis verdadeiras e proprias se podia realizar, mas tambem em que a religiosidade do povo romano não podia impedi-lo de tomar parte effectiva na formação das leis, sobretudo sendo o *populus* composto exclusivamente pela classe patricia.

A maioria dos escriptores contesta, porém, que as chamadas *leges regiae* fossem *leges rogatae* e votadas nos comicios.

A mesma incerteza da tradiçao, o costume dos povos antigos, incluindo o romano, de referir a personagens creadas ou engrandecidas pela legenda os institutos, cuja origem é desconhecida, costume não desmentido em relação ás *leges regiae*, as quaes são, na maior parte, attribuidas a Romulo e a Numa, já de si lançam fortes suspeitas sobre a verdade da tradiçao. Além disso, as *leges regiae* encerram principal-

mente regras religiosas que, segundo o systema dos romanos, não podiam ser objecto de uma votação popular. Finalmente, a melhor prova, allegam ainda, de que os comicios não votaram essas leis abstractas e geraes, relativas á familia, á religião, ao direito penal, e de que a sua actividade só incidiu sobre derogações concretas ao *statu quo* juridico, está nos testemunhos perfeitamente concordantes, segundo os quaes não houve direito escripto antes das XII Taboas. E tanto isto é verdade que o mesmo Pomponio se viu obrigado a supôr que as pretensas leis curiadas foram abrogadas após a queda da realeza.

A collecção attribuida a Papirio é uma publicação apocripha, elaborada provavelmente no fim da republica, entre os seculos VI e VII *ab urbe condita*, e contém sobretudo normas relativas aos *sacra*, donde lhe proveio a designação de — *mos ritusque sacrorum*.

Esta segunda opiniao é a mais geralmente admittida e, de facto, são mais solidos os seus fundamentos. Se não é absurdo pensar que tivessem existido *leges regiae* no sentido de ordens e sentenças do rei, é inexacto affirmar a authenticidade da collecção de leis de Papirio e temerario julgá-las obra dos comicios (1).

(1) Cf. Girard, *ob. cit.*, pag. 15; Cogliolo, *ob. cit.*, vol. I, pagg. 147-150; Padeletti, *ob. cit.*, pagg. 97 e 100, nota 1; Krueger, *ob. cit.*, pagg. 4-9; Landucci, cit. *Storia del diritto romano*, pagg. 75-77; Carle, cit. *Le origini del diritto romano*, pagg. 309-313 e 324-326; Mommsen, *Le droit public*, tom. III, pagg. 46-50; Giovanni Pacchioni, *Corso di diritto romano*, vol. I, *La costituzione e le fonti del diritto* (Innsbruck, 1905), pagg. 10-15.

## SECÇÃO II

**Reforma da constituição primitiva. A cidade patricio-plebêa.**  
Fontes de direito

## § 1.º

## Reforma da constituição; a cidade patricio-plebêa

1. α) Causas que provocaram e determinaram a reforma da constituição, attribuída a Servio Tullio. β) Modificações tentadas por Tarquinio o Prisco na constituição da cidade patricia.
- α) Reforma de Servio Tullio: importância; β) fim; γ) conceito fundamental ou basilar; δ) meios ou instituições e os comícios por centúrias, ε) influencia da divisão serviana do *populus* sobre a transformação da tribu; ζ) natureza e caracter da reforma attribuída a Servio Tullio.

1. α) A cidade patricia cresceu rapidamente em população e território.

A victoria sobre as comunidades vizinhas deu-lhe prestígio e vigoroso estímulo para o desenvolvimento da sua actividade, a qual em breve se expandiu muito para além da primitiva área territorial. Pela conquista ou por meio de pactos, Roma aggregou a si as varias comunidades que habitavam nos montes circumvizinhos do Palatino, transformando-se na Roma *septimontium*.

A conquista de Alba Longa assegurou-lhe a hegemonia e a presidencia da confederação latina.

Dest'arte, Roma tornou-se para o Lácio um poderoso foco de atracção; a sua esplendida posição geographica, que a fazia rainha do Tibre, e a sua excepional situação politica

davam-se as mãos para canalizar em direcção a ella toda a corrente de migração do Lácio, tanto mais que, segundo um dos principios organicos da confederação, todo o latino tinha o direito de se estabelecer na capital, e ahi, como em toda a extensão do Lácio, podia adquirir illimitadamente propriedade e exercer sem restricções a sua actividade industrial.

Acaso, os mesmos principios liberaes protegeram quasi desde os primeiros dias de Roma os estrangeiros não latinos que viessem estabelecer-se nella permanentemente, sob o *hospitium* de um cidadão.

«O direito romano, — escreve Mommsen, — ignora as distincções nobiliarias ligadas á terra ou as prohibições que impedem a aquisição da propriedade immobiliaria. Ao mesmo tempo que confere a todo o individuo, capaz de dispôr, os direitos mais absolutos sobre o patrimonio, auctoriza todo o que pôde entrar em commercio com os cidadãos romanos, embora estrangeiro ou cliente, a adquirir sem nenhuma difficuldade bens moveis e bens immoveis, desde que estes começarem de fazer tambem parte do patrimonio privado» (1).

A conquista das cidades vizinhas foi outro agente do accrescimento de população. Seus habitantes eram em muitos casos transportados directamente para Roma; e quando lhes era permitido permanecerem na patria, agora convertida em simples aldeia, succedia que em breve a abandonavam, trocando o direito nativo pelo de immigrante romano.

O resultado inconjuravel desta confluencia de immigrantes foi a plebe engrossar e robustecer-se. A raras familias estrangeiras, immigrantes ou transportadas a Roma após a conquista da sua patria, foi concedido o direito de cidade;

(1) *Ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pagg. 117-118; trad. Guerle, vol. I, pagg. 106-107.

o patricio romano era assás orgulhoso da sua qualidade e muito ciumento da sua valia e poderio. Por isso, a quasi totalidade daquelles elementos entrou na classe plebêa.

Ao mesmo tempo, como nota Mommsen, a consolidação do Estado e o correspondente enfraquecimento da família e a *gens* teriam provocado uma profunda transformação na structura e vida juridica da clientela, por virtude da qual a situação do cliente teria melhorado e desaparecido a primitiva obrigação de recorrer á intervenção do patrono para a defesa dos seus direitos. Muitos clientes teriam passado assim condição de plebeus.

As causas que acabamos de indicar, juntas á natural tenencia de expansão da classe plebêa, determinaram o seu regressivo crescimento e deram-lhe importancia particular na vida economica e social da cidade patricia.

No patriciado dava-se o phenomeno inverso. O encargo da guerra pesava exclusivamente sobre elle e rarefazia-lhe as fileiras, enquanto os immigrants gozavam dos fructos da victoria sem pagar o respectivo imposto de sangue. Para compensar essas perdas, a classe patricia adoptou desde os primeiros tempos medidas tendentes a assegurar a suas familias numerosa descendencia; e é verosimil que, como isto não bastasse, desde tempos muito antigos reconhecesse, ao lado do matrimonio *per confarreationem*, o matrimonio civil, como origem do direito de cidade.

Mas tudo isto não conseguiu imprimir-lhe o movimento progressivamente accêlerado de expansão e robustecimento que os factores já indicados communicavam á classe plebêa. Dest'arte, a posição relativa das duas classes modificava-se profundamente; a primitiva concepção deixava de corresponder á realidade dos factos; e a cidade, por virtude do enfraquecimento relativo do patriciado, carecia de que a plebe engrossasse e fortalecesse o exercito, assim como a excepcional importancia adquirida por esta exigia que fosse admittida a

participar na vida politica de Roma, como já participava, e intensamente, na sua vida economica.

β) Foi o que, segundo a tradição, Servio Tullio comprehendeu. Seu predecessor, Tarquinio o Prisco, já, segundo a mesma tradição, havia tentado modificar a constituição primitiva e substituir ás divisões de character gentilicio outras de character territorial. ~~trousou-lhe o intento a opposição do~~ patriciado dirigido pelo augure sabino, Atto Nevio, baseada em que a fundação da cidade tinham presidido os auspícios e as divisões da população eram santificadas pela religião. Limitou-se, por isso, a introduzir nas primitivas divisões da população no senado e nos collegios sacerdotaes o elemento ~~etrusco~~ etrusco, que, por motivo da sua vinda e ascensão ao ~~trouso~~ trouso, confluira a Roma em grande numero, e, segundo narra Tito Livio, procurou alargar a área da cidade e cingi-la de muralhas, á semelhança das cidades etruscas.

A situação juridica e politica da plebe permaneceu, todavia, a mesma e inalterada; a tradição não attribue a Tarquinio o Prisco nenhuma tentativa ou esforço tendente a modificá-la e a introduzir a plebe na vida militar e politica da cidade.

2. α) Esta gloria estava reservada para Servio Tullio, successor de Tarquinio, a quem a legenda attribue a reforma da primitiva constituição de Roma. Provavelmente, a tradição seguiu aqui o processo costumado; attribuiu a uma só personagem, talvez phantastica, aquillo que foi resultante do curso de varios elementos e das novas fo

~~reformas de Roma~~ curso de varios elementos e das novas fo, porém, como for, a importancia da reforma serviana é verdadeiramente excepcional; signala uma nova phase na formação da cidade; fecha o cyclo exclusivamente patricio, assente sobre a descendencia e o nascimento, e abre o patricio-plebeu, no qual as duas ordens entram a constituir o mesmo povo e,

através de luctas constantes e por vezes grandiosas, acabam por fundir-se na mesma unidade política e jurídica.

β) O fim que a reforma teve em vista foi, directamente, introduzir a plebe na organização militar, indirectamente, na vida publica da cidade, satisfazendo assim a urgente e inconjuravel imposição das circumstancias.

γ) A dificuldade estava, porém, no processo de o realizar. Fundir a plebe com o patriciado era, no momento, impossível; a profunda diversidade das respectivas condições de vida social opponha-se abertamente a isso, tanto mais que, em relação a certos institutos, como a religião e o matrimónio, ainda na classe patricia era profundo o respeito e energico o princípio de exclusão dos extranhos.

As instituições communs as quas ordens eram a propriedade e a família, e o único interesse commun a segurança e defesa pessoal e das próprias terras. So estas instituições, portanto, podiam ser a base da participação da plebe na vida militar e politica da cidade; e «assim é que a constituição serviana, escreve Carle, embora alargue as fileiras do *populus*, introduzindo um elemento até ahi excluido, dá afinal uma base mais restricta á participação das duas ordens na mesma comunidade civil e politica. Ao passo que o povo das curias tinha commun o elemento religioso, a organização gentilicia e o culto pelas antigas tradições, — o povo creado pela constituição de Servio é composto de chefes de família e de proprietarios de terras, que entram a fazer parte do mesmo exercito, e mais tarde da mesma assembléa, com base exclusiva no censo, e no exclusivo intuito de providenciar á defesa dos interesses que podiam ser-lhes communs. A nova comunidade pôde, em certo modo, ser comparada a uma sociedade em que cada um vem a ter direitos e obrigações, proporcionaes ao proprio censo, o qual é considerado como garantia

do interesse que o cidadão pôde ter no futuro e na grandeza da cidade» (1). Não era, pois, sem razão que Niebuhr comparava a comunidade quiritaria serviana a uma sociedade de accionistas (2).

O conceito fundamental e basilar da constituição —, pois, que o interesse que cada um tinha na prosperidade e desenvolvimento da cidade devia ser a medida da participação de certos civis —, como a nova cidade resultava da união de certos de família e de proprietarios de terras, a medida do seu interesse encontrava-se na determinação da família e propriedade respectiva.

δ) Daqui, a organização de certos institutos, meios de realizar aquelle principio, taes como o censo e a divisão do novo populus em classes ou centurias.

~~O censo~~ era o recenseamento por tribus dos cidadãos *sui juris*, e conjuntamente a descrição dos seus haveres. Era organizado em face das declarações juradas dos cidadãos, as quaes deviam respeitar a si, a seus bens, e também ás pessoas que estavam sob seu poder. Assim, o cidadão que, por ser absolutamente *sui iuris*, tinha direito a ser contado no censo como *caput*, devia declarar o seu estado civil, a tribu de que fazia parte, o nome e idade da mulher e dos filhos, o patrimonio que lhe pertencia *ex jure quirittum*, isto é, a propriedade familiar e privada, unica commun ao patriciado e á plebe.

De cinco em cinco annos o censo era renovado.

Sua importancia era enorme. Por elle se determinavam os direitos e obrigações dos cidadãos, tanto sob o aspecto militar e tributario, como politico; por elle se fixava a sua

(1) Cit. *Le origini del diritto romano*, pag. 359.

(2) *Ob. cit.*, vol. II, pag. 139.

classe ou centuria. O que não estivesse inscripto no censo era reduzido á escravidão e seus bens confiscados.

Em resumo: o censo romano era conjunctamente quadro de milícia, cadastro de propriedade e recenseamento politico. por elle se media a capacidade economica, militar, politica e até moral dos cidadãos.

A divisão do *vovulus* em classes ou centurias assentava sobre a capacidade economica dos cidadãos.

Era uma consequencia necessaria da admissão da plebe á vida da cidade.

As classes eram cinco. Na primeira entravam todos os cidadãos, cuja fortuna era computada em cem mil asses ou, segundo a antiga avaliação, em vinte *jugera* de terra, pelo menos; na segunda os que tinham fortuna não inferior a setenta e cinco mil asses ou a quinze *jugera*; na terceira os que possuíam não menos de cincoenta mil asses ou dez *jugera*; na quarta aquelles, cuja fortuna era de vinte e cinco mil asses ou de cinco *jugera* pelo menos; e na quinta, segundo Tito Livio, os que tinham onze mil asses, segundo Dionisio de Halicarnasso, doze mil e quinhentos asses, ou respectivamente duas ou duas e meia *jugera* (1).

(1) O *as*, moeda de bronze, foi a primitiva unidade monetaria dos romanos. O seu peso theorico era de uma *libra*, e daqui a designação de *as libralis*, mas de facto pouco excedia 10 onças. No decurso das primeiras guerras punicas, o *as* foi successivamente reduzido no peso a 6, a 4, a 3, a 2 onças finalmente — o quinto ou sexto que fôra primitivamente. O *as* de 2 onças (*as sextantarius*), foi ainda reduzido em 537 a uma onça, e em 665, pela lei Plautia Papiria, a meia onça: assim se manteve até ao periodo do triumvirado de Octavio, Antonio e Lepido que o reduziu ainda a um quinto de onça. Havia funções e multiplos: o *semis* ( $\frac{1}{2}$ ), o *triens* ( $\frac{1}{3}$ ), o *quadrans* ( $\frac{1}{4}$ ), o *sextans* ( $\frac{1}{6}$ ), o *stipis* ( $\frac{1}{12}$ ), — e o *dupondius* (2), o *tressis* (3), o *decussis* (10). Em 485 cunhou-se em Roma pela primeira vez o *denarius*, dinheiro de prata, do valor de 10 asses de

As classes eram divididas em centurias; e cada classe comprehendia um numero igual de centurias de *juniors* (de 16 a 46 annos), obrigadas ao serviço activo de campanna, e de *seniores* (de 47 a 60 annos), apenas obrigadas ao serviço de reserva e de defesa de praças.

A primeira classe compunha-se de oitenta centurias; a segunda, a terceira e a quarta de vinte cada uma; e a quinta de trinta (1).

Além destas, havia dezoito centurias de cavalleiros, das quaes seis talvez recrutadas na classe patricia e doze nas familias mais ricas da cidade; e cinco centurias de musicos, de operarios e de homens auxiliares ou supplices (*accensi velati*), que marchavam com o exercito, sem armas, e preenchiam os logares vagos nas fileiras, vestindo a armadura dos doentes ou dos mortos. Estas cinco centurias sahiam da classe dos não-proprietarios (*proletarii*).

bronze. Desde então o *as* deixou de ser a moeda principal e a unidade monetaria. As contas passaram a formular-se por dinheiros ou por seus divisores: — o *quinquarius* (5 asses), o *sextertius* (2,5 asses). A contar de 547, apparecem em Roma as primeiras pecas de ouro do peso de 1, 2, 3 e 4 *scopulos*: cada *scopulo* valia 20 *sextercios* ou 5 dinheiros de prata. As moedas de ouro foram poucas durante a republica. Porém, Cesar deu ao ouro o papel de moeda legal; creou o *denarius aureus*, *aureus nummus*, ou simplesmente *aureus*, que pesava  $\frac{1}{40}$  de libra e equivalia a 100 *sextercios* ou 25 dinheiros.

O *jugerum* (geira) que originariamente, segundo conjectura Mommsen, designava não medida de superficie, mas avaliação de trabalho, era, já ao tempo da reforma serviana, a unidade das medidas de superficie. Media 0,252 ou cerca de 2520 metros quadrados. Eram seus multiplos o *heredium* (2 *jugera*), a *centuria* (100 *heredia*) e o *saltus* (4 *centuriae*); — e seus divisores o *actus* (meia geira), o *clima* (oitavo de geira) e o *scripulum* ( $\frac{1}{36}$  de geira). (Cf. Oliveira Martins, *ob. cit.*, vol. I, pag. 405, nota 1; Mommsen, *ob. cit.*, trad. Alexandre, vol. I, pag. 229).

(1) Segundo Carle, era a quarta classe que estava dividida em trinta centurias e não a quinta, que só abrangia vinte. (*Ob. cit.*, pag. 368).



O numero de centurias em que se distribuia cada classe correspondia, segundo a opinião mais provavel, á parte que esta representava na população proprietaria. Isto, claro está, no principio, antes da ruina das fortunas médias e do apparecimento dos *latifundia* e do pauperismo. «É perfeitamente admissivel, — escreve Girard, — que o quadro serviano das classes nos tenha conservado a imagem de uma população robusta e sã de livres proprietarios ruraes, conjunctamente agricultores e soldados, a maior parte dos quaes possuia ainda, já em virtude da propriedade moderna, já em virtude das concessões de terras communs que a precederam, o dominio de vinte *jugera*, que se julgava necessario e sufficiente para a subsistencia de uma familia. Militarmente, isto é até indispensavel, visto que a distribuição serviana era, na origem, a ordem mesma no exercito» (1).

Desta nova organização resultou uma nova especie de assembléas — os *comitia centuriata*. As centurias reuniam-se fóra da cidade, no campo de Marte, quando convocadas pelo rei, e ahí votavam sobre as questões que lhes eram submettidas. Semelhantemente ao que succedia nos *comitia curiata*, a unidade de voto era a centuria. Iniciavam a votação as centurias dos cavalleiros, assim como tambem eram ellas que em batalha rompiam o combate. Seguiam-se as oitenta centurias da primeira classe, segundo a ordem fixada pela sorte. Quando estas e aquellas votavam no mesmo sentido, o que devia succeder muitas vezes, não se proseguia na votação; a maioria estava obtida e a proposta votada ou rejeitada. Quando votada, carecia, para ser obrigatoria, de receber a sancção do senado, a *auctoritas patrum* (2).

(1) *Ob. cit.*, pagg. 17 e 18.

(2) E. Petit, *ob. cit.*, pag. 15.

e) A nova organização e distribuição do *populus* por classes e centurias completou a dissolução da tribo como aggregado da organização gentiicia, e transformou-a em pura divisão territorial base para o recenseamento da população que ahí residisse e para a fixação do serviço militar e do tributo a que esta devesse ser sujeita. A cidade foi dividida em tribus ou regiões urbanas e ruraes. Aquellas eram quatro: Suburana, Esquilina, Collina e Palatina; destas não se conhece ao certo o numero. Em regra, o seu nome não era tirado, como o das tribus urbanas, do local, mas do das gentes patricias.

ζ) A divisão do *populus*, que acabamos de indicar, teve, no principio, character accentuadamente militar. Os proprios termos — classe e centuria —; o logar onde se reuniam os *comitia centuriata* (Campo de Marte); o modo da sua convocação (*per cornicinem*); e ainda o facto de durante elles se arvorar no Janiculo ou na *arx* a bandeira vermelha assim o fazem presumir (1).

Entretanto, como nota Carle, «se a constituição por classes e por centurias é, no principio, organizada por fórma a apresentar o aspecto de um exercito, é-o em condições taes que facilmente se transforma em assembléa de um povo; pois que os seus quadros podem ser alargados de maneira a comprehenderem não só um exercito, mas toda a população de uma cidade» (2). E esta transformação não devia ter levado muito tempo a realizar-se, visto que as instituições primitivas têm, em regra, um character ao mesmo tempo civil e militar, e, além disso, mal se comprehenderia como uma instituição

(1) Cf. Mommsen, *ob. cit.*, trad. Guerle, vol. I, pagg. 109-111; Oliveira Martins, *ob. cit.*, vol. I, pagg. 44 e segg.

(2) Cit. *Le origini del diritto romano*, pag. 367.