MYRIAM BENARRÓS CLEMENTONI

Actio Popularis no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Hélcio Maciel França Madeira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2016

MYRIAM BENARRÓS CLEMENTONI

Actio Popularis no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração 'Direito Romano e Sistemas Jurídicos Contemporâneos', sob a orientação do Professor Dr. Hélcio Maciel França Madeira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação

Benarrós Clementoni, Myriam.

Actio Popularis no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro / Myriam Benarrós Clementoni; orientador Hélcio Maciel França Madeira – São Paulo, 2016.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2016.

1. Ação Popular. 2. Democracia Participativa.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Pierangelo Catalano, exímio romanista, a quem devo o meu amor pelo Direito Romano e pelos valores que esse ramo do Direito conserva e afirma.

Ao meu orientador professor Hélcio Maciel França Madeira pela paciência em me guiar nesse longo caminho que possibilitou a realização de um antigo sonho.

Ao meu irmão David Benarrós que nunca permitiu que eu desistisse do meu sonho.

Aos meus filhos, Marino e Flavia, que sempre me incentivaram, com carinho, a atingir o meu objetivo.

Dedico esse trabalho a minha mãe, Marlene Benarrós, mulher forte e corajosa que sempre foi um modelo de vida para mim.

Essas ações, como se vê, são um vestígio desse sentimento ideal, que defende o direito pelo direito, sem encarar o interesse pessoal. Algumas vezes apresenta-se como móvel ordinário a avareza, fazendo o acusador esperar a multa que se impunha ao acusado, sendo isso o que dava vida a essa ocupação mercantil dos denunciadores, que aguardavam a recompensa pela denúncia que faziam; mas, se afirmarmos que as acusações dessa segunda categoria desapareceram, em boa hora, no Direito Romano, e que a primeira quase não existe no direito atual na maior parte dos povos, o leitor saberá tirar a conclusão disso.

(Rudolf von Jhering, *A Luta pelo Direito*)

RESUMO

BENARRÓS CLEMENTONI. *Actio Popularis* no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

O presente trabalho analisa o instituto da *actio popularis* no direito romano, buscando evidenciar os aspectos mais relevantes para a compreensão dessa ação que é uma exceção ao princípio romano contido em D. 44.7.51 de que a ação não é outra coisa que o direito de perseguir-se em juízo aquilo que nos é devido, posto que a *actio popularis* é concedida a qualquer um do povo, independentemente de um interesse próprio, para promover uma ação visando à tutela de interesses públicos. A diferente concepção dos antigos e dos modernos da dicotomia 'público-privado' dificulta a compreensão da verdadeira natureza da *actio popularis* no direito romano. Não obstante a dificuldade de se compreender a natureza jurídica da *actio popularis*, é inegável que ela, desde os primórdios, nasce como um instrumento concedido ao *civis* para que ele possa participar ativamente na gestão da coisa pública. A última parte do trabalho trata da recepção da *actio popularis* nos ordenamentos jurídicos modernos, em particular no ordenamento jurídico brasileiro, tentando salientar os elementos de continuidade que possam fundamentar uma 'vigência' do direito romano nos ordenamentos jurídicos que fazem parte do sistema romano-germânico.

Palavras-chave: Ação. Legitimação difusa. Público. Privado. Participação. Democracia.

ABSTRACT

BENARRÓS CLEMENTONI. *Actio Popularis* no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro. Master - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

The present paper analyses the *actio popularis* in the Roman law, searching to highlight its most relevant aspects, in order to understand this action, that is an exception to the roman principle contained in D. 44.7.51, which enunciates that the action is not different from the right to pursue in court everything that is owned by us, because the *action popularis* is granted to any member of the folk, regardless any personal interest, to promote an action aiming to protect public interests. The different conception of the dichotomy 'public-private', that the ancients and moderns have, hampers the comprehension of the *actio popularis* truly nature in Roman law. Notwithstanding the difficulty to understand the *action popularis* legal nature, it is undeniable that this action, since its origins, is born as an instrument granted to the *civis* in such a way that he could actively participate in the management of public affairs. The last part of this paper deals with the reception of the *action popularis* in modern legal orders, particularly in the Brazilian legal order, trying to emphasize the continuity elements, which can justify a 'validity' of Roman law in the legal orders that make part of the Roman-Germanic jurisdiction.

Keywords: Action. Diffuse legitimation. Public. Private. Participation. Democracy.

ABREVIATURAS

AG. - *Archivio Giuridico 'Filippo Serafini'*

B. - *Basilicorum libri*

BIDR- *Bullettino dell`Istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja'*

CI. - *Codex Iustinianus*

CTh. - *Codex Theodosianus*

D. - *Digesta Iustiniani*

ED. - *Enciclopedia del Diritto*

FIRA - *Fontes Iuris Antiqui*

Gai - *Gai Institutiones*

HEIMB. - Carolus G. Ernestus HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX*.

I. - *Institutiones Iustiniani Augusti*

INDEX - *Quaderni camerti di studi romanistici*

LABEO - *Labeo.Rassegna di diritto romano*

NNDI - *Novissimo Digesto Italiano*

PAL. - LENEL O., *Paligenesia Iuris Civilis*

RDA - *Revista de Direito Administrativo*

RDP - *Revista de Direito Público*

REDUR - *Revista* electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja

RIDROM - *Revista Internacional de Derecho Romano*

RT - *Revista dos Tribunais*

ZRG - *Zeitschritf für Rechtsgeschichte*

ZSS - *Zeitschritf der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*

ADVERTÊNCIA

No que concerne à citação das fontes, seguimos o modo de citar denominado filológico, conforme lição de Antonio Guarino (A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, Jovene, 2001, p. 1029).

Na elaboração do trabalho, em geral, adotamos a metodologia jurídica resultante da lição de E.C. Silveira Marchi (E.C. SILVEIRA MARCHI, *Guia de Metodologia Jurídica. Teses, Monografias e Artigos*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2001, pp. 229-232).

Quanto à tradução dos fragmentos do *Corpus Iuris Civilis* para o português, valemos-nos das traduções em espanhol de I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino)*, publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona 1897) e em italiano de G. VIGNALI (*Corpo del Diritto. Digesto,* Napoli, Pezzuti, 1856). Para fins de comparação com as traduções em espanhol e italiano nos servimos, também, da edição francesa de H. HULOT – J-F. BERTHELOT, *Les cinquantes livres du Digeste ou des Pandectes de l`empereur Justinien*, tome septième, Paris, Metz, Behmeret Lamort, 1805. No que tange à tradução para o português do I livro dos *Digesta* utilizamos a tradução de H.M. França Madeira, H.M. FRANÇA MADEIRA, *Digesto de Justiniano, 'liber primus': introdução ao direito romano*, 7 ed., São Paulo, *RT*, 2013. Na análise dos fragmentos do Digesto foram consultadas, também, as edições Th. MOMMSEN-Paul KRÜGER, *Digesta Iustiniani Augusti*, Berlin, Weidmanns, 1870, assim como, Th. MOMMSEN-Paul KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis*, Berlin, Weidmanns, 1872. Quanto à tradução para o português das Institutas de Gaio e das *Institutiones* de Justiniano utilizamos a tradução de A. Correia, in A. CORREIA – G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1951.

No que tange às fontes romanas não contidas no *Corpus Iuris Civilis*, foram utilizadas a obra de Festus, SEXTI POMPEI FESTI, *De verborum significatione quae supersunt, emendata et annotata a* CAROLO ODOFREDO MUELLERO, Lipsiae, Weidmanniana, 1839 e aquela de ULPIANO D., *Ulpiani Liber singularis regularum*, edição bilíngue: latim-português, trad. port., introdução e notas de Gaetano SCIASCIA, Bauru, SP, Edipro, 2002.

Quanto às fontes epigráficas, valemos-nos da obra de Karl Georg BRUNS- Th. MOMMSEN, *Fontes Iuris Romani Antiqui* (FIRA), 5 ed., Freiburg im Breisgau, 1887.

No que concerne às fontes do direito português utilizamos a edição das *Ordenações Filipinas*, edição «fac-simile» da edição feita por Candido MENDES DE ALMEIDA (Rio de Janeiro, 1870), Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

SUMÁRIO

1. PRELIMINARES 2
1.1. Enquadramento do tema 2
1.2. A problemática do método na compreensão da experiência jurídica romana 9
1.3. A recepção do direito romano na ordem jurídica brasileira 19
2. "DELICTA PRIVATA" E "ACTIONES POENALES" COM LEGITIMAÇÃO DIFUSA 23
3. NATUREZA JURÍDICA DA *ACTIO POPULARIS*: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS 30
3.1. Análise do título 47.23 - *De popularibus actionibus* 30
3.1.1. O *Edictum* do pretor 30
3.1.2. Os juristas "Iulius Paulus" e "Domitius Ulpianus" 32
3.1.3. Tradução e breve análise dos fragmentos do título *De popularibus actionibus* 37
3. 2. A interpretação de D. 47.23.1 41
3.2.1. O problema interpretativo de *popularis* e de *suum ius populi* 41
3.2.2. A concepção do *populus* no direito romano 48
3.2.2.1. A teoria da *persona ficta* e a noção de 'Estado romano'. 48
3.2.2.2. A concretude do conceito de *populus* 58
3.2.2.3. A concepção de *civis* 77
3.2.3. A natureza jurídica da *actio popularis*: a disputa doutrinária. 88
3.2.3.1. Th. Mommsen e K.G. Bruns 88
3.2.3.2. A redescoberta das *actiones populares* 112
4. A RECEPÇÃO DA *ACTIO POPULARIS* 122
4.1. Sistema jurídico romanista e ordenamentos jurídicos 122
4.1.1. A tradição do direito romano 122
4.1.2. A Codificação 126
4.1.3. A contribuição do direito comparado: os sistemas jurídicos 131
4.2. A recepção do direito romano e da *actio popularis* no direito português. 135
4.3. A recepção do direito romano e da *actio popularis* no direito brasileiro 143
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 163
6. BIBLIOGRAFIA FINAL 172
7. ÍNDICE DAS FONTES ROMANAS 187

1. PRELIMINARES.

1.1. Enquadramento do tema

A *actio popularis*, ação de natureza penal na experiência jurídica romana, era um remédio processual concedido a *quivis de populo*, independentemente da existência de um específico interesse em agir, ou seja, nem sempre havia uma relação entre o autor popular e o objeto da ação ou entre o autor e o ofendido[1]. O direito romano, ao lado das ações privadas que tutelavam os interesses privados, criou uma particular categoria de ações, denominadas populares, as quais eram concedidas aos *cives* para a tutela de um interesse público, ou, público e privado, como sustentam alguns autores.

Este remédio processual se apresenta, pois, como uma exceção ao conceito geral de ação que encontramos nas fontes romanas (Celso 3 *Digestorum*, D. 44.7.51., *Nihil aliud est actio quam, ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*) de que "a ação não é outra coisa que o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido"[2], sendo que as *Institutiones* de Justiniano ensinam (I. 4.10pr.; cf. Gai 4.82[3]) *"cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela"* ("ao passo que antigamente não estava em uso poder-se litigar em nome de outrem, salvo em favor do povo, do pupilo, da liberdade"[4]).

Em alguns casos previstos, especificadamente, o cidadão podia dar início a um processo privado, usando as fórmulas das ações pretórias, com o intuito de obter o pagamento de uma pena pecuniária daquele que era responsável por um fato lesivo de um público interesse.

As ações populares romanas podem ser classificadas (incluindo-se nessa classificação os *interdicta* e as verdadeiras ações) a partir de diferentes pontos de vista: a) com base no critério da norma que institui e disciplina a ação, as ações 'legais' e as ações

---

[1] L. PALADIN, *Azione popolare*, in *NNDI*, II, Torino, 1958, p. 88 ss.

[2] I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano (a doble texto, traducido al castellano del latino)*, t. III, publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona 1897, p. 516: "La acción no es outra cosa más que el derecho de perseguir em juicio lo que á uno se le debe". Cf. I. 4, 6 pr: "*Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* – A acção não é senão o direito de perseguir em juízo o que nos é devido". Ver para a trad. port. A. Correia, in A. CORREIA-G. SCIASCIA, in *Manual de Direito Romano*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1951, pp. 586-587.

[3] GAIO, *Institutas*, trad. port. de A. Correia, in A. CORREIA-G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, v. II, São Paulo, Saraiva, 1951, pp. 256-257.

[4] *Institutiones Iustiniani*, trad. port. de A. Correia, in A. CORREIA-G. SCIASCIA, *Manual* cit. (nota[2]), pp. 614-615.

‘pretórias’; b) considerando-se a natureza jurídica do meio jurídico utilizado, em *interdicta* e *actiones populares*; c) enfim, levando-se em conta o sujeito ao qual é destinada a soma estabelecida na condenação, essas ações dividem-se entre aquelas em que 1) a soma é a favor dos cofres públicos, 2) a soma é a favor do autor popular e 3) a soma é favor de um terceiro[5].

No que concerne aos *interdicta*, esses são meios extrajudiciais de proteção jurídica. Ordinariamente a atividade do magistrado se traduzia na concessão e denegação da ação (na fase *in iure*), ou na inspeção e fiscalização dos atos processuais (na fase *apud iudicem*). Mas a partir do final do III século, o pretor urbano passa a intervir nas controvérsias entre cidadãos, não somente concedendo as fórmulas, mas também por meio de instrumentos auxiliares do processo pretório, tais como os *interdicta*, as *missiones in possessionem*, as *stipulationes praetoriae* e as *restitutiones in integrum*. Os três primeiros instrumentos estavam fundados no *imperium* do magistrado, no seu geral poder de comando. Destarte, os magistrados privados de *imperium*, *v.g.*, os magistrados municipais que não podiam conceder esses instrumentos extrajudiciais[6], salvo no caso de uma específica autorização[7]. Entre esses instrumentos o mais antigo era o *interdictum* que remontava à época das *legis actiones*; esses consistiam em uma ordem dada pelo magistrado a uma das partes, ou a ambas, para que mantivesse uma determinada conduta. O magistrado ao emanar a medida não verificava a existência dos fatos que fundamentavam o pedido do requerente interessado, mas tão-somente se o provedimento correspondesse a uma das “fattispecie” previstas no edito, fato este que não excluía a possibilidade de que o pretor concedesse um *interdictum* mediante decreto. O procedimento interdital seguia em grandes linhas o processo formulário[8].

Os juristas romanos fizeram uma tripartição dos interditos conforme o seu conteúdo e distinguiam os *interdicta* em a) *restitutoria* b) *exhibitoria* e c) *prohibitoria*, segundo correspondessem a uma ordem de restituir, de exibir ou de proibir um comportamento: os

---

[5] L. PALADIN, *Azione* cit. (nota[1]), p. 88 ss.; cf. C. FADDA, *L`Azione Popolare* (1894), *Studia Juridica XXVI. Studio di Diritto Romano ed Attuale*, I (Parte Storica-Diritto Romano), Roma, L`Erma di Bretscheider, 1972, p. 1.

[6] Paul. 1 *ad ed.*, D. 50.1.26pr: *Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest* – O magisrado municipal não pode fazer aquelas coisas que pertencem mais ao *imperium* do que à jurisdição

[7] A. BURDESE, *Diritto Privato Romano*, Torino, Utet, 1998, p. 122.

[8] M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 345-346.

dois primeiros, também, denominam-se decretos[9]. Alguns interditos previam a legitimação difusa, i.e., qualquer um do povo (*quivis de populo*) podia requer a medida ao pretor.

Ao lado dos *interdicta popularia*, encontramos a *actio popularis*, sendo esta também muito antiga, segundo os autores que dela trataram; ressalte-se que a *actio popularis* no decorrer do seu desenvolvimento histórico apresentou uma grande diversidade de configuração e de aplicação impossibilitando uma consideração unívoca no que concerne à sua natureza jurídica.

Com efeito, uma peculiaridade da ação popular romana é o fato de que o autor, embora perseguindo o ofensor de um público interesse, adquiria para si, em alguns casos, o importe da multa aplicada, em caso de vitória. Em alguns outros casos, o *civis* promovia a aplicação de penas pecuniárias em favor da *res publica*, podendo obter parte da multa a título de prêmio[10].

Não há dúvida de que a *actio popularis* e a *publica accusatio* apresentavam vários pontos em comum, *e.g.*, a) a legitimação ativa concedida a *quivis de populo*; b) a impossibilidade para as mulheres e pupilos de serem legitimados ativamente (Ulp. 25 *ad ed.*, D. 47.23.6). Embora a *actio popularis* apresente semelhanças com as ações penais públicas, as suas peculiaridades justificam, para alguns autores, o seu posicionamento intermediário, no *Digesto*, entre os *iudicia publica* e os *privata*.

A. CODACCI-PISANELLI, em defender o caráter público da *actio popularis*[11], evidencia, assim como V. COLONIEU[12], que o argumento topográfico, salientado por F. WALTER, no sentido de que o título *de popularibus actionibus* se encontra após a exposição dos *delicta privata* e antes do título *de publicis iudiciis*, tem uma indiscutível importância para aqueles que reputam ser a ação popular um meio para que se possa estender a eficácia da iniciativa cidadã do âmbito dos juízos públicos àquele do processo ordinário, representanto, portanto, essas ações algo de intermediário.

---

[9] Gai 4.140: *"Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid iubet, veluti cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat, unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur*- Chamam-se decretos quando o pretor determina a exibição ou restituição de alguma coisa; e interditos, quando proíbe se faça alguma coisa, por ex., quando ordena não se faça violência a quem possui sem vício, ou não se faça alguma coisa em lugar sagrado. Donde o chamarem-se todos os interditos restitutórios, exibitórios ou proibitórios.*"*, trad. port. A. Correia, in A. CORREIA-G. SCIASCIA, *Manual* cit. (nota[3]), p. 275.

[10] A. LUGO, *Azione Popolare*, in *ED*, IV, Milano, 1959, p. 861 ss.

[11] A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari*, Napoli, R. Marghieri di Gius., 1887, p. 9. Cf. F. WALTER, *Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, vol. II, Bonn, E. Weber, 1861, 801, p. 452 nt. 108.

[12] V. COLONIEU, *Les actions populaires en droit romain*, Paris, A. Rousseau, 1888, p. 44.

Por outro lado, verifica-se, no decorrer do desenvolvimento da experiência jurídica romana, um movimento contrário, i.e., a passagem de figuras jurídicas relativas aos delitos privados, para a esfera dos delitos públicos, com uma publicização dos primeiros. Essa constatação poderia justificar a existência das ações populares, pois que do ponto de vista da sua natureza jurídica parecem se situar na metade do caminho entre os *crimina* e os *delicta privata*, o que explicaria o seu posicionamento na compilação justinianeia[13].

M. TALAMANCA releva que já na época de Sila havia iniciado um movimento de publicização de algumas "fattispecie" contidas nos *delicta privata*, por ex., na *iniuria*, pois que a *Lex Cornelia de iniuriis* punia como *crimen* algumas das "fattispecie" mais graves enquadradas nos *delicta privada* (originando um concurso alternativo entre a sanção pública e aquela privada). Este sistema encontra uma completa conceituação na obra da jurisprudência clássica do Principado; mas, já a partir da primeira metade do I século d.C., começam os seus primeiros desenvolvimentos ligados a introdução da *cognitio extra ordinem*, pois, na *cognitio* se acentua a publicização dos *delicta*, já iniciada no último século da república[14].

No século XIX, F.K. von SAVIGNY havia observado que no império tinha se dado uma grande mudança no sistema das penas privadas; parece até que tal mudança teria iniciado tempos antes, porque na época dos jurisconsultos clássicos, encontramo-la atuada e precisada[15]. Parece-me, deveras interessante, para fins da compreensão desse caráter 'intermédio' da ação popular romana a consideração de F.K. von SAVIGNY de que a obrigação decorrente dos *delicta privata*[16] pertence, se considerarmos o seu escopo, i.e., a pena, ao domínio do direito criminal, que constitui um ramo especial do direito público, acrescentando que a obrigação relativa a uma pena privada não possui com o direito público somente uma analogia e uma afinidade, mas apresenta uma dupla natureza e pertence verdadeiramente a duas visões do direito: a do direito criminal pelo seu princípio e escopo; ao direito privado pela forma e pelos efeitos[17].

---

[13] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), pp. 617-618.
[14] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), p. 617.
[15] F.K. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, vol. II, Berlin, 1853, p. 307 ss., trad. fr. C. Gérardin- P. P. Jozon, *Le droit des obligations*, vol. II, Paris, Thorin, 1873, pp. 476-477; trad. ital. G. Pacchioni, *Le obbligazioni*, vol. II, Milano-Napoli-Palermo-Roma 1915, pp. 276-277.
[16] As *actiones populares*, como ensina Mario Talamanca, constituem uma categoria especial de ação penal decorrente das *obligationes ex delicto*. Ver M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), p. 620.
[17] F.K. VON SAVIGNY, *Le droit des obligations* cit. (nota[15]), p. 470.

Em suma, as *actiones populares* apresentam características que tornam difícil a compreensão da sua natureza jurídica, posto que alguns elementos nos conduzem a um aspecto público, outros a uma natureza privada.

Contudo, quanto à aplicação deste critério topográfico na compreensão da natureza jurídica da *actio popularis*, alerta F. CASAVOLA que o argumento topográfico que põe em ressalto a posição, no Digesto, do título '*de popularibus actionibus'* depois dos delitos privados e antes dos *iudicia publica* atesta somente o valor atribuído pelos juristas de Justiniano às ações populares, não certamente pelos juristas clássicos, pormenorizando na nota 24 que o título *de popularibus actionibus* é de feitura justinianeia. Os clássicos ignoravam uma sistematização unitária das ações populares[18].

Convém lembrar, por outro lado, que os juristas romanos, embora procedessem a uma sistematização do *ius*, por *genus* e *species*, no esforço de elaboração de uma ciência do direito, mantinham certa reticência à aplicação de definições portadoras de abstrações excessivas (Iavolenus 9 *Epistolarum*, D. 50.17.202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit* – No direito civil toda definição é perigosa; porque é difícil que não possa ser alterada[19])[20].

A técnica dos juristas romanos se manifesta como um dos exemplos mais significativos de construção doutrinária que permanece aderente à realidade. A lógica aplicada é indutiva e empírica, essa parte dos fatos às generalizações e não ao contrário, e de qualquer forma, atingida a ideia geral não se torna escrava desta, não presume ter exaurido a pesquisa, e concebe aquela ideia geral como uma fórmula resumidora válida somente em relação aos fatos a partir dos quais é construída, como um instrumento de trabalho não como um dogma. Os juristas romanos são mestres pouco amantes das teorias gerais[21].

As muitas semelhanças entre a *actio popularis* e a *publica accusatio* pode levar a uma aproximação conceitual das duas ações. Porém, essas não são assimiláveis,

---

[18] F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le "actiones populares"*, XXIX, *Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell`Università di Napoli*, Napoli, Jovene., 1957, p. 6.

[19]Cf. I. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derech*o cit. (nota[2]), t. III, op. cit., p. 961 ; ver também *Corpo del Diritto. Digesto*, a cura de Giovanni VIGNALI, t. VI, Napoli, V. Pezzuti, 1856.

[20] Cf. F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, trad. ital. de Vincenzo Arangio-Ruiz, Firenze, Le Lettere, 1995, pp. 34-35.

[21] P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell`educazione giuridica*, in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, Collana "Testi per i seminari romanistici", G. LURASCHI e G. NEGRI (org.), Como, New Press, 1996, pp. 18-19.

pois a ação popular se realiza segundo o rito do processo privado em duas fases, diante do magistrado e do órgão judicante, neste caso os *recuperatores*. Tal diferença dificulta a aceitação da teoria de que a origem da *actio popularis* tenha que ser buscada no processo criminal romano e na sua instauração por denúncia de um *quivis de populo*[22].

A distinção entre *iudicium privatum* e *iudicium publicum* se encontra nas leis processuais promulgadas por Augusto em 17 a.C.. As fontes atestam a *lex Iulia iudiciorum privatorum* e a *lex Iulia iudiciorum publicorum* que disciplinaram de forma distinta duas categorias de *iudicia*. Não está claro o significado para os romanos das locuções *iudicia privata* e *iudicia publica*[23], pois inicialmente parece que o elemento de distinção poderia ter sido a legitimação ativa. Destarte eram *publica* os *iudicia* em que era legitimado o *quivis de populo* e *privata* os *iudicia* em que somente o interessado poderia promover a ação. O fato é que somente a consideração dos legitimados a promover a ação não podia justificar a emanação de duas leis distintas. Certamente, o legislador de Augusto considerava outros elementos já que encontramos nas fontes casos que não podem ser enquadrados nesta definição, *v.g.*, as *actiones populares*, cuja legitimação é do *quivis de populo*, mas o processo é privado, em duas fases *in iure* e *apud iudicem*. Devemos pensar que a distinção entre *iudicia privata* e *iudicia publica*, na época de Augusto, estivesse fundamentada em diferenças de procedimento que não se limitavam ao poder de iniciativa da ação, mas concerniam à natureza e à composição do órgão judicante, assim como, à espécie e à importância dos poderes conferidos às partes e aos órgãos públicos[24].

A problemática da natureza jurídica da *actio popularis* é tema central na pesquisa deste remédio processual, pois, desde o século XIX grandes juristas se debruçaram sobre este tema, *in primis*, Th. MOMMSEN e K. G. BRUNS. Trata-se de uma ação pública ou de uma ação privada?

Th. MOMMSEN publica, em 1857, um trabalho intitulado *Die Stadtrechte der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*, no qual afirma ser a

---

[22] M. MIGLIETTA, *Azione popolare*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, E. SGRECCIA, A. TARANTINO (org.), Napoli, ESI, 2009, p. 696 nt 9.
[23] G. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, in *Scritti giuridici scelti*, Facoltà di Giurisprudenza di Camerino, Napoli, Jovene, 1985, p. 4.
[24] G. PUGLIESE, *Processo* cit. (nota[23]), pp.5-6.

ação popular fundada na representação, na qual o povo seria o madatário e o autor uma espécie de *procurator*. A *actio popularis* teria uma estreita ligação com a *publica accusatio*; o interesse a ser tutelado é um interesse genuinamente público[25]. Em 1864, K. G. BRUNS publica na *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, o artigo *Die römische Popularklagen*, no qual defende a posição de que a verdadeira *actio popularis* é aquela em que se vislumbra um interesse próprio do autor, fazendo uma distinção entre as ações concedidas a *quivis de populo*, em que o *civis* age no próprio interesse, daquelas em que ele age no interesse público[26].

Os posicionamentos opostos dos dois romanistas alemães originaram uma polêmica doutrinária que prossegue no século XX. Encontramos autores que assumem a posição mommseniana e outros que adotam a linha de K. G. BRUNS[27]. A disputa entre os romanistas sobre a natureza jurídica da *actio popularis* continua aberta.

As *actiones populares*, não obstante os vários aspectos a serem analisados no que concerne à sua natureza jurídica, caracterizam-se por um elemento indiscutível, i.e., trata-se de um instrumento que viabiliza a participação do *populus* no governo da *urbs*. J. A. DA SILVA afirma que a *actio popularis* "surge no direito romano com aquela nota característica de instrumento posto a serviço dos membros da coletividade para o controle permanente da legitimidade extrínseca (ou às vezes intrínseca) do procedimento administrativo"[28], logo, participação do *civis* na gestão da *res publica*.

---

[25] Th. MOMMSEN, *Die Stadtrechte de Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*, in *Abhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, III, Leipzig, 1857, pp. 461 ss. Em 1903, Mommsen irá publicar um artigo específico sobre as ações populares: *Die Popularklagen*, in *ZSS*, XXIV, 1903, p. 1 ss.

[26] K.G. BRUNS, *Die römischen Popularklagen*, in *ZRG*, III, 1864, 341 ss., trad. ital. de Vittorio Scialoja, *Le azioni popolari romane*, in *AG.* (1882), XXVIII, pp. 166-214, pp. 519-539; XXIX, pp. 279-306.

[27] F. CASAVOLA em artigo sobre a *actio popularis*, publicado em 1957, enquadra a problemática nestes termos: "Un più attento interesse per le azioni popolari romane fu direttamente sollecitato dalle rivoluzioni liberali maturate alla metà del secolo scorso e richiedenti una nuova sistemazione dei rapporti tra cittadino e Stato, dopo la caduta delle costituzioni assolutistiche. Nella prima metà del secolo, infatti, gli studiosi continuavano ad accettare senza riserve la tradizionale identificazione dell`*actio popularis* con l`azione concessa a *quivis de populo*. Ma quando si rivelarono le prime tendenze ad una moderna utilizzazione dell`antico istituto, ecco interrompersi quella identificazione fino allora pacifica perchè nutrita dalla indifferenza e dal disinteresse. Bruns denuncia la profonda diversità esistente tra le azioni con condanna guadagnata dall`attore e quelle con condanna guadagnata dalla cassa dello Stato, municipio o colonia. Di qui l`impossibilità di accettare per tutte la tesi di Mommsen che l`attore fosse nelle une e nelle altre un representante della comunità, e la necessità, al contrario, di limitare la natura procuratoria alle seconde, perchè nelle prime l`attore agisce per suo conto e a proprio nome, seppure nell`interesse del pubblico, ossia dello Stato.". Ver F. CASAVOLA, *Studi* cit. (nota[18]), p. 2.

[28] J.A. DA SILVA, *Ação Popular Constitucional. Doutrina e processo*, 2 ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 20; cf. M. SEABRA FAGUNDES, *Da Ação Popular*, in *RDA*, vol. 6 (1946), pp. 1-19.

Este aspecto 'político' irá determinar um maior ou menor interesse no estudo da *actio popularis*, bem releva F. CASAVOLA que as ações populares constituem um testemunho de quanto possa influir nas escolhas de um pesquisador, de forma consciente ou inconsciente, o contexto político em que ele atua e vive[29].

Destarte, entende-se por que a partir da metade do século XIX até o início do século XX, período de consolidação das democracias liberais, a *actio popularis* foi objeto de vários estudos, sendo, posteriormente, totalmente esquecida, chegando a ocupar, ou mesmo a desaparecer, espaços reduzidos nos manuais de direito romano[30].

Objetivo do nosso trabalho é verificar se podemos afirmar uma continuidade ou 'vigência' do direito romano também na esfera do direito público, assim como no direito privado[31].

A pesquisa que se pretende efetuar, em consideração da amplitude do tema, não abordará as problemáticas concernentes aos *interdicta popularia*, salvo, eventualmente, uma necessidade ligada a um correto enquadramento do estudo da *actio popularis*.

1.2. A problemática do método na compreensão da experiência jurídica romana

Acreditamos que a análise de qualquer fenômeno jurídico atinente à experiência jurídica romana requer preliminarmente a escolha de um método que de alguma forma indique as premissas metodológicas a serem adotadas no conhecimento da experiência jurídica romana.

No que tange à apreciação das ações populares romanas, em particular no que concerne à natureza jurídica de tais ações, ação pública ou ação privada, é imprescindível a análise das soluções romanas concernentes ao modo através do qual os juristas romanos resolveram o problema jurídico da concepção teórica e do regime operacional unitários do agir voluntário de uma pluralidade de homens e o consequente procedimento de formação e manifestação da vontade. O fenômeno jurídico que nos interessa é a relação entre o *civis* e o *populus* (comunidade de *cives*), pois a *actio popularis* é concedida a *quivis de populo*

---

[29] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo*, Napoli, 1985, p.131.
[30] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p.132.
[31] Ver P. CATALANO, *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema Romano*, I, Giappichelli, Torino 1990, p. 89 ss.. Para uma compreensão básica da discussão concernente à vigência do direito romano e, portanto, a contraposição entre a concepção do direito romano como direito vigente ou direito histórico ver, também, S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappicchelli, 2011.

para tutelar um determinado interesse, mas qual interesse? Um interesse unicamente público? Um interesse privado? Ou um interesse misto público-privado?

O sentido dessa tripartição, aplicada ao direito antigo e ao direito moderno, pode variar, segundo os conceitos de público e privado que a constituem. Fundamental para a compreensão das ações populares é o conceito de *populus*, cujo adjetivo é *publicus* (= o que concerne ao povo) derivado de *poplicus*, *puplicus*[32].

Ora, segundo P. CATALANO as noções de povo e, portanto, de público e, logo, de privado, mudam profundamente na época contemporânea devido àquilo que ele denomina processo de 'abstração' através da elaboração da categoria jurídica de 'pessoa jurídica' por parte da Escola Histórica.

O *populus* se torna no direito romano-germânico uma 'pessoa jurídica', um ente abstrato, i.e., o 'Estado', uma realidade separada e contraposta aos indivíduos (os homens; os privados), que exercita o próprio poder efetivo, somente, mediante pessoas físicas concretas: os seus representantes[33].

Observe-se que essa noção de 'povo' não é inventada pela Escola Histórica ou pela Escola Pandectista[34] do século XIX. A desmaterialização do conceito de *Populus*, que com

---

[32] Segundo o *Dictionnaire etymologique de la langue latine* de ERNOUT-MEIILET o adjetivo de *populus*, i.e., *publicus* não tem etimologicamente nenhuma relação com o substantivo ao qual se refere: "l`adj. correspondant [de *populus*] est *pūblicus*. On a bien épigraphiquement *poplicod* S.C. Bac., *poplice* Lex Bant., et le nom propre *Poplilius*, mais la graphie *puplicis* qu`on trouve dans la *Lex Acilia repentundarum* laisse entrevoir que *poplicus* est une graphie étymologiquement au lieu de *pūblicus*; cf. aussi puplicum donné par Festus dans Plaute. L`adj. qui sert à *populus* n`a rien à faire étymologiquement avec lui. Le textes littéraires ne connaissent guère que *pūblicus* (avec *ū*, cf. *poublicos* CIL I^2 402)". *Popularis* (do povo, popular) é termo usado no período das lutas políticas republicanas em contraposição a *optimates*. Cf. ERNOUT-MEIILET, verbetes *Populus* e *Publicus*, in *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Paris, 1951, pp. 923-924; pp. 959-960.

[33] Contra a concepção de *Populus* correspondente ao 'Estado' se contrapõe a tese de Pierangelo Catalano que sustenta que o *populus* não é um 'Estado' porque não é uma 'pessoa jurídica' e a sua vontade não se manifesta através de 'representação'. Ver P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, Giappichelli, 1974, pp. 43-47; pp. 105-107; ID., *Diritti e Persone* cit. (nota[31]), pp. 166-172.

[34] A Escola Histórica foi um movimento de pensamento, surgido na Alemanha no final do século XVIII e começo do século XIX, tendo como máximo teórico F.K. von Savigny, que defendia uma concepção do direito como produto da história dos povos. Influenciada pelo romantismo, defendia a necessidade de um estudo científico do direito, concebido não como um *quid* imútavel (conforme a visão do Jusnaturalismo), mas como produto da vida dos povos, por isso em constante transformação e evolução. O direito enquanto direta expressão da consciência jurídica de um povo não pode ser cristalizado em um código destinado a produzir efeitos no tempo, pois o direito nasce e se desenvolve espontaneamente; mesmo antes de se tornar uma norma juridica escrita, o direito se firma no *animus* popular como *consuetudo* ou *modus agendi*. A Escola Histórica devido às suas premissas teóricas foi contra a codificação do direito reputando que o dever do legislador fosse somente aquele de eliminar os obstáculos que impedem um desenvolvimento natural das instituições. Contudo, foi a partir da construção doutrinária da Escola Histórica que se originou a Escola Pandectista, cuja aspiração foi a criação de um sistema preciso em que o material jurídico fosse submetido a um processo de abstração que favorecesse as generalizações de categorias e conceitos mais extensos, como

os canonistas se torna uma *persona universitatis*, já vinha ocorrendo há alguns séculos, mas o que devemos sublinhar é que tal desmaterialização do conceito de *Populus* nunca foi atribuída, antes da elaboração pandectista, à experiência jurídica romana, muito pelo contrário, pois é próprio no século XVIII que encontramos no debate constitucional a contraposição entre MONTESQUIEU e ROUSSEAU sobre os melhores modelos capazes de assegurar a 'liberdade'. MONTESQUIEU propõe o modelo da 'constitution d`Angleterre'[35] (o modelo inglês pressupõe o pensamento de T. HOBBES que já utiliza a noção do *populus*-Estado como de uma 'pessoa artificial'), do outro lado, temos ROUSSEAU que propõe o modelo do direito público romano fundamentado em uma noção concreta de *Populus*, nitidamente contraposta ao modelo inglês de pessoa artificial[36].

Voltando ao nosso problema jurídico, o da concepção teórica e do regime operacional unitários do agir voluntário de uma pluralidade de homens, observamos que esse se situa entre o direito 'público' e o direito 'privado'. Usamos as aspas para evidenciarmos que a ideia de separação entre o direito público e o direito privado é moderna, pois a concepção romana vê o *ius* como um todo único, sendo público e privado somente as *positiones studii*[37]; a *positio studii* de *"ius publicum"* e a *positio studii* de *"ius privatum"* não são entidades independentes que podem ser essencialmente unidas e desunidas, mas são visualizações de um todo único, inseparável[38].

Neste diapasão, põe-se uma problemática de caráter metodológico quanto ao problema jurídico posto e a individuação das soluções dadas pela doutrina romanística nos últimos dois séculos.

---

dogmas jurídicos. A Escola Pandectista se propunha à construção de uma teoria sistemática do direito privado fundada nas fontes romanas, no *Corpus Iuris Civilis*; essa efetuou uma recuperação formal do texto de Justiniano que constituiu fonte formal do direito alemão até o final do século XIX. A construção pandectista influiu enormemente na codificação alemã. Nesse quadro se insere a utilização da categoria jurídica de 'pessoa jurídica' que aparece do *Bürgerliches Gesetzbuch* (promulgado em 1900), mas não consta do texto do Code de Napoléon (promulgado em 1804).

[35] MONTESQUIEU, *L`Esprit des lois* (1748), Livre XI ("Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution"), Chapitre VI ("De la constitution d`Angleterre").

[36] G. LOBRANO, *Per la compreensione del pensiero costituzionale di J.J. Rousseau*, in *Il principio della democrazia. Jean Jacques Rousseau du Contrat social (1762)*, G. LOBRANO e P. P. ONIDA (org.), Napoli, Jovene, 2012, pp. 41-44.

[37] Ulp. 1 *institutionum*, D. 1. 1. 1, 2: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singolorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim* [...] – São duas as posições deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado das *res Romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. [...]. Ver *Digesto de Justiniano, 'liber primus': introdução ao direito romano*, trad. port. de H. M. F. Madeira, 7 ed., São Paulo, *RT*, 2013, pp. 19-20.

[38] G. LOBRANO, *Per la compreensione* cit. (nota[36]), p. 42.

O século XIX foi no campo jurídico de inovações. A Escola Histórica, não obstante algumas convergências com a Escola do Direito Natural (com efeito, ambas possuem tendências sistemáticas e dogmáticas) introduz figuras jurídicas e conceitos absolutamente inovadores que irão constituir verdadeiros dogmas na ciência do direito do século XX. F.K. von SAVIGNY, de pronto, impõe-se à atenção e dá início à construção de um sistema atual do direito romano (*System des heutigen römisches Rechts*). No campo do direito público se destaca Th. MOMMSEN que no prefácio da sua obra *Römisches Staatsrecht* estabelece um programa para a ciência do direito público, com o propósito de superar os divergentes graus de avanço entre o direito privado e o direito público. Th. MOMMSEN aplicará ao direito público a experiência pandectista, i.e., a aplicação ao direito público de conceitos fundamentais (*Grundbegriff*), gerais e abstratos, *in primis* a categoria jurídica de 'pessoa jurídica'[39].

Elemento caracterizador da visão do direito romano dos juristas alemães do século XIX é o fato de que a Escola Histórica, e posteriormente a Escola Pandectista, não se interessava ao 'direito romano' mas ao 'direito romano atual' (*das heutige römische Recht*) na medida em que era direito vigente na Alemanha do século XIX[40]. A contribuição, em termos de construção dogmática, no que concerne ao legado antigo por parte dos pandectistas se demonstra bastante desinibida[41].

Para que possamos compreender as soluções aplicadas pelos pandectistas ao nosso problema jurídico (concepção teórica e regime operacional unitários do agir voluntário de uma pluralidade de homens), é necessário lembrar que a ciência do direito até o século XVIII não tinha tido nenhuma dificuldade em considerar 'relevantes' situações juridicamente diversas daquela do homem às quais atribuir direitos e obrigações. As discussões doutrinárias podiam ser acerca de elementos específicos de sua regulamentação, ou sobre o modo de se considerar as relações concernentes a tais situações, ou como conceber ou qualificar essas situações e as relações delas decorrentes, mas, nunca, sobre a possibilidade que, ao lado do homem, pudessem ser contempladas e regulamentadas

---

[39] G. LOBRANO, *Note su «diritto romano» e «scienze del diritto pubblico» nel XIX secolo*, in *Index*, 7 (1977), Napoli, ESI, 1979, p. 66.

[40] Ver A. GUARINO, *L`esperienza di Roma nello studio del diritto*, in *Pagine di Diritto Romano*, I, Napoli, Jovene., 1993, p. 109: "Todos sabem quanto a contribuição do direito romano foi importante e profunda, mormente do *ius privatum*, para a formação dos direitos positivos das nações civis e para a formação da consciência jurídica da era contemporânea. Até o final do século IX o termo "romanista" correspondia àquele de "civilista" ou dogmático, pois, o estudo dos ordenamentos jurídicos privados modernos não podia prescindir do estudo do direito romano" .

[41] G. LOBRANO, *Note* cit. (nota[39]), p. 68.

situações diferentes dele; seja que se considere a regulamentação de tais situações intrinsecamente implícita a sua própria existência, seja que a sua existência fosse reputada condicionada e a sua regulamentação imposta por normas positivas. Em ambos os casos o ponto de vista utilizado em analisá-las era objetivo, poderíamos dizer, no primeiro caso, "naturalístico", no segundo caso, "normativístico"[42].

A partir do século XVIII, com a afirmação da ideologia do individualismo jusnaturalista, a perspectiva muda e se busca a correspondência entre o homem, como dado natural, e o homem-pessoa, como dado jurídico. A passagem de uma concepção tipicamente objetivista para uma concepção subjetivista se realiza, principalmente, no âmbito de uma elaboração sistemática das doutrinas gerais do direito privado, efetuada pelos juristas alemães, no final do século XVIII e no decorrer do século XIX[43].

Nesse quadro, punha-se o problema jurídico de como tratar uma pluralidade de homens que age unitariamente, podendo ser titular de direitos e obrigações, visto que a premissa era de que sujeito de direito poderia ser somente o homem com o poder da sua vontade.

A. HEISE, como relata R. ORESTANO, no esforço de construir uma noção geral de sujeito, usa pela primeira vez a expressão «*juristiche Personen*»[44]. As ideias de A. HEISE são retomadas por F.K. von SAVIGNY que acentua o fato de que sem a vontade do Estado não surgem as 'pessoas jurídicas' como possíveis 'sujeitos de direito'. As pessoas jurídicas são concebidas como 'sujeitos artificiais', criadas através de uma ficção jurídica, classificadas em 'corporações' e 'fundações'.

O instrumento da 'pessoa jurídica' é a solução dada ao nosso problema jurídico pela Escola Histórica e pela Escola Pandectista, uma pluralidade de homens age unitariamente na medida em que o Estado (pessoa jurídica por excelência) concede 'personalidade' a uma pluralidade de homens e o *modus operandi* prático é o mecanismo da representação da 'persona ficta'.

Pois bem, convém, novamente, lembrar que os jurista alemães do século XIX se ocuparam de 'direito romano atual', portanto, esses apreciaram a experiência jurídica

---

[42] R. ORESTANO, *«Persona» e «Persone Giuridiche» nell'età moderna*, in *Persone giuridiche e storia del diritto*, L. PEPPE (org.), Torino, Giappichelli, 2004, p. 10 ss.
[43] R. ORESTANO, *«Persona» e «Persone Giuridiche»* cit. (nota[42]), p. 11.
[44] R. ORESTANO, *«Persona» e «Persone Giuridiche»* cit. (nota[42]), pp. 20-21; cf. A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts*, Heidelberg, 1839, § 98, nt. 15, p. 25.

romana não contextualizando historicamente tal experiência, mas buscando inspiração para a elaboração de um direito romano que pudesse ser aplicado no momento em que operavam, logo, um *System des heutigen Römisches Rechts*.

No que concerne ao direito público a aplicação de categorias abstratas, em particular da noção de 'pessoa jurídica', elaborada pela Escola Histórica no campo do direito privado, leva Th. MOMMSEN a afirmar que o *Populus ist der Staat, insofern er auf der nationalen Zusammengehörigkeit der Personen ruht*[45], assim o conceito concreto de *Populus* se torna uma abstração, dissolve-se na noção de '*persona ficta*'.

No início do ano 1900 o Império alemão promulga o seu primeiro código que ab-roga a legislação justinianeia, tornando-se um texto autônomo de interpretação e de estudo para a jurisprudência. A consequência desse evento foi o distanciamento, cada vez mais acentuado, dos «civilistas» em relação aos «romanistas», os quais não se preocuparam mais em adaptar os textos jurídicos romanos às diversas condições modernas. Os estudiosos de direito romano passam a analisar as fontes com novos olhos e a partir de um ponto de vista crítico-reconstrutivo, através de uma crítica filológica-textual dos textos do *Corpus iuris civilis*, buscam reconstruir um ideal direito romano clássico, detectando as eventuais interpolações dos bizantinos.

No século XX, verifica-se a plena consciência dos romanistas de que o estudo do direito romano está intimamente ligado a um processo de contextualização histórica da experiência jurídica romana. A romanística do século passado se distancia do modelo metodológico pandectista para assumir um paradigma de pesquisa que possa conjugar a perspectiva técnico-jurídica a uma historização da matéria.

Nesse quadro, insere-se a suposta contraposição entre o método histórico e o método dogmático no estudo do direito romano. A polêmica doutrinária sobre a licitude do uso de categorias modernas no estudo do direito romano se desencadeia a partir do discurso de E. BETTI ao assumir a cátedra de instituições de direito romano na Universidade de Milão, em 14 de novembro de 1927. As noções que devem ser abandonadas no estudo de um direito histórico são somente aquelas alheias ao objeto estudado. A separação a ser feita é entre dogmas particulares e específicos do direito positivo moderno e conceitos dogmáticos que

[45] Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III-1, Leipzig, Hirzel, 1887, p. 3.

embora elaborados na idade moderna ou próximo dessa, sejam susceptíveis de utilização visando-se a uma correta compreensão da ordem jurídica estudada[46].

E. BETTI parte da observação de que qualquer procedimento cognitivo pressupõe dois elementos: o sujeito e o objeto, historicamente determinados. Segundo o autor, ingênua é a pretensão de se fazer *tabula rasa* da mentalidade do sujeito para pô-lo 'diretamente' em contato com o objeto, já que o conhecimento não consiste em uma mera recepção passiva do objeto por parte do sujeito, mas sim em uma elaboração reconstrutiva, sendo conjuntamente uma assimilação congenial e uma avaliação crítica. Acrescenta, ainda, o autor, que no estudo de um direito histórico somente devemos nos libertar das noções não condizentes com o objeto estudado. A divisão a ser feita é, de um lado, os dogmas específicos do direito positivo hodierno e, do outro lado, conceitos dogmáticos os quais, embora construídos na nossa época ou em época relativamente próxima a nós, são susceptíveis de utilização para uma correta compreensão da ordem jurídica estudada[47].

A dogmática hodierna, porém, não deve ser concebida como um corpo de doutrinas cristalizado, fundado no pressuposto de que o mundo do direito se exaure na lei escrita; se a dogmática deve ser útil à compreensão do fenômeno jurídico, essa não pode ser rígida, constar de fórmulas fixas, desprovidas de sensibilidade histórica, mas deve refletir o fenômeno jurídico nas suas mutáveis configurações. O jurista quando entra no templo do direito romano traz consigo a sua própria mentalidade. Um jurista moderno não pode no estudo do direito romano pôr de lado a sua mentalidade, ou seja, a sua preparação, o seu método, a sua cultura jurídica[48]. A utilização da dogmática hodierna se legitima à medida que não for concebida como aplicação *ab extra* de um instrumento conceitual com efeito seguro e infalível; não deve ser uma mecânica sobreposição de conceitos na análise de um mundo que permanece totalmente alheio a esses[49].

A teoria bettiana provocou no mundo dos estudos romanísticos um acirrado debate, com adesões e muitas posições contrárias, fundamentadas no fato de que ao direito romano deve corresponder exclusivamente a dogmática jurídica romana[50]. No sulco dessa

---

[46] E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG.*, vol. XCIX, 1928, pp. 129-150 (=*Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, Collana "Testi per i seminari romanistici", G. LURASCHI e G. NEGRI, Como, New Press, 1996, pp. 25-83).
[47] E. BETTI, *Diritto romano* cit. (nota[46]), p. 29.
[48] E. BETTI, *Diritto romano* cit. (nota[46]), pp. 35-37.
[49] E. BETTI, *Diritto romano* (nota[46]), p. 40.
[50] P. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 1, Palermo, Castiglia, 1936, pp. 3-19.

discussão, A. GUARINO adota uma posição mediana, ele aceita parcialmente a tese de E. BETTI no sentido de que concorda com a premissa filosófica de que não se pode pensar que uma reconstrução historiográfica seja algo de diverso de uma representação subjetiva dos fatos mais ou menos comprovados; o historiador não pode prescindir da sua qualidade de homem do seu tempo, das experiências daqueles que o precederam na avaliação dos eventos do longínquo passado. Reputa, porém, excessiva a consequência bettiana, pois que as categorias dogmáticas modernas são categorias certamente refinadas, mas criadas em tempos modernos para os direitos modernos, aliás, para determinados direitos modernos, de modo que não é lícito se presumir que tenham que se adaptar a um diverso ordenamento jurídico, no caso *sub specie* o ordenamento jurídico romano. Surpreende-se A. GUARINO que muitos adversários de E. BETTI não tenham escrúpulos em subordinar as próprias pesquisas historiográficas a dogmas de origem moderna, mais precisamente aqueles elaborados pela Escola Pandectista do século XIX[51].

R. ORESTANO, por sua vez, releva que muitos romanistas apontam a historização do direito romano e do seu estudo como a razão da sempre maior separação deste do direito moderno e do desinteresse, por parte da maioria dos juristas positivistas, pelos resultados da pesquisa 'critica'[52]. Observa, porém, o autor que o estudo do direito romano para que possa ser sempre mais penetrante não pode prescindir de uma sempre mais viva consciência dos condicionamentos históricos de todos aqueles que, nos vários séculos, perseguiram o seu estudo e, portanto, da historicidade da nossa própria ciência e dos seus vários modos de ser[53].

Quase a totalidade dos romanistas modernos não nega a necessidade de inserir o estudo do direito romano na história e quanto seja importante para o estudioso de direito romano a perspectiva histórica. A *questio* é se seja lícito ao romanista, do ponto de vista científico, estudar o direito romano conjuntamente com o direito atual. A esse propósito F. GALLO, tratando da '*Historisierung* e rifondazione della scienza giuridica', relata a

---

[51] A. GUARINO, *L`esperienza di Roma* cit. (nota[40]), pp. 118-119.

[52] Observava, ainda, Antonio Guarino, em 1993, que "A situação hodierna relativa ao estudo das matérias romanísticas, no mundo, é de que essas são formalmente reverenciadas, mas do ponto de vista substancial são pouco estudadas pelos especialistas de Direito Moderno e de Teoria Geral do Direito. Pode ocorrer que com o passar do tempo o Direito Romano irá desaparecer das faculdades jurídicas para reaparecer, eventualmente, nas faculdades de letras, ao lado da História e da Literatura Romana, ou até mesmo como um capítulo da primeira dessas disciplinas". Ver A. GUARINO, *L`esperienza di Roma* cit. (nota[40]), p. 110.

[53] R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963, pp. 694-697.

contraposição de perspectiva entre ele e um dos fautores da *Historisierung* na Itália, M. BRETONE.

M. BRETONE considera, no entender de F. GALLO, o estudo do direito romano como o estudo de uma matéria 'storico-antichista', consequentemente, o estudioso que presta atenção ao direito atual tende a eliminar a *Historisierung* da ciência jurídica ou a reduz a um estado de irrelevância; seria ele, por essa via, um neo-pandectista que não persegue a compreensão de um passado remoto, mas a custódia ou a retomada de uma tradição, o reconhecimento da sua continuidade milenária[54]. Nessa mesma linha de raciocínio, outro expoente da escola napolitana, A. SCHIAVONE afirma que a nostalgia da 'atualização' continua a consumir os romanistas e impede que esses se tornem 'verdadeiros' historiadores na busca das formas originárias do saber dos antigos juristas[55].

F. GALLO se opõem a esta perspectiva e se pergunta por que o romanista não pode estudar conjuntamente o direito romano e o direito atual, por que aquele que cultiva a pesquisa histórica tem que se abster da consideração do direito e da ciência jurídica atuais; entende o autor que o motivo seria a preservação desses, direito e ciência jurídica atuais, isentos de contestações e críticas que a pesquisa histórica suscita. O que se nota nos enunciados dos membros da escola napolitana é uma ânsia de libertação do direito romano e da tradição que deste derivou, mas se ignora que nos produtos humanos de caráter cultural, tal como é o direito, a influência da tradição pode ser negada nas palavras, mas ela não é eliminável na realidade[56].

O estudioso do direito romano, para reconstruir no modo mais fiel possível o instituto ou elemento objeto do seu estudo, deverá levar em consideração a subjacente situação econômico-social e as concepções e crenças do tempo, não sendo importante se essas nos parecem inaceitáveis[57]. A ciência do direito romano não pode e não deve ser submetida a limitações, segundo A. GUARINO 'opportunistiche', mas deve permanecer livre para se debruçar sobre qualquer problema que a ela se apresente; pois, se a ciência do direito romano se abstivesse do estudo dos direitos modernos, teríamos uma 'crise', mas não uma 'crise' do direito romano[58], mas sim uma crise da consciência jurídica moderna,

---

[54] F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione dells scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 6.
[55] A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 280-281.
[56] F. GALLO, *Celso e Kelsen* cit. (nota[54]), p. 14.
[57] F. GALLO, *Celso e Kelsen* cit. (nota[54]), p. 8.
[58] A questão da crise do direito romano se origina de um escrito de Paul Koschaker, *Die Krise des romisches Rechts und die romanistiche Wissenschaft* (1938), romanista que atuava na Alemanha nacional-socialista, em

entendida como consciência unitária do desenvolvimento jurídico universal; se há, ainda, um meio, pelo menos para freiarmos o desastroso processo de desagregação da consciência jurídica moderna, com o consequente afastamento progressivo dos direitos positivos nacionais, este meio é o reconhecimento das raízes comuns dos ordenamentos jurídicos nacionais, i.e., um retorno ao direito romano[59].

No que concerne à metodologia a ser adotada é importante, então, que se tenha cuidado em não aplicar à experiência jurídica romana conceitos modernos abstratos, tais como 'Estado' e 'Pessoa Jurídica'. Neste sentido de grande importância a lição de P. CATALANO quando trata da problemática das 'pessoas' (físicas e jurídicas) no direito romano. Observa P. CATALANO que devido à concretude do pensamento jurídico romano "o antigo direito romano serve, ainda uma vez, para criticar radicalmente o direito contemporâneo, para liberar-nos das incrustações conceituais e da rede de abstrações que levaram nossa sociedade "progredida" a considerar "pessoa" a *Anstalt*, mas não *qui in utero est*"[60].

Quanto às soluções adotadas, na prática, pelos juristas romanos no que concerne à concepção teórica e regime operacional unitários do agir voluntário de uma pluralidade de homens, podemos dizer que a romanística do século XX, totalmente absorvida pela polêmica *Historisierung - Aktualisierung* do direito romano, História *versus* Dogma, não nos fornece nenhuma resposta. Os escritos fundamentais de R. ORESTANO sobre a 'pessoa jurídica' no direito romano, certamente, contextualizam historicamente o problema, sustentando a não admissibilidade da noção de 'pessoa jurídica' na experiência jurídica romana, pois, se é verdade que não faz sentido que discorrarmos acerca da 'pessoa jurídica', em abstrato, porque é noção da qual podemos falar somente em relação às experiências em que ela opera, apreciando-a, paulatinamente, a partir dos modos através dos quais ela é regulamentada em um determinado ordenamento e configurada na respectiva ciência jurídica, também não faz sentido partirmos de uma noção de 'pessoa jurídica' no estudo de um direito do passado. Qualquer que seja o nosso entendimento,

---

um momento em que o ensino do direito romano vinha sendo adversado pela ideologia do nacional-socialismo; com efeito, o ponto 19 do Programa do Partido Nacional-Socialista, em 1920, declarava "*exigimos que o direito romano, que responde a uma concepção materialista do mundo, seja substituído por um direito comum alemão*".

[59] A. GUARINO, *L`esperienza di Roma* cit. (nota[40]), p. 112.

[60] P. CATALANO, *As raízes do problema da pessoa jurídica*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresaria*l, n. 73, julho-setembro/1995, p. 54.; cf. P. CATALANO, *Diritto e Persone* cit. (nota[31]), pp. 13-188; pp.195-215.

trata-se de uma noção que nos leva a uma problemática, aquela do 'sujeito de direito', que pertence à experiência moderna e que não pode ser sobreposta a ordenamentos diversos daqueles no âmbito dos quais se formou e aos quais é inerente[61].

No século XX, a ciência jurídica romanística afirma a impossibilidade de utilização do conceito de 'pessoa jurídica' na análise das *universitates*, mas, não chega a individuar a solução romana ao problema do agir unitário de uma pluralidade de homens e do seu *modus operandi*.

O problema do estudo das ações populares romanas reside, talvez, em não termos, ainda, individuado com clareza qual fosse a solução jurídica romana para o agir unitário de um conjunto de indivíduos, reunidos no *Populus*, sem passarmos pelos conceitos de 'pessoa jurídica' e, inevitavelmente, pelo conceito de 'representação'[62].

1.3. A recepção do direito romano na ordem jurídica brasileira

Na análise da ação popular, prevista no art. 5, inc. LXXIII da Constituição Federal, regulada pela Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, buscar-se-ão os elementos de continuidade que afirmam a vigência do direito romano também no que concerne ao direito público.

Uma das virtudes do direito romano, criado pacientemente pelos juristas clássicos, é a sua capacidade de se adaptar às mais diversas realidades sócio-culturais. A multiplicidade de sistemas normativos na Idade Média não facilitava a composição de controvérsias, minando a certeza do direito nas relações jurídicas, intensificadas com o renascer das cidades e do comércio, nos séculos XII e XIII, no Ocidente europeu.

A redescoberta da compilação justinianéia, por volta do ano mil, parece ser a resposta aos inúmeros conflitos de uma sociedade em que atuavam vários sistemas de normas.

O direito estudado e cultivado nas universidades europeias, entre os séculos XII e XVII com base no direito justinianeu, convive com os direitos consuetudinários locais, mas

---

[61] R. ORESTANO, *«Persona» e «Persone Giuridiche»* cit. (nota[42]), p. 71.

[62] Para um primeiro diverso enquadramento do problema ver G. LOBRANO, *La alternativa attuale tra i binomi istituzionali "persona giuridica" e "rappresentanza" e " società e articolazione dell'iter di formazione della volontà"*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, N. 10-2011-2012. Disponível in http://www.dirittoestoria.it/10/D&Innovazione/Lobrano-Persona-giuridica-rappresentanza-societa-formazione-volonta.htm [outubro de 2014].

constitui tendencialmente uma unidade, um direito comum, a todo o espaço europeu ocidental[63].

Quanto à Península Ibérica, a difusão e a penetração do direito romano renascido e da obra dos Glosadores são atestadas já nos finais do século XII, em regiões hispânicas que tinham maior contato com o resto da Europa. Evidências mostram que ao longo da segunda metade do XII encontramos na região jurisconsultos de formação estrangeira[64].

Ademais, releve-se que as Ordenações Afonsinas no livro II, título 9 dispunham que diante do caso concreto, na falta de norma de direito nacional (leis do Reino, estilos da Corte ou os costumes antigamente usados), dever-se-ia utilizar em questões jurídicas temporais o direito romano (leis imperiais); em questões espirituais o direito canônico e se houvesse conflito entre os dois prevaleceria o direito canônico. Não se encontrando a norma aplicável ao caso, nestas diversas ordens jurídicas, recorrer-se-ia a Magna Glosa de Acúrsio e, por último, a opinião de Bártolo[65].

Entende-se por direito comum (*ius commune*) o sistema normativo de fundo romano que se consolidou com a escola dos Comentadores (pós-glosadores) e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até os finais do século XVIII[66].

Ademais, o direito romano através de fenômenos como a colonização e a recepção, difundiu-se por toda a América Latina, trazendo para o Novo Mundo as grandes construções jurídicas, mediadas pelo direito lusitano e ibérico, elaboradas pelo gênio dos romanos[67].

Torna-se necessário, haja vista a perspectiva escolhida, tratarmos da recepção e transfusão da *actio popularis* no direito português, seja por que o direito romano era fonte subsidiária na aplicação das Ordenações Filipinas, seja por que o direito brasileiro

---

[63] A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 114 ss.
[64] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 5ª edição rev. e act., Coimbra, Almedina, 2012, p. 244 ss.
[65] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]), p. 341 ss.
[66] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]), p. 285.
[67] Darcy Ribeiro já salientava que "com efeito, alguns soldados romanos, acampados na península Ibérica, ali latinizaram os povos pré-lusitanos. O fizeram tão firmemente que seus filhos mantiveram a latinidade e a cara, resistindo a séculos de opressão de invasores nórdicos e sarracenos. Depois de 2000 anos nesse esforço, saltaram o mar-oceano e vieram ter no Brasil para plasmar a neo-romanidade que nós somos. [...] Na verdade das coisas, o que somos é a nova Roma. Uma Roma tardia e tropical.". D. RIBEIRO, *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995, pp. 453 ss.; cf. ID., *Saudações às autoridades de Roma e a Pierangelo Catalano*, carta publicada in *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell`integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 3/1997, pp. 37 ss.

constrói-se a partir do direito português; não sendo, portanto, possível uma abordagem histórico-jurídica do instituto no direito brasileiro, prescindindo-se da análise do instituto no direito lusitano.

A *actio popularis* é recepcionada pelas Ordenações do Reino[68] no âmbito penal e civil. A Carta Constitucional portuguesa de 1826 fez, pela primeira vez, expressa referência à ação popular (art. 124), sendo a sua propositura circunscrita a certos crimes praticados por juízes[69].

Devemos lembrar, ainda, que após a proclamação da independência política do Brasil, em 1822, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa decretou, e D. Pedro I mandou executar, a lei de 20 de outubro de 1823 que em seu artigo 1 determinava a vigência no Brasil das Ordenações Filipinas, Leis, Decretos, Regimentos, Alvarás e Resoluções de Portugal, pelos quais o Brasil tinha se governado até o dia 25 de abril de 1821, assim como a vigência de todos os atos legislativos promulgados desta data em diante por D. Pedro I.

Com a Constituição do Império do Brasil de 1824 temos pela primeira vez a utilização da expressão ação popular, pois o art. 157 dispunha[70]:

> Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

L. PINTO FERREIRA afirma que "pela primeira vez se aludiu precisamente o nome de ação popular, numa espécie de ação que, no fundo, é uma concretização nova da 'actio de corrupto albo', no sentido de defesa e resguardo da pureza da jurisdição"[71].

A análise da recepção da *actio popularis* no direito brasileiro será desenvolvida a partir das concepções que afirmam a vigência do direito romano mesmo depois das

---

[68] Cf. *Ordenações Manuelinas*, liv. I tit. 46, § 2°; *Ordenações Filipinas*, liv. I, tit. 66, § 11°

[69] P. OTERO, *A acção popular: configuração e valor no actual direito português*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.59 n.3 (dez.1999), pp.872-873.

[70] Interessante notar que com a Constituição imperial de 1824 o Brasil recepciona, a nível constitucional, a *actio popularis* antes da Metropole.

[71] L. PINTO FERREIRA, *Da Ação popular constitucional*, in *Revista de Direito Público*, vol. 5, n. 20, abr./jun. 1972, p. 32-47.

codificações estatais e nacionais. Tais concepções podem ser consideradas um desenvolvimento do conceito de *Ius Romanum*[72].

Pretende-se verificar a existência de uma continuidade ou "vigência" do direito romano, *ius Romanum*, também na esfera do direito público, assim como vários estudos afirmam a atualidade e vigência do direito romano no direito privado[73].

[72] Quanto ao conceito de *Ius Romanum* esclarece P. Catalano que "tal conceito (*ius Romanum*) é aperfeiçoado por Justiniano (que utiliza também as expressões *Romanae leges* e *Romana sanctio*) como instrumento de uma concepção universalista do direito [...] que não considera característica essencial dos *iura* aquilo que hoje chamamos de "efetividade". O direito é claramente distinto do fato (isto é, da própria aplicação)". Ver P. CATALANO, *Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino-americano*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 44 (junho/1988) p. 8 ss.; cf. ID., *Diritto e Persone* cit. (nota[31]), p. 90 ss.

[73] Ver P. CATALANO, *Diritto e Persone* cit. (nota[31]), p. 89 ss..

2. "DELICTA PRIVATA" E "ACTIONES POENALES" COM LEGITIMAÇÃO DIFUSA.

As ações populares romanas são uma espécie do gênero *actiones poenales*. A análise do 'delito' e da 'pena' no ordenamento jurídico romano deve ser feita levando-se em consideração as peculiaridades do pensamento jurídico romano.

No estudo das obrigações decorrentes de delito, no direito romano, é necessário que não nos façamos sugestionar por ideias modernas. Hoje consideramos os delitos como uma violação de uma norma posta no interesse coletivo, portanto, a ideia de delito é, para nós, inseparável daquela de ação pública, i.e., uma ação promovida em nome do Estado por um funcionário público (o público ministério) e da de pena pública, consistindo essa em uma restrição da liberdade pessoal do delinquente ou em uma multa a ser paga ao Estado[74].

Nas relações entre particulares, entre ofensor e ofendido, o conceito de pena não é aplicável, pois, a nossa evolução histórico-jurídica cancelou de forma absoluta da lei e do costume qualquer resquício da vingança primitiva. Entre particulares, portanto, o fato ilícito ou delito civil é considerado somente pelo desequilíbrio patrimonial que possa causar dando origem a uma responsabilidade de reparação do dano (art. 927 do código civil de 2002: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo").

Destarte, enquanto a ação pública não pode atingir os herdeiros do culpado, já que em relação a esses não se admite a exigência de uma defesa social, a qual embasa o conceito de pena, a ação do ofendido pela reparação do dano pode ser ajuizada contra os herdeiros do ofensor, como qualquer ação civil[75].

O ordenamento romano, por sua vez, caracteriza-se pela presença de ilícitos sancionados com uma *poena* seja no plano do direito privado, os *delicta* ou *maleficia*, seja no plano do direito público, os *crimina*. Os delitos públicos são considerados uma verdadeira infração à ordem social, uma lesão à inteira *civitas*, enquanto o delito privado é percebido como uma ofensa ao indivíduo que legitima uma reação individual.

Na lição de E. VOLTERRA, os *delicta* constituíam originariamente atos que ofendiam os interesses de um grupo gentilício ou de um particular indivíduo, provocando contra o autor do ato a *vindicta*. O poder público teria regulamentado a vingança dos privados,

---

[74] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed. (1984), Napoli, Jovene, 2006 (ristampa), p. 363.
[75] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota[74]), p. 363.

primeiramente, impondo que a reação contra o ofensor, por parte do ofendido ou dos membros do grupo, não fosse desproporcional à ofensa, posteriormente, ter-se-ia imposto que em lugar da *vindicta* fosse aplicada uma composição privada, concedendo-se à vítima de determinado ato ilícito o direito de exigir do autor do ato uma soma de dinheiro a título de *poena*[76].

No período clássico os *delicta privata* ou os ilícitos pretórios são todos punidos com uma pena pecuniária, em favor do ofendido e determinada nas formas do processo privado (o *ordo iudiciorum privatorum* ou, na época imperial, nas formas da *cognitio extra ordinem*); desses *delicta* originam-se as *obligationes ex delicto*. Os *crimina*, ao invés, são punidos com penas aflitivas ou pecuniárias determinadas nas formas do processo público que se desenvolvia, originariamente, nos comícios e, posteriormente, perante tribunais especiais denominados *quaestiones perpetuae*, em que a acusação era sustentada, no interesse público, por qualquer cidadão (*quivis de populo*)[77].

Essa contraposição decorre de um longo desenvolvimento histórico que tem a sua origem nos tempos mais antigos, pois, a distinção entre ilícitos privados e públicos, na época monárquica, não era assim tão nítida, embora a consciência social distinguisse os ilícitos contra os indivíduos daqueles que turbavam a ordem social e a ordem sacra, acarretando a necessidade de uma punição no interesse público[78].

Os delitos privados, inicialmente, comportavam penas aflitivas, a *vindicta*, mas, já nas XII Tábuas (XII tab. 8.2[79]) encontramos a possibilidade de se substituir a pena aflitiva (*talio*) com uma pena pecuniária (*pactio*): *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*[80], o ofensor oferecia uma compensação ao ofendido para libertar-se da *vindicta*[81]. Essa composição, no começo convencional, torna-se, com o tempo, compulsória, mas a soma percebida pelo ofendido é sempre uma *poena*, imposta ao ofensor, sendo o seu pressuposto

---

[76] E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1961 (ristampa 1972), p. 553.
[77] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), p. 614; cf. J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 14 ed. (2008), Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 579 ss.
[78] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), p. 615.
[79] K.G. BRUNS - Th. MOMMSEN, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 5 ed., Freiburg im Breisgau, 1887, p. 28.
[80] S. Meira fornece a seguinte tradução: "Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo". Note-se que a reconstrução aqui utilizada difere daquela constante na obra de Bruns-Mommsen, com efeito, aqui o artigo esta posicionado em XII tab. 7.11, pois os fragmentos foram organizados com base na reconstituição de J. Godefroy. Ver S. MEIRA, *A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e Privado*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 150 e p. 172.
[81] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), pp. 615-616.

a ofensa feita à vítima e não um dano patrimonial que, se houver, deverá ser perseguido com outros meios que não sejam uma ação penal[82].

As *obligationes* que surgem de atos ilícitos privados e as ações penais que as tutelam possuem algumas características que as diferenciam das *obligationes ex contractu*:

a) **Intransmissibilidade**. A *actio poenalis* era no início da República intransmissível ativa e passivamente; não cabia nem aos herdeiros do ofendido, nem contra os herdeiros do ofensor[83]. A intransmissibilidade passiva era absoluta no sentido de que após a morte do autor do *delictum* os seus herdeiros não se tornavam sujeitos passivos na relação obrigacional existente entre o defunto e a vítima do ato ilícito; Gaio (Gai 4.112) é explicito quanto à regra: "*Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuria*"[84] (cf. Gai 2 *ad ed. prov*., D. 50.17.111.1[85]). A pena era essencialmente ligada ao autor do ilícito, portanto, as ações penais eram exercidas somente contra o autor do ato ilícito, eram intransmissíveis aos herdeiros; a intransmissibilidade cessava com a *litis contestatio*. Em época mais tarda, admitiu-se a transmissibilidade passiva quando a ação penal representasse o único meio que o ofendido possuía para o ressarcimento do dano patrimonial; o pretor concedia *actiones in factum* contra os herdeiros nos limites das vantagens auferidas com o fato delituoso (*actiones in id quod ad heredes pervenit*)[86].

A transmissibilidade ativa das ações penais, civis e pretórias, foi imposta lentamente pelos *prudentes*; permaneceram intransmissíveis somente algumas ações em que a lembrança da vingança e da estreita ligação entre o ofensor e o ofendido era mais evidente, tais como as denominadas *actiones vindictam spirantes*, entre as quais a *actio iniuriarum*[87].

---

[82] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota[74]), p. 364.
[83] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota[74]), p. 366.
[84] "Pois, segundo uma certíssima regra de direito, não cabem contra o herdeiro, nem são dadas contra ele, as acções penais causadas por malefícios, como as de furto, *vi bonorum raptorum* (roubo), injúria, dano injusto". Trad. port. de A. Correia, in A. CORREIA - G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano* cit. (nota[3]), pp. 264-265.
[85] Gai 2 *ad ed. prov*., D. 50.17.111.1: *§ 1.- In heredem no solent actiones transire, quae poenales sunt ex malefício, veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, iniuriarum* - § 1.- No suelen pasar contra el heredero las acciones que son penales por virtud de delito, como la de hurto, la de daño con injuria, la de bienes arrebatados con violencia, y la de injurias. (Não é comum se transmitir contra os herdeiros as ações que são penais em virtude de delito, como a de furto, a de dano com injúria, a dos bens arrebatados com violência, e a de injúrias.). Ver I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* cit. (nota[2]), t. III, p. 953.
[86] E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit. (nota[76]), p. 553.
[87] E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit. (nota[76]), pp. 553-554; cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), p. 618.

b) **Cumulatividade**. O exercício da *actio poenalis* não excluía a possibilidade de se promoverem outras ações visando à obtenção de uma coisa ou ao ressarcimento de um dano patrimonial. A tripartição de Gaio (Gai 4.6[88]), elaborada segundo a função de cada ação, indica a presença de três tipos de ação no direito romano: ações reipersecutórias, ações penais e ações mistas. A contraposição que nos interessa é aquela entre as ações reipersecutórias através das quais *rem persequimur*, visando à obtenção da coisa ou à reintegração de um dano patrimonial, e as ações penais, através das quais *poenam persequimur*, visando à imposição de uma pena privada àquele que cometeu um ato ilícito. Se de um mesmo fato nascia contemporaneamente uma ação reipersecutória e uma ação penal, essas eram consideradas, para fins do efeito extintivo da *litis contestatio*, ações diversas, com base na diferente função, assim sendo, admitia-se a cumulatividade das duas ações[89].

Além da cumulatividade das ações, temos também a cumulatividade da *poena*, no sentido de que se o *delictum* era cometido por mais pessoas cada uma dessas estava obrigada a pagar à vítima a soma pecuniária por inteiro; o mesmo ato ilícito dava origem a tantas *obligationes* quantos eram os autores do *delictum*. O pagamento efetuado por um dos autores não extinguia a dívida dos outros[90].

c) **Noxalidade**. As ações penais tinham também a característica da noxalidade, i.e., podiam ser promovidas contra o *paterfamilias* ou contra o *dominus* pelo *delictum* cometido, sem o seu conhecimento ou contra a sua vontade, por um *filiusfamilias* ou por um *servus*; ou, come no caso da *actio de pauperie* ou da *actio de pastu*, contra o proprietário do animal que houvesse causado um dano a terceiros. Os acusados podiam libertar-se, mesmo depois da condenação, de qualquer responsabilidade entregando o *filiusfamílias*, ou o *servus*, ou o animal ao autor (*noxae deditio*). Em época pós-clássica concedeu-se aos *filiifamilias* de poder defender-se nos juízos em que o *paterfamilias* descuidava da sua defesa. O regime da *noxae deditio*, em relação aos filhos, foi ab-rogado

[88] Gai 4.6 : *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam* – Agimos, ora simplesmente, para conseguir o objeto; ora, visando só a pena; em outros casos, tendo em vista o objeto e a pena. Ver a trad. port. de A. Correia, in A. CORREIA - G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano* cit. (nota[3]), pp. 222-223.
[89] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), pp. 336-338.
[90] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota[74]), p. 367; pp. 420-421.

por Justiniano que estabeleceu a possibilidade da ação penal ser promovida, diretamente, contra o *filiusfamilias*, autor do ilícito[91].

As *obligationes* decorrentes de delitos surgiam de um ato ilícito voluntário cometido pelo *obligatus*. Nos tempos mais antigos, contrariamente ao que se poderia pensar, afirma A. GUARINO, a evidente involuntariedade do ato lesivo a uma pessoa ou ao patrimônio de alguém não autorizava a *vindicta* do ofendido e não determinava, consequentemente, a *obligatio* do ofensor em relação ao ofendido. Poucas hipóteses de responsabilidade penal por um fato involuntário foram configuradas no período pré-clássico e nos períodos posteriores, já que muitos ilícitos privados foram, progressivamente, transferidos da esfera do *ius privatum* para aquela do *ius criminale*[92].

A distinção entre *culpa* (a voluntariedade do fato e do comportamento) e o *dolus* (a voluntariedade também de um específico acontecimento lesivo, determinado pelo ato do agente) foi elaborada com clareza somente no período clássico e pós-clássico, no decorrer dos quais foram perseguidas com menor severidade algumas "fattispecie" consideradas menos graves. Nessas se exigia somente o *dolus*; em outras hipóteses, consideradas mais graves, era suficiente a presença da *culpa* que, paulatinamente, foi modulada em *lata*, *media* e *mínima*. A regra geral, salvo específicas exigências, era de que a culpa bastasse para dar origem a uma *obligatio*; por outro lado, deve-se salientar que antes que se operasse uma detalhada diferença entre *culpa* e *dolus* o termo usado para se indicar a voluntariedade do fato (com ou sem intencionalidade) foi o mais antigo, o *dolus* (malícia) e não o mais recente, a culpa[93].

As *Institutiones* do Imperador Justiniano (I. 4.1pr), assim como aquelas de Gaio (Gai 3.182), indicam quatro *delicta iuris civilis* típicos que dão origem a *obligationes ex delicto*: o *furtum*, a rapina (*bona vi rapta*), a *iniuria* e o *damnum iniuria datum*. A classificação justinianeia e gaiana exclui alguns ilícitos que já constavam nas XII Tábuas, ainda perseguíveis em época clássica, tais como o corte de árvores (*actio de arboribus succisis*, Paul. 9 *ad Sabinum* D. 47.7.1[94]; cf. XII tab. 8.11[95]), o dano causado a animais (*actio de pauperie*, Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.1.1pr.-3[96]; cf. XII tab. 8.6[97]), a utilização de materiais de

[91] E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit. (nota[76]), pp. 554-555.
[92] A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 12 ed., Napoli, Jovene, 2001, pp. 979-980.
[93] A. GUARINO, *Diritto Privato Romano* cit. (nota[92]), pp. 980-981.
[94] I. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho* cit. (nota[2]), t. III, p. 680.
[95] K.G. BRUNS – Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 30.
[96] I. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho* cit. (nota[2]), t. I, p. 569.

outrem na própria construção (*actio de tigno iuncto*, Ulp. 37 *ad ed.* D. 47.3.1[98]; cf. XII tab. 6.8[99])[100]. Além dessas três ações, as mais citadas pelos autores, relativas aos ilícitos privados pertencentes ao *ius civile*, mas que não constam na classificação justinianeia e gaiana, embora já fossem previstos nas XII Tábuas, E. VOLTERRA aponta mais quatro ações reguladas pelas XII Tábuas: 1) a *actio de pastu* que reprimia a pastoreação abusiva em terreno de terceiro; 2) uma ação penal contra aquele que tivesse destruído a colheita com práticas mágicas; 3) a *actio rationibus distrahendis* concedida contra o tutor legítimo que tivesse subtraído alguma coisa do patrimônio do pupilo e 4) uma ação penal *in duplum*, reduzida ao *simplum* no edito pretório, contra o depositário infiel[101].

Além dos *delicta privata* previstos pelo *ius civile*, encontramos a partir da segunda metade do I século a.C. uma série de ilícitos privados criados pelos pretores e sancionados exclusivamente pelo *ius honorarium*. Tais ilícitos deram origem a específicas ações penais pretórias, algumas das quais possuem a 'popularidade', ou seja, as ações eram concedidas a 'qualquer um do povo'. A categoria das *obligationes quasi ex delicto* surge da atividade do pretor.

A relevante atividade dos pretores amplia e especifica as "fattispecie" agrupadas sob a denominação de *delicta privata*. O livro terceiro da obra *Res cottidianae* (ou *libri Aureorum*) atribuída a Gaio (Gai 3 *Aureorum*, D. 44.7.5.4-6) e as *Institutiones* de Justiniano, no título *de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* (I. 4.5), listam quatro ilícitos não contemplados como *delicta* no *ius civile*, mas para os quais os pretores, através dos *Edicta*, concediam às vitimas ações penais in *factum conceptae*, cuja *poena* consistia em uma soma de dinheiro: 1. A *actio de effusis et deiectis*; 2. A *actio de positis et suspensis*; 3. A *actio furti et damni adversus nautas, caupones, stabularios*; 4. A *actio* contra o *iudex qui litem suam fecit*. Tais ações, como em geral todas as ações pretórias, eram anuais, portanto, o ajuizamento da ação, para o pagamento da pena, devia ser feito no prazo de um ano e a *actio* não se transmitia passivamente aos herdeiros, como ocorria nas

[97] K.G. BRUNS – Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 29.
[98] I. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho* cit. (nota[2]), t. III, p. 675.
[99] K.G. BRUNS – Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 25.
[100] G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 596-598.
[101] E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit. (nota[76]), p. 555.

ações penais[102]. Decorrido um ano, podiam ser concedidas ao ofendido somente nos limites do enriquecimento inicial auferido pelo autor do ato ilícito[103].

Não eram somente esses os ilícitos não contemplados pelo *ius civile* e previstos por cláusulas editais, para os quais eram concedidas ações *in factum*; podemos constatar nas fontes numerosas outras disposições concernentes aos atos ilícitos que davam origem a uma relação processual visando ao pagamento ao ator de uma soma de dinheiro. Não sabemos os motivos que levaram Gaio e os juristas de Justiniano a escolher somente algumas dessas "fattispecie" para integrar a categoria dos *quasi ex delicto*[104].

Algumas dessas ações pretórias eram populares, i.e., podiam ser ajuizadas por qualquer cidadão romano (*quivis de populo*) e seguiam o rito do processo privado. Na quadripartição justinianeia e gaiana, encontramos duas ações populares: a *actio de effusis et deiectis* e a *actio de positis et suspensis* que se originam das problemáticas relativas às condições de viabilidade e de circulação das pessoas em Roma[105], após o incremento de moradias com mais de um andar (as *insulae*, contrapostas a *domus* unifamiliar, a qual não possuía aberturas para fora)[106]. Os *interdicta* e as *actiones populares* podiam ser ajuizados por qualquer um do povo (*quivis de populo*) que quisesse agir para tutelar um interesse público. Segundo a interpretação de M. TALAMANCA, essa legitimação popular era diferente daquela das *quaestiones*, já que essa dava origem a um processo privado em que a condenação era revertida em favor do autor. Um caso ulteriormente diverso é aquele das ações populares, previstas nos ordenamentos municipais, em que o *quivis de populo* percebe, nas formas do processo privado, uma multa pecuniária pública que é revertida em favor da *civitas* e não em favor do autor da ação[107].

---

[102] E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit. (nota[76]), pp. 568-571.
[103] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), p. 618.
[104] E. VOLTERRA, *Istituzioni* cit. (nota[76]); cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota[74]), pp. 377-379 e M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), pp. 632-634.
[105] Ulp. 3 *ad ed.* D. 9.3.1.1 em que se evidencia a pública utilidade da cláusula edital "*summa cum utilitate id Praetorem edixisse, nemo est qui neget; publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari* – Não há ninguém que negue que com suma utilidade tenha o Pretor emanado tal Edito; porque é de pública utilidade que sem medo e sem perigo se ande pelas estradas.
[106] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), p. 633.
[107] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), pp. 620-621.

3. NATUREZA JURÍDICA DA *ACTIO POPULARIS*: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS.

3.1. Análise do título 47.23 - *De popularibus actionibus*

3.1.1. O *Edictum* do pretor

Os textos do título 47.23 disciplinam as ações populares e provém dos comentários ao *Edictum Perpetuum* de Paulo e Ulpiano. Mas as ações populares também são citadas alhures no Digesto, como em Paul. 8 *ad. ed*., D. 3.3.42, sob o título III, *de procuratoribus et defensoribus*[108].

A atividade inovadora dos pretores, no esforço de adaptar a rigidez do *ius civile* às constantes mudanças na sociedade romana - pois, Roma se tornava a capital de um vasto império - foi uma atividade contínua e coordenada, consubstanciada nos editos pretórios. Os pretores ao elaborar o próprio edito levavam em consideração a atividade dos seus antecessores, buscando manter uma continuidade e uma harmonia na elaboração do direito pretoriano.

O pretor procedia somente com base nos critérios gerais fixados por ele mesmo no começo do ano em que assumia o cargo e que eram transmitidos, posteriormente, de um magistrado para o outro, salvo nos casos em que fosse necessária uma adequação a uma nova realidade[109]. O pretor juridicamente não estava vinculado ao seu próprio edito, mas a opinião pública que na época republicana exercia um rígido controle sobre a atividade das magistraturas, considerava como grave ofensa ao interesse público cada mudança feita que não correspondesse a uma real necessidade; mais tarde, uma lei Cornélia de 67 a.C. estabeleceu um vínculo jurídico. Fecunda foi a obra dos pretores na República, mas em época imperial o direito pretoriano já era considerado um sistema fechado e a publicação anual do edito era feita automaticamente sem acréscimos, salvo imposições ao magistrado por parte do príncipe. O imperador Adriano, por volta de 130 d.C., encarregou o

---

[108] Paul. 8 *ad ed*., D. 3.3.42: *Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est, merito enim, qui de via publica agit, et privato damno ex prohibitione adficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem. Multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is, ad quem ea res pertinet. [...]* – Embora nas ações populares não se possa nomear procurador, todavia se tem dito que com justo mérito aquele que promove a ação sobre o caminho público, e sofreu um dano privado a causa da proibição, pode nomear procurador, como se fora uma ação privada. Com muita mais razão o nomeará na ação sobre o sepulcro violado aquele ao qual a coisa pertence.

[109] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 1960, p. 153.

jurisconsulto Sálvio Juliano de preparar uma edição revista e definitiva do edito do pretor: o *Edictum Perpetuum*[110].

O texto do *Edictum Perpetuum* não chegou até nós, assim como nenhuma das formas que o Edito pretório adquiriu antes da elaboração feita por Sálvio Juliano. Já no começo do Império o Edito do pretor foi objeto de análises sistemáticas e de comentários por parte dos juristas, comentários que se tornam mais frequentes após a redação de Juliano[111].

Não possuímos os textos originais desses comentários. O nosso conhecimento do *Edictum Perpetuum* deriva dos fragmentos que foram utilizados pelos compiladores do Digesto, com base nos quais foi possível uma reconstrução do edito dos *praetores* e dos *aediles*, pois, muitas vezes, os fragmentos das obras clássicas reportam textualmente os trechos do Edito precedidos pela cláusula "ait praetor". Destarte, o conteúdo dos comentários permite que tenhamos uma ideia das máximas escritas pelo pretor, assim como indicação dos livros nos quais os vários argumentos eram postos pelos comentadores nos permite reconstruir com grande segurança a ordem utilizada na distribuição das matérias[112].

A tarefa de reconstrução do *Edictum Perpetuum* foi admiravelmente efetuada por O. LENEL, na obra *Das Edictum perpetuum*, cuja primeira edição aparece em 1883; a síntese do Edito (*Übersicht des Edikts*) está estruturada em títulos, parágrafos (cada um com a sua denominação) e a indicação dos juristas e do número dos livros das obras que comentavam o edito: o edito do pretor consta de XLV títulos e o dos *aediles* de somente III títulos[113]. Os textos da compilação justinianeia pouco ajudam no que concerne às formulas das ações, já que os compiladores as eliminaram dos textos dos comentários que as reproduziam (a causa das inovações profundas advindas no processo civil na época do Baixo Império). A reconstrução dessas fórmulas se apoia principalmente no IV livro das Instituições de Gaio[114].

Segundo F. SCHULZ o edito pretório consta de quatro partes. A primeira parte disciplina e trata do processo *in iure* até a *litis contestatio*. A terceira parte regulamenta a execução da sentença. A quarta parte é uma coleção de fórmulas oficiais, interditos, defesas especiais (*exceptiones*) e estipulações pretórias. A segunda parte trata dos remédios

---

[110] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota[109]), pp. 153-155.
[111] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota[109]), pp. 154-155.
[112] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota[109]), p. 155.
[113] O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, Tauchnitz, 1907, pp. XVII-XXVI.
[114] O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. 155 nt 1.

não contidos na primeira e na terceira parte, sendo cada remédio acompanhado pela sua fórmula própria, salvo o caso em que a fórmula fosse contida na coleção da quarta parte[115].

Refere F. SCHULTZ que MOMMSEN denominava 'desordem' esta ordem edital. Não sendo uma obra prima de sistematização, a praxis foi agrupar os argumentos por associação.

3.1.2. Os juristas "Iulius Paulus" e "Domitius Ulpianus"

Após a atuação de Papiniano (193-235 d.C.) os juristas pouco produzem de forma inovadora, dedicam-se, principalmente, a organizar e a comentar as obras de seus predecessores com o fito de se utilizar mais comodamente o material existente. Essa tendência que se observa a partir do II século tem como principais representantes Paulo e Ulpiano[116].

a) *Iulius Paulo* foi discípulo de *Cervidius Scaevola*; não sabemos muito das suas origens, embora, segundo A. GUARINO, dada a qualidade do seu estilo, podemos imaginar que fosse romano ou pelo menos itálico. Foi *adsessor* de Papiniano, juntamente com Ulpiano, nos anos em que aquele foi *praefectus praetorio*; mais tarde, tornou-se *magister memoriae* e membro do *consilium* imperial de Setímio Severo e Caracala; durante o reino de Alexandre Severo (222-235) assume o cargo de *praefectus praetorio*, tendo como colega Ulpiano.

As obras de Paulo foram inúmeras (cerca de 90 escritos são a ele atribuídos), a maioria intitulada de "comentários" a obras de juristas anteriores: os *VIII libri ad Plautium*, os *XVI Libri ad Sabinum*, os *IV libri ad Neratium* (crestomatia de passos de Nerácio Prisco), os *libri octo pluresve epitomarum Alfeni*, os *Pithanon Labeonis a Paulo epitomatorum libri*, as *Notae* ao Digesto de Juliano e às *quaestiones* do seu mestre Cévola, às *quaestiones* e aos *responsa* de Papiniano[117]. Podemos encontrar nesses escritos um grande esforço de releitura e de sistematização da jurisprudência precedente, tratada por

---

[115] F. SCHULTZ, *Storia della Giurisprudenza Romana*, trad. ital. de Guglielmo Nocera, Firenze, Sansoni, 1968, pp. 261-267. Ver também para um aprofundamento V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota[109]), pp. 155-166.

[116] P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, 1888, trad. fr. de J. Brissaud, *Histoire des Sources du Droit Romain* [T. Mommsen-J. Marquardt-P. Krūger, *Manuel des Antiquités Romaines*, XVI], Paris, Thorin, 1894, p. 271.

[117] A. GUARINO, *L`esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1982, pp. 231-232; ver também M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 450-451.

Paulo, como por Ulpiano, sem nenhuma consciência histórica, já que ambos os mestres severianos não estabelecem distâncias de tempo entre si e os próprios interlocutores ideais; nem levam em consideração as mudanças das estruturas políticas ou das ideologias às quais se referem os materiais jurisprudenciais que estão comentando e reproduzindo[118]. Paulo escreveu também obras didáticas: os *libri III manualium*; os *libri III institutionum*; os *libri VI regularum* e os *libri V sententiarum*, ordenados segundo o sistema dos *Digesta* que para A. GUARINO são apócrifos[119].

P. KRÜGER lista entre as obras de Paulo os cinco livros das *sententiae ad filium*, obra resumida e dedicada aos práticos e aos alunos de direito. O nosso conhecimento dessa obra provém da reprodução feita na *Lex Romana Wisigothorum* em que a obra de Paulo é denominada *Sententiae receptae*[120].

Encontramos outros trechos da mesma obra em glosas marginais nos manuscritos concernentes a *Lex Romana Wisigothorum*, bem como na *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, no Digesto etc. A obra é formada por um conjunto de máximas, ordenadas em títulos de modo a constituir, mais do que uma obra didática, um prontuário prático[121].

F. SCHULTZ, seguindo a opinião majoritária, coloca em dúvida a autoria de Paulo dos *libri V sententiarum ad filium* e considera que essa obra, foi composta com escritos principalmente, ou exclusivamente, de Paulo por um jurista pós-clássico. Tal fato, porém, não é de grande importância visto que, se Paulo escreveu uma obra do gênero, essa foi radicalmente revista no período pós-clássico e a obra revista substituiu completamente o original que não sobreviveu; o texto que possuímos apresenta claros sinais de uma origem pós-clássica, não bizantina ou visigótica[122].

As obras menores de Paulo se ligam a sua atividade pública e têm como objeto a normativa imperial, os problemas da administração do principado, as formas processuais das *cognitiones extra ordinem* e as impugnações de sentenças ou as pronúncias dos magistrados reputadas injustas.

De todas as obras de Paulo a que mais interessa para o nosso tema são os *libri ad edictum* em cujos fragmentos a *actio popularis* é comentada.

---

[118] M. TALAMANCA, *Lineamenti* cit. (nota[117]), p. 451.
[119] A. GUARINO, *L`esegesi* cit. (nota[117]), p. 233.
[120] P. KRÜGER, *Histoire des Sources* cit. (nota[116]), p. 282 nt. 4.
[121] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota[109]), p. 300.
[122] F. SCHULTZ, *Storia della Giurisprudenza* cit. (nota[115]), pp. 312-313.

Os *libri ad Edictum* de Paulo eram constituídos por 80 livros, dos quais os dois últimos continham o comentário ao edito edilício. Além dos numerosos fragmentos contidos no Digesto possuímos treze extratos provenientes dos *Fragmenta Vaticana* e um fragmento de um código de pergaminho egípcio do período entre o IV e o VI século (conhecido como o Fragmento de Oxford); provavelmente podemos incluir como sendo do comentário ao edito de Paulo os fragmentos conhecidos como *de formula Fabiana* (que se encontram em Viena) e aqueles indicados como *Berolinense de bonorum possessione* (hoje no Berliner Museum). Na opinião de F. SCHULTZ nos textos fora do Digesto é evidente o trabalho de um ou mais compiladores pós-clássicos; nos fragmentos do Digesto o original foi significativamente abreviado, mormente, no que concerne às citações da literatura[123].

Além dos 80 livros *ad Edictum*, os compiladores de Justiniano possuíam um comentário ao edito mais breve, em 23 livros, que trazia o nome de Paulo.[124] O seu título é incerto já que o *Index Florentinus* e as inscrições dos fragmentos divergem. A obra não era um simples comentário edital, mas uma breve obra nos moldes do esquema dos *Digesta*, sendo os primeiros 22 livros relativos ao edito; esta parece ser um epítome pós-clássico do comentário mais amplo[125].

b) *Domitius Ulpianus* foi oriundo de Tiro, na Fenícia. Ele próprio nos informa que foi membro do conselho de um pretor (Ulp. 11 *ad ed*., D. 4.2.9.3). Com Paulo, foi *adsessor* do *praefectus praetorio* Papiniano. Parece que no começo do ano 222 d. C. Elagábalo o exilou, contudo, no curso do mesmo ano Alexandre Severo o faz regressar a Roma e o nomeia *magister libellorum*, convocando-o para fazer parte do seu *consilium*; em 31 de março de 222, torna-se *praefectus annonae* e, em 1° de dezembro, *praefectus praetorio*. Informa P. KRÜGER que Alexandre Severo o considerava quase como um tutor, tendo-o protegido, muitas vezes, contra a ira dos pretorianos, causada pelas restrições feitas por Ulpiano ao poder destes. No ano de 228, porém, Ulpiano é assassinado pelos pretorianos[126].

A obra de Ulpiano provavelmente foi elaborada na época do imperador Caracala (212-217), pois durante o reino de Alexandre Severo as importantes funções públicas assumidas impossibilitaram o jurista de continuar os seus trabalhos científicos. Assim

[123] F. SCHULTZ, *Storia della Giurisprudenza* cit. (nota[115]), pp. 346-351.
[124] O. LENEL, *Paligenesia Iuris Civilis. Volumen Alterum*, I, Lipsiae, 1889, p. 955.
[125] F. SCHULTZ, *Storia della Giurisprudenza* cit. (nota[115]), p. 349.
[126] P. KRÜGER, *Histoire des Sources* cit. (nota[116]), p. 286.

como Paulo, Ulpiano produz uma obra que pudesse abraçar o conjunto do direito e pudesse ser um instrumento útil aos práticos.

No entender de A. GUARINO, o jurista fenício teve menos valor que o seu contemporâneo Paulo, mesmo porque, devido à sua trajetória, dedicou menos tempo aos estudos, sendo mais superficial na medida em que simplesmente reproduziu literalmente o material consultado, fato esse, porém, que o tornou muito bem aceito pelos compiladores do Digesto de Justiniano[127]. P. KRÜGER, embora admitindo que Ulpiano não se preocupou em coordenar o consistente material reunido, muitas vezes, contentando-se em colocá-los um ao lado do outro sem amalgamá-los em um todo harmônico, considera-o um jurista penetrante, um espírito independente[128].

O comentário ao *Edictum Perpetuum* de Ulpiano era em 83 livros[129], o mais extenso que possuímos e o ponto de partida da obra foi certamente o monumental comentário de Pompônio; foi largamente utilizado em época pós-clássica como resulta das nossas fontes em que trechos dessa obra foram utilizados: os *Fragmenta Vaticana* e a *Collatio Mosaicarum et Romanarum legum*; os Escólios do Sinai citam a obra de Ulpiano e conforme depreende-se de um código em papiro do IV século o texto era lido no Egito (*Pap. Ryl*., III, 474). Os compiladores do Digesto o utilizaram como comentário principal não somente porque foi o último grande comentário ao Edito, mas também pelos seus méritos intrínsecos[130].

O plano seguido pelo jurista de Tiro segue a tradição clássica. Primeiramente, Ulpiano comenta o edito do pretor e, posteriormente, aquele dos *aediles*. Ulpiano evita, na medida do possível, tratar do *ius civile* em sentido estrito, concentrando a sua atenção no *ius honorarium*. O propósito parece ser claro: um esforço de codificação do direito honorário, objetivo este que não tinha sido atingido pela codificação de Adriano. Aquilo que Pompônio tinha tentado, Ulpiano executaria sem se afastar da tradição clássica, i.e, não em virtude de um *senatusconsultum* ou de uma constituição imperial, mas de sua própria iniciativa, na qualidade de jurista com autoridade suficiente para fazê-lo[131].

---

[127] A. GUARINO, *L`esegesi* cit. (nota**Erro! Indicador não definido.**), p. 235.
[128] P. KRÜGER, *Histoire des Sources* cit. (nota[116]), pp. 297-298.
[129] O. LENEL, *Pal.* cit. (nota[124]), II. p. 421.
[130] F. SCHULTZ, *Storia della Giurisprudenza* cit. (nota[115]), pp.351 ss.
[131] F. SCHULTZ, *Storia della Giurisprudenza* cit. (nota[115]), p. 354.

Não há dúvida que Ulpiano possui um profundo conhecimento da literatura do II século, bem como das obras mais importantes do I século, dominando todas as complexas problemáticas concernentes à interpretação edital; a atividade do jurista severiano não se confunde com aquela, bem mais superficial, dos compiladores ou epitomadores, seu escopo foi a codificação, seu propósito era avaliar os materiais existentes, fixar as opiniões mais aceitas, enfim, compor com a sua autoridade as controvérsias interpretativas. O seu comentário põe-se no mesmo plano do *ius civile* de Quinto Múcio, sendo Múcio um início e Ulpiano um fim[132].

As fontes literárias do comentário de Ulpiano são as obras de Pompônio e de Pédio *ad edictum* e os *digesta* de Juliano, de Celso e de Marcelo, assim como as *quaestiones* e os *responsa* de Papiniano[133].

A segunda grande obra de Ulpiano são os cinquenta e um livros *ad Massurium Sabinum*, trata-se do tratado mais amplo que temos sobre o *ius civile* conforme o plano de Sabino. Possuímos dessa obra numerosos e extensos fragmentos no Digesto, mas também consideráveis fragmentos nos *Fragmenta Vaticana*.

Esta obra estaria inacabada. Segundo F. SCHULTZ, os 51 livros, possuídos pelos compiladores de Justiniano, não cobriam o inteiro sistema de Sabino, faltando todo o direito das coisas; alerta, ainda, o romanista alemão que o *Ad Sabinum* de Ulpiano foi revisto em época pós-clássica, já que os fragmentos contidos nos *Fragmenta Vaticana* apresentam frases que de forma alguma podem ser autênticas. Com efeito, não somente quanto à forma essas não são clássicas, mas apresentam uma incerteza, uma ignorância, um conhecimento superficial do direito, que, se é típico da escola jurídica pós-clássica, é inconcebível para um jurista que era assessor de Papiniano e mais tarde *praefectus praetorio*[134].

Entre as obras de caráter didático, temos os *Regularum livri VII* e o *Regularum liber singularis* (ou *Tituli ex corpore Ulpiani*). O manuscrito dos *Tituli ex corpore Ulpiani* foi publicado, pela primeira vez, pelo romanista francês Dutillet no século XVI, em seguida, tal manuscrito se perdeu, tendo sido reencontrado por F. K. von SAVIGNY na Biblioteca Vaticana no começo do século XIX. Trata-se de um manuscrito do século X que pertenceu

---

[132] F. SCHULTZ, *Storia della Giurisprudenza* cit. (nota[115]), pp. 354-356.
[133] P. KRÜGER, *Histoire des Sources* cit. (nota[116]), p. 288.
[134] F. SCHULTZ, *Storia della Giurisprudenza* cit. (nota[115]), pp.380-381.

à rainha Cristina da Suécia (*Codex Vaticana Reginae* n. 1.128), contendo a *Lex Romana Wisigothorum* e um apêndice contendo uma obra elementar de direito romano. No entender de V. ARANGIO-RUIZ a obra seria um epítome do IV século[135].

Para F. SCHULTZ o autor do *liber singularis* não foi certamente Ulpiano, mas um desconhecido jurista do final do III século ou do começo do IV século. Sua fonte principal foi Gaio, segundo o texto das *Institutas* que nós temos. Não se sabe se o epítome tirou da circulação o *Liber singularis* inteiro, nem se os três fragmentos da *Collatio* e os dois do Digesto, indicados como extraídos do próprio *Liber singularis Ulpiani*, derivem da obra integral ou apenas do epítome[136].

No que concerne aos *Regularum livri VII*, o Digesto reporta vinte fragmentos e as *Institutas* de Justiniano utilizam pelo menos dois trechos[137].

Ulpiano, como Paulo, escreveu monografias dedicadas aos *officia* dos magistrados imperiais, recolhiam normas esparsas e definiam os deveres das várias figuras que constituíam a complexa burocracia do tardo principado. M. TALAMANCA observa que tais obras, por um lado, correspondiam a uma exigência de certeza no exercício do poder, por outro lado, essas estabeleciam um estatuto profissional, um conjunto de regras de comportamento a serem seguidas pelos dirigentes das instituições imperiais[138].

No campo da casuística Ulpiano deixou as seguintes obras: os *libri II responsorum*; os *libri X disputationum*. Salienta, porém, A. GUARINO que os *libri VI opiniorum* não são de autoria de Ulpiano[139].

3.1.3. Tradução e breve análise dos fragmentos do título *De popularibus actionibus*

Paul. 8 *ad ed.*, D. 47.23.1	Paul. 8 *ao ed.*, D. 47.23.1
Eam popularem actionem dicimus, quae suum[140] *ius populi*[141] *tuetur.*	Denominamos ação popular aquela que ampara como próprio o direito [142] do

[135] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota[109]), p. 301.
[136] F. SCHULTZ, *Storia della Giurisprudenza* cit. (nota[115]), p. 322.
[137] ULPIANO, *Ulpiani Liber singularis regularum*, edição bilíngue latim-português, trad. port. de Gaetano Sciascia, Bauru, São Paulo, Edipro, 2002 (série clássicos Edipro), p. 9.
[138] M. TALAMANCA, *Lineamenti* cit. (nota[117]), p. 452.
[139] A. GUARINO, *L`esegesi* cit. (nota[117]), p. 237.

	povo[143].

O título *De popularibus actionibus* (D. 47.23) se compõe de 8 fragmentos, sendo o primeiro fragmento a única definição de *actio popularis* contida no Digesto. O fragmento conforme a inscrição, foi retirado do 8 livro do comentário de Paulo ao VIII título edital *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus* do *Edictum Perpetuum*, segundo a reconstrução de O. LENEL[144].

Idem 1 *ad ed.*, D. 47.23.2 – *Si plures simul agant populari actione, Praetor eligat idoniorem*[145].	O mesmo 1 *ao ed.*, D. 47.23.2 – Se muitos simultaneamente demandam com a ação popular, o Pretor eleja o mais idôneo.

[140] Na *Editio maior* de Mommsen (Th. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berlin, Weidmanns, 1870) na nota 4, p. 793, o romanista alemão propõe a substituição do 'suum' com 'sua vi'; o mesmo verifica-se na *Editio minor* (Th. MOMMSEN - P. KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, Berlin, Weidmanns, 1870), na nota 2, p. 790. Observe-se, porém, que na *Editio maior* encontramos um ponto de interrogação (suum] sua ui?) que na *Editio minor* desaparece.

[141] Idelfonso García del Corral na nota 11 de D.47.23.1 esclarece que na Vulgata, edição de Haloandro (Nuremberg, 1529), consta "populo" e não "populi". Ver I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho* cit. (nota[2]), t. III, p. 720.

[142] A tradução de D. 47.23.1 no *Corpo del Diritto*, a cura de Giovanni Vignali (Napoli, 1856), não considera o 'suum': "Chiamiamo azione popolare quella che difende il diritto del popolo". A nosso ver essa tradução indica que o interesse tutelado é um interesse público, questão esta controvertida na doutrina. Já a tradução do fragmento em H. HULOT- J.F. BERTHELOT, *Les cinquantes livres du Digeste ou des Pandectes de l`empereur Justinien* (Tome septième, Metz, Behmeret Lamort, 1805) reza: "Nous appellons action populaire celle qui protège le droit du demandeur à la fois et du peuple". Aqui o interesse tutelado pode ser do autor ou do povo; a tradução, não literal mas interpretativa, leva em consideração a doutrina de K. G. Bruns, seguida por Vittorio Scialoja e Carlo Fadda, que sustenta serem as ações populares aquelas em que coexistem o interesse público e o interesse privado.

[143] A tradução que segue a interpretação predominante hoje, i.e, a consideração de que se trata de um interesse privado do autor popular que coincide com um interesse de todos os *cives* substitui, seguindo a tradução de Haloandro, o 'populi' com 'populo': 'Denominamos ação popular aquela que ampara o próprio direito pelo povo'. Há autores, contudo, que mesmo mantendo o 'populi' traduzem: "Chamamos popular aquela ação que tutela como próprio um direito do povo", ver, *v.g.*, A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in *'Actio in rem' e 'Actio in Personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, L. GAROFALO (org.), Cedam, 2011, p. 719; outros traduzem "Chiamiamo azione popolare quella che protegge il proprio diritto del popolo". Ver, nesse sentido, H.M. F. MADEIRA, verbete *Brasile (Biodiritto in)*, in SGRECCIA, E. – TARANTINO, A., *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, II, Napoli, ESI, 2009, p. 357.

[144] O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XVIII; ID., *Pal.* cit. (nota[124]), I, 166, p. 977.

[145] Texto proveniente do 1 livro do comentário de Paulo ao *Edictum*, título I *De his, qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt*, § 1 - *si quis ius dicenti non obtemperavit*, conforme a reconstrução de O. LENEL O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XVII; ID., *Pal.* cit. (nota[124]), I, 85, p. 967.

I. GARCÍA DEL CORRAL na nota 13 de D. 47.23.2 esclarece que na Vulgata, edição de Haloandro (Nuremberg, 1529), consta "idoneiorem" e não "idoniorem"[146].

Ulp. 1 *ad. ed.*, D. 47.23.3 – *Sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur.* § 1. – *In popularibus actionibus is, cuius interest, praefertur*[147].	Ulp. 1 *ao ed.*, D. 47.23.3 – Porém, se por uma mesma causa mais frequentemente se demanda, quando seja o mesmo fato, opõe-se a exceção ordinária de coisa julgada. § 1. – Nas ações populares aquele que tem interesse é preferido.

Paul. 3 *ad ed.*, D. 47.23.4 – *Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est, cui per Edictum postulare licet*[148].	Paul. 3 *ao ed.*, D. 47.23.4 – A ação popular é concedida à pessoa íntegra, isto é, àquela que pelo Edito é lícito postular.

Idem 8 *ad ed.*, D. 47.23.5 – *Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest, is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest*[149].	O mesmo 8 *ao ed.*, D. 47.23.5 – Aquele que é demandado com a ação popular, pode nomear um procurador para defender-se, mas aquele que a promove, não pode nomear um procurador.

[146] I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho* cit. (nota[2]), t. III, p. 720.

[147] Fragmento retirado do comentário de Ulpiano ao *Edictum*, I título edital *De his, qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunto*, § 4 – *De fugitivis*, conforme a reconstrução de O. LENEL. O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XVII; ID., *Pal.* cit. (nota[124]), I, 188, p. 423.

[148] Fragmento proveniente do comentário de Paulo ao *Edictum*, II título edital *De iurisdictione*, § 7 – *De albo corrupto*, conforme O. LENEL. O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XVIII; ID., *Pal.* cit. (nota[124]), I, 109, p. 969.

[149] Fragmento do livro 8 do comentário de Paulo ao VIII título edital *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus* do *Edictum Perpetuum*, segundo a reconstrução de O. LENEL. O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XVIII; ID., *Pal.* cit. (nota[124]), I, 166, p. 977.

Ulp. 25 *ad ed.*, D. 47.23.6 – *Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat*[150].	Ulp. 25 *ao ed.*, D. 47.23.6 – À mulher e ao pupilo não são concedidas ações populares, a não ser quando o assunto lhes pertence.

Paul. 61 *ad ed.*, D. 47.23.7 – *Populares actiones non transeunt ad eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto.* § 1. - *Item qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior*[151].	Paul. 61 *ao ed.*, D. 47.23.7 – As ações populares não passam àquele ao qual a herança é restituída em virtude do senatusconsulto Trebelliano. § 1. – Outrossim, não se reputa mais rico aquele que tem essas ações.

Note-se que na edição de G. VIGNALI é reportado o fragmento do Sc. Trebelliano: I. *Non intelligi locupletiorem eum qui habet has actiones* - Aquele que possui essas ações não se considera mais rico.

Ulp. 1 *ad ed.*, D. 47.23.8 – *Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur*[152].	**8.** Ulp. 1 *ao ed.*, D. 47.23.8 – Todas as ações populares não são concedidas contra os herdeiros, nem se estendem além de um ano.

A matéria concernente às ações populares nunca teve uma sistematização unitária na jurisprudência romana, de forma que tais ações aparecem em diferentes sedes do Digesto. Comumente são ações penais privadas que visam à repressão de delitos, enquanto atos contrários ao interesse da coletividade[153].

---

[150] Fragmento retirado do comentário de Ulpiano ao *Edictum*, XVI título *De religiosis et sumptibus funerum*, § 93 – *De sepulchro violato*, conforme reconstrução de O. LENEL. O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XIX; ID., *Pal.* cit. (nota[124]), I, 748, p. 564.

[151] Fragmento proveniente do comentário de Paulo ao *Edictum*, XXV título *De bonorum possessionibus*, segundo O. LENEL. O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XXI; ID., *Pal.* cit. (nota[124]), I, 576, p. 1048.

[152] Fragmento retirado do comentário de Ulpiano ao *Edictum*, I título *De his, qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt*, § 4 – *De fugitivis*, conforme reconstrução de O. LENEL. O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XVII; ID., *Pal.* cit. (nota[124]), I, 189, p. 424.

[153] F.L. VON KELLER, *Der Römische Civilprocess und die Actionen*, Leipzig, Tauchnitz, 1876, trad. fr. C. Capmas, *De la procedure civile et des actions chez les Romains*, Paris, Thorin, 1870, pp. 450-445.

Deve-se relevar, contudo, que um esforço sistematizador dos juristas de Justiniano pode ser vislumbrado na elaboração do título D. 47. 23. O próprio imperador Justiniano na constituição *Deo auctore* sobre a concepção do Digesto, e na constituiçãao *Tanta* relativa à confirmação do Digesto, registra o estado de confusão em que se encontrava o direito antigo e afirma que entre todas as coisas não há nenhuma mais digna de atenção do que 'a autoridade das leis' que exclui toda iniquidade. Faz-se necessária, portanto, uma ação de reordenação, consolidação e harmonização das leis romanas desde a fundação da *Urbs*, para que se possa garantir a autoridade da lei que dispõe acertadamente sobre todas as coisas divinas e humanas. Nesse quadro programático justinianeu, devemos inserir os esforços dos compiladores em sistematizar todo o *ius romanum*[154].

Destarte, além das disposições contidas no título 47.23, encontramos em outros títulos do Digesto a disciplina de específicas *actiones populares*, tais como a *actio de sepulchro violato* em Ulp. 25 *ad ed.*, D. 47.12.3pr; a *actio de effusis et deiectis* em Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.5.5; a *actio de positis et suspensis* em Ulp. 23 *ad ed.*, D. 9.3.5.6; D. 9.3.5.13; a *actio de feris* em Ulp. 2 *ad ed. aed. cur*., D. 21.1.40 e em Ulp. 2 *ad ed aed. cur*., D. 21.1.42; a *actio de albo corrupto* em Ulp. 3 *ad ed.*, D. 21.1.7; a *actio de testamento aperto*, mencionada em Gai 17 *ad ed. prov.*, D. 29.5.25.2, e, por último, cumpre citarmos, entre as ações qualificadas expressamente pelos juristas como *populares*, a *actio de via publica* em Paul 3 *ad ed.*, D. 3.3.42pr que alguns autores incluem entre as *actiones populares*.[155].

3. 2. A interpretação de D. 47.23.1

3.2.1. O problema interpretativo de *popularis* e de *suum ius populi*

As fontes romanas, como se viu, conservaram só uma definição de *actio popularis*:

> Paul. 8 *ad ed.*, D. 47.23.1
>
> *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*.
>
> Denominamos ação popular aquela que ampara como próprio o direito do povo.

[154] I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho* cit. (nota[2]), t. I, pp. 167-171; pp. 177-187.
[155] A. TORRENT, *Las acciones populares en la Lex Rivi Hiberiensis*, in *RIDROM-Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre 2012, p. 143; C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 145..

Tal definição deu origem a um específico problema interpretativo objeto de análise por parte de diversos autores que trataram do nosso tema. O fragmento é composto por duas proposições: a) *Eam popularem actionem dicimus* e b) *quae suum ius populi* (ou *populo*, conforme a reconstrução de Haloandro) *tuetur*.

a) Na primeira parte do fragmento a *actio* é adjetivada como *popularis*, assim sendo, para termos uma inicial compreensão desta *actio* é necessário compreendermos o que os Romanos entendiam por *popularis*. Releve-se que nem todas as ações concedidas a *quivis de populo*, atuadas segundo o rito do processo privado, são indicadas nas fontes como *popularis*.

Os léxicos jurídicos, geralmente, afirmam que *popularis* significa *ad populum pertinens, spectans*; a ligação entre o adjetivo *popularis* e o substantivo *populus* é inegável, embora, etimologicamente o adjetivo de *populus* seja *publicus*[156].

Destarte, é imprescindível considerarmos o significado de *populus*, ou pelo menos, qual entre os vários significados de *populus* se correlaciona ao adjetivo *popularis* e, por outro lado, qual significado está na base do adjetivo *publicus*.

H. HEUMANN nos fornece, tratando do verbete *Populus*, dois significados de *popularis* correlativos, respectivamente, a dois significados de *populus*: a) *Populus* significaria a universalidade dos cidadãos do 'Estado', em particular o povo Romano, correspondendo, consequentemente, *popularis* a designar algo que se refere a este, que a este é pertinente, relativo a um público interesse; seria frequente nas fontes o uso de *populus* em relação àquilo que nós entendemos por 'Estado'. Neste sentido, o autor põe como exemplo corroborante a própria definição da *actio popularis*; b) O termo *populus* pode indicar, também, a universalidade dos habitantes, a população de uma cidade ou província, e consequentemente *popularis* teria o significado de algo relativo a esses habitantes[157].

---

[156] No *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine* (A. ERNOUT-A. MEILLET, Paris, C. Kilncksieck, 1951, pp. 933-934) encontramos o significado de 'peuple, ensemble des citoyens', por vezes, já na época imperial, precisa a explicação do verbete, quando se tinha perdido o sentido da velha organização social e política, *populus* é utilizado no sentido de *plebs*. O verbete dá como adjetivo correspondente a *populus publicus*. Ver também o termo 'populus' in P. REGNAUD, *Dictionnaire Etymologique du Latin*, Paris, Leroux, 1908; cf. M. BRÉAL - A. BAILLY, *Dictonnaire Étimologique Latin*, Paris, Hachette, 1918, p. 274.

[157] H. HEUMANN, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, Fischer, 1891, p. 404; cf. C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 297.

H. DIRKSEN, ao invés, introduz um verbete específico para *popularis* e indica como significado aquilo que "*ad universum populum R., i.e., ad omnes cives R. spectans*", corrobora o significado com textos relativos aos interditos e às ações populares, e outros, em que se faz referência a massa dos cidadãos[158].

Dessarte, podemos dizer que a expressão *actio popularis* poderia significar a ação relativa a um público interesse (interesse do *populus* no sentido de 'Estado') ou a expressão significaria uma ação pertencente à massa dos cidadãos, ao conjunto dos *cives*.

A. CODACCI-PISANELLI, comentando a definição da ação popular romana, assevera que *popularis* derivaria de *populus* e que *populus* não poderia ter outro sentido senão aquele de 'Estado'. O autor correlaciona o fragmento de Paulo concernente à definição de *actio popularis* com outro passo de Paulo, retirado sempre dos comentários ao edito (Paul. 48 *ad ed.*, D. 39.1.4), em que o jurista severiano afirma que *nam reipublicae interest, quamplurimos ad defendendam suam causam admittere* – porque à República interessa admitir que muitíssimos defendam a sua causa, concluindo que não é arbitrário relevar a correlação entre os dois fragmentos, a qual nos indica que no primeiro fragmento o *populus* tem evidentemente o significado de 'Estado', já que o *ius suum* do primeiro fragmento não pode ser algo de diferente do *suam causam* do segundo[159]. Acrescenta, ainda, que embora a palavra *populus* indique o 'Estado', o adjetivo *popularis* não pode referir-se unicamente às ações que tutelam o direito do povo ou do 'Estado', pois, se assim fosse a acusação nos solenes juízos penais, visando ao mesmo objetivo, teria sido denominada popular e não *accusatio publica*. Justifica o autor tal diferença com o fato de que o conceito de *accusatio* é bem diferente daquele de *actio*, já que a acusação cabe a todos, sendo, portanto, de natureza pública, enquanto a ação cabe somente a quem tem direito, sendo de natureza privada. O que caracteriza a ação popular é ser esta concedida a *quivis de populo*, independentemente de um interesse do autor popular, nos moldes do processo privado, reservado, como regra geral, àqueles que tivessem um específico interesse na ação. A *actio popularis* seria uma derrogação ao princípio geral[160].

---

[158] H. DIRKSEN, *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum. Thesauri Latinitatis Epitome*, Berlin, Duncker-Humblot, 1837, pp. 727-728; cf. C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 297.

[159] A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari* cit. (nota[11]), pp. 9-10; cf. V. COLONIEU, *Les actions populaires* cit. (nota[12]), pp. 17-18. Contra a interpretação de Codacci-Pisanelli e Colonieu, ver C. FADDA, *L`Azione Popolare* cit. (nota[157]), pp. 384-387.

[160] A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari* cit. (nota[11]), pp. 11-12.

C. FADDA discorda e afirma que *popularis* nunca serviu para significar uma coisa feita no interesse do 'Estado': "Não me parece que *popularis* jamais se ache no sentido de coisa pertencente ao Estado, relativa ao público interesse". Ele considera que *popularis* se refere a algo concernente a cada cidadão sem distinção, e que lhe é próprio como indivíduo pertencente a uma comunhão social[161].

F. CASAVOLA, concordando com C. FADDA no sentido de que *popularis* na definição da *actio* nunca teve o significado de coisa feita no interesse do Estado, fornece-nos, porém, outra leitura de *popularis*. Ele sustenta que a pesquisa terminológica revela uma clara oposição entre *publicus* e *popularis*, sendo *publicus* termo denso de significados jurídico-formais relativos ao *populus* na sua acepção de 'Estado'; *popularis* é termo que floresce no âmbito da luta política da tarda república, com vários significados, mas sempre referido a uma parte do *populus* sujeita ao poder e distinta da classe dominante, dos *optimates*[162].

Por último, levando-se em conta que na experiência jurídica romana não havia uma nítida separação entre a esfera jurídica e a esfera religiosa, a tripartição de Festo, quanto aos *sacra*, certamente, pode nos fornecer luzes na compreensão daquilo que os Romanos indicavam com o termo *popularis*[163]. Festo divide os *sacra* em a) *Publica sacra*; b) *Privata sacra* e c) *Popularia sacra*[164]:

Publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiunt, quaeque pro montibus pagis curis sacellis; at privata, quae pro singulis hominibus familiis gentibus fiunt;	Os cultos públicos são aqueles feitos em prol do povo com dispêndio público, são aqueles em prol dos montes, em prol dos vilarejos, em prol das lanças, em prol dos templos; mas os cultos privados são aqueles feitos em prol de cada homem, em prol das famílias, em prol das gentes.

[161] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), pp. 298-299.
[162] F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane* cit. (nota[18]), p. 9.
[163] M. Talamanca salienta que "As normas que diziam respeito à organização da religião citadina, isto é, da religião do Estado, eram normas do Estado. Era o próprio ordenamento do Estado que se assumia a responsabilidade de garantir uma série de exigências de cunho". M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), p. 20.
[164] FEST., QU. XII, 13, 28, Festi Fragm. e Cod. Farn. L. XVI, p. 316; QU. XII, 21, 13, Fragm. e Cod. Farn. L. XVI, p. 332.

Popularia sacra sunt, ut ait Labeo, quae omnes cives faciunt nec certis familiis adtributa sunt: Fornacalia, Parilia, Laralia, porca praecidanea	Os cultos populares são, como diz Labeão, aqueles que todos os cidadãos fazem, e que não foram atribuídos a famílias certas: Fornacalia, Parilia, Laralia, porcas precedentemente sacrificadas.

J. MARQUARDT distingue entre os *sacra publica:* os *sacra pro populo* e os *sacra popularia*. Esses eram celebrados por todo o povo, com o objetivo de implorar da divina providência a saúde do povo inteiro, a qual era de interesse de cada indivíduo que o compunha, aqueles, os *sacra pro populo*, eram celebrados pelos magistrados e pelos sacerdotes para a obtenção da prosperidade do 'Estado', que o autor considera ter existência própria, pois, "ele [o Estado] constitui uma pessoa distinta daquela dos cidadãos"[165].

Os *sacra popularia* não somente são atribuídos a *omnes cives*, mas eram feitos no interesse dos cidadãos como uma soma de indivíduos. Todas as festas populares se referem à prosperidade econômica do povo, à agricultura, às indústrias, de tal forma que, de um lado, são a forma *adtributa omnibus civibus*, do outro lado, são realizados no interesse coletivo e individual. Um interesse geral certamente está presente nos *sacra popularia*, i.e., o interesse do 'Estado' no bem-estar dos *cives*, mas deve-se excluir qualquer tipo de representação do 'Estado' (caráter procuratório)[166]: o *civis* efetua os *sacra* no seu interesse, como um indivíduo pertencente àquele povo. Nos *sacra pro populo*, ao invés, quem os celebra, o sacerdote, fá-lo pelo público interesse e pelo 'Estado'[167].

[165] J. MARQUARDT, *Les cultes chez les Romains*, I, trad. fr. J. Brissaud, Paris 1889 [T. Mommsen-J. Marquardt, *Manuel des Antiquités Romaines*, XII], p. 228 e pp. 251-252.
[166] Assim M. VOIGT, citado por C. FADDA na obra *L`Azione Popolare*: "Il predicato *popularis* designa la caratteristica di un atto, per cui da un canto esso è destinato alla tutela del comune interesse politico (*staatliches Gemeininteresse*) non già a servizi dell`interesse privato, dall`altro il suo compimento era lasciato a qualunque privato, ossia cittadino, in qualità di procuratore. Come adunque i *Sacra popularia* sono quei sacrifizi, che ciascun *civis* è chiamato ad offrire nel commune interesse: Marquardt, St. V., III, 184, in antitesi a *Sacra sacerdotalia*, che i Sacerdoti compiono, così *a. popularis* quella aperta ad ogni *civis*, in antitesi ad *a. eius ad quem res pertinet*." Ver M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, I,§ 54, Leipzig, Liebeskind, 1888, p. 513 nt 3; ver, também, C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), pp. 299-300.
[167] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), pp.301-302.

A análise do termo *popularis* põe em evidência uma íntima correlação entre o conceito de *popularis* e o conceito de *populus*[168]. *Populus*, porém, corresponde ao significado moderno de Estado? Se assim for, devemos admitir que os Romanos conheceram a figura jurídica abstrata de 'pessoa jurídica' e o seu mecanismo de representação[169].

b) A segunda proposição da definição de *actio popularis* constitui uma espécie de quebra-cabeça para os intérpretes que se dedicaram ao nosso tema. A problemática quanto à natureza jurídica da ação está contida na expresão *suum ius populi* que deveria nos esclarecer qual a natureza da *actio popularis*, pública ou privada, na medida em que o interesse tutelado seja um interesse público ou um interesse privado. O *suum* se refere ao direito do *populus* ou ao direito próprio do autor? E mais, o que se entende por *Populus*?

O texto tem sido objeto de inúmeras análises por parte dos estudiosos, pois, o fundamento jurídico da *actio popularis* é identificado na expressão *suum ius populi* que para alguns romanistas, como R. MASCHKE[170], não é genuína. Com efeito, R. MASCHKE partindo da constatação de que nas Basílicas (B. 60. 32. 5[171]) não consta o *suum* afirma ter sido o passo interpolado por um leitor posterior que discordando de Paulo teria evidenciado o exercício de um direito próprio do autor. Th. MOMMSEN propõe a substituição do *suum* com *sua vi* (ver nt. 133). K. G. BRUNS segue a leitura de Haloandro e lê *ius suum populo tuetur*[172], enquanto V. COLONIEU propõe *qua ius suum populus tuetur* superando, assim, a dificuldade de se referir o *suum* a um 'possível' direito do autor popular[173]. C. FADDA aceita sem restrição o texto da *Littera Fiorentina* considerando arbitrárias e ilícitas eventuais correções[174]. Ele considera a inexistência nas Basílicas do *suum* um elemento não relevante, pois, não é raro encontrar-se no texto das Basílicas supressões de tal tipo.

---

[168] Salientamos, porém, que a compreensão daquilo que os Romanos entendiam como *populus* é objeto, ainda hoje, de inúmeras discussões, pois, se aplicarmos a esse conceito a dogmática moderna e pandectista, relativa ao conceito jurídico de Estado, cometeremos, no entender de parte da doutrina, um grave erro de método (ver ponto 1.2.).

[169] Tentaremos fixar os termos da questão em ítem específico de nosso trabalho.

[170] R. MASCHKE, *Zur Theorie und Geschichte der Popularklagen*, in *ZSS, Romanistische Abteilung*, 6 (1885), p. 234 nt. 1.

[171] B. 60. 32. 5 (HEIMB, V, 670): *Popularis actio est, quae tuetur ius populi*.

[172] K. G. BRUNS, *Die römischen Popularklagen* cit. (nota[26]), in *AG*., XXIX, p. 297. Vale notar, porém, que o romanista alemão quando usa a expressão não está fazendo a exegese do fragmento.

[173] V. COLONIEU, *Les actions populaires* cit. (nota[12]), p. 17 e p. 45.

[174] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 384.

Observa, ainda, C. FADDA que se partimos do presuposto de que o *populus* é o Estado, no sentido de algo de superior ao conjunto dos indivíduos que o compõe[175], teríamos, segundo a definição contida em Paul. 8 *ad. ed*., D. 47.23.1, que afirmar que todas as ações que tutelam um direito do Estado, do município, da colônia são ações populares, não somente aquelas promovidas pelos cidadãos, mas também aquelas propostas pelos magistrados, o que seria uma proposta que foge do sentido das fontes. A incongruência não se elimina com a interpretação de A. CODACCI-PISANELLI, que entende por *popularis* a ação concedida a "qualquer cidadão" e por *populus* o "Estado", o que nos leva a presença em uma mesma definição de duas palavras *populus* e *popularis* com significados tão diferentes, uma indicando uma pluralidade (*popularis*) e outra uma unidade (*populus*). Admitindo-se o duplo significado na definição, proposto por A. CODACCI-PISANELLI[176], esta não logra ter um sentido claro. Conclui C. FADDA que se traduzirmos o texto da definição de Paulo, segundo essa interpretação, ter-se-ia que a ação concedida a cada cidadão (*popularis* como sustenta CODACCI-PISANELLI) é aquela que tutela um direito do Estado. Ou seja, cada ação relativa ao interesse do Estado poderia ser promovida pelo *quivis de populo*. Embora façamos todos os esforços para sairmos do impasse, a verdade é que, se seguirmos tal opinião, é necessário declarar popular também a ação que o Estado promove através do magistrado, ou o município através do *actor*, ou declarar que qualquer cidadão pode propor todas as ações que tutelem o interesse do Estado. O certo é que são populares, somente, as ações em que o cidadão é ator, e que a popularidade se tem somente naquelas ações para quais é particularmente estabelecida[177].

Tal consequência decorre da consideração de que o *ius populi* é o 'direito do Estado'. O *ius populi*, ao invés, designa um direito público, no sentido de R. VON JHERING, i.e., aquilo que é relativo ao interesse comum do povo[178], algo relativo ao povo, pertencente ao povo. *Suum ius populi* indica, segundo C. FADDA, que o direito tutelado nas *actiones populares* é um direito que pertence ao autor na sua qualidade de membro da comunhão social e política. As ações populares competem a qualquer cidadão com fundamento na sua

---

[175] A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari* cit. (nota[11]), p. 13.
[176] A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari* cit. (nota[11]), p. 12.
[177] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), pp. 384-385. Cf. R. JHERING, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1865-1866, trad. fr. O. de Meulenaere, *L`Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, IV, 2 ed., Paris, Marescq, 1880, p. 339.
[178] R. VON JHERING, *L`Esprit* cit. (nota[177]), p. 212: "A expressão que designa [...] os interesses comuns do povo é *populicum, publicum, popularis*."

qualidade de membro do *populus* (Paul. 9 *ad ed*., D. 3.3.43.2: *In popularibus actionibus, ubi quis quase unus ex populo agit*...- Nas ações populares, nas quais alguém age como um do povo, eis, aí, a coordenação entre *popularis* e *suum ius populi*[179].

3.2.2. A concepção do *populus* no direito romano

O problema jurídico que a análise da definição de *actio popularis* nos apresenta consiste na necessidade de entendermos qual tipo de relação existia entre o *civis* e o *populus*. Seria o *populus* um todo de que o *civis* é uma parte ou, como sustentam alguns, o *populus* seria algo de diverso, e até de superior, do *civis*, com terminologia familiar e moderna, seria ele o Estado?

O significado de *civis* parece não apresentar discordâncias na doutrina romanística, contrariamente, o conceito de *populus* tem sido objeto de muitas discussões e contraposições. O problema deve ser inserido na análise histórica relativa à formação do conceito de 'pessoa jurídica', pois, comumente, afirma-se que o Estado é a pessoa jurídica por excelência.

3.2.2.1. A teoria da *persona ficta* e a noção de 'Estado romano'.

a) Hoje entendemos por 'pessoa jurídica' todo ente diverso do homem ao qual o ordenamento jurídico reconhece a capacidade de direitos e de obrigações. Trata-se de uma pluralidade de homens que desenvolvem uma atividade associativa pré-determinada (corporações) ou um patrimônio destinado a um fim (fundações).

Observa V. ARANGIO-RUIZ que tais entes, presentes já na experiência romana, parecem contrariar a máxima, contida em Hermogeniano 1 *iuris epitomarum*, D. 1.5.2, *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*[180]. O autor, porém, interpreta o texto no sentido de que o direito serve somente para atingir os fins que o homem se propõe na vida social; tais fins não são, porém, necessariamente individuais, podendo ser atingidos no âmbito da atividade do indivíduo; existem fins humanos que podem ser atingidos somente

[179] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 386.
[180] Hermogeniano 1 *iuris epitomarum*, D. 1.5. 2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit* [...]- Como, portanto, todo direito è constituído por causa dos homens [...],. trad. port. de H. M. F. Madeira, *Digesto de Justiniano* cit. (nota[37]), p. 63.

com a atividade consociada dos homens[181]. R. ORESTANO concorda com a interpretação do romanista napolitano quando afirma que do testemunho de Hermogeniano podemos extrair, na realidade, somente, a constatação de que o direito existe em função da sociedade[182]. P. CATALANO, por sua vez, insiste sobre a noção concreta de *homines* na máxima de Hermogeniano, afirmando, pois, que o texto não faz referência à sociedade, mas sim "aos *homines* indivíduos em sua pluralidade concreta"[183].

O conceito de *homo/persona* foi objeto de muitas e diferentes considerações no decorrer das várias épocas históricas, transformações estas que desmaterializaram, através de um processo de antropomorfização, conceitos da *iurisprudentia* romana que mantinham, mesmo em época justinianea, a concretude das figuras jurídicas elaboradas para regulamentar os *corpora* e as *universitates*.

Para que possamos entender a desmaterialização do conceito de *homo* devemos, primeiramente, entender que a ideia de um conjunto de homens ligados por um vínculo qualquer é muito antiga e que a nossa percepção de que esta realidade coletiva é posterior a uma realidade proeminentemente individual se deve a uma forma *mentis* decorrente das teorias jusnaturalísticas e evolucionistas. R. ORESTANO explica, a esse propósito, que foram as teorias contratualísticas, dos Sofistas até Rousseau, que nos levaram a pensar o desenvolvimento da história segundo um esquema que vai «do indivíduo à sociedade», do «singular ao coletivo», e as ideias evolucionistas nos condicionaram em considerar os processos históricos como algo que se desenvolve segundo o esquema biológico «do mais simples ao mais complexo»[184].

Na realidade se analisarmos os dados que possuímos relativos a sociedades primitivas constataremos que as primeiras sociedades se desenvolveram a partir de realidades coletivas. J. GILISSEN assevera que no que concerne à formação dos clãs, a determinação da estrutura das linhagens não é importante, pois, chegaremos quase sempre à formação de grupos relativamente extensos; nas sociedades arcaicas teremos sempre a predominância da lei do mais forte, os membros do mesmo clã terão a tendência a reforçar os laços que os unem de maneira a poderem fazer frente aos inimigos comuns. Destarte, esses laços subsistirão para além da pessoa física dos indivíduos, mesmo depois da

[181] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota[74]), p. 66.
[182] R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, Torino, Giappichelli, 1968, p. 104 nt. 6.
[183] P. CATALANO, *As raízes* cit. (nota[60]), p. 41.
[184] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), p. 82.

morte[185]. A sociedade arcaica não é concebida como um conjunto de tantos homens, mas sim como um conjunto de tantos grupos.

A experiência romana não se distancia desse esquema. Temos muitos elementos que comprovam que a propriedade territorial mais antiga era coletiva; a "responsabilidade" por um comportamento considerado ilícito é por muito tempo responsabilidade do grupo.

Desde a época romana mais antiga a vida dos indivíduos se desenrolava no âmbito de diversas organizações, começando pela comunidade romana que determinava a condição de *civis* de cada indivíduo até outros agrupamentos, tais como *gentes*, *familiae*, no âmbito 'privado'; *tribus*, *curiae*, *exercitus*, no âmbito 'público'.

FUSTEL DE COULANGES, partindo da premissa de que os homens se uniram, primeiramente, em grupos familiares, permanecendo unidos com o fito de praticar o culto da religião doméstica, afirma que nos tempos remotos a propriedade é, por motivos religiosos, indivisa, pois, a casa e o túmulo dos antepassados pertenciam à família, sendo o *pater*, o sacerdote da religião doméstica e o responsável por esses bens. A *urbs*, por sua vez, forma-se a partir de grupos sempre mais amplos, família, *gens*, cúria, tribo e, por fim, a *civitas*[186].

Fica claro, assim, que desde os tempos mais remotos os Romanos conheceram situações coletivas, que embora se assemelhem às nossas 'pessoas jurídicas' não podem ser tecnicamente consideradas tais no sentido moderno.

b) A expressão 'pessoa jurídica' não é de marca romana, mas uma criação moderna, na forma e no conteúdo. As fontes romanas usam o termo *persona*, mas até o século XVI sem uma particular conceituação, não lhe atribuindo qualquer valor técnico[187].

O termo indicava o homem como tal, sem nenhuma implicação jurídica (ver Gai 1. 9: *...et quidem summa divisio...personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* – A suma divisão do direito das pessoas é esta, a saber, todos os homens são livres ou

---

[185] J. GILISSEN, *Introduction Historique au Droit*, 2ª ed., Bruxelles, Bruyant, 1979, trad. port. de A.M. Hespanha - L.M. Macaísta Malheiros, *Introdução histórica ao estudo do direito*, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979, p. 42.

[186] FUSTEL DE COULANGES, *La Cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, Paris, Hachette, 1880, pp. 62-75; pp. 143-151, trad. port. E. Bini, *A Cidade Antiga. Estudos sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia Antiga e de Roma*, 4ª ed., São Paulo/Bauru, Edipro, 2009, pp. 54-62; pp. 104-110.

[187] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), p. 1.

escravos[188]); nos textos pós-clássicos notamos uma utilização mais conceitual que se aproxima da noção de 'capacidade juridica' (Nov.Th. 17.1.2 (a.439): *servos...quasi nec personam habentes*). Na compilação justinianea o termo 'persona' continua a ser usado de forma genérica e a jurisprudência medieval continuará a usar o termo segundo a mesma perspectiva, i.e., sem uma específica valoração jurídica[189]. Com efeito, a Glosa acursiana (em relação a Ulp. 10 *ad ed*., D. 3.4.7. 1[190]) afirmava: *universitas nihil est, nisi singuli homines qui ibi sunt* - A universalidade nada mais é, senão os indivíduos que aí se encontram.

Foram os canonistas os primeiros a elaborar a noção de *persona universitatis*, de *persona collegii* estabelecendo que *universitas est persona*: *universitas est quoddam individuum* (a universalidade é quase um indivíduo)[191]. Coube a eles a criação da teoria das *personae fictae*. A antropomorfização não é, porém, completa, pois SINIBALDO DEI FIESCHI dirá que o "capitulum", enquanto *nomen intellectuale* e *res incorporalis*: *nihil facere posse nisi per membra sua*[192].

HUGUES DONEAU (*Donellus*, 1517-1591), no final do século XVI, correlaciona a teoria romana do *status hominum* com o *ius personae*, pondo em evidência o homem como ser da natureza e ressaltando a *conditio personae* e o seu tratamento jurídico: *servus ...homo est, non persona: homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*[193].

Na opinião de R. ORESTANO o que contradistingue as posições da ciência do direito, da romana até a do século XVIII, é o fato de não se ter tido dificuldade em considerar juridicamente relevantes situações diversas da do homem às quais atribuir direitos e obrigações. Tudo muda quando a partir do século XVIII a ideologia do individualismo jusnaturalístico busca fazer coincidir o *status hominis naturalis* e o *status hominis civilis*, alegando-se que cada homem seria de per si titular de 'direitos subjetivos', todos decorrentes da sua *potestas voluntatis*. O velho objetivismo naturalista se restringe ao

---

[188] Gai 1. 9, trad. port. de A. Correia, in A. CORREIA-G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano* cit. (nota[3]), p. 21.
[189] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 8-9.
[190] Ulp. 10 *ad ed*., D. 3.4.7.1 § 1. – *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* - § 1.- Se algo se deve a uma corporação, não se deve a cada um de seus membros, nem aquilo que a corporação deve, pode ser debitado a cada um de seus membros.
[191] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), p. 11.
[192] SINIBALDUS DE FLISCO, in *In quinque libros Decretalium* (1570), Tit. XXXIX *De Sententia excommunicationis*, Caput LXIIII, p. 564: "*quia capitulum, quod est nomen intellectuale et res incorporalis, nihil facere potest, nisi per membra sua*". Disponível in https://works.bepress.com/david_freidenreich/46/
[193] *Comm. Iur. Civi*., Napoli 1763, I, 65 (Ib. II, cp. 9) *apud* R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), p. 14 nt 21.

homem, dando origem a uma concepção 'subjetivista' do direito, nem mesmo as normas poderiam reconhecer a possibilidade de criar, impor ou modificar situações jurídicas, mas teriam, somente, a função de tutelar e atuar 'direitos', considerados como pré-existentes e, portanto, independentes dessas[194].

c) Até o século XVIII qualquer coletividade a qual se imputassem direitos e deveres era vista objetivamente, a ciência do direito não tivera quaisquer problemas em considerar situações diversas do homem juridicamente relevantes. O ponto de vista dos juristas era objetivo, preocupavam-se com a regulamentação das relações internas e externas de tais coletividades.

O cenário, porém, muda quando sob a influência do individualismo jusnaturalista e da sempre maior afirmação das teorias liberais, a ciência jurídica tenta fazer coincidir o *status hominis naturalis* e o *status hominis civilis*, a noção de homem como dado naturalístico com a noção de pessoa como dado jurídico[195]. Passa-se de uma concepção objetivista do direito a uma concepção subjetivista.

A passagem de uma concepção objetivista do direito para uma concepção subjetivista ocorre a partir das construções teóricas da Escola Histórica e da Pandectística alemã, entre o final do século XVIII e o século XIX, na busca de uma sistematização das doutrinas do direito privado. O sistema jurídico foi totalmente articulado entorno do *subiectum iuris*, expressão que não indica mais aquilo que se encontra submetido a uma regulamentação objetiva, mas somente o ser pensante, titular de direitos que lhe pertencem como predicados da sua existência, i.e., o 'sujeito de direito', qualidade exclusiva do homem[196].

Se a premissa do novo raciocínio jurídico era essa, como explicar a imputação de direitos e obrigações a algo de diverso do homem e inserir no sistema, assim concebido, as situações coletivas (pessoais ou patrimoniais) como titulares de direitos?

No início do século XIX, A. HEISE tenta construir sistematicamente uma noção geral de 'sujeito de direito' e, pela primeira vez, usa a expressão 'pessoa jurídica' para unificar sob um único conceito tudo aquilo que além dos homens é reconhecido em um Estado

[194] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), p. 16 ss.
[195] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), p. 16.
[196] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), p. 17.

como ‘sujeito de direito’, tendo esse, necessariamente, um substrato que pode ser constituído de agrupamentos de homens ou de agrupamentos de bens[197].

F. K. von SAVIGNY, reelaborando as ideias de A. HEISE, na obra *Sistema do direito romano atual* (1840), afirma que sem a vontade do Estado as pessoas jurídicas não poderiam ser consideradas ‘sujeitos de direito’. Mantendo o princípio jusnaturalístico de que todo direito subjetivo existe por causa da liberdade moral inerente a cada homem, ele assevera que o conceito originário de ‘pessoa’ como ‘titular’ ou ‘sujeito de direitos’ deve coincidir com o conceito de homem, já que *cada homem singular, e somente o homem singular é capaz de direitos*; ele admite, porém, que esta capacidade pode ser estendida pelo direito positivo a alguma coisa diferente do homem, i.e., às ‘pessoas jurídicas’, entendidas como ‘sujeitos artificiais’, criados com base em uma simples ficção, que se distinguem em “corporações” e em “fundações”. Assim sendo, F.K. von SAVIGNY, partindo do texto de Hermogeniano (Hermogeniano 1 *iuris epitomarum*, D. 1. 5. 2[198]: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*- Como, portanto, todo direito è constituído por causa dos homens), afirma que o conceito primitivo de pessoa ou seja de sujeito de direitos deve coincidir com o conceito de homem. Todavia esse conceito primitivo de pessoa pode através do direito positivo ser submetido a modificações, limitativas ou extensivas. Pode-se, em primeiro lugar, negar a alguns homens, no todo ou em parte, a capacidade jurídica. Pode-se, em segundo lugar, estender a capacidade a qualquer outro ente, diverso do homem singular, e, assim, artificialmente formar-se uma pessoa jurídica[199].

A noção de pessoa jurídica é construída para que tenha relevo somente no campo do direito privado, afirma-se que somente às relações de direito privado poder-se-ia aplicar a noção artificial de capacidade jurídica das pessoas jurídicas. A substancial diferença entre a construção de F.K. von SAVIGNY e aquela dos canonistas e civilistas anteriores é o fato de que as mais antigas concepções consideravam a *fictio* uma criação intelectual da ciência jurídica enquanto F.K. von SAVIGNY considera a *fictio* um instrumento técnico a disposição exclusiva do legislador.

Destarte, para os juristas medievais essa *fictio* servia para representar situações consideradas de per si possuidoras de relevância jurídica. Para Escola Histórica utiliza essa

---

[197] A. HEISE, *Grundriss* cit. (nota[44]), p. 25 ss.
[198] Ver nota 168.
[199] F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts* (1840), trad. it de Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Torino, 1888, p. 1 ss. Ver também P. CATALANO, *Diritto e Persone* cit. (nota[31]), p. 170 ss.

ficção como elemento imprescindível para a existência, no mundo jurídico, de situações coletivas titulares de direitos[200].

Surge com a Escola Histórica uma "teoria da ficção", segundo a qual além da pessoa física, entidade natural, existem outras entidades capazes de direito e de obrigações por exclusiva vontade do legislador que 'finge' ser uma associação de homens ou um conjunto de bens uma unidade considerada 'pessoa' e como tal 'sujeito de direito'.

d) A construção da teoria da ficção, por parte dos juristas alemães, foi, certamente, inspirada pelos ideais individualísticos que fundamentaram as reinvindicações burguesas e constituíram a base ideológica dos movimentos revolucionários do final do século XVIII, notadamente a Revolução Francesa. O pensamento liberal propunha uma visão caracterizada pela libertade do indivíduo, desprestigiando as formas coletivas. Assim sendo, o povo, a comunhão de todos, dissolve-se na ideia de um Estado-Pessoa.

A categoria de 'pessoa jurídica' foi utilizada, inicialmente, no âmbito do direito privado. E foi no quadro do direito privado que os pandectistas constuíram a noção de 'sujeito de direito'.

No entanto, as doutrinas juspublicistas alemãs passaram a utilizar tal noção no campo do direito público. Atente-se, por outro lado, que já HUGO GROTIUS, no *De iure belli ac pacis*, havia tratado do Estado como um *corpus morale*; THOMAS HOBBES se referia ao Estado, na introdução do *Leviatã*, como uma *persona artificialis*[201]. Os publicistas, portanto, apropriam-se do conceito pandectístico de 'pessoa jurídica' e fazem da 'personalidade' do Estado a base de toda a construção do direito público; o 'sujeito-pessoa jurídica-Estado' passa a ser o ponto central na construção do sistema de direito público a partir do final do século XIX e início século XX, assim como no campo do direito privado o sistema é construído ao redor do 'homem-sujeito de direito'[202]. O Estado é um 'sujeito de direito' dotado de uma própria vontade unitária, uma 'pessoa jurídica' capaz de direitos e deveres, aliás, a 'pessoa jurídica por excelência'[203].

---

[200] Cf. R. ORESTANO, *Il problema* (nota[182]), pp. 22-23.
[201] T. HOBBES, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil* (1651), trad. port. de João Paulo Monteiro-Maria Beatriz Nizza da Silva, *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, São Paulo,Nova Cultural, 1999, p. 27.
[202] R. ORESTANO, *Il problema* (nota[182]), pp. 32-38.
[203] R. ORESTANO, *Il problema* (nota[182]), p. 32 ss.

O maior processo de antropomorfização de situações jurídicas coletivas diversas do homem (às quais atribuir direitos e deveres) se reforça, principalmente, a partir do século XIX, quando se contrapõe, simetricamente, à pessoa física a pessoa jurídica e se afirma uma suposta 'autonomia' da 'pessoa jurídica', quase fosse essa uma realidade concreta; perde-se, assim, o valor originário metafórico. R. ORESTANO observa que a metáfora é sempre uma auxiliar perigosa; pois, inicialmente apresenta-se somente para ilustrar um raciocínio, mas logo apropria-se do mesmo e passa a governá-lo[204].

A aplicação da noção de 'pessoa jurídica' ao conceito de Estado leva a doutrina publicista a conceber esse todo como mais importante que os indivíduos que compõem seu substrato pessoal, pertencendo ao todo-Estado a soberania nacional[205].

A utilização de tais construções, seja do ponto de vista do direito privado, seja do ponto de vista do direito público, comportaram uma série de erros de avaliação da realidade jurídica romana, em particular no que concerne à imputação de relações jurídicas de interesse geral no quadro da organização pública romana.

A aplicação de pressupostos dogmáticos e ideológicos, tão forasteiros à experiência jurídica romana quanto correspondentes à dogmática da ciência jurídica do século XIX, na apreciação das soluções elaboradas pelos juristas romanos para determinar o modo através do qual se resolveria o problema jurídico da concepção teórica e do regime operacional unitários do agir voluntário de uma pluralidade de homens e o consequente procedimento de formação e manifestação da vontade, acarretou uma visão distorcida e 'modernizante', inviabilizando a possibilidade de se vislumbrar a realidade romana despida de preconceitos dogmáticos modernos.

A romanística dos séculos XIX e XX passa a aplicar a dogmática pandectística à experiência jurídica romana, cometendo desse modo um dos mais graves erros de método[206].

---

[204] R. ORESTANO, *Il problema* (nota[182]), p. 39.
[205] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 38-42.
[206] Pois como leciona R. Orestano: "[...] a ciência do direito chegou, após um longo caminho, a reconhecer que não existe a "pessoa jurídica" como figura válida para todos os ordenamentos, em qualquer tempo e em qualquer lugar, pois, se está diante de situações que são consideradas pessoas jurídicas na media em que os diversos ordenamentos as consideram como tais e, portanto, nos limites e configurações determinadas pela sua regulamentação positiva;" e ainda "se é verdade que não faz sentido falarmos de "pessoa jurídica" em abstrato, porque é noção da qual podemos falar somente em relação às experiências no âmbito das quais ela opera[...], também não faz sentido partirmos de uma noção como aquela de "pessoa jurídica" para estudarmos um direito do passado" . Ver R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 74-78.

e) Se F.K. von SAVIGNY foi o pai do sistema moderno do direito civil, Th. MOMMSEN foi o grande construtor do sistema moderno do direito público. No Prefácio do *Abriss des Römischen Staatsrechts*, traduzido para o italiano por Pietro Bonfante em 1904, o jurista alemão declara ser objetivo da obra: "ordenar em sistema os momentos essenciais do direito público romano"[207], proceder à sistematização do direito público, assim como F.K. von SAVIGNY e seus discípulos tinham feito no campo do direito privado[208].

A utilização, na interpretação e compreensão da organização pública romana, de categorias construídas no âmbito do direito privado, no esforço de atualização do direito romano para o seu uso no XIX século (*System des heutigen Römischen Rechts*), tais como 'pessoa jurídica' e 'representação', são aplicadas por Th. MOMMSEN. O *populus* se torna imediatamente o Estado e o magistrado é o seu representante. Temos, então, uma perfeita correspondência com o esquema jurídico 'pessoa jurídica' e 'representação', indispensável essa já que se trata de uma *fictio*. Assim sendo, ao tratar da Magistratura, Th. MOMMSEN assevera:

> "O conceito de Estado dos romanos se apoia na atribuição ideal da capacidade de agir à cidadania, o *populus*, e na submissão da vontade particular de cada pessoa física, que faz parte da coletividade, a essa vontade geral. A anulação da independência individual diante da vontade geral é o critério da associação estatal [...]", e ainda, "A vontade geral, se é lícito empregar expressões do direito privado romano, é uma ficção do direito público. De fato se verifica a necessidade de uma representação, como no direito privado para o pupilo não capaz de agir. [...] O ato público é sempre o ato de um só homem, pois que o querer e o agir são indivisíveis; [...] O representante da comunidade pode executar certos atos somente se a maioria das divisões do povo ou a maioria dos senadores o autoriza; mas as deliberações do povo ou do senado tornam-se atos da comunidade somente porque o representante da comunidade as promove e as atua, e, seja do ponto de vista lógico, como do ponto de vista prático, o ato, assim executado, é, antes de tudo, um ato do representante da comunidade."[209]

---

[207] Th. MOMMSEN, *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig, Dunker und Humblot, 1893, trad. it. de P. Bonfante, *Disegno del Diritto Pubblico Romano*, Milano, Vallardi, 1904, p. XVII.

[208] Observa P. Catalano que "Il campo della storiografia giuridica può dirsi dominato (a partire dagli ultimi decenni del secolo XIX) dalla costruzione dello *Staatsrecht* del Mommsen «Populus ist der Staat, insofern er auf der nationalen Zusammengehörigkeit der Personen ruht»: tale la perentoria affermazione del Mommsen, della quale è necessario chiarire i complessi motivi culturali e politici, che vanno oltre l`impronta liberale". Ver P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, *Memorie dell`Istituto Giuridico*, Università di Torino, serie II, memoria CLVI, Torino, Giappichelli, 1974, p. 42.

[209] Th. MOMMSEN, *Disegno* cit. (nota[207]), pp. 92-93.

A concretude do conceito de *populus*, conjunto de *cives* ou conjunto de vontades particulares, nessa visão mommseniana, dissolve-se na noção de 'vontade geral' representada pelo magistrado. A influência das teorias estatualísticas de cunho liberal é evidente, escreveu P. CATALANO a propósito da concepção mommseniana: "Mommsen tendencialmente reduz a concreta pluralidade dos cidadãos à abstrata unidade do 'Staat', e o poder daqueles [magistrados] ao poder desse. Trata-se, em outras palavras, de uma expressão daquelas que Nietzche denominará como «a mentira» do *Staat*". A vontade do Estado é juridicamente a vontade do *populus*, mas, na realidade, é aquela do seu representante[210].

Destarte, evidencia, ainda, P. CATALANO que os historiógrafos ao invés de buscar categorias "apropriadas ao dado, aplicam rigidamente as categorias modernas ('estado', 'soberania', 'representação') e acabam com anular a contraposição histórica entre povo, senado e magistrados. [...] E, por outro lado, achamos que, desenvolvendo a temática do 'estado', chega-se ao ponto de se afirmar que os Romanos tivessem o conceito de 'estado abstrato', já na época republicana"[211].

A noção mommseniana de *populus* irá influenciar os estudos em matéria de *actio popularis*, em particular no que concerne à natureza jurídica da ação que será considerada pública, no sentido de ser o *populus*, 'pessoa' distinda do conjunto dos *cives*, o sujeito legitimado a agir, pois, como sustenta A. CODACCI-PISANELLI, tratando da definição da *actio popularis*, o *quae ius suum populi tuetur*, indica o povo organizado, o Estado. Trata-se da fusão do povo com o Estado, na medida em que se entenda que ao cidadão romano eram atribuídas maiores funções que hodiernamente, e que, portanto tinha que se sentir, mais intensamente, parte e órgão do Estado. Conceito errôneo, se se acredita que os Romanos não tenham concebido a personalidade ética do Estado como algo de muito superior ao conjunto dos homens que o compõe[212].

Contra a teoria da ficção surge a teoria da realidade ou teoria orgânica, a qual buscando superar a noção de *persona ficta* na construção das 'pessoas juridicas' afirma que

---

[210] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 44: "il Mommsen tende a ridurre la concreta pluralità dei cittadini alla astratta unità dello 'Staat', e il potere di quelli al potere di questo. Si tratta, in altre parole, di un`espressione di quella che il Nietzche chiamerà la «la menzogna» dello 'Staat'." No que concerne à posição de Nietzche se trata, aqui, da famosa afirmação contida na obra *Assim Falava Zaratustra*: «Estado chama-se o mais frio dos monstros. Mente também friamente, e eis que mentira rasteira sai da sua boca: "Eu, o Estado, sou o Povo"».

[211] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 46-47.

[212] A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari* cit. (nota[11]), p. 13.

as pessoas jurídicas possuem uma realidade de per si e, portanto, são capazes de direitos e obrigações não sendo necessário assimilar, ficticiamente, o conjunto de homens a um único homem-pessoa.

O. VON GIERKE aprofundando o problema das pessoas jurídicas a partir do ponto de vista da tradição germânica e das suas formas associativas de tipo comunitário (*Genossenschaften*) tenta resolver o problema da imputação de direitos, na perspectiva de uma visão subjetivista, a um conjunto de homens com uma concepção que considera as pessoas jurídicas, assim como o homem, um dado natural, um organismo natural. Valorizando o substrato pessoal de muitas situações que tinham sido indicadas como 'pessoas juridicas', a teoria da realidade ou orgânica constata que o indivíduo, operando concretamente, está inserido em diferentes organizações e grupos sociais para o conseguimento de objetivos comuns. Assim sendo, o ente coletivo, considerado como um corpo social dotado de uma própria existência, não é considerado como uma abstração em face da pessoa física, que não deve ser reputada a única realidade existente, já que as formações sociais são essas, também, uma realidade concreta no mundo das relações humanas, da mesma forma que os indivíduos isoladamente considerados[213].

Ambas as teorias mantêm firme a necessidade da intervenção do Estado para que as situações coletivas possam atuar no mundo jurídico, a diferença consiste no valor dado à vontade do Estado: constitutiva para a teoria da ficção; declarativa para a teoria da realidade.

3.2.2.2. A concretude do conceito de *populus*

Vimos que Th. MOMMSEN aplica ao *populus* uma categoria jurídica moderna, desmaterializando o conceito romano de *populus*, na medida em que o conceito adquire uma unidade conceitual através da abstração do conceito de 'pessoa jurídica', desvinculando-se do seu substrato real, a coletividade de homens. O *populus* não é mais *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* (CÍCERO, *De rep.* 1.25), mas um ente ideal, uma *persona ficta*. Contra a construção mommseniana se posiciona R. VON JHERING, na obra *Der Zweck in Recht*:

---

[213] O. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Die Staats und- Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, III, Berlin, Weimann, 1881, *passim*. Cf. R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 26-30 e P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), pp. 49-52.

> "Se se compara o quadro oferecido pela antiga Roma [...] com a sombria concepção do estado produzida pelo absolutismo moderno e pelo estado de polícia dos povos da Europa moderna; se se pensa à separação total, aliás, à contraposição, nas relações entre os indivíduos e o estado, espantamos-nos diante da quase incrível diversidade de aspecto que pôde assumir a mesma relação. [...] O romano sabia que, como o Estado não é outra coisa que os seus cidadãos, também a *gens*, o *municipium* e a *colonia* nada mais são que os *gentiles*, *os municipes* e os *coloni*. A nossa ciência moderna ao invés de cada membro [...] leva em consideração a pessoa jurídica, como se esse ente somente pensado, que não pode gozar, nem sentir, tivesse uma existência autônoma."[214]

A linha de raciocínio de R. von JHERING se contrapõe à construção mommseniana, no que concerne à análise da relação entre o indivíduo e a coletividade na antiga Roma, por conseguinte, em tema de ações populares, o pensamento de JHERING irá influenciar algumas doutrinas que se opõem à tese procuratória de MOMMSEN, em matéria de *actio popularis*.

A análise sobre a constituição do antigo 'Estado' romano está inserida no quadro do discurso sobre a família e sobre as *gentes*. Já nas primeiras considerações R. von JHERING afirma que a *gens* é a identidade da família e do Estado, é uma família com um caráter político ou uma sociedade política com um caráter familiar. O enquadramento do discurso a partir de elementos 'coletivísticos' é evidente. O surgimento do Estado na visão de JHERING decorre do agrupamento de grupos, família, *gentes* (conjunto de famílias), Estado (conjunto de *gentes*)[215].

Discorre, longamente, o jurista alemão sobre os laços que unem os membros da *gens* e como essa tenha que garantir o apoio a qualquer um deles, salientando, ainda, que os bens pertencem conjuntamente a todos os *gentiles*, constituem uma propriedade indivisa. Anota R. von JHERING que os bens não pertencem à *gens* concebida como uma pessoa jurídica, pois esta é uma abstração que a inteligência jurídica não pode admitir senão a partir de certo grau de desenvolvimento, e que nós não podemos, consequentemente, atribuí-la à época da infância do direito[216].

---

[214] R. VON JHERING, *Der Zweck in Recht*, Leipzig, 1884, trad. it. de M. Losano, *Lo scopo del diritto*, Torino, Einaudi, 1972, pp. 393-394.
[215] R. VON JHERING, *L`Esprit* cit. (nota[177]), p. 185.
[216] R. VON JHERING, *L`Esprit* cit. (nota[177]), p. 203 nt. 147.

Diante dessas considerações o romanista alemão assevera que o Estado não está acima das *gentes* "Ele [o Estado] consiste nas *gentes*; o seu poder é apenas a soma dos poderes daquelas. Da mesma forma que a *gens* nada mais é do que uma relação de coordenação dos *gentiles*, assim, o Estado nada mais é do que um vínculo de coordenação das *gentes* isoladas"[217].

Importante, do ponto de vista metodológico, os questionamentos postos pelo autor, que seguindo uma precisa linha de raciocínio se pergunta se é possível afirmar que o Estado não é sempre, em face dos indivíduos, algo de especificadamente novo; não é ele uma potência distinta e superior que age através de seus órgãos e de seus representantes, um ser mais elevado com objetivos e meios superiores? Tal é, sem dúvida, o Estado no presente, diz R. von JHERING, mas não há nada de mais errôneo que conceber dessa forma o Estado em todos os lugares onde o encontramos na história. Conceber o Estado tal como hoje o vemos existir, funcionar, nos parece coisa tão natural, que nos apressamos a cometer o erro de aplicar esta mesma concepção ao passado. As noções do mundo antigo sobre o Estado eram, todavia, completamente diferentes das nossas. Nós traduzimos *lex* por lei, *iudex* por juiz, *poena* por pena, etc., e nos parece absolutamente natural atribuir ao Estado romano antigo um poder legislativo e um poder judiciário, pois que aí encontramos leis e juízes. Mas a essas expressões modernas correspondem concepções políticas do nosso século [notadamente século XIX], e sem sabê-lo, nós introduzimos com elas, no Estado romano, um elemento que lhe é completamente desconhecido[218].

Coerentemente, R. von JHERING reputa que entre o 'Estado' e os cidadãos exista a mesma relação que entre a *gens* e os *gentiles.* O 'Estado' não é algo de diferente, "en dehors e au-dessus des citoyens"[219]. Os cidadãos são eles mesmos o 'Estado'; 'Estado' e povo são equivalentes. O 'Estado', como sujeito, é o conjunto dos *cives*: a *civitas*. Desse ponto de vista principal resultam consequências no sentido de que até aonde chega esta sociedade política, o sujeito dos direitos gerados por essa, o representante de seus interesses, não é o 'Estado', mas o conjunto do povo, o conjunto dos cidadãos, e, consequentemente também, cada um desses em particular. Os direitos privados e os direitos públicos não se distinguem, esclare o jurisconsulto alemão, "entre eux par la

[217] R. VON JHERING, *L`Esprit* cit. (nota[177]), p.207.
[218] R. VON JHERING, *L`Esprit* cit. (nota[177]), p. 210.
[219] R. VON JHERING, *L`Esprit* cit. (nota[177]), p. 211.

différence de leurs sujets: leur sujet à tous les deux c`est la personne naturelle"[220]. Se os indivíduos isolados devem ser considerados como sujeitos dos direitos públicos, se os interesses públicos não são outra coisa que os interesses de todos e, por conseguinte, também de cada um, o resultado é que cada um tem a missão e o direito de defender esses interesses, de impedir a sua violação, ou, se esta já ocorreu, de demandar a satisfação da mesma maneira que ocorre no caso dos interesses privados. A esse poder de polícia exercido pelo povo, sem formalidades, corresponderá, mais tarde, a forma solene da *actio popularis*[221].

Retoma, assim, R. von JHERING uma perspectiva já delineada por F.K. von SAVIGNY que tratando da pena pecuniária nas obrigações *ex delicto* afirma que nas ações populares o demandante exerce simplesmente "un droit civique general, pour proteger, par le moyen de la peine, un intérêt public (de la politique, de police, de moralité)"[222].

Inobstante, R. on JHERING dê uma interpretação, no que concerne ao conceito *Populus*-Estado, diametralmente oposta àquela de Th. MOMMSEN, ele usa, ao tratar historicamente da experiência romana, o termo Estado; vale relevar, porém, que na construção de R. von JHERING o termo Estado não indica uma 'pessoa' distinta, ou até superior, do conjunto dos *cives*.

A discussão sobre a natureza do *populus* no direito romano, e a relação que intecorre entre o cidadão e o *populus*, no século XIX, foi bastante acirrada, pois, segundo a concepção que se tenha de *populus*, a compreensão dos institutos, mormente no direito público, pode mudar de forma substancial, como no caso das *actiones populares*. No século XX econtramos os dois autores já citados, cujas lições são imprescidíveis para compreendermos essa problemática: R. ORESTANO e P. CATALANO.

R. ORESTANO publica, nos anos sessenta, uma obra fundamental sobre as 'pessoas jurídicas' no direito romano. De forma detalhada o autor examina a existência ou não da *persona ficta* na experiência jurídica romana e no quadro dessa análise trata da questão do *populus*, procurando corrigir metodologicamente a apreciação do conceito.

No capítulo III, sobre "Il problema delle persone giuridiche e l`esperienza romana" anota R. ORESTANO que a pesquisa que busque no direito romano as 'pessoas jurídicas' ou

[220] R. VON JHERING, *L`Esprit* cit. (nota[177]), p. 212.
[221] R. VON JHERING, *L`Esprit* cit. (nota[177]), pp. 211-213.
[222] F.K. VON SAVIGNY, *Le droit des obligations* cit. (nota[15]), pp. 472-473.

os ‘sujeitos de direito’, diferentes do homem, nos conduziria, fatalmente, a um resultado negativo, pois que é certo que os Romanos não operaram com tais noções; ademais, a noção de ‘persona’ diversa daquela de ‘homem’ é construída na Idade Média e a noção de ‘pessoa jurídica’ surge em correlação com aquela de ‘sujeito de direito’. Assim sendo, o autor propõe-se a individuar as soluções dadas na experiência romana a situações análogas àquelas em que, modernamente, falamos de ‘pessoas jurídicas’, i.e., conjunto de homens ou coisas ao qual imputamos relações jurídicas[223].

Os problemas concernentes à história das imputações de relações jurídicas no quadro daquela que genericamente se pode denominar a organização pública romana, da época da República àquela do Império absoluto, comumente são formulados fazendo-se referência ao ‘Estado Romano’ ou ao *populus Romanus*, concebido no âmbito da história constitucional de Roma, como sinônimo de ‘Estado’. O problema jurídico da imputação de relações jurídicas a um conjunto de homens, politicamente organizados, não pode ser solucionado com a aplicação da noção de ‘Estado’, porque tal conceito não pode ser utilizado em relação à experiência jurídica romana, nem mesmo no que concerne às épocas em que a organização pública romana apresenta elementos que poderiam nos parecer mais similares a situações que na experiência moderna usamos indicar com o termo ‘Estado’. R. ORESTANO não nega que muitos conceitos fundamentais do direito público medieval e moderno tiveram origem em formas institucionais ou princípios da experiência romana e, geralmente, daquilo que usualmente se denomina ‘pensamento clássico’[224]. A utilização, em épocas sucessivas, de figuras elaboradas no seio da experiência romana e conhecidas através do *Corpus Iuris*, adaptadas às exigências de cada época, produzirá o fenômeno que conhecemos como “tradição romanística”, não somente no que tange aos instrumentos jurídicos do direito privado, mas também no que tange àqueles utilizados no direito público.

Temos, porém, que relevar que os termos, conceitos, regras e formas da tradição romanística podem parecer análogos ou até iguais àqueles da experiência de Roma, mas, oportunamente, esclarece R. ORESTANO que esses não o foram nem o são jamais, já que

[223] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 79-80; ver também R. ORESTANO, *Azione. Diritti Soggettivi. Persone Giuridiche*, Bologna, il Mulino, 1978, p. 193 ss.
[224] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 185-186.

tais termos, conceitos, regras e formas adquiriram, paulatinamente, um valor diverso em cada contexto histórico que os reviveu de forma autônoma[225].

Dessarte, quando nos propomos entender e vislumbrar a experiência romana é imprescindível despirmos os termos de significados adquiridos, posteriormente, através de construções doutrinárias funcionais a cada época e, principalmente, não devemos introduzir na experiência romana elementos alienígenas, como a noção de 'Estado'.

Como já observamos anteriormente, R. ORESTANO é particularmente atento às questões metodológicas, assim sendo, em relação à utilização do termo 'Estado', com todo o seu significado moderno, ele pontua que se no uso genérico da palavra 'Estado' se entende uma 'sociedade' ou uma 'comunidade', ou se tem a intenção de qualificar como 'Estado' "todo e qualquer agrupamento humano, sediado em um território, em que os mais fortes impõem a própria vontade aos mais fracos", ou se diz que "o fenômeno Estado ocorre todas as vezes que um agrupamento humano, sediado em um território, é submetido a um poder capaz de disciplinar a vida social", então, a palavra Estado pode referir-se a qualquer experiência e, portanto, também à experiência romana. Mas se à palavra 'Estado' corresponde aquele valor que na linguagem política e no direito veio se formando a partir do século XV e que indica uma série de estruturas complexas e típicas de ordenamentos gerais existentes na Europa e alhures, neste caso, então, não podemos empregá-la além dos limites das experiências a partir das quais esse valor adquire um significado específico e das quais é expressão. Através de uma progresssiva "desmitificação" se chegou à afirmação indiscutível de que a noção de Estado, como qualquer outra noção jurídica, é historicamente condicionada e não pode ser generalizada *ad libitum*. No que concerne aos perigos desses procedimentos de generalização, tão comuns na historiografia jurídica, que levam à aplicação e à antecipação de noções próprias de uma determinada experiência a situações históricas e experiências em relação às quais tais noções são absolutamente desconhecidas, é necessário que se tenha consciência de que essas noções além de serem símbolos da realidade e não a própria realidade, são sempre também representações de alguma forma imperfeitas e aproximativas e de que a imperfeição aumenta na medida em

[225] Evidencia, ainda, R. Orestano que nos últimos contextos históricos o real 'import' de termos como *populus*, *res publica*, *imperium*, *potestas*, *auctoritas*, *iurisdictio*, *lex*, *ius publicum*, *ius privatum* e infinitos outros, que constituem a essência da nossa linguagem política, da idade média até os nossos dias, tem que ser individuado caso por caso, não tanto com referência à experiência romana que primeiramente os exprimiu (e no âmbito da qual, por outro lado, já foram submetidos a notáveis variações e mudanças, de época em época), mas a cada experiência que aos poucos os fez próprios. Ver R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 186-187.

que as noções se tornam mais gerais, ou pior, quando noções surgidas no seio de uma específica experiência ou foram elaboradas no presente para colhermos, individuarmos, simbolizarmos determindos fatos são transportadas fora da experiência às quais se referem e para as quais foram criadas[226]. A história não conhece um 'Estado antigo' e um 'Estado moderno, mas somente o 'Estado moderno', porque somente a este podemos referir, em sentido técnico, a denominação de 'Estado'[227].

Parece evidente que R. ORESTANO, ao historicizar a problemática, acolhe do ponto vista metodológico, a posição de E. BETTI, mediada por aquela de A. GUARINO, quanto à utilização da dogmática nos estudos de direito romano (ver ponto 1.2.).

Aspecto significativo, certamente grave do ponto de vista metodológico, é a identificação, bastante comum entre os romanisas, entre *populus Romanus* e 'Estado'. Os autores que negam o fato de que a experiência romana tenha possuído tal conceito, usam desinibidamente a expressão 'Estado romano' e a identificam com o *populus*.

As expressões *populus*, *populus Romanus*, *populus Romanus Quirites*, *populus Romanus Quiritium*, no entender de R. ORESTANO, não implicavam "uma contraposição entre cidadãos e aquilo que nos denominamos ordenamento, tampouco nessas se manifesta o moderno conceito de 'pertença' do cidadão ao Estado, considerado como uma entidade abstrata e separada dos indivíduos sobre os quais exerce a sua soberania"[228]. Intitular-se *civis* mais do que indicar um *status* em relação a um determinado ordenamento considerado distinto de seus membros, equivalia declarar-se parte constitutiva daquele *corpus ex distantibus* que era o *populus Romanus*[229].

O *populus* é, concretamente, o conjunto dos *cives*. Os juristas do final da República e dos primórdios do Império consideravam o *populus* "um agrupamento de homens que permanece sempre o mesmo em face da mudança de seus membros, um agrupamento de homens que está presente concretamente nas suas assembleias, um agrupamento de homens que exprime a própria vontade nas formas organizativas que esses próprios se

[226] R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 1961, p. 415 ss.; ver também ID., *Il problema* cit. (nota[182]), p. 188 nt. 7.
[227] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 187-188.
[228] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 204-206.
[229] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), p. 206.

deram" [230]. O *populus* transcende como coletividade os *singuli*; mas os *singuli* enquanto *populus* são os 'os senhores' de si mesmos, *in sua potestate*[231].

A relação que intercorre entre os conceitos de *populus* da antiga Roma e os conceitos modernos de 'Estado', na lição de P. CATALANO, só pode ser compreendida levando-se em conta aquele período da história moderna em que os conceitos do direito público romano foram utilizados como instrumentos de vontade política, i.e., a Revolução Francesa, nas suas premissas e no seu desfecho. Duas concepções da antiguidade romana são elementos essenciais de duas opostas linhas políticas: aquela 'democrática' e aquela 'liberal'[232].

A linha democrática tem como fundamento teórico o pensamento de J.J. ROUSSEAU que toma como modelo a constituição da república romana; a escolha do modelo depende de uma específica visão histórica de ROUSSEAU no que concerne à posição do cidadão romano, bem delineada no *Discurso sobre a economia política* quando o filósofo afirma que os Romanos se distinguem de todos os povos da terra pela preocupação do governo com todos os privados e pela atenção meticulosa em se respeitar os direitos invioláveis de todos os membros do Estado[233]. No entender de P. CATALANO, ROUSSEAU põe em evidência, na vida de Roma, tanto o cidadão (como parte do povo) e o povo (como uma universalidade de cidadãos)[234].

A primeira crítica à visão histórica de J.J. ROUSSEAU, a partir de um ponto de vista liberal, deve ser buscada na obra de CONDORCET, *Esquisse d`un tableau historique des*

---

[230] Quanto à visão dos juristas republicanos de 'situações unificadas' indicadas por um *nomen* ver Alfeno 6 *Digestorum*, D. 5.1.76: *Proponebatur, ex his judicibus qui in eadem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse, inque eorum locum alios esse sumptos; et quaerebatur singulorum judicum mutatio eadem rem, an aliud judicium fecisset? Respondi, non modo si unus, aut alter, sed et si omnes judices mutati essent, tamen et rem eadem, et judicium idem quod antea fuisset permanere.;* [...] – Se propunha se entre aqueles juizes que tinham sido nomeados para uma mesma coisa, alguns examinada a causa tinham sido escusados, e no lugar desses outros tinham sido escolhidos; se perqueria se a mudança de cada juiz fizesse a coisa permanecer a mesma , ou fizesse um outro juí zo? Respondi que não somente se um, ou outro, mas também se todos os juízes fossem mudados, todavia a coisa seria a mesma, e o juízo permaneceria o mesmo que antes tivera sido. Cf. I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho* cit. (nota[2]), t. I, p. 429.

[231] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 214-217.

[232] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 7.

[233] J.J. ROUSSEAU, *Discours sur l`économie politique, Oeuvres complètes*, t. 1, Paris, Houssiau, 1852, p. 594: "Mais les Romains se distinguerent au-dessus de tous les peuples de la terre par les égards du governement pour les particuliers, et par son attention scrupuleuse à respecter les droits inviolables de tous les membres de l`état. Il n`y avoir rien de si sacré que la vie des simples citoyens; il ne falloit pas moins que l`assemblée de tout le peuple pour en condamner un: le sénat même ni les consuls, dans toute leur majesté, n`en avoient pas le droit, et chez le plus puissant peuple du monde le crime et la peine d`un citoyen étoit une désolation publique;"

[234] P. CATALANO, *Tribunato e Resistenza, Historica Politica Philosophica*, 4, Torino, Paravia, 1971, pp. 5-6.

progrès de l`esprit humain, onde o autor critica a constituição romana e sustenta que os antigos não conheciam os direitos do homem[235].

A contraposição entre a 'liberdade dos antigos' e a 'liberdade dos modernos' elaborada por B. CONSTANT no discurso pronunciado, em fevereiro de 1819, no Athénée Royal de Paris, tem como pano de fundo a visão histórica de CONDORCET no que concerne ao mundo antigo. Pontua P. CATALANO que a visão histórica liberal da 'liberdade dos antigos' encontra a sua raiz no *Esquisse* de Condorcet e a sua mais notória formulação no discurso *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* de B. CONSTANT, o qual assevera que no mundo antigo o indivíduo quase sempre soberano nos negócios públicos é escravo em todas as suas relações privadas. Como cidadão, ele decide da paz e da guerra; como privado é cerceado, observado, comprimido em todos os seus movimentos. Os antigos, como sustenta B. CONSTANT, não tinham nenhuma noção dos direitos individuais. Os homens, por assim dizer, eram máquinas cujas molas a lei regulamentava; o indivíduo de alguma forma tinha se perdido na nação, o cidadão na cidade[236]. A 'liberdade dos antigos' consistia em exercer coletivamente, mas diretamente, parcelas da soberania plena, deliberar, na praça pública, sobre a guerra e a paz, concluir tratados de aliança com estrangeiros, votar as leis, julgar, examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados, obrigá-los a comparecer perante o povo, acusá-los, condená-los ou absolvê-los; mas, ao mesmo tempo, que isso era aquilo que os antigos denominavam liberdade, eles admitiam como compatível com essa liberdade coletiva a submissão completa do indivíduo à autoridade do conjunto. Todas as ações privadas eram submetidas a um severo controle. Nada era concedido à independência individual[237].

---

[235] CONDORCET, *Esquisse d`un tableau historique des progrès de l`esprit humain*, obra postuma (em particular ver a "Quatrième époque", p. 74, e a "Cinquième epoque", p. 101). Disponivel in http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k101973s/f3.image.r=bpt6k101973s.langFR

[236] B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparées à celle des modernes* (1819), in *Collection complète des ouvrages publié sur le Gouvernement représentatif et la constitution actuelle ou Cours de politique constitutionelle*, IV, Paris, 1820, pp. 243-244: "Ainsi chez les anciens, l`individu, souverain presque habituellement dans les affaires publiques, est esclave dans tous ses rapports privés. Comme citoyen, il décide de la paix e de la guerre; comme particulier, il est circonscrit, observé, reprimé, dans tous ses mouvements; [...]Les anciens, comme le dit Condorcet, n`avaient aucune notion des droits individuels."

[237] B. CONSTANT, *De la liberté* cit. (nota[236]), pp. 241-242: "Celle-ci [la liberté des anciens] consistait à exercer collectivement, mais directement, plusiers parties de la souveraineté toute entière, à délibérer, sur la place publique, de la guerre et de la paix, à conclure avec les étrangers des traités d`alliance, à voter les lois, à prononcer les jugements, à examiner les comptes, les actes, la gestion des magistrats, à les faire comparaître devant le peuple, à les mettre en accusation, à les condamner ou à les absoudre; mais en même temps que c`était lá ce que les anciens nommaient liberté, ils admettaient comme compatible avec cette liberté collective l`assujétissement complet de l`individu à l`autorité de l`ensemble."

Temos assim a contraposição, no que concerne à posição do cidadão na república romana, entre a visão histórica liberal de B. CONSTANT e aquela democrática de J.J. ROUSSEAU que não aceita a teoria iluminista do 'progresso', que irá direcionar a contraposição entre a 'liberdade dos antigos' e a 'liberdade dos modernos', pondo em evidência a soberania do povo concebido como um conjunto concreto de indivíduos, e não um ente abstrato que titulariza a vontade geral a qual esmaga a vontade particular de cada um. Tratando do 'Soberano', no livro I, cap. VII do *Contrato Social*, ROUSSEAU afirma:

> "o ato de associação compreende um compromisso recíproco entre o público e os particulares, e que cada indivíduo contratando, por assim dizer, consigo mesmo, se compromete numa dupla relação: como membro do soberano em relação aos particulares, e como membro do Estado em relação ao soberano. [...] Desde o momento em que essa multidão se encontra assim reunida em um corpo, não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, nem, ainda menos, ofender o corpo sem que os membros se ressintam"[238].

No entender de P. CATALANO, a teoria segundo a qual a soberania pertence a cada cidadão (teoria da 'soberania popular' *stricto sensu*), como é elaborada por J.J. ROUSSEAU, particularmente no livro III do *Contrato Social*, inspira-se nas concepções romanas do *populus* e da *summa potestas populi*. A essas concepções refere-se J.J. ROUSSEAU nos cap. XII-XV da mencionada obra[239]:

> "O povo reunido – dir-se-á-, que quimera! Hoje é uma quimera, mas não o foi há dois mil anos. [...] Não me referirei às antigas repúblicas da Grécia, mas parece-me que a república romana era um grande Estado, e a cidade de Roma, uma grande cidade. O último censo registrou em Roma quatrocentos mil cidadãos em armas, e o útimo recenseamento do Império, mais de quatro milhões de cidadãos [...] Pode-se imaginar qual a dificuldade de reunir frequentemente o numeroso povo dessa capital e de seus arredores. No entanto, passavam-se poucas semanas sem que se reunisse o povo romano, e até várias vezes. Ele não somente exercia os direitos da soberania, mas também uma parte dos direitos do Governo. Tratava de certos assuntos, julgava certas causas, e todo esse povo, na praça pública, era quase sempre tanto magistrado quanto cidadão"[240].

---

[238] J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes Du Droit Politique*, edição de C.E. Vaughan, Manchester, 1947, trad. port. de Lourdes Santos Machado, J.J. ROUSSEAU, *Do Contrato Social*, in *Os Pensadores*, vol. 1, São Paulo, Nova Cultural, 1999, pp. 73-74.
[239] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), pp. 10-11.
[240] J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social* cit. (nota[238]), cap. XII, pp. 179-180.

A visão de J. J. ROUSSEAU é tão concreta que ele não admite a representação do povo:

> "no momento em que o povo se encontra legitimamente reunido em corpo soberano, cessa qualquer jurisdição do Governo, suspende-se o poder executivo e a pessoa do último cidadão é tão sagrada e inviolável quanto a do primeiro magistrado, pois onde se encontra o representado não mais existe o representante. [...] A ideia de representantes é moderna; [...] Nas antigas repúblicas, e até nas monarquias, jamais teve o povo representantes, e não se conhecia essa palavra."[241]

A concepção de J. J. ROUSSEAU é da relação entre a parte e o todo, concretamente considerados, observa P. CATALANO que mesmo utilizando o conceito de "État", J. J. ROUSSEAU chega a vislumbrar a relação entre cidadão e povo, na antiga Roma, a partir de um conceito de "povo romano" considerado como um conjunto concreto de cidadãos[242].

Na obra *Populus Romanus Quirites* P. CATALANO faz uma análise detalhada de como se processou a discussão sobre a 'liberdade dos antigos' e a 'liberdade dos modernos' no século XIX, passando pela doutrina alemã, importantíssima na construção de categorias e conceitos que irão constituir o arcabouço do direito público e privado no século XX, e pela doutrina italiana; limitar-nos-emos, porém, na análise do pensamento de P. CATALANO, aos estudos daqueles autores cujas posições influenciaram a concepção da *actio popularis*.

A visão mommseniana, quanto à relação entre o cidadão e o 'Staat' em Roma antiga, a qual fundamenta a tese procuratória de Th. MOMMSEN no que concerne às ações populares, é influenciada, como salienta P. CATALANO, pela visão histórica liberal, como resulta evidente nas páginas do primeiro volume da *Römische Geschichte* quando abordando o tema da limitação do poder da suprema magistratura, observa que aquilo que é admirável nas tentativas de reforma e nas revoluções políticas é o fato de que jamais se pensou em limitar o poder do Estado, nem de privá-lo do necessário organismo e, tampouco, tentou-se fazer prevalecer, em face da Comuna, os denominados direitos naturais do indivíduo. Em Roma, diz Th. MOMMSEN, o grito do partido progressista dos tempos dos Tarquínios até os Gracos não foi pela limitação do poder do Estado, mas tão somente pela limitação do poder dos Magistrados, e mesmo tendo isso como objetivo

[241] J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social* cit. (nota[238]), cap. XIV, p. 183; cap. XV, p. 187.
[242] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 10.

nunca se olvidou que o povo não deve governar, mas sim deve ser governado[243]. Parece perceptível o pensamento de B. CONSTANT e de CONDORCET quanto à ausência no mundo antigo de uma noção de direitos individuais[244]. O *Populus* é o 'Staat', o cidadão como indivíduo é absorvido, na sua individualidade, pela noção abstrata de 'Estado' (ver *supra* ponto 3.2.2.1)[245]. A Magistratura é a incorporação do conceito de Estado e titular do poder estatal[246].

Quanto à polêmica sobre a natureza das ações populares no direito romano, a concepção mommseniana, concernente à relação entre o *civis* e o *populus*, dará origem à afirmação de que o autor na ação popular romana, o *quivis de populo* legitimado a agir, quando busca através da *actio popularis* a tutela por um fato ilícito, o interesse a ser protegido é o do Estado, o autor é um mero *procurator* do *populus*, abstratamente concebido como 'Estado'.

Nessa linha se posiciona R. MASCKE quando declara que o indivíduo como *pater famílias* é senhor absoluto na esfera privada; como *civis Romanus*, ao invés, nada mais é que parte da totalidade, sem que por si mesmo participe a algum dos direitos dessa[247].

Na cultura italiana do século XIX a crítica, informa P. CATALANO, à construção mommseniana deriva de fatores diversos, segundo uma perspectiva 'nacional' ou segundo uma inspiração 'democrática', mas nem sempre de forma coerente.

Entre as posições críticas analisadas por P. CATALANO vale destacar aquela de E. COSTA, o qual a partir das posições doutrinárias de P. ELLERO[248], teórico da soberania

---

[243] Th. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, I, Berlin, 1881, p. 243, trad it. de G. Sandrini, *Storia Romana*, I, Torino, 1857, p. 257: "Indi gli abusi e gli eccessi, a cui seguivano come effetti inevitabili gli sforzi per segnare un limite a quel potere: ma quel che vi ha di mirabile in questi tentativi di riforme e in queste rivolture politiche gli è, che mai non si ebbe in animo nè di ,limitare il potere dello Stato, nè di privarlo del necessario organismo, e che mai non si tentò di far prevalere in faccia al Comune i così detti diritti naturali dell`individuo, ma che tutta la tempesta si versava contro la forma della rappresentanza comunale. In Roma il grido del partito progressivo dai tempi dei Tarquini sino ai tempi dei Gracchi non è dunque la limitazione del potere dello Stato, ma solo la limitazione del potere dei Magistrati, e anche mirando a questo scopo mai si dimenticò, che il popolo non deve governare, ma che dev`essere governato."

[244] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 41.

[245] Para um aprofundamento da posição de P. Catalano quanto à visão mommseniana ver P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), pp. 41 ss.

[246] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 47.

[247] R. MASCKE, *Zur Theorie* cit. (nota[170]), p. 232. Cf. E. COSTA, *A proposito di alcuni recenti studi sulle azioni popolari romane*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 11 (1891), p. 366; ver também P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 48.

[248] P. ELLERO, *La sovranità popolare*, Bologna, Fava e Garagnani, 1886, p. 34: "Pergl`italo-greci il popolo forma una naturale compagnia ed una persona morale per eccellenza: esso è il signore di sè stesso e da esso emana insieme colla città il governo, che gli deve ognora restar ligio. Pei germani antichi e moderni (siccome

popular, releva que os conceitos fundamentais do direito público germânico tiveram uma grande influência no *Staatsrecht* de MOMMSEN, assim como na *Geschichte*. O fato de que a ordem sistemática comece pelo magistrado, titular de um poder preexistente ao do povo, ao invés de iniciar pelo próprio povo, como era comum fazer-se, denota tal influência. Tal ordem bem corresponde ao conceito e ao sentir tradicional dos alemães no que concerne ao governo, i.e., como uma criação extrínseca ou como um poder que sobrevém através de um seu próprio movimento intrínseco e que obtém a adesão voluntária ou involuntária dos súditos; mas tal visão, no dizer do autor, contrasta estridentemente com o sentido verdadeiro da constituição romana. Apesar de Th. MOMMSEN, prossegue E. COSTA, pôr a soberania popular como fundamento da constituição romana, ele não consegue libertar-se de uma tendência de considerar certa subordinação do povo ao poder da magistratura: uma subordinação que pode ser conforme ao direito público da sua gente, mas que contrasta com a nossa [ítalo-greca] pura e constante tradição[249].

Na *Storia del diritto romano pubblico*, E. COSTA alega que no *Staatsrecht* de Th. MOMMSEN alguns princípios e conceitos fundamentais são construídos a partir do direito público alemão, fato que acarreta interpretações falazes e valorações injustas dos institutos fundamentais da constituição política de Roma[250]. Em tema de ação popular, E. COSTA critica a tese do estado abstrato, diverso, essencialmente, dos indivíduos que o compõem e seguindo a concepção de R. von JHERING, relativa ao *populus*, assevera que a própria genética da constituição romana baseada no organismo gentilício explicaria a subsistência de uma comunidade indivisa de direito, da qual, pois, emanaria a ação popular[251].

Prosseguindo no estudo da doutrina italiana, P. CATALANO leciona que o debate político e cultural que se desencadeia na Itália, no final do século XIX, não alcança conclusões precisas acerca da relação entre os cidadãos e o povo na Roma antiga; prova disso são os significativos estudos de C. FADDA sobre a ação popular romana, o qual, tratando das leis coloniárias ou municipais, em algumas afirmações, influenciado pelo pensamento de JHERING, ensina que não se deve atribuir aos Romanos uma ideia de Estado, como a possuíram os modernos. Posto que para os Romanos o *populus* como uma

---

rilevasi dalle costoro costituzioni e da`costoro dottori) il governo è una creazione estranea od una podestà, che sopraggiunge di proprio moto, e che ottiene l`adesione volontaria od involontaria de` sudditi."

[249] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), pp. 54-55; cf. E. COSTA, *Teodoro Mommsen. Discorso inaugurale per l`anno di studi 1904-05 nell`Università di Bologna*, Bologna, Monti, 1904, pp. 25 ss.

[250] E. COSTA, *Storia del Diritto Romano Pubblico*, Firenze, Barbera, 1906, p. 39.

[251] E. COSTA, *A proposito di alcuni recenti studi* cit. (nota[247]), pp. 366 ss.; ver também P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 55.

coletividade é o 'Estado', assim que a mesma expressão pode indicar aquilo que denominamos Estado, e concomitantemente, aliás, de modo precípuo, o povo pode indicar o aglomerado de indivíduos, é necessário deixar-se de lado essas expressões equívocas que não se prestam a nenhuma argumentação[252]. Evidencia, porém, P. CATALANO que C. FADDA admite, seguindo as posições de R. MASCHKE e O. GIERKE, que não a soma dos cidadãos, mas bem sim a cidadania na sua unidade juridicamente ordenada é o sujeito do poder político, o titular da soberania[253].

No que concerne à historiografia italiana do século XX, nota P. CATALANO que essa fez algumas observações que são úteis para adequar as categorias modernas ao dado histórico do *populus Romanus*.

Não há dúvida quanto à importância do superamento da visão mommseniana de que o *Populus* é o *Staat*. Nesse diapasão devemos colocar os estudos de R. ORESTANO que concluem não ser possível aplicar-se à experiência romana a categoria de pessoa jurídica e, consequentemente, o conceito jurídico-político moderno de 'Estado'. Por outro lado, o autor tende a pôr em evidência a ideia de um conjunto organizado que encontra uma sua própria expressão em fórmulas de vários tipos, através das quais se indica os membros da comunidade, enunciados totalizantes, qualificações unificadoras ou a indicação do conjunto da situação romana como uma *res*. No primeiro caso temos os termos *Quirites*, *Romani cives*, *cives Romani*; no segundo, os de *populus*, *populus Romanus*, *populus Romanus Quirites*, *populus Romanus Quiritium*, *nomen Romanum* e, por último, encontramos expressões tais como *res Romana*, *res publica Romana*. Ademais, R. ORESTANO analisando os esquemas elaborados pelos juristas romanos para a atribuição de relações jurídicas a 'situações unificadas' chega a individuar quatro concepções fundamentais: a) a concepção 'material'; b) a concepção 'totalística'; c) a concepção 'corporalística'; d) a concepção 'abstrata'[254]. Embora o autor negue uma sucessão cronológica entre essas concepções, ele admite uma progressão conceitual que vai da concepção 'totalística' (*Quirites*, *Romani*, *cives*) à concepção 'corporalística' (*populus*, *populus Romanus*, *populus Romanus Quirites*, *populus Romanus Quiritium*) e dessa à concepção abstrata[255], o que do ponto de vista metodológico, no entender de P. CATALANO,

[252] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 274.
[253] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 310.
[254] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 178-181.
[255] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), p. 183.

somente é possível se recorrermos a um esquema substancialmente evolucionístico com uma progressão do concreto ao abstrato, podendo-se pensar a um desenvolvimento através do qual da indicação da comunidade através da enunciação em concreto de seus membros se teria passado ao *populus* como um conjunto unitário[256]. No entanto, a expressão *populus Romanus Quirites* e aquelas equivalentes, *populus Romanus Quiritium* e *populus Romanus* não indicam um 'ente ideal' no qual tenha sido 'unificada' a pluralidade dos *Quirites*, mas sim uma pluralidade de indivíduos 'reunidos' ou 'unidos'. Este significado concreto lentamente desaparecerá com a diminuição do valor social e, posteriormente, do valor político das 'reuniões'dos *Quirites*[257].

Embora R. ORESTANO admita que as expressões acima não indicassem uma contraposição entre o cidadão e o 'ordenamento', nem uma pertença do *civis* ao 'estado' como um ente abstrato e distinto dos indivíduos sobre os quais exercita a própria soberania, observa P. CATALANO, que o autor utiliza o termo genérico e moderno 'ordenamento' para indicar as situações representadas por tais expressões, chegando mesmo a identificar 'ordenamento' com *populus* e *res publica*[258]; além disso, R. ORESTANO acolhe em parte a linha de pensamento de Th. MOMMSEN à medida que aceita a tese segundo a qual o *imperium*, concebido como a soma de todos os poderes, pertence de forma originária não ao *populus*, mas ao magistrado que representa o *populus*, pois, esse opera através de seus magistrados, cuja posição está correlacionada com os conceitos de *procuratio* ou *gestio*[259].

Desse modo, conclui P. CATALANO que não obstante R. ORESTANO faça uma análise aprofundada das fontes e rejeite o uso do conceito de 'estado', ele desconhece a posição dos cidadãos que desaparece em um 'ordenamento' em que a soma dos poderes pertence aos magistrados. O conceito de 'ordenamento' é tão genérico que é utilizado seja para época régia, seja para aquela republicana, seja para época imperial, permitindo, devido a sua generalidade, uma espécie de atualização da construção de Th. MOMMSEN[260]. As diferentes expressões usadas na linguagem jurídico-religiosa para indicar o conjunto dos cidadãos romanos colocam em evidência o aspecto da 'união' (ou 'reunião') e aquele da pluralidade, mas, note-se que o aspecto da pluralidade é sublinhado na expressão *populus*

[256] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 105.
[257] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), PP. 105-106.
[258] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p.60.
[259] R. ORESTANO, *Il problema* cit. (nota[182]), pp. 207-208.
[260] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), p. 60.

Romanus Quirites. Trata-se de uma construção complexa que leva em consideração a 'união'e a pluralidade, uma concepção concreta da coletividade que permanece, também, quando o termo usado é *populus Romanus*[261].

O *populus* é, concretamente, o conjunto dos *cives*. A expressão *populus Romanus Quirites* não indica, de maneira alguma, um 'ente ideal', mas sim uma pluralidade de homens 'reunidos' ou 'unidos' (e enquanto tais, *populus* e *Quirites*)[262]. O *populus* não é o Estado porque não é uma pessoa jurídica e não se exprime através da 'representação'.

Por outro lado, a permanente identificação do *populus Romanus* com o conjunto dos *cives Romani* não impede a consideração do *populus* como um todo independente de cada membro (Alf. 6 *digestorum*, D. 5.1.76), contudo, a relação entre os *cives* e o *populus* permanece, para os juristas romanos, aquela entre a parte e o todo[263].

A construção doutrinária de P. CATALANO contrapõe uma noção de unidade, entendida como abstração, obtida através da utilização da categoria de pessoa jurídica-Estado, a uma noção de coletividade, entendida como concretude.

G. LOBRANO salienta que a partir de F.K. von SAVIGNY o que caracterizou a doutrina dominante não é o reconhecimento de que no *populus* a unidade supera e sintetiza a simples pluralidade[264] (Ulp. 10 *ad ed.*, D. 3.4.7[265]), mas o fixar como postulado que o *populus* tenha que ser uma 'pessoa jurídica', i.e., uma abstração[266].

---

[261] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), pp. 106-107.
[262] P. CATALANO, *As raízes do problema da pessoa jurídica*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 73, julho-setembro 1995, p. 40.
[263] P. CATALANO, *Diritto e Persone* cit. (nota[31]), p. 167.
[264] Ver em particular o título do Digesto 3.4. - *Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*.
[265] Ulp. 10 *ad ed*., D. 3.4.7.: *Sicut municipium nomine actionem Praetor dedit, ita et adversus eos iustissime edicendum putavit. Sed et legato, qui in negotium publicum sumptum fecit, puto dandam actionem in municipes.* § 1. – *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent;* § 2. - *In Decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utnum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnium immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire, et conveniri: quum ius omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis* – Já que o Pretor deu uma ação em nome dos munícipes, assim também reputou justíssimo estabelecer (uma ação) contra eles. Mas também ao Legado que em um negócio público fez despesa, reputo que se dê uma ação contra os munícipes. § 1. – Se alguma coisa é devida à universalidade, não se deve a cada indivíduo. Nem aquilo que a universalidade deve os indivíduos singularmente devem. § 2. - Nos Decuriões ou em outras universalidades não interessa se todos permanecem no mesmo (corpo), o uma parte permaneça, ou todos sejam mudados. Mas se a universalidade se reduz a um só, se admite preferivelmente este possa demandar e ser demandado: quando o direito de todos tenha recaído em um só, e subsista o nome da universalidade.
[266] Para o conhecimento das linhas gerais da construção doutrinária de G. Lobrano e a sua crítica a interpretação de P. Catalano, conforme expostas nesse trabalho, ver G. LOBRANO, *La alternativa attuale tra i*

A vinculação da noção de unidade a uma abstração dificulta a representação de um *unicum* concretamente considerado, pois, ao concreto corresponde uma noção de coletividade.

Discorda G. LOBRANO do juízo segundo o qual a concretude e a unidade são inconciliáveis, ou seja, a concretude dos *universi cives* exclua a "unidade" da sua organização em "societas". A negação da natureza de pessoa jurídica do *populus Romanus* e, portanto, a negação do seu operar mediante representação, não significa negar que o *populus* possa manter unitariamente relações com outros homens, individualmente considerados, ou com coletividades de homens, mas significa negar que isso ocorra através de categorias e de institutos como pessoa jurídica e representação, já que tais institutos não se encontram no *ius publicum* e, muito menos, na lógica jurídica romana. A construção doutrinária de G. LOBRANO busca individuar a unidade coletiva concreta da *societas*, em lugar de uma sua recondução a uma unidade abstrata 'pessoa jurídica'.

A experiência jurídica romana não utilizou as categorias medievais-modernas de 'pessoa jurídica' e de 'representação' para solucionar os problemas decorrentes da imputação de direitos e deveres a uma pluralidade de homens, mas criou institutos diversos que, talvez hoje, possam contribuir na busca de soluções para a 'crise' da pessoa jurídica.

Diante da problemática concernente à concepção e ao regime unitário do agir voluntário de uma pluralidade de homens, encontramos duas soluções histórico-dogmáticas: **a)** a solução medieval-moderna: binômio 'pessoa jurídica' e 'representação'; **b)** a solução antiga: binômio '*societas'* e 'articulação do *iter* de formação da vontade', conforme à terminologia empregada por G. LOBRANO.

O elemento a ser analisado e que diferencia uma solução da outra é a formação e manifestação da vontade da pluralidade unitariamente concebida.

A novidade medieval-moderna da personificação, da abstrata *persona ficta*, manifesta-se próprio na possibilidade de uma 'representação da vontade' que é substitutiva da vontade da *persona ficta* e não complementar da vontade da coletividade de homens que a *persona ficta* já substituiu. O *iter* de formação da vontade é a manifestação da vontade

---

binomi istituzionali: 'persona giuridica e rappresentanza'e 'società e articolazione dell`iter di formazione della volontà', in *Revista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana " Dirittto@Storia"*, n. 10, 2011-2012.
Disponivel [on-line] in http://www.dirittoestoria.it/10/D&Innovazione/Lobrano-Persona-giuridica-rappresentanza-societa-formazione-volonta.htm [10-11-2015]

exclusiva da 'pessoa física representante da pessoa jurídica'. Note-se que a doutrina ensina a propósito da representação voluntária, que não se trata de 'cooperação' entre duas vontades, mas de substituição da vontade do titular do direito com a vontade do representante.

A lógica jurídica romana se revela diversa da invenção medieval/canonista/moderna, pois, na experiência romana é de fundamental importância a categoria jurídica de sociedade. A *societas* é um contrato consensual, cujo elemento constitutivo específico é a *utilitatis communio* dos associados que resulta ser a 'causa' do contrato, criando-se através da utilidade comum uma *communitas*.

A análise de G. LOBRANO se concentra nas *societates* na medida em que essas possam relacionar-se unitariamente com os homens, singularmente considerados, ou com outras coletividades: *collegia* profissionais, *civitates* e o próprio *populus*.

O contrato de *societas* cria obrigações somente para os contraentes, mas tais obrigações correspondem especificadamente a própria causa contratual societária, i.e., a busca de uma *utilitatis communio* e, consequentemente, a criação de uma *communitas*. Tal *communitas*, no dizer de G. LOBRANO, possui uma intrínseca vocação para relacionar-se externamente; para a efetivação dessa vocação é necessário que os sócios criem uma estrutura dinâmica que corresponda a uma concepção e regime unitários (Gai 3 *ad ed. prov*., D. 3.4.1.1[267]).

[267] Gai 3 *ad ed. prov*., D. 3.4.1.1: *Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et navicularioruм, qui et in provinciis sunt.* § 1. - *Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, sive cuiusque alterius corpus nomine, proprium est ad exemplum Reipublicae habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per quem tanquam in Republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat* - Não se concede a todos ter sociedade, colégio ou um corpo sem ordem: pois isto é proibido tanto por leis como senatusconsultos e constituições imperiais. Em muitos poucos casos são permitidos corpos desta natureza: assim, por exemplo, se permitiu aos sócios dos tributos públicos ter um corpo, ou aos das minas de ouro, de prata e salinas. Há também em Roma certos colégios, cujo corpo é confirmado por senatusconsultos e constituições imperiais, como os dos padeiros e vários outros, assim como os dos armadores que existem também nas províncias.
§ 1. - Aqueles aos quais é permitido ter um corpo de colégio, de sociedade, ou com o nome de qualquer outro desses, é próprio (a esses) ter, como por exemplo na República, coisas comuns, uma caixa comum, e um ator ou síndico, através do qual se conduz, como se faz na República, aquilo que é oportuno ser conduzido e ser feito em comum.

A estrutura dinâmica é sinteticamente indicada pelos juristas romanos com a categoria de *corpus*. A *societas* constituída por uma pluralidade de homens é ela própria uma *res*: *res corporalis*.

Os sócios têm um *corpus* (*corpus habere, corpus ex distantibus*), mas, não são o *corpus* (*corpus esse*); essa perspectiva se contrapõe àquela segundo a qual se deve conceber a 'unidade' somente através da abstração-pessoa jurídica, razão pela qual a 'unidade", necessariamente abstrata, opõe-se à concreta ou à física coletividade.

Para que possamos entender o *modus operandi* de uma *societas* é necessário que analisemos o *iter* de formação e manifestação da vontade da *societas*, que constitui o núcleo específico da técnica-jurídica romana. O processo de formação da vontade decorre da decomposição e recomposição do ato jurídico em dois atos distintos, porém, complementares entre si.

O primeiro dos dois atos é dos próprios membros da coletividade, o *populus*. Com efeito, se a unidade do *populus* não é uma abstrata 'pessoa jurídica', mas é um concreto '*corpus*' (*ex distantibus*) composto de homens que reciprocamente se obrigam tal unidade exprime, realmente, a vontade de cada um no conseguimento e atuação da *utilitatis communio*, sem necessidade de um representante/pessoa física que a substitua.

A sociedade 'concreta' pode exprimir a própria vontade unitária através da seguinte combinação de elementos: **a)** titularidade das cotas de condomínio (Paul. 21 *ad ed.*, D. 50.16.25.1[268]); **b)** aplicação do princípio majoritário (Cévola 1 *Quaestionum*, D. 50.1.19[269]; Ulp. 76 *ad ed*., D. 50.17.160.1[270]).

Preliminar à compreensão do primeiro 'ato' é lembrarmos que quando a coletividade se exprime unitariamente, cada membro se manifesta como uma parte do todo no cumprimento da causa societária, i.e., a realização da *utilitatis communio*; cada sócio

---

[268] Paul. 21 *ad ed.*, D. 50.16.25.1: [...] § 1.- *Quintus Mucius ait, «partis» appellatione rem pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse; Servius, non ineleganter partis appellatione utrumque significari* - [...] § 1. – Quinto Múcio diz que com a denominação de «parte» se tem o significado de coisa não dividida; com efeito, aquilo que está dividido é nosso, isso não é uma parte, mas um todo; Sérvio com precisão (diz) que com a denominação de parte se tem o significado de ambas as coisas.

[269] Cévola 1 *Quaestionum*, D. 50.1.19: *Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint* - Aquilo que a maior parte da cúria fez, se tem (se considera) a causa disso, como se todos o tivessem feito.

[270] Ulp. 76 *ad ed*., D. 50.17.160.1: *Aliud est vendere, aliud vendendi consentire.* § 1. – *Refertur ad universi, quod publice fit per maiorem partem. [...]* - Uma coisa é vender, outra coisa é consentir de vender. § 1. – Refere-se a todos aquilo que publicamente se faz pela maior parte. [...]

não exprime a própria vontade *ut singuli*, visando à definição da própria *utilitas singularis*, mas contribui (*universitate nomine*, D. 3.4.) para formação ou manifestação de uma única vontade societária que busca a individuação da societária *utilitas communis*.

Ademais, a sociedade pode interagir, eficazmente, com outros atores jurídicos, individuais ou coletivos, mediante um segundo 'ato' conexo com o primeiro e confiado a um agente (Ulp. 4 *ad ed*., D. 2.14.14[271]).

A diferença ente os dois atos se encontra no fato de que o primeiro é um *iussum*, enquanto o segundo ato possui a natureza de uma *administratio*. A diferença entre os titulares dos dois atos consiste em que o primeiro, titular do *iussum*, possui uma natureza 'senhoril', o segundo, titular da *administratio*, apresenta uma natureza 'servil/executiva'.

A solução antiga da sociedade e da articulação do *iter* de tomada de decisões se explica a partir de uma ideia de cooperação da natureza humana. No contrato de sociedade cada contraente e todos os contraentes se obrigam a buscar a própria utilidade individual não diretamente, mas através da individuação preliminar da utilidade comum.

3.2.2.3. A concepção de *civis*

Condição pressuposta para que se possa ter a legitimação para exercer a *actio popularis* é o *status* de *civis*. A formação da cidadania romana apresenta algumas peculiaridades em relação a outras cidadanias na antiguidade, pois o princípio da inclusão ou exclusão do grupo nunca foi atuado de forma rígida, já que a concessão da cidadania constituiu um instrumento político para os Romanos afirmarem e consolidarem o próprio poder na bacia do Mediterrâneo e alhures. Destarte, torna-se necessário que tratemos, embora em breves linhas, do complexo sistema de concessão da cidadania romana.

O tema da cidadania tem sido estudado por um grande número de autores, sendo a literatura a ele concernente bastante vasta, não cabendo, nesta sede, aprofundarmos a temática. Mas, por outro lado, é imprescindível que enquadremos os contornos essenciais, no direito romano, daquilo que se entende por *civis* e por *civitas romana*.

O termo *civis* indica o membro livre de uma cidade, entendida como *cité* em contraposição a *ville*[272], segundo a lição de FUSTEL DE COULANGES, à qual ele pertence

[271] Ulp. 4 *ad ed*., D. 2.14.14: *Item magistri societatum pactum et prodesse, et obesse constat* - Outrossim é evidente que o pacto do chefe das sociedades aproveita ou prejudica.

pela sua origem, ou por adoção; cidadão livre, concidadão. *Civitas* é termo abstrato derivado de *civis* que indica, inicialmente, a condição de cidadão, posteriormente, a sede de um governo, de uma cidade, do 'Estado'; por último, o termo *civitas*, passando do abstrato ao concreto, passa a significar *urbs* por oposição a *ager*[273].

Nos primórdios, no imaginário dos Romanos, a pertença à *civitas* era concebida como o compartilhamento de uma ascendência comum, um antepassado comum, do qual derivava o *nomen Romanum*. A mais antiga agregação de *populi* que constituía o *nomen Latinum* deu origem, já na época régia, à liga latina e tinha o seu fundamento na consciência e na vontade de 'ser latino' mais do que em uma coesão genética ou racial[274]. O elemento de coesão no âmbito do *nomen* era constituído por uma ascendência comum a partir de um mesmo *pater* originário, além de uma mesma língua e de uma condivisão de alguns cultos religiosos. A ideia, porém, de uma descendência de todos os Romanos de um único *pater* não era concebível, pois, Roma tinha sido o fruto da contribuição de muitas *gentes* vindas de várias partes da península itálica; por isso, ao lado de Rômulo se imaginou a existência de companheiros do fundador, vindos de outros lugares e congregados no *asylum*, os cem *Patres* a partir dos quais se criariam as *gentes patriciae*[275].

O elemento inicial para termos uma compreensão do conceito de cidadania é a pertença de um indivíduo a um determinado grupo. Assim sendo, no que concerne à reconstrução histórica do ordenamento romano, os dados utilizáveis adquirem um valor diverso à medida que se aceite ou não a preexistência, em relação ao ordenamento da *civitas*, de um ordenamento gentilício que resulte de um processo de agrupamento de grupos familiares. Com efeito, segundo a teoria patriarcal, tivemos um desenvolvimento que vai de um nível menor, a família e a *gens*, para um nível maior a *civitas*, a *res publica*[276].

Fundamento tipificador da teoria de P. BONFANTE é a existência de um caráter político originário e estrutural das *gentes* e dos grupos familiares, grupos sociais que

---

[272] *Cité et ville n`étaient pás des mots synonymes chez lês anciens. La cite était l`association religieuse et politique dês familles et dês tribus; la ville était Le lieu de réunion, Le domicile de cette association*. Ver FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique* cit. (nota[186]), p. 151, trad. port. de E. Bini, *A Cidade antiga* cit. (nota[186]), p. 110.
[273] *Dictionnaire Etymologique* cit. (nota[156]), p. 221.
[274] P. CATALANO, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, I, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 216-234.
[275] A. MATROCINQUE, *Sulle forme di acquisizione della civitas romana*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 2, marzo 2003, Contributi, pp. 1-4. Disponível em http://www.dirittoestoria.it/lavori2/Contributi/Mastrocinque-Civitas.htm
[276] G. CRIFÒ, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Milano, Laterza, 2000, p. 5

possuíam chefes, terras, sepulcros, uma própria religião, regras, portanto, uma específica juridicidade que persiste em épocas posteriores, embora, paulatinamente, atenuada devido à configuração política da cidade[277]. A aceitação de uma preexistência de tais grupos, assim configurados, em relação ao surgimento da cidade ou a escolha do surgimento de grupos juridicamente organizados após a fundação da cidade, irá incidir sobre a avaliação daquilo que seja o 'direito' da comunidade romana. Elemento importante para a nossa apreciação, pois, será o direito de cada comunidade que estabelecerá os critérios de pertença a um determinado grupo social.

Preliminarmente, temos que salientar que os romanistas que nas últimas décadas trataram do tema da cidadania negam um caráter unitário das experiências grega e romana, não concordando com a impostação dos historiadores do século XIX, *in primis* FUSTEL DE COULANGES, de que existe uma visão unitária consubstanciada em um conceito geral de 'cidade antiga', comum às duas experiências. Essa cidade antiga não é concebida como um conjunto de indivíduos, mas como uma confederação regida por um vínculo religioso daqueles grupos que se constituíram antes da cidade, os quais representam a unidade política do mundo antigo; a cidadania é a associação religiosa e política das famílias e tribus; a cidade, em si, era o lugar de reunião, o domicílio, o santuário daquele culto comum acerca do qual a 'cidadania' manifestava o próprio consenso. Correta a posição de FUSTEL DE COULANGES de que no pensamento dos antigos os termos 'cidade' e 'cidadania' não são sinônimos[278], ainda que não se possa desconhecer uma íntima ligação entre eles, sendo evidente que se não se esclarece o sentido do primeiro termo não podemos compreender o sentido do segundo, nem o valor da conexão conceitual evidenciada pela relação que intercorre entre o cidadão e a cidade. O erro que devemos evitar é aquele de acharmos que a partir de uma premissa justa decorram consequências igualmente justas; não podemos aplicar automaticamente à experiência romana aquilo que nos parece confirmado na experiência grega, acreditando-se em uma relação de conformidade entre as experiências grega e romana[279]. Não devemos reconstruir a 'cidade antiga', mas sim a experiência grega de um lado, e a experiência romana, do outro, já que os próprios romanos diferenciavam a *civitas* romana das outras *civitates*, como atesta Cícero no *De re*

[277] P. BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, Milano, Società Editrice Libraria, 1909, pp. 76 ss.; cf. G. Crifò, *Civis* cit. (nota[276]), p. 5.
[278] FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique* cit. (nota[272]), p. 151.
[279] G. CRIFÒ, *Civis* cit. (nota[276]), p. 11.

publica (*De rep*. 2.1.1-3), quando Cipião Africano reporta o pensamento de Catão o Velho, o qual contrapõe o *status nostrae civitatis* àquele de todas as outras *civitates*[280].

No âmbito das diferentes experiências históricas a pólis é um organismo aberto à integração, principalmente, de tipo colonizador, que promove a solidariedade humana e a paridade de direitos correspondente a uma paridade de deveres. Roma, também, a partir de certo momento é uma comunidade cuja unidade é fundada sobre vínculos ideais de solidariedade civil, inseridos em uma malha de costumes e memórias domésticas e civis que garantem a sua continuidade. Se, de um lado, podemos afirmar que ambas as experiências têm origem num ordenamento patriarcal-gentilício, religiosamente determinado, do outro lado, devemos notar que desde os primórdios as experiências grega e romana apresentam diferenças significativas relativas a aspectos da vida associada, tais como os referentes à família, à sucessão, à condição da mulher, à libertação dos escravos[281].

No entender de G. CRIFÒ, a substancial diferença entre a experiência grega e a romana reside no fato de que naquela o cidadão nasce da cidade, para a cidade e na cidade, nesta, ao contrário, é do cidadão e para o cidadão que nasce a cidade[282]. Roma não é uma polis *stricto sensu*, Roma é uma *res publica*; o cidadão romano vê a cidade como uma projeção de si mesmo, não como uma realidade que o caracteriza, ao contrário, é ele, o cidadão, que caracteriza a *civitas* e o conjunto dos *cives* a torna algo de comum a todos,

---

[280]Cícero, *De rep*. 2.1.1-3: [...] *is* (Catão) *dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singulis fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constituisset legibus ac institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Athenensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus tum Draco tum Solo tum Clisthenes tum multi alii, postremo exsanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius, nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus* [...] – Sobre esse assunto ele costumava dizer que nosso estado de civitas era superior às demais "civitates", pois naquelas havia, costumeiramente, alguns poucos dentre eles para constituir a república, [fazendo] leis e instituições, tal como Minos dos cretenses, Licurgo dos lacedemônios, Teseus, Drácon, Sólon, Clístenes e muitos outros dentre os atenienses; por fim, até o douto varão Demétrio de Faleros conservando a já enfraquecida e derrubada [república]. Porém, nossa república não foi constituída pelo engenho de um, mas de muitos, nem durante a vida de um homem, mas em alguns séculos e gerações. Tradução port. de Isadora Prévide Bernardo, *O De Re Publica, de Cícero: natureza, política e história* [online], São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2012. Dissertação de Mestrado em Filosofia.
Disponível [on-line] in: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-25042013-120804/ [10-03-2016]

[281] G. CRIFÒ, *Civis* cit. (nota[276]), p. 24.

[282] G. CRIFÒ, *Civis* cit. (nota[276]), p. 25.

produzindo um sentido de pertença também em relação ao direito[283], como registra o jurista Paulo:

Paul. 14 *ad Sab.* D. 1.1.11	Paul. 14 *ad Sab.* D. 1.1.11
Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. Nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium.	O direito pode ser dito de muitos modos: de um modo, como quando se chama direito aquilo que é sempre justo e bom, como é o direito natural. De um segundo modo, o que é útil a todos ou a muitos em certa *civitas*, como é o *ius civile*. Não menos correto se chama direito em nossa *civitas* o direito honorário[284].

Roma nasce de uma agregação de grupos aparentados, gentilícios e familiares que gradualmente cedem de forma inconvertível parcelas de poder do qual são titulares. A construção de um 'estado' em Roma foi lenta e difícil, já que o poder do *pater familias, civis sui iuris*, era amplo e sólido, decorrendo de um feixe de direitos e posições jurídicas de vantagem sobre coisas e pessoas. Esse poder foi lentamente corroído com o crescimento de uma consciência de pertença a uma comunidade; uma corrosão gradual e irreversível, pois, se observarmos, desde as origens, a formação da comunidade política romana veremos que a 'soberania' se identifica com a *civitas*, no sentido de que essa é uma agregação política e como tal se posiciona diante das outras comunidades, assim como diante dos seus membros[285].

Para que se possa enfrentar o problema da cidadania, bem como aquele do tratamento jurídico do estrangeiro em Roma, deve-se partir do pressuposto de que há uma cidadania como categoria juridicamente relevante correlacionada com a existência de um 'estado', de uma *civitas*, de uma *res publica civium Romanorum*, de uma agregação político-institucional que possa indicar com certeza quem é cidadão e quem não.

---

[283] S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana fra sovranità e impatto sociale*, in *Rivista Teoria e Storia del Diritto Privato*, p. 27. Disponível [on-line] in: http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2012/contributi/2012_Contributi_Randazzo.pdf [23-03-2016]

[284] Paul. 14 *ad Sab.* D. 1.1.11, trad. port. de H. M. F. Madeira in *Digesto de Justiniano, 'liber primus'* cit. (nota[37]), p. 24.

[285] S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana* cit. (nota[283]), pp. 28-29.

A aquisição da cidadania dependia principalmente de dois procedimentos que podemos denominar 'privado' e 'público':

a) Os modos privados que permitiam o ingresso na *civitas Romana* estavam ligados a atos e fatos jurídicos decorrentes de prerrogativas próprias do *pater familias*; institutos típicos foram a filição, a *adoptio* e a *manumissio*. O *pater*, já membro da *civitas*, transmitia o *ius civitatis* aos próprios filhos, assim como a pessoas submetidas a sua *dominica potestas*, os *clientes* e os *liberti*.

O nascimento de pais romanos era a forma originária de aquisição da cidadania romana; quando, porém, um dos genitores não era romano os efeitos da filiação se diferenciaram conforme à época histórica. No período arcaico se hipotiza que fosse o *status civitatis* do *pater* a determinar a cidadania do filho; posteriormente, criam-se normas diversificadas concernentes aos casos de casamentos entre romanos e estrangeiros *cum conubium* ou *sine conubium*. O jurista GAIO tratando dos efeitos da filiação analisa o teor da *lex Minicia*, salientando que no período arcaico em virtude de uma norma de *ius gentium* os filhos nascidos daqueles entre os quais não havia conúbio, deviam seguir a condição jurídica da mãe. A *lex Minicia*, cuja data pode ser colocada no I séc. a.C., distingue os casos de filiação *cum connubium* daqueles *sine connubium*. Na primeira fattispecie os filhos deviam seguir o *status* e a cidadania do *pater*; na segunda fattispecie, i.e., filhos nascidos de sujeitos sem *ius connubii*, os filhos deviam seguir a condição do genitor desprovido de cidadania romana. GAIO observa que a *lex Minicia* muda a regra do *ius gentium* segundo a qual em casos de cidadãos romanos e *peregrini* os filhos seguiriam a condição jurídica da mãe[286]. O conúbio é a faculdade dos cidadãos romanos de casar com uma mulher segundo o *ius civile*, de contrair *iustae nuptiae*; trata-se de um direito típico dos romanos e dos Latinos que pode ser aplicado entre Romanos e *peregrini*, desde que o *ius* o autorize. O *connubium*, portanto, é um instrumento político importante nas relações entre romanos e estrangeiros, constando, frequentemente, a sua concessão nos tratados firmados por Roma.

A aquisição da cidadania através do instituto da *adoptio* é tema controvertido. O instituto foi inserido, expressamente, por Ulpiano entre os modos de aquisição da cidadania

[286] Gai. 1.78; Gai 1.77. Ver também A. MURONI, *Civitas Romana: emersione di una categoria nel diritto e nella politica tra Regnum e Res publica*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 11 (2013), pp. 1-7.
Disponível in http://www.dirittoestoria.it/11/note&rassegne/Muroni-Civitas-Romana-categoria-tra-regnum-res-publica.htm

‘local’ de um município, já que para o jurista *municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio* (Ulp. 2 *ad ed*., D. 50.1.1[287]); contudo, para a época precedente não temos evidências nas fontes de que a *adoptio* era um meio de aquisição da cidadania, ao contrário a definição de FESTO, retirada do jurista *Aelius Gallus* que indica ser munícipe aquele que nasceu livre no município: *Municeps est, ut ait Aelius Gallus, qui in municipio liber natus est*[288].

Outro modo ‘privado’ de aquisição da cidadania romana é a *manumissio*, i.e., o ato voluntário de um *dominus* através do qual o *servus* adquire o *status libertatis*, tornando-se um *civis Romanus*.

No que concerne à posição do cidadão, visto dentro da sua cidade, e a do estrangeiro, aquele que vem de fora, o *peregrinus*[289], ao qual é concedida a cidadania, às vezes, uma cidadania limitada como a *civitas sine suffragio*, deve-se distinguir uma noção de ‘dentro’ e uma de ‘fora’, o que pressupõe a existência de fronteiras e uma noção política de cidadania e de cidade; a existência de uma comunidade cívica da qual o indivíduo pode afastar-se ou à qual ele possa ser integrado. Podemos afirmar que tais noções, já presentes em Roma desde a época régia, decorrem da organização social romana de tipo gentilício, portanto, o ‘elemento político’ não está situado somente no ‘estado’, mas também na família, nas relações de clientela, no valor vinculante da tradição. Importante observar que a dificuldade de integração é maior se essa depende de uma participação política, é bem menor se a cidadania é concebida como um *status* jurídico[290]. Relevante, ainda, para compreensão da nossa temática é notarmos que a *civitas*, não é somente um ente territorial,

---

[287] Ulp. livro 2 *ad ed*., D. 50.1.1: *Municipem aut nativitas facit, aut manumission, aut adoptio* – Se faz o munícipe o com o nascimento, o com a manumissão ou com a adoção.

[288] FEST., QU. VIII, 24, 6. Festi Fragm. ex Apogr. L. XII, p. 122. Cf. A. MURONI, *Civitas Romana* cit. (nota[286]), pp. 8-9.

[289] E. VOLTERRA, sobre o verbete *Peregrini*, in *Enciclopedia Italiana Treccani* (1935). Disponível em http://www.treccani.it/enciclopedia/peregrini_(Enciclopedia-Italiana)/: O termo *Peregrini*, diz E. VOLTERRA, inicialmente, tinha o mesmo significado de *hostis* e designava o cidadão de um ‘estado’ soberano, aliado de Roma, e protegido por um *foedus* ou pelo *hospitium*; o termo *peregrinus* continuou a manter esse conceito mesmo quando o significado de *hostis* mudou, vindo a indicar inimigo. No início da época imperial com o termo *peregrini* se indicava os habitantes livres do império que não fossem Romanos ou Latinos. Sobre a condição jurídica dos Latinos ver L. DAL RI-A. DAL RI, *Cidadãos e Latinos na experiência jurídica da Roma antiga: novas possibilidade para um modelo de inclusão* , in *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 18, n. 2 (maio-agosto), 2013, pp. 300-314.
Disponível [on-line] in http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4681/2593 [24-02-2016]

[290] G. CRIFÒ, *Civis* cit. (nota[276]), p. 25.

mas um agregado organizado de pessoas, cuja juricidade se concentra nos seus componentes, i.e., os *cives* regidos pelo mesmo direito civil[291].

O direito romano delineia o quadro da cidadania romana, em época arcaica e republicana, a partir da distinção entre *cives*, de um lado, e *hostes* e *peregrini*, do outro lado; tal distinção é fundamental no desenho político da *civitas*, uma vez que somente o cidadão possuidor do *status civitatis* podia gozar de específicas posições de vantagem, tais como contrair *iustae nuptiae* ou ter o *ius commercii* e, sobretudo ser titular do *ius suffragii*, ou seja, o conjunto dos direitos políticos. A aplicação de um critério de 'inclusão' ou de 'exclusão' determina a condição das pessoas em Roma; a inclusão correspondia à pertença de um indivíduo a um grupo do ponto de vista social e jurídico, enquanto que a exclusão correspondia à colocação do indivíduo fora do grupo[292].

Quanto à inclusão de um estrageiro (latino ou *peregrinus*), encontramos, no quadro dos modos privados de aquisição, um procedimento relativo à concessão do *status civitatis* a pessoas determinadas que se efetiva mediante a inscrição nas listas do censo, modo de aquisição da cidadania típico dos latinos, mas que por uma *lex* podia ser aplicado a estrangeiros. Nessa modalidade, deparamos-nos com três distintos elementos: a) o direito concedido pelo sistema romano de aquisição da cidadania; b) a vontade do indivíduo de se beneficiar desse direito, renunciando a sua própria cidadania e c) o ato público de inscrição no censo. Enquadra-se nesse modo de aquisição da cidadania os efeitos do *ius migrandi*, antigo privilégio, concedido aos latinos, segndo o qual uma vez estabelecido o domicílio em Roma, o latino podia adquirir a cidadania com a simples inscrição nas listas censitárias[293].

b) Além dos modos privados existiram os modos públicos de concessão da cidadania. As *leges* representaram o instrumento principal de concessão da *civitas Romana* na época republicana, sejam as votadas nos comícios, sejam os plebiscitos, assim como os provimentos dos magistrados dotados de *imperium*; através das *leges* foram feitas concessões gerais de cidadania. Assim a *lex Iulia* (90 a.C.) para os latinos e os itálicos que permaneceram fiéis a Roma; posteriormente, a *lex Calpurnia* (89 a.C.), que deu a cidadania aos militares pertencentes às *civitates foederatae* que haviam prestado serviço a

[291] Cícero dirá no *De rep.* 1.49: [...] *quid est civitas nisi iuris societas civium?*- o que é a *civitas* senão uma comunidade de direito dos concidadãos? Cf. S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana* cit. (nota[283]), p. 19.
[292] S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana* cit. (nota[283]), pp. 4-6.
[293] A. MURONI, *Civitas Romana* cit. (nota[288]), pp. 14-20.

Roma e, ainda, a *lex Plautia Papiria* que no mesmo ano reconheceu a cidadania aos aliados itálicos que a invocassem; já no final da república temos a concessão da cidadania por parte César, aos Cisalsalpinos (49 a.C.); em época imperial assinalamos as concessões de Cláudio aos Galos, de Marcos Aurélio aos Cirenaicos, de Vespasiano às cidades ibéricas, até chegarmos a concessão generalizada da cidadania a todos habitantes livres do Império, feita por Caracala, em 212, através da *Constitutio Antoniniana*[294]. A utilização das *leges* para a concessão da cidadania indica um uso político do *ius civitatis*, seja de forma preventiva, seja como prêmio pela fidelidade a Roma. Essa natureza de 'prêmio' é recorrente nas concessões da cidadania através das *leges rogatae* ou dos *plebiscita*. Não é raro que tais provedimentos precisem que a concessão representa uma recompensa por uma conduta considerada digna de merecimento[295].

O "princípio da inclusão ou exclusão" é cardeal na constrrução de um conceito de cidadania romana, mas a doutrina romanística evidencia que a experiência romana apresenta algumas peculiaridades, não sendo possível entendermos o princípio rigidamente, já que encontramos situações individuais de vantagem gozadas *pleno iure* pelos *cives* ou objeto de específicas concessões. A distinção entre incluídos e excluídos não parece possa ser vista na experiência romana, como contraposição entre indivíduos que pertencem ao grupo social e indivíduos que estão fora dele; o policentrismo citadino ingloba *cives* Romani de pleno direito, como também *cives imminuto iure* (com direito reduzido), *v.g.*, os moradores de um *municipium* ou de uma *colonia*[296].

As fontes indicam o "princípio de inclusão e exclusão" como o elemento que irá delinear a condição das pessoas em Roma; entendendo-se 'inclusão' como a pertença a um grupo socialmente e juridicamente determinado, e 'exclusão' como a posição do indivíduo 'além' e 'fora' do grupo. A análise da relação que intercorre entre a soberania e os súditos nos mostra que é o próprio corpo social, a *civitas*, que defendendo as próprias prerrogativas, detém o poder de regulamentar a mais elementar das condições, i.e., quem está submetido àquele poder na qualidade de *civis*[297].

Contudo, deve-se salientar, no caso da experiência romana que não se pode aplicar o "princípio de inclusão e exclusão" de forma rígida, pois, encontramos posições subjetivas

---

[294] S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana* cit. (nota[283]), pp. 4-5 nt. 8.
[295] A. MURONI, *Civitas Romana* cit. (nota[288]), p. 28.
[296] S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana* cit. (nota[283]), pp. 12-13.
[297] S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana* cit. (nota[283]), p. 4.

de vantagem de indivíduos formalmente excluídos da cidadania romana. Baste pensar que Roma desde a expansão no Lácio e os primeiros *foedera* concedeu algumas vantagens aos latinos, para todos os efeitos *peregrini*, tais como o *ius commercii*, o *ius connubii* e o *ius suffragii*[298]. O elemento que distingue o romano do 'outro' é um fio tênue e para que possamos individuá-lo devemos ir além da simples contraposição entre incluídos e excluídos da cidadania; devemos considerar, também, situações intermediárias que de alguma forma preparam a concessão da cidadania a todos os habitantes do Império, desde que *liberi*, com a *Constitutio Antoniniana* em 212 d.C. Podemos destacar entre tais situações aquela do *hospes* e dos *clientes*.

Através do *hospitium*, fundamentado na ideia de que entre cidades não vinculadas por um tratado recíproco o estado normal fosse aquele de uma recíproca *amicitia*, independetemente de qualquer convenção, o indivíduo podia estabelecer relações com cidadãos de outra cidade estrangeira que não estivesse em guerra com a sua própria cidade[299]. Em Roma o *hospes* quando é admitido no seio da família romana, em época arcaica e republicana, goza de uma posição de vantagem juridicamente significativa, mas não é integrado na *civitas*.

O instituto da clientela remonta à própria fundação da cidade, criado pelo próprio fundador Rômulo[300]; o primeiro rei de Roma buscava, por ela, evitar que as classes inferiores tivessem um tratamento duro e indigno.

Como vimos, a forma originária de aquisição da cidadania era a filiação; a partir da instituição da censura era dever do *pater* apresentar o novo cidadão ao censor que o registrava com os *tria nomina* nas listas dos cidadãos, determinando o magistrado, segundo a capacidade econômica e a vontade do *pater*, a classe censitária na qual seria inscrito o novo cidadão. Roma, contudo, se distinguiu das outras cidades antigas, sejam gregas sejam etruscas, pelo fato de que na sua tradição jurídica existissem outras formas de admissão na cidadania, em particular a dos clientes e dos libertos. A excepcionalidade da praxe romana, certamente, constituiu um elemento de força da constituição romana em relação às demais constituições antigas, pois, determinou um crescimento do corpo cívico romano. Já Filipo V da Macedônia, em 214 a.C., endereçando uma epístula aos habitantes de Larissa

---

[298] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota[109]), pp. 110-113.
[299] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. (nota[109]), p. 142.
[300] Πλούταρχος, Βίοι Παράλληλοι (Bioi Paralleloi), trad. ital. de M. Adriani, *Vite Parallele*, I, Firenze, Le Monnier, 1859, XII, p. 61.

demonstrava a sua admiração por Roma, que por meio de uma política de concessão da cidadania aos escravos manumitidos ampliava a *civitas*, fazia a grandeza da pátria e criava colônias em cerca de 70 localidades[301]. No que concerne à clientela, a praxe romana da 'emancipação' foi utilizada pelos grupos gentilícios emergentes para competirem no quadro da vida política da cidade; com efeito, um cliente, ou um liberto, que era admitido na *civitas* passava a fazer parte do clan familiar e gentilício do *patronus*, dando a ele um poder e um prestígio político maior do que se ele tivesse permanecido *servus*, já que quando o *patronus* emancipava o *cliens* ou o *servus*, obtinha um apoio dos novos cidadãos nas votações nos comícios. Ademais, tais instrumentos de luta política da *nobilitas* se demonstraram formidáveis para o crescimento do *populus*[302].

Roma utiliza a concessão da cidadania como um instrumento funcional ao próprio desenvolvimento e à consolidação do seu poder na Itália e nas províncias. A concessão da cidadania é um instrumento utilizado pelos Romanos para ampliar a *civitas* e alastrar o próprio poder no mundo mediterrâneo, como transparece, por outro lado, das palavras de Filipo V da Macedônia. Ápice dessa política será a *Constitutio Antoniniana* que concederá a cidadania a todos os homens livres do império (Ulp. 22 *ad ed*. D. 1.5.17: *In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt*- Os que estiverem no Império Romano por uma constituição do imperador Antonino foram feitos cidadãos romano[303]).

A *actio popularis* foi um instrumento processual elaborado pela ordem jurídica romana visando à participação do *cives* na gestão da *res publica*. Com a difusão do sistema do *ius Romanorum*, uno e universal, a partir da *constitutio Antoniniana* de 212 d.C. que estendeu a cidadania romana a todos os habitantes do Império e com essa a aplicação do direito romano, a *actio popularis* passa a ser concedida em todo o território do Império. Vale, contudo, ressaltar que a utilização da *actio popularis* deve ser atestada nas províncias em época anterior, conforme resulta de um recente trabalho de A. TORRENT sobre as ações populares na *lex Rivi Hiberiensis*[304] (*lex* que remonta à época de Adriano, 117-138 d.C.).

Do ponto de vista do modelo constitucional romano a *actio popularis*, certamente, enquadra-se na visão de um conjunto de *cives* que participa diretamente e concretamente à

[301] Ver G. CRIFÒ, *Civis* cit. (nota[276]), p.109, nt. 43.
[302] A. MATROCINQUE, *Sulle forme di acquisizione* cit. (nota[275]), p. 4 ss.
[303] Ver trad. port. de H.M.F. Madeira, *Digesto de Justiniano* cit. (nota[37]), pp. 68-69.
[304] A. TORRENT RUIZ, *Las acciones populares* cit. (nota[155]), pp. 136-137.

gestão da coisa pública, nos moldes da visão de J.J. ROUSSEAU de que a soberania pertence a cada cidadão[305].

3.2.3. A natureza jurídica da *actio popularis*: a disputa doutrinária.

A problemática sobre a natureza jurídica da *actio popularis* verte sobre o tipo de interesse tutelado pela ação, seria ele um interesse público ou um interesse privado? O autor ao usar esse remédio processual estaria defendendo um interesse público ou um seu interesse que coincide com o interesse público na medida em que ele, o *quivis de populo*, é parte do *populus*?

F. CASAVOLA observa que não se pode reconstruir a história da literatura concernente às ações populares romanas sem a apreciação da obra de K.G. BRUNS. Em um artigo reputado fundamental para os estudos sobre as *actiones populares* ele reformula, totalmente, a teoria que vinha sendo defendida quanto à natureza das *actiones populares*[306].

3.2.3.1. Th. Mommsen e K.G. Bruns. Em 1857, Th. MOMMSEM publica um artigo que irá dar início a um longo debate sobre a natureza jurídica da *actio popularis*, debate esse que permanece até hoje. K.G. BRUNS, autor da teoria contraposta àquela de Th. MOMMSEN[307], inícia o seu artigo, publicado em 1864 na *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, com o questionamento se o dinheiro obtido pelo autor popular vai em benefício dele mesmo ou a benefício do 'Estado'; a primeira observação é de que os antigos autores reputavam, de forma geral, que a soma era adquirida pelo autor popular[308]. O próprio F. K. von SAVIGNY, embora fosse por uma interpretação das ações populares rigorosamente publicista, seguia a doutrina tradicional de que a soma obtida com a *actio popularis* era em favor do autor[309]. Tudo muda com a elaboração da tese procuratória de Th. MOMMSEN.

---

[305] J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social* cit. (nota[238]), III 15, p. 187. No que tange à questão da relação entre os indivíduos e a coletividade no quadro da organização pública e a contraposição do modelo romano-latino e o modelo germânico-anglo-saxão ver G. LOBRANO, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, Delfino, Sassari, 1989, p. 29-57.

[306] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 138 ss.

[307] Bruns irá considerar *actio popularis*, *stricto sensu*, somente as ações pretórias em que a soma requerida é obtida pelo autor popular e não vai para os cofres públicos.

[308] K.G. BRUNS, *Die Popularklagen* cit. (nota[26]), p. 182. Cf. PUCHTA, *Instit*. II, § 219, nt. h.

[309] F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, Berlin, 1840, trad. fr. M.Ch. Guenou, *Traité de Droit Romain*, II, Paris, Firmin Didot Frères, 1841, pp. 132-134; ID., *Das Obligationenrecht* cit. (nota[15]), p. 472.

No artigo sobre os direitos municipais de Málaga e Salpensa, Th. MOMMSEN no parágrafo E trata especificadamente da *Popularklagen*. Observa que a ação popular tem uma natureza procuratória, em que o povo é o mandante e o autor o mandatário, o procurador[310]. O autor fundamenta a sua afirmação a partir de uma análise da definição contida em Paul. 8 *ad ed*., D. 47.23.1[311], bem como das consequências jurídicas daí advindas; já que o autor, como qualquer outro procurador, não pode constituir um segundo procurador (Paul. 8 *ad ed*., D. 47.23.5[312]), a *exceptio rei iudicatae* não é dirigida somente contra o autor, mas também contra qualquer outro representante do mandante; nota, ainda, Th. MOMMSEN que aquele que é excluído da procuração em geral, também é excluído do exercício da ação popular (Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.23.6[313]). Ademais, se a vantagem pecuniária das ações exercidas através de procurador vão em beneficio do mandante, por que não se deveria verificar o mesmo no caso da *actio popularis*? Questiona Th. MOMMSEN; alguém, porém, poderia objetar que após a *litis contestatio* o autor passa a ser um credor (Ulp. 6 *ad ed*., D. 50.16.12[314]) e que a ação passa aos herdeiros, se o autor morrer durante o processo, como resulta da questão surgida quanto ao fideicomissário universal (Paul. 41 *ad ed*., D. 47.23.7[315]), como consta expressamente na *actio de positis et suspensis* (Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.5.13[316]), devendo-se considerar, na opinião de Th. MOMMSEN, o *nec* da disposição em contrário (Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.5.5[317]) como

---

[310] Th. MOMMSEN, *Die Stadtrecht* cit. (nota[25]), p. 461 ss.

[311] Paul. 8 *ad ed*., D. 47.23.1: *Eam popularem actionem dicimus quae suum ius populo tuetur* – Denominamos ação popular aquela que ampara o direito próprio do povo (tradução segundo a interpretação mommseniana).

[312] Paul. 8 *ad ed*., D. 47.23.5: *Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratore dare potest: ia autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest* – Aquele que é demandado com a ação popular, pode nomear um procurador para defender-se, mas aquele que a promove não pode nomear um procurador. Cf. Th. MOMMSEN, *Die Stadtrecht* cit. (nota[25]), p. 464 nt. 19.

[313] Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.23.6: *Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat* – À mulher e ao pupilo não são concedidas a não ser quando o assunto lhes pretence.

[314] Ulp. 6 *ad ed*., D. 50.16.12: [...] *Quodsi ex populari causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoria loco non esse, postea esse* – Mas se se tratar de uma causa popular, corretamente, diz-se que antes da contestação da lide não é credor, e após torna-se credor. Cf. Th. MOMMSEN, *Die Stadtrecht* cit. (nota[25]), p. 464 nt. 20.

[315] Paul. 41 *ad ed*., D. 47.23.7: *Populares actiones non traseunt ad eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto* – As ações populares não passam àquele ao qual a herança é restituida em virtude do senatusconsulto Trebelliano. Cf. Th., *Die Stadtrecht* cit. (nota[25]), p. 464 nt. 21.

[316] Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.5.13: *Ista autem actio popularis est, et heredi similibusque competit; in heredes autem non competit, quia poenalis est* – Mas essa ação é popular e cabe aos herdeiros e semelhantes; não cabe contra os herdeiros, já que é penal.

[317] I. GARCIAL DEL CORRAL, *Cuerpo* cit. (nota[2]), II, p. 594: Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.5.5: [...] *neque (in heredem, sed nec heredi similibusque) personis, nam est poenalis et popularis*; cf. Th. MOMMSEN, *Digesto, Editio minor*, Berlin 1872, p. 132: [...] *neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est*

interpolado[318]; observa, porém, Th. MOMMSEN que o mesmo ocorre com qualquer outro procurador (CI. 2.13.23 e C.Th. 2.12.1[319]).

Por outro lado, nota o jurista alemão que o transferimento dos resultados da ação do autor para o mandante é um procedimento que encontramos nas fontes, pois, o *cognitor* e o *actor* dos municípios exercem a ação em nome próprio, ou seja, a *condemnatio* está em seu nome, porém, a *actio iudicati* não compete a eles, mas aos mandantes (Paul. 9 *ad ed.*, D. 3.4.6.3[320]). De forma semelhante, quando o autor, que voluntariamente representa o público, obtém uma condenação pecuniária, o magistrado do município pode providenciar, autonomamente, a cobrança da quantia devida.

Além dessas razões de caráter geral, Th. MOMMSEN aponta outras de caráter especial, tal como o preceito de Paul. 41 *ad ed*., D. 47.23.7.1: *Item qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior* – Outrossim, não se considera mais rico aquele que tem essas ações; a afirmação só pode ser entendida se admitirmos que a pena pecuniária não avantaja o autor[321].

Essas são as principais fundamentações de Th. MOMMSEN na defesa da natureza procuratória de todas as ações com legitimação difusa, denominadas, indistintamente, de *actiones populares*.

K.G. BRUNS, em 1864, publica o artigo *Die römischen Popularklagen*[322] em que discorda da interpretação mommseniana quanto à natureza jurídica da *actio popularis*. O artigo do jurista alemão é traduzido para o italiano por V. SCIALOJA em 1882, sendo a

---

poenalis et popularis - [...] não cabe contra o herdeiro nem ao herdeiro ou a pessoas semelhante, já que é penal e popular.

[318] Quanto ao problema da intransmissibilidade ativa das ações populares e da contraposição entre o disposto em D. 9.3.5.13 e D.9.3.5.5, ver C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 175 ss.

[319] CI. 2.13.23: *Nulla dubitatio est, post causam in iudicio agitatam, utpote dominum litis procuratorem effectum, etiam post excessum eius, qui agendam vel defendendam litem mandaverat, posse inchoatam causam iurgiumque finire e,* […] – Não há dúvida que após ter o processo em juizo iniciado, pois que se efetiva o procurador como dono da lide, pode ele concluir a causa incoada e a lide, mesmo depois da morte daquele que tinha dado mandato para postular ou defender a lide e, […]. Ver também C.Th. 2.12.1: *Nulla dubitatio est post causam in iudicio publicatum utpote dominum litis procuratorem effectum etiam post excessum eius, qui defensionem mandaverat, posse incoatam litem iurgiumque finire,* [...]. Cf. Th. MOMMSEN, *Die Stadtrecht* cit. (nota[25]), p. 464 nt. 22.

[320] Paul. 9 *ad ed.*, D. 3.4.6.3: [...] *Actor itaque iste procuratoris partibus fungitur: et judicati actio et ex Edicto non datur, nisi in rem suam datus sit:* […] – Esse autor, portanto, faz as partes do procurador: e a ele não se dá em virtude do Edito a ação de julgado, a não ser que seja concedida em coisa do seu interesse: […]. Cf. Th. MOMMSEN, *Die Stadtrecht* cit. (nota[25]), p. 464 nt. 23.

[321] Cf. Th. MOMMSEN, *Die Stadtrecht* cit. (nota[25]), pp. 464-465 nt. 24.

[322] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]).

tradução importante devido ao rico *Prefácio* do tradutor, assim como aos comentários contidos nas notas elaboradas por V. SCIALOJA.

O jurista alemão analisa a questão das ações populares romanas pondo o foco sobre as penas pecuniárias, distinguindo-as em penas pecuniárias legais e penas pecuniárias pretórias, ou seja, aquelas impostas pelas leis e aquelas impostas pelo edito pretório[323], já que a questão a ser apreciada verte sobre compreensão se a pena avantaja o autor popular ou é recolhida ao erário público. O trabalho, portanto, está dividido em duas partes: 1. Ações legais com legitimação difusa; 2. Ações pretórias com legitimação difusa.

1. **Ações legais**. No que concerne às penas pecuniárias legais, essas se apresentam sob três formas principais: 1. *Multa esto*; 2. *Poena esto*; 3. *Dare damnas esto*. Para todas as penas pecuniárias em que se prevê uma quantia determinada encontramos uma dessas três formas, sendo a mais frequente o '*dare damnas esto*', conjuntamente com a designação da pessoa a quem se deve dar a soma, ou seja, '*populo*' ou '*municipibus*' ou '*colonis*' ou '*in publicum*'.

No que tange ao sistema de multas dos Romanos (*multam dicere*; *multam irrogare*; *multam petere*[324]), reputa K.G. BRUNS que ele tem que ser enquadrado no âmbito do direito público e do processo penal, sendo oportuno mantê-lo bem distinto dos conceitos de ação popular e processo civil. A fórmula *poena esto*, segundo K.G. BRUNS, também, deve ser colocada na órbida do processo penal e do direito público; a diferença entre as *multae* e as *poenae* de somas determinadas, residia no fato de que as *poenae*, embora ambas se processassem nos *iudicia publica*, acarretavam infâmia, enquanto as *multae* não[325].

A terceira fórmula *dare damnas esto* nos transporta no campo das ações populares, pois como é notório, essa não se referia somente às penas pecuniárias públicas, mas se aplicava, também, às penas privadas legais; e já que essa se encontra em correlação com a *manus iniectio* não é inverossímil acreditarmos, sustenta K.G. BRUNS, que a fórmula era utilizada em todas as leis com base nas quais se concedia a *manus iniectio*. A diferença

---

[323] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), pp. 184-185.

[324] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), pp. 190-200. A expressão *multam dicere* corresponde às multas impostas imediatamente pelo magistrado, segundo o seu livre critério, sem a necessidade de nenhum ato precedente; *multam irrogare* dizia respeito às penas pecuniárias maiores da multa suprema (FEST., *Festi Schedae AP. Laetumn* L. XIV QU. X, 20 (181, 10-19) , p. 202) que os magistrados no caso de um delito não previsto em lei penal, podiam requerer ao *populus*, segundo uma própria estimativa; por fim, *multam petere* são aquelas que constam especificadamente em uma lei, indicando uma quantia certa, e que são requeridas somente com fundamento na lei que as prevê.

[325] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit.(nota[26]), pp190- 200.

entre as penas públicas e privadas se manifesta na designação daquele ao qual teriam que ser pagas; na *lex Aquilia*[326], por ex., encontramos *domino dare damnas esto*, enquanto nas leis relativas às penas públicas encontramos *populo dare damnas esto* ou *municipibus, colonis dare damnas esto*, como na *lex Iulia municipalis* (a. 709)[327] e na *lex Mamilia* (a. 695)[328].

O *damnas* é aquele que é condenado em um processo civil, assim sendo, a fórmula estabelece o relevante princípio de que a pena, nesse caso, não deve ser requerida, como ocorre com *poena esto* ou com *multa esto*, através de um processo criminal, mas mediante um processo civil. A importância da fórmula *dare damnas esto* consiste no fato de que o processo criminal fica excluído, devendo-se proceder com o rito do processo civil[329].

Registra V. SCIALOJA que K.G. BRUNS, posteriormente, com a descoberta das tábuas de Osuna, contendo a *lex Coloniae Genitivae Iuliae*, irá mudar a sua opinião sobre esse ponto[330], pois, ele observa que o procedimento previsto no ponto XCV, daquela lei, em relação ao tribunal dos *recuperatores* que deve julgar penas impostas com a fórmula *dare damnas esto*, não pode ser o normal procedimento dos juízos civis, mas um procedimento especial para juízos com base naquela fórmula, uma espécie de público juízo penal. Assevera, por outro lado, V. SCIALOJA que as *quaestiones* criminais se formaram a partir do modelo dos tribunais dos *recuperatores* civis, portanto, é bastante compreensível que em alguns casos as formas do processo civil se confundiram com aquelas do processo penal perante os *recuperatores*, especialmente, no caso de aplicação das penas pecuniárias. Ademais, quando um instituto se transforma podemos ter certeza de que encontraremos momentos de confusão entre as velhas formas e as novas; contudo, V. SCIALOJA reputa que o juízo perante os *recuperatores*, em matéria de ação popular, permaneceu, essencialmente, um processo civil[331].

No que concerne, ainda, às ações legais relativas às penas previstas com a fórmula *populo* (ou *colonis* ou *municipibus*) *dare damnas esto* é necessário indagarmos de que

---

[326] Gai 7 *ad ed. prov*., D. 9.2.2: *Lege Aquilia capite primo cavetur: [ut] Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem, iniuria occiderit, quanti id in eo ano plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto* - No primeiro capítulo da *Lex Aquilia* se estabelece que aquele que tenha matado com injúria um servo ou uma serva de outrem, um quadrúpede ou um animal seja condenado a dar ao proprietário o preço maior que naquele ano teve.
[327] K.G. BRUNS-Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 101.
[328] K.G. BRUNS-Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 94. Segundo a doutrina essa *lex Mamilia* é a mesma que encontramos em D. 47.21.3pr., relativa à ação *de termino moto*.
[329] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), pp. 202-204.
[330] K.G. BRUNS, *Die Erztafeln von Osuna*, in *ZRG* (1876), XII, p. 123.
[331] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit.(nota[26]), pp. 204-205 nt. (g).

maneira deveriam ser exigidas ou requeridas. Quem estava autorizado ou obrigado a requerê-las? Na maior parte das leis penais, com o *dare damnas esto*, que chegaram até a nós, encontramos ao lado da fórmula a indicação de que qualquer cidadão poderia promover a ação; no entanto, as ações populares só eram admitidas nos casos previstos em lei. Não se encontra, salienta K.G. BRUNS, em nenhum lugar um princípio geral de que os créditos pecuniários do Estado ou as obrigações penais tivessem que ser requeridos em juízo por qualquer cidadão que o desejasse[332].

A natureza das ações legais é, afirma K.G. BRUNS, procuratória, mas a representação do *populus*, nessas ações, parece ter sido considerada diferente daquela das pessoas privadas, pois, habitualmente, tratando-se de *procurator* na fórmula da *intentio* era colocado o nome do *dominus*, na *condemnatio* o nome do *procurator*, assim sendo, a *actio iudicati* cabia somente ao procurador; no caso dessas ações com legitimação difusa, também a *condemnatio* era a favor do *populus*, de modo que a execução podia ser feita imediatamente, em nome deste, pelos magistrados[333].

As *leges* que trazem a fórmula *dare damnas esto* citadas por K.G. BRUNS são: 1. *Lex Iulia Municipalis*; 2. *Lex Mamilia* ou *Lex Iulia agraria*; 3. *Lex Quinctia*[334]; 4. *Lex municipalis Salpensana*[335]; 5. *Lex municipalis Malacitana*[336]. Devemos, porém, acrescentar a estas algumas *leges* que não tinham sido descobertas quando K. G. BRUNS escreve o seu artigo sobre as ações populares romanas: 1. *Lex Coloniae Genetivae Iuliae*, contida nas tábuas de bronze descobertas em Osuna, nos anos 1870-74[337]; 2. *Lex Lucerina*, inscrição descoberta na cidade de Lucera[338]; 3. *Lex Spoletina*, descoberta em Spoleto em 1876[339]; 4. *Lex Irnitana*[340], contida em seis tábuas descobertas em 1981, nas proximidades de Sevilla.

---

[332] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit.(nota[26]), pp. 209-210.
[333] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit.(nota[26]), pp. 212-213.
[334] K.G. BRUNS-Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 112.
[335] K.G. BRUNS-Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 136.
[336] K.G. BRUNS-Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 141.
[337] K.G. BRUNS-Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 119. Observe-se, contudo, que o texto da *lex Coloniae Genitivae Iuliae*, foi publicado por K. G. BRUNS nas suas *Fontes*, a partir da terceira edição de 1876, como informa V. Scialoja no 'Prefácio' da sua tradução do artigo de 1864. Todas as ações populares aqui contidas pertencem a classe das ações legais que K.G. BRUNS reputa não serem propriamente ações populares, ou pelo menos aquelas que os romanos consideravam como populares; com efeito, a pena pecuniária é adquirida pelos cofres públicos e não pelo autor da ação. Ver V. SCIALOJA, *Prefazione del Traduttore*, in K.G. BRUNS, *Le azioni popolari* cit. (nota[26]), pp. 171-172. Para um aprofundamento acerca da *Lex Coloniae Genitivae Iuliae*, ver C. RE, *Le nuove tavole di Ossuna*, in *AG* (1877), XIX, pp. 291-445.
[338] K.G. BRUNS-Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 241.
[339] K.G. BRUNS-Th. MOMMSEN, *Fontes* cit. (nota[79]), p. 241.
[340] A. D`ORS - J. D`ORS, *Lex Irnitana*, Santiago de Compostela, 1988, pp. 13-87. Disponível [on-line] in http://droitromain.upmf-grenoble.fr/ [11-05-2016]; ID., *Documentos. La Ley Flavia Municipal*, in *AHDE*, 54 (1984), pp. 536-538. Para um aprofundamento ver também J.L. MURGA GENER, *Las acciones populares en el*

Nota o jurista alemão que o número dessas ações não era muito grande e que talvez a sua principal função fosse a sua aplicação nas relações municipais.

Por fim, questiona-se K.G. BRUNS, se é lícito designar de ações populares todas essas ações procuratórias em nome do 'Estado' ou dos municípios, e se é possível agrupa-las em um único conceito conjuntamente com as ações populares pretórias.

1. **Ações pretórias**

Após ter concluído que as ações legais possuem uma natureza procuratória, K.G. BRUNS passa a analisar as ações pretórias, levantando a questão se essas devam ser consideradas de natureza procuratória em nome do *populus*, ou se objetivem uma vantajem privada para o autor. Nota o autor que Th. MOMMSEN e os demais autores não fazem nenhuma diferença entre essas e aquelas, pois as consideram todas procuratórias, admitindo-se somente uma exceção no que concerne às ações populares impuras ou mistas[341].

Esse nivelamento é contestado por K.G. BRUNS, o qual observa que no que concerne às penas pecuniárias legais a pertença ao povo está indicada, expressamente, na própria disposição legal com o *populo dare*, porém, não podemos dizer o mesmo das penas pecuniárias pretórias, pois, nenhuma indicação se encontra, nos textos, que nos dê certeza de que a soma era obtida em vantagem do povo; assim sendo, para que se possa manter e confirmar a concepção mommseniana deve-se supô-lo por via interpretativa. Em suma, para as penas legais teríamos que buscar as razões para converter a obrigação em favor do Estado em uma obrigação em favor do indivíduo, ou, vice-versa, no caso das penas pretórias, ter-se-ia que indicar as razões para que o direito de cada um se tornasse um direito do Estado[342].

Delineada a problemática o jurista alemão inicia a sua exposição a partir da análise da *actio sepulchri violati*, prevista no Edito no titulo XVI – *De religiosis et sumptibus*

---

municipio de Irni, in *BIDR* (1985), XXVII (terza serie), pp. 209-260; ID., *La "popularidad"de las acciones en las leyes municipales de la Betica*, in *RIDA* 38 (1991), pp. 219-284; T. *Giménez-Candela*, *La "Lex Irnitana".Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, in *RIDA* (1983), pp. 125-140; A. TORRENT RUIZ, *Uma nueva edición de la Lex Irnitana*, in *Index* 41 (2013), pp. 131-137.

[341] A. Guarino leciona que as *actiones mixtae* eram aquelas, *in duplum*, em que além de se obter o valor da coisa danificada (*rem persequimur*), se obtinha, também, uma soma pecuniária a título de pena (*poena persequimur*); tais ações acumulavamn os efeitos das ações reipersecutórias e das ações penais. Ver A. GUARINO, *Diritto Privato* cit. (nota[92]), pp. 190-191 e pp. 974-975; ver, também, M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[8]), pp. 336-337.

[342] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 519.

funerum, § 93 – *De sepulchro violato*, segundo a reconstrução de LENEL[343], cuja cláusula edital, em Ulp. 25 *ad ed.*, D. 47.12.3pr, assim dispõe:

Ulp. 25 *ad ed.*, D. 47.12.3pr. *Cujus dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. Si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet, quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. Si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. Si quis in sepulchro dolo malo habitaverit, aedificiumve aliud, quamque sepulchri causa factum sit, habuerit, in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum iudicium dabo.* [...] *§ 12. Haec actio popularis est*[344].	Ulp. 25 *ad ed.*, D. 47.12.3pr. Quando se disser de alguém que com dolo mau violou um sepulcro, contra ele darei uma ação *in factum*; de modo que seja condenado por aquilo, em benefício daquele a quem pertence a coisa, pela quantia que parecer justa. Se não aparecer ninguém a quem a ação caiba, ou não queira agir, darei uma ação por cem áureos a qualquer um que queira agir. Se muitos quiserem agir, concederei a faculdade de agir àquele cuja causa parecer justíssima. Se alguém tiver habitado no sepulcro com dolo mau, ou tiver construído outro edifício embora tenha sido feito por causa do sepulcro, contra aquele, se alguém quiser agir por aquele motivo, darei uma ação por duzentos áureos. [...] § 12. Esta ação é popular.

A ação, *in factum*, concedida, primeiramente, ao titular do *ius sepulchri*, estava fundamentada no *dolus* daquele que violava o sepulcro alheio; a soma a título de pena correspondia a quanto o magistrado considerasse justo. Se, porém, ninguém pudesse alegar um direito sobre a coisa, ou o titular do direito não quisesse agir, o pretor concederia uma

[343] O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XXI.
[344] O. LENEL, *Pal.* cit. (nota[124]), II, 738, p. 563.

ação, no valor de cem áureos, para qualquer um que quisesse fazê-lo; nesse caso, a ação é certamente penal, entretanto, observa K.G. BRUNS que no primeiro caso a *actio* não se fundamenta e não tem por objeto uma propriedade e a sua lesão e o seu ressarcimento, mas sim a *sanctitas sepulchri* e a *poena violationis*. O *ius sepulchri*, sendo o sepulcro *locus religiosus*, não diz respeito a uma propriedade ou a um direito real ou pecuniário, ele é um direito sagrado e, portanto, público, cuja violação comporta uma pena, na qual o interesse pecuniário relativo a um ressarcimento se torna secundário[345].

Podia ocorrer, também, que os peticionários fossem muitos, nessa hipótese, o magistrado escolheria aquele que fosse mais idôneo e tivesse maior interesse na coisa, já que as fontes estabeleciam, no título 47.23, as regras que o pretor devia adotar no caso em que *plures agere volent*[346]. Destarte, as *actiones populares*, assim como as *poenales*, não admitiam uma pluralidade de atores, o pretor devia sempre escolher a pessoa legitimada a agir; a norma geral era de que o pretor escolhia aquele que lhe parecesse mais idôneo, sendo esse o que tinha mais interesse.

O regime da legitimação ativa da *actio sepulchri violati* prevê, desse modo, duas situações distintas: a) titulares do *ius sepulchri*; b) estranhos, que agem com base na concessão da *actio* a *quivis de populo*. Ressalte-se, contudo, que a *actio*, no primeiro caso, pode ser concedida a muitos contemporaneamente, mas no segundo o pretor deverá escolher *quis in id quod uniuscuiusque interest*, conforme consta de Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3.9:

Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3.9	Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3.9
§ 9. - Si ad plures ius sepulchri pertinet, utrum omnibus damus actionem: na ei qui occupavit? Labeo omnibus dandam dicit; recte, quia in id quod uniuscuiusque interest, agitur[347].	§ 9.- Se o direito sobre o sepulcro pertence a muitos, damos a ação a todos ou àquele que o ocupou? Labeão diz que tem que ser dada a todos; corretamente, já que se age por aquilo que a cada um interessa.

[345] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 520.
[346] Paul. 1 *ad ed.*, D. 47.23.2: *Si plures simul agant populari actione, Praetor eligat idoniorem*, ver ponto 3.1.3; Ulp. 1 *ad ed*., D. 47.23.3.1: § 1.- *In popularibus actionibus is, cuius interest, praefertur*, ver ponto 3.1.3.
[347] O. LENEL, *Pal.* cit. (nota[124]), II, 745, p. 564.

Opina K.G. BRUNS que o *in id quod uniuscuiusque interest agitur* não deve ser interpretado no sentido comum reipersecutório, mas como uma avaliação penal do *quantum aequum*, como se pode aferir do disposto em Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3.8:

Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3.8 *§ 8.- Qui de sepulchro violati actione iudicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex iniuria quae facta est: item ex locro eius qui violavit; (vel) ex damno, quod contigit, vel ex temeritate eius, qui fecit, nunquam tamen minoris debent condemnare, quam solent extraneo agente*[348].	Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3.8 § 8.- Aqueles que julgam na ação de sepulcro violado estimarão, na medida do que interessa, isto quer dizer, pela injúria que foi feita; da mesma forma, pelo lucro daquele que violou; ou com base no dano ocorrido, ou pela audácia daquele que o fez. Nunca, porém, devem condenar por menos daquilo que habitualmente aplicam quando age um estranho.

Dessarte, o jurista alemão conclui que o autor popular retém para si a soma obtida com a ação no caso que *res ad eum pertinet*. O edito, com efeito, dispõe *ut ei condemnetur*, e a medida da pena é determinada segundo o *quod interest*, somente assim pode ser interpretada a *actio*. Ademais, essa é também indicada, em Paul. 9 *ad ed.*, D. 3.3.42[349], como uma ação *quasi privata*. No que tange ao *extraneus*, a relação entre os *centum aurei* com o *quantuum aequum videbitur* está explicitada no fragmento Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3.8, no sentido de que os cem áureos constituíam o mínimo da pena a ser aplicada[350].

Nesse sentido, C. FADDA leciona que no caso de titulares do *ius sepulchri* a ação acarretava uma condenação *quanti ob eam rem aequum videbitur*; ao passo que no caso de um *quivis de populo*, a pena pecuniária era fixa, não podendo nunca a condenação, no

[348] O. LENEL, *Pal.* cit. (nota[124]), II, 745, p. 564.

[349] Paul. 9 *ad ed.*, D. 3.3.42: *Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est, merito eum, qui de via publica agit, et private damno ex prohibitione afficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem. Multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is, ad quem ea res pertinent* – Embora nas ações populares não se possa nomear procurador, todavia se disse que justamente aquele que age com a ação de via publica e foi prejudicado com um dano privado pela proibição, pode nomear procurador como se fosse uma ação privada. E com muita mais razão o nomeará para a ação de sepulcro violado aquele ao qual a coisa pretence.

[350] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 521.

primeiro caso, ser inferior daquela aplicada no segundo caso, conforme dispõe Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3.8[351].

A *actio sepulchri violati*, para K.G. BRUNS, na sua essência, no seu fundamento e na sua finalidade é única, apresentando a particularidade, quanto à pessoa do autor, de que se o autor for um especial interessado poderá requerer uma pena maior daquela comumente concedida. Não encontra K.G BRUNS nenhum fundamento para que se possa falar em um direito do Estado; como, pergunta ele, com o simples *ei actionem dabo* para o *extraneus* se pode afirmar que o autor age como *procurator pro populo*? Além disso, se o autor age *suo nomine*, como podemos afirmar que o povo tem a *actio iudicati*, ou seja, possa proceder a execução por meio dos *praedes* e da *missio in bona*? Por outro lado, se o autor tem a *actio iudicati* e a execução, como se pode concluir que ele está obrigado a dar ao Estado a soma recebida? Tal direito do Estado, assim como a obrigação do autor, conclui K.G. BRUNS, deveria de alguma forma ter uma fundamentação legal e jurídica. Nas ações populares legais essa fundamentação está corroborada, claramente, pela disposição *populo dare damnas esto*, mas nas ações populares pretórias falta no Edito qualquer apoio que justifique tal direito do Estado e a consequente obrigação do autor popular[352] de entregar a soma recebida aos cofres públicos.

A segunda ação popular pretória apreciada por K.G BRUNS como paradigma na defesa da sua tese é a *Actio de effusis et deiectis* (Ulp. 23 *ad ed.*, D. 9.3.5.5).

Trata-se de ações concedidas pelo pretor conforme ao título XV – *De his quae cuiusque in bonis sunt*, § 60 - *De his qui deiecerint vel effunderint* do Edito, segundo a construção de Lenel[353].

A cláusula pretória, em Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.1pr., indica três situações que comportam a concessão de ações pretórias para tutela de um interesse privado, privado-público, ou somente público, lesados por um comportamento considerado ilícito: o dano a coisas, a morte de um homem livre e o ferimento de um homem livre[354].

Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.1pr. *Praetor ait de his, qui deiecerint vel effunderint: 'unde in eum locum, quo*	Ulp. 23 *ao ed*. D. 9.3.1pr O Pretor diz a respeito daqueles que tenham lançado ou derramado alguma coisa:

[351] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), pp.75-76.
[352] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), pp. 521-522.
[353] O. LENEL, *Das Edictum* cit. (nota[113]), p. XXI.
[354] C. FADDA, *L`azione* cit. (nota[5]), pp. 156-157. Cf. F. CASAVOLA, *Studi* cit. (nota[18]), p. 149 ss.

volgo iter fiet, vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum facturumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicio dabo. Si eo ictu homo líber periisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicio dabo; si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiectam: aut noxam dedere'.[355]	'onde será lançada ou derramada alguma coisa, naquele lugar por onde vulgarmente se transita, darei, contra aquele que habitasse naquele lugar, uma ação em dobro, por quão grande seja o dano causado e produzido por aquela coisa. E quando se alegar que um homem livre foi morto por causa daquele golpe, darei uma ação por cinquenta áureos; se viver, e se alegar ter sido causado um dano a ele, darei uma ação por tanto quanto parecerá justo ao juiz, para que seja condenado aquele contra o qual se agirá. Quando se alegar que o servo sem o conhecimento do seu senhor tê-lo-ia feito, acrescentarei à ação: ou abandoná-lo para compensar o dano'.

Observa K.G. BRUNS que a popularidade da ação não consta da cláusula edital, pois, a pessoa do autor não está indicada, constando somente a indicação do polo passivo; ressalta, ainda, que em poucos editos consta a designação da pessoa do autor. Os romanos, contudo, não tiveram dificuldade em considerar privada a ação relativa à primeira hipótese de dano causado pelo laçamento de uma coisa na estrada ou em um lugar público, ação pelo duplo do valor das coisas destruídas ou pelo duplo da diminuição do valor da coisa deteriorada, e popular as outras duas hipóteses: morte de um homem livre e ferimento de um homem livre.

O fragmento, concernente ao regime da legitimação ativa da *actio de effusis et deiectis* (Ulp. 23 *ad ed.*, D. 9.3.5.5), indica três casos, bem distintos, por coisas derramadas ou arremessadas de uma habitação.

Ulp. 23 *ad ed.*, D. 9.3.5.5 § 5.- *Haec autem actio, quae competit*	Ulp. 23 *ao ed.*, D. 9.3.5.5 § 5. – No entanto, esta ação que cabe

[355] O. LENEL, *Pal.* cit. (nota[124]), II, 682, p. 549.

de effusis et deiectis, perpetua est, et heredi competit; in heredem vero non datur. Quae autem de eo competit, quod liber periisse dicetur, intra annum duntaxat competit; neque (in heredem, sed nec heredi similibusque) personis, nam est poenalis et popularis; dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere, cuius interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit. Sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio; sed si alius velit experit, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit; quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quase non sit damnum pecuniarum; nam ex bono et aequo oritur.[356]	pelas coisas derramadas e arremessadas, é perpétua, e cabe ao herdeiro; mas não se dá contra o herdeiro. Porém aquela que cabe pelo fato que se venha a dizer ter sido morto um homem livre, cabe somente no prazo de um ano; nem contra o herdeiro, mas nem ao herdeiro e a pessoas semelhantes, porque é penal e popular; conquanto que saibamos que de muitos que desejem essa ação deve-se, de preferência, dar àquele ao qual interessa, ou àquele que por afinidade ou cognação tem parentesco com o defunto. Mas se se tiver causado dano a um homem livre, para o mesmo a ação será perpétua; mas se outro queira exercê-la, esta ação será anual, pois não cabe aos herdeiros por direito hereditário; visto que o dano que se causa em um corpo livre, não deve passar por direito hereditário aos sucessores, de fato não é um dano pecuniário; com efeito, nasce do bom e do justo.

Temos, então, as seguintes situações:

a) Ação contra o *habitator* por danos causados a coisas pertencentes ao autor. A pena é do dobro do valor da coisa destruída ou pelo dobro da diminuição de valor da coisa danificada. A ação é perpétua, portanto, não é popular (cf. Ulp. 1 *ad ed.*, D. 47.23.8). O herdeiro daquele que sofreu o dano tem direito à ação; essa, porém, não pode ser ajuizada

[356] O. LENEL, *Pal.* cit. (nota[124]), II, 689, pp. 550-551.

contra o herdeiro daquele que habitava a casa na época do fato danoso, pois, trata-se de uma ação penal (cf. I. 4.12[357]);

b) Ação pela morte de um homem livre causada pela *deiectio*. A pena é de 50 áureos e o ajuizamento da ação deverá ser feito no prazo de um ano, portanto, é uma ação limitada no tempo; não pode ser concedida ao herdeiro, nem a pessoas similares, assim como não pode ser ajuizada contra o herdeiro, já que essa é uma ação penal e popular. No caso em que mais pessoas queiram ajuizar a ação deverá ser preferido aquele que tiver mais interesse, ou um parente ou um afim;

c) Ação pelo ferimento de uma pessoa livre. Essa ação é perpétua para o ferido, não sendo, portanto, popular. No caso em que o ferido não ajuíze a ação, o pretor concede uma ação a *quivis de populo* que deverá ser proposta no prazo de um ano. A primeira ação não proposta pelo ferido, não poderá ser ajuizada pelos herdeiros enquanto tais, já que não se trata de um dano patrimonial, mas sim de um dano ao corpo do autor, a *aestimatio* do dano deverá ser feita *ex bono et aequo*.

No caso da morte de um homem livre a natureza popular da ação, consubstanciada em uma legitimação ativa difusa, indica a necessidade de se garantir uma segura circulação nas vias de Roma. Com efeito, o *quivis de populo* tinha o direito de se dirigir ao pretor para obter uma sanção por um comportamento que pusesse em risco a circulação viária. A popularidade da ação garantia que comportamentos que colocassem em perigo a vida dos *cives* não ficassem impunidos.

Ficam estabelecidos, nessa hipótese, três níveis no que concerne ao direito de agir: *is cuius interest*, *affines et cognati*, *extranei*. A preferência do *cuius interest* é regra geral decorrente do disposto em Ulp. 1 *ad ed*, D. 47.23.3.1[358] e ele age *suo nomine*, afirma K.G. BRUNS, é inegável, aqui como na *actio sepulchri violati*[359]. Dúvidas poderiam surgir quanto aos parentes e aos estranhos, mas K.G. BRUNS ressalta que o próprio edito estabelece uma única ação visando uma determinada pena pecuniária e a sua interpretação a considera uma ação popular, dando aos mais interessados e aos parentes, unicamente, um direito de preferência para agir em relação aos estranhos. Questiona K.G. BRUNS: pode-se afirmar, levando-se em consideração a pessoa do autor, que a ação seja completamente

---

[357] I. 4.12: [...] *Est enim, certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem rei non competere* [...]. - [...] Pois é regra certíssima de direito, que as ações penais derivadas de um delito não cabem contra o herdeiro [...]. Ver *Institutiones Iustiniani* cit. (nota[4]), pp. 618-619:

[358] Ulp. 1 *ad ed*, D. 47.23.3.1: *In popularibus actionibus is, cuius interest, praefertur*, ver ponto 3.1.3.

[359] Ulp. 25 ad ed.. D.47.12.3pr.

diversa, ou seja, em um caso ele age em nome próprio e no outro como procurador do *populus*? Podemos, licitamente, pensar que Ulpiano não teria feito nenhuma menção a essa diferença que muda profundamente a essência, a finalidade e os efeitos da ação?[360]

Mais complexa é a natureza da ação na hipótese de ferimento de um homem livre, nesse caso, as fontes determinam no que concerne à legitimação ativa, uma ordem de preferência que coloca em primeiro lugar o sujeito lesionado e somente se este não exercer a ação, o pretor concederia a *quivis de populo* uma ação, esta sim de natureza popular, para coibir um comportamento lesivo de um interesse coletivo, i.e., a segura circulação das pessoas. No caso de ferimento do homem livre a ação nasce como privada, mas pode tornar-se popular.

Nessa configuração da ação, K.G. BRUNS assevera que não é possível que Ulpiano ao traçar o paralelo entre o *ipse* e o *alius*, e ao analisar a transmissibilidade da *actio*, não tenha evidenciado, se existisse, a substancial diferença de que o *alius* e os herdeiros não podiam agir por si, mas tão somente em nome do *populus*.

F. CASAVOLA, muitas décadas depois, irá considerar popular não somente a ação do *alius*, mas, também, aquela do ferido. Afirma o autor que a regra estabelecida em Ulp. 1 *ad ed*., D. 47.23.8, i.e., a anualidade das ações populares, não é absoluta já que não é incomum encontrarmos no Digesto textos em recíproca contradição. Certamente a regra era válida no período das origens das *actiones populares*, mas as mudanças progressivas à regra originária da anualidade das ações honorárias não excepcionaram as ações populares. E questa è appunto un`eccezione e l`unica". Analisando o texto Ulp. 23 *ad ed.*, D. 9.3.5.5 observa uma linha de continuidade entre a ação concedida pela morte de um homem livre, explicitamente indicada como popular, e a ação concedida pelo ferimento de um homem livre, reputando o *ipsi perpetua erit actio* uma exceção ao regime da anualidade das ações populares; muda o regime da extensão temporal, não a natureza da ação[361].

Quanto à responsabilidade na *actio de effusis et deiectis*, encontramos uma responsabilidade por fato de terceiro. Trata-se de uma *formula in factum concepta*, em que aquele que tem a disponibilidade da casa (o *habitator*) responde pelo dano causado por uma coisa que foi arremessada ou derramada de sua casa na via pública[362]. No direito

---

[360] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 524.
[361] F.P. CASAVOLA, *Studi sulle azioni* cit. (nota[18]), pp. 162-163.
[362] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota[77]), p. 633; cf. L. RODRÍGUEZ-ENNES, *La "obligatio" y sus fuentes*, in *RIDROM-Revista Internacional de Derecho Romano*, abril/2009, p. 117, disponível [on-line] in http://www.ridrom.uclm.es/documentos2/Obligatio_pub.pdf [03-06-2015].

clássico não se exige nenhum elemento subjetivo na responsabilização do *habitator*, mas na época pós-clássica se exige a culpa conforme consta de Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.1.4[363], pois, segundo V. ARANGIO-RUIZ o fragmento foi interpolado pelos compiladores de Justiniano de '*culpa enim*' até o final do texto[364].

A responsabilidade do *habitator* é a denominada responsabilidade objetiva, visto que este era responsável por fatos que independiam do seu *dolus* ou da sua *culpa*. Na *actio de effusis et deiectis* a satisfação do lesado não podia ser frustrada simplesmente por que não se conhecia quem tivesse cometido o ato ilícito; razões de equidade fundamentavam a configuração desta responsabilidade como 'objetiva'[365].

O *habitator* podia ser o proprietário, ou outro, pagasse ou não um aluguel ao proprietário (Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.1.9); podia este ser um *filius familias*, se morava por sua conta, caso em que ele se tornava o sujeito passivo da ação (Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.1.7). A responsabilidade do *habitator* prescindia da pessoa, conhecida ou desconhecida, que tivesse ejetado ou derramado o objeto danoso; tratando-se, porém, do escravo do *habitator*, podia este libertar-se da responsabilidade utilizando a *noxae deditio* (Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.1pr)[366].

No que tange à transmissibilidade da *actio popularis* o título D. 47.23 regulamenta a transmissão passiva da *actio* estabelecendo que essa não se dá contra os herdeiros (Ulp 1 *ad ed*., D. 47.23.8), quanto à transmissibilidade ativa, i.e., a concessão da ação ao herdeiro do autor, nada dispõe o título *de popularibus actionibus*. A falta de uma precisa norma, nas fontes, que regulamente a transmissão ativa deu origem a uma ampla discussão, entre os romanistas, se a ação popular é ou não transmissível aos herdeiros. Alguns juristas, como A. CODACCI-PISANELLI, próprio porque não há uma norma específica que proíba a transmissão ativa no título, reputa ser esta possível como ocorre em geral, salvo as exceções, com as ações penais (I. 4.12[367])[368].

---

[363] I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho* cit. (nota[2]), p. 593: Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.1.4: § 4.- *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, quum quid cum quid deiiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium; culpa enim penes eum est. Nec adiicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur action, quamvis damni iniuriae utrumque exigat* – Esta acción por el hecho se da contra el que habita cuando se arrojase ó se derramase alguna cosa, no contra el dueño de las casas; porque la culpa está en aquél. Y no se añade mención de culpa, ó de negativa, para que se dé la acción por el duplo, aunque la de daño con injuria exija ambas cosas.
[364] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. (nota[74]), p. 377.
[365] L. RODRÍGUEZ-ENNES, *La "obligatio"* cit. (nota[362]), 118, nt. 74.
[366] G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 610.
[367] *Institutiones Iustiniani* cit. (nota[4]), pp. 618-619.
[368] A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni* cit. (nota[11]), pp. 26-27.

Contudo, a natureza peculiar da *actio popularis*, diz o autor, limita o direito do herdeiro já que se outrem requerer a ação ao pretor e o herdeiro cala-se, a ação a ele não será mais concedida.

C. FADDA, ao contrário, não considera a lacuna no título D. 47.23 elemento suficiente para se afirmar ser a *actio popularis* transmissível ativamente, mesmo porque o próprio CODACCI-PISANELLI ressalta que a recolha dos fragmentos do título não foi muito diligente[369]; além disso, não se pode partir do princípio que os compiladores fossem doutos em matéria de *actio popularis* e que se tenham baseado em critérios sistemáticos seguros. Tal afirmação pode ser aplicada à inteira compilação posto que as desarmonias, nela encontradas, são muitas[370].

Observa, ainda, C. FADDA que a ação popular cabe a qualquer cidadão e que o bom senso mostra que se o herdeiro quiser exercê-la, por ex. no caso da *actio sepulchri violati*, não é necessário que o faça com base no *ius defuncti*, mas *iure proprio*, na sua qualidade de *civis*[371]. Além disso, a *actio popularis* está fora do patrimônio, e encontra-se na esfera jurídica do *civis* como elemento da sua personalidade política; a ação popular romana não visa a um lucro material, mas busca a satisfação de um sentimento cívico ofendido. Não faz diferença que seja um direito do indivíduo ou um direito da comunhão dos *cives*, o direito à ação popular é um direito de índole política, corresponde a uma faculdade cívica, portanto, não pode ser transferido a outrem o seu exercício[372]. A ação popular, para o autor, na sua conformação mais típica não pode nunca ser considerada transmissível.

Como vimos no fragmento Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.5.5, quanto à popularidade da ação, temos duas hipóteses: 1) a *actio* pela morte de um homem livre e 2) a *actio* pelo ferimento de um homem livre.

No primeiro caso a ação é anual e não pode ser concedida nem contra o herdeiro, intransmissibilidade passiva, em correlação com a expressão *nam est poenalis*, nem ao herdeiro ou pessoas semelhantes, intransmissibilidade ativa, em correlação com a expressão *nam est popularis*, é a exclusão das *actiones populares*, no entender de CODACCI-PISANELLI, das regras comuns da sucessão hereditária; significa que a *actio*

---

[369] A. CODACCI-PISANELLI, , *Le azioni* cit. (nota[11]), p. 50.
[370] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 153.
[371] HEIMB., V, 331. Este conceito está bem expresso nas B. 4.5.25: *Tamquam heredibus non competit: cum sit autem communis actio et cuilibet volenti permissa, hi quoque, quasi ex populo sint, agere possunt, si annus nondum elapsus sit* – Do mesmo modo não cabe aos herdeiros: quando a ação for omum é concedida a qualquer um que deseje, estes, quase como sendo do povo, também podem agir, se o ano ainda não tenha decorrido.
[372] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), pp. 149-150.

popularis não caberá ao herdeiro *iure hereditario*, mas isto não quer dizer que o herdeiro não possa exercê-la *iure publico*, com a reconhecida preferência[373].

C. FADDA pontua que não é a ação que passa ao herdeiro como tal, mas somente um direito de preferência. Ulpiano ensina que nenhum cidadão, nem mesmo aqueles que têm um especial direito de preferência, transmite aos herdeiros a *actio popularis*, pois o herdeiro de uma pessoa privilegiada não poderá exercer a ação popular se não provar que ele é aquele *cuius interest*. A intransmissibilidade ativa para C. FADDA é absoluta, admitir qualquer tipo de transmissibilidade ativa seria afirmar que todos os cidadãos, em tese, transmitem aos seus herdeiros todas as ações populares cabíveis no momento da sua morte[374].

No caso do ferimento de um homem livre, não cabe ao herdeiro a ação perpétua concedida ao ferido e se a ação não for promovida por este não poderão os herdeiros promovê-la, pois não se trata de um dano patrimonial, mas de um dano ao corpo do autor e a *aestimatio* é feita *ex bono et aequo*. Se o herdeiro quiser promover a ação deverá fazê-lo no prazo de um ano, na sua qualidade de *civis* e não de herdeiro, já que *jure herediario transire ad successores non debet*.

Sem dúvida K.G. BRUNS considera a *actio sepulchri violati* e a *actio de effusis et deiectis* como paradigmáticas para a compreensão da disciplina das ações populares pretórias. Os outros editos pretórios, com previsão de *actiones populares*, nada ascrecentariam a favor ou contra a natureza procuratória das ações, concluindo que se pode declarar como não procuratórias as ações populares previstas nos editos *de positis et suspensi*, *de albo corrupto*, assim como no edito *de bestiis*.

No que concerne ao edito *de testamento aperto*, posiciona-se, diversamente, K.G. BRUNS, uma vez que o jurista alemão assevera ter esse edito uma configuração completamente diferente. O *SC Silanianum* proibiu a abertura do testamento de pessoa assassinada, antes que os seus escravos fossem submetidos às *quaestiones*. Um edito esbelecia uma pena de cem áureos contra o contraventor, entretanto, esse não chegou até nós, mas dele trata o disposto em Gai, 17 *ad ed. prov.*, D. 29.5.25.2:

Gai, 17 *ad ed. prov.*, D. 29. 5.25.2	Gai, 17 *ad ed. prov.*, D. 29. 5.25.2

[373] A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni* cit. (nota[11]), pp. 28-29.
[374] C. FADDA, *L`azione* cit. (nota[5]), p. 151 e p. 161.

Ex hoc edicto actio proficiscitur contra eum qui adversus Edictum Praetoris tabulas testamenti aperuisse dicetur; vel si quid aliud fecisse dicetur: nam ut ex supradictis apparet plura sunt, propter quae poena Edicti constituta sit. Palam autem est popularem actionem esse: cuius poena in C áureos ex bonis damnati extenditur, et inde partem dimnidiam ei, cuius opera convictus erit, praemii nomine se daturum Praetor pollicetur, partem in publicum redacturum.	Desse edito decorre uma ação contra aquele que se disser ter aberto as tábuas do testamento contra o Edito do Pretor, ou se disser ter feito qualquer outra coisa: já que, como resulta daquilo que foi dito antes, existem muitas coisas por causa das quais a pena do Edito foi constituída. Evidentemente, pois, trata-se de uma ação popular, cuja pena se estende até cem áureos sobre os bens do condenado, e assim o Pretor promete dar a título de prêmio a metade àquele, cuja obra o terá convencido, a outra metade a recolherá aos cofres públicos.

Uma simples leitura do texto, nota K.G. BRUNS, mostra que o autor não requer a pena para si, aliás, ele não a pleteia de per si, mas é o Pretor que a cobra em nome do Estado, dando a metade, a título de prêmio, ao autor. Nos últimos tempos da República, os prêmios para quem sustentava uma acusação criminal era algo de absolutamente comum. Ademais, a disposição está estruturada com uma linguagem análoga àquela das leis em que se previa a aplicação de uma pena pública, porém, sendo, neste caso, prevista pelo edito pretório não tinha lugar uma ação criminal, mas uma civil[375].

Por último, K.G. BRUNS examina as disposições gerais acerca das *actiones populares*, contidas no título 47.23, com base nas quais se pretendeu fundamentar a natureza procuratória dessas ações.

Uma das disposições do título 47.23 mais utilizadas pelos fautores da tese procuratória é aquela contida em Paul. 8 *ad ed*., D. 47.23.5[376] relativa à procuração, ou seja, as pessoas que estão excluídas das ações populares também estão excluídas da procuração, e o autor popular, assim como o procurador, não pode antes da *litis contestatio*

[375]K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), pp. 525-527.

[376] Paul. 8 *ad ed*., D. 47.23.5: *Qui populari action convenientur, ad defendendum procuratorem dare potest: is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest: is autem. Qui eam movet, procuratorem dare non potest* – Aquele que é demandado com a ação popular, pode nomear um procurador para defender-se, mas aquele que a promove não pode nomear um procurado.

constituir procurador; tal raciocínio, segundo a tese mommseniana, provaria que o autor popular é ele próprio um procurador.

Deve-se observar que as ações populares não sendo fundamentadas em um direito privado do indivíduo como tal, mas em um delito público, já que essas são ações populares penais, cuja punição é do interesse de toda a comunidade e, portanto, também do autor popular como membro desta, quando ele age em seu nome e no seu interesse, contemporaneamente, ele age, embora indiretamente, também no interesse de todos, representando, assim, o interesse público, conquanto não seja um procurador no sentido formal e processual. Essa é a interpretação que devemos dar a Paul. 9 *ad ed*., D. 3.3.43.2[377]:

Paul. 9 *ad ed*., D. 3.3.43.2 *In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit, defensionem, ut procurator praestare cogendus non est.*	Paul. 9 *ad ed*., D. 3.3.43.2 Nas ações populares, em que alguém age como um indivíduo do povo, não deve ser obrigado a prestar defesa na qualidade de procurador.

Levando-se em consideração a disposição do fragmento, o fato de que os pupilos, as mulheres e os infames[378] estejam excluídos das ações populares não prova a natureza procuratória dessas ações, como sustentam os mommsenianos. Essas pessoas são excluídas dessas ações pelo mesmo motivo que o são das acusações criminais, i.e., porque a eles não pode ser confiada a tutela do interesse público; logo, a incapacidade para as ações populares e para ser procurador não é a mesma, haja vista que em nenhum lugar nas fontes se dispõe que os cegos ou soldados, impedidos de postular e ser procurador de outrem, não possam promover ações populares.

A regra de que o autor popular antes da *litis contestatio* não pode constituir procurador[379], não decorre do fato de que ele próprio seja um procurador, mas é uma regra específica da *actio popularis*[380] que assenta sobre o fato de que antes da *litis contestatio* o

[377] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 528.
[378] Paul. 3 *ad ed.*, D. 47.23.4; Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.23.6, ver ponto 3.1.
[379] Paul. 8 *ad ed*., D. 3.3.42pr.; Paul. 9 *ad ed*., D. 3.3.45.1.
[380] Fragm. Vatic. § 340: *Actio popularis cognitorem [procuratoremve eius qui agit non nisi post lite]m contestatam admittit* – A ação popular não admite patrocinante ou procurador senão depois da contestação da lide. Ver O. LENEL, *Pal*. cit. (nota[124]), II, 26, p. 1233.

autor popular ainda não é *creditor* e *dominus litis*[381], próprio por que a todos é concedido o direito de agir e, somente depois da contestação da lide o direito geral se transforma em um especial direito privado do autor[382].

Na esteira de K. G. BRUNS, C. FADDA afirma que se deve lembrar que nos juízos públicos é absolutamente vedada a representação do acusador já que a acusação deve ser exercida pessoalmente: [...] *Ad crimen iudicii publici persequendum frusta procurator intervenit* [...]– [...] Sem razão o procurador intervém para perseguir crime de um juízo público, [...][383], a exclusão é válida para qualquer fase do procedimento. Ora, se o impedimento a constituir procurador nas ações populares estivesse fundamentado na posição pública do autor, a proibição deveria permanecer até a definição da lide, o que, diz C . FADDA, pode ser verdadeiro nas ações populares legais promovidas pelos *cives* em que encontramos a fórmula *dare damnas esto*, visto que nessas ações não ocorre a transmutação do direito do autor de geral, antes da *litis contestatio*, em particular e específico, após a contestação da lide. O disposto no § 340 dos *Fragmenta Vaticana* (*Actio popularis cognitorem [procuratoremve eius qui agit non nisi post lite]m contestatam admittit*) se refere, indubitavelmente, às ações em que a contestação da lide transformava o direito do autor, fazendo com que ele se tornasse um *creditor*, bem como possibilitando a entrada da ação no patrimônio[384].

Quanto à disposição contida em Ulp. 1 *ad ed*., D. 47.23.3pr de que a ação popular produzia a *exceptio rei iudicatae*, sustenta K.G. BRUNS, que ela depõe contra a parificação do autor popular ao procurador uma vez que este, pelo menos no direito mais antigo, não dava origem a *exceptio* contra o *dominus*; por outro lado, prossegue o jurista alemão não é necessário fundamentar a regra na procuração, visto que a extinção da *actio* pode ser, sem dúvida, justificada com a máxima *ne bis in idem*[385].

Outro fragmento importante para Th. MOMMSEN, na construção da tese procuratória das ações populares, é aquele contido em Paul. 41 *ad ed*., D. 47.23.7 que trata da transmissão aos herdeiros da *actio*[386]. Th. MOMMSEN atribui esse texto ao momento

---

[381] Ulp. 6 *ad ed.*, D. 50.16.12: […] *Quodsi ex populari causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse* – E se em virtude de uma causa popular, com razão se dirá que antes da contestação da lide não está no lugar do credor, mas depois está.
[382] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 529.
[383] Papiniano 15 *Responsorum*, D. 48.1.13.1
[384] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), pp. 142-144.
[385] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 529.
[386] Paul. 41 *ad ed*., D. 47.23.7: *Populares actiones non traseunt ad eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senates consulto. § Item qui habet has actions non intellegitur esse locupletior*, ver ponto 3.1.3.

posterior a contestação da lide, e considera a primeira proposição uma exceção à regra de que as ações populares procuratórias depois da contestação da lide são transmitidas aos herdeiros e aos sucessores universais; quanto à segunda proposição ele a considera uma prova da sua tese, posto que se o autor popular não se reputa mais rico significa que ele devolve ao Estado a soma recebida. Argumenta K.G. BRUNS que não é admissível essa interpretação do fragmento, visto que os romanos quando falam das ações em geral, e especialmente da sua transmissibilidade, referem-se às ações antes da *litis contestatio*, pois, essa extingue o direito de ação referente à relação jurídica em litígio, consequentemente, as ações não existem mais como tais; além disso, a partir da *contestatio* se transmitem, sem distinção, ativamente e passivamente aos herdeiros. Assim sendo, diante da declaração de que as ações populares ficam excluídas da herança, isto só pode se referir ao momento antes da *litis contestatio*, dado que depois todas as ações que ativamente não fazem parte da sucessão se transmitem, sem limitações, aos herdeiros e aos fideicomissários[387].

No que tange à segunda proposição, também, não é admissível, no entender de K.G. BRUNS, que se refira ao momento posterior à contestação da lide, pois, a expressão *actionem habere* significa ter um direito de agir, poder agir, não já ter agido. Na realidade, o fragmento afirma que as ações populares não estão no patrimônio, diferentemente, das outras ações que se encontram no patrimônio; isto por que nas ações populares não se é credor antes da *contestatio litis* e, até a contestação, essas ações não podem ser incluídas nos *bona*[388].

O que encontramos nas Pandectas acerca das ações populares, finaliza K.G. BRUNS, não nos obriga admitir a natureza procuratória das ações populares. O autor confirma a sua posição de que nas ações populares pretórias o autor retém para si a soma auferida, sendo essas, portanto, ações promovidas pelos *cives* em nome próprio visando às relativas penas.

Denomina-se, em geral, ação popular aquelas ações que qualquer um do povo pode promover; no sentido antigo e específico, precisa K.G. BRUNS, os romanos entendiam somente as ações que possuíam o fundamento e a finalidade no interesse público e, portanto, podiam ser propostas por qualquer cidadão, mas, após a *litis contestatio* eram consideradas ações privadas do autor com uma sua direta vantagem. Nessa categoria encontramos a) os interditos populares para defesa das *res publicae* e das *res communes omnium*; b) as ações penais populares pretórias ou edilícias. Próximas a essas, mas não

[387] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 530.
[388] F.K. VON SAVIGNY, *System* cit. (nota[199]), pp. 139-141; K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 533.

equiparáveis, pode-se indicar: a) as ações penais legais, cuja promoção é popular e procuratória em nome do Estado ou do município, e que foram utilizadas, principalmente nas relações municipais; b) a *popularis accusatio*, ou seja, a acusação popular nos processos criminais, mesmo quando visavam a penas pecuniárias e a prêmios pecuniários[389].

Quanto ao princípio e a ideia definidora da *actio popularis*, são possíveis dois pontos de vista. Partindo das ações penais populares, K.G. BRUNS afirma que o primeiro ponto que se pode apontar é aquele de que, como já havia detectado F.K. von SAVIGNY, essas ações são uma espécie de ações de polícia, nas quais cada cidadão se apresentava como um representante da comunidade e requeria em nome do público interesse uma pena pecuniária, e, pelo serviço prestado, a ele era concedido a quantia obtida em juízo. As ações populares nessa perspectiva aparecem construídas em paralelo com o direito geral de acusação nos processos criminais, sendo utilizadas relativamente a delitos menos graves que eram punidos com penas pecuniárias e segundo o rito do processo privado. Resta de difícil compreensão o fato de que nas ações populares pretórias a pena não seja revertida para os cofres públicos, como ocorre nas ações populares legais e procuratórias, mas, ao contrário, a soma é adquirida pelo autor popular. A razão desse diferente tratamento é justificada pelo jurista alemão pelo fato de que as ações populares pretórias foram construídas a partir dos interditos populares, especialmente aqueles que diziam respeito às reparações ou aqueles que visavam à tutela do uso das estradas e dos rios[390].

Esses interditos se fundamentam no geral direito dos cidadãos ao uso comum das coisas públicas; cada um deles, portanto, não age como um representante ou procurador do Estado, mas com base em um seu próprio direito de usar dessas coisas, uso esse que pertence a cada cidadão. O seu fundamento se encontra em Ulp. 68 *ad ed*., D. 43.8.2.2: [...] *Loca publica privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque*; [...] – Os lugares públicos servem para os usos dos privados, certamente com base no direito da cidade, não como próprio de cada um; [...]. Assim sendo, o cidadão busca a tutela de um seu direito, mas, já que ele titulariza tal direito *iure civitatis*, ou seja, como qualquer outro cidadão, ocorre que na sua ação esteja compreendida a representação do interesse dos outros cidadãos; desta forma, surge o conceito de uma ação que *quilibet ex*

---

[389] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), pp. 295-296.
[390] F.K. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht* cit. (nota[15]), trad. fr. de C. Gérardin- P. P. Jozon, *Le droit des obligations*, Paris, E. Thorin, 1873, p. 473; trad. ital. de Vittorio Scialoja, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1888, p. 279; K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 296.

populo possui *iure publico*, mas sempre um direito próprio e, por conseguinte, *proprio* e non *procuratorio nomine*, todavia com uma vantagem geral e com representação do interesse universal. Aqui o *populus* não é o Estado abstrato, mas o conjunto efetivo dos cidadãos que têm o direito de uso das coisas públicas. Esses defendem com interditos e ações populares o seu universal direito de uso. Destarte, o interesse público se divide em a) o interesse do Estado, como tal, do *populus* na sua unidade e b) no interesse do conjunto dos cidadãos, do *populus* na sua multiplicidade[391].

V. SCIALOJA, com acuidade, anota que o direito do autor popular é um direito público, já que a ele cabe por ser um indivíduo do povo, mas é um direito que a ele compete, e não ao povo como uma entidade diferente e distinta dele, não é um direito público concentrado, mas sim um direito público difuso em todos os membros da comunidade. É necessário, prossegue V. SCIALOJA, que tenhamos em mente uma tríplice gradação possível: **1**. Um direito pertencente à comunidade, considerada como um ente diferenciado dos seus membros, cuja defesa compete a um de seus órgãos; **2**. Um direito que compete, sempre, à comunidade, como ente diverso do conjunto dos indivíduos que a compõe, cuja defesa cabe a qualquer um dos seus membros; **3**. Um direito que compete a todos os membros da comunidade, cuja defesa deve ser exercida por cada membro desta. Todos esses direitos são públicos, mas, não por isso são iguais[392].

Note-se, ainda, que os interditos populares, na sua origem, devem ser concebidos não como ações de polícia em nome do Estado, mas como ações decorrentes de um direito próprio. São as ideias modernas de um Estado abstrato e de súditos que nos levam a imaginar o direito de uso dos cidadãos sobre as coisas públicas como um direito concedido pelo Estado que, por sua vez, seria o detentor do direito de propriedade sobre as *res publicae*. Além disso, sublinhe-se que os interditos populares são mais antigos do que as ações populares, sendo essas decorrentes daqueles; dessa forma, pois, surgem as ações para a tutela da viabilidade pública e das estradas, a *actio de positis et suspensis* e a *actio de effusis et deiectis*, assim como a ação edilícia *de bestiis*.

Após a publicação do artigo de K.G. BRUNS que se contrapôs à teoria procuratória da natureza jurídica da *actio popularis*, de marca mommseniana, Th. MOMMSEN, em 1903, publica um artigo específico sobre as ações populares, em resposta às considerações de K.G. BRUNS, e, substancialmente, reafirma a natureza procuratória de todas as ações

[391] K.G. BRUNS, *Die römischen* cit. (nota[26]), p. 297.
[392] V. SCIALOJA, *Prefazione*, in *Le azioni popolari romane* cit. (nota[26]), p. 179.

populares, assim como tinham sido analisadas no artigo sobre as leis de Málaga e de Salpensa, pois, o jurista alemão já nas primeiras páginas ao introduzir a tese de K.G. BRUNS declara que a distinção entre ações legais e pretórias é falsa[393]; os Romanos, para ele, consideravam *popularis* aquilo que é feito por qualquer cidadão, não tendo importância se o autor lucrava ou não a pena pecuniária, posto que aquilo que qualifica essas ações é o interesse da coletividade, sendo todas elas ações procuratórias. Não leva em consideração Th. MOMMSEN a literatura, relativa à *actio popularis*, produzida no arco de tempo entre a publicação do artigo de K.G. BRUNS (1864) e o seu artigo de 1903[394].

3.2.3.2. A redescoberta das *actiones populares*. De 1864 a 1903, em apenas 40 anos, as ações populares que anteriormente tinham sido praticamente ignoradas pela doutrina, foram objeto de monografias e tiveram uma abundante literatura. As razões daquele enorme interesse, e do posterior desinteresse, por esse instituto, afirma F. CASAVOLA devem ser buscadas não tanto na ciência do direito quanto na história das democracias liberais que viveram no século XIX a experiência dos novos Estados nacionais. Aquelas democracias, com efeito, estavam, naqueles anos, comprometidas com a tarefa de reconduzir à realidade do Estado os cidadãos que por muito tempo tinham sido mantidos longe dos cuidados que se deve ter com a coisa pública, estando estes já desabituados ao exercício dos direitos de liberdade; daqui surge o grande interesse pelas ações populares e por uma sua suposta atualidade; os estudos sobre a sua função e a sua estrutura visavam bem mais que o simples conhecimento científico, buscava-se o fim político de uma sua ressurreição[395].

A literatura jurídica concernente às ações populares, nesse período, é abundante[396], pois, como sustenta V. SCIALOJA a legitimação popular era útil para que a consciência jurídica do cidadão despertasse, para que ele pudesse sentir uma união mais íntima entre a própria pessoa e o Estado[397]; posteriormente, a ação popular cai no esquecimento com a consolidação de um conceito de Estado como síntese orgânica da comunidade, como uma pessoa jurídica abstrata e bem distinta dos cidadãos.

---

[393] Th. MOMMSEN, *Die Popularklagen* cit. (nota[25]), p. 2 ss.
[394] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 152.
[395] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), pp. 131-132.
[396] F. Casavola na nota 1 do artigo *Fadda e la dottrina delle azioni popolari* elabora um útil repertório bibliográfico, contendo as obras mais importantes sobre a *actio popularis*. F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 131 nt 1.
[397] V. SCIALOJA, *Prefazione*, in *Le azioni popolari romane* cit. (nota[26]), p. 166.

Os trabalhos produzidos pelos juristas do século XIX relativos à problemática da conceituação e da natureza jurídica da *actio popularis* devem ser inseridos, como vimos, no quadro das duas correntes de pensamento: a "tese" de Th. MOMMSEN e de K.G. BRUNS.

K.G. BRUNS concluira que as *actiones populares* não tinham sido acolhidas pelo direito germânico do seu tempo, já que a tutela do interesse público era de exclusiva atribuição do poder administrativo; porém, admitia, embora com cautela, que as ações populares e a acusação popular, talvez, pudessem ser bem acolhidas pelo povo alemão[398].

Ora, a temática da utilização, ou melhor, da atualização do instituto das ações populares se enquadra na polêmica, bem animada naqueles anos, relativa ao problema metodológico da ciência romanística, i.e., se o estudo do direito romano tinha como objetivo o direito *condendum* ou se tornar uma ciência, substancialmente, historiográfica. É a passagem da era das tendências utilitarísticas àquela de um estudo do direito romano preocupado preferencialmente com as suas exigências internas.

No quadro do debate, no século XIX, sobre a utilidade da *actio popularis*, deve-se inserir a monografia de C. FADDA, publicada em 1894; o trabalho é uma detalhada análise do instituto que tenta ir além das conclusões de K.G. BRUNS, superando a dicotomia decorrente das duas teses apresentadas pela doutrina alemã.

No Prefácio C. FADDA justifica a escolha do tema e, sendo um homem do seu tempo, afirma que um livro sobre as ações populares não pode ser considerado supérfluo, visto que a lei positiva tinha acabado de introduzir novas figuras de ação popular no ordenamento italiano da época[399]; ademais, tratando-se de um instituto que é considerado como uma emanação do princípio liberal e da soberania popular, logo, compreende-se a importância do seu estudo. Quanto ao método usado assevera C. FADDA que nunca deixará de combater o anacronismo de se querer forçar as instituições modernas dentro dos esquemas jurídicos romanos e a necessidade de utilização do método histórico no estudo do direito, posto que somente através de uma apreciação histórica se pode ter uma clara ideia das necessidades modernas[400].

A estrutura do livro de C. FADDA parte da pergunta de K.G. BRUNS, já que inicia a sua exposição examinando as ações populares segundo o critério de quem lucrava a soma obtida com a pena pecuniária: se os cofres públicos ou o autor popular ou um terceiro. As

---

[398] K.G. BRUNS, *Die römischen Popularklagen* cit. (nota[26]), trad. V. Scialoja, *Le azioni cit.* (nota[26]), XXIX, p. 301.
[399] B. BRUGI *L`Azione Popolare Romana in materia di opere pie*, in *A.G.* (1881), XXVII, p. 440-446.
[400] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), pp. IX-X.

ações populares e os interditos são analisados um por um através de um método analítico, para, na terceira parte do livro, tratar do conceito e da história da ação popular.

Após ter analisado todas as ações populares e antes de indicar quais seriam, segundo o pensamento dos romanos, as verdadeiras *actiones populares*, o autor investiga se as disposições do título D. 47.23 podem ser aplicadas a todas as ações com a legitimação *quivis de populo*. Com efeito, F. CASAVOLA observa que o problema reside no fato de que o titulo *de actionibus popularibus* não esclarece quais ações são populares entre as que apresentam uma legitimação difusa; provavelmente, complementa F. CASAVOLA, porque os juristas sabiam quais fossem e teria sido supérfluo indicá-las. Contudo, tal silêncio irá criar, nos séculos posteriores, um problema de individuação dessas ações. A doutrina, ora atribui um alcance normativo maior ao título D. 47.23., para que todas as ações concedidas a *quivis de populus* possam estar nele contidas, ora menor, quando somente algumas dessas ações nele são inseridas[401].

Na última parte do seu livro C. FADDA, na busca de um conceito da *actio popularis*, examina as ações que as fontes denominam, especificadamente, 'populares' e pontua que é certamente possível que a doutrina elabore um conceito de ação popular amplo de modo que possam ser incluídas outras ações além daquelas que estão contidas no conceito clássico romano; o que não é admissível é atribuir aos romanos esse conceito mais amplo, assim como não é lícito aplicar a essas outras ações normas que o direito romano jamais aplicou, somente porque queremos denominá-las 'populares'. Destarte, devem ser excluídas do conceito de *actio popularis* as ações não penais concedidas a qualquer cidadão, tais como a *assertio in libertatem*, a *actio de collusione detergenda*, a *accusatio suspecti tutoris* etc, posto que não se pode aplicar a essas a regra de que tinham que ser promovidas no prazo de um ano, a instransmissibilidade passiva nem a transformação do direito do autor que após a *litis contestatio* se torna credor e *dominus litis* (Ulp. 6 *ad ed.*, D. 50.16.12[402]). Ademais, as regras da *actio popularis* são inaplicáveis às ações baseadas em disposições de lei concebidas sob a expressão "*populo, municipibus, colonis dare damnas esto*", já que embora aqui tenhamos uma ação penal com a instransmissibilidade ativa e passiva. Faltaria o elemento essencial, i.e, a transformação do direito do autor após

[401] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 145.
[402] Ulp. 6 *ad ed.*, D. 50.16.12: [...]*Quodsi ex populari causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse* - Mas se se tratar de uma causa popular, corretamente, diz-se que antes da contestação da lide não é credor, e após torna-se credor

a contestação da lide, o qual se torna materialmente credor[403]. Os Romanos consideravam e denominavam *populares* as ações concedidas a qualquer cidadão nas quais a pena pecuniária é em beneficio do autor popular. Em definitiva, C. FADDA reafirma a doutrina de K.G. BRUNS, mas sem se contentar com essa conclusão se pergunta qual seja o motivo que justifica o fato de que fiquem excluídas dessa terminologia as ações legais em que a vantagem pecuniária vai para os cofres públicos.

Partindo da análise do adjetivo *popularis* e levando em consideração o testemunho de Festo concernente aos *sacra* (ver ponto 3.2.1) C. FADDA afirma que os *sacra popularia* não somente eram atribuídos a *omnes cives*, mas eram realizados no interesse dos *cives* como soma de indivíduos. Todos os *sacra popularia* se referem à prosperidade econômica do povo, à agricultura, à indústria, de modo que são *adtributa omnibus civibus*, mas também são executadas no interesse coletivo e individual[404]. *Popularis* não se refere ao Estado supraindividual. *Popularia*, segundo Labeão, refere-se àqueles *sacra* que não eram pertinentes aos grupos familiares, mas específicos de todos os cidadãos e contrapostos aos *sacra publica*, realizados *pro populo*, e aos *sacra privata*, típicos dos grupos familiares ou gentilícios; desta forma, pode-se vislumbrar uma progressão: *sacra pro populo*, *popularia*, *privata* e, paralelamente, *actio pro populo*, *actio popularis*, *actio privata*. A *actio pro populo* possui um caráter procuratório, mas por *popularis* os romanos entendiam tudo aquilo que cada cidadão pode fazer no próprio interesse, portanto, é popular a ação que cada cidadão, embora objetivando um interesse público, propõe visando uma própria vantagem através de uma ação que a ele compete. Dessa forma, C. FADDA tenta conciliar a tese privatística de K. G. BRUNS com aquela procuratória de Th. MOMMSEN[405]; com efeito, o autor assevera que na disputa, entre os juristas alemães, sobre a natureza da *actio popularis*, há muito exagero, já que qualquer ação concedida *quivis de populo* está fundamerntada em uma razão de um público interesse; a atribuição da ação a qualquer cidadão indica certamente que esta não se refere a uma coisa que diga respeito a essa ou aquela pessoa, mas sim a universalidade. Na realidade devem os partidários de K.G BRUNS reconhecer que o autor popular, embora aja no próprio interesse, tutela também interesses coletivos, ao passo que aos seguidores de Th. MOMMSEN cabe, por sua vez, reconhecer que embora o autor popular possa ser visto como um procurador do Estado, age porque foi lesado um interesse individual. É indiscutível, para uns e para os outros, que a

[403] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 290.
[404] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 301.
[405] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 148.

popularidade do interesse e a popularidade da legitimação ativa estão indissoluvelmente ligadas, posto que o Estado em qualquer fase do seu desenvolvimento histórico está intimamente ligado ao indivíduo. Logo, aquilo que é um dano para este o será também para aquele. É impossível distinguir nitidamente o direito da comunhão dos direitos dos cidadãos como membros daquela. Salienta, ainda, C. FADDA que em Roma a soberania do povo sempre foi um princípio constitucional, concluindo que segundo o pensamento romano "Estado" e "Povo" são uma única coisa[406]. Assim a tese procuratória mommseniana se desfaz em face do próprio raciocínio de Th. MOMMSEN, já que ele havia ensinado que a relação entre povo e magistrados corresponde aquela entre senhor e servo, o qual recebe daquele o próprio mandato[407]. Ora, se um membro do povo trata de uma questão pública não pode mais ser ele qualificado de procurador, visto que não saberíamos indicar quem delega. Não é o povo soberano? O magistrado, sim, parece recebe uma delegação do povo[408].

Observa F. CASAVOLA que na construção de C. FADDA o cidadão é cotitular da soberania, assim sendo o Estado não existe fora desse. Se o cidadão é soberano as suas atividades públicas são exercidas com base em um seu direito próprio. Dessa forma, C. FADDA atesta a existência em Roma daqueles direitos subjetivos públicos que A. CODACCI-PISANELLI tinha negado[409], pois, qualquer cidadão tem, na sua qualidade de *civis*, o direito de participar da vida pública dentro dos limites impostos pela vontade geral[410]. Compondo a dicotomia entre as duas teses, com a utilização do conceito de direito público subjetivo, C. FADDA assevera que o titular desse direito está legitimado não somente a propor ações em que a condenação é em próprio benefício, mas, em geral, possui a legitimação nas ações em que a pena pecuniária é em favor dos cofres públicos. Encontrada em sede dogmática o elemento unificador de todas as ações populares resta somente o problema de se saber por que em algumas ações a pena vai para o autor popular e em outras para os cofres públicos; a diferença é individuada observando a cronologia dessas ações, as com condenação ao autor são mais antigas que as legais com a *petitio multae* em favor dos cofres públicos.

---

[406] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 312.
[407] Th. MOMMSEN, *Römischen Staatsrecht*, III, Berlin, 1886, trad. fr. P. F. Girard, *Le droit publique romain*, Paris, Thorin, 1893, pp. 342-343.
[408] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), pp. 312-313.
[409] A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni* cit. (nota[11]), p. 78.
[410] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]). P. 314. Cf. F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 149.

O primeiro grupo de ações se amolda à estrutura de uma *Respublica* bastante simples em que poucas são as tarefas confiadas aos magistrados, competindo aos cidadãos inúmeros deveres públicos que bem indicam a arcaica solidariedade gentilícia que persiste mesmo após o desfazimento das *gentes*. O cidadão diante da lesão de um interesse geral agia *iure suo*, pois, razões materiais e formais existiam que fundamentavam o seu tornar-se credor depois da *litis contestatio*[411]. O segundo grupo floresce quando a ideia de uma comunhão se renforça, quando a ideia de 'Estado' vai se separando cada vez mais da ideia de coletividade, de modo que os interesses gerais gradualmente passam a serem vistos como uma ofensa à coletividade como um todo; contudo, como de costume, as antigas ações permanecem, como frequentemente sucedia, o antigo e o novo se confundem no direito romano[412].

Destaca-se na doutrina do século XX, em matéria de *actio popularis* a monografia de F. CASAVOLA que, após ter comentado a obra de C. FADDA, publica, em 1957, uma monografia sobre a ação popular romana, na qual dá outra leitura à natureza jurídica da *actio popularis*.

Reafirma F. CASAVOLA que para C. FADDA a popularidade da ação consiste na geral legitimação ativa, porém, não há na obra uma demonstração se essa noção, que a tradição romanística tramandou aos modernos, seja realmente a noção romana, pois não fica comprovado nas fontes o porquê dessas indicarem como *popularis* somente algumas ações pretórias e não todas as ações com legitimação ativa geral; nota, ainda, que, nessa construção, dessa popularidade descende a popularidade do interesse. Geral a legitimação, geral o interesse. A iniciativa, o risco e a vantagem do autor popular podem ser explicados com o idílio liberal, no sentido de que o Estado e o indivíduo são indissoluvelmente conjuntos. Segundo F. CASAVOLA, C. FADDA evita um dado de extrema importância na complexidade e na variabilidade do regime da legitimação ativa que não adere perfeitamente à identidade entre popularidade e legitimação ativa geral. Com efeito, C. FADDA não leva em consideração a relação entre *is cuius interest* e o *alius*, entre o interessado e um terceiro, que complica o problema da legitimação ativa e impede que essa seja considerada, *ipso facto*, legitimação geral[413].

Na *actio de sepulchro violato* a legitimação do *is ad quem res pertinet* é exclusiva e somente se o titular do sepulcro não promover a ação, a legitimação poderá passar ao

---

[411] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 151.
[412] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[29]), pp. 374-376.
[413] F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni* cit. (nota[18]), pp. 13-14.

terceiro[414], entre esses o Pretor deverá escolher o mais interessado conforme dispõe Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3pr: "[...] *si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam* - Se muitos quiserem agir, concederei a faculdade de agir àquele cuja causa parecer justíssima [...]". O mesmo ocorre na *actio de effusis et deiectis* em que a legitimação é exclusiva em favor do ferido e somente se esse venha a morrer sem ter agido, a ação passa para os terceiros, entre os quais deverá ser preferido o herdeiro ou o parente afim[415]. Nas outras *actiones populares* a legitimação é imediatamente geral, mas concorrendo mais pessoas deverá ser preferido sempre o mais interessado[416].

Fica, assim, delineado um dúplice regime: a) legitimação exclusiva do interessado, e no caso que esse não aja ou renuncie ou venha a morrer, uma legitimação geral subsidiária; b) imediata legitimação geral, sempre com a aplicação do princípio que deverá ser escolhido o mais interessado, note-se que aqui diferentemente da legitimação exclusiva o interessado concorre com outros terceiros. Se ele, porém, fizer valer um interesse privado a legitimação dos terceiros será afastada. A legitimação dos terceiros, portanto, ocorre somente se um interesse privado falte ou o seu titular seja inerte. Observa, pois, F. CASAVOLA que a relevância do interesse privado que conduz a exclusão dos terceiros é tamanha que não se pode considerar a *actio popularis* unicamente como aquela que é concedida a qualquer cidadão, com forte conotação pública, embora o autor popular possa lucrar a pena pecuniária, pois, tutela um seu interesse que coincide com o interesse da coletividade. A *actio popularis* se situa entre o *ius publicum* e o *ius privatum*, logo, o interesse tutelado oscila entre um interesse privado e um interesse público[417].

Mais uma vez, parte-se do testemunho de Festo e da catalogação dos *sacra*, posto que F. CASAVOLA retomando a dicotomia entre *sacra publica* e *sacra privata*, afirma que Labeão inovou com a introdução de um *tertium genus*, i.e., os *sacra popularia* que nascem de um processo de separação dos *sacra privata*. Os *sacra* dos *singuli homines*, na época antiga estava compreendido nos *sacra privata*, conjuntamente com os da família e das *gentes*, posteriormente, destacam-se e passam a constituir uma categoria autônoma, são os *sacra popularia*. As três noções se distinguem de forma nítida: a) público é aquilo que é do 'Estado'; b) privado aquilo que é da família; c) popular aquilo que pertence ao *singulus homo*, ao indivíduo. Destarte, podemos compreender o que entendem as fontes quando

[414] Cf. Ulp. 25 *ad ed*., D. 47.12.3; Iulian. 10 *Digestorum*, D. 47.12.6.
[415] Cf. Ulp. 23 *ad ed*., D. 9.3.5.5.
[416] Cf. Ulp. 1 *ad ed*., D. 47.23.3.1.
[417] F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni* cit. (nota[18]), pp. 14-15.

correlacionam a *actio popularis* ao *unus ex populo*[418]; a correlação feita pelas fontes não indica que a ação popular é a ação caracterizada pela legitimação geral (*quivis de populo*), mas se tem a legitimação com base na simples condição de cidadão do povo, de indivíduo, destacado da família e do 'Estado'. A *actio popularis* abre um espaço ao indivíduo e aos seus interesses entre as duas formas da juridicidade romana, ordenadas na bipolaridade 'Estado'e família. Desta forma, explica-se que o ganho da condenação seja do autor, questão esta considerada fundamental na construção de K.G. BRUNS sobre a natureza da *actio popularis*[419].

A doutrina vinculada a uma conceituação da *actio popularis* como ação com legitimação geral criou um falso regime unitário das *actiones populares*, eliminando tudo aquilo que pudesse comprometer essa conceituação e o regime por ela criado. Quanto à relevância do interesse privado C. FADDA manifesta a mesma aversão que os seguidores de Th. MOMMSEN no temor de uma privatização da *actio popularis*. Na realidade, a presença de um interesse privado, sustenta F. CASAVOLA, não transforma a *actio* em uma ação privada porque esse interesse não se põe como o objeto da tutela; a sua relevância não desnatura a *actio popularis* através da qual se tutela um interesse individual, mas esse interesse privado influi sobre a legitimação excluindo o interesse individual de outros *cives*. O interesse privado é uma qualidade eventual do autor popular que afasta a legitimação de terceiros, contudo, a natureza da ação permanece a mesma, o objeto da tutela é um interesse individual diante do qual qualquer diferença entre interessado e terceiros desaparece; o interesse privado é relevante para os fins da legitimação, mas completamente irrelevante para a função da ação.

O autor popular não é um representante do povo, como afirmavam os mommsenianos, nem se pode dizer que a ação é imediatamente de qualquer membro do povo, como propunham K.G. BRUNS e C. FADDA, na verdade, a *actio popularis* é do *unus ex populo*, do indivíduo; o autor tutela um interesse que lhe diz respeito como indivíduo, *unus ex populo*, não como um sujeito de direito privado, pertencente à família, nem como sujeito de direito público, membro da *Respublica*. A consideração desse interesse como interesse geral ou coletivo deriva de uma sobreposição das nossas construções modernas com as antigas. Nos ordenamentos modernos o interesse privado é próprio do indivíduo e o interesse que não for privado é necessariamente geral, porque concerne aos seus titulares

[418] Paul. 9 *ad ed*., D. 3.3.43.2: *In popularibus actionibus, ubi quis quase unus ex populo agit...*- Nas ações populares, nas quais alguém age como um do povo..
[419] F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni* cit. (nota[18]), pp. 15-16.

não *uti singuli*, mas *uti universi*. No direito romano, ao contrário, o interesse privado não é do indivíduo, mas da família e em nome desta do seu chefe; com a crise do instituto familiar, no final da República, o indivíduo pleiteia uma sua autonomia fora do grupo familiar. O fenômeno da popularidade deriva de uma insuficiência da família em abarcar novas matérias, sempre de direito privado, que tocam não somente os tradicionais sujeitos de direito privado, mas todos os membros do ordenamento social[420].

Dessarte, F. CASAVOLA faz uma distinção entre interesse individual e interesse privado que acarreta no direito romano o fenômeno da popularidade que, por sua vez, atesta duas realidades separadas e distintas.

No trabalho publicado em 2011, A. SACCOCCIO critica a tese de F. CASAVOLA, relevando que as limitações à tese do estudioso napolitano devem ser buscadas em uma iper valoração do texto de Festo, seja no que concerne ao regime dos cultos, seja no que tange à relação entre esses cultos e o regime das ações populares. Do ponto de vista do regime dos cultos, assevera A. SACCOCCIO, a tese de F. CASAVOLA apresenta um vício originário, i.e., a dicotomia *publicus-privatus*, a partir da qual se elabora uma interpretação dos *sacra* com total esquecimento de que, provavelmente, a distinção público-privado surge quando o sistema romano dos *sacra* já se era formado, reputa o autor que o surgimento dessa distinção falseou a compreensão desse sistema por parte dos historiadores antigos e modernos[421].

P. CATALANO já tinha relevado que o sistema romano dos *sacra* tinha sido elaborado muito antes que se introduzisse a distinção entre *publicus* e *privatus*, assim como o conceito de *populus Romanus Quirites* è anterior a essa distinção; um *sacrum*, diz P. CATALANO, feito no interesse do *populus* era sentido como feito no interesse de cada um dos *Quirites*; por outro lado, ao fazer um *sacrum* cada *Quirites* agia como parte do *populus Romanus*[422].

O segundo ponto, i.e, a relação entre os cultos e as ações populares, mesmo se admitindo a tricotomia *sacra publica*, *popularia* e *privata*, nos termos fixados por F. CASAVOLA, desta não decorre necessariamente uma correspondente tricotomia das ações em *publicae*, *populares* e *privatae*. Outro ponto frágil da reconstrução de F. CASAVOLA seria a hipótese de que no final da República teria emergido uma noção de cidadão como

---

[420] F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni* cit. (nota[18]), pp. 17-19.
[421] A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in *'Actio in rem' e 'Actio in Personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, L. GAROFALO (org.), Cedam, 2011, p. 736.
[422] P. CATALANO, *Populus* cit. (nota[208]), pp. 124-125.

indivíduo considerado singularmente, portanto, fora do grupo familiar, que não encontra acolhida em outras situações da própria experiência jurídica romana[423].

O problema da definição da natureza da *actio popularis* é uma questão que permanece em aberto, pois trabalhos publicados já no século XXI não mais abordam a natureza da ação popular romana, mas analisam a recepção da ação popular nos ordenamentos contemporâneos, buscando, eventualmente, pontos de contato entre a ação popular romana e as *class actions* do direito norte-americano. Interessante notar que uma apreciação de instituto similar no direito inglês já tinha sido feita por K.G. BRUNS na parte final do seu artigo sobre as *actiones populares*, quando estende a pesquisa a breves considerações sobre as *populars actions* do direito inglês que K. G. BRUNS informa serem todas as ações civis e criminais que "are given to the people in general", ou seja, aquelas em que nos deparamos com um geral e popular direito de agir ou de acusar em contraposição àquelas que podem ser exercitadas somente por pessoas determinadas ou magistrados[424].

[423] A. SACCOCCIO, *Il modello* cit. (nota[421]), pp. 737-738.
[424] K.G. BRUNS, *Le azioni* cit. (nota[26]), pp. 302-303.

4. A RECEPÇÃO DA *ACTIO POPULARIS*

4.1. Sistema jurídico romanista e ordenamentos jurídicos

4.1.1. A tradição do direito romano

As ordens jurídicas latino-americanas, devido aos processos de colonização, decorrem da tradição jurídica de Portugal e da Espanha, portanto, cumpre-nos, preliminarmente, examinar, em sucintas linhas, a evolução do direito na Europa continental, em particular na península ibérica.

A invasão dos povos germanos no século V acarreta a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C.. Populações romanizadas e tribos germânicas passam a conviver lado a lado, segundo suas próprias leis. Com o desaparecimento da estrutura institucional romana, passa-se, diante da necessidade de normação no âmbito privatístico, da aplicação do princípio de territorialidade (aplicado de forma uniforme a partir da concessão generalizada da cidadania, com a *Constitutio Antoniniana*, em 212 d.C.), à aplicação do princípio da personalidade do direito (direitos pessoais sobre base étnica). Tais direitos sobre base étnica se consubstanciam em normas consuetudinárias.

Este direito consuetudinário bem corresponde ao sentir jurídico dos povos bárbaros, cujos sistemas jurídicos nacionais não preveem fontes de produção escritas. As primeiras compilações elaboradas pelos bárbaros a partir do V século são, essencialmente, a redução à forma escrita de normas costumeiras. Diversamente, as populações romanizadas continuam, de forma consuetudinária, a aplicar os preceitos da consolidação teodosiana (*Codex Theodosianus*, 438-439 d.C.).

S. GASPARINI explica que, após a queda do Império Romano, verifica-se um peculiar fenômeno de gradual eliminação do direito romano como lei vigorante, em particular da forma que ele tinha assumido com a consolidação teodosiana; esse fenômeno determina a passagem do direito romano legislativo a um direito consuetudinário, bem como a passagem de um direito territorial (imposto pelas instituições romanas em todo o território do império) a um direito pessoal da parte latina da população dominada pelos conquistadores bárbaros[425].

Ademais, deve-se salientar que o direito romano puro nunca fora integralmente recebido e aplicado nas províncias e, no que concerne à península ibérica, M.J. de

[425] S. GASPARINI, *Appunti minimi d Storia del Diritto. 1. Antichità e medio evo*, Padova, Imprimitur., 2002, p. 47.

ALMEIDA COSTA afirma que o sistema jurídico hispânico, nas vésperas das invasões germânicas, encontrava-se longe da perfeição do direito romano clássico, pois que vigorava o chamado direito romano vulgar (*Vulgarrecht*), que possuía uma estrutura menos complexa e cuja disciplina resultava da interferência de elementos autóctones, refletindo o quadro social, econômico e jurídico da Península. Múltiplos fatores estão na gênese do direito romano vulgar, porém, a transformação do direito romano pode ser reconduzida, essencialmente, a dois parâmetros básicos: a descaracterização do sistema romano clássico e a persistência ou revitalização de direitos locais e regionais[426].

Por outro lado, uma das virtudes do direito romano, criado pacientemente pelos juristas clássicos, é a sua capacidade de se adaptar às mais diversas realidades sócio-culturais, embora esta adaptação produza um efeito de fragmentação. Dessarte, M. LOSANO afirma que a concretude do jurista romano deu origem a um direito que poderíamos denominar de modular ou aberto, já que ele pode se desenvolver em qualquer direção para se adaptar a situações novas, contudo, a consequência dessa virtude é a confusão de suas disposições[427].

A queda do Império Romano do Ocidente comportou o desfazimento da unidade político-jurídica da Europa continental, passando os povos a serem regidos por diversas ordens jurídicas.

No Oriente, verifica-se uma continuidade, pois, a compilação justinianéia permanecerá até a queda de Constantinopla (1453), profundamente modificada, já que após a morte de Justiniano, a sua obra legislativa foi objeto de paráfrases, traduções para o grego, adaptações a realidades totalmente diversas. No Ocidente, a aplicação da legislação justinianéia foi, de fato, pouco relevante[428].

A multiplicidade de sistemas normativos, certamente, não facilitava a composição de controvérsias, essa produzia uma grande incerteza do direito nas relações jurídicas, intensificadas com o renascer das cidades e do comércio, nos séculos XII e XIII, no Ocidente europeu. A redescoberta da compilação justinianéia nas universidades pareceu ser a resposta aos inúmeros conflitos de uma sociedade em que atuavam vários sistemas de normas.

Ademais, constata-se nos séculos anteriores aos séculos XI e XII (período de renascimento dos estudos jurídicos), um empobrecimento da cultura em geral, em

---

[426] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]), p. 110 ss.
[427] M. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, Einaudi, 1988, p. 28.
[428] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]), pp. 232-233.

particular dos estudos jurídicos. Coube à Igreja, conforme salienta C. A. CANNATA, ser a depositária da cultura antiga, pois a potência temporal da Igreja conferiu um particular valor ao fenômeno cultural que se produziu no seu seio, visto que no decorrer do longo período em que tivemos o crepúsculo da cultura antiga e o surgimento da nova cultura medieval, determinado pelo reflorescer das cidades, a Igreja foi a única depositária da tradição cultural do mundo antigo; os conventos e as catedrais foram os lugares onde nunca se deixou de estudar e ensinar as *artes liberales*. Dessa forma, a Igreja conservou os escritos de caráter jurídico que tiveram uma enorme importância nos fenômenos ligados a Escola de Bologna e às universidades francesas, seja no campo do direito canônico, seja no campo do direito civil[429].

Com o advento do Império carolíngio (Carlos Magno é coroado em 25 de dezembro do ano 800), e posteriormente no século X, do Sacro Império Romano-Germânico (Otão I, 962), reconstitui-se, pelo menos formalmente, uma unidade político-jurídica na Europa continental, perdida com o fim do Império Romano do Ocidente. Sob a proteção da Igreja de Roma ocorre essa renovação política e, com ela, a aplicação das coletâneas justinianéias, adaptadas às novas exigências, às matérias temporais[430]. No entanto, a unidade do império carolíngio se demonstra efêmera, pois, após a morte de Carlo Magno, a partir do tratado de Verdun (843), fragmenta-se em vários reinos e inúmeros feudos.

Não obstante o Império medieval apresente características absolutamente diversas das do Império Romano, toma força a ideia de que o antigo Império Romano tivesse ressurgido e que o seu poder político tivesse sido transferido aos novos imperadores (*translatio imperii*). Nesse diapasão, os livros do *Corpus Iuris*, redescobertos na Itália, dão ensejo à ideia de que este é o direito dos novos impérios[431].

No que concerne à estrutura da sociedade na Alta Idade Média, trata-se de uma organização fechada; o feudo é uma entidade autárquica que não possui nenhuma atividade de escambo, desenvolvendo, principalmente, atividades agrárias.

Fatores econômicos irão determinar a mudança desse modelo. A cidade, com seus artesãos e comerciantes, lentamente, tornar-se-á o elemento determinante de um novo modelo social. M.J. DE ALMEIDA COSTA assevera que motivos de ordem política, cultural e econômica apontavam para o incremento do estudo do direito romano justinianeu,

---

[429] C. A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. Dal medioevo all`epoca contemporanea*, Torino, Giappichelli, 1976, p. 11.
[430] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]) , p. 233 ss.
[431] A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 131 ss.

formando-se, assim, uma dinâmica que se aceleraria no século XII com os juristas bolonheses[432]. O renascimento dos estudos do direito romano irá ocorrer, somente, no final do século XI, tornando-se intenso no século XII com a atividade dos juristas da Escola de Bolonha, os Glosadores.

O comparatista R. DAVID, tratando do renascimento e da ideia de direito, afirma que a sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso. O ideal de uma sociedade cristã fundada sobre a caridade desaparece; a própria Igreja distingue nitidamente a sociedade religiosa dos fiéis da sociedade laica, o foro externo do foro interno, e consequentemente elabora, nessa época, um direito privado canônico; não mais se confunde a religião e a moral com a ordem civil e o direito, reconhece-se ao direito uma função própria e uma autonomia. A ideia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não era nova, já fora admitida, pelo menos, no que respeita às relações entre particulares, pelos romanos. O regresso a essa ideia no século XII é uma revolução; os juristas querem um direito novo fundado sobre a justiça, que a razão permite conhecer, repudiando, nas relações civis, o apelo ao sobrenatural[433].

O direito estudado e cultivado nas universidades europeias, entre os séculos XII e XVII com base no direito justinianeu, convive com os direitos consuetudinários locais, mas constitui tendencialmente uma unidade, um direito comum, a todo o espaço europeu ocidental[434].

Quanto à península ibérica, a difusão e a penetração do direito romano renascido e da obra dos Glosadores são atestadas já nos finais do século XII, em regiões hispânicas que tinham maior contato com o resto da Europa. Evidências mostram que ao longo da segunda metade do XII encontramos na região jurisconsultos de formação estrangeira[435].

Destarte, releve-se que as *Ordenações Afonsinas* no livro II, título 9 dispunham que diante do caso concreto, na falta de norma de direito nacional (leis do Reino, estilos da Corte ou os costumes antigamente usados), dever-se-ia utilizar, em questões jurídicas temporais, o direito romano (leis imperiais); em questões espirituais, o direito canônico e, se houvesse conflito entre os dois, prevaleceria o direito canônico. Não se encontrando a

---

[432] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]) , p. 235.
[433] R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1969, trad. port. Hermínio A. Carvalho, 4 ed., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 39-40.
[434] A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica* cit. (nota[64]), p. 114 ss.
[435] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]), p. 244 ss.

norma aplicável ao caso, nestas diversas ordens jurídicas, recorrer-se-ia a Magna Glosa de Acúrsio e, por último, a opinião de Bártolo[436].

Em conclusão, entende-se por direito comum (*ius commune*), segundo M.J. DE ALMEIDA E COSTA, um sistema normativo de fundo romano que se consolidou com a escola dos Comentadores (pós-glosadores) e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até os finais do século XVIII[437].

4.1.2. A Codificação

Codificar o direito é algo de diverso que 'fixar o direito', pois que a expressão 'codificação do direito', utilizada no sentido técnico, indica um fenômeno recente que tem o seu início no final do século XVIII, ainda que este tenha sido preparado desde os séculos anteriores; antes não havia codificações porque essa palavra não designa a operação de se elaborar códigos, mas fazê-los em uma determinada maneira[438]. Codificar é a busca de uma sistematização de uma grande massa de normas diversas, seguindo-se um plano pré-estabelecido, fundamentado em um conjunto de princípios sistemáticos.

Um anseio de sistematização se nota desde a antiguidade, basta lembrar o discurso ciceroniano sobre o *ius civile* que é *diffusum et dissipatum* (CÍCERO, *De oratore*, 2 33.142). O desenvolvimento da ciência do direito corre no sulco da busca de uma sistematização do *ius civile* sem a perda daquela extraordinária capacidade do direito romano de se adaptar a realidades diversas e sempre mais amplas. Pensemos, por exemplo, à obra de Quinto Múcio Cévola a quem o jurista Pompônio, em Pompônio *libro singulari enchiridii*, D. 1.2.2.41, atribui a honra de ter criado a ciência do direito[439], utilizando o método das divisões (raciocínio por gênero e por espécies) elaborado por Platão nos diálogos *Fedro*, *Sofista* e *Político*; não, por último, deve-se mencionar, no que concerne ao processo de

---

[436] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]), p. 341 ss

[437] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]) , p. 285.

[438] A. GUZMAN, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. *Fundación Ignacio Larramendi*, 2000, p. 7.
Disponível [on-line] in http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000187 [12-05-2016]

[439] Pompônio *libro singulari enchiridii,* D. 1.2.2.41: *Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo* - Depois deles Quinto Múcio, filho de Público, pontífice máximo, o primeiro a constituir o *ius civile* por categorias, redigindo-o em dezoito livros. Ver *Digesto de Justiniano* cit. (nota[37]), p. 43.

sistematização do *ius civile*, a obra do jurista romano Sérvio Sulpício Rufo que, no entender de Cícero[440], seria o verdadeiro iniciador da ciência do direito.

A sistematização na antiguidade atinge o seu ápice com a compilação justinianéia, o *Corpus Iuris Civilis*, que será o ponto de partida, na época medieval, dos juristas para a elaboração de uma ordem jurídica baseada no direito romano, mas profundamente revista e reelaborada segundo as exigências e valores da época, principalmente valores de cunho cristão. Direito romano e direito canônico se complementam formando o arcabouço jurídico caracterizador da Idade Média.

O direito estudado e elaborado nas universidades a partir do século XI (escola dos Glosadores, Escola dos Comentadores, Escola Humanista, *mos italicus*, *mos galicus*) é a construção de um direito 'justo' para os homens, alicerçado no direito natural e na razão do homem, tendo como pano de fundo o direito romano e o direito canônico, o direito racionalista dos jusnaturalistas. Não é, porém, o direito dos práticos, não é o direito aplicado aos casos concretos, é o *droit savant* que, no dizer de R. DAVID, é concebido pelas universidades, tal como a moral, como um *Sollen* (o que é necessário fazer), e não como um *Sein* (o que se faz na prática)[441].

Portanto, podemos afirmar que a ciência do direito durante muitos séculos buscou descobrir e fixar os princípios e soluções de um direito justo conforme à vontade de Deus, à natureza ou à razão humana. A ciência do direito estava dissociada das regras, do direito positivo; esta procurava um método pelo qual se poderiam descobrir em todos os países as soluções de justiça. Adquirindo-se, segundo R. DAVID, este método com o estudo do direito romano e do direito canônico, os quais apareciam, através das obras dos seus comentadores, como o direito comum do mundo civilizado, reduzido à cristandade segundo a ótica da época[442].

A partir de H. GRÓCIO (1583-1645) o direito natural não mais é fundamentado na razão de Deus, mas na razão do homem, sendo H. GRÓCIO considerado o fundador do jusnaturalismo moderno. Duas são as obras fundamentais deste jurista: *Mare liberum*

---

[440] CÍCERO, *Brutus* 41.152-42.153: "E allora Bruto: 'credi davvero? – disse- Anteponi anche a Quinto Scevola il nostro Servio?'. Proprio così, Bruto – gli dissi - io penso che Scevola e molti altri abbiano avuto una grande pratica del diritto civile, ma solo lui una conoscenza scientifica: alla quale per altro non sarebbe mai giunto attraverso il solo sapere giuridico, se non avesse appreso in più quella scienza che insegna a dividere un tutto in parti, a spiegare definendo le essenze nascoste, a chiarire interpretando ciò che è oscuro, a vedere innanzi tutto le ambiguità, e quindi a precisarle, [...]". Ver trad. ital. in A. SCHIAVONE, *Linee di Storia del Pensiero Giuridico Romano*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 55.

[441] R. DAVID, *Os grandes sistemas* cit. (nota[433]), p. 42.

[442] R. DAVID, *Os grandes sistemas* cit. (nota[433]), p. 2.

(1609), concernente ao direito internacional público e *De iure belli ac pacis* (1623), onde aparece a construção do direito internacional público alicerçada num direito vinculante para todos os homens.

Insignes juristas, que irão constituir a Escola Racionalista de Direito Natural, darão um amplo desenvolvimento aos postulados ínsitos na obra de H. GRÓCIO. Destacam-se, na Inglaterra, HOBBES (1588-1679) e LOCKE (1632-1704), na Alemanha, PUFFENDORF (1632-1691), THOMASIUS (1655-1728) e WOLFF (1679-1754). Com esse desdobramento, a concepção do direito natural se afasta de pressupostos metafísico-religiosos, vindo a ter, no entender de M.J. DE ALMEIDA COSTA, "uma larga influência directa sobre a ciência jurídica positiva"[443].

A cultura jurídica entre os séculos XVI e XVIII é caracterizada, por um lado, pela tradição jurídica dos doutores que aperfeiçoam a partir do *Corpus Iuris Civilis* o *ius comune*, direito erudito, forjado nas universidades e nos tribunais em que atuavam os juristas letrados, pelos costumes locais e por uma crescente legislação régia, por outro lado, pelo surgimento do jusnaturalismo que propõe um novo fundamento, uma nova ordem e um novo modo de raciocinar a respeito do direito. O sistema de direito natural dava como justificativa última das leis o fato de apoiar-se na razão natural, tudo aquilo que fosse contrário à razão natural deveria ser eliminado das leis. A tradição e o costume não podiam por si só justificar as regras. O pensamento jurídico sofre também a influência do Iluminismo que combate, em nome da razão, a tradição, a religião, a superstição e as sutilezas dos juristas; se a razão humana é universal, se qualquer um pode fazer uso de sua razão, então o direito deve ter a forma de princípios claros, evidentes e compreensíveis por qualquer um[444].

A escola do direito natural, segundo a análise de R. DAVID, conseguiu dois sucessos espetaculares. Primeiramente, o reconhecimento de que o Direito devia ser estendido à esfera das relações entre os governantes e os governados, entre a Administração e os particulares. O direito romano, por outro lado, já havia formulado a distinção entre direito público e direito privado[445].

---

[443] M. J. DE ALMEIDA COSTA, *História* cit. (nota[64]), p. 392.

[444] J. R. DE LIMA LOPES-R. MAFEI RABELO QUEIROZ- T. DOS SANTOS ACCA, *Curso de História do Direito*, São Paulo, Método, 2009, p 189 ss.

[445] Ulp. 1 *Institutionum*, D. 1.1.1.2 :. *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* [...] - São duas as posições deste estudo: o público e o privado. Direito público e o que se volta ao estado das *res Romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos

O segundo extraordinário sucesso da escola de direito natural foi, sem dúvida, a codificação que, embora sendo um evento histórico absolutamente revolucionário, constituiu a consequência natural da concepção doutrinária do racionalismo jusnaturalista e de todo o operar levado a efeito, durante séculos, nas universidades. As universidades haviam elaborado um direito que se apresentava como um modelo de justiça. O *Corpus Iuris* chegou a ser considerado a própria *ratio scripta*.

Nesse diapasão, os jusnaturalistas conceberam a ideia de enfeixar o *droit savant*, *ratio scripta*, modelo de justiça construído durante séculos, num conjunto de normas positivas; pela primeira vez, manifestava-se a vontade de tornar aplicável o direito ideal. A codificação é a técnica que irá permitir a aplicação obrigatória do direito natural, realizando a fusão do direito teórico e do direito prático[446]; a codificação, ademais, garantiria a ordem e a certeza.

A partir do século XIX ocorre o fenômeno das grandes codificações com a consequente destruição do *ius commune* que se fragmenta em tantos ordenamentos nacionais; os códigos se tornam uma realidade efetiva com o fortalecimento dos Estados nacionais, com a positivação do direito através da legislação, através da vontade legisladora de um soberano. O movimento codificador do século XIX é, porém, precedido pelo aparecimento, na segunda metade do século XVIII, dos primeiros códigos: os códigos civil e penal da Baviera entre 1752 e 1756; a codificação austríaca em 1786 e em 1811; o código geral prussiano em 1794.

Importante observar que na concepção dos juristas autores do primeiro código da história, o *Code de Napoléon* (1804), este não era um instrumento de ruptura com o direito natural e muito menos com o *droit savant*. No *Discours Prèliminaire au Code Civil*, Jean-Étienne-Marie PORTALIS, afirma que "Il est utile de conserver tout ce qu`il n`est pas nécessaire de détruire"[447]. PORTALIS é um jurista iluminista, um jusnaturalista, ele concebe o direito "jusracionalisticamente", fundamentado no direito natural que pode, e talvez deve, ser positivado: "Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la

---

indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente[...]. Ver *Digesto de Justiniano* cit. (nota[37]), p. 20.

[446] R. DAVID, *Os grandes sistemas* cit. (nota[433]), pp. 65-66.

[447] J. E. M. PORTALIS, *Discours Prèliminaire du Premier Projet de Code Civil (1801)*. Disponível [on-line] in http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf [27-05-206]

nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers"[448].

Embora a codificação tenha produzido efeitos importantes na construção do sistema jurídico romanista é inegável que o movimento codificador desencadeou consequências negativas do ponto de vista da perda de uma concepção universalista do direito, elemento este central da concepção jusnaturalista do direito. Tais efeitos nefastos, como salienta R. DAVID, produziram-se independentemente dos princípios que tinham norteado a ação dos juristas jusnaturalistas, defensores da codificação do direito[449].

Após a codificação, na sua vertente positivista legislativa, a concepção universal do direito lentamente se dilui para dar lugar a uma ideia de tantos direitos, de uma multiplicidade de direitos, positivados em diferentes normas emanadas de um legislador. É o império da Lei e do Legislador.

P. CATALANO, analisando a formação do conceito de *ius Romanum* explica a diferença entre 'efetividade' e 'validade' do direito romano:

> "Tal conceito (*ius Romanum*) é aperfeiçoado por Justiniano (que utiliza também as expressões *Romanae leges* e *Romana sanctio*) como instrumento de uma concepção universalista do direito [...] que não considera característica essencial dos *iura* aquilo que hoje chamamos de "efetividade". O direito é claramente distinto do fato (isto é, da própria aplicação)...[450]"

Acrescenta, ainda, o autor, que no que concerne à resistência do conceito de *ius Romanum* na Idade Moderna, em particular no que tange à América do Sul:

> "A bem da verdade, o conceito do *ius Romanum* manteve-se na Idade Moderna, não obstante os impulsos desagregacionais próprios dos reinos e dos estados nacionais. Pelo contrário ele se universalizou, separando-se pouco a pouco da 'efetividade' do direito estatal... No quadro de uma tradição jurídica que exalta o papel da doutrina através do mesmo código [...] se explica, por outro lado, que por numerosos juristas da América meridional seja, com insistência, ressaltada a distinção entre 'validade' e 'efetividade' (ou 'eficácia') do direito, assim como entre "atualidade" e "positividade", reafirmando-se o papel histórico da *interpretatio prudentium* e do *ius naturale* [451]."

---

[448] J. E. M. PORTALIS, *Discours* cit. (nota[447]).
[449] R. DAVID, *Os grandes sistemas* cit. (nota[433]), p. 68.
[450] P. CATALANO, *Direito romano atual* cit. (nota[72]), p. 8.; cf. ID., *Diritto e Persone* cit. (nota[31]), p. 90 ss.
[451] *Ibidem*

O direito não se confunde, portanto, com as regras mutáveis; é um fenômeno complexo que vai além do fato contemplado na regra em um determinado lugar e em um determinado momento.

4.1.3. A contribuição do direito comparado: os sistemas jurídicos

a) *Conceito de sistema jurídico.*

A História, como ciência social, dialoga interdisciplinarmente com ciências a ela complementares, tais como a Geografia e a Economia. A correlação entre essas três ciências vem determinando, de diferentes maneiras, a criação de grandes regiões continentais sócio-culturais. H.A. STEGER usa a expressão "continentes sócio-culturais", nessa linha de raciocínio impõe-se, cada vez mais, a utilização do conceito de sistema por parte de historiadores do direito e dos comparatistas[452].

No campo do direito, os juristas tentam individuar além dos ordenamentos estatais e nacionais grandes sistemas jurídicos, fundamentados em realidades étnicas, ideológicas, econômicas e, naturalmente, em características jurídico-formais comuns. Usa-se, comumente, expressões como *Rechtskreise* e *Kulturkreise* no estudo das relações que intercorrem entre áreas jurídicas e áreas culturais[453].

Seguindo a linha de raciocínio dos comparatistas e dos historiadores do direito, podemos perceber realidades históricas mais amplas daquelas 'internas' e 'nacionais' dos Estados soberanos. A ideia de 'sistema' torna possível a compreensão de uma concepção do direito nitidamente distinto dos fatos que o aplicam ou violam.

Observa P. CATALANO que um dos aspectos mais significativos do estudo jurídico contemporâneo é a caracterização, além dos direitos estatais e nacionais, de sistemas jurídicos (*Rechtkreise*) que os incluam e os superem baseados em realidades étnicas, ideológicas, econômicas e também, como é obvio, numa comunidade de caracteres jurídico-formais e doutrinais[454].

---

[452] P. CATALANO, *Sistema jurídico, sistema jurídico latino-americano e direito romano,* in *Direito e integração*, Brasília, Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da Faculdade de Direito da UnB, 1981, p. 18; cf. H.A. STEGER, *Discussione. Diritto romano e università nell`America Latina*, in *Index*, 4, 1973, p. 104.

[453] P. CATALANO, *Sistema jurídico* cit. (nota[452]), p. 18.

[454] P. CATALANO, *Sistema jurídico latino-americano*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* 69 (1982), p. 253 ss.

Comparatistas tais como Roscoe POUND e René DAVID põem em evidência a importância dos elementos subjacentes às regras jurídicas que formam os diversos ordenamentos estatais.

O conjunto desses valores e elementos, subjacentes às normas, que o jurista deverá individuar caracterizam um determinado direito que se constitui em um sistema. Ressalta R. DAVID que cada direito constitui de fato um sistema, já que emprega um certo vocabulário, correspondente a conceitos, agrupa as regras em certas categorias, comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar, em definitiva, está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito[455].

A diversidade dos ordenamentos estatais é considerável se apreciarmos o conteúdo de suas normas, torna-se, porém, bem menor quando consideramos os elementos mais estáveis e duradouros através dos quais podemos descobrir regras ínsitas no sistema, interpretá-las e determinar o seu valor[456].

Deve-se buscar o quadro no âmbito do qual as regras são ordenadas, a significação dos termos que elas utilizam, bem como os métodos usados para fixar o seu sentido e para harmonizá-las. As normas podem mudar segundo a vontade do legislador, mas alguns elementos não deixam de subsistir, não podem ser arbitrariamente modificados, já que estão intimamente ligados a nossa civilização, aos nossos critérios de raciocínio.

James BRYCE, professor de Civil Law, em Oxford, no começo do século passado evidenciava dois grandes sistemas jurídicos (que R. DAVID denomina 'famílias'): o direito romano (família romano-germânica) e o direito inglês (família do *commow Law*).

P. CATALANO, já em 1980, assinalava quatro sistemas jurídicos mundialmente reconhecidos:

> "Pode-se dizer que a situação hoje se transformou notavelmente apenas em razão das consequências diretas ou indiretas da revolução russa. Na verdade, o trabalho realizado pelos historiadores do Direito e pelos comparatistas nos conduz a determinar quatro sistemas jurídicos de importância mundial: o sistema romanista (do qual o sistema latino-americano é um subsistema), o sistema anglo-saxônico (do qual o sistema norte-americano constitui um subsistema), o sistema socialista e o sistema muçulmano[457]."

[455] R. DAVID, *Os grandes sistemas* cit. (nota[433]), p. 20.
[456] R. DAVID, *Os grandes sistemas* cit. (nota[433]), p. 21.
[457] P. CATALANO, *Sistema jurídico* cit. (nota[433]), p. 29.

Através da elaboração, por parte de historiadores do direito e comparatistas, de conceitos tais como 'difusão' e 'recepção', podemos compreender a expansão do sistema romano-germânico e do sistema do *commow Law*, bem como a relação que intercorre entre os ordenamentos e os sistemas [458].

Processos de colonização, assim como o movimento de codificação no mundo, propiciaram a expansão do sistema romano-germânico e do *common Law*. Instrumento imprescindível para a expansão do sistema romano-germânico foi o *Code Civil des Français* (1804), modelo inspirador para inúmeras codificações seja na área cultural latina como em contextos culturais totalmente alheios à cultura latina, tais como o Japão e, não por último, a China[459]. Posterior de um século, o código alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), entrado em vigor em 1900, constituir-se-á, também, em um instrumento de difusão dos valores elaborados pela ciência do direito romano.

Ademais, no que concerne ao sistema romanista, vale ressaltar a advertência de P. CATALANO:

> "Para que se possa compreender a amplitude do Direito Romano é necessário evitar representá-lo em termos de "ordenamento" (efetivo, ou talvez, estatal) e considerá-lo, ao invés, um conjunto de realidades e valores, que é tarefa do jurista constantemente identificar.
> A continuidade e resistência do Direito Romano comporta também hoje a utilização de novos instrumentos conceituais [...] em permanente confronto e conexão com a *potissima pars* do conjunto, isto é, o seu *principium* (cf. Gai 1 *ad legem duodecim tabularum*, D. 1. 2. 1)[460]."

b) *O sistema jurídico latino-americano*

A família romano-germânica (sistema romanista), cujos ordenamentos afundam suas raízes na ciência do direito romano, através de fenômenos tais como a colonização e a recepção (ou *transfusión*), dispersou-se muito além das fronteiras do Império Romano, mormente, em toda a América Latina.

Podemos, assim, individuar, no quadro de cada sistema, subsistemas definidos por elementos caracterizadores do sistema e elementos ligados a realidades próprias.

---

[458] P. CATALANO, *Diritto e Persone* cit. (nota[31]), p. 101 ss.; cf. A. TABOSA PINTO, *A recepção do direito romano e seus aspectos sociológicos*, trabalho apresentado na Jornada Científica, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (Granada, 16-18 de fevereiro de 1995).

[459] S. SCHIPANI, *Diritto Romano in Cina*, in *Treccani. Enciclopedia Italiana*. Disponível [on-line] in http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_(XXI-Secolo)/ [31-05-2016]

[460] P. CATALANO, *Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino-americano*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 44 (junho/1988), p. 10. Ver também Gai 1 *ad legem duocecim tabularum*, D. 1.2.1, in *Digesto de Justiniano* cit. (nota[37]), p. 28.

C. BEVILÁQUA, após ter assumido a cátedra de legislação comparada na Faculdade do Recife publicou, em 1853, o famoso *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*. Na trilha de pensamento do comparatista E. GLASSON, ele distingue três grupos de legislações: 1) aquelas em que a influência do direito romano e do direito canônico são "quase nullas"; 2) as que recepcionaram o direito romano "de um modo mais ou menos radical"; 3) aquelas em que os componentes germânico e romano se fundiram "por quantidades quase eguaes". A esses grupos C. BEVILÁQUA acrescenta um quarto grupo a legislação dos "povos latino-americanos":

> "Necessário se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-americanos, dos quaes não cogitou o sábio jurista francez, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das três categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes européas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificaram diversamente esse elemento commum, por suas condições próprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente os francezes. E por desprender-se de paízes novos, essencialmente democraticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas fraquezas em que a liberdade espraia-se mais larga[461].

Será a maior ou menor presença do direito romano o critério escolhido por C. BEVILÁQUA para a determinação dos diversos grupos de legislações.

A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, em 1931, publicou uma imensa obra dedicada ao direito romano. No volume III, *Influência universal do Direito Romano*, o Título I é dedicado à *Influência do Direito Romano na formação de várias legislações*, neste título o autor desenvolve o seu pensamento utilizando a classificação elaborada por E. GLASSON, retomada por C. BEVILÁQUA, e que já é uma visão dos ordenamentos inseridos dentro de sistemas jurídicos. Notável o Título IV inteiramente dedicado ao *Direito Ibero-Americano*, o direito das nações latino-americanas, concebido como um subsistema do sistema romanista[462].

Podemos, portanto, afirmar que a unidade e especificidade do subsistema jurídico latino-americano, no quadro do sistema jurídico romanista, foram individuadas já no final do século XIX e, ulteriormente, assentadas no início do século XX.

---

[461] C. BEVILAQUA, *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*, 2 ed, Bahia 1897 (1 ed. 1893), p. 73 ss.

[462] A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas / Abelardo Saraiva da Cunha Lobo*, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, pp. 414-422; p. 552 ss.

4.2. A recepção do direito romano e da *actio popularis* no direito português.

Com a deposição de Rômulo Agústulo, em 476, por Odoacro, cai a *pars occidentis* do Império Romano; o Império prosseguirá no Oriente, extinguindo-se, no Ocidente, a dignidade imperial. Contudo, a Igreja recolherá o legado de Roma e a ideia de *Imperium* será, nos séculos medievais, uma contínua aspiração da Cristandade. Assim sendo, no ano 800, Leão III, invocando a neglicência do imperador bizantino na cura dos interesses da Igreja promove a *translatio imperii*, coroando como imperador Carlos Magno, rei dos Francos; deste modo, restaurava-se o Império, a *renovatio imperii*. Note-se que já em 494, numa epístola dirigida a Anastásio, imperador do Oriente, o Papa Gelásio I tinha demarcado o campo de ação da Igreja e do Império, pois, ele afirmava a existência de duas jurisdições distintas, ambas independentes e exercidas com poder vindo diretamente de Deus: a *auctoritas sacrata pontificum* e a *regalis potestas*. A concepção política de uma *Respublica Christiana*, com autoridade bicéfala, Papa e Imperador, possuindo duas esferas de ação distintas, mas nunca indiferentes, dará lugar a violentíssimos dissídios[463].

O direito romano deve ser visto, nesse quadro, como a ordem jurídica do *Sacrum Imperium* instituição política que, *de iure*, afirmava um *dominium* sobre toda a Europa cristã. O Reino de Portugal, embora negasse qualquer supremacia imperial, recepciona o direito romano, fenômeno este que NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA explica pondo em relevo que a Igreja tendo tido o seu início no Império Romano, adota inicialmente o direito romano como a sua *lex terrena*, mesmo após o desaparecimento da *pars ocidentis* do Império, para, depois de uma secular evolução, criar o seu direito, o direito canônico. Não menos certo, assevera o historiador português, é que pelo fato de o direito canônico ser muitas vezes insuficiente, fragmentário, até porque legislado tendo como pano de fundo o direito romano, que se pretende corrigir ou esclarecer, sucede que a Igreja não pode prescindir, durante muito tempo, do auxílio das leis romanas. A crescente influêcia do direito romano vai conduzir a um fenômeno por vezes denominado de penetração ou recepção no direito canônico. Essa recepção busca uma harmonização dos dois direitos, romano e canônico, assim como dentro da *Respublica Christiana* existem duas autoridades, a espiritual e a temporal, o Papa e o Imperador, da mesma forma existem dois

[463] N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português. Fontes de Direito*, 5 ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 192-195.

direitos, o canônico e o romano; o primeiro nas coisas espirituais, o segundo *in temporalibus*[464].

Destarte, a recepção do direito romano em Portugal é precedida e condicionada pela recepção do direito romano no direito canônico. É a posição institucional da Igreja em toda a Cristandade que contribuirá para a difusão do direito romano, do *ius comune*, na medida em que o direito comum plana por cima do *ius proprium*, i.e., do direito legislado por um poder político não imperial como, por ex., o dos reis[465]. A recepção do direito romano se torna constante em Portugal a partir de Afonso III, pois, podemos encontrar inúmeras leis que são traduções ou manifestam decisiva influência do direito justinianeu; noutros casos, ainda, o rei ou corte, como pressupondo uma natural subsidiaridade do direito romano sentem a necessidade de, em termos gerais, afirmar "*que nom deuemos de guardar os dictos dereytos escriptos se nom enquanto ssom fundados em boa Razom e em prol dos nossos ssubjectos*"[466]. Releva, ainda, o historiador português que o *Corpus Iuris* era demasiado complexo, logo, necessitava de intermediários que o pudessem ler e interpretar, foi, portanto, mais fácil a recepção na corte quando no século XIII surgiram no Reino vizinho obras de caráter doutrinário e legislativo, escritas em castelhano, nas quais a influência do direito romano é muito nítida; tal fato vai ser sumamente importante para a difusão do *ius commune* em Portugal[467].

No início do século XV surge a necessidade de se compilar e sistematizar as várias fontes de direito aplicáveis. Foi no reinado de D. João I (1385-1433) que perante as queixas formuladas pelas Cortes quanto ao estado de confusão das leis, encarregou-se João Mendes, corregedor da Corte, de proceder à reforma; após a morte de D. João I, sem que a obra tivesse sido concluída, determinou D. Duarte (1433-1438) que a compilação fosse confiada ao doutor Rui Fernandes, membro do Conselho do Rei. Contudo, a compilação ficou pronta somente em 1446, já no período da regência de D. Pedro (1439-1448). O sistema das *Ordenações Afonsinas* se assemelha à sistemática dos *Decretais* de Gregório IX, compilação do direito canônico, ordenada pelo Papa em 1234, e dividida em cinco livros. As *Ordenações Afonsinas* estão divididas, portanto, em cinco livros: Livro I, que compreende 72 títulos, contém os regimentos dos cargos públicos; Livro II, dividido em

---

[464] N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota[463]), pp. 250-251
[465] N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota[463]), pp. 252-253.
[466] *Livro das Leis e Posturas*, 454, Lei de Afonso IV, de 3 de novembro de 1352, in N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota[463]), nt. 2 p. 260.
[467] N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota[463]) pp. 261-267.

123 títulos, contempla a matéria relativa à Igreja e à situação dos clérigos, os direitos do rei, os privilégios da nobreza, a jurisdição dos donatários, a administração fiscal e a legislação especial dos judeus e dos mouros; Livro III, abrangendo 128 títulos, ocupa-se do processo civil; Livro IV, nos seus 112 títulos, trata do direito civil; Livro V, com 121 títulos, versa sobre o direito e o processo penal[468]. As *Ordenações Afonsinas* constituem uma compilação atualizada e sistematizada das várias fontes de direito português no século XV, possuindo a obra uma grande importância na evolução do direito português, pois as ordenações posteriores, *Manuelinas* e *Filipinas*, irão conservar o plano sistemático das *Ordenações Afonsinas*.

As *Ordenações Filipinas* previam como fontes do direito a vontade do rei, consubstanciada na lei, e, em certa medida, no estilo da corte e no costume, e o *utrumque ius*, considerando aí incorporadas as opiniões de Acúrsio e Bártolo. Atente-se, porém, que já as *Ordenações Afonsinas* estabeleciam um quadro das fontes de direito (livro II, tit. 9); em primeiro lugar encontramos nas fontes do direito português: a) as Leis do Reino; b) os estilos da Corte e c) os costumes antigamente usados. São essas as fontes imediatas. No caso em que não se lograsse obter dessas fontes a norma aplicável ao caso concreto, recorrer-se-ia ao direito subsidiário: a) direito romano; b) direito canônico; se a lacuna persistisse aplicar-se-ia a Magna Glosa de Acúrsio e, em seguida, as opiniões de Bártolo. Esse quadro sistemático de fontes passa das *Ordenações Afonsinas* para as *Ordenações Manuelinas* e, enfim, para as *Ordenações Filipinas*[469].

No século das luzes se pretende substituir o *utrumque ius* pela razão. O Rei e a razão serão as fontes do direito. A Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão, irá estabelecer que dentro das fontes nacionais, o estilo da corte só valerá desde que tenha sido aprovado por Assento da Casa de Suplicação. Quanto ao costume a Lei da Boa Razão estabelecia que fossem necessários três requisitos: 1) ser conforme à boa razão; 2) não ser "contra legem"; 3) ter mais de cem anos. No que concerne ao direito subsidiário declara a Lei no seu § 9 que "as normas de direito romano só seriam aplicadas quando fossem concordes com a boa razão que consiste nos primitivos princípios (princípios gerais do direito), que contém verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis que a ética dos mesmos

[468] N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota[463]), pp. 309-313.
[469] Ver *Ordenações Filipinas*, L. III, tit. LXIV-*Como se julgarão os casos, que não forem deerminados por as Ordenações*, edição «fac-simile» da edição feita por Candido Mendes de Almeida (Rio de Janeiro 1870), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 663-665.

romanos havia estabelecido e que os Direitos Divino e Natural formalizaram para servirem de regras morais, e Civis entre o Cristianismo [...]"[470].

Quanto à *actio popularis*, vimos que ela tem a sua origem no direito romano e, embora tenha sido concebida como um instrumento de partecipação popular e, portanto, teve na época republicana o seu apogeu, ela será utilizada até o baixo império. O próprio Imperador Justiniano irá introduzir duas *actiones populares*: a) contra os jogos proibidos, ação pelas somas perdidas no jogo que se destinava à repetição do *quantum* perdido, podendo ser promovida por qualquer cidadão que possuía uma *manus iniectio quadrupli* contra aquele que tivesse obtido dinheiro através do jogo[471]; b) para a execução dos legados *ad pias causas* que consistia num corretivo aos bispos negligentes no reclamarem o cumprimento dos legados para obras pias (CI. 1.3.46 (45).6)[472]. A. LUGO considera a *actio ad pias causas* como o mais direto precedente da moderna ação popular supletiva[473].

Na Idade Média as ações populares perdem importância, pois, como assevera N. CARNEIRO constituíam flores exóticas nos regimes absolutos, já que sua eficácia se compreende somente nas sociedades em que cada cidadão se preocupa pelas coisas públicas. Isto justifica o fato de que tais ações floresceram nos tempos de liberdade e, após as trevas do despotismo, ressurgiram nos Estados liberais[474].

Relevante notar que no processo de recepção do istituto romano a 'popularidade' da ação, seja no direito português seja no direito brasileiro será caracterizada, unicamente, por ser difusa a legitimação, i.e., o autor será o *quivis de populo*, independentemente, de quaisquer outras considerações que possam ser avançadas, não se fazendo mais qualquer diferença no que concerne ao interesse, se privado ou público, ou à natureza da ação, se civil ou criminal.

No sistema das Ordenações, conquanto essas ações não sejam mencionadas explicitamente, P. OTERO reputa estarem elas consagradas, especialmente no âmbito penal, sem prejuízo de se reconhecer aplicabilidade expressa na defesa dos bens dos concelhos[475], destinada a reagir contra quem se apossasse ilegitimamente de caminhos e servidões,

---

[470] N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História* cit. (nota[463]), p.466-468.
[471] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 21.
[472] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. 49; pp. 387-388.
[473] A. LUGO, *Azione* cit. (nota[10]), p. 861.
[474] N. CARNEIRO, *Das ações populares civis no direito brasileiro*, in *RDA* vol. 25 (1951), p. 477. Disponível [on-line] in http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/search/search [10-06-2016]
[475] *Ordenações Manuelinas*, liv. I, tít. 46, § 2; *Ordenações Filipinas*, liv. I, tít. 66, § 11.

tendo, portanto, um caráter supletivo; por outro lado, observa o autor, essas ações eram vigentes na medida em que o direito romano era aplicado subsidiariamente no contexto das fontes internas[476]. Ademais, no regime das Ordenações ela era admitida na *Doutrina das Acções* em que J.H. CORREIA TELLES afirma "Ainda temos acções populares. Nada obsta a qualquer pessoa do povo o poder demandar o outro que usurpou o baldio público, ou embargar-lhe a obra prejudicial ao lugar público, como á rua, rio [...]"[477].

A Carta Constitucional de 1826 da República Portuguesa foi o primeiro texto constitucional português a conferir expressa referência à ação popular (art. 124), apesar de circunscrever a sua propositura a certos crimes praticados pelos juízes"[478]. Dispõe o preceito constitucional português:

> Art. 124. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra eles acção popular, que poderá ser intentada dentro de ano, e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

A Carta Consitucional de 1838 também previu a ação popular no seu artigo 26, mas a circunscreveu à categoria de ação popular penal:

> Art. 26. Os empregados públicos são responsáveis por todo o abuso e omissão pessoal no exercício das suas funções, ou por não fazer efectiva a responsabilidade de seus subalternos. Haverá contra elas acção popular por suborno, peita, peculato ou concussão.

A legislação administrativa portuguesa consagraria no Código Administrativo de 1842, a *actio popularis* de natureza corretiva, ou seja, uma ação visando o controle jurisdicional da legalidade dos atos da Administração, primeiramente em matéria eleitoral, posteriormente, tal controle foi aplicado a outros atos da Administração Pública, reputados contrários ao interesse público e à lei. O Código Administrativo de 1878, por sua vez, consagraria a ação popular supletiva que visava a suprir as omissões dos órgãos públicos locais, na defesa de bens e direitos da Administração.

---

[476] P. OTERO, *A acção popular* cit. (nota[69]), pp. 872-873.

[477] J.H. CORREA TELLES, *Doutrina das acções*, accomodada ao fôro do Brasil por José Maria Federico de Souza Pinto, Rio de Janeiro, Laemmert, 1865, nt. 3 ao § 14, p. 10. Disponível [on-line] in Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça in http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/16818 [13-06-2016]. Ver também J.H CORREA TELLES, *Doutrina das Acções*, accomodada ao fôro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, Garnier, 1902, nt. 13 ao § 11, p. 11.

[478] P. OTERO, *A acção popular* cit. (nota[69]), pp. 872-873.

Não é de admirar, portanto, que a Constituição portuguesa de 1976 tenha reconhecido o direito fundamental de ação popular no item 3 do art. 52, inserido na Parte I (*Direitos, Liberdades e Garantias de Participação Política*)[479], consagrando uma ação popular na sua forma clássica, atribuindo a legitimidade ao cidadão, enquanto direito cívico e político, com vistas à restauração da legalidade objetiva. Com a Revisão Constitucional de 1989 o conteúdo da ação popular foi ampliado, reconhecendo-se, ao lado da ação popular tradicional, as ações populares atípicas, para a tutela de interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos. Na Revisão Constitucional de 1997 o legislador voltou a alterar a redação constitucional, ampliando as modalidades de ação popular com a inserção dos direitos dos consumidores como objeto de tutela mediante a ação popular[480]. Reza, então, o art. 53 da Constituição portuguesa vigente:

> **Artigo 52.º**
> **(Direito de petição e direito de acção popular)**
> **1.** Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.
> **2.** A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas são apreciadas em reunião plenária.
> **3.** É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:
> **a)** Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;
> **b)** Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

---

[479] "3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: **a)** Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; **b)** Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias
locais."

[480] P. OTERO, *A acção popular* cit. (nota[69]), p. 873.

O regime do art. 52, após as revisões constitucionais, põe sob uma qualificação unitária de ação popular duas figuras de recorte distinto. Por um lado, subsiste o tradicional instituto da ação popular relativo à atividade da Administração, ora como meio de suprir a sua inércia, ora como reação à prática de atos ilegais, por outro lado o direito de ação popular é consagrado como instrumento de tutela dos interesses coletivos e difusos[481].

Anota .J.J. GOMES CANOTILHO que através do direito de ação popular a Constituição portuguesa deu guarida a um reforço das ações populares tradicionais (*actio popularis*, *public interest action*) e à introdução de ações populares ou coletivas destinadas à defesa de interesses difusos. Nas ações 'qualquer um do povo', invocando o interesse público, pode substituir-se aos órgãos competentes para reagir contra a usurpação ou lesão de bens e direitos das autarquias locais ou contra deliberações ilegais dos órgãos destas. Salienta, ainda, o constitucionalista português que não se deve excluir que a fórmula 'qualquer um do povo' abranja pessoas coletivas, pois, trata-se de um dos direitos compatíveis com a natureza das próprias pessoas coletivas e com a própria natureza do direito em causa. Há apenas que atender a algumas dimensões do princípio da especialidade a fim de recortar com rigor quais os fins prosseguidos por essas mesmas pessoas coletivas[482].

O regime jurídico da ação popular, no ordenamento português, foi implementado pela lei n° 83/95, podendo ser sintetizado, segundo P. MEIRA LOURENÇO, da seguinte forma[483]:

"a) Visa à protecção de interesses difusos, designadamente, saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural (art. 1º § 2 da LAP).

---

[481] M. SOTTO MAIOR, *O direito de acção popular na Constituição da República Portuguesa*, in *Boletim Documentação e Direito Comparado*, nn. 75/765, 1998, p. 255. Disponível in http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-g.pdf

[482] J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7 ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 510-511.

[483] P. MEIRA LOURENÇO, *Experiência em Portugal*, trabalho apresentado na audiência pública *Public hearing on a A horizontal instrument for collective redress in Europe?*, promovido pelo Comité de Assuntos Legais do Parlamento Europeu (Committee on Legal Affairs), Bruxelas, 12.07.2011.
Disponível [on-line] in
http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110714ATT24016/20110714ATT24016EN.pdf [2-06-2016]

b) A legitimidade processual ativa é conferida a qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, às associações e às fundações defensoras dos interesses acima referidos, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda (art. 2º § 1 da LAP), às autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição (art. 2º § 2 da LAP) e ao Ministério Público (art. 16º da LAP: representa o Estado, os ausentes, os menores e demais incapazes e outras pessoas colectivas públicas, quando seja autorizado por lei)."

Há autores portugueses que sublinham um efetivo distanciamento entre o caminho de sofisticação que o direito português tem seguido e as representações populares dos valores associados à Justiça e à cultura jurídica real da população. Este fato tem conduzido, em Portugal, à inutilidade de vários instrumentos jurídicos. Tal fato poderia explicar, em parte, por que as ações populares não são tão frequentes nos tribunais portugueses[484].

No que diz respeito aos outros países europeus, N. CARNEIRO releva que as ações populares, de cunho penal, conservaram-se nas legislações anglo-saxônicas, possivelmente, devido à ausência, naquelas legislações, da figura do Ministério Público; dentre essas ações refere o autor a da repetição de toda a perda de jogo superior a dez libras. Se no prazo de três meses, o prejudicado não a iniciasse, qualquer do povo a poderia instaurar, em proveito próprio[485]. Note-se que 'popularidade' aqui, diferentemnente do direito romano, reduz-se à legitimação diffusa.

Na Bélgica, pode-se encontrar uma lei comunal de 30 de março de 1836 e na França uma lei sobre a administração comunal de 1873 que previam ações populares para a salvaguarda dos bens públicos. Na Itália, como vimos, a discussão sobre a *actio popularis* romana é retomada a partir do projeto de lei do Ministro Luchini, apresentado em 1880, que visava instituir uma ação popular relativa à conduta dos administradores de obras pias[486].

---

[484] M.C. CALHEIROS, *Ação popular revisitada. Notas à luz da atualidade juridical e social portuguesa*, in A.F. MESSA-J.C. FRANCISCO (coord.), *Ação Popular*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 87.
[485] N. CARNEIRO, *Das ações populares* cit. (nota[474]), p. 477.
[486] B. BRUGI, *L`Azione Popolare* cit. (nota[399]), pp. 440-441.

4.3. A recepção do direito romano e da *actio popularis* no direito brasileiro.

O direito romano através de fenômenos como a colonização e a recepção, difundiu-se por toda a América Latina, trazendo para o Novo Mundo as grandes construções jurídicas, mediadas pelo direito lusitano e ibérico, elaboradas pelo gênio dos romanos.

Em novembro de 1807 a família real portuguesa se transfere para o Brasil quando as tropas francesas já se acercavam de Lisboa. A vinda D. João VI e toda a Corte para o Brasil acarretou uma intensa atividade legislativa por parte do príncipe regente, pois, a transferência da sede da monarquia de Lisboa para o Rio de Janeiro implicou a reedificação das estruturas administrativas e judiciais brasileiras. Cria-se, então, no Brasil a Casa da Suplicação, o Desembargo do Paço e da Mesa da Consciência e Ordens, o Erário Público, a Junta do Comércio e o Banco do Brasil. A legislação de D. João VI dá continuidade, no novo mundo, ao direito português, em particular à legislação pombalina e às *Ordenações Filipinas*[487].

Com a vinda de D. João e da Corte, a colônia brasileira se transforma em Brasil Corte, sendo necessárias, portanto, reformas e medidas que tornassem possível ao Brasil servir de sede do Reino. Fundamental entre as medidas tomadas pelo príncipe a carta de lei promulgada em 17 de dezembro de 1815 que elevou o Brasil a categoria de reino. A carta continha três pontos fundamentais: a) o reconhecimento de que o Brasil era um Estado; b) que esse Estado se elevava à categoria de Reino; c) a existência de um "Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves". O Brasil deixava de ser colônia e ficava no mesmo nível de Portugal, com iguais direitos e obrigações, com igual personalidade internacional, exercendo verdadeira soberania[488].

Após a proclamação da independência política do Brasil, em 7 de setembro de 1822, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império decretou, e D. Pedro I mandou executar, a lei de 20 de outubro de 1823 que em seu artigo 1 determinava a vigência no Brasil das *Ordenações Filipinas*, Leis, Decretos, Regimentos, Alvarás e Resoluções de Portugal, pelos quais o Brasil tinha se governado até o dia 25 de abril de 1821 e todos os atos legislativos promulgados desta data em diante por D. Pedro I[489].

---

[487] M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 425 ss.
[488] M. DUARTE SEGURADO, *O direito no Brasil*, São Paulo, José Bushatsky, 1973, p. 271-274.
[489] Lei de 20 de outubro de 1823, art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que

A. C. WOLKMER dissertando sobre a história do direito brasileiro assevera que o empreendimento do colonizador lusitano, caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista, trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária, proveniente do Direito Romano[490]. O direito vigente no Brasil-Colônia foi uma transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como *Ordenações Reais*, que englobavam as *Ordenações Alfonsinas* (1446), as *Ordenações Manuelinas* (1521) e as *Ordenações Filipinas* (1603)[491].

As *Ordenações Filipinas* não se referiam expressamente às ações populares, assim sendo alguns juristas reputavam estarem elas abolidas, outros defendiam a sua sobrevivência para determinados casos. Na *Doutrina das Ações*, acomodada ao foro do Brasil por A. TEIXEIRA DE FREITAS, J.H. CORREA TELLES as admitia como instrumento jurídico para a conservação ou defesa das coisas públicas. A. TEIXEIRA DE FREITAS, por sua vez, pleiteava a manutenção dessas ações defendendo o cabimento, oposto por qualquer um do povo, contra a usurpação de coisas de uso público, assim como do embargo de obra nova nociva aos logradouros públicos, momermente, quando o autor tivesse para isso algum interesse; o jurista baiano, porém, limitava o alcance do embargo aos casos relativos aos terrenos de marinhas e acrescidos marítimos ou fluviais, nos quais certas pessoas agem em virtude de direitos de preferência, que lhes são reconhecidos pela legislação[492]. Interessante notar, aqui, a utilização do princípio contido em Paul. 8 *ad ed.*,D. 47.23.5.1 – *In popularibus actionibus is, cujus interest, praefertur*.

Dessarte, como sustenta J. A. DA SILVA, a ação popular era admitida no Brasil mesmo sem que houvesse específica previsão legal, sendo a sua admissibilidade restringida à defesa de logradouros públicos, das coisas de domínio e uso comum do povo[493].

Com a Constituição do Império de 1824 temos pela primeira vez a utilização do termo 'ação popular', pois o art. 157 dispunha:

---

foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

[490] A.C. WOLKMER, *História do Direito no Brasil*, 5 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, pp. 58 ss.

[491] A.C. WOLKMER, *História do Direito no Brasil* cit. (nota[490]), p. 61.

[492] J.H CORREIA TELLES, *Doutrina das Acções*, accomodada ao fôro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, Garnier, 1902, p. 11 nt. 13. Cf. M. SEABRA FAGUNDES, *Da ação popular*, in *RDA* 6 (1946), p. 5; também, J.A. DA SILVA, *Ação Popular* cit. (nota[28]), p. 33 nt. 5.

[493] J.A. DA SILVA, *Ação Popular* cit. (nota[28]), p. 33.

> Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

L. PINTO FERREIRA afirma que pela primeira vez se aludiu, precisamente, ao nome de 'ação popular', numa espécie de ação que, no fundo, é uma concretização nova de *actio de corrupto albo*, no sentido de defesa e resguardo da pureza da jurisdição[494].

Comentando a Constituição imperial J.A. PIMENTA BUENO, no que concerne ao artigo 157, salienta o alto teor moralizador do preceito quanto ao comportamento daqueles que eram encarregados da administração da justiça, pois, assevera o jurista que a constituição para garantir a probidade dos juízes deu a qualquer um do povo o direito de intentar uma ação criminal contra aqueles que por ventura se tornassem delinquentes por subordo, peita, peculato ou concussão. Tais condutas, prossegue J.A. PIMENTA BUENO, "Não são só crimes, mas crimes de carater tão vergonhoso, tão offensivo da honradez do julgador, que quebrantão a moral publica; é pois justo que qualquer do povo possa vindicar essa injuria feita à lei e à sociedade, promovendo por si mesmo a devida punição"[495].

Além da explícita menção à ação popular no artigo 157 da Constituição de 1824, em matéria criminal, pode-se encontrar na legislação do Império e na dos primeiros anos da República casos de ações concedidas a qualquer um do povo, embora o legislador não as denomine de ação popular. É o caso do Decreto n. 2.691, de 14 de novembro de 1860, relativo aos casos de falência dos Bancos e outras Companhias e sociedades anônimas, e o processo que em tais casos devia-se seguir; tal decreto permitia, quando houvesse emissão ou conservação na circulação de títulos ilegais por parte de Banco, ao lado das providências a serem tomadas pela autoridade policial e fiscal, no seu art. 4, que a apreensão judicial pudesse ocorrer "por denúncia, ou a requerimento de qualquer pessoa do povo". Podemos encontrar, também, na lei n. 173, de 10 de setembro de 1893, relativa à ação de dissolução de associações de fins religiosos, morais, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio, a concessão de uma legitimação difusa, pois, o art. 13 dispõe que "as associações que promoverem fins illicitos ou que se servirem de meios

[494] L. PINTO FERREIRA, *Da Ação popular constitucional*, in *RDP*, v. 5, n. 20 (abr./jun. 1972), p. 32-47.
[495] J.A. PIMENTA BUENO, *Direito Publico Brazileiro*, Rio de Janeiro, J. Villeneuve, 1857, p. 22.

illicitos ou immoraes, serão dissolvidas por sentença, mediante denúncia *de qualquer pessoa do povo* ou do ministério publico [...]”[496].

A Constituição republicana de 1891 não acolheu a ação popular, sequer aquela de caráter penal prevista na constituição imperial. O Código Civil de 1916, por sua vez, dado o teor do art. 76 proscreveu a ação popular[497], em conformidade com a doutrina defendida por C. BEVILAQUA. O autor do código de 1916 havia sustentado, nas discussões relativas ao projeto de código, que se as ações cíveis populares tinham existido no direito romano e dele tinham passado para as legislações dos países que surgiram do esfacelamento do Império dos Césares, isto poderia ser compreendido em um Estado de direito em que a organização política não era suficientemente desenvolvida, acarretando a necessidade de que os particulares velassem pelos interesses públicos, mas nas organizações políticas modernas, dizia C. BEVILAQUA, atos que davam origem às ações populares passaram, em parte, a ser classificados entre os crimes reprimidos pelo Código Penal e, em parte, entre as matérias especiais das leis de polícia e, por fim, tornaram-se assuntos regulados por posturas municipais e, finalmente, entre as ofensas e direitos individuais[498]. A posição de C. BEVILAQUA foi seguida por muitos autores, tais como M. AURELIANO DE GUSMÃO quando afirma que no estado atual, não só do nosso Direito, como do Direito de quase a totalidade das nações civilizadas, não mais há lugar ao exercício das ações populares; e a razão é que, na organização jurídica hodierna os atos que, no Direito Romano, autorizavam as ações populares, ou passaram a constituir crimes definidos e punidos pelas leis penais, ou a ser objeto de leis de polícia, de leis provinciais, comunais, e por outro lado a função judiciária de velar pela guarda e conservação dos bens públicos e de defender, em juízo, os interesses sociais e coletivos é exercida pelos representantes do ministério público que, para tal fim foi criado e instituído no organismo político da generalidade dos povos

---

[496] M. SEABRA FAGUNDES, *Da ação* (nota[492]), p. 4.

[497] Dispunha o art. 76 do Código civil brasileiro de 1916: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.”

[498] *Projeto de Código Civil Brasileiro*, Trabalhos da Câmara, pp. 221-222 e p 278. Cf. C. BEVILAQUA, A *Constituição e o Código Civil*, in *RT* 35/97, a propósito da recepção da ação popular na Constituição de 1934: “Sem negar o caracter democrático dessa resurreição receio que nos venham dahi incovenientes, que a bôa organização do Ministério Público evita. Para funcções dessa classe, a sociedade possue orgãos adequados, que melhor as desempenham do que qualquer do povo”; ID, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, vol. I, 6 ed., Rio de Janeiro, 1940, p. 320: “Outra controversia, a que pôz termo, foi a referente á persistencia das acções populares, que, no direito romano, tinham por objecto a defesa dos bens públicos. Na organização juridical moderna, os actos, que davam causa ás acções populares, passaram a constituir crimes reprimidos pelo Código Penal, sendo a material, ora de leis de polícia, ora de posturas municipais, e, algumas vezes, offensas a direitos individuaes.”;

cultos[499]. F. DIDIER e H. ZANETI Jr. esclarecem que o art. 76 do Código Civil de 1916 foi geneticamente projetado para a limpeza do sistema, i.e., pensado para afastar do direito civil do Código, marcadamente individualista, centrado no proprietário e na autonomia da vontade do cidadão, qualquer possibilidade de abertura para as tutelas coletivas, ou seja, a intenção era extinguir as ações populares que remanesciam no sistema jurídico pátrio, a partir do direito romano[500].

Com o preceito da lei civil foram afastadas do direito brasileiro as ações tipicamente populares, não obstante vários juristas discordassem do entendimento de C. BEVILAQUA, tais como J. MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR[501] e J.M. DE CARVALHO SANTOS que entendiam que as ações populares, em certos e determinados casos, não haviam sido de todo proscritas do direito brasileiro, pois, o conceito do interesse não briga com a admissibilidade das ações populares, quando o indivíduo, ao promover a ação em defesa do interesse público, assume indiretamente a defesa de seu próprio interesse pessoal; quando muito se poderá dizer que ele não age somente por interesse pessoal, mas nunca se poderá negar que aja sem interesse pessoal, vinculado e subordinado ao interesse coletivo. É verdade, prossegue J.M. DE CARVALHO SANTOS, que no direito brasileiro a defesa dos interesses da coletividade só pode ser exercida pelos seus representantes legais, excetuados os casos em que o interesse pessoal seja prejudicado de tal forma que o direito do indivíduo, como membro da coletividade, reste visivelmente lesado. De sorte que se no conceito das ações populares se incluírem os chamados direitos públicos difusos[502], não temos dúvida, afirma o autor, em sustentar a admissibilidade das ações populares no direito brasileiro[503].

A questão da sobrevivência das ações populares de natureza civil foi tema muito debatido pela doutrina brasileira nos anos posteriores a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Vale ressaltar, ainda, que a promulgação do Código Civil de 1916 acarretou, supostamente, o desaparecimento das ações populares civis, permanecendo no

---

[499] J.A. DA SILVA, *Ação Popular* cit. (nota[28]), p. 34; cf. D. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Ações constitucionais*, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 204.

[500] F. DIDIER – H. ZANETI Jr., *Curso de Direito Processual Civil. Processo coletivo*, vol. 4, Salvador, Jus Podium, 2014, p. 25.

[501] J. MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, vol. II, 3 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1940, p. 108.

[502] Atente-se que já V. Scialoja havia observado que o direito do autor popular é um direito público, pois, cabe a ele por ser *unus ex populo*, não é, porém, um direito público concentrado, mas sim um direito público difuso em todos os membros da comunidade. Ver V. SCIALOJA, *Prefazione*, in *Le azioni* cit. (nota[26]), p. 179.

[503] J.M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, vol. II, 9 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964, pp. 252-253.

ordenamento brasileiro o *habeas corpus* que, desde a legislação do Império, sempre foi disciplinado como ação penal de qualquer um do povo para a defesa do *ius libertatis* de quem estivesse sofrendo coação ilegal em sua liberdade[504]. Note-se, ademais, que a declamada proscrição da ação popular na legislação brasileira do período, na realidade, é relativa, pois, encontramos exemplos de legitimação difusa na legislação baiana que propiciou aos participantes das comunidades locais, mediante autorização do respectivo Conselho, pleitearem na defesa do patrimônio público, à vista da incúria dos administradores comunais, a restituição "de quaisquer bens ou direitos que ao Município tivessem sido usurpados ou estivessem indevidamente possuídos por terceiros"[505]. As disposições da legislação baiana, dentro do ordenamento brasileiro, constituíram um elemento precursor quanto ao exercício, por qualquer cidadão, de um direito de ação em defesa do patrimônio público; a terra baiana, diz A. FLORENCIO GUIMARÃES, foi, na história evolutiva do instituto, aquela que pela primeira vez abraçou esse instituto democrático, numa antevisão do pensamento do legislador constituinte de 1934, que iria consagrar a ação popular na categoria dos direitos e garantias individuais[506].

Apesar do entendimento doutrinário adverso à ação popular ser majoritário, a ação popular resistiu e se impôs na legislação brasileira. A Constituição de 1934, de vida atribulada e efêmera, conferiu, em seu art. 113, § 38, a qualquer cidadão o direito de pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, porém, como ressalta N. CARNEIRO, nenhum dos constituintes supunha que o novo dispositivo resultasse letra morta na legislação brasileira. Com efeito, a regulamentação do § 38 teria um processo longo e atribulado; o projeto de lei datado de 14 de maio de 1936, de autoria do deputado Teotônio Monteiro de Barros, não logrou ter êxito, já que o Congresso, naqueles anos, pouco se ocupava de direitos e garantias constitucionais, suspensos pelo famoso 'estado de guerra', instrumento e antecipação do famigerado "Estado Novo" [507]. De fato, pelo Decreto Legislativo n. 6, de 18 de dezembro de 1935, o Congresso promulgara a emenda constitucional n. 1, nos termos do art. 178 § 3, para autorizar:

---

[504] J. F. MARQUES, *As ações populares no direito brasileiro*, in *RDA* 52 (1958), p. 46.

[505] Lei de Organização dos Municípios da Bahia, lei n. 1.384, de 24 de maio de 1920; cf. também lei estadual n. 1.102 de 11 de agosto de 1915.

[506] A. FLORENCIO GUIMARÃES, *Aspectos da ação popular de natureza civil*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, em concurso para livre docência da cadeira de Direito Judiciário Civil, Curitiba, 1957, pp. 34-35.
Disponível [on-line] in http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24843/D?sequence=1 [16-09-2014]

[507] N. CARNEIRO, *Das ações* cit. (nota[474]), pp. 469-470.

> "o Presidente da República a declarar a commoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociaes, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parte do território nacional, observando-se o disposto no art. 175, n. 1, §§ 7, 12 e 13, e devendo o decreto de declaração de equiparação indicar as garantias constitucionaes que não ficarão suspensas".

O § 38 do art. 113 da Carta constitucional de 1934, permanecerá sem regulamentação, visto que, como releva N. CARNEIRO, os órgãos legislativos, sem olhos para prever as consequências de seus atos, cada vez mais se distanciavam da legalidade constitucional, outorgando, ao Executivo insaciável, novos e quase absolutos poderes[508]. Após apenas três anos da promulgação da Constituição de 1934, já em plena era Vargas, a ação popular foi suprimida pela Constituição de 1937[509], outorgada pelo ditador em 10 de novembro de 1937, todos os esforços para se regulamentar o § 38 se tornaram dispensáveis. Esse desfecho não causa nenhum espanto posto que as *actiones populares*, no longo hiato político autoritário da era Vargas, constituíam um corpo estranho, algo de incompatível com o desprezo pelos direitos individuais, que é inerente aos governos reacionários[510].

A recepção da ação popular na Constituição de 1934 já preanunciava os moldes da ação popular brasileira, uma vez que já se delineava a intenção do nosso legislador constituinte em utilizar esse meio processual para uma maior efetivação do controle popular da atividade administrativa, no que concerne, não somente à legalidade dos atos administrativos, mas, principalmente, à moralidade administrativa. A segunda Constituição republicana estabeleceu os contornos processuais da futura ação popular no Brasil[511].

A ação popular é, segundo J.F. MARQUES, uma projeção do direito ao processo e se é direito da coletividade ter um governo decente sem mazelas, e se cada cidadão pode fazer valer em juízo esse direito, porque é também de seu interesse que a coisa pública não seja malbaratada pela cupidez ou improbidade administrativa, cabe a qualquer do povo a

---

[508] N. CARNEIRO, *Das ações* cit. (nota[474]), pp. 471-472.

[509] Como assevera J.A. da Silva na Carta de 1937 não havia lugar para um instituto que reentrou na ordem jurídica nacional como manifestação do espírito democrático e como garantia do cidadão. O autoritarismo do regime de 1937 não tolerava tal garantia, destinada exatamente a impedir desmandos dos gestores das coisas públicas, mediante a participação fiscalizadora do cidadão no poder administrativo". Ver J.A. DA SILVA, *Ação popular* cit. (nota[28]), p. 38.

[510] J. F. MARQUES, *As ações* cit. (nota[504]), p. 1.

[511] E.M. AGATI MADEIRA-H.M. FRANÇA MADEIRA, *Precedente histórico do princípio da defesa do meio ambiente no sistema jurídico romanístico luso-brasileiro*, in F. REINOSO BARBERO (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Aranzadi, 2014, p. 941.

faculdade de invocar o Judiciário para que restaure o império da lei e da dignidade das funções públicas sempre que algum *improbus* administrador venha a lesar o erário ou patrimônio público, com atos indevidos[512].

Com a restauração democrática de 1945 a ação popular volta a ser contemplada no art. 141, § 38, da Constituição de 1946, que concede a qualquer cidadão o direito de pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista; o art. 141 da Constituição de 1946 amplia o alcance da ação popular, posto que, aqui, contempla-se seja o patrimônio da administração direta quanto aquele da administração indireta. P. BARBOSA DE CAMPOS FILHO, a propósito dessa ação constitucional, anota que a mais importante consequência de quanto se dispõe no § 38 do art. 141, não é a de ter facultado a qualquer cidadão o exercício da ação popular, mas é, isto sim, a de ter profundamente inovado em matéria de contraste judicial dos atos administrativos[513]. Ademais, N. CARNEIRO, já tinha observado que no que concernia ao controle e à correção dos atos administrativos, afora o recurso ao Judiciário, de que apenas se podiam valer os que, de acordo com o art. 76 do Código Civil, tivessem em sua reforma legítimo interesse econômico ou moral, a administração era senhora do baraço e cutelo dos interesses confiados à sua guarda; os Tribunais jamais tinham exercido "o controle da razoabilidade e conveniência dos atos, quer na Legislatura, quer na Administração"[514]. A ação popular, registra, ainda, M. SEABRA FAGUNDES, tal como a delineada pela Constituição de 1946, impunha a interferência do Judiciário em setor relevante que até a promulgação da Constituição ficava fora de seu controle. De fato, ao indagar se o ato administrativo é lesivo ou não ao patrimônio de uma das pessoas que nele participam (pessoa de direito público ou sociedade de economia mista), o juiz terá que se ater antes a um critério moral do que ao de legalidade[515].

Após a promulgação da Constituição de 1946, ainda, foram instituídas duas ações de natureza popular no quadro da legislação infraconstitucional: uma pelo art. 35, § 1, da Lei 818, de 18 de setembro de 1949, relacionada à aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade e perda de direitos políticos (ação popular esta que será mantida no Estatuto

---

[512] J. F. MARQUES, *As ações* cit. (nota[504]), pp. 43-44.
[513] P. BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *A ação popular constitucional*, in *RDA* 38 (1954), p. 19.
[514] N. CARNEIRO, *Das ações* cit. (nota[474]), p. 479.
[515] M. SEABRA FAGUNDES, *Da ação* cit. (nota[492]), p. 19.

do Estrangeiro, Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, no seu art. 120); outra, pelo art. 15, §1, da Lei 3.052, de 21 de dezembro de 1958, relativa à impugnação do enriquecimento ilícito, revogada pela Lei 8.429 de 2 de junho de 1992[516].

F.C. PONTES DE MIRANDA, comentando a Constituição de 1946, leciona que o direito à ação popular é um direito público subjetivo dos brasileiros natos ou naturalizados, sendo também um direito político, portanto, dele não podem gozar os brasileiros que se achem nas condições do art. 135, §§ 1 e 2 da Constituição, relativo à suspensão ou perda dos direitos políticos. O § 38 cria a ação popular, atribuível e exercível por brasileiro 'cidadão', em se tratando de ato nulo ou anulável de que haja decorrido ou possa decorrer dano à União, aos Estados ou aos Municípios. Salienta, ainda, F.C. PONTES DE MIRANDA que o *habeas-corpus* é ação popular, correspondente a direito público subjetivo, porém, não político[517]. Discorda dessa assertiva J. AFONSO DA SILVA, pois, no seu entender, a ação popular não é mera questão de deferimento do *ius actionis* a qualquer um do povo, ou, no caso brasileiro, a qualquer cidadão, essa é apenas uma de suas características conceituais, posto que, historicamente, "o que lhe dá a conotação essencial é a natureza impessoal do interesse a defender por meio dela; interesse da coletividade."[518]

O acolhimento da ação popular, após o período da era Vargas, na Constituição de 1946, repropôs o problema da regulamentação da ação, lacuna essa que vinha se arrastando desde a Constituição de 1934, causando inúmeros problemas aos tribunais na medida em que ações populares eram propostas com base nart. 141, § 38, da Constituição, então, vigente; anota J.F. MARQUES ter sido ele o primeiro, após a promulgação da Constituição, a ter de enfrentar o problema preliminar se o dispositivo constitucional era ou não de aplicação imediata, independentemente de qualquer regulamentação jurídica em lei ordinária. A doutrina a esse propósito não era unânime, A. DE MORAIS opinava que o direito de propor ação popular dependia de regulamentação, não podendo, por isso, ser esse direito exercido[519]; diferentemente, J.F. MARQUES aderia à opnião de que o preceito constitucional era autoexecutável, embora admitisse que o dispositivo constitucional, sem a devida regulamentação, não ensejava uma aplicação eficiente das ações populares, visto

[516] R. DE BARROS LEONEL, *Manual do Processo Coletivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.
[517] F.C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. III, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947, pp. 380-381.
[518] J.A. DA SILVA, *Ação popular* cit. (nota[28]), p. 91
[519] A. DE MORAIS, *Ato administrativo - poder discricionário da administração - contrôle jurisdicional - ação popular*, in *RDA* 16 (1949), p. 327-329.

que sem uma regulamentação eficaz que traçasse os limites da ação popular o Judiciário deveria proceder com muita cautela e sobriedade, em vista dos múltiplos riscos que o preceito constitucional poderia acarretar à medida que a atividade administrativa viesse a ser travada[520]. N. CARNEIRO, por sua vez, afirmava que os dispositivos constitucionais eram autoexecutáveis, reputando ser injustificável dificultar o exercício de direitos, pois, considerava falsa a ideia de que uma Constituição é "um simples rosário de afirmações teóricas, a exigirem, para seu império, uma a uma, leis ordinárias que, interpretando-as, lhes dessem a almejada vigência"; o art. 141, § 38, escrevia o autor, tinha existência própria e encontrava nas leis em vigor os elementos necessários à sua completa realização, com a analogia e os princípios gerais do direito, não seria difícil ao juiz apreciar com segurança as questões que podiam surgir em uma lide dessa natureza "cabendo-lhe, *propter utilitatem publicam*, desdobrar o preceito constitucional, *adjuvandi, vel supplendi iuris gratia*"[521]. Na mesma linha, pronunciou-se T. BRANDÃO CAVALCANTI ao comentar o § 38 do art. 141 da Constituição de 1946: "O § 38 institue a ação popular. O preceito é de aplicação imediata, auto executório. Não depende para o seu cumprimento de regulamentação legal, o que evidentemente, não exclue qualquer iniciativa legislativa neste sentido"[522].

Desde 1934, procurava-se regulamentar a ação constitucional, várias tentativas tinham sido feitas para que se disciplinasse o processo da ação popular (prevista seja na CF de 1934, seja na CF de 1946). Em 1965, a Lei 4.717 regulamentou a ação popular e teve o mérito, como observa D. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, "de ser a primeira lei que indiscutivelmente trata da tutela coletiva no ordenamento brasileiro, sendo significativas as inovações propostas por tal lei, tais como a diferenciada forma de legitimação ativa, a possibilidade de réu virar autor, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, a obrigatoriedade de execução da sentença de procedência, dentre outras significativas novidades procedimentais à época..."[523].

---

[520] J. F. MARQUES, *As ações* cit. (nota[504]), p. 47.
[521] N. CARNEIRO, *Das ações* cit. (nota[474]), pp. 472-473.
[522] T. BRANDÃO CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, vol. III, Rio de Janeiro, Konfino, 1952, p. 269.
[523] D. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Ações* cit. (nota[499]), p. 204.

A ação popular, nos moldes da sua lei regulamentadora[524], é a via judiciária constitucional posta à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos, ou a eles equiparados, ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual ou municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos. O § 1 do art. 1 da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, define o conceito de patrimônio para os fins da lei: "§ 1. Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico". A lei não se limitava a regular o processo do remédio popular constitucional, já que foi além ampliando o texto constitucional de 1946, visto que, dando uma correta interpretação ao dispositivo constitucional instituidor da ação popular, estabelecia o controle judicial da legalidade e lesividade dos atos de todas as entidades estatais, autárquicas e paraestatais, bem como das pessoas jurídicas privadas, simplesmente subvencionadas pelo erário, desde que viessem a lesar o patrimônio público material, ou imaterial, como são os valores estéticos, artísticos ou históricos[525]. O art. 1, *caput*, manteve a listagem das entidades públicas previstas no dispositivo constitucional, mas acrescentava outras entidades sujeitas ao controle por via da ação popular, por conseguinte, surgiu o problema quanto ao fato se uma lei ordinária poderia validamente fazer esse acréscimo, na opinião de J.AFONSO DA SILVA é perfeitamente legítimo que uma lei ordinária traga tais inovações, sempre que não conflitem com qualquer princípio constitucional; onde houver patrimônio público, existe o interesse da coletividade em que ele seja administrado com probidade, fundamento do remédio popular[526].

Quanto à legitimação ativa, a ação popular, segundo H. LOPES MEIRELLES, é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, no gozo de seus direitos cívicos e políticos. Por ela não se amparam direitos próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário da ação não é o autor popular,

---

[524] Lei 4.717, de 29 de junho de 1965: art. 1. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedade de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

[525] H. LOPES MEIRELLES, *Notas e comentários. Ação Popular*, in *RT* 433/360.

[526] J.A. DA SILVA, *Ação Popular* cit. (nota[28]), p. 67. Cf. P. BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *A ação popular* cit. (nota[513]), p. 4.

mas sim o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto[527]. Significativo observar que o posicionamento de H. LOPES MEIRELLES, decerto, quanto à natureza da ação popular brasileira, pode ser denominado de 'mommseniano'.

Da mesma forma, M. SEABRA FAGUNDES, nós diríamos, filia-se à visão mommseniana da ação popular, pois, ensina que na ação popular, o autor assume um papel comparável ao do substituto processual, já que age no uso de um direito processual próprio para a salvaguarda do direito objetivo em favor da causa pública; além disso, a ação popular, não se confunde, prossegue o autor, com aquela que qualquer indivíduo pode promover como sujeito ativo do direito de uso comum dos bens públicos. Aqui, o indivíduo age como titular de um direito subjetivo. É o seu imediato e exclusivo interesse, obstado ou turbado por outro indivíduo pelo abuso no exercício do uso comum, ou pela própria Administração por inércia ou errada execução da lei, que serve de base à lide. O autor não defende um direito de todos (*embora reflexamente a demanda intentada possa beneficiar a muitos*, o grifo é nosso) senão seu pessoal direito, não se trata da denominada 'ação popular', mas de ação assente em lesão de direito subjetivo, pois, quando o indivíduo vai a juízo defender o uso do bem público, não defende um interesse de todo o povo, senão o uso pessoal do bem, isto é, o uso por ele autor; esclarece, ainda, M. SEABRA FAGUNDES, que se ao Estado, como ente público (União, Estado ou Município), atribui o Código Civil (1916) a propriedade e a posse exclusiva dos bens dominicais e dos de uso especial (art. 66, II e III), em se tratando dos bens de uso comum do povo lhe atribui o domínio, mas não a posse exlusiva, pois cada pessoa do povo tem sobre eles o direito autônomo de uso, apenas condicionado a prescrições regulamentares (taxas, horários, autorizações, etc.). Na ação popular, o sujeito material ativo da relação jurídica é a coletividade e não qualquer dos seus membros. A estes o papel que cabe, individualmente, é o de promoventes da atuação do direito de todos. A sua posição, assemelha-se à do substituto processual, titular dum direito de ir a juízo em nome de outrem[528]. Há nessa interpretação uma total desvinculação do interesse do autor popular daquele da coletividade, do todo de suas partes, uma nítida separação do *civis* da *civitas*, o que é direito desta não é direito daquele,

---

[527] H. LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 7 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 691.

[528] M. SEABRA FAGUNDES, *Da ação* cit. (nota[492]), pp. 10-12 e p. 15; cf. J. F. MARQUES, *As ações* cit. (nota[504]), p. 48: "Na ação popular, aquêle que vai a Juízo pleitear a anulação ou declaração de nulidade de um ato lesivo ao patrimônio público, atua em nome próprio, mas para obter o reconhecimento, através da aplicação da lei, de um direito da coletividade. O autor, em uma ação popular, funciona como substituto processual, por isso que não defende direito seu em Juízo, e sim da coletividade."

o que nos remete à problemática das pessoas jurídicas e ao problema do conceito de Estado moderno, questões essas abordadas no ponto 3.2.2 desse trabalho.

Deve-se observar que a ação indicada por M. SEABRA FAGUNDES como aquela que não pode ser confundida com a ação popular é, sem dúvida, a que K.G. BRUNS considerava a única verdadeira *actio popularis*, i.e., as ações em que o interesse do autor se confunde com o interesse da coletividade. Ora, acreditamos que a dificuldade para o direito moderno de recepcionar tais ações como 'populares' reside no fato de que a construção do sistema jurídico contemporâneo está totalmente estruturada segundo as categorias conceituais construídas pela doutrina alemã no século XIX, em particular, no que concerne ao conceito de 'sujeito de direito' e o correspondente conceito de 'direito subjetivo'. Destarte, torna-se difícil se conceber uma ação em que possam coexistir um interesse particular e um interesse coletivo, a *actio popularis* romana, dessa forma, ao ser recepcionada é comprimida nos cânones da doutrina pandectística.

Contudo, essa leitura da ação popular brasileira não foi uniforme, haja vista que J.M. DE CARVALHO SANTOS considerava como 'populares' as ações em defesa das coisas de uso comum do povo, não considerando relevante para a caracterização da ação popular a presença ou não de um interesse pessoal do autor, posto que o interesse de agir não exclue a admissibilidade das ações populares, ademais, sublinha o jurista "quando o direito tem por titular o cidadão considerado individualmente, embora tal direito pertença a todos os cidadãos igualmente, não é possível negar que aquele cidadão tenha a faculdade de usar da ação competente para lhe garantir o direito"[529]. O próprio M. SEABRA FAGUNDES observa que "filia-se o reputado civilista ao conceito romanístico da *Actio Popularis*, pois no direito romano, vimo-lo, quando alguém defendia, para si, fundando-se em seu próprio direito e interêsse, o uso da coisa pública prejudicado por terceiro, a ação se considerava popular"[530].

Na realidade, vimos que não encontramos nas fontes romanas uma noção clara relativa à natureza jurídica da *actio popularis*, o que deu origem a duas linhas de interpretação, a de Th. MOMMSEN e aquela de K.G. BRUNS, i.e., uma natureza procuratória ou uma comistão do interesse coletivo e do interesse particular. Dessarte, podemos notar que os juristas brasileiros divergem quanto à natureza jurídica da ação popular, com as

[529] J.M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil* cit. (nota[503]), p. 253.
[530] M. SEABRA FAGUNDES, *Da ação* cit. (nota[492]), p. 12.

mesmas posições dicotômicas encontradas na análise da *actio popularis* romana, assim sendo, do ponto de vista da tradição romanística, ambos os juristas brasileiros poderiam estar corretos.

Fonte fundamental da ação popular brasileira era, até 15 de março de1967, o § 38 do art. 141 da Constituição de 1946, o qual foi substituído, na Constituição de 1967, pelo § 31 do artigo 150, repetido no § 31do art. 153 da Constituição de 1969. A finalidade das ações populares, previstas nas constituições anteriores à constituição vigente, era a de anular os atos administrativos que lesassem o patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios. A Lei 6.513 de 1977 ampliou o seu alcance, pois, dispôs que a ação popular também se destinava à proteção do patrimônio turístico, antecipando, em parte a tutela que seria concedida, a nível constitucional, pela Constituição de 1988[531].

Em 5 de outubro de 1988, Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, promulgou a Carta Magna de 1988, denominando-a a Constituição cidadã, pois ela "introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços..."[532], no Título II - *Dos direitos e garantias fundamentais*, Capítulo I - *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*, o diploma constitucional contempla, como instrumento de participação popular, a *actio popularis* em seu art. 5, LXXIII:

> "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;"

A ação popular, no nosso ordenamento, foi instituída pelo poder constituinte originário, assim sendo, o instituto poderá ser suprimido somente pelo próprio poder constituinte, não podendo ser restringido ou modificado, por via ordinária, qualquer de seus requisitos constitucionais. O problema é sabermos se apenas o poder constituinte originário pode alterar o inc. LXXII do art. 5 da Constituição, ou se isso pode ocorrer também pelo poder constituinte derivado, à luz do disposto no art. 60, § 4, IV, da

---

[531] E.M. AGATI MADEIRA-H.M. FRANÇA MADEIRA, *Precedente histórico* cit. (nota[511]), pp. 941-942.

[532] U. GUIMARÃES, *Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988*, Câmara dos deputados, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação, Escrevendo a História, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, pp. 14380-14382. Disponível [on-line] in http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf [27-07-2016]

Constituição de 1988. J. AFONSO DA SILVA opina que no regime da Constituição de 1967, conquanto a ação popular tivesse sido erigida à categoria de garantia constitucional, essa não protegia nenhum dos direitos contidos no artigo 150, assim sendo era possível a sua modificação por via de reforma constitucional, contrariamente, no regime da Constituição de 1988 que expressamente exclui do poder de emenda constitucional os *direitos e garantias individuais* (art. 60, 4, IV), deve-se verificar o alcance da *expressão direitos e garantias individuais* do inc. IV do § 4 do art. 60. Admite o autor que a expressão tem alcance real e formal, pelo real abrange os direitos e garantias individuais qualquer que seja a sua topografia na Constituição, pelo formal inclui todos os direitos e garantias que a Constituição arrola como individuais no seu art. 5; por essa via, pode-se concluir que o poder reformador não pode eliminar a regra que a prevê (art. 5, LXXIII), ainda que substancialmente ela não seja tipicamente uma garantia individual, concebida como uma das espécies de garantia dos direitos coletivos, mas, ela não deixa de ter uma conotação de garantia individual, na medida em que a atribui ao cidadão[533]. Ora, parece-nos que, mais uma vez, encontramos uma dificuldade de harmonizar a ação popular dentro de um sistema construído em torno, unicamente do indivíduo, do sujeito de direito; se é individual não é coletivo, eis o pressuposto, o todo e as suas partes não se integram, mas, são sempre considerados como contrapostos.

Quanto à sua classificação, a ação popular brasileira deve ser enquadrada como uma demanda de natureza civil e visa, precipuamente, à composição de lide fundada no direito administrativo; não prevendo o ordenamento brasileiro um contencioso administrativo a demanda contra a Administração gera um processo civil; dentre as ações populares civis, a ação constitucional brasileira deve ser colocada como uma ação popular corretiva, pois, ela tem como objetivo provocar o controle jurisdicional de atos do poder ou em que este é interessado, gerados com desrespeito às normas jurídicas e lesivos ao patrimônio público ou de interesse público. A nossas ação popular é, portanto, civil e corretiva, e deve-se conceder-lhe, também, o carater preventivo, ao menos nos casos em que a lesão possa ser irreparável, se consumada[534].

Além do dispositivo constitucional devem ser consideradas fontes formais da ação popular brasileira a Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, pois, o diploma legal que

[533] J.A. DA SILVA, *Ação popular* cit. (nota[28]), p. 70; cf. ID., *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 2014, pp. 465-468.
[534] J.A. DA SILVA, *Ação popular* cit. (nota[28]), p. 99.

regulamentou a ação popular prevista na Constituição de 1946, ainda, vigora, exceto naquilo que for conflitante com o texto constitucional de 1988. A lei regulamentadora da ação, por sua vez, determina no art. 7 que a ação obedecerá ao procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, mas, quanto à natureza da ação popular, o art. 22 fixa a especificidade deste instrumento processual, já que estabelece a aplicação das regras do Código de Processo Civil, naquilo que não contrarie os dispositivos da lei regulamentadora, nem a natureza específica da ação. A este propósito baste lembrar que a propositura da ação independe da existência de um direito subjetivo material do autor a ser tutelado pelos órgãos jurisdicionais, contrariando de certa forma o disposto no art. 17 do NCPC que dispõe que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade, certamente o autor popular possui legitimidade, mas, muitas vezes, não um interesse direto.

Quanto à legitimação ativa na ação popular, deve-se preliminarmente, salientar que a ação processual é um remédio que a ordem jurídica outorga às pessoas para provocarem a apreciação do Poder Judiciário a qualquer lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5, XXXV), sendo assim, esse direito é um direito instrumental. A jurisidição somente deverá ser invocada por quem afirme a necessidade de ver tutelado um direito subjetivo, ou ainda um interesse pessoal legítimo. Daí a estreita ligação do direito de ação com o sistema de proteção dos direitos subjetivos[535]. R. DE BARROS LEONEL, analisando o processo coletivo, explica que na hipótese da busca de proteção judicial para determinada situação fática, afirma-se a existência de um "direito subjetivo" que justifica a dedução da pretensão em juízo. Esssa formulação decorre de uma concepção clássica do processo sob o ponto de vista individualista, como sendo instrumento voltado à proteção dos interesses de um indivíduo, e secundariamente, da concepção imanentista do direito de ação pela qual a todo direito corresponde uma ação que o assegura. O direito subjetivo nada mais é que a posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma a seu favor[536]. F. DIDIER e H. ZANETI Jr. ensinam que o processo civil brasileiro tem a ação individual como centro e base de todo o sistema; somente ao titular do direito é permitido pleitear seu cumprimento por via da ação (art. 18 do NCPC). Tal situação denuncia o viés privatista do sistema processual. Esse quadro,

[535] J.A. DA SILVA, *Ação popular* cit. (nota[28]), p. 74.
[536] R. DE BARROS LEONEL, *Manual* cit. (nota[516]), p. 75.

porém, já apresenta, hodiernamente, notáveis exceções, em função do movimento provocado pelas ações coletivas e pelos novos direitos previstos no texto constitucional[537].

No caso da ação popular, ensina A. DE MORAES, será o cidadão, nato ou naturalizado, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos a possuir legitimação constitucional para a propositura da ação. A legitimação do cidadão é ampla, tendo o direito de ajuizar a ação popular, mesmo que o litígio se verifique em Município ou comarca onde ele não possua domicílio eleitoral, sendo irrelevante que o cidadão pertença, ou não, à comunidade a que diga respeito o litígio. No que tange ao interesse tutelado, anota o constitucionalista, que a jurisprudência e a doutrina majoritária entendem que o cidadão, autor da ação popular, age como substituto processual[538]. Ensina G. CHIOVENDA que no processo as posições fundamentais e secundárias normalmente são assumidas pela própria pessoa que se afirma titular da relação deduzida em juízo, mas, há casos excepcionais em que tais posições são assumidas por pessoa que não é o sujeito da relação substancial em um litígio; como no direito substancial existem casos em que se admite que alguém exerça em nome próprio direitos alheios, assim também outro pode ingressar em juízo no próprio nome (isto é, como parte) por um direito alheio, a este se atribue a denominação de substituto processual[539].

Na opinião de alguns constitucionalistas, como A. DE MORAES e J. AFONSO DA SILVA, o autor popular não é um susbstituto processual, já que, em face da Constituição, a ação popular, enquanto instrumento de exercício da soberania popular (CF arts. 1 e 14), pertence ao cidadão, o qual teve sua legitimação ordinária ampliada, e, em nome próprio e na defesa de seu próprio direito, i.e., a sua participação na vida política do Estado e a fiscalização da gerência do patrimônio público, poderá ingressar em juízo[540]. Apresenta-se, assim, a ação popular como um instrumento pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, constituindo manifestação direta do poder popular consubstanciado no parágrafo único do art. 1 da Constituição: *todo poder emana do povo*[541].

---

[537] F. DIDIER – H. ZANETI Jr., *Curso de Direito* cit. (nota[500]), p. 29.
[538] A. DE MORAES, *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 198.
[539] G. CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. port. J. Guimarães Mengale, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 252.
[540] A. DE MORAES, *Direito* cit. (nota[538]), p. 198.
[541] J.A. DA SILVA, *Ação popular* cit. (nota[28]), p. 77.

Ademais, G. CHIOVENDA leciona que nas ações populares supletivas, em que o autor popular propõe a ação em lugar de seu titular, como podia ocorrer na ação popular romana *de effusis et deiectis* ou na *actio sepulchri violati*, onde qualquer cidadão podia exercer a ação em caso de inércia do titular do direito, encontramos o sujeito de uma relação processual que está em juízo pelo direito do outro; ao inverso da supletiva, prossegue G. CHIOVENDA, a ação popular corretiva é um direito de que o autor é sujeito e do qual não tem apenas o exercício. A ação popular brasileira, como vimos, é de caráter corretivo, portanto, neste caso não se pode falar de substituto processual, o autor age como titular do direito deduzido em juízo[542].

Afinal o interesse tutelável pelo direito de ação popular é um interesse do autor ou da comunidade? A doutrina majoritária encontra na consideração da natureza do bem tutelado pela ação popular a sua nota distintiva fundamental que a diferencia da ação judicial em geral. O art. 17 do NCPC determina que para propor e contestar a ação, é necessário ter interesse e legitimidade, mas a ação popular constitui uma derrogação a este princípio[543], pois, o autor popular não invoca a atividade jurisidicional em defesa de um direito subjetivo, portanto, a doutrina vem firmando o entendimento segundo o qual quem promove a ação popular não invoca proteção a um direito substancial seu, defende o direito que tem a coletividade a um governo probo e a uma administração honesta, tudo resolvido? Não, alguns autores, como R. BIELSA, seguido por J. AFONSO DA SILVA, não compartilham dessa posição, julgando mais acertada a doutrina que considera a ação popular um meio jurisdicional idôneo para defender, *unido ao interesse pessoal, o interesse da coletividade* referida a uma entidade pública: Nação, Estado ou Município. A concorrência de ambos os interesses, sustenta R. BEILSA, não é acidental, senão necessariamente jurídica, ou seja, trata-se de uma "solidariedade de interesses", os quais podem ser de ordem econômica, de ordem moral e cívica, mas, acima de tudo, trata-se de interesses de ordem jurídico-política[544].

---

[542] G. CHIOVENDA, *Instituições* cit. (nota[539]), p. 256.

[543] Discorda dessa tese J. Afonso da Silva, visto que a democracia constitucional é um sistema político sob o qual o povo participa, direta ou indiretamente, do processo do poder, por outro lado, acrescenta o autor, é incontrastável que a função de fiscalização e controle da gestão da coisa pública se insere na esfera do poder político, que, nas democracias, é atributo do povo; só isso já é bastante4 para demonstrar que é exercida pelo próprio titular do poder que a fundamenta. Ver J.A. DA SILVA, *Ação popular* cit. (nota[28]), p. 84.

[544] R. BIELSA, *A ação popular e o poder discricionário da Administração*, in *RDA* 38 (1954), p. 40.

Em suma, parece-nos que todos os questionamentos da doutrina no que concerne à natureza jurídica, primeiramente da *actio popularis romana*, posteriormente, das ações populares modernas, permanecem sem uma resposta definitiva. A *actio popularis*, ao ser recepcionada pelo direito moderno, trouxe consigo todas as suas peculiaridades, assim como todas as suas problemáticas internas.

Encontramos posições doutrinárias hodiernas em que podemos entrever, como pano de fundo, a visão de Th. MOMMSEN ou a interpretação de K.G. BRUNS. J. AFONSO DA SILVA quando sintetiza a natureza jurídica específica da ação popular brasileira, decerto, segue a posição de K.G. BRUNS, na medida em que admite uma comistão do interesse pessoal do autor com aquele da coletividade:

> "Constitui ela [ação popular] um direito público subjetivo, abstrato e e autônomo, como qualquer ação judicial. Mas inclui-se entre os direitos políticos do cidadão brasileiro. Difere ainda das açõesjudiciais comuns, porque seu titular não defende interesse exclusivamente seu, mas interesse da coletividade em ter uma administração fundada nos princíuios da legalidade e da probidade."[545]

Poder-se-ia dizer muito mais da ação popular brasileira, mas escaparíamos dos propósitos desse trabalho, contudo, não podemos deixar de observar que a ação popular brasileira recepcionou a *actio popularis* romana naquilo que essa possuía de mais substancial, i.e., a sua função altamente democrática de instrumento posto a disposição do cidadão para a efetivação da sua participação na gestão da *res publica*. A ação popular brasileira faz parte do arcabouço da participação popular, almejada pela Constituição de 1988, posto que o aperfeiçoamento da democracia enquanto valor constitucional implementado na realidade concreta depende, essencialmente, da criação de mecanismos que permitam aprimorar a participação popular no processo político, em particular no que concerne ao Poder instituído, com especial destaque, para mecanismos que permitam a fiscalização e o controle de eventuais abusos e desvios de poder, dos quais a ação popular exerce papel de inegável relevo[546].

---

[545] J.A. DA SILVA, *Ação popular* cit. (nota[28]), p. 100.

[546] B.C. LORENCINI, *A ação popular como instrumento democrático*, in A.F. MESSA-J.C. FRANCISCO (coord.), *Ação Popular*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. p. 31-32.

U. LAMMÊGO BULOS explica que a ação popular é um instrumento de participação política "verdadeiro reflexo da diretriz que consagra a soberania popular (art. 1, parágrafo único)"; além da ação popular, o povo também poderá exercer a função fiscalizatória do Poder Público, pleiteando a legalidade dos atos administrativos e a defesa da coisa pública (*res publica*), mediante outros instrumentos de participação popular, previstos no texto constitucional: a) sufrágio; b) voto em eleições, plebiscitos e referendos; c) iniciativa popular de lei; e d) direito de organização e participação em partidos políticos"[547].

[547] U. LAMMÊGO BULOS, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 782.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A *actio popularis* é um dos institutos mais antigos no direito romano, pois, embora a regra geral, desde os tempos mais remotos fosse de que ninguém poderia litigar *nomine alieno*, algumas exceções foram previstas já na época das *legis actiones*, como o *agere pro populo*, o *agere pro libertate* e o *agere pro tutela*[548]. Vislumbra-se, *v.g.*, um *agere pro populo* na *legis actio per sacramentum in rem* quando um *quivis de populo* age para reivindicar, em nome e no interesse da comunidade, a propriedade de um bem público possuído por outro cidadão[549]. Teve a *actio popularis* o seu mais significativo momento na época republicana em que os seus aspectos 'democráticos' se consolidaram, para, depois, em época imperial perder o seu brilho, na medida em que a participação dos *cives*, na gestão da coisa pública, vai desaparecendo com a implantação do novo modelo constitucional imperial que tem como protagonista o Imperador e não o *Populus*.

O estudo das *actiones populares* romanas por parte dos especialistas foi, poderíamos dizer, 'inconstante', autores como A. DI PORTO e F. CASAVOLA salientam os altos e baixos no interesse dos romanistas por esse tema, embora ele constitua um ponto central na compreensão do direito romano. A. DI PORTO afirma que o estudo da ação popular romana, assim como dos *interdicta*, está em uma 'zona d`ombra' na historiografia romanística, o que lhe parece surpreendente visto que o tema resulta amplamente tratado nas fontes e o seu estudo aborda questões de fundo do direito romano[550].

A justificativa que o autor nos fornece, quanto a esse desinteresse pelo estudo da *actio popularis*, seria a falta de concientização dos estudiosos quanto às conexões importantes que o tema propicia, tais como a relação entre a ação popular e o papel do cidadão; entre a ação popular e o *populus*; entre ação popular e a dicotomia público-

---

[548] Ver Gai 4.82: […] *cum olim, quo tempore legis actiones in uso fuisset, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis*- […] enquanto antigamente, no tempo das acções da lei, não era permitido agir em nome de outrem, exceptuados certos casos; I. 4.10pr: […] *cum olim in usu fuisset alterius nomine agree non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela*. - […] ao passo que antigamente não estava em uso poder-se litigar em nome de outrem, salvo em favor do povo, do pupilo, da liberdade. Ver trad. port. A. Correia, in A. CORREIA-G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, v. II, São Paulo, Saraiva, 1951, p. 256-257.

[549] A. AGUDO RUIZ, *La gratuidad de la actuación judicial de los representantes en el sistema de las legis actiones*, in REDUR 9 (2011), pp. 205-206. Disponível in [on-line] http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero9/agudo.pdf [20-07-2016]

[550] A. DI PORTO, *'Res in usu publico' e 'Beni Comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 4-7.

privado; entre ação popular e o regime das *res publicae*, em particular no que concerne às *res communes omnium*[551].

Se considerarmos a particular concepção romana do *Populus*, assim como foi explanada nesse trabalho, veremos que a contraposição entre 'público' e 'privado' é totalmente diferente daquela que estamos habituados a utilizar hodiernamente, público não é para os Romanos, pelo menos na época republicana, momento de maior fortuna das *actiones populares*, aquilo que pertence ao 'Estado'. Nessa época os conceitos de 'comum' e 'público' se sobrepõem, pois que a ideia de 'comum' aparece entrelaçada com a própria ideia de organização das instituições públicas e com aquela relativa às relações de poder. Salienta A. DI PORTO que o termo *Res publica* não pode ser traduzido nas nossas línguas e muito menos ser traduzido com a palavra 'Estado', sem que se produza uma deformação do conceito romano de 'participação e integração coletiva na vida da cidade'. Na época republicana, portanto, o termo 'público', se não equivale a 'comum', contém em si uma ideia de 'comum', de 'utilidade comum'[552]. 'Público', nessa época, é aquilo que diz respeito a todos os cidadãos, como partes do todo, o *Populus*, não é aquilo que diz respeito ao *Populus* considerado como um ente abstrato, uma pessoa jurídica; nesse contexo, deve ser inserida a noção de *popularis*; na dicotomia 'público-privado', está compreendida a dimensão do 'popular'. Note-se que essa concepção de 'público' é totalmente diversa daquela que nos dois últimos séculos a doutrina elaborou, já que na construção doutrinária moderna 'público' é aquilo que pertence ao Estado e 'privado' é aquilo que pertence ao indivíduo. Muito importante ressaltar que a ideia de 'comum', de 'popular', interna à ideia de 'público', tem implicações jurídicas relevantes, no que concerne à tutela na disciplina relativa às *res in usu publico*. A. DI PORTO leciona que a disciplina dos bens destinados ao uso público se caracteriza pelo regime da tutela, definido pela legitimação popular; o bem é juridicamente considerado em razão da sua função, em razão da sua destinação ao uso público; a função do bem determina a disciplina da tutela, que é confiada ao *civis*, titular do uso do bem público. No Império a ação popular deixa de ser expressão da soberania do povo[553].

Tudo muda com a passagem da República ao Império, a posição do *populus* se enfraquece e todas as imputações de caráter público passam a ser referidas ao *princeps* e

[551] A. DI PORTO, *'Res in usu publico'* cit. (nota[550]), p. 13.
[552] A. DI PORTO, *'Res in usu publico'* (nota[550]), p. XVIII.
[553] A. DI PORTO, *'Res in usu publico'* (nota[550]), p. XIX.

não mais ao *populus*. O significado de 'público' muda, perdendo lentamente aquela noção interna de 'comum', consequentemente, desaparece, paulatinamente, a legitimação popular, entendida como aquela destinada, como diria V. SCIALOJA[554], a tutelar os 'direitos públicos difusos'[555].

A dicotomia 'público-privado', no direito romano, tem, assim, como pano de fundo a particular relação entre o *civis* e o *Populus*, no âmbito da qual o *civis* não se contrapõe ao *Populus*, nem está em uma posição de submissão, o *civis* é parte do todo. O conceito base que fundamenta a constituição de uma comunidade política, como a *civitas*, é a relação todo-parte; esse conceito vem sendo ressaltado pela doutrina romanística como um aspecto saliente do povo romano. O sentido de concretude que sempre impregnou o pensamento jurídico romano impedia de se pensar ao povo como uma entidade abstrata, mas indicava um conceito de um conjunto de cidadãos, um conjunto estruturado em partes, cuja ação em prol do bem comum podia ser perseguida por cada cidadão através da *actio popularis*, e, principalmente, através dos *interdicta popularia*[556].

Dessarte, através do estudo da ação popular romana se pode compreender e reconstruir a posição do cidadão na sociedade romana, na vida cotidiana, no âmbito da organização pública. A ação popular, nota A. DI PORTO, é um instrumento eficaz de poder nas mãos do cidadão que armado com a 'ação popular' tem um papel ativo de participação e de controle da atividade da administração pública[557].

Como já observamos, no decorrer desse trabalho, entre 1864 e 1903 as ações populares, que até então não tinham estimulado nenhum interesse nos romanistas, foram objeto de inúmeros estudos. C. FADDA, no *Prefácio* da sua obra, publicada em 1894, justifica o estudo da *actio popularis* por ser ela um instituto considerado expressão da soberania do povo[558] e V. SCIALOJA no *Prefácio* à tradução, publicada no *Archivio Giuridico* em 1882, do escrito de K.G. BRUNS sobre a *actio popularis*, afirma que as ações populares propiciam a tomada de consciência jurídica do cidadão quanto a uma sua íntima união com o Estado; a ação popular para V. SCIALOJA é um instrumento de poder que

---

[554] V. SCIALOJA, *Prefazione*, in *Le azioni* cit. (nota[26]), p. 179.
[555] A. DI PORTO, *'Res in usu publico'* cit. (nota[550]), p. XIX.
[556] P. MADDALENA, *Il territorio bene commune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà private e interesse pubblico*, Roma, Donzelli, 2014, pp. 25-26.
[557] A. DI PORTO, *'Res in usu publico'* cit. (nota[550]), p. 8.
[558] C. FADDA, *L`Azione* cit. (nota[5]), p. IX.

permite ao cidadão, qualquer cidadão, de requerer esclarecimentos quanto à transgressão ou inaplicação das disposições legais, sem se submeter à inércia ou à injustiça de um funcionário público, o qual, muitas vezes, representa não o Estado, mas uma maioria que o governa[559]. São os anos em que se construía o Estado liberal e questões fundamentais eram debatidas, em particular no que concernia aos bens de uso público e à relação entre Estado e coletividade; entre o *unus* e os *plures*; entre propriedade individual e coletiva; tutela confiada somente ao Estado e tutela concedida também ao titular do uso; são os anos, salienta A. DI PORTO, nos quais se decide a sorte do cidadão em termos de 'soberania'[560].

O tema, após 1903, não será mais aprofundado, sendo retomado por F. CASAVOLA, em 1954, com a publicação, in *Labeo*, do artigo *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, trabalho preambular à monografia *Studi sulle azioni popolari romane*, publicada em 1958. No primeiro trabalho F. CASAVOLA inicia o escrito relevando que os estudos das ações populares são o testemunho de quanto possa influir nas escolhas de um pesquisador o momento político no qual ele vive, explicando, assim, o porquê de um interesse inconstante pelo tema da *actio popularis*: em tempos de liberdade o instituto desperta interesse, em tempos de despotismo a *actio* passa desapercebida[561]. Por outro lado, B. BRUGI, em 1882, já havia escrito "Nell`istoria dell`azione popolare può osservarsi che essa è sorta e cresciuta rigogliosa in tempi di libertà; è venuta meno col grandeggiare del dispositismo"[562].

Se observarmos a história da ação popular civil no direito brasileiro, poderemos constatar que o instituto foi recepcionado no direito brasileiro, indubitavelmente, como um instrumento de participação do cidadão na gestão da coisa pública; surge em época republicana com a Constituição de 1934, desaparece com a Constituição de 1937, na era Vargas, e retorna com maior alcance na Constituição de 1946. N. CARNEIRO ao tratar das ações populares civis no direito basileiro as indica como "flores exóticas nos regimes absolutos, e cuja eficácia somente se compreende naquelas em que cada cidadão se preocupa pelas coisas públicas como por seus próprios negócios[563]".

---

[559] V. SCIALOJA, *Prefazione*, in *Le azioni* cit. (nota [26]), pp. 166-167.
[560] A. DI PORTO, *'Res in usu publico'* cit. (nota[550]), pp. XVI-XVII.
[561] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 131.
[562] B. BRUGI, *L`Azione* cit. (nota[399]), p. 441.
[563] N. CARNEIRO, *Das Ações Populares* cit. (nota[474]), p. 477.

Os motivos que determinaram o desinteresse pelas *actiones populares* são bem mais difíceis de individuar-se, segundo A. DI PORTO, primeiramente, deve-se ressaltar que os eventos históricos dramáticos que ocorreram na Europa, nos primeiros 50 anos do século XX, e a longa experiência não democrática do Nazismo e do Facismo, entre as duas guerras, não constituíram terreno fértil para que a ação popular romana fosse estudada e aprofundada pelos romanistas[564].

Ademais, se na história inicial das democracias liberais, buscava-se certa vinculação entre o Estado e o cidadão, que poderia expressar-se na adoção da *actio popularis*, a consolidação do novo modelo de Estado, não mais concebido como um conjunto de indivíduos, mas como uma pessoa jurídica, como uma entidade abstrata, separada dos cidadãos que o constituem, dificultava a adoção desse instituto. O próprio V. SCIALOJA já entrevia esse empecilho quando anotava que o principal obstáculo na introdução ampla das ações populares era constituído pelo fato de que o Estado moderno, assim como vinha se formando na sua histórica evolução, devia ser considerado algo de muito diferente do Estado antigo, pois, constituía uma pessoa totalmente distinta daquela dos indivíduos, ao contrário, na época antiga cada cidadão podia considerar-se parte integrante do Estado e, por isso mesmo, o Estado antigo podia denominar-se *Populus*[565].

A ação popular, portanto, esteve no centro do debate moderno sobre a categoria de Estado, sobre a relação entre Estado e cidadão e sobre a soberania popular; tal debate se desenvolveu na segunda metade do século XIX e, embora em termos diversos, foi retomado nos últimos decênios. A ação popular constitue um elemento fundamental para a compreensão de duas opostas interpretações concernentes à soberania popular; uma que considera como órgãos do Estado o povo ou o corpo eleitoral e a outra que, ao contrário, reputa o povo e não a organização estatal o titular dos poderes soberanos. Nos termos da segunda interpretação a ação popular é uma emanação direta da soberania popular e como tal deve ser inserida no quadro dos institutos de democracia direta, no mesmo patamar do *referendum* e da iniciativa legislativa popular, constituindo, assim, um elemento da personalidade jurídica do cidadão[566].

---

[564] A. DI PORTO, *'Res in usu publico'* cit. (nota[550]), pp. 16-17.
[565] V. SCIALOJA, *Prefazione*, in *Le azioni* cit. (nota[26]), p. 167.
[566] A. DI PORTO, *'Res in usu publico'* cit. (nota[550]), pp. 9-11.

Anotava, em 1955, F. CASAVOLA que nos primeiros anos do século XX uma nova política afastava a possibilidade de utilização das ações populares apagando, assim, o interesse científico por esse instituto que tanto tinha atirado a atenção dos primeiros juristas liberais[567]. O fato é que o lento processo de abstração do Estado que de um conjunto de indivíduos passa a ser considerado um ente abstrato, uma pessoa jurídica, afastava o uso da ação popular, pois um Estado assim concebido monopolizava tudo aquilo que fosse considerado público. Com acume, observa F. CASAVOLA que os homens de cultura liberal tentavam conservar uma sociedade estatal concebida como a soma de indivíduos, mas o Estado ia se desenvolvendo como síntese orgânica da comunidade[568].

Tais considerações, porém, evidencia A. DI PORTO, podem explicar em parte o desinteresse pelo instituto, mas não explicam o desinteresse dos estudos romanísticos pela *actio popularis*; os motivos, afirma o autor, devem ser buscados alhures.

A romanística dos séculos XIX e XX (pelo menos nos primeiros decênios) muito foi influenciada pelas categorias pandectísticas e mommsenianas, em particular no que concerne à linha de pensamento de Th. MOMMSEN, no que diz respeito à ação popular romana, de que o *Populus ist der Staat*, prevalencendo, portanto, a tese procuratória mommseniana da *actio popularis*. A abstração do conceito de *Populus* produz uma ideia de que o Estado é algo de diverso da coletividade, com a consequência de que o papel ativo do *civis* vem vistosamente redimensionado.

O fato é que a Pandectística seleciona e força as fontes romanas para criar um direito que pudesse servir às exigências do tempo. O próprio B. WINDSCHEID, em 1875, dirá "[...]che per noi la questione ultima non è: come il diritto romano sia stato in um`época qualunque, ma come possiamo applicarlo[569]", precisando, ainda, que em relação ao direito romano, assim como em relação a toda a cultura antiga, a missão não era aquela de rejeitar o direito romano ou exiliá-lo, mas, ao contrário, aquela de acolhê-lo no espírito e através de uma elaboração, após ter eliminado as partes obsoletas e não assimiláveis, fazer com que ele de direito estrangeiro se tornasse um direito próprio. As *actiones populares*, assim como os *interdicta*, nessa construção, são inseridos entre as partes obsoletas e não

[567] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 153.
[568] F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina* cit. (nota[29]), p. 153 nt. 118.
[569] B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Dusseldorf, 1875, trad. ital. Carlo Fadda – Paolo Emilio Bensa, *Diritto delle Pandette*, Torino, Unione Tipografico, 1904, pp. 27-28.

assimiláveis[570]. Com efeito, tratando da *actio effusis et deiectis*, afirma B. WINDSCHEID que a aplicação da ação fica excluída não somente no que tange a sua natureza popular, mas também pelo código penal da época[571]; e, ainda, ao discorrer sobre os delitos, afirma o jurista alemão que "Le *actiones populares* oggidì in generale non hanno valore pratico. Può indicarsi come principio informatore del diritto odierno, che lo Stato nel far valere um interesse pubblico, e così specialmente nel richiedere la pena, non può essere rappresentato da chiunque lo voglia[572]"

Quanto aos *interdicta* F. GLUCK, no seu comentário às Pandectas, assevera que a tutela das coisas de uso público está confiada às autoridades adminitrativas do Estado ou da Comuna; a repressão de atos que ameaçam ou impedem o uso público ocorre através de um procedimento penal e os casos mais frequentes e graves são disciplinados pelo código penal. A teoria e a prática, prossegue C.F. GLUCK, somente admitem a utilização dos *interdicta popularia* para a tutela do *usus publicus* à medida que esses venham a tutelar também um interesse do autor, i.e., quando não forem populares. Assim sendo, os antigos *interdicta popularia* não servem mais à tutela do uso público como tal, comenta o autor, mas somente à tutela da parte de direito ao uso público que o indivíduo possui. A aplicabilidade dos *interdicta* também é afastada, pois a tutela do uso comum, na nova visão, compete ao Estado, podendo o cidadão agir somente se houver um seu preciso interesse[573]; temos aí uma nítida separação daquilo que é 'público', o que interessa ao Estado, do que é 'privado', o que diz respeito ao indivíduo.

No entender de A. DI PORTO a consequência dessa construção é a 'privatização' da popularidade ou, se se preferir, uma concepção 'individualística' da popularidade, o que se constitue em uma verdadeira negação do conceito de 'popularidade' romano. Nesse quadro, claramente, não existe espaço para a ação popular e muito menos para os *interdicta popularia*, destarte os estudos de direito romano esquecem as ações populares e os *interdicta*[574].

---

[570] B. WINDSCHEID, *Lehrbuch* cit. (nota[569]), p. 29.
[571] B. WINDSCHEID, *Lehrbuch* cit. (nota[569]), p. 367 nt. 4; cf. C. F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Erlangen, 1890, trad. ital. U. Pranzataro, *Commentario alle Pandette*, IX, Milano, 1903, p. 98.
[572] B. WINDSCHEID, *Lehrbuch* cit. (nota[569]), p. 267 nt. 6.
[573] F. GLUCK, *Ausführliche* cit. (nota[571]), pp. 342-343.
[574] A. DI PORTO, *'Res in usu publico'* cit. (nota[550]), p. 23.

Não obstante o quadro adverso, na América Latina, a ação popular se impôs em vários ordenamentos. Podemos encontrar o instituto no Código civil chileno, nos artigos 948 e 2328; no Código civil do Equador, art. 1012; art. 2255 e art. 2260; no Código civil da Colômbia, art. 1005; art. 2355; art. 2359 e art. 2360; no Código civil do Panamá, art. 625; no Código civil de Honduras, art. 927; art. 949; art. 2232 e art. 2333. A ação popular também foi recepcionada em algumas constituições latino-americanas, tais como: a Constituição brasileira de 1988, art. 5, LXXIII; a Constituição da Colômbia de 1991, art. 88; a Constituição da Costa Rica de 1949, art. 50; a Constituição do Panamá de 1972, art. 290; a Constituição do Paraguai de 1994, art. 38; a Constituição do Perú de 1993, art. 200; a Constituição da Venezuela de 1999, art. 26 e a Constituição da Bolívia de 2009, art. 135.

Em todos esses ordenamentos o instituto mantém a sua característica primordial, i.e., constitui um instrumento de participação do cidadão na gestão da coisa pública, um instrumento posto a disposição do cidadão para que ele defenda e tutele os interesses de todos, em particular no que concerne à defesa do patrimônio público, no sentido de *res communes omnium*, de *res extra commercium*[575].

Vale ressaltar, porém, que conquanto o instituto da ação popular tenha sido recepcionado por vários ordenamentos latino-americanos, em particular, de forma ampla pela Constituição brasileira de 1988, ainda, encontramos juristas como F. DIDIER e H. ZANETI Jr. que, tratando do processo coletivo, salientam que é necessário superar o rígido dualismo entre Estado e indivíduo, atuando-se para se obter a relativização da oposição entre o interesse individual privado e o interesse público, principalmente, porque a tradicional dicotomia 'público-privado' não subsiste às realidades de uma sociedade de massa, que, por suas relações, provoca situações de litígios ou litigiosidade de massa, forçando o alargamento e invocação de novos instrumentos, novos conceitos e novas estruturas para atender às novas conformações exigidas e oferecer uma tutela adequada às novas situações e direitos[576].

No âmbito da contemporânea polêmica relativa à dicotomia 'publico-privado' e à contraposição entre as concepções de propriedade coletiva e de propriedade individual, S.

[575] Sobre a problemática dos bens comuns ver P. MADDALENA, *I Beni comuni nel codice civile e nel sistema giuridico romano*, in BACCARI M. P. (org.), *Chi difende I principi non negoziabili? La voce dei giuristi*, *Quaderni dell`Archivio Giuridico*, 3, Modena, Mucchi, 2011, p. 111 ss.; ID., *Il territorio bene commune degli italiani*, Roma, Donzelli, 2014, p. 14 ss.

[576] F. DIDIER JR.-H. ZANETTI JR., *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, 4, 9 ed., Salvador, JusPodium, 2014, p. 30.

SETTIS, evidencia que a ação popular moderna não é uma expressão genérica, nem populista, nasce de um antigo instituto jurídico, a *actio popularis* do direito romano que era fundamentada na plena identidade entre o *Populus* e o seu conjunto de cidadãos, portanto, cada cidadão podia agir em nome do povo, promovendo a ação popular na defesa dos interesses de todos, em particular das coisas in *usu publico*; nesses casos aquele que agia defendendo o interesse do povo, defendia também o próprio interesse, exercendo um papel ativo de poder e de responsabilidade, na sua qualidade de cidadão. A direta legitimação do cidadão, ou de um grupo de cidadãos, em agir para garantir a tutela de um público interesse pode, hoje, ter uma extrema importância, balanceando a falta de democracia, seja no que tange aos governos locais, quanto aos nacionais ou supranacionais[577].

Acreditamos, enfim, que, diante das considerações feitas, possa-se afirmar uma continuidade entre o direito romano e os direitos que recepcionaram a *actio popularis* naquilo que a *actio* tinha de mais substancial, a sua conformação como um instrumento altamente democrático.

[577] S. SETTIS, *Azione Popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, Einaudi, 2014, pp. 223-224.

6. BIBLIOGRAFIA FINAL.

LIVROS

- AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel, *Ações constitucionais*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Storia del Diritto Romano*, 7° ed., Napoli, Jovene, 1960.

_____*Istituzioni di Diritto Romano*, 14° ed., Napoli, Jovene, 2006.

- BEVILAQUA, Clóvis, *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*, II ed., Bahia 1897 (I ed. 1893).

- BISCARDI, Arnaldo, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, Giappichelli, s.d.

- BRANDÃO CAVALCANTI, Temistocles, *A Constituição Federal Comentada*, vol. III, Rio de Janeiro, Konfino, 1952.

- BURDESE, Alberto, *Manuale di Diritto Pubblico Romano*, Torino, Editrice Torinese, 1966.

_____, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, Utet, 1998.

- CANNATA, Carlo Augusto, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. Dal medioevo all`epoca contemporanea*, Torino, Giappichelli, 1976.

- CASAVOLA, Franco, *Studi sulle azioni popolari romane. Le "actiones populares"*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell`Università di Napoli, Jovene, Napoli, 1957.

- CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, Giappichelli, 1990.

_____, *Populus Romanus Quirites*, Torino, Giappichelli, 1974.

_____, *Tribunato e Resistenza, Historica Politica Philosophica*, 4, Torino, Paravia, 1971.

_____, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, Torino, Giappichelli, 1965.

- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. port. J. Guimarães Mengale, São Paulo, Saraiva, 1969.

- CODACCI-PISANELLI, Alfredo, *Le azioni popolari*, Napoli, Riccardo Marghieri di Gius., 1887.

- COLONIEU, Victor, *Les actions populaires en droit romain*, Paris, 1888.

- CONSTANT, Benjamim, *De la liberté des anciens comparées à celle des modernes* (1819), in *Collection complète des ouvrages publié sur le Gouvernement représentatif et la constitution actuelle ou Cours de politique constitutionelle*, IV, Paris, 1820.

- CORREA TELLES, José Homem, *Doutrina das acções*, accomodada ao fôro do Brasil por José Maria Federico de Souza Pinto, Rio de Janeiro, Laemmert, 1865.

_____ *Doutrina das Acções*, accomodada ao fôro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, Garnier, 1902.

- CORREIA, Alexandre, e SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano*. *Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português*, volume II, São Paulo, Saraiva, 1951.

- COSTA, Emilio, *Teodoro Mommsen. Discorso inaugurale per l`anno di studi 1904-05 nell`Università di Bologna*, Bologna, Stab. Tip. Succ. Monti, 1904.

_____, *Storia del Diritto Romano Pubblico*, Firenze, Barbera Editore, 1906.

- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 5ª edição rev. e act., Coimbra, Almedina, 2012.

- CRIFÒ, Giuliano, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

- DA SILVA, José Afonso, *Ação Popular Constitucional. Doutrina e processo*, São Paulo, Malheiros, 2007.

_____, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 2014.

- DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporaines (droit comparé)*, Paris Dalloz, 1969, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002.

- DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português*, 5ª edição rev. e act., Coimbra, Almedina, 2012.

- DE BARROS LEONEL, Ricardo, *Manual do processo coletivo*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

- DE CARVALHO SANTOS, João Manuel, *Código Civil Interpretado*, vol. II, 9 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964.

- DE FRANCISCI, Pietro – BETTI, Emilio, *Questioni di Metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Saggi di Pietro de Francisci e di Emilio Betti*, Como, New Press, I ed. 1996/II ed. 1997.

- DE LIMA LOPES, José Reinaldo - MAFEI RABELO QUEIROZ, Rafael - DOS SANTOS ACCA, Thiago, *Curso de História do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2009.

- DE MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2015.

- DI PORTO, Andrea, *Res in usu publico e 'Beni Comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, Giappichelli, 2013.

- DIDIER JR., Fredie, e ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil. Processo coletivo*, 9 ed., Salvador, Editora Jus Podium, 2014.

- DUARTE SEGURADO, Milton, *O direito no Brasil*, São Paulo, José Bushatsky, 1973.

- ELLERO, Pietro, *La sovranità popolare*, Bologna, Tip. Fava e Garagnani, 1886.

- ESPINOSA GOMES DA SILVA, Nuno J., *História do direito português. Fontes de Direito*, 5 ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2011

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano*, 15° ed., Madrid, Thomson Reuters, 2012.

- FADDA, Carlo, *L`azione popolare* (1894), *Studia Juridica XXVI. Studio di Diritto Romano ed Attuale*, I (Parte Storica-Diritto Romano), edizione anastatica, Roma, L`Erma di Bretscheider, 1972.

-FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio, *Derecho Público Romano*, Thomson Reuters, Navarra, Aranzadi, 2012.

- FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique* (1864), 21 ed., Paris, Hachette, 1910, trad. fr. E. Bini, *A Cidade Antiga*, 4 ed., São Paulo/Bauru, Edipro, 2009

- GALLO, Filippo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione dells scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010.

- GASPARINI, Silvia, *Appunti minimi d Storia del Diritto. 1. Antichità e medio evo,* Padova, Imprimitur., 2002.

- GLÜCK, Christian Friedrich von, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Erlangen, 1890, trad. ital. U. Pranzataro, *Commentario alle Pandette*, IX, Milano, 1903.

- GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

- GOMES DA SILVA, Nuno J. E., *História do direito português. Fontes de Direito*, 5 ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2011.

- GUARINO, Antonio, *L`esegesi delle fonti del diritto romano,* Napoli, Jovene, 1982.

_____, *Pagine di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1993.

_____, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 1998.

_____, *Diritto Privato Romano*, Napoli, Jovene, 2001.

- GILISSEN, John, *Introduction Historique au Droit*, 2ª ed., Bruxelles, Émile Bruyant, 1979, trad. port. de A.M. Hespanha - L.M. Macaísta Malheiros, *Introdução histórica ao estudo do direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979.

- HEISE, Arnold, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts*, Heidelberg, 1839.

- HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio,* Coimbra, Almedina, 2012.

- HOBBES, Thomas, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil* (1651), trad. port. de João Paulo Monteiro-Maria Beatriz Nizza da Silva, *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, São Paulo,Nova Cultural, 1999.

- JHERING, Rudolph von, *Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1878, trad. fr. de Meulenaere, *L`Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, Marescq, 1886; trad. ital. M. Losano, in *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, 1972.

_____*Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1884, trad. it. de M.G. Losano, *Lo scopo del diritto*, Torino, 1972.

- KELLER, Friedrich Ludwig von, *Der Römische Civilprocess und die Actionen*, Leipzig, Tauchnitz, 1876, trad. fr. C. Capmas, *De la procedure civile et des actions chez les Romains*, Paris, Thorin, 1870.

- KRÜGER, Paul, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1888, trad. fr. de M. Brissaud, *Histoire des Sources du Droit Romain*, Paris, Thorin et Fils Éditeurs, 1894.

- LAMMÊGO BULOS, Uadi, *Curso de Direito Constitucional*, 6 ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

- LENEL, Otto, *Paligenesia Iuris Civilis. Volumen Alterum*, I, Lipsia 1889.

_____ *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, Verlag Von Bernhard Tauchnitz, 1907.

- LOPES MEIRELLES, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, 7 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

- LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha, *Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas / Abelardo Saraiva da Cunha Lobo*, vol. 78, Brasília, Edições do Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

- LOBRANO, Giovanni, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, Delfino, Sassari, 1989.

_____, *'Res publica res populi'. La legge e la limitazione del potere* (1994), Torino, Giappichelli, 1996.

- LOSANO, Mario, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, Einaudi Editore, 1988.

- MACHADO NETO, Antônio Luís, *Sociologia Jurídica*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 1979.

- MADDALENA, Paolo, *Il territorio bene comune degli Italiani*, Roma, Donzelli, 2014.

- MEIRA, Silvio, *A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e Privado*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1972.

- MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João, *Direito Judiciário Brasileiro*, vol. II, 3 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1940.

- MOMMSEN, Theodor, *Römischen Staatsrecht*, III, Berlin, 1886, trad. fr. P. F. Girard, *Le droit publique romain*, Paris, Thorin, 1893.

_____, *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig, Dunker und Humblot, 1893, trad. it. de P. Bonfante, *Disegno del Diritto Pubblico Romano*, Milano, Vallardi, 1864.

_____, *Römische Geschichte*, I, Berlin, 1881, p. 243, trad it. de G. Sandrini, *Storia Romana*, I, Torino, 1857.

- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 14 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

- ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963.

_____, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino, 1968.

_____, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 1978.

_____, *«Persona» e «Persone Giuridiche» nell`età moderna*, in *Persone giuridiche e storia del diritto*, Leo PEPPE (org.), Torino, Giappichelli, 2004.

- PIMENTA BUENO, José Antonio, *Direito Publico Brazileiro*, Rio de Janeiro, Villeneuve, 1857.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. III, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947.

- PUGLIESE, Giovanni, *Il processo civile romano. Il processo formulare*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1963.

_____, *Scritti giuridici scelti. Diritto romano*, G. SACCONI – I. BUTI (org.), Facoltà di Giurisprudenza dell`Università di Camerino, Napoli, Jovene, 1985.

_____, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 1991.

- RESINA, Pedro, *Legitimación activa de la mujer en el proceso criminal*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1996.

- RIBEIRO, Darcy, *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discours sur l`économie politique, Oeuvres complètes*, t. 1, Paris, Houssiau Librarie, 1852.

_____, *Du Contrat Social ou Principes Du Droit Politique*, edição de C.E. Vaughan, Manchester, 1947, trad. port. de Lourdes Santos Machado, J.J. ROUSSEAU, *Do Contrato Social*, in *Os Pensadores*, vol. 1, São Paulo, Nova Cultural, 1999.

- SARAIVA DA CUNHA LOBO, Abelardo, *Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas / Abelardo Saraiva da Cunha Lobo*, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Das Obligationenrecht*, Berlin, 1853, trad. fr. C. Gérardin- P. P. Jozon, *Le droit des obligations*, Paris, E. Thorin, 1873.

_____, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840, trad. it. de Vittorio Scialoja, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1888.

- SETTIS, Salvatore, *Azione Popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, Einaudi, 2014.

- SGRECCIA, Elio – TARANTINO, Antonio, *Enciclopedia di bioetica e scienze giuridiche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

- SCHIAVONE, Aldo, *Linee di Storia del Pensiero Giuridico Romano*, Torino, Giappichelli, 1994.

- SCHIPANI, Sandro, *Derecho Romano. Codificación y Unificación del derecho. Instituciones*, trad. Fernando Hinestrosa, Bogotà, Universidad Externado de Colombia, 1983.

_____, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappicchelli, 2011.

- SCHULTZ, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1953, trad. it. de Guglielmo Nocera, *Storia della Giurisprudenza Romana*, Firenze, Sansoni, 1968.

_____, *Prinzipen des römischen Rechts*, Mūnchen, Duncker & Hum, 1934, trad. it. de Vincenzo Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, ristampa anastatica dell`edizione Sansoni, Firenze 1946, Le Lettere, 2005.

- TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989.

_____, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990.

- TORRENT RUIZ, Armando, *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Madrid, Edisofer, 2007.

- VOIGT, Moritz, *Die XII Tafeln*, Leipzig, A.G. Liebeskind, 1883.

- VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, Edizioni Ricerche, 1972.

- WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M. 1862-1870, trad. it. de Carlo Fadda e Emilio Bensa, *Diritto delle Pandette*, vol. I (1902) e vol. II (1904), Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1902-1904.

- WOLKMER, Antonio Carlos, *História do Direito no Brasil*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

ARTIGOS

- ALBERTARIO, Emilio, *Corpus e universitas nella designazione della persona juridica*, in *Studi di diritto romano*, I/97 e ss., Milano, 1933.

- BARBOSA DE CAMPOS FILHO, Paulo, *A ação popular constitucional*, in *RDA* 38 (1954).

- BEVILAQUA, Clóvis, A *Constituição e o Código Civil*, in *RT* 35/97.

- BETTI, Emilio, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *A.G.*, XCIX, 1928 (= *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, Collana "Testi per i seminari romanistici", G. LURASCHI e G. NEGRI, Como, New Press, 1996).

- BIELSA, Rafael, *A ação popular e o poder discricionário da Administração*, in *RDA* 38 (1954).

- BRUGI, Biagio, *L`Azione Popolare Romana in materia di opere pie*, in *A.G.*, XXVII, 1881.

- BRUNS, Karl Georg, *Die römischen Popularklagen*, in *ZRG*, III, 1864, trad. Vittorio Scialoja, *Le azioni popolari romane*, in *A.G.*, XXVIII, XXIX, 1882.

- CARNEIRO, Nelson, *Das ações populares civis no direito brasileiro*, in *RDA* 25 (1951).

- CASAVOLA, Franco, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo. Rassegna di Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 1955.

- CATALANO, Pierangelo, *As raízes do problema da pessoa jurídica*, in *Revista de Direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n. 73, ano 19, julho-setembro/1995.

_____, *Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino-americano*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 44 (junho/1988).

_____, *Sistema jurídico latino-americano*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 69 (1982).

_____, *Sistema jurídico, sistema jurídico latino-americano e direito romano*, in *Direito e integração*, Brasília, Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da Faculdade de Direito da UnB, 2006.

- COSTA, Emilio, *A proposito di alcuni recenti studi sulle azioni popolari romane*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 11, 1891.

- DE MORAIS, Antão, *Ato administrativo - poder discricionário da administração - contrôle jurisdicional - ação popular*, in *RDA* 16 (1949).

- D`ORS, Alvaro, *Documentos. La Ley Flavia Municipal*, in *AHDE*, 54 (1984).

- DI PORTO, Andrea, *Interdetti popolari e tutela delle 'res in usu publico'. Linee di un`indagine,* in *Diritto e processo nell`esperienza romana. Atti de seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, Jovene,1994.

- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *La "Lex Irnitana". Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, in *RIDA* 30 (1983).

- LOBRANO, Giovanni, *Note su «diritto romano» e «scienze del diritto pubblico» nel XIX secolo*, in *Index*, 7 (1977), Napoli, ESI, 1979.

- LOPES MEIRELLES, Hely, *Notas e comentários. Ação Popular*, in *RT* 433/360

- LUGO, Andrea, *Azione Popolare*, in *ED*, IV, Milano, 1959

- MASCHKE, Richard, *Zur Theorie und Geschichte der Popularklagen*, in *ZSS*, VI, 1885.

- MARQUES, José Frederico, *As ações populares no direito brasileiro*, in *RDA* 52 (1958).

- MOMMSEN, Theodor, *Die Stadtrechte der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*, in *Abhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, III, Leipzig, 1857.

_____, *Die Popularklagen*, in *ZSS*, XXIV, 1903.

- MURGA GENER, José Luis, *Las acciones populares en el municipio de Irni*, in *BIDR*, terza serie, vol. XXVII (intera collezione vol. LXXXVIII), Milano, Giuffrè, 1985.

_____*La "popularidad" de las acciones en las leyes municipales de la Betica*, in *RIDA* 38 (1991).

- OTERO, Paulo, *A acção popular: configuração e valor no actual direito português*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.59 n.3 (dez.1999).

- PALADIN, Livio, *Azione popolare*, in *NNDI*, II, Torino, 1958.

- PINTO FERREIRA, Luís, *Da ação popular constitucional*, in *Revista de Direito Público*, vol. 5, n. 20, abr/jun., 1972.

_____, *Ação Popular*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo, Saraiva, 1977.

- RIBEIRO, Darcy, *Saudações às autoridades de Roma e a Pierangelo Catalano*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell`integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 3/1997.

- SCHIPANI, Sandro, *Riconoscimento del sistema, interpreazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, in *"Roma e America. Diritto Romano Comune". Rivista di diritto dell`integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, 24/2007, Roma, Mucchi, 2008.

- SCIALOJA, Vittorio, *Prefazione*, in *Archivio Giuridico*, vol. XXVIII, Pisa, 1882.

- SEABRA FAGUNDES, Miguel, *Da ação popular*, in *RDA* 6 (1946).

- SOTTO MAIOR, Mariana, *O direito de acção popular na Constituição da República Portuguesa*, in *Revista Documentação e Direito Comparado*, 75/76, Lisboa, 1998.

- TORRENT RUIZ, Armando, *Uma nueva edición de la Lex Irnitana*, in *Index* 41 (2013).

_____, *Las acciones populares en la Lex Rivi Hiberiensis*, in *RIDROM-Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre 2012.

- VASSALLI, Filippo, *Storia e dogma*, in *Archivio Giuridico*, quarta serie - vol. XXVIII (intera collezione vol. CXII) , Modena, 1934.

CAPÍTULO DE LIVRO

- CALHEIROS, Maria Clara, *Ação popular revisitada. Notas à luz da atualidade juridical e social portuguesa*, in A.F. MESSA-J.C. FRANCISCO (coord.), *Ação Popular*, São Paulo, Saraiva, 2013.

- GUARINO, Antonio, *L`esperienza di Roma nello studio del diritto*, in *Pagine di Diritto Romano*, I, Napoli, Jovene, 1993.

- LOBRANO, Giovanni, *Per la compreensione del pensiero costituzionale di J.J. Rousseau*, in *Il principio della democrazia. Jean Jacques Rousseau du Contrat social (1762)*, G. LOBRANO e P. P. ONIDA (org.), Napoli, Jovene, 2012.

- LORENCINI, Bruno César, *A ação popular como instrumento democrático*, in A.F. MESSA-J.C. FRANCISCO (coord.), *Ação Popular*, São Paulo, Saraiva, 2013.

- MADDALENA, Paolo, *I beni comuni nel codice civile e nel sistema giuridico romano*, in M.P. BACCARI (coord), *Chi difende I principi non negoziabili? La voce dei giuristi, i Quaderni dell`«Archivio Giuridico»*, Modena, Mucchi, 2011.

- MADEIRA, Eliane A.- MADEIRA, Hélcio M. F., *Precedente histórico do princípio da defesa do meio ambiente no sistema jurídico romanístico luso-brasileiro*, in F. REINOSO BARBERO (org.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Aranzadi, 2014.

-MADEIRA, Hélcio, Verbete *Brasile (biodiritto in)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, vol. II: Banche dati – Buoni costumi, Napoli, ESI, 2009.

- MIGLIETTA, Massimo, *Azione popolare*, in E. SGRECCIA, A. TARANTINO (org.), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli, ESI, 2009.

- SACCOCCIO, Antonio, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in *'Actio in rem' e 'Actio in Personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, L. GAROFALO (org.), Cedam, 2011.

- TALAMANCA, Mario, *Il «Corpus Iuris» giustinianeo fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, Cedam, 1995.

TEXTO EM MEIO ELETRÔNICO

- AGUDO RUIZ, Alfonso, *La gratuidad de La actuación judicial de los representantes en el sistema de las legis actiones*, in REDUR 9 (2011), pp. 205-206.

Disponível in [on-line] http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero9/agudo.pdf [20-07-2016]

- DAL RI, Luciene - DAL RI, Arno, *Cidadãos e Latinos na experiência jurídica da Roma antiga: novas possibilidades para um modelo de inclusão*, in *Estudos Jurídicos*, vol. 18, n. 2 (2013).

Disponível in http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4681

- D`ORS, Alvaro - D`ORS, Javier, *Lex Irnitana*, Santiago de Compostela, 1988. Disponível em http://droitromain.upmf-grenoble.fr/.

- GIAGNORIO, Michele, *Brevi note in tema de azioni popolari*, in *Rivista scientifica annuale 'Teoria e storia del diritto privato'*, n. V - 2012. Disponível in http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=229

- GUIMARÃES, Ary Florencio, *Aspectos da ação popular de natureza civil*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, em concurso para livre docência da cadeira de Direito Judiciário Civil, Curitiba, 1957, pp. 34-35.

Disponível [on-line] in

http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24843/D?sequence=1 [16-09-2014]

- GUIMARÃES, Ulysses, *Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988*, Câmara dos deputados, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação, Escrevendo a História, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, pp. 14380-14382.

Disponível [on-line] in http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf [27-07-2016]

- GUZMAN, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. *Fundación Ignacio Larramendi*, 2000.

Disponível [on-line] in
http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000187 [12-05-2016]

- LAMBERTI, Francesca, *Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica*, in *Derecho, Persona y Ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, B. PERIÑÁN GÓMEZ (org.), Madrid, Marcial Pons, 2010. Disponível in

https://www.unisalento.it/c/document_library/get_file?folderId=992433&name=DLFE-182456.pdf

- LOBRANO, Giovanni, *La alternativa attuale tra i binomi istituzionali "persona giuridica" e "rappresentanza" e " società e articolazione dell'iter di formazione della volontà"*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, N. 10-2011-2012.

Disponível in http://www.dirittoestoria.it/10/D&Innovazione/Lobrano-Persona-giuridica-rappresentanza-societa-formazione-volonta.htm

-MASTROCINQUE, Attilio, *Sulle forme di acquisizione della 'Civitas Romana'*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 2-marzo 2003-lavori in corso-Contributi.

Disponível in http://www.dirittoestoria.it/lavori2/Contributi/Mastrocinque-Civitas.htm

- MEIRA LOURENÇO, Paula, *Experiência em Portugal*, trabalho apresentado na audiência pública *Public hearing on a A horizontal instrument for collective redress in Europe?*, promovido pelo Comité de Assuntos Legais do Parlamento Europeu (Committee on Legal Affairs), Bruxelas, 12.07.2011. Disponível in

http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110714ATT24016/20110714ATT24016EN.pdf

-MURONI, Adriana, *'Civitas Romana': emersipone di una categoria nel diritto e nella politica tra 'Regnum' e 'Res publica'*, in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 11- 2013-Note & Rassegne.

Disponível in http://www.dirittoestoria.it/11/pdf/Muroni-Civitas-Romana-categoria-tra-regnum-res-publica.pdf

- PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discours Prèliminaire du Premier Projet de Code Civil (1801)*. Disponível [on-line] in http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf [27-05-206]

-RANDAZZO, Salvo, *Gli equilibri della cittadinanza romana fra sovranità e impatto sociale*, in *Rivista Teoria e Storia del diritto privato*, 2012. Disponível in http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2012/contributi/2012_Contributi_Randazzo.pdf

- RODRÍGUEZ-ENNES, Luis, *La "obligatio"y sus fuentes*, in *RIDROM--Revista Internacional de Derecho Romano* [on line], 3-2009.

Disponível in <http://www.ridrom.uclm.es>.

- SACCOCCIO, Antonio, *La tutela dei beni comuni. Per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle 'res communes omnium' e delle 'res in usu*

publico', in *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 11 – 2013 - memorie.

Disponível in http://www.dirittoestoria.it/11/memorie/Saccoccio-Tutela-beni-comuni-azioni-popolari.htm

- SCHIPANI, Sandro, *Diritto Romano in Cina*, in *Treccani. Enciclopedia Italiana*. Disponível [on-line] in http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_(XXI-Secolo)/ [31-05-2016]

- TORRENT RUIZ, Armando, *Las acciones populares en la* Lex Rivi Hiberiensis, in *RIDROM-Revista Internacional de Derecho Romano* [on-line], 9-2012. Disponível in <http://www.ridrom.uclm.es>.

7. ÍNDICE DAS FONTES ROMANAS

FONTES GIURÍDICAS

Basílicas
B. 60.32.5, p. 46

Codex Theodosianus
C.Th. 2.12.1, p. 90

Novellae Theodosii
Nov.Th. 17.1.2, p.51

CORPUS IURIS CIVILIS

Codex Iustiniani
CI. 1.3.46 (45).6, p. 139
CI. 2.13.23, p. 90

Institutiones Iustiniani
I. 4.10pr., p. 2
I. 4.12, p. 101, p. 104
I. 4.1pr., p. 27
I. 4.5, p. 28

Digesta
D. 1. 1. 1. 2, p. 11
D. 1.2.1, p. 134
D. 1.5.2, p. 53
D. 1.1.1.2, p. 129
D. 1.1.11, p. 81
D. 1.2.2.41, p. 127
D. 1.5.2, p. 48
D. 1.5.17, p. 87
D. 1.5.2, p. 48
D. 2.14.14, p. 77
D. 3.3.42, p. 30, p. 98
D. 3.3.42pr., p. 41, p. 108
D. 3.3.43.2, p. 48, p. 107, p. 119
D. 3.3.45.1, p. 108
D. 3.4.1.1, p. 75
D. 3.4.6.3, p. 90
D. 3.4.7, p. 73
D. 3.4.7.1, p. 51
D. 4.2.9.3, p. 34
D. 5.1.76, p. 73
D. 9.1.1pr.-3, p. 28
D. 9.2.2, p. 92
D. 9.3.1pr., p. 104, p. 99
D. 9.3.1.1, p. 29
D. 9.3.1.4, p. 103
D. 9.3.1.7, p. 104
D. 9.3.1.9, p. 103
D. 9.3.5.13, 41, p. 90
D. 9.3.5.5, p. 41, p. 90, p. 99, p. 100, p. 103, p. 105.
D. 9.3.5.6, p. 41
D. 21.1.40, p. 41
D. 21.1.42, p. 41
D. 21.1.7, p. 41
D. 29.5.25.2, p. 41, p. 106
D. 39.1.4, p. 43
D. 43.8.2.2, p. 111
D. 44.7.5.4-6, p. 28
D. 44.7.51, p. 2
D. 47.3.1, p. 28
D. 47.7.1, p. 27
D. 47.12.3.8, p. 97, p. 98
D. 47.12.3.9, p. 97
D. 47.12.3pr., p. 41, p. 95, p. 118
D. 47.23.1, p. 37, p. 42, p. 47, p. 89
D. 47.23.2, p. 38, p. 96
D. 47.23.3, p. 39
D. 47.23.3.1, p. 96, p. 102
D. 47.23.3pr., p. 109
D. 47.23.4, p. 39, p. 108
D. 47.23.5, p. 39, p. 89, p. 107
D. 47.23.5.1, p. 145
D. 47.23.6, p. 4, p. 40, p. 89, p. 108
D. 47.23.7, p. 40, p. 89, p. 109

D. 47.23.7.1, p. 90
D. 47.23.8, p. 40, p. 101, p. 102, p. 104
D.47.12.3pr., p. 102
D. 48.1.13.1, p. 108
D. 50.1.1, p. 83
D. 50.1.19, p. 76
D. 50.1.26pr., p. 3
D. 50.16.12, p. 89, p. 108, p. 115
D. 50.16.25.1, p. 76
D. 50.17.111.1, p. 25
D. 50.17.160.1, p. 76
D. 50.17.202, p. 6

Fragmenta Vaticana
Fragm. Vatic. § 340, p. 108

Gai Institutiones
Gai 1. 9, p. 50
Gai 1.77, p. 82
Gai 3.182, p. 27
Gai 4.112, p. 25
Gai 4.140, p. 4
Gai 4.6, p. 26
Gai 4.82, p. 2, p. 164
Gai. 1.78, p. 82

Lex XII Tabularum
XII tab. 6.8, p. 28
XII tab. 7.11, p. 24
XII tab. 8.11, p. 28
XII tab. 8.2, p. 24
XII tab. 8.6, p. 28

FONTES NÃO JURÍDICAS

Cícero
Brutus 41.152-42.153, p. 128
De oratore, 233.142, p. 127
De rep. 1.25, p. 59
De rep. 1.49, p. 84
De rep. 2.1.1-3, p. 80