FELIPE EPPRECHT DOUVERNY

DIVUS MARCUS RESCRIPSIT: A MOTIVAÇÃO DOS RESCRITOS DO IMPERADOR MARCO AURÉLIO

(Tese de Doutorado)

ORIENTADOR: PROF. DR. HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2017

FELIPE EPPRECHT DOUVERNY

DIVUS MARCUS RESCRIPSIT: A MOTIVAÇÃO DOS RESCRITOS DO IMPERADOR MARCO AURÉLIO

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor, na área de concentração em Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Hélcio Maciel França Madeira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2017

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

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Douverny, Felipe Epprecht
Divus Marcus rescripsit: a motivação dos rescritos do imperador Marco Aurélio / Felipe Epprecht Douverny ; orientador Hélcio Maciel França Madeira -- São Paulo, 2017.
239

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Romano. 2. Constituições imperiais. 3. Rescritos. 4. Motivação . 5. Argumentação jurídica. I. Madeira, Hélcio Maciel França, orient. II. Título.

Soli Deo Gloria

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, que reina sobre todas as coisas e que me concedeu a graça de permanecer vivo para mais esta etapa. Que, de alguma forma misteriosa, este trabalho seja para o Reino.

A meus pais, Mara Cristina e Fernando, pelo amor constante, pelo dom da vida, pelo carinho, pela ternura que sinto sempre.

A minha amada Ivana, esposa e companheira de todas as horas, cuja paciência foi testada até altos limites nos últimos três anos de ansiedade, becos sem saída e incertezas acadêmicas, e que assumiu o fardo dos nossos três pequenos em muitas horas para que este trabalho chegasse ao fim. Que venham agora horas mais livres para apenas fitar teus belos olhos!

A minha família querida, que desde cedo me incentiva a leitura e me incutiu esse belo vício.

Aos que, nos últimos anos, tiveram a paciência de ouvir as divagações de um romanista sobre seu tema, o ajudaram com artigos desde as terras de Europa e aliviaram seu fardo de muitas maneiras, amigos, chefe e colegas de trabalho, meu muito obrigado.

Ao Helmut Steinwascher, pela amizade e ajuda na pesquisa.

Ao meu caro orientador, Prof. Dr. Hélcio Madeira, pela oportunidade de continuar a carreira acadêmica e pela amizade desenvolvida nos últimos anos.

A sua esposa, Profª Eliane Madeira, minha querida orientadora dos tempos de graduação, lembrada sempre e sempre.

Dedico aos meus pequenos, Dudu, Pedrinho e Niko, encanto, alegria e suavidade.

DOUVERNY, Felipe Epprecht. *Divus Marcus rescripsit: a motivação dos rescritos do imperador Marco Aurélio*. 2017, 239p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RESUMO

A presente tese busca analisar a forma como o imperador Marco Aurélio fundamentava as decisões tomadas por meio de seus rescritos, respostas dadas às consultas que lhe eram endereçadas por particulares, magistrados, funcionários, corporações e comunidades citadinas. Após expor a origem e funcionamento da prática dos rescritos imperiais e discutir o fundamento de sua força normativa, assim como a forma pela qual se tornavam fonte do direito, o trabalho esboça uma espécie de teoria geral da motivação das decisões na experiência jurídica romana e apresenta uma tipologia dos argumentos empregados por Marco Aurélio em seus rescritos. A análise das fontes selecionadas permite entrever uma rica gama de formas de raciocínio, em que sobressaem as considerações de ordem utilitária e benevolente, correspondentes à concepção do bom *princeps* que se deseja apresentar aos habitantes do império e destinatários das decisões.

Palavras-chave: Rescritos; Marco Aurélio; Motivação das decisões; argumentação jurídica.

DOUVERNY, Felipe Epprecht. *Divus Marcus rescripsit: the justification of the rescripts of emperor Marcus Aurelius*. 2017, 239p. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

ABSTRACT

This thesis seeks to show the way in which the emperor Marcus Aurelius justified the decisions taken through his rescripts, answers given to consultations made by private citizens, magistrates, officials, corporations and cities. After exposing the origin and working of the imperial rescripts praxis and discussing the ground for its normative force, as well as the way in which they became a source of law, the work outlines a sort of general theory of justification of legal decisions in Roman experience and presents a typology of the arguments employed by Marcus Aurelius in his rescripts. The analysis of the selected sources allows us to capture a rich range of reasoning forms, among which stand out considerations of benevolent and utilitarian order, correspondent to the conception of the good *princeps* that is sought to be shown to the inhabitants of the empire and recipients of the decisions.

Keywords: Rescripts; Marcus Aurelius; Justification of legal decisions; legal reasoning.

DOUVERNY, Felipe Epprecht. *Divus Marcus rescripsit: la motivation des rescrits de l'empereur Marc Aurèle*. 239p. 2017. Doctorat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2017.

RÉSUMÉ

Cette thèse vise à examiner la manière par laquelle l'empereur Marc Aurèle justifiait les décisions prises dans ses rescrits, réponses données aux consultations formulées par des citoyens privés, magistrats, fonctionnaires, corporations et communautés citadines. Après exposer l'origine e le fonctionnement de la pratique des rescrits imperiaux et discuter le fondement de leur force normative, aussi bien que la manière par laquelle ils devenaient source du droit, le travail esquisse une sorte de théorie générale de la motivation des décisions dans l'experience juridique romaine et présente une typologie des arguments employés par Marc Aurèle dans ses rescrits. L'analyse des sources choisies permet d'entrevoir une riche gamme de formes de raisonnement, parmis lesquelles excellent les considerations d'ordre utilitaire et bénévole, qui correspondent à la conception de bon *princeps* qui se veut présenter aux habitants de l'empire et destinataires des décisions.

Mots-clés: Rescrits; Marc Aurèle; Motivation des décisions; Argumentation juridique.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS[*]

AHDE = Anuario de historia del derecho español (Madrid)
ANRW = Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt (Berlin-New York)
BIDR = Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja" (Roma)
DS = Daremberg. Ch., Saglio E. (org.), *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* (Paris)
Hermes = Hermes. Zeitschrift für klassische Philologie (Berlin)
INDEX = Index. Quaderni camerti di studi romanistici (Camerino)
IURA = Iura. Rivista Internazionale di diritto romano e antico (Napoli)
JRS = The Journal of Roman Studies (London)
Labeo = Labeo. Rassegna di diritto romano (Napoli)
MEFRA = Mélanges de l'École Française de Rome (Roma)
NDI = Nuovo Digesto Italiano (Torino)
NNDI = Novissimo Digesto Italiano (Torino)
RE = Pauly-Wissowa. Realencyclopädie der classichen Altertumswissenschaft (Stuttgart)
RIDA = Revue Internationale des droits de l'antiquité (Bruxelles)
SDHI – Studia et documenta historiae et iuris (Roma)
TR = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit. The legal history review (Leiden)
SZ = Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung (Weimar)

[*] Para o Livro I do Digesto, utilizou-se a tradução de H.M.F. MADEIRA, *Digesto de Justiniano – Liber Primus: Introdução ao Direito Romano*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2009; para as Institutas de Gaio e Justiniano, a tradução de A.CORRÊA - G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano: Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino, vol.2*, São Paulo, Saraiva, 1951; para as Regras de Ulpiano (*Ulpiani Epitome*) a tradução de G. SCIASCIA, *Regras de Ulpiano – Ulpiani Liber Singularis Regularum*, Bauru, EDIPRO, 2002; para as Meditações de Marco Aurélio, a tradução de J. R. SEABRA FILHO, *Meditações ou Pensamentos para mim mesmo*, Belo Horizonte, Nova Acrópole, 2016; para a História Augusta, a tradução de C. A. TEIXEIRA, J. L. BRANDÃO e N. S. RODRIGUES, *História Augusta. Volume I*, São Paulo-Coimbra, Annablume-IUC, 2012. As demais traduções são de nossa lavra e, nos casos específicos em que não o forem, haverá menção expressa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 2

1. OS RESCRITOS COMO FONTE DE DIREITO 12

1.1. A PRÁTICA DOS RESCRITOS IMPERIAIS 12

1.1.1. ORIGENS HISTÓRICAS 12

1.1.2. PROCEDIMENTO 30

1.2. A FORÇA NORMATIVA DOS RESCRITOS 44

2. A MOTIVAÇÃO DOS RESCRITOS DE MARCO AURÉLIO 59

2.1. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NO DIREITO ROMANO 59

2.1.1. JUÍZES 59

2.1.2. PRETORES 62

2.1.3. JURISTAS 63

2.1.4. IMPERADORES 69

2.2. A SELEÇÃO DAS FONTES 75

2.3. TIPOLOGIA DAS MOTIVAÇÕES 81

2.3.1. *DISTINCTIO* 86

2.3.2. *REGULA* 94

2.3.3. *SENTENTIA LEGIS* E *SENTENTIA IURIS AUCTORUM* 114

2.3.4. *VOLUNTAS* 118

2.3.5. *COMMODUM* E *UTILITAS* 130

2.3.6. *UTILITAS PUBLICA* 146

2.3.7. *BENIGNA INTERPRETATIO* 162

2.3.8. *AEQUITAS* 165

2.3.9. *HUMANITAS* 172

3. CONCLUSÃO 199

4. BIBLIOGRAFIA 205

5. ÍNDICE DE AUTORES 227

6. ÍNDICE DE FONTES 230

INTRODUÇÃO

A motivação das sentenças judiciais, segundo a doutrina que trata do tema, cumpre duas grandes funções dentro do ordenamento jurídico. Se, por um lado, é um instrumento técnico-jurídico que desempenha uma função endoprocessual, voltada para as partes litigantes e para as cortes recursais,[1] por outro, é também uma garantia política, pois o dever de motivar funciona como um fator de racionalidade das decisões, fazendo que a solução da controvérsia não seja fruto da arbitrariedade, mas da aplicação racional do direito, e permitindo um controle da atividade jurisdicional por toda a sociedade.[2]

Se, num primeiro momento da história legislativa do sistema romanístico,[3] a obrigação de motivar as sentenças foi entrevista mais como uma garantia interna ao

[1] As funções endoprocessuais têm relação principalmente com a possibilidade de impugnação da sentença, sendo a motivação o que dá a conhecer as razões da decisão, com o que as partes podem discuti-las e o juízo *ad quem* apreciá-las. Além disso, a motivação, no aspecto interno, facilita o entendimento do próprio dispositivo da sentença e sua execução.

[2] M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile,* Padova, Cedam, 1975, trad. port. de D. MITIDERO, R. ABREU e V. D. P. RAMOS, *A motivação da sentença civil*, São Paulo, Marcial Pons, 2015, pp. 317 e ss; J. L. C. ALVA, *Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales*, disponível eletronicamente em perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/.../a_20141008_02.pdf. Acesso em 20/11/2016, pp. 2-4. Sobre a motivação das sentenças e suas funções, verB. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, p. 4, disponível eletronicamente em https://www.academia.edu/4179128/DISPOSITIVO_E_PARTE_MOTIVA_NELLA_SENTENZA_IDEE_VECCHIE_E_NUOVE, acesso em 20/07/16; U. KISCHEL, *Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 39 e ss; R. L. TUCCI, *Fundamentação (Direito Processual)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* 39, pp. 144-147; R. L. TUCCI, *Motivação (Direito Processual)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, *vol. 53*, pp. 306-307, S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, in *ED* 27 (1977), pp. 154 e ss.

[3] Para um perfil histórico da motivação das sentenças judiciais nos ordenamentos continentais e de *common law*, confira-se M. TARUFFO, *A motivação* cit., pp. 276-300, que destaca como, embora já existissem nos ordenamentos romanísticos práticas isoladas de motivação, um dever propriamente dito surge apenas a partir da segunda metade do século XVIII, e como, na *common law,* a existência de uma prática constante e consolidada de motivar as sentenças explica o fato de que nem a jurisprudência nem o legislador tenham sentido a necessidade de impor uma regra expressa a respeito. Sobre o tema, confira-se também J. R. CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil,* São Paulo, Saraiva, 1987, , pp. 46 e ss, que tem o mérito de destacar como, na tradição do direito hispânico e lusitano não se acolheu a doutrina do direito comum, segundo a qual não era necessário *causam exprimere*, de modo que, tanto na Espanha quanto em Portugal, desde cedo, exigia-se que a sentença explicitasse as razões de decidir. É o que ocorre, por exemplo, com Afonso X (1254), no Fuero Real 2.13 (1254 – Afonso X) , nas Flores de Las Leyes de Jacomo Ruiz, e nas Siete Partidas 3ª Partida 22.5. Em Portugal, o Livro das Leis e Posturas, p. 233, exige motivação, mas de modo tímido, assim como as Ord. Af. 3.69. As Ordenações Manuelinas trazem essa exigência de forma nítida (Ord. Man. 3. 50. 1 e Ord. Man. 3.50.6, que trata do problema das sentenças muito breves e impõem pena de multa ao juiz que não as fundamentar adequadamente ss), assim como as Filipinas. (Ord. Fil. 3.66.7,): "*E para as partes saberem se Ihes convém apelar, ou agravar as sentenças definitivas, ou' vir com embargos a elas, e os Juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juízes inferiores se movem a*

processo judicial, com a irrupção do constitucionalismo democrático, passou a ser tida como parte do núcleo das garantias do devido processo legal, que buscam preservar os direitos fundamentais frente ao poder estatal, permitindo o controle de uma de suas atividades mais importantes, não apenas pelas partes ou pelos sujeitos diretamente envolvidos no processo, mas também pela sociedade, com o que se passou a dar maior enfoque à função extraprocessual da motivação.[4]

Assim é que, já nos anos 70, antes mesmo da constitucionalização do dever de motivar as decisões judiciais, J. C. BARBOSA MOREIRA, em seu estudo sobre o tema, chegava a afirmar que um estado de direito é um estado que se justifica, revelando como essa motivação se mostrava cada vez mais como um instrumento da democracia.[5]

Essa evolução histórica revela-se, de certa forma, no plano legislativo. No caso brasileiro, o dever de motivar se encontra previsto inicialmente nos Códigos de Processo[6] e, mais tarde, em 1988, passa a ter status constitucional, figurando no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, segundo o qual devem ser fundamentadas todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade.[7]

Mais recentemente, o Novo Código de Processo Civil, no §1º de seu artigo 489, buscou dar maior concreção ao mandamento constitucional, fixando diretrizes bastante rigorosas para os juízes no momento de motivar suas sentenças, a fim de que não se limitem à mera indicação de dispositivos legais ou à, invocação de precedentes sem a verificação de sua adequação ao caso presente, e para que não empreguem conceitos jurídicos indeterminados de forma indiscriminada ou realizem a ponderação sem o devido

---

condnar, ou abselver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar."

[4] M. TARUFFO, *A motivação* cit., pp. 20-24; B. BISCOTTI, *Dispositivo* cit., p. 16; J. L. C. ALVA, *Las funciones* cit., p. 4.

[5] *A motivação da sentença como garantia inerente ao estado de direito*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 19 (1979), p. 287.

[6] Segundo informa J. C. BARBOSA MOREIRA, *A motivação* cit., pp. 283-284, já no artigo 232 do Regulamento 737, de 1850, impunha-se tal dever ao juiz. Idêntica regra adotavam os Códigos de Processo Civil de diversos estados, assim como o Código de Processo Civil de 1939, em seus artigos 118, parágrafo único, e 280, nº II, e o Código de Processo Civil de 1973, em seus artigos 131, 458, II e 165.

[7] M. TARUFFO, *A motivação* cit., pp. 20 e ss, correlaciona a constitucionalização do dever de motivar as sentenças com o maior enfoque na função extraprocessual, cujos aspectos analisa em detalhes.

cuidado e justificação,[8] norma que, somada aos desdobramentos do tema em outros campos como o processo penal[9] ou o direito administrativo,[10] para não citar os inúmeros debates na teoria do direito em tema de discricionariedade judicial,[11] demonstra a atualidade do tema.

---

[8] Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

[9] Um dos exemplos mais candentes da importância da fundamentação se encontra no campo das prisões preventivas, grave hipótese de restrição de direitos fundamentais, cuja decretação, logo após o recebimento do flagrante, durante o processo ou quando da prolação da sentença condenatória, segundo os artigos 310, 315 e 387, §1º, do Código de Processo Penal, deve sempre ser motivada, não bastando para isso, segundo tem entendido a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a mera indicação dos fundamentos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, a alusão genérica à gravidade abstrata do delito, ao clamor público ou meras conjecturas, devendo o decreto de prisão cautelar se fundar em elementos concretos devidamente demonstrados pelo juiz.

[10] Conforme nota C. T. P. PINHEIRO, *Motivação dos Atos Administrativos,* Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, pp 5-18, a exigência de motivação dos atos administrativos foi tida pela doutrina e jurisprudência como uma decorrência da própria ideia do estado de direito, que tem dentre seus corolários a ideia de legalidade, a ser seguida pela administração, a qual, mesmo quando o ato não é vinculado, não detém total liberdade para agir e, portanto, deve demonstrar a consonância entre os motivos de sua ação e aqueles previstos na norma abstrata de competência. Além disso, a exigência de motivação – explicitação dos motivos - facilita o controle judicial dos atos administrativos e a apreciação de sua razoabilidade, contribuindo-se, assim, para uma atuação menos arbitrária e mais transparente da admnistração. No plano legislativo brasileito, a exigência de motivação se encontrava, ao menos indiretamente, já no artigo 2º da Lei da Ação Popular, que elencava a falta de motivos como um dos vícios do ato. Posteriormente, a Lei nº 9.472/98, em seu artigo 40, exige dos atos da ANATEL a exposição formal dos motivos, e a Lei nº 9.784/99, que regula o processo adminstrativo federal, em seu artigo 2º, traz a motivação como um de seus princípios, assim como já ocorria nas Constituições dos Estados de São Paulo (art. 111), Minas Gerais (art. 13) e Rio Grande do Sul (art. 19, desde o ano de 1995).

[11] H. L. A. HART, *O Conceito de Direito*, 5ª ed.. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 133-134 e 149, embora reconheça a existência de uma textura aberta na linguagem do direito, cujos enunciados nem sempre são claros ou unívocos, e, com ela, o exercício de um poder discricionário pelos juízes, não recai no voluntarismo a que parecem conduzir as reflexões de H. KELSEN sobre a interpretação (*Teoria pura do direito*, 7ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 393 e ss), ou no ceticismo de regras típico do realismo jurídico americano, segundo o qual as decisões efetivamente criam direito e não há regras pré-existentes a circunscrever a área de textura aberta. Para H. L. HART, *O conceito de direito* cit., p. 221, funcionam como elementos limitadores da discricionariedade tanto algumas virtudes judiciais (como a imparcialidade, a consideração dos interesses envolvidos e a busca pelo estabelcimento de um prinípio geral aceitável), quanto o fato de que o juiz não age, em geral, de forma, arbitrária, devendo justificar suas decisões, daí a importância da motivação, que ele ressalyta em data mais recente, no Pós Escrito de 1994, em *O conceito de Direito* cit., pp. 336-338, ao rebater as críticas de R. DWORKIN. Este último autor, aliás, se na primeira fase de

Embora apresente em Roma contornos bastante diversos, dada a opinião prevalente de que nem juízes nem juristas costumavam fundamentar suas decisões, esse tema, que se encontra intimamente ligado à metodologia e às técnicas de argumentação jurídica, não tem deixado de receber atenção dos romanistas, por meio de estudos sobre os tipos de argumento e os métodos de raciocínio dos jurisconsultos.[12] Em menor medida, o mesmo tem acontecido em relação à atuação dos imperadores.[13]

---

seu pensamento, buscava o encontro da única resposta correta e, portanto, o combate ao poder discricionário dos juízes, com base no emprego dos princípios de direito, na segunda fase, em que enfatiza o caráter do direito como prática interpretativa, apela para a ideia do direito como integridade e romance em cadeia, em que cada nova decisão é um capítulo dentro de uma trama mais ampla e, portanto, deve guardar com ela certa coerência, a ser justificada praticamente pelo juiz em sua argumentação (cf. A. SGARBI, *Clássicos da Teoria do Direito,* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 182-191). A ideia segundo a qual importa justificar adequadamente a decisão já era, aliás, uma tônica das teorias da argumentação jurídica ao menos desde a década de 60. Segundo destaca A. A. MUÑOZ, *Transformações na Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 164-165, tais teorias trabalharam num terreno que as teorias positivistas, como as de H. KELSEN e H. L. A. HART, haviam deixado inexplorado ao relegarem o problema da decisão judicial ao campo da vontade, ao menos nos casos dúbios, pois nos casos fáceis – a maioria - a subsunção parecia resolver o problema sem maiores dificuldades, sem a possibilidade de se encontrar critérios jurídicos e racionais para encontrar a resposta correta ou uma argumentação racional para resolvê-los. É o caso da obra de T. VIEHWEG e do trabalho da Nova Retórica com C. PERELMAN, que buscam demonstrar a existência de padrões de argumentação racionais no campo jurídico para além da mera subsunção, os quais permitem avaliar quando se está diante de uma boa ou má argumentação. Para T. VIEHWEG, que rejeita a exclusividade da dedução como modo de racicocínio jurídico, uma decisao racional é aquela bem construída, ainda que o critério final acabe sendo alguma instância de autoridade. Para C. Perelman, por outro lado, uma decisão, para nãos er arbitrária, deve se mostrar capaz de persuadir uma auditório universal.. Assim, percebe-se a importância da motivação como meio de demonsrtração da racionalidade (ainda que em sentido fraco) de uma decisão. Mais recentemente, dentre os autores que enfatizam como as exigências da razão prática, ou seja, de que uma decisão se revista de uma argumentação racional, dotada da possibilidade de universalização, consistência interna e coerência com o sistema, devem ser mencionados N. MACCORMICK, e R. ALEXY. Para uma exposição detalhada das teorias da argumentação, de T. VIEHWEG a R. ALEXY, confiram-se A. A. MUÑOZ, *Transformações* cit., pp. 170 e ss., e M. ATIENZA, *Las razones del derecho,* 3ª ed., 2003, trad. port. de M. C. G. CUPERTINO, *As razões do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Landy, 2006, pp. 45-58 (T. VIEHWEG), pp. 59-91 (C. PERELMAN), pp. 117-158 (N. MACCORMICK) e pp. 159-210 (R. ALEXY).

[12] Sem a pretensão de se esgotar a bibliografia sobre o tema, podem ser citados: M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindungen*, 1962, trad. esp. de J. MIQUEL, *En torno al método de los juristas romanos*, Colonia del Carmen, Coyoacan, 2013; F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo. I Band,* Innsbruck, Universität, 1969; L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, Giappichelli, 2007; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975; E. PÓLAY, *Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen*, Szeged, 1979; E. SEIDL, *War Begriffsjurisprudenz die Methode der Romer?*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 43, 3 (1957), pp. 343-366; F. WIEACKER, *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*, in D. MEDICUS e H. H. SEILER (eds.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1976, pp. 3-27; F. WIEACKER, *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, in *SZ* 94 (1977), pp. 1-42; W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in *ANRW* II, 15 (1976), pp. 3-100; W. WALDSTEIN, *Konsequenz als Argument klassischer Juristen*, in *SZ* 92 (1975), pp 26-68; E. BUND, *Zur Argumentation der römischen Juristen*, in *Studi in Onore di Edoardo Volterra I*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 571-587. Dentre obras sobre o estilo de argumentação de juristas específicos, podem ser citadas as de J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana. Entscheidungsbegründungen bei Celsus und Julian*,

A presente tese busca trazer uma contribuição específica, apreciando a forma como um dos imperadores romanos, Marco Aurélio, motivava suas decisões, ou seja, qual a argumentação jurídica empregada para tanto.

Não obstante os *decreta*, decisões proferidas pelo imperador no exercício do poder jurisdicional, fossem mais comparáveis com as decisões judiciais atuais, optou-se por estudar outro tipo de constituição imperial, os *rescripta*, que, em sentido amplo, indicam as respostas que os imperadores davam às consultas que lhes eram formuladas por particulares, magistrados, funcionários, corporações ou comunidades locais.

Isto se deu, em primeiro lugar, porque a análise das motivações contidas em diversos *decreta principum* já foi realizada no recente trabalho de M. RIZZI, publicado em 2012.[14] Além disso, ao estudar os rescritos, que, enquanto constituições de caráter casuístico,[15] apresentam grande proximidade com os decretos – J-P. CORIAT chega a chamá-los de "decretos condicionais"-,[16] dá-se continuidade à pesquisa realizada no mestrado, que tratou da atividade consultiva dos juristas, com um estudo sobre a consultoria jurídica prestada pelo próprio imperador.

Berlin, Duncker & Humboldt, 2012.

[13] Dentre os diversos trabalhos a respeito do tema, cumpre destacar a obra de J-P. Coriat, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Rome, École française de Rome, 1997, que no capítulo dedicação aos métodos substanciais de legislação imperial, dedica amplo espaço à motivação das decisões imperiais. Ampla referência bibliográfica é dada pelo autor na p. 461, nt. 8. Mais recentemente, podem ser citados, a título de exemplo, os trabalhos de M. TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico,* in G. Santucci (a cura di), *"Aequitas". Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Covengno. Trento, 11 e 12 aprile* 2002, Padova, CEDAM, 2006, pp. 53-273, e M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età clássica*, Milano, Giuffrè, 2012.

[14] *Imperator* cit.,

[15] Esta a nomenclatura única sob a qual os reúne C. A. CANNATA, *Histoire de ça jurisprudence européene,* 1989 e 1996, trad. esp. de L. GUTIÉRREZ-MASSON, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 90 e ss.

[16] *La technique du rescrit à la fin du principat*, in *SDHI* 51 (1985), p. 323: "*au titre de décret virtuel, conditionnel, les dispositions qu'il prescrit s'imposent à celui qui connaît du litige, sous réserve du contrôle de la véracite des faits allégués par le réquerant*." O mesmo autor faz a aproximação entre rescritos e decretos em *Le prince législateur* cit., p. 98: "*Pour le rescrit comme pour le décret, c'est la même démarche qui est à l'oeuvre. L'empereur, héritier à la fois des jurisconsultes dotes du ius publice respondendi et du juge ordinaire, donne son avis qui, dans le premier cas est officialisé par une réponse plus ou moins contraignante, et dans le second est consacré sous la forme de la sentence judiciaire. C'est ainsi qu'à l'époque post-classique cette procédure par rescrit fait partie intégrante de la marche de l'instance et que les décrets ne se distinguent plus des rescrits*." Para T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, London, Duckworth, 1981, p. 30, contudo, o rescrito é mais um parecer do que um julgamento, sendo equivocada, em sua opinião, a expressão de L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, Adolf Holzhausen, 1953, p. 464, para quem os rescritos são, indiscutivelmente, decisões (*unanfechtbare Entscheidungen*).

Diante do grande número de rescritos presentes nas fontes, foi necessário restringir a pesquisa a um único imperador. A escolha de Marco Aurélio se deu inicialmente de forma intuitiva, por se tratar de um imperador conhecido por suas incursões na filosofia e pelas decisões que revelam a utilização expressa de categorias como a *humanitas*, a *benignitas* e a *utilitas*.[17]

[17] O interesse pela obra jurídica de Marco Aurélio não é inédito. Já no século XVIII, surgem trabalhos versando especificamente sobre esse imperador e sua legislação. É o caso das obras de Q. G. SCHACHER, *Singularia M. Aurelii Antonini Philosophi jurisprudentiae capita*, Leipzig, 1732, e J. O. WESTENBERG, *Divus Marcus seu Dissertationes ad Constitutiones Marci Aurelii Antonini*, Leiden, 1736. No século XIX, há a tese de doutorado apresentada em Paris por H. DUMÉRIL, *De constitutionibus Marci Aurelii Antonini*, Toulouse, Douladour-Privat, 1882, em cujo prefácio advertia para a insuficiência das obras anteriores sobre o tema (Westenberg e Schacher), em razão das questões inexploradas e da descoberta de novos textos como as Institutas de Gaio, os *Fragmenta Vaticana* e fontes epigráficas. Adentrando o século XX, e especificamente sobre a atividade dos *divi fratres* há a monografia de M. SCARLATA FAZIO, *Principii vecchi e nuovi di diritto privato nell'attività giurisdizionale dei 'divi fratres'*, Catania, Crisafulli, 1939, que se limita, no entanto, a constituições relativas ao direito privado. Em seguida, é publicada a tese de P. NOYEN, *De wetgeving en het staatsbestuur van Marcus Aurelius* (A legislação e o governo de Marco Aurélio), Tese (Doutorado) - Universidade de Ghent, 1954 (1979). Pelo mesmo autor foram publicados dois artigos contendo em parte as conclusões de sua tese, que versava sobre a influência do estoicismo na atividade normativa de Marco Aurélio: *Divus Marcus, princeps prudentissimus et iuris religiossimus*, in *RIDA* 1 (1954), pp. 349-371; *Marcus Aurelius, the Greatest Practician of Stoicism*, in *L' Antiquité Classique* 24 (1955), pp. 372-383. Tais conclusões são rebatidas por G. R. STANTON, *Marcus Aurelius, Emperor and Philosopher*, in *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* 18.5 (1969), pp. 570-587. Mais recentemente, F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino, Giappichhelli, 2003, discorre sobre uma possível regulamentação unitária do processo civil realizada por Marco Aurélio por meio de uma *oratio princeps* mencionada em diversos fragmentos do Digesto, não obstante analise também diversos rescritos em matéria de processo civil. Em obra anterior, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano, Giuffrè, 2000, o mesmo autor tratou de algumas constituições imperiais de Marco Aurélio em meio a um estudo mais geral voltado a apreciar a eficácia processual das *epistulae* e a origem do processo *per relationem*. Em seguida, surgiu o estudo de T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Stuttgart, Franz Steiner, 2010, cujo objetivo foi justamente o de verificar o grau de influência das concepções estoicas sobre a legislação de Marco Aurélio, fazendo-o mediante uma análise de suas constituições em matérias de escravidão. Por fim, M. AVENARIUS, *Marc Aurel und die Dogmatik des römischen Privatrechts. Kaiserliche Rechtspflege im System der Rechtsquellen und die Ausfüllung von Gestaltungsspielräumen in einer Übergangszeit der Rechtsentwicklung*, in M. VAN ACKEREN e J. OPSOMER (orgs.), *Selbstbetrachtungen und Selbstdarstellungen. Der Philosoph und Kaiser Marc Aurel im interdisziplinären Licht*, Wiesbaden, Reichert, 2012, pp. 203-282, trata de constituições de Marco Aurélio em matéria sucessória. No Brasil, além de escritos como o de A. CORREA, *O estoicismo no Direito Romano*, Tese (Livre-Docência), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1950, que tangencia alguns de seus aspectos (sobretudo em matéria de liberdade e direito sucessório, ao tratar do Senatusconsulto Orficiano, que ampliou a capacidade de as mulheres herdarem dos filhos e serem sucedidas por eles), a obra de Marco Aurélio foi parcialmente apreciada em recentes publicações de A. S. M. C. MATOS, sob o critério da filosofia do direito e que tratou de alguns rescritos do imperador tanto em sua tese de doutorado (*O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça: universalismo, liberdade e igualdade no discurso da Stoá em Roma*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009) quanto em artigos científicos específicos (A. S. M. C. MATOS, *Diálogos e confluências entre o estoicismo e o Direito Romano Clássico*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 98 (2008), pp. 295-336, e A. S. M. C. MATOS P. S. NASCIMENTO, *A inserção do estoicismo no Direito Romano Clássico: os rescritos do Imperador Marco Aurélio sobre Direito de Família e direito à liberdade*, in *Phronesis* (FEAD-Minas) 6 (2010), p. 25-45).

Marco Aurélio, antes chamado Marco Ânio Vero, nascido numa família originária da Espanha e que depois se muda para Roma, foi adotado por Antonino Pio em 138 d.C., juntamente com Lúcio Vero (filho de Lúcio Élio César, antigo escolhido para a sucessão imperial, mas que falecera), como cumprimento de uma condição imposta por Adriano para que o próprio Pio fosse adotado como seu sucessor ao trono, sendo desde então associado ao governo imperial.

Em 161 d.C., com a morte de Antonino Pio, Marco Aurélio asssume o trono e o partilha com seu irmão Lúcio Vero até o ano de 169, quando este falece a caminho da fronteira setentrional do império. De 169 a 177, governa sozinho, até que associa seu filho Cômodo ao trono, morrendo em 180 d.C.

Já no início de seu governo, enfrentou uma guerra de quase cinco anos contra a Pérsia, permanecendo em Roma para cuidar da administração civil enquanto Lúcio Vero se deslocou para o *front*, embora a responsabilidade pelo sucesso na guerra, terminada em 166 d.C., segundo os historiadores, caiba mais aos seus generais, como Avídio Cássio, mais tarde responsável por uma mal-sucedida tentativa de golpe. Terminada a guerra na Pérsia, torna-se insustentável a situação na fronteira germânica e, desde então, com exceção de curtos períodos na capital, a vida de Marco Aurélio e, portanto, a administração do império, dão-se no campo de batalha, onde em 180, às margens do Sava, falece.[18]

Como membro da elite romana, Marco Aurélio recebera, durante sua juventude, ampla formação cultural, que incluía, certamente, a retórica, ensinada a ele por Cornélio Frontão, cuja correspondência sobreviveu e fornece importantes informações sobre esse período da vida do imperador. Com o tempo, contudo, seus interesses migram para o campo da filosofia, que aprendeu ouvindo as lições de Rústico e Apolônio, dois dos mais célebres representantes do estoicismo da época.

[18] Dentre a amplíssima bibliografia sobre a vida e o governo de Marco Aurélio,que refoge ao âmbito da tese, podem ser mencionadas as seguintes obras: M. VAN ACKEREN (ed.), *A Companion to Marcus Aurelius*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2012, especialmente pp. 95-233; M. GRANT, *The Antonines*. *The Roman Empire in Trnaisition*, London-New York, Routledge, 1996, especialmente pp. 24-63; A. BIRLEY, *Marcus Aurelius. A Biography, Revised Edition*, New York, Routledge, 2000; F. MCLYNN, *Marcus Aurelius. A Life*, Cambridge, De Capo, 2009; E. RENAN, *Marc-Aurèle et la fin du monde antique*, Paris, Calmann Lévy, 1882; P. GRIMAL, *Marc Aurèle*, Paris, Fayard, 1991.

Nesse campo, deixou Marco Aurélio uma obra destinada a ter grande sucesso posterior, os seus *Pensamentos* ou *Meditações* (*Tὰ eἰs ἑautón* – a si mesmo), que não constituem um verdadeiro tratado de filosofia ou um manual de ética, mas uma espécie de diário pessoal, com meditações filosóficas sobre os mais diversos temas, ou mesmo exercícios espirituais nos moldes da filosofia antiga, que retomam diversos motivos da filosofia estoica, sem deixar de conter ideias de corte platônico e revelar certo ecletismo.[19]

Marco Aurélio, que recebera formação jurídica de Lúcio Volúsio Meciano,[20] segundo demonstram as fontes literárias e a própria quantidade de constituições imperiais por ele emanadas, dedica ao campo do direito grande atenção, passando boa parte de seus dias a julgar os casos que lhe eram submetidos, com grande diligência e, não raro, com auxílio de homens ilustres e de seu *consilium*, do qual fizeram parte juristas como Sálvio Juliano, Marcelo, Cervídio Cévola, Tarrucieno Paterno e o próprio Meciano.[21]

---

[19] Sobre a formação filosófica de Marco Aurélio e seu pensamento, confiram-se M. VAN ACKEREN (ed.), *a Companion* cit., pp. 318 e ss; M. POHLENZ, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung,* 1959, trad. it. de O. DE GREGORIO, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, Milano, R.C.S., 2005, pp. 709 e ss; M. VAN ACKEREN, e J. OPSOMER (orgs.), *Selbstbetrachtungen und Selbstdarstellungen. Der Philosoph und Kaiser Marc Aurel im interdisziplinären Licht*, Wiesbaden, Reichert, 2012, pp. 35 e ss; G. CORTASSA, *Introduzione,* in G. CORTASSA (a cura di), *Scritti di Marco Aurelio. Lettere a Frontone, Pensieri, Documenti,* Torino, UTET, 1984, pp. 11-59; P. HADOT, *La Citadelle intérieure. Introduction aux Pensées de Marc Aurèle*, Paris, Fayard, 1992; P. A. BRUNT, *Marcus Aurelius in His Meditations*, in *JRS* 64 (1974), pp. 1-20.

[20] SHA Marc. 3,6: *studuit et iuri audiens Lucium Volusium Maecianum*.

[21] Sobre a dedicação intensa ao trabalho judiciário: SHA Marc. 10,10: *Iudiciariae rei singularem diligentiam adhibuit*. Dedicou singular diligência à atividade judiciária; SHA Ver. 8,8-9 (em que se compara Marco Aurélio com Vero): 8. *Villam praeterea extruxit in via Clodia famosissimam, in qua permultos dies et ipse ingenti luxuria debacchatus est cum libertis suis et amicis Paridis, quorum praesentia nulla inerat reverentia,* 9 *et Marcum rogavit, qui venit, ut fratri venerabilem morum suorum et imitandam ostenderet sanctitudinem, et quinque diebus in eadem villa residens cognitionibus continuis operam dedit, aut convivante fratre aut convivia comparante*. "Além disso [Lúcio Vero] construiu uma casa de campo, na via Clódia, que ficou famosíssima, na qual também ele próprio, durante muitos dias, se entregou, com enorme luxúria, a uma devassidão sem limites, com os seus libertos e amigos de condição inferior, de cuja presença não tinha qualquer vergonha. 9. Até convidou Marco, que compareceu, para mostrar ao irmão que a venerável pureza dos seus costumes deveria ser imitada e, habitando durante cinco dias a mesma casa, entregou-se ininterruptamente ao estudo de processos, enquanto o irmão se banqueteava ou preparava banquetes.". Também Dião Cássio ressalta essa característica de Marco Aurélio, ao mencionar como, mesmo no acampamento de guerra do Danúbio, o imperador se dedicava ao julgamento de causas quando lhe sobrava tempo, conforme Dio Cass. 71(72),6,1-3: ὁ δ' αὐτοκράτωρ ὁσάκις ἀπὸ τοῦ πολέμου σχολὴν ἦγεν, ἐδίκαζε, καὶ ὕδωρ πλεῖστον τοῖς ῥήτορσι μετρεῖσθαι ἐκέλευε, 1 τάς τε πύστεις καὶ τὰς ἀνακρίσεις ἐπὶ μακρότερον ἐποιεῖτο, ὥστε πανταχόθεν τὸ δίκαιον ἀκριβοῦν. καὶ κατὰ τοῦτο καὶ ἕνδεκα πολλάκις καὶ δώδεκα 2 ἡμέραις τὴν αὐτὴν δίκην, καίπερ νυκτὸς ἔστιν ὅτε δικάζων,ἔκρινε. φιλόπονος γὰρ ἦν, καὶ ἀκριβῶς πᾶσι τοῖς τῇ ἀρχῇ προσήκουσι προσεφέρετο, καὶ οὐδὲν ἐν παρέργῳ οὔτε ἔλεγεν οὔτε ἔγραφεν οὔτε [p. 22] ἐποίει, ἀλλ' ἔστιν ὅτε καὶ περὶ τοῦ βραχυτάτου ἡμέρας ὅλας ἀνήλισκεν, οὐκ ἀξιῶν τὸν αὐτοκράτορα ἐξ ἐπιδρομῆς τι πράττειν: καὶ γὰρ ἐνόμιζεν ὅτι κἂν ἐλάχιστόν τι παρίδῃ, διαβολὴν αὐτῷ τοῦτο καὶ ἐπὶ τὰ ἄλλα πάντα οἴσει. "O imperador, assim que tinha algum descanso da guerra, exercia a jurisdição; costumava dar tempo abundante

Sua extensa produção legislativa pode ser apreciada sob diversas perspectivas, como ocorre, por exemplo, com os estudos que buscam identificar as possíveis influências do estoicismo em suas constituições imperiais, tema bastante controverso, havendo quem o veja como o maior efetivador das ideias da *stoa* que já existiu, quem o aponte como um imperador bastante conservador ou quem afirme que, como conhecedor do direito romano, inspirava suas decisões na *aequitas* mais do que na doutrina estoica,[22] que ele utilizava mais como ferramenta de aperfeiçoamento pessoal do que de transformação das instituições.

Na presente tese, dada a perspectiva mais específica escolhida para a análise das decisões do imperador, o debate sobre o possível influxo de ideias filosóficas na produção legislativa não foi alçado ao primeiro plano, ainda que não tenha perdido sua relevância, dada a utilização de categorias como a *humanitas*, dentre outras, assim como alguns tipos de motivações que será possível relacionar com ideias bem precisas presentes em suas meditações.

Mais do que aferir a substância das decisões tomadas e os princípios subjacentes, ainda que em vários casos seja fundamental, busca-se aqui desvelar as formas pelas quais o imperador Marco Aurélio, em todos os períodos de seu governo,[23] argumentava juridicamente, ou seja, o modo como justificava as decisões tomadas.

---

para os oradores e gastava muito tempo em inquisições e exames preliminares, a fim de garantir a mais estrita justiça por todos os meios. Por conseguinte, com frequência passava onze ou doze dias julgando o mesmo caso, ainda que os julgamentos continuassem noite adentro. Pois era industrioso e se dedicava diligentemente a todos os deveres de seu cargo; e não dizia ou escrevia nada como se fosse uma questão menor, mas às vezes gastava dias no ponto mais específico, não considerando correto que o imperador devia fazer qualquer coisa de forma apressada. Pois acreditava que se deixasse passar mesmo o menor detalhe, isto traria reprovação sobre todas as suas demais ações." Baseada, assim como as demais traduções de Dião Cássio, na tradução inglesa da LOEB Classics, feita por E. CARY e disponível eletronicamente em http://penelope.uchicago.edu/Thayer/e/roman/texts/cassius_dio/home.html, Acesso em 20/05/2015. Quanto ao costume de consultar o conselho para decidir, veja-se SHA Marc. 11,10: *Ius autem magis vetus restituit quam novum fecit. habuit secum praefectos, quorum et auctoritate et periculo semper iura dictavit. Usus autem est Scaevola praecipue iuris perito.* "Porém, ele, mais do que criar um novo direito, restaurou o antigo. Rodeou-se de prefeitos, pela autoridade e responsabilidade dos quais sempre ditou as leis. Recorreu sobretudo a Cévola, homem versado no direito." Nas fontes jurídicas, exemplos de atuação do *consilium principis* encontram-se em Marcell. 29 *dig.* D. 28,4,3 e Ulp. 14 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 37,14,17pr, analisados mais adiante (ver nota 570 e item 2.3.3).

[22] L. DE BLOIS, *The Relation of Politics and Philosophy under Marcus Aurelius*, in M. VAN ACKEREN (ed.), *A Companion to Marcus Aurelius*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2012, pp. 179-180.

[23] Mesmo quando associou ao trono Lúcio Vero e, posteriormente, Cômodo, é possível supor que, não apenas

Para tanto, contudo, inicialmente, no capítulo 1, a fim de introduzir o tipo de fonte a ser depois analisada, expõem-se as origens e o funcionamento do sistema dos rescritos, o modo como os imperadores eram consultados e respondiam as questões de direito que lhes eram submetidas e quais as funções que esse sistema desempenhava na sociedade romana. Além disso, trata-se também do fundamento da força normativa dos rescritos e do modo pelo qual eles se tornavam fonte do direito.

Em seguida, no capítulo 2, centro da tese, a partir da análise de decisões específicas, propõe-se uma sistematização dos argumentos empregados por Marco Aurélio para motivar seus rescritos.

Como introdução ao tema, busca-se apresentar um esboço do problema da motivação das decisões jurídicas na experiência romana, desde a sentença judicial, passando pelos atos dos pretores, pelos pareceres dos juristas, que guardam grande proximidade com os rescritos imperiais, até se chegar às constituições imperiais, mostrando-se como, apesar da ausência de um dever de motivar suas decisões, o *princeps* acabava por fazê-lo, segundo funções sociais diversas.

Em seguida, após se esclarecerem os critérios pelos quais foram selecionadas e classificadas as fontes, os rescritos escolhidos são expostos conforme o tipo de argumento ou motivação empregado pelo imperador, o que revela o amplo leque de formas de raciocínio por ele empregado, permitindo interessantes conclusões quanto ao exercício do poder imperial e sua contribuição para a história do método jurídico romano.

---

pela atenção que dedicava ao trabalho jurídico, em contraste com Lúcio Vero, por exemplo, mas porque Vero, durante a guerra contra os partos, permaneceu fora de Roma, de modo qe os rescritos atribuídos aos *divi fratres* foram provavelmente emanados com maior grau de atuação de Marco Aurélio.

1. OS RESCRITOS COMO FONTE DE DIREITO

1.1. A PRÁTICA DOS RESCRITOS IMPERIAIS

1.1.1. ORIGENS HISTÓRICAS

Com a crise da república e a assunção do poder por Augusto, surge no cenário um personagem não exatamente enquadrável nas categorias republicanas e que, dotado de grande poder e autoridade, não poderia deixar de influir sobre o complexo das fontes de direito herdado do período anterior.[24]

O *princeps*, contudo, deu os primeiros passos na senda da atividade normativa de forma bastante prudente. Augusto se valeu do concurso dos comícios republicanos para a promulgação de medidas importantes como as *leges Iuliae iudiciorum privatorum* ou suas conhecidas leis matrimoniais e, para emanação de normas gerais empregou ainda diversos *edicta*, instrumento tradicional da prática republicana (ainda que utilizado por ele com finalidade diversa daquela de estabelecer um programa de ação, como fazia o pretor durante a república).

Durante o século I d.C., vários são os senatusconsultos versando sobre relevantes questões de direito privado, denotando até mesmo um incremento na atividade do Senado, ainda que por iniciativa do *princeps*, cujas propostas são cada vez mais aprovadas sem questionamento (o que culmina na própria mudança de designação dos senatusconsultos como *orationes principis*). [25]

---

[24] Na resumida expressão de Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,11: *igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset*. "Por conseguinte, constituído o príncipe, foi dado a ele o direito, a fim de que o que ele elaborasse fosse confirmado."

[25] Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 7ª ed. , Napoli, Jovene, 2006, p. 242; M. TALAMANCA, *Le costituzioni imperiali nel sistema normativo del principato. Il ius extraordinarium e la cognitio extra ordinem,* in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, pp. 430-431.

A atividade do pretor, por seu turno, continua em pleno desenvolvimento, ao menos até sua cristalização e posterior engessamento com a codificação do *Edictum Perpetuum* sob Adriano.

Por fim, no que diz respeito à jurisprudência, à qual coube durante séculos o aconselhamento dos particulares, magistrados e juízes em matéria jurídica e a interpretação criativa e sistematizadora do direito, a intervenção do imperador também se fez notar, ainda que de forma aparentemente discreta. Com a introdução do *ius respondendi ex auctoritate principis*, Augusto conferiu a alguns juristas o direito de dar respostas com a autoridade do próprio príncipe, aumentando assim a força desses pareceres e, sem restringir expressamente a atuação dos juristas não beneficiados ou mesmo influir diretamente no conteúdo das opiniões dos juristas autorizados, criou uma espécie de distinção imperial no interior de uma profissão de fundamental importância para o desenvolvimento do direito, além de buscar, de certa forma, a colaboração dos juristas mais influentes.

No entanto, progressivamente, ao mesmo tempo em que solapavam as demais formas republicanas de criação do direito e intervinham mais diretamente na seara jurídica,[26] os imperadores, sem abolir a profissão dos juristas, foram assumindo eles mesmos, em razão de sua *auctoritas*, a função de intérpretes, exercendo-a basicamente de duas formas, como juízes e como consultores, atuação que dá origem às constituições imperiais de corte casuístico: *decreta* e *rescripta*.

Desde cedo os imperadores desenvolveram uma atuação judicial relevante, proferindo decisões em única instância nos processos submetidos a seu julgamento ou em sede de apelação, contra decisões proferidas no *ordo iudiciorum* ou na *cognitio extra ordinem*.[27]

Suetônio narra como Augusto dizia o direito *adsidue*, até mesmo à noite,[28] e outros autores mencionam julgamentos presididos pelo imperador.[29] Tibério também é descrito

[26] Para um resumo e análise do significado de tais interferências, F. GALLO, *Princeps e ius praetorum*, in *Rivista di Diritto Romano* 1 (2001), pp. 1-19.
[27] C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 90.
[28] Suet. Aug. 33: *Ipse ius dixit assidue et in noctem nonnumquam* (...).

administrando a justiça por diversos autores,[30] assim como Calígula,[31] Cláudio,[32] Nero,[33] Vespasiano,[34] Domiciano,[35] Nerva[36] e Trajano.[37]

---

[29] Dio Cass. 55,33,5 : καὶ ἐπειδὴ καὶ τῷ γήρᾳ καὶ τῇ τοῦ σώματος ἀσθενείᾳ ἔκαμνεν, ὥστε μὴ δύνασθαι πᾶσι τοῖς δεομένοις τι αὐτοῦ χρηματίζειν, τὰ μὲν ἄλλα αὐτὸς μετὰ τῶν συνέδρων καὶ διεσκόπει καὶ ἐδίκαζεν, ἐν τῷ παλατίῳ ἐπὶ βήματος προκαθήμενος, τὰς δὲ δὴ πρεσβείας τάς τε παρὰ τῶν δήμων καὶ τὰς παρὰ τῶν βασιλέων ἀφικνουμένας τρισὶ τῶν ὑπατευκότων ἐπέτρεψεν, ὥστ᾽ αὐτοὺς χωρὶς ἕκαστον καὶ διακούειν τινῶν καὶ ἀπόκρισιν αὐτοῖς διδόναι, πλὴν τῶν ὅσα ἀναγκαῖον ἦν τήν τε βουλὴν καὶ ἐκεῖνον ἐπιδιακρίνειν. "Agora, conforme Augusto se tornarva mais cansado em razão da idade e da fraqueza de seu corpo, de modo que não podia cuidar dos negócios de todos os que precisavam de sua atenção, embora ele continuasse a investigar os casos judiciais e proferir julgamentos pessoalmente, com seus assistentes, sentado no tribunal no palácio, confiou a três ex-cônsules as embaixadas enviadas a Roma pelos povos e reis; estes, tomando assento separadamente, davam audiência a essas embaixadas e as respondiam, exceto em casos nos quais a decisão final tinha de ser necessariamente proferida pelo Senado e por Augusto." Também em Dio Cass. 53,21,5, relata-se a atividade judiciária com o *consilium*: νομίζεσθαι. ἐσέφερε μὲν γάρ τινα καὶ ἐς πᾶσαν τὴν γερουσίαν, βέλτιον μέντοι νομίζων εἶναι τὸ μετ᾽ ὀλίγων καθ᾽ ἡσυχίαν τά τε πλείω καὶ τὰ μείζω προσκοπεῖσθαι, τοῦτό τε ἐποίει καὶ ἔστιν "Embora ele levasse algumas matérias diante de todo o Senado, ainda assim ele geralmente seguia esse plano, considerando melhor levar a um aconselhamento preliminar em consulta com alguns poucos a maioria das matérias e as mais importantes; e algumas vezes ele até mesmo tomava assento juntamente com esses homens no julgamento das causas." Valério Máximo, por seu turno, menciona julgamentos feitos por Augusto em Val. Max 7,7,3 e Val. Max 7,7,4.

[30] Tácito cita uma *cognitio* imperial em Tac. Ann. 1,7,5 e Tac. Ann. 3,10, assim como Suet. Tib. 33, que descreve Tibério intervindo de forma indireta nos julgamentos, como conselheiro ou admoestando os jurados, ainda que não assumisse ele mesmo a cognição do feito: *Paulatim principem exeruit praestititque etsi varium diu, commodiorem tamen saepius et ad utilitates publicas proniorem. Ac primo eatenus interveniebat, ne quid perperam fieret. Itaque et constitutiones senatus quasdam rescidit et magistratibus pro tribunali cognoscentibus plerumque se offerebat consiliarium assidebatque iuxtim vel exadversum in parte primori; et si quem reorum elabi gratia rumor esset, subitus aderat iudicesque aut e plano aut e quaesitoris tribunali legum et religionis et noxae, de qua cognoscerent, admonebat.* "Pouco a pouco, começoua a mostrar-se como príncipe e a governar como tal. Sua linha de conduta, incerta durante muito tempo, tornou-se rapidamente conveniente e adaptada ao interesse público. A princípio, só intervinha para impedir abusos. Assim, cassou alguns decretos do Senado e muitas vezes se ofereceu aos magistrados como conselheiro, no julgamento de certas causas. Sentava-se ao lado deles ou frente a frente, no primeiro lugar. Se corria o boato de que um acusado ia, por proteção, escapar às penas da lei, aparecia de repente e, ou do seu lugar, ou do tribunal do questor, lembrava aos juízes o espírito das leis, o juramento, e o delito de que deviam tomar conhecimento." Tradução de S. GARIBALDI, *A Vida dos Doze Césares*, São Paulo, Ediouro, s/d, utilizada para os demais trechos de Suetônio mencionados na tese. R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoria dele fonti del diritto nel periodo romano classico. Nota prima*, in *Scritti, vol. I*, Napoli, Jovene, 1998, cit., p. 42, nt. 126, menciona Inst. 2,15,4 e Pomp. 12 *ex var. lect.* D. 28,5, 42 como exemplos de decisões judiciais tomadas por Tibério.

[31] Dio Cass. 59,18: ἐξαναλωθεὶς γὰρ ἐς αὐτὴν πολλῷ πλείοσι διὰ τὰς οὐσίας ἐπεβούλευσεν. ἐδίκαζε . "Conduzia julgamentos tanto sozinho quando com o Senado inteiro."

[32] Afirma-se que ele administrava justiça diariamente (Dio Cass. 60,4 e Dio Cass. 60,16; Zonaras 11,8) mesmo em dias festivos (Suet. Claud. 14: *Ius et consul et extra honorem laboriosissime dixit, etiam suis suorumque diebus sollemnibus, nonnumquam festis quoque antiquitus et religiosis*. "No consulado ou fora dele, exerceu a justiça sempre com muito zelo, mesmo durante os dias solenes para si e para os seus, e, muitas vezes, mesmo durante as festas e as cerimônias religiosas que remontavam à mais alta antiuidade."), além de assistir aos julgamentos presididos pelos magistrados, na qualidade de conselheiro (Suet Claud. 12: *Cognitionibus magistratuum ut unus e consiliariis frequenter interfuit.*). Em Suet. Claud. 15, vêmo-lo impondo a realização de uma *cognitio* (*Cum decurias rerum actu expungeret, eum, qui dissimulata vacatione quam beneficio liberorum habebat responderat, ut cupidum iudicandi dimisit; alium interpellatum ab adversariis de propria lite negantemque cognitionis rem sed ordinari iuris esse, agere causam confestim apud se coegit, proprio negotio documentum daturum, quam aequus iudex in alieno negotio futurus esset*.

Aos poucos, o imperador, no bojo de uma atuação como concessor de benefícios e privilégios que remonta até mesmo aos líderes do final da república, acaba assumindo

---

"Ao passar em revista as decúrias, no despacho dos trabalhos judiciários, demitiu, por ambicioso, um cavaleiro que respondera à chamada, dissimulando a isenção com que beneficiara os próprios filhos. Como outro, interpelado por seus adversários a respeito dum processo pessoal, pretendesse que este não era da competência dos interpelantes, mas da jurisdição ordinária, Cláudio obrigou-o a julgar imediatamente esse processo, perante a sua pessoa, a fim de poder observar, vendo-o sentenciar em causa própria, até que ponto ia sua retidão no julgamento dos feitos alheios."). Em Sen. Apocol. 12,3 se resume, não sem ironia, o exercício intenso da atividade judiciante, ao questionar se, após a morte do imperador, haveria alguém para julgar as lides durante o ano inteiro (*quis nunc iudex toto lites audiet anno*).

[33] Suet. Ner. 15 menciona o exercício zeloso da atividade jurisdicional: *In iuris dictione postulatoribus nisi sequenti die ac per libellos non temere respondit. Cognoscendi morem eum tenuit, ut continuis actionibus omissis singillatim quaeque per vices ageret. Quotiens autem ad consultandum secederet, neque in commune quicquam neque propalam deliberabat, sed et conscriptas ab uno quoque sententias tacitus ac secreto legens, quod ipsi libuisset perinde atque pluribus idem videretur pronuntiabat*. "Nas suas funções judiciárias, quase não respondia aos demandistas senão no dia seguinte e por escrito. Durante as audiências, sempre teve por hábito suprimir as razões continuadas e ouvir, uma a uma, por seu turno, as partes, a respeito de cada ponto do debate. Todas as vezes que se retirava para pedir um conselho, não deliberava nem em comum, nem publicamente. Porém, lia em silêncio e à parte as opiniões que lhe davam, por escrito, cada qual dos juízes e pronunciava o que lhe viesse à cabeça, como se fosse o parecer da maioria."

[34] Em Mod. *l. s. de manum.* D. 37,14,7pr, menciona-se um *decretum* de sua autoria (*Divus Vespasianus decrevit*).

[35] Suet. Dom. 8: *Ius diligenter et industrie dixit, plerumque et in foro pro tribunali extra ordinem; ambitiosas centumvirorum sententias rescidit; reciperatores, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent, identidem admonuit; nummarios iudices cum suo quemque consilio notavit*. "Praticou a justiça com diligência e zelo. Dava, até, frequentemente, audiências extraordinárias no seu tribunal do Fórum. Cassou as sentenças ambiciosas dos centúnviros. Recomendou repetidas vezes aos recuperadores que não se fiassem muito das belas palavras. Assinalou com a nota de infâmia tanto os juízes venais como os seus arrestros." Também Aur. Vict. Epit. 11: *Ius aequissime dixit*. "Disse o direito de maneira muito equitativa."

[36] Aur. Vict. Epit. 12,5, o descreve como um frequente árbitro de contendas (*Hic iurgiorum disceptator et scientissimus et frequens fuit*).

[37] Plínio, em seu panegírico a Trajano, retrata o constante exercício de atividade judicante e elogia a natureza equitativa dos julgamentos desse imperador, bem como sua imparcialidade (Plin. Pan. 77: *Reliqua pars diei tribunali dabatur. Ibi vero quanta religio aequitatis! quanta legum reverentia! Adibat aliquis ut principem: respondebat, se consulem esse. Nullius ab eo magistratus ius, nullius auctoritas imminuta est: aucta etiam; siquidem pleraque ad praetores remittebat, atque ita, ut collegas vocaret: non quia populare gratumque audientibus, sed quia ita sentiebat. Tantum dignationis in ipso honore ponebat, ut non amplius esse censeret, quod aliquis collega appellaretur a principe, quam quod praetor esset. Ad haec tam assiduus in tribunali, ut labore refici ac reparari videretur.* "O restante do dia era dedicado ao tribunal. Ali, então, quanto respeito pela equidade, quanta reverência pelas leis! Alguém se dirigia a ele como Príncipe? Respondia ser apenas cônsul. Jamais foram por ele diminuídos o direito ou a autoridade dos magistrados, mas sim aumentos, pois delegava muitas causas aoas pretores, e de forma a que pudesse chamar seus coleas, não para adquirir o favor popular ou de quem o ouvia, mas porque assim achava correto. Depositava tanta dignidade nessa magistratura que não desejava ser chamado de forma superior a seus colegas, como principe, mas como pretor. Era tão assíduo no tribunal que o labor lhe parecia mais revigorar que e dar mais vigor.'. Plin. Pan. 80: *Quid? In omnibus cognitionibus, quam mitis severitas, quam non dissoluta clementia! Non locupletando fisco sedes, nec aliud tibi sententiae tuae pretium, quam bene iudicasse*. "E o que mais? Em todas as cognições, mais uma doce severidade que uma uma clemência dissoluta! Não tomas assento para enriquecer o fisco, nem recebes outro prêmio de tuas sentenças senão o de bem julgar."). Traços dessa atuação aparecem ainda no epistolário de Plínio, que narra diversas *cognitiones* ocorridas perante o imperador (Plin. Epist. 6,31,1ss).

também, de forma progressiva, a tarefa de responder a consultas sobre pontos controversos de direito.

Sabe-se que, segundo uma prática de origens incertas, mas que remonta ao final da república, sobretudo com César, eram dirigidos a Augusto, diretamente ou por meio de representantes, pedidos de benefícios ou favores, às vezes oralmente, às vezes por escrito, com o envio de uma *epistula* ou um *libellus.*[38]

Havia, ainda, uma espécie de demanda para que o imperador atuasse também resolvendo questões jurídicas controversas.[39] Mas Augusto, que parece ter tentado delegar essa função com o estabelecimento do *ius respondendi*, raramente respondia a esse tipo de questionamento, embora haja diversos institutos por ele introduzidos que talvez tenham se originado num rescrito. De qualquer forma, o que demonstram é que provavelmente o *princeps* já era instado, nessa época, a se pronunciar sobre questões jurídicas, assim como se buscava o auxílio de seu tribunal para a resolução de alguns litígios.[40]

Os sucessores de Augusto, contudo, não puderam se furtar a essa tarefa, uma vez que as divergências entre os juristas eram muitas e havia uma demanda social por uma interpretação uniforme do direito, sendo insuficiente, portanto o mecanismo do *respondere ex auctoritate principis* conferido aos juristas mais eminentes.[41]

A ampliação da competência decisória do *princeps* como última instância, por sua vez, levou também a um incremento na prática de consultá-lo de forma preventiva, no curso de um litígio em primeira instância ou até mesmo antes do ajuizamento de uma

---

[38] V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti*, in *Storia di Roma. Vol. II. 3. La cultura e l'Impero*, Torino, Einaudi 1992, p. 101.

[39] Segundo F. MILLAR, *The emperor in the roman world*, 2 ª ed., London, Duckworth, 2001, p. 11, a sociedade, além de exigir do imperador a proteção militar, demandava, nos tempos de paz, não um programa de mudança social, mas uma disposição para ser ouvida, para ter seus reclamos respondidos pelo príncipe, obter benefícios, ver a justiça ser administrada e o direito ser proclamado. Assim, "*from the very beginning of the empire, there was a demand that the emperor should behave as a basileus who heard the petitions of his subjects and answered them with verbal or written pronouncements which were themselves effective as legal acts.*"

[40] T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 23; V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La legislazione* cit., p. 102-103.

[41] T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 23.

ação,[42] sobre as questões de direito controversas ou duvidosas a serem enfrentadas nos processos, o que era feito para economizar tempo e meios judiciais.

Além disso, é provável que os juristas com *ius respondendi* vivessem geralmente em Roma, de modo que era difícil conseguir um *responsum* longe da capital, e nos locais mais distantes os magistrados também não conseguiam formar um conselho composto por juristas (ao contrário do que ocorria em Roma). Nem mesmo pedir um *responsum* por carta seria uma solução, já que a resposta para o caso dependeria de sua correta formulação em termos jurídicos já quando da consulta, para o que seria preciso socorrer-se de um jurista. Nessas circunstâncias, consultar o imperador parecia o meio mais simples e seguro.[43]

Buscava-se o parecer do príncipe também por um duplo fator: como ele estava cercado por um conselho de juristas dotados de grande autoridade, havia a garantia de um parecer tecnicamente qualificado, ao qual se somava ainda a autoridade oficial conferida pelo príncipe.[44] Assim, ao que tudo indica, as partes e juízes continuavam de certa forma a procurar o conselho dos juristas, agora mais facilmente acessíveis por meio do *consilium principis*, o que não era nada desvantajoso, pois seu parecer ainda vinha dotado de grande autoridade, maior até do que se fosse emanado *ex auctoritate principis* como consequência do *ius respondendi*.

Para os governadores, magistrados e funcionários, esse tipo de consulta também devia não só se mostrar como uma cautela, a fim de evitar passos em falso que contrariassem a vontade imperial, mas, com o tempo, até mesmo como uma espécie de obrigação, como parece demonstrar a extensa correspondência entre Plínio (enquanto governador da Bitínia) e o imperador Trajano.[45]

---

[42] Cf. M. TALAMANCA, *Rescripta, epistulae, decreta,* in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, p. 418.

[43] C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 91. A questão da distância em relação a um jurista autorizado é notada também por P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts,* 1888, trad. fr. de M. BRISSAUD, *Histoire des Sources du Droit Romain*, Paris, Thorin & Fils, 1894, p. 127, nt. 4, e A. D'ORS, *Rescriptos y cognición extraordinaria*, in *AHDE* 47 (1977), p. 17.

[44] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., pp. 245-246; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 77; J. GAUDEMET, *Les institutions de l'antiquité,* 7ª ed, Paris, Montchrestien, 2002, p. 345.

[45] F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 326; F. ARCARIA, *Referre* cit., pp. 55-59, chega a falar no *ius referendi* (a possibilidade que magistrados e funcionários tinhham de consultar o imperador) como uma espécie de *direito-dever*.

A partir de todos esses fatores, surge e se consolida a prática do *rescribere*, com seu resultado, os *rescripta*, termo que, em sentido amplo, designa as respostas dadas pelos imperadores às consultas que lhe eram feitas pelos particulares, magistrados, funcionários, corporações e cidades, que se dirigiam a ele em busca da concessão de algum favor (um privilégio, benefício, alguma isenção fiscal, a concessão da cidadania, etc...) ou da resolução de uma questão jurídica controversa,[46] antes ou durante um processo.[47]

Quando a consulta ou pedido de concessão de um favor eram formulados por particulares por meio de uma petição escrita (*libellus*), a resposta imperial, redigida pela seção *a libellis* da chancelaria, era colocada no mesmo documento e logo abaixo do pedido, pelo que recebia o nome de *subscriptio*.[48]

Embora a *subscriptio* fosse destinada aos particulares, podia ocorrer que estes não recebessem diretamente a resposta do imperador. Neste caso, o *princeps* se dirigia diretamente ao magistrado competente para resolver o litígio e, depois de lhe indicar as regras de direito a serem seguidas, deixava-lhe o exame da questão de fato, caso no qual uma cópia da consulta era enviada juntamente com o rescrito.[49]

---

[46] Quando se pede sua pronúncia sobre questões de fato, o imperador, tal com faziam os juristas, se recusa a dá-la. Marcian. 4 *reg.* D. 22,1,32pr: *Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris*. "Também o Divino Pio respondeu por rescrito a Túlio Balbo que não se pode decidir nem por constituição alguma nem por questão dos autores de direito se foi causada mora, uma vez que se trata de questão de fato, mais que de direito" Assim também se pronuncia Adriano em Call. 6 *de cogn.* D. 48,15,6pr.

[47] P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 127; U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten*, in *Hermes* 55 (1920), p. 2; A. NICOLETTI, *Constitutiones principum*, in *NNDI* 4 (1957) p. 296; T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 24; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 77.

[48] U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten* cit., p. 03; V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 106; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 81. É o que se vê, por exemplo, em Gai. 1,94 (*idque subscriptione diui sacratissimi Hadriani significatur*); Ulp. 1 *inst.* D. 1,4,1,1 (*Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit*); Paul. 13 *ad ed.* D. 4,8,32,14 (*libello cuiusdam id querentis imperator Antoninus subscripsit*) ; Inst. 2,12pr (*subscriptione divi Hadriani*); *Ant.* C. 7,43,1 (*propter subscriptionem patris mei*). A *subscriptio*, segundo A. NICOLETTI, *Constitutiones* cit., p. 296, deve ser diferenciada da *adnotatio*, que inicialmente continha as instruções dirigidas à chancelaria para a redação da resposta, mas que, com o tempo, como ressalta A. BERGER, *Adnotatio,* in *Encyclopedical Dictionary of Roman* Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 350, se torna sinônimo de resposta imperial escrita na margem de uma petição, pelo que a diferença entre rescrito e *adnotatio* desaparece no período pós-clássico. W. TURPIN, *Adnotatio and Imperial Rescript in Roman Legal Procedure*, in *RIDA* 35 (1988), pp. 285-286 e 295, afirma que, com o tempo, os rescritos eram cada vez mais emanados simplesmente pela chancelaria imperial, sem participação pessoal do imperador, e que, no quarto século IV d.C., a *adnotatio* indica respostas emanadas diretamente do imperador, em contraposição aos rescritos.

[49] É o que ocorre, segundo P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 128, em Ulp. 2 *de off. proc*. D. 34,1,3 (alguns libertos apresentaram um libelo e o imperador envia a instrução para o juiz), Paul. 17 *ad ed.* D. 42,1,33 (o particular

Já o termo *epistula* era empregado, via de regra, quando a consulta era feita por um funcionário imperial, um magistrado, coletividades de natureza diversa (corporações ou cidades) e por determinados particulares de maior influência, caso em que tanto o questionamento (*consultatio*, *relatio*, *suggestio*)[50] quanto a resposta (redigida pela chancelaria *ab epistulis*) se davam por meio de carta.[51]

Nas fontes jurídicas, o verbo *rescribere* é empregado de forma ampla, tanto para *subscriptiones* quanto para *epistulae*, e poucas são as decisões referidas expressamente como *epistulae*, de modo que, na maior parte dos casos, para distinguir um tipo de rescrito do outro é preciso atentar para o nome do destinatário, o vocabulário utilizado para designar a consulta ou mesmo para o conteúdo da resposta, que pode indicar a origem do questionamento.[52]

Segundo J-P. CORIAT,[53] a distinção entre rescrito por carta ou subscrição deve ser complementada pela distinção entre *rescrito gracioso* e *rescrito contencioso*. Como já se viu, algumas decisões contidas em rescritos tem como objeto a concessão de uma benesse por parte do príncipe (uma medida de proteção contra exações fiscais, a outorga ou confirmação de um privilégio, sendo frequentes as isenções de *munera* e λειτουργίαι), ou seja, apresentam um caráter gracioso e se aproximam dos *edicta* da mesma natureza, que conferem favores a um número maior de pessoas. Mas a maioria dos rescritos imperiais,

---

consulta o imperador e este o remete ao juiz competente) e Ulp. 7 *de off. proc.* D. 48,6,6 (o imperador envia o caso ao procônsul), casos que U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten* cit., p. 02, classifica como "rescritos indiretos". O mesmo autor (p. 09) afirma ainda que, segundo algumas fontes epigráficas, como *CIL* III 14191, um libelo poderia excepcionalmente ser respondido por meio de carta.

[50] *Theod. et Valentin.* C. 1,14,2 (426) (*relatio* e *suggestio*), C. 7,61 (sobre as *relationes*), C. 7,62 (sobre *consultationes*) e *Justinus* C. 7,62,34 (520-524) (*suggestio* e *relatio*).

[51] P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 128; U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten* cit., pp. 13-14; C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 91; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, 13ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 229; W. WILLIAMS, *The Libellus Procedure and the Severan Papyri*, in *JRS* 64 (1974), p. 88; V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 106; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., pp. 78-79. Este último autor (pp. 75-76) atenta para o fato de que muitos *mandata* imperiais são transmitidos por meio de carta, o que pode gerar certa dificuldade em distinguir tal tipo de constituição das *epistulae* enviadas aos funcionários, pois nos dois casos a vontade imperial se manifesta por meio de um mesmo instrumento, a *epistula*, é redigida pela mesma seção *ab epistulis* da chancelaria e enviada aos mesmos destinatários, podendo ter ainda o mesmo tipo de conteúdo. A diferença entre *mandata* e *epistulae* é a iniciativa: no primeiro caso, do próprio imperador, no segundo, do funcionário ou magistrado. Essa aproximação, contudo, não torna o mandato uma espécie de rescrito, pois não há resposta a uma consulta.

[52] P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 128; A. D'ORS e F. MARTIN, *Propositio libellorum*, in *AJP* 100 (1979), p. 112; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 79.

[53] *La technique* cit., pp. 321-322, e *Le prince* cit., p. 474-475.

sobretudo aqueles transmitidos nas fontes jurídicas, é de natureza contenciosa, por serem emitidos no contexto de um processo, suscitados pela iniciativa das partes (por meio de um *libellus* contendo *preces*) ou daqueles encarregados de decidir o conflito (por meio de *relatio*, *consultatio*).

Esse tipo de atuação do imperador, que não deixa de ser um método de intervenção bastante indireto na criação do direito (por meio de soluções casuísticas), além de combinar com a ideia de inércia que advém da tradição aristocrática e já se mostrar presente na própria atuação da jurisprudência republicana,[54] baseia-se também, como já se viu, em concepções helenísticas do poder monárquico (provavelmente aceitas pelos próprios imperadores romanos) segundo as quais era dever de um bom *basileus* responder às instâncias de seus súditos.[55]

Num primeiro momento, é certo que o envio de *libelli* e *epistulae* ao imperador era, sobretudo, um meio de solicitar algum favor ou benefício do *princeps* e, quando se desejava decisões sobre questões jurídicas, o mais oportuno era suscitar a jurisdição imperial para que o imperador decidisse por meio de *decreta*. Isso, somado à parcimônia

---

[54] De acordo com F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft,* Weimar, Böhlau, 1961, trad. it. de G. NOCERA, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni, 1969, pp. 48-49, se para o aristocrata é desonroso receber por seus serviços, é honroso permanecer inerte, aguardando que venham consultá-lo, ao contrário de sair oferecendo ostensivamente seus conselhos como se fossem uma mercadoria. Por outro lado, há vários indícios de que os juristas romanos enxergavam o *respondere* era como um dever cívico ao qual não poderiam se furtar, devendo se colocar à disposição dos cidadãos para tanto, como indicam, dentre outras, as menções feitas a Mânio Manílio (que, ao deambular pelo fórum, mostrava aos cidadãos que estava pronto a responder às consultas, conforme Cic. de orat. 3,33,133: *quod erat insigne eum, qui id faceret, facere civibus suis omnibus consili sui copiam*) e Públio Cornélio Cipião Násica Córculo (que, segundo Pomp. *lib sing. ench.* D. 1,2,2,37, recebeu do povo uma casa justamente para poder cumprir esse dever, facilitando o acesso dos cidadãos ao jurista).

[55] M. BRETONE, *Storia* cit., p. 228; F. MILLAR, *The emperor* cit., pp. 03-04, que mencionam uma anedota sobre Adriano contada em Dio Cass. 69,6,3: em uma de suas viagens, o imperador teria respondido a uma mulher que requeria sua atenção não ter tempo para atende-la, ao que ela respondeu "então não seja rei". Diante de tal resposta, ele teria concedido a ela o direito à palavra. Segundo o autor, histórias semelhantes são contadas em relação a outros reis ao menos duas vezes por Plutarco (uma sobre Filipe II – Plut. Mor. 179, C-D - e uma sobre Demétrio Poliorcetes – Plut. Demetr. 42,7) e também por um escritor chamado Sereno em relação a Antípatro (em Stob. Flor. III, 13,48), o que revela se tratar de uma espécie de lugar comum, sem que isso retire seu valor como evidência de uma certa concepção vigente (indepentemente da veracidade da historieta sobre Adriano). Segundo J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 176-177, "*garant de la concorde entre les sujets et protecteur du monde romain, l'empereur a charge de faire régner la sécurité juridique et matérielle par la justice et l'équité. Et le rescrit est l'instrument normatif privilegie qui lui permet de remplir, de fait, une telle mission en le consacrant dans son rôle de souverain attentif aux besoins de seus sujets et soucieux de satisfaire leurs plaintes*." Tais concepções, deve-se ressaltar, já se encontravam presentes na própria ideia romana de monarquia, como parece indicar Cic. re pub. 5,3: *<Nihil esse tam> regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus*.

que os primeiros imperadores demonstram em responder a quesitos especificamente jurídicos, faz que, no início do principado, seja escasso o número de rescritos com conteúdo propriamente jurídico e prevaleçam os rescritos graciosos, tanto que é sobre esse aspecto, análise de benefícios, que insistem as fontes do primeiro século descrevendo a atuação dos secretários *a libellis* e *ab epistulis*.[56]

Apenas com Adriano, como se verá, é que a atividade consultiva imperial se tornará mais importante e será um dos meios por excelência para intervenção do *princeps* na esfera do direito, mas há, nas fontes jurídicas, vários exemplos dela já sob os primeiros imperadores.

No Digesto, além de uma possível referência a um rescrito de Augusto,[57] há notícia expressa de rescrito emanado por Tibério sobre a suspensão de processo movido contra o ocupante cargo público[58] e a menção a um rescrito de Cláudio acerca de uma ação de *status*.[59]

Plínio, em uma de suas cartas, relata como eram recitadas diante dele, em sua atividade de governador, como argumentos jurídicos, algumas *epistulae* de Vespasiano, Tito e Domiciano, o que, somado a notícias advindas do Digesto, indica a presença da

---

[56] A. D'ORS, *Rescritos* cit., p. 06; A. D'ORS e F. MARTIN, *Propositio* cit., pp. 112-113; V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 105. Para as fontes relativas às fuções do *ab epistulis* e do *a libellis*, veja-se, *infra*, as notas 83, 84 e 85.

[57] O texto de Paul. 35 *ad ed.* D. 23,2,14 (*Augustus interpretatus est*), segundo R. ORESTANO, *Il potere* cit.,, p. 39, indicaria um rescrito.

[58] Pap. 36 *quaest.* D. 48,5,39(38),10: *Si quis in honore ministeriove publico sit, reus quidem postulatur, sed differtur eius accusatio et cautionem iudicio sistendi causa promittit in finem honoris. Et hoc ita Tiberius Caesar rescripsit*. "Se alguém ocupa alguma magistratura ou função pública, torna-se réu, mas a acusação é diferida e ele promete, mediante caução, apresentar-se em juízo após o término do cargo. E assim determinou por rescrito Tibério César."

[59] Call. 1 *de iur. fisc.* D. 40,15,4 (*sed et divus Claudius Claudiano rescripsit, si per quaestionem nummariam praeiudicium statui videbitur fieri, cessare quaestionem*. "mas também o divino Cláudio respondeu por rescrto que, se por uma questão pecuniária, havia prejuízo ao estado de alguém, cessava a questão." Num trecho em que, ao narrar como Calígula pretendia abolir a ciência dos juristas e *saepe iactavit se mehercule effecturum ne quid respondere possint praeter eum* (Suet. Cal. 34), Suetônio parece indicar que o imerador buscava que os juristas respondessem às consultas sem seu concurso, ou mesmo de que ninguém pudesse responder senão o imperador, revelando assim um intuito centralizador da atividade consultiva, embora não haja no Digesto ou outras fontes jurídicas notícias de rescritos emanados por tal imperador.

atividade do *rescribere* nesses imperadores e até mesmo o início de um sentimento de que as respostas do imperador funcionavam como precedentes dotados de autoridade.[60]

Em fontes literárias, há duas referências em a rescritos de Nerva,[61] mas com Trajano o número de notícias aumenta significativamente. Além de passagens das cartas de Plínio em que se menciona como o imperador era consultado pelos funcionários imperiais[62] e pelos governadores, como demonstra a intensa correspondência com o próprio Plínio, as fontes jurisprudenciais, segundo a recolha feita por G. GUALANDI,[63] apresentam, dentre as várias constituições imperiais de Trajano, dezesseis rescritos, tanto em matéria civil, quanto processual e penal.[64]

---

[60] Plin. Ep. 10,65,3: *Recitabatur autem apud me edictum, quod dicebatur divi Augusti, ad Andaniam pertinens; recitatae et epistulae divi Vespasiani ad Lacedaemonios et divi Titi ad eosdem et Achaeos et Domitiani ad Avidium Tigrinum et Armenium Brocchum proconsules, item ad Lacedaemonios; quae ideo tibi non misi, quia et parum emendata et quaedam non certae fidei videbantur, et quia vera et emendata in scriniis tuis esse credebam*. "Foi citado perante mim um edito que se dizia do divino Augusti, relativo a Andânia; foram citadas também epístolas do divino Vespasiano aos Lacedemônios e do divino Tito aos mesmos e aos Aqueus, assim como de Domiciano aos procônsules Avídio Tigrino e Armênio Broco,e também aos Lacedemônios, as quais não te remeti porque me parecem pouco corretas e dignas de pouca fé, enqanto aquelas autênticas penso devam estar em teus arquivos." Sálvio Juliano, em Jul. 64 *dig.* D. 4,2,8, refere um rescrito de Tito (*Nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditarium rescripsit*) E numa carta enviada a Plínio (Plin. Ep. 10,66), o imperador Trajano discute justamente a utilização de *epistulae* de Domiciano como critério para decisão de um caso recente: *Epistulae sane sunt Domitiani ad Avidium Nigrinum et Armenium Brocchum, quae fortasse debeant observari: sed inter eas provincias, de quibus rescripsit, non est Bithynia; et ideo nec assertionem denegandam iis qui ex eius modi causa in libertatem vindicabuntur puto, neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum*. "As epístolas de Domiciano a Avídio Nigrino e Armênio Broco, por outro lado, talvez devam ser observadas, mas a Bitínia não está entre as províncias sobre as quais versa o rescrito, e por isso considero que não se deve negar a possibildade de requerer o status de pessoa livre àqueles que reclamam a liberdade por uma razão como essa, ou que essa possa ser obtida pelo pagamento do preço dos alimentos."

[61] Phil. de vit. Sophist. 2,1,2; Zonaras 2,20.

[62] Por exemplo, Plin. Ep. 10,65,2, em que se consulta o imperador sobre uma *magna quaestio* da província acerca da condição jurídica e dos alimentos devidos aos nascidos livres, depois expostos e submetidos à escravidão.

[63] *Legislazione imperiale e giurisprudenza, I*, Bologna, BUP, 2012 (reedição do original de 1963), pp. 17-23.

[64] Em parte segundo a divisão de R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 47, nt. 170. Matéria civil e processual: Paul. 38 *ad ed*. D. 26,7,12,1; Ulp. 1 *ad sab.* D. 28,5,1pr; Marcian. 8 *inst*. D. 36,1,31,5; Ulp. 14 *ad ed.* D. 5,3,7pr; Ulp. 7 *de off. proc.* D. 2,12,9; Vat. Fr. 233; Call. 4 *de cogn.* D. 27,1,17,6; *Flor. 10 inst.* D. 29,1,24 = Inst. 2,11,1; Mod. 12 *pand.* D. 48,17,5,2. Penal: Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48,18,1,11; Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48,18,1,19; Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48,18,1,21; Ulp. 7 *de off. proc.* D. 48,19,5pr; Pomp. 4 *ad Sab.* D. 48,22,1; *Arr. Men. l. de re mil.* D. 49,16,4,5; *Arr. Men. l. de re mil*. D. 49,16,4pr.

Não obstante essa grande quantidade de notícias, há na História Augusta uma passagem da *vita Macrini*[65] dando a entender que Trajano se recusava a responder às consultas feitas pelos particulares:

Fuit in iure non incallidus, adeo ut statuisset omnia rescripta veterum principum tollere, ut iure, non rescriptis ageretur, nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracalli et hominum imperitorum voluntates, cum Traianus numquam libellis responderit, ne ad alias causas facta praeferrentur (Mo. *proferrentur*)*, quae ad gratiam composita viderentur.*	Não foi inábil no direito e até mesmo estatuiu que fossem revogados todos os rescritos dos antigos príncipes, para que se agisse em juízo com base no direito e não em rescritos, dizendo lhe parecer nefasto que se tornasse lei as vontades de Cômodo e Caracala e de homens imperitos, assim como Trajano jamais respondia a libelos, para que não fossem levadas a outras causas decisões proferidas como um favor.

Era essa a interpretação que T. MOMMSEN adotava inicialmente,[66] sendo seguido por P. KRÜGER,[67] para quem isso indicava que a prática de responder às consultas dos particulares teria começado apenas com Adriano, o que se reforçaria pelas notícias escassas de rescritos anteriores, pelo fato de que as respostas de Trajano que se conhecem eram dirigidas apenas a funcionários e de que inexistia, em sua época, uma chancelaria *a libellis*.

Mas o próprio T. MOMMSEN alterou seu entendimento após a descoberta da inscrição de Scaptopara,[68] que trouxe maiores elementos para esclarecer a publicação dos rescritos e com base na qual o autor passou a afirmar que, na verdade, Trajano não se recusava a responder as consultas dos particulares, mas apenas não o fazia pela via da

[65] SHA Macr. 13,1.
[66] *Römisches Staatsrecht*, 1887-1888, trad. fr. de P. F. GIRARD, *Le Droit Public Romain V*, Paris, Thorin, 1896, p. 193.
[67] *Histoire* cit., p. 127.
[68] Que será tratada com mais detalhe no item relativo à publicação e conservação dos rescritos.

propositio (afixação em público) das respostas, razão pela qual propôs a substituição do verbo *praeferre* por *proferre* (no sentido de publicar) na passagem citada.[69]

Uma leitura plana do texto, mesmo com a substituição proposta por T. MOMMSEN, não parece levar com facilidade à conclusão de que ele esteja tratando da forma de publicação dos rescritos por meio de afixação em público (*propositio*), uma vez que, além do sentido de "tornar público", *profero* pode indicar também o ato de "trazer adiante, produzir, citar", sentido, aliás, que o próprio verbo *praefero* também pode apresentar, com o que o texto indicaria, na verdade, que Trajano (ou talvez Macrino) não desejava que fossem utilizadas como precedentes decisões *ad hoc* concedendo privilégios e benefícios, de forma semelhante a Ulpiano, segundo o qual decisões imperiais de caráter pessoal não poderiam ser utilizadas como *exempla*.[70]

Assim sendo, talvez não seja possível salvar o texto de sua contradição com outras fontes, o que põe em dúvida sua veracidade,[71] uma vez que tanto o Digesto como a correspondência com Plínio mostram que Trajano não foi avesso a responder às consultas de particulares que lhe eram dirigidas, ainda que as *epistulae* se apresentem em maior número sob tal imperador, já que segundo P. DE FRANCISCI, dos seus "rescritos" em sentido amplo mencionados no Digesto, apenas cinco parecem ter sido destinados a particulares, e mesmo assim pode ser que fossem realmente dirigidos a funcionários.[72]

---

[69] Opinião expressa em seu artigo *Gordians Decret von Skaptoparene*, in *SZ* 12 (1892), pp. 262-263. Sua opinião é seguida por R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 47.

[70] Ulp. 1 *inst.* D. 1,4,1,2: *Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulsit vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur*. V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La legislazione* cit., p. 146-147, notam como a afirmação de Macrino de que não deseja ver estabelecida como lei a vontade de homens imperitos faz eco à teorização de Papiniano em Pap. 1 *def.* D. 1,3,1, onde o jurista define a *lex* como *commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio*, com o que "*Macrino sembra contrapporre alle forme attraverso le quali si estrinsecava l'attività normativa del princeps l'idea di lex scaturente dalla riflessione giusnaturalistica di età severiana*."

[71] M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in *AUPA* 51 (2006), disponível eletronicamente em http://www1.unipa.it/dipstdir/pub/annali/2006/Varvaro%20-%20Note%20sugli....pdf, p. 28, nt. 116.

[72] *Per la storia della legislazione imperiale durante il pricipato,* in BIDR 70 (1967), p. 207, nt. 62. Os rescritos a particulares seriam aqueles mencionados em Paul. 38 *ad ed*. D. 26,7,12, Call. 4 *de cogn.* D. 27,1,17,6, Ulp. 1 *ad sab.* D. 28,5,1pr, *Marcian. 8 inst*. D. 36,1,31,5, e *Mod. 12 pand.* D. 48,17,5,2.

Diante disso, a afirmação do escritor da *Vita Macrini* pode ser apenas um reflexo da aversão existente na antiguidade tardia em relação ao uso dos rescritos como *exempla*[73] e não resiste ao fato de que, com Trajano, se assiste a um considerável incremento na prática do *rescribere*.[74]

Com a ascensão de Adriano ao trono, segundo N. PALAZZOLO, ocorre uma modificação radical no que diz respeito à estrutura política existente desde Augusto e quanto à concepção do poder imperial. Os elementos até então contrastantes, como o *princeps* e o senado, chegam a um equilíbrio quase estável, que concilia o reforço do poder central e as prerrogativas do Senado, ainda que o respeito seja somente exterior. Além disso, institucionaliza-se uma burocracia de origem equestre que não mais se coloca em grau de inferioridade em relação ao Senado, mas apenas de diversidade, com o que o imperador se põe acima das classes sociais, como elemento de equilíbrio e fusão.[75]

Não obstante a retomada no mote da *libertas restituta*, o principado de Adriano revela, na verdade, uma vontade de centralização que se mostra, por exemplo, na completa perda de relevância por parte dos comícios, seja em seu aspecto legislativo, seja eletivo, e a progressiva transformação do Senado, que gozara de um papel relativamente importante na atividade normativa durante primeiro século, em mero órgão chancelador das propostas imperiais, tanto que esse tipo de ato, ainda que aprovado como *senatusconsultum*, recebe o nome de *oratio principis in senatu habita*.[76]

Essa vontade centralizadora se reflete e explica as diversas reformas feitas por Adriano no sistema das fontes de direito, como a progressiva afirmação da *cognitio extra ordinem*, a codificação do edito do pretor, a limitação ao *ius respondendi* e à eficácia dos

---

[73] Cf. V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., P. 107. Apesar de sua afirmação, os autores (p. 145 e nt. 302) afirmam que, com a substituição proposta por T. MOMMSEN, o sentido do texto emerge mais claramente e o traduzem da seguinte maneira, até mesmo invertendo a ordem das sentenças: "*Traiano non aveva mai dato risposta, disponendone la publicatio per via di propositio, alle petizioni, onde non potessero essere invocate come precedenti per altre cause, disposizioni che apparivano esser state emesse in via di favore personale*."

[74] R. ORESTANO, *Il potere* cit., pp. 47-48.

[75] *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano. 2ª ed.*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 58.

[76] N. PALAZZOLO, *Processo civile* cit., p. 59.

responsa prudentium e, no que nos toca mais de perto, o incremento da atividade normativa imperial, notadamente por meio dos rescritos (*epistulae* e *subscriptiones*).[77]

Se com Trajano ainda havia certa hesitação no uso dos rescritos e as *epistulae* não se mostram tão numerosas, a partir de Adriano se verifica uma notável expansão em seu número,[78] ganhando eles uma natureza mais definida de resposta que resolve uma questão de direito controversa - e não mais a mera concessão de privilégios -, e se inserindo no sistema de fontes, por força da autoridade do imperador e de seu emprego por analogia em casos semelhantes ou pela incorporação nas obras dos juristas, com o que se tonram a forma prevalente de atividade normativa imperial e suplantam os *edicta*. [79]

Ao mesmo tempo causa e indício desse incremento foram dois aspectos da política jurídica de Adriano, que contribuíram para a afirmação da prática dos rescritos como fonte de inovação no mundo jurídico: a reorganização da chancelaria imperial e a estabilização do *consilium principis*.

Com a primeira, buscava-se aproximar todo o exercício da atividade administrativa da vontade do príncipe, pela criação de uma burocracia fixa e especializada diretamente ligada a ele. Assim é que progressivamente vai surgindo ao redor do imperador um complexo de funcionários e ofícios que praticamente se completa durante o governo de Adriano. [80]

---

[77] Para um panorama geral das reformas de Adriano, veja-se F. PRINGSHEIM, *The Legal Policy and Refoms of Hadrian*, in *The Journal of Roman Studies* 24 (1934), pp. 143ss; P. DE FRANCISCI, *Per la storia* cit., pp. 214-217; N. PALAZZOLO, *Processo civile* cit., pp. 60-61; 68-74; 79ss.

[78] Como se percebe por uma simples contagem das referências a tais constituições contidas nos textos jurisprudenciais recolhidos por G. GUALANDI, *Legislazione* cit., que refere ao menos 120 rescritos de Adriano (pp. 23-49) e 203 rescritos de Antonino Pio (pp. 50-86).

[79] P. DE FRANCISCI, *Per la storia* cit., pp. 204-ss; R. ORESTANO, *Il potere* cit., pp 48 e ss; C. A. CANNATA, *Historia* cit., pp. 91-92; W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, 1964, trad. esp. de J. MIQUEL, *Historia del derecho romano,* Barcelona, Ariel, 1970, p. 139; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 78; V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., pp 108 e 114; M. TALAMANCA, *Le costituzioni* cit., p. 431; A. D'ORS e F. MARTIN, *Propositio* cit., p. 113. É de Adriano, aliás, o rescrito mais antigo recolhido no Codex (*Hadr.* C. 6,23,1).

[80] P. DE FRANCISCI, *Per la storia* cit., p. 211; R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 48. Segundo V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 108, pode-se atribuir a Adriano uma organização mais racional dos ofícios palatinos (Ep. Caes. 14,11: *Officia sane publica et palatina nec non militiae in eam formam statuit, quae paucis per Constantinum immutatis hodie perseverat*) e também um aumento na colaboração entre juristas e imperadores.

Desses ofícios ou *ministeria*, os mais importantes para o presente trabalho são aqueles denominados *ab epistulis, a libellis* e *a cognitionibus*, expressões que indicam por vezes os chefes dessas secretarias, cujos subalternos eram designados genericamente como *scriniarii*.[81]

A secretaria *ab epistulis* foi instituída já por Augusto, segundo se depreende de inscrições e outras notícias referentes a sua época, e confiada primeiramente a libertos e escravos imperiais,[82] a fim de cuidar da correspondência oficial do imperador, com os governadores, chefes do exército e diversos agentes administrativos, centrais e provinciais. Informado por carta da situação do Império, o príncipe envia suas instruções por esse mesmo meio. Mas além dessas atribuições administrativas, no século II d.C., quando se divide em duas seções, *ab epistulis Latinis* e *ab epistulis Graecis*, a função principal desse ofício da chancelaria tem natureza jurídica, estando encarregado de responder às consultas jurídicas formuladas ao imperador por meio de carta pelos funcionários, cidades, corporações e associações, ou seja, produzir os rescritos por *epistulae*. [83]

Já o ofício *a libellis*, instituído provavelmente na época de Cláudio,[84] é de maior importância para a história do direito, pois nele se preparavam os rescritos com os quais o imperador respondia às consultas em matéria de direito feitas por particulares,[85] como se verá na parte relativa ao procedimento de emanação de um rescrito.

---

[81] R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 49.

[82] Segundo F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana, vol. IV, parte prima,* 2ª ed., Napoli, Jovene, 1975, p. 662, o título de *ab epistulis* aparece já no início do principado (*CIL* VI, 8596, 8613; *CIL* VI, 4249; Dio Cass. 52,33,5; Suet. Aug. 67,3), mas indica um subordinado e não o chefe de um ofício. Normalmente, se tratava de secretários encarregados da correspondência particular do príncipe, embora neles esteja o embrião do futuro *ab epistulis*, diretor da secretaria encarregada da correspondência imperial e que, no século III d.C., será remunerado com 300 mil sestércios anuais.

[83] J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 251. A *Notitia Dignitatum*, fonte do século IV d.C., afirma que *Magister epistolarum legationes civitatum et consultationes et preces tractat* (Not. dign. 17). Estácio, escrevendo sob Domciciano, toca em seu poema parte das funções do *ab epistulis,* cf. Stat. Silvae 5,76-107.

[84] Sen. Cons ad Polyb. 26; Zonaras 11,9. Um funcionário *a libellis* teria sido instituído de forma permanente por Cláudio, para lidar com as preces que os súditos dirigiam ao imperador e resolver tais pedidos por meio de uma *subscriptio*. Não há traços dessa função sob Augusto, mas já em Tibério se tem notícia de um *aceptor a subscriptionibus* (*CIL* 6,5181), o que leva F. DE MARTINO, *Storia* cit., p. 663, a conjecturar a possível existência já nos tempos de Augusto para desempenhar esse papel.

[85] J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 252. Numa passagem em que Sêneca se dirige a Políbio, *a libellis* sob Cláudio (Sen. Cons. Ad Polyb 5,6), pode-se perceber qual era a tarefa dessa secretaria e a grande quantidade de libelos que chegavam de toda parte do império, mesmo quando a expansão da atividade consultiva ainda não havia atingido seu ápice: *Non licet tibi quicquam arbitrio tuo facere: audienda sunt tot hominum milia,*

Conforme aumenta a importância desses ofícios imperiais, inicialmente ocupados por libertos e escravos, aos poucos passam a ser designados membros da ordem equestre para integrá-los, reforma esta que teve início com Vitélio,[86] continuou com Domiciano, que designou um deles como *ab epistulis* e sob cujo governo os cavaleiros teriam ocupado diversos ofícios,[87] e foi aprofundada vigorosamente por Adriano, que os nomeou para ambas as seções da chancelaria,[88] em conformidade com a tendência desse imperador de reforçar a autoridade e eficiência dos órgãos centrais, mostrando-se consumada já sob os Severos,[89] *pari passu* com o crescimento da autoridade imperial.[90]

Para R. ORESTANO, a explicação para essa mudança está no fato de que, inicialmente, não se desejava criar uma estrutura burocrática muito vasta em substituição aos órgãos republicanos, de modo que não se dava muita importância a tais ofícios, que podiam ser ocupados por pessoas de grau inferior; conforme o progressivo ocaso das instituições republicanas e o aumento de importância da burocracia imperial, ela passa a ser vista como algo digno de pessoas de maior grau social.[91]

Grande importância teve também o chamado *consilium principis*, que já desde Augusto auxiliava os imperadores em sua atuação como juízes, intérpretes e criadores do direito e que, com Adriano, torna-se um órgão permanente e passa a ter intensa

---

tot disponendi libelli; tantus rerum ex orbe toto coeuntium congestus, ut possit per ordinem suum principis maximi animo subici, exigendus est. "Não te é permitido nada fazer a teu arbítrio: devem ser ouvidos tantos milhares de homens, organizados tantos libelos, deves te animar para organizar toda a massa de assuntos que vem de todo o orbe a apresentá-la em ordem para o príncipe." No século IV d.C., a *Notitia Dignitatum* afirma que o *magister libellorum cognitiones et preces tractat* (Not. dign. 17). Como informa R. ORESTANO, *Il potere* cit., pp. 49-50, a princípio, o ofício era dirigido por um *a libellis* e, desde o século III, por um *magister a libellis*, a quem respondia uma série de subalternos libertos e escravos, mencionados como *adiutores a libellis, proximi a libellis, custodes a libellis, scrinarii a libellis* e escribas indicados com o termo genérico de *libellenses*.

[86] Tac. Hist. 1,58: *Vitellius ministeria principatus per libertos agi solita in equites Romanos disponit*.

[87] *CIL* VI, 798; Suet. Dom. 7,2

[88] SHA Hadr. 22,8: *Ab epistolis et a libellis primus equites Romanos habuit*.

[89] Período em que tendo em vista o incremento no trabalho jurídico do imperador e a consequente relevância assumida pelo ofício *a libellis*, este foi integrado por juristas do calibre de Papiniano, conforme Tryph. 8 *disp.* D. 20,5,12pr (*Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano*) e Ulpiano, conforme SHA Pesc. 7,4 (*Ulpiani ... ad libellos paruisset*).

[90] F. DE MARTINO, *Storia* cit., pp. 662-663. R. ORESTANO, *Il potere* cit., pp. 49-50. Dio Cass. 52,33,5 atribui a Mecenas um discurso dirigido a Augusto em favor do emprego dos *equites* na administração, mas, segundo F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 105, ele reflete uma visão posterior.

[91] *Il potere* cit., p. 50, nt. 186; F. DE MARTINO, *Storia* cit., p. 668, para quem a reforma dos ofícios palatinos implementada por Adriano tinha em mira dotá-los de um aparato fixo de funcionários e eliminar resquícios privatísticos, eliminando o uso dos libertos e recorrendo aos membros da ordem equestre.

participação dos juristas, de cujo auxílio Adriano se valeu mais do que os antecessores, chamando para seu conselho os maiores jurisconsultos de sua época e aproveitando seu trabalho, o que fica nítido quando se tem em conta o grande desenvolvimento da atividade imperial no campo normativo e jurisdicional ocorrido com esse imperador.[92]

Se, no início do principado, a atuação do *princeps* como consultor jurídico era exercida de forma tímida e com o auxílio de alguns libertos de maior destaque, aos poucos ela ganha força e, para desempenhá-la com qualidade, o imperador passa a designar funcionários da ordem equestre, a princípio para lhe fornecer as informações necessárias para a tomada de decisão, mas, depois, encarregando tais oficiais dos esboços ou da redação final das respostas em matéria jurídica.

A partir de Adriano, esse sistema de consultas está em pleno funcionamento, como se vê no grande número de rescritos de Antonino Pio e Marco Aurélio que as fontes nos conservam, e, no período severiano, a prática dos rescritos se encontra altamente profissionalizada, sob a responsabilidade dos secretários que chefiavam principalmente o ofício *a libellis,* ainda que a concordância escrita do imperador fosse necessária para a validade da resposta.[93]

Tal sistema, aliás, desempenha funções importantes dentro da sociedade romana.

Do ponto de vista social, mostra-se como um dos principais meios pelos quais o imperador se comunica com seus súditos, respondendo à ideia de que o *princeps* deveria estar acessível, num diálogo que se dá em grande medida com os habitantes das províncias, a quem é dirigida boa parte dos rescritos.[94] Ainda na perspectiva do cidadão, funciona como uma espécie de serviço gratuito de consultoria jurídica, em continuidade com a atividade dos juristas, com todas as vantagens que um parecer do imperador apresenta.[95]

---

[92] P. DE FRANCISCI, *Per la storia* cit., p. 212; R. ORESTANO, *Il potere* cit. pp 50,54; G. FRANCIOSI, *Manuale di Storia del diritto romano*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 2005, p. 246.
[93] T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 23.
[94] F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 244; J-P. Coriat, *Le prince* cit., p. 177, e *La technique* cit., p. 323
[95] T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 26, que fala em *free legal advice service*. De forma semelhante, W. WILLIAMS, *The libellus procedure* cit., p. 103, para quem "*in the third century the subscript to the libellus had become the channel through which a stream of legal advice and new rules flowed from the emperors to their subjects*."

Do ponto de vista do sistema jurídico, os rescritos são um meio de manter uma aplicação uniforme do direito,[96] sanando as controvérsias existentes, além de preencher as lacunas do ordenamento, tal como fizera o pretor desde os tempos da república.[97] São também uma forma do poder central interferir no processo judicial, tanto do *ordo* quanto da *cognitio*, que os rescritos ajudam a formar e consolidar, ao disciplinar a atuação dos funcionários dela encarregados.[98]

Por fim, segundo aponta J-P. CORIAT, o rescrito funciona como um importante instrumento de romanização jurídica, já que, ao descrever a realidade jurídica com as categorias do direito romano, atua como uma espécie de norma indicativa, cujo papel é ainda mais importante diante do fato de que os destinatários são, em sua maioria, oriundos das províncias, nos quais é inculcada, assim, uma forma romana de ver o direito. Esse efeito romanizador, segundo o autor, é ainda mais eficaz se o rescrito, além de não recusar a integração dos costumes locais no direito, é redigido de forma coerente e lógica, de modo que a construção dos enunciados, o emprego de certas expressões para afirmar que aquele é o direito para o caso e a invocação de precedentes acabam por dotar o rescrito de uma autoridade incontestável e incutir nos destinatários a ideia da legitimidade do direito imperial.[99]

1.1.2. PROCEDIMENTO

Como ocorre em geral com as práticas administrativas romanas, não havia um procedimento fixo para a emanação de um rescrito. Não parece ter havido normas regulando as formas de entrega das petições, deliberação e decisão, redação e publicação dos rescritos, razão pela qual os autores que trataram do tema tentaram, ao longo do tempo,

---

[96] T. HONORÉ, *Emperors* cit., pp. 32-33.
[97] V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 147.
[98] J-P. CORIAT, *La technique* cit., p. 323-329, segundo o qual a emissão de um rescrito, ao definir a questão de direito, limita a liberdade de apreciação do juiz e a subordina ao poder central, que fornece aos funcionários da jurisdição as diretivas mais ou menos cogentes a seguir do exercício de sua função. No mesmo sentido, V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 147-149.
[99] *Le prince* cit., pp. 622-623; *La technique* cit., pp. 335 ss.

inferir das diversas fontes que os mencionam (jurídicas, literárias, epigráficas e papirológicas) quais as etapas de prolação de um rescrito e a forma em que isso ocorria.

No que diz respeito às *epistulae*, embora fossem levadas e trazidas por mensageiros, provavelmente soldados, ou, no caso de cidades, por um representante, a entrega ocorria provavelmente em mãos do imperador e, no último caso, o representante enviado poderia fazer um breve discurso ao *princeps*.[100]

Ao contrário das cidades, assembleias provinciais, oficiais romanos e pessoas de maior importância, que se dirigiam ao imperador por carta, comunidades menores e particulares de grau inferior, quando não peticionavam oralmente, se valiam dos *libelli*. Estes eram apresentados não a um serviço de protocolo ou para a chancelaria, mas ao próprio imperador, onde quer que se encontrasse, pessoalmente ou por meio de um representante, talvez durante as *salutationes*[101] ou em outras oportunidades, como a passagem do imperador pelas províncias,[102] ocasião em que poderia ocorrer uma breve troca de palavras formais ou informais com o *princeps*.[103]

As fontes mostram, de forma rara, os particulares se valendo do auxílio do governador da província para endereçar petições ao imperador. É o que dão a entender algumas passagens da correspondência de Plínio, então governador da Bitínia, com o imperador Trajano, além de fontes epigráficas como a *Tabula Banasitana* (em que procuradores da Mauritânia encaminham a Marco Aurélio um pedido de cidadania de um

---

[100] F. MILLAR, *The emperor* cit., pp. 215-217.
[101] Suet. Claud. 37,1; Mart. Epigr. 8,82 e 31.
[102] Durante as quais, segundo M. VARVARO, *Note* cit., p. 24, o imperador era acompanhado pelo ofício *a libellis* da chancelaria. Em SHA Vita Marc. 8,10, vê-se Marco Aurélio cercado pelos chefes de todos os ofícios ao acompanhar Lúcio Vero até Cápua em sua partida para a guerra no oriente, mas não fica claro se era uma prática comum do imperador viajar com sua chancelaria ou se, no caso, se tratava de uma especial demonstração de honra ao irmão.
[103] U. WILCKEN, *Zu den kaiserreskripten* cit., p. 11; W. WILLIAMS, *The libellus procedure* cit., pp. 88 e 94; F. MILLAR, *The emperor* cit., pp. 208, 241-242, 469 ("*with certain exceptions, all the forms of contact with the emperor open to private persons involved their travelling in person where he was*."); M. TALAMANCA, *Rescripta* cit., p. 419; T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 26, nt. 20; D. LIEBS, *Reichskummerkasten. Die Arbeit der kaiserlichen Libellkanzlei*, in A. KOLB (Ed.), *Herrschaftsstrukturen und Herrschaftspraxis: Konzepte, Prinzipien und Strategien der Administration im römischen Kaiserreich; Akten der Tagung an der Universität Zürich 18. - 20. 10.2004*, Berlin, Akademie, 2006, p. 138; M. VARVARO, *Note* cit., p. 26.

chefe dos Zegrenses), mas se pode considerar esse auxílio como uma prática excepcional.[104]

A entrega dos *libelli* de forma pessoal, em primeiro lugar, caracterizava uma espécie de ato de economia, para evitar que o imperador fosse sobrecarregado com uma massa muito grande de petições vindas da província, sendo que a autoridade local era quem tinha melhores condições para apreciar o caso. Além disso, também permitia que o imperador questionasse prontamente a parte sobre o caso em questão, facilitando a decisão.[105]

Inexistindo um serviço postal público, caso o particular não obtivesse o excepcional auixílio do governador, deveria viajar a Roma (ou ao local onde o imperador se encontrava) e ali apresentar sua petição. Trata-se de uma evidente limitação de acesso, que, no entanto, não se põe em contradição com a ideia de acessibilidade do imperador, a qual,

---

[104] U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten* cit., p. 19, não excluía a possibilidade desse auxílio, assim como D. NÖRR, *Zur reskriptenpraxis* cit., pp. 11-12. Consideram-na uma exceção também F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 473, e W. WILLIAMS, *The libellus procedure* cit, pp. 93 e ss. Segundo este autor, p. 95, Plínio, em diversas ocasiões, encaminhou ao imperador documentos descritos como *libelli*, mas, com uma única exceção, estes não continham verdadeiras petições de particulares a Trajano. Em três casos (Plin. Ep. 10,47; Plin. Ep. 10,58-59, Plin. Ep. 10,81), os *libelli* não são petições, mas espécies de memorandos. Num outro caso (Plin. Ep. 10, 83), Plínio encaminha a Trajano um *libellus* contendo as preces da cidade de Nicéia, o que se mostra como um uso incomum do termo *libellus*, já que as cidades normalmente escreviam cartas ao imperador. No caso, Plínio considerava algo excepcional usar o correio imperial para encaminhar a carta – o que mostra não ser uma prática comum, muito menos para simples particulares – mas o faz apenas por razões específicas, ainda que mais tarde, contudo, tenha se tornado prática corrente o governador encaminhar ao imperador as cartas das cidades. Há uma exceção nas cartas de Plínio, em que ele encaminha ao imperador uma petição do centurião pedindo a cidadania para sua filha (Plin. Ep. 10,106), mas pode-se tratar, mais uma vez, de um favor excepcional do governador a um militar, ainda mais em se tratando de um imperador que prezava pela condição dos soldados, não se podendo afirmar que Plínio fizesse o mesmo com petições de simples particulares ou que houvesse um sistema regular de envio de petições desse modo. Além do argumento do silêncio das fontes, W. WILLIAMS, *The libellus* cit., p. 96, afirma que os textos de petições que sobreviveram apontam para a existência de uma entrega pessoal ao imperador. Sextílio Acutiliano vem de Esmirna até Roma, Lúrio Lúculo vem da África para entregar um libelo em nome de outra pessoa e os habitantes de Scaptopara o fazem por meio de um concidadão que servia na corte pretória. Também os *peanistae* que se dirigem a Severo moravam em Roma. Os próprios rescritos que permanecem do período em que Severo esteve em Alexandria (os *apokrimata Severi*) mostram que os habitantes da província estavam se valendo de uma oportunidade ímpar, de que não precisariam se aproveitar com tanto afã se houvesse um sistema regular de envio de petições a Roma. Por fim, o autor afirma ser improvável que os imperadores criassem um sistema passível de sobrecarregar dessa maneira o *cursus publicus*, cujo custo vários imperadores buscaram diminuir. É improvável também que fossem restringir a liberdade que o governador tinha para escolher quais os casos dignos de uma consulta ao imperador e torná-lo uma espécie de peça desnecessária na engrenagem, quando, an verdade, em diversas cartas enviadas em resposta às cidades, com frequência remetiam a decisão de volta à autoridade local.

[105] W. WILLIAMS, *The libellus procedure* cit., p. 97.

aliás, exigia que o governante apreciasse pedidos feitos face a face e não mensagens enviadas por mensageiros contratados.

A essa limitação da distância (e nisso os provinciais, dependendo da época, realmente estavam em desvantagem em relação aos habitantes da capital, devendo se contentar com a proximidade do governador), somam-se outras, como riqueza e o status social, que podiam dificultar a comunicação com o *princeps*, mas o fato é que todas elas acabavam sendo contornadas de algum modo, já que as pessoas de fato viajavam até o imperador e se tem notícia de rescritos dirigidos a habitantes das províncias, mulheres, libertos e até mesmo escravos, o que indica que, ainda que alguns estivessem em posição mais vantajosa, não era impossível o acesso ao imperador.[106]

Recebida uma *epistula*, a resposta seria enviada, obviamente, pelo mesmo meio, em outra carta, imediatamente ou, em casos mais complexos, provavelmente após deliberação do *princeps*. Em se tratando de *libelli*, o imperador poderia responder imediatamente, de forma oral, negando ou concendo o favor pretendido, ou remetendo o peticionário ao juízo adequado sem ulteriores instruções;[107] poderia, ainda, adiar a resposta e, após o término da audiência, provavelmente com seu *a libellis* e eventualmente com o aconselhamento de juristas, responder por escrito, logo abaixo da petição.[108]

Não há como medir a exata participação do imperador, de sua chancelaria e de seu *consilium* no processo decisório que conduzia à emanação de um rescrito em sentido amplo, mas parece que se tratava de um ato realmente pessoal, do qual o *princeps* participava de forma relevante, ainda que auxiliado pela chancelaria.

---

[106] F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 476; W. WILLIAMS, *The libellus procedure* cit., pp. 97-98; D. LIEBS, *Reichskummerkasten* cit., p. 143.

[107] Mesmo nesse caso, as respostas seriam posteriormente postas por escrito pela chancelaria e levadas ao conhecimento do destinatário.

[108] U. WILCKEN, *Zu den kaiserreskripten* cit., p. 12; F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 242; D. LIEBS, *Reichskummerkasten* cit., p. 143. Como nota T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 31, não havia qualquer contraditório prévio à emanação de um rescrito, nem mesmo pedido de informações, daí a utilização frequente de expressões ressalvando a conformidade com os fatos (como o *ut si proponis* em *Phil.* C. 8,40,18 (244)). Quanto aos possíveis efeitos da solicitação de um rescrito sobre o andamento do processo, o autor menciona o caso de um peticionário que tenta adiar o julgamento afirmando que pediu um rescrito ao imperador (Macer 1 *de appell.* D. 49,5,4).

F. MILLAR, embora reconheça a dificuldade em se estabelecer o modo como os imperadores trabalhavam, insiste em sua participação ativa tanto com relação às *epistulae* quanto aos *libelli*.

Segundo o autor, o príncipe lia as cartas que lhe eram enviadas e entregues por mensageiros ou embaixadas, e assim como as recebia pessoalmente, muito provavelmente as respondia da mesma forma, ainda que ditasse as respostas às cartas, ao invés de escrevê-las ele mesmo, sendo provável que a certa altura ele apenas indicasse os principais pontos da resposta e deixasse sua efetiva composição a cargo de um funcionário.[109]

Além disso, várias fontes mostram que um aspecto significativo na posição de imperador e sua reputação era a capacidade de escrever seus próprios discursos e outros pronunciamentos e expressá-los de forma digna de crédito, ainda que com algum auxílio eventual. Assim é que o imperador não só deveria, como de fato se envolvia pessoalmente na produção de suas cartas, ainda que não trabalhasse sozinho, e aqueles que o cercavam provavelmente tivessem alguma influência no conteúdo e na forma das cartas, sendo extremamente difícil estabelecer qual o papel deles na composição.[110]

O mesmo raciocínio se aplica, segundo F. MILLAR, às *subscriptiones*, cuja emanação seria um ato pessoal do príncipe e nas quais ele expressava com frequência sua própria opinião sobre as controvérsias jurídicas, ainda que não haja certeza quanto ao papel exato do imperador e seus secretários na formulação do conteúdo e das palavras desses atos.[111]

---

[109] *The emperor* cit., pp. 210-220. Na p. 219, o autor afirma não haver evidências que contradigam a impressão fornecida pelas fontes de que todas as fomas de correspondência endereçada ao imperador lhe chegavam pessoalmente e eram lidas pessoalmente por ele, sem serem previamente abertas por algum ofício da chancelaria. Como evidências de que os imperadores efetivamente liam as petições que lhes eram enviadas, o autor cita a resposta de Marco Aurélio a Escápula Tértulo sobre a questão do furioso que comete matricídio (Macer 2 *de iud. pub.* D. 1,18,14) e também a *Tabula Banisatana*, que mostra Marco Aurélio, Vero e Cômodo dizendo que liam *libelli* contendo pedidos de cidadania.

[110] F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 205, pp. 205(sobre a importância de saber redigir seus discursos) e 222-223.

[111] *The emperor* cit., pp. 206 e 248. Em *Constant*. C. 1,51,2 (320), Constantino determina que os governadores respondam diretamente às petições, podendo-se conjecturar se o próprio imperador seguiria um costume diverso, delegando a terceiros essa tarefa. Além disso, Calístrato fala de Adriano recebendo um libelo e escrevendo uma carta para o governador, na qual anexa a petição do particular (Call. 5 *cogn.* D. 42,1,33), enquanto Paulo afirma que Caracala subscreveu um libelo (Paul. 13 *ad ed.* D. 4,8,32,14) e os próprios imperadores escrevem como se suas respostas fossem pessoais (em Front. ep. Ad Ver. 1,1,1, Lúcio

No que diz respeito ao papel da chancelaria, as fontes não permitem conclusões gerais nem mesmo quanto ao papel dos secretários *ab epistulis*, embora estejamos mais bem informados sobre eles, que eram recrutados entre homens versados na retórica e que acompanhavam o imperador em suas viagens, durante as quais ele continuava a receber embaixadas e responder às cartas.

Na descrição que Estácio faz das tarefas do *ab epistulis* de Domiciano, Abascâncio, embora se concentre na natureza e assunto das cartas, não há indicações do papel específico desempenhado pelo secretário quanto a essa correspondência.[112] Para F. MILLAR, esse texto mostraria que o papel do *ab epistulis* dizia respeito mais à guarda e envio da correspondência do que sua composição. O autor reconhece, contudo, que sua hipótese não explica por que homens cultos de origem equestre desempenharam tal função, razão pela qual afirma que, a partir do final do século I d.C., as funções do *ab epistulis* equestre não poderiam ser assim tão limitadas, ainda que não haja fontes ligando-o explicitamente à composição de cartas em latim, que se esperava que o próprio imperador respondesse. Segundo o autor, seu papel devia ser de aconselhamento, supervisão, ou mesmo uma espécie de distinção honorífica indicativa do valor dado à cultura.[113]

Nem mesmo a *Notitia Dignitatum*, fonte relativa ao século IV d.C., apresenta o *magister epistolarum* como responsável pela composição das cartas, em nítido contraste com o que diz a respeito do *magister epistolarum Graecarum*, que ditava o texto em grego ou traduzia um texto em latim.[114]

A mesma incerteza se mostra quanto à efetiva função do secretário *a libellis*. Segundo F. MILLAR, a afirmação da *Notitia Dignitatum* de que o *magister libellorum* "trata das cognições e pedidos"[115] não é muito útil e as fontes relativas ao período não permitem maiores conclusões, assim como os títulos de vários libertos encarregados de cuidar dos

---

Vero manda Frontão pedir a um conhecido para endereçar um libelo ao imperador, para que "nossa visão favorável possa ser expressa por meio de um rescrito")

[112] Stat. Silvae 5,76-107.

[113] *The emperor* cit., pp. 224-225.

[114] F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 225 Na p. 226, o autor afirma que o *ab epistulis Graecis* escrevia as cartas porque não era certo que o imperador conseguisse compor escritos em grego segundo os ditames da boa gramática e oratória, daí a necessidade de que alguém o fizesse, ao contrário do que ocorria com a correspondência em latim.

[115] Not. dign. 17: *Magister libellorum cognitiones et preces tractat*.

libelli também não são de muita valia, permtindo apenas especulações, como é o caso do *acceptor a subscriptionibus* existente em período mais antigo,[116] que indica que talvez o imperador lhe entregasse os libelos já respondidos, mas não sabemos mais sobre suas funções do que em relação às do *custos*,[117] *scriniarius*,[118] *adiutor*[119] ou *proximus*[120] *a libellis*.[121]

Como já se viu,[122] um texto de Sêneca endereçado a Políbio, *a libellis* de Cláudio, faz uma breve descrição do trabalho desse secretário, mostrando como o imperador era realmente acionado por meio de petições e como o *a libellis* provavelmente participava das audiências em que esses libelos eram apresentados pessoalmente, mas não traz outras informações e não é improvável que o imperador recebesse as petições e as entregasse a esse funcionário para que ele as apresentasse mais tarde para discussão em particular.[123]

De qualquer modo, como vários juristas de origem equestre e de renome ocuparam esse cargo, é provável que tenham influenciado o conteúdo das respostas e sua composição. É o que se vê quando Trifonino fala que um rescrito de Severo foi emanado quando Papiniano cuidava dos libelos (*libellos agente Papiniano*).[124]

Assim é que F. MILLAR busca aponta tanto para o papel que os imperadores desempenhavam quanto para a participação dos secretários. Segundo ele, pode ser que os imperadores decidissem qual seria o teor principal da resposta, talvez após consultar os juristas, e deixassem a redação propriamente dita a cargo desses secretários, ainda que essa ideia não possa ser necessariamente transposta para as respostas mais breves contidas em papiros e inscrições, as quais, versando às vezes sobre questões simples e talvez nem

---

[116] *CIL* VI, 5181.
[117] *CIL* VI 8616.
[118] *CIL* VI 8617.
[119] *CIL* VI 8615.
[120] *ILS* 3703.
[121] *The emperor* cit., pp. 249-250. Para D. LIEBS, *Reichskummerkasten* cit., p. 138, o *acceptor* era provavelmente quem recebia as petições das mãos dos interessados.
[122] *Supra*, nota 85.
[123] F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 250.
[124] Tryph. 8 *disp.* D. 20,5,12pr. T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 46, em seu denso estudo sobre os rescritos emanados a partir de 193 d.C., mostrou haver muitas semelhanças entre o estilo de certos juristas e vários rescritos imperais do século III d.C., chegando a afirmar, em relação ao período estudado, queo estudo dos rescritos é basicamente o estudos dos secretários *a libellis*.

mesmo sobre controvérsias jurídicas (pedidos de benefícios, por exemplos), não demandavam o auxílio de experts.[125]

Por sua vez, o recurso ao *consilium principis* para a tomada de decisão, que aparece de forma mais clara na atividade jurisdicional do imperador, parece ser algo excepcional em se tratando da prolação dos rescritos, para a qual se consultavam juristas apenas em casos de maior relevo.[126]

Assim, pode-se esboçar um procedimento resumido para a prolação de um rescrito em sentido restrito (*subscriptio*).

Recebida a petição, se o imperador não a respondesse oralmente, era feito um relatório preliminar pelo *a libellis*, que o apresentava ao *princeps*. Este poderia decidir o caso imediatamente ou após discuti-lo com seu conselho. Seu pronunciamento podia consistir apenas em ordenar que fosse feito conforme a petição, aprovar o relatório apresentado pelo *a libellis* ou, caso desejasse expressar sua própria opinião, dar instruções mais detelhadas sobre o teor da resposta.

Caso o próprio *princeps* não ditasse a resposta a um escriba, algum taquígrafo tomava notas e as passava à secretaria *a libellis*, onde o próprio chefe do ofício ou um de seus subalternos dava forma concreta e escrita à resposta imperial a ser colocada abaixo da petição com as fórmulas solenes da *praescriptio*, endereçamento que nas *subscriptiones* se

---

[125] *The emperor* cit., p. 251. No mesmo sentido, malgrado sua afirmação contundente mencionada na nota anterior, T. HONORÉ, *Emperors* cit, p. 41-42, para quem o imperador não se limitava a assinar sem ver, mas tomava contato com a petição e a decidia, embora não redigisse ele mesmo a resposta. Segundo J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 572, havia um papel mais ativo do imperador nas decisões regulamentares, dado seu caráter mais econômico e político. Nas decisões contenciosas como os rescritos, embora não esteja ausente a contribuição pessoal do imperador, o trabalho dos juristas seria mais relevante.

[126] V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 109; T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 14; D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., p. 12. A consulta a juristas para a emanação de um rescrito é mencionada em Jul. 1 *dig.* D. 1,18,8 (em que Sálvio Juliano afirma ter ouvido com frequencia o imperador emanar um certo tipo de rescriptio enviando o peticionário ao governador de província) e Ulp. 14 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 37,14,17pr (no qual se menciona uma interessante discussão ocorrida no *consilium* de Marco Aurélio antes da emanação de um rescrito). Para T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 14, o próprio fato de Ulpiano relatar com tantos detalhes a discussão no último caso mencionado mostra que não era uma prática comum convocar o *consilium* para decidir sobre um rescrito, o que seria impossível diante da quantidade de trabalho, mas, mesmo assim, é feito por Marco Aurélio, ao menos nessa ocasião.

dava de forma bastante simples ("do imperador X para peticionário Y", sem fórmula de saudação ou despedida).[127]

Posteriormente, era feito um controle para verificar o teor da resposta e o secretário *a libellis* reconhecia o texto com a aposição da fórmula *recognovi*, apresentando-o ao imperador, que apunha sua validação por meio da fórmula *rescripsi*, com a qual atesta ter aprovado o conteúdo da decisão ali escrita, que estaria em conformidade com a vontade imperial.[128]

Uma vez emanada a resposta, deveria ela se tornar conhecida de seus destinatários. Enquanto as *epistulae* eram enviadas para o destinatário e sua divulgação para um público externo dependia da iniciativa de quem a recebia,[129] os rescritos seguiam, ao que parece, caminho diverso.

T. MOMMSEN afirmava que os rescritos não eram publicados, mas sim entregues aos destinatários, assim como as *epistulae*,[130] e a falta de publicação, segundo O. KARLOWA, era responsável pelo fato de que os rescritos em sentido estrito não tinham muita relevância para além do caso concreto.[131]

No entanto, tal opinião deixou de prevalecer após o descobrimento da já mencionada inscrição de Scaptopara, que contém a cópia de um rescrito de Gordiano aos

---

[127] J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 568; J-L. MOURGUES, *Les formules "rescripsi", "recognovi", et les étapes de la rédaction des souscriptions impériales sous le Haut-Empire romain,* in *MEFRA* 107 (1995), p. 298; Este último autor, ao contrário de T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 47, para quem a expressão *libellos agente* indica que talvez o secretário compusesse um esboço de rescrito antes mesmo que o imperador ouvisse a petição, afirma, nas pp. 265-266, que as fontes sobre o *a libellis* indicam ser sua função acolher as petições, dar-lhes uma ordem de apresentação (*disponere*) e apresentar ao imperador apenas um relatório preliminar sobre o documento (*tractare*), pois seria inadequado, uma verdadeira impudência, que se apresentasse ao imperador uma decisão pronta antes que ele se pronunciasse sobre o caso.

[128] Cf. U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten* cit., p. 06; D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., pp. 12-13; J-L. MOURGUES, *Les formules* cit., pp. 272-274 e 283 e ss.; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 584, para quem, contudo, o *recognovi* do secretário *a libellis* era aposto após o *scripsi* ou *rescripsi* do imperador, de modo a atestar a autenticação do ato pela mão do *princeps*.

[129] Segundo R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 73, os rescritos contendo respostas a magistrados e funcionários (*epistulae*) eram registrados nos *acta principis* por meio de *insinuatio* e publicados pelo destinatário se lhe fosse ordenado ou se julgasse útil.

[130] *Le Droit Public Romain V* cit., pp. 194-195: "*Du reste, ces décrets et ces rescrits impériaux n'étaient pas soumis au système de la publication; ils arrivaient à la notoriété seulement comme les autres jugements et les autres responsa, par l'activité privée des auteurs juridiques.*"

[131] *Römische Rechtsgeschichte. Erster Band. Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig, Von Veit & Comp., 1885, p. 651.

habitantes do local em 238 d.C., extraída, segundo ali consta, de um *liber libellorum rescriptorum et propositorum in porticu thermarum Trajanorum*,[132] expressão que tem sido interpretada como indício certo de que os rescritos eram afixados em local público.

Segundo P. KRÜGER, mesmo antes da descoberta dessa inscrição, já era possível entrever, com base nas fontes disponíveis, como a sigla *pp.*, abreviação de *proposita*, presente em vários rescritos contidos no *Codex*, mesmo aqueles mais antigos, já seria um indício da publicação dos rescritos.[133]

Assim é que se tornou prevalente a opinião de que os rescritos dirigidos aos particulares, via de regra, eram publicados por meio da afixação em local público (*propositio*),[134] onde o imperador se encontrasse (em Roma ou nas províncias),[135] diariamente ou não,[136] devendo os interessados, que não recebiam a resposta em mãos, providenciar uma cópia para si enquanto o documento permanecia exposto (durante um prazo provável de trinta dias),[137] autenticando-a junto à chancelaria. [138]

---

[132] *CIL* III,12336 - *FIRA* 1 106: *descriptum (e)t recognitum factum (e)x (l)ibro (li)bellorum rescript (o)rum a domino n(ostro) imp(eratore) Ca (e)s(are) M(arco) Antonio Gordiano Pio Felice Aug(usto) (e)t propo (s)it (o)rum (R)oma (e) in portico [t] (he)rmarum Tr[a]ianarum.*

[133] *Histoire* cit., p. 130.

[134] U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten* cit., pp. 12-13; R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 72; W. WILLIAMS, *The libellus procedure* cit., p. 100; D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., p. 20; D. LIEBS, *Reichskummerkasten* cit., p. 144 ; M. VARVARO, *Note* cit., p. 23, nt. 85; F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 244-247; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p.609; M. TALAMANCA, *Rescripta* cit., p. 419.

[135] Em Roma, a publicação ocorria, segundo a inscrição de Scaptopara (que menciona um rescrito de 238 d.C.), no pórtico das Termas de Trajano. Para D. LIEBS, *Reichskummerkasten* cit., p. 144, no século II d.C., ela ocorria na antesala do templo de Apolo no Palatino, onde havia uma biblioteca contendo uma seção jurídica. Segundo T. HONORÉ, *Emperors* cit., pp. 28-29, D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., pp. 35-36, J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 617, caso o imperador não estivesse em Roma, as petições oriundas da capital talvez pudessem ser protocoladas ali mesmo, sendo enviadas à corte itinerante e, uma vez respondidas, voltariam a Roma para publicação. Isso explicaria a discrepância, em alguns rescritos, entre o local de publicação, indicado pela sigla *pp.*, de *proposita*, e a residência efetiva do imperador no momento da publicação.

[136] Para D. LIEBS, *Reichskummerkasten* cit., pp. 144-145, a publicação não ocorria individualmente, mas em blocos de rescritos. O responsável esperaria o acúmulo de um número suficiente, juntaria todos eles e os afixaria numa mesma data, de modo que não seria usual a publicação no mesmo dia da emanação do rescrito.

[137] U. WILCKEN, *Zu den kaiserreskripten* cit., p. 17; T. HONORÉ, *Emperors* cit., p. 28; W. WILLIAMS, *The libellus procedure* cit., p. 99; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 619.

[138] Segundo W. WILLIAMS, *The libellus procedure* cit., pp. 100-101, há evidências de que aqueles que peticionavam junto aos governadores provinciais tinham que providenciar, eles mesmos, uma cópia da decisão exposta em público, não havendo razão para crer que recebessem um tratamento privilegiado quando a petição fosse dirigida ao imperador. De qualquer forma, deixar aos particulares o ônus de fazer a cópia poupava trabalho à chancelaria imperial, em ao menos dois aspectos: primeiramente, os escribas precisavam apenas fazer uma cópia da decisão imperial, sem ter de copiar as intermináveis petições; em segundo lugar,

Para U. WILCKEN, antes da introdução da *propositio* por Adriano, não havia publicação e as respostas, provavelmente o original do libelo com a resposta logo abaixo, seriam entregues ao peticionário, talvez com o concurso do governador da província, permanecendo uma cópia no *scrinium* imperial. Em favor de sua posição, o autor aduz o já citado trecho da correspondência entre Plínio e Trajano,[139] no qual o imperador diz a Plínio que está enviando o libelo do rescrito ou o libelo respondido em relação a um pedido de cidadania.[140] W. WILLIAMS, contudo, afirmando que uma única fonte - cuja redação é, aliás, duvidosa - não poderia dar indícios seguros de quando se iniciou o sistema da *propositio* das *subscriptiones*, defende a possibilidade de que ele já existisse anteriormente, talvez desde Augusto, embora as primeiras notícias seguras de *propositio* sejam do século II d.C.[141]

Tal modo de publicação foi contestado por A. D'ORS e F. MARTIN, para quem a *propositio* indica, na verdade, o ato de colocar (sem exposição prévia em lugar algum) uma cópia apenas dos rescritos de interesse jurídico, já unidos em forma de rolo, à disposição do público num arquivo em lugar fechado (um *tabularium* das Termas de Trajano), onde poderiam ser mais facilmente consultados e copiados sem necessidade de permissão imperial,[142] sendo o original devolvido aos interessados (talvez com o uso do *cursus publicus*), como já ocorria com relação aos rescritos de interesse particular e com relação a

---

ao invés de incomodarem a chancelaria em busca da decisão, os particulares deveriam ficar atentos à publicação. Para o autor, aliás, a conveniência da chancelaria imperial é a melhor explicação para a adoção do sistema da *propositio* para tornar públicos os rescritos, em comparação, com a que sugere que o objetivo da *propositio* era tornar públicas decisões relevantes ou dar ao interessado uma garantia de conhecimento público do privilégio obtido. Como, segundo ele, todo tipo de rescrito era publicado (ver a discussão na nota 147 *infra*), a melhor explicação para a afixação em público é a de facilitar o trabalho da chancelaria e dos órgãos do império, assim como ocorria com a exigência de que a petição fosse entregue pessoalmente, como já se viu, pelo que não se pode dizer que o objetivo da *propositio* era dar publicidade a decisões jurídicas de relevância geral.

[139] Plin. Ep. 10,107: *libellum rescripti (um) quem illi reddetes misi tibi*.

[140] *Zu den Kaiserreskripten* cit., p. 12.

[141] *Publication* cit., p. 98. Para o autor, uma vez que o documento enviado a Áquila por meio de Plínio era relativo à concessão da cidadania, não se pode extrapolar essa fonte para afirmar uma prática para todo tipo de rescrito.

[142] Desse *liber libellorum* conservado no arquivo é que os habitantes de Scaptopara, segundo os autores, teriam obtido a cópia do rescrito que lhes era dirigido

todos antes de Adriano, responsável, segundo eles, pela introdução do sistema da *propositio* no sentido que dão ao termo.[143]

Em favor de sua tese, os autores invocam, além do sentido mais amplo do verbo *proponere,* um argumento de praticidade, uma vez que, segundo eles, a opinião tradicional não leva em conta a dificuldade que se teria para fazer cópias em pé e a partir de um documento afixado na parede, que não raro poderia estar escrito também no verso. Além disso, um libelo exposto assim durante vários dias numa parede dificilmente poderia se conservar em bom estado para depois ser juntado ao *liber* no arquivo imperial.[144]

A teoria da *propositio* como uma espécie de promulgação no arquivo posto à disposição dos súditos, contudo, não encontrou eco na romanística, não somente por ausência de apoio textual explícito, mas também, como mostrou W. WILLIAMS, pelo fato de que o argumento da praticidade não é nada decisivo, uma vez que o governo imperial, via de regra, não estava preocupado com a comodidade dos súditos.

O autor pensa ser difícil que o governo central providenciasse aos súditos uma facilidade como salas de leitura onde os rescritos podiam ser lidos. Ademais, isso estaria em contraste com a prática normal: os pais que desejassem copiar os certificados de nascimento não dispunham de nenhuma sala de leitura e o acesso aos arquivos imperiais só ocorreria com autorização do próprio imperador. Assim, embora houvesse mesmo dificuldades práticas no procedimento aceito pela doutrina (assim como havia para a própria entrega da petição, como já se viu), surgem mais dificuldades quando se aceita a tese dos autores espanhois. [145]

---

[143] *Propositio libellorum* cit, pp. 113-114, 117-119. Para os autores, ao serem *propositi*, os libelos se convertiam em critérios informadores da atividade judicial e se colocavam como verdadeiras fontes de direito, o que somente se verifica a partir de Adriano, que é quando, aliás, os juristas passam a citar os rescritos em suas obras e cujos rescritos são os mais antigos mencionados no *Codex*.

[144] *Propositio libellorum* cit., p. 118. Na p. 114, afirmam: "*No nos podemos imaginar a tantas mujeres que solicitan rescriptos viajando y esperando en Roma para conseguir una respuesta imperial que con cierta frecuencia es negativa. El deseo de Adriano-que se le supone-de aligerar el trabajo de reenvio por la oficina a libellis, no pudo llegar hasta ese extremo.*"

[145] *The publication* cit., pp. 293. A falta de preocupação em causar inconvenientes aos súditos se mostraria ainda no fato de que petições em grego eram respondias em latim. O autor afirma, ainda (pp. 285-286), que não havia serviço de correio a que todos os súditos podiam recorrer e nem toda a correspondência imperial era levada pelo *cursus publicus* (termo não atestado antes do século IV d.C.). Além disso, a obrigação do imperador de lidar com as petições feitas pelos súditos não incluía a obrigação de estabelecer um

Dentro da tese prevalente quanto à *propositio*,[146] variam os autores em relação a outras questões, como quais tipos de rescrito eram publicados (apenas os que interessasem ao direito, apenas os rescritos contenciosos ou todo tipo de *subscriptio*)[147] e qual o texto efetivamente afixado em público (para alguns, tanto o libelo como a resposta; para outros, apenas a resposta).[148]

---

procedimento pelo qual habitantes das províncias poderiam facilmente submeter petições ao imperador simplesmente protocolando-as na residência do governador mais próximo. É difícil pensar que ocorresse ao imperador criar um sistema que não apenas sobrecarregaria o sistema de correio como ainda aumentaria enormemente o volume de trabalho do governo central. Por fim, para o autor (p. 293), é improvável que se utilizasse o mesmo verbo, *proponere*, tanto em relação aos editos quanto aos rescritos, mas que ele significasse dois procedimentos diversos de publicação conforme o caso. V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 144, nt.; 296, também rechaçam expressamente a tese de A. D'ORS e F. MARTIN, assim como J-P. CORIAT, *Le prince* cit., pp. 609 e ss. (com relação ao uso do correio, pp. 323-329). Para F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 247, a referência ao *liber libellorum rescriptorum et propositorum* na inscrição de Scaptopara não é a uma cópia arquivada mas a um texto exposto ao público. Como destaca M. TALAMANCA, *Rescripta* cit., p. 419, as dificuldades práticas no envio da petição e na obtenção da cópia não impediram a difusão dos rescritos como meio de resolver as controvérsias jurídicas.

[146] Que, segundo ressalta D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., pp. 16-20, não é o único meio de se divulgar uma decisão imperial, como deixa entrever a expressão *accepta* na parte final de alguns rescritos presentes no *Codex*, indicando provavelmente o momento em que uma resposta imperial foi recebida pelo destinatário. No entanto, para J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 615, tal expressão diz respeito à publicação no local onde recebida a decisão. Segundo M. VARVARO, *Note* cit., p. 20, a expressão *accepta* indica o momento de recepção de uma *epistula*. Para T. HONORÉ, *Emperors* cit., pp. 27-28, o termo *data* indicaria um rescrito que deveria ser enviado à província e ali publicado, o que poderia ocorrer também se o imperador estivesse itinerante e houvesse atraso na resposta à petição, que então seria enviada para o local de origem.

[147] Para W. WILLIAMS, *The libellus procedure* cit., p. 101, todos os rescritos eram publicados e a maioria deles, sobretudo os que nos chegaram por meio de papiros, diz respeito a benefícios de interesse meramente particular ou, quando muito, apenas explica aos peticionários qual é o direito no caso concreto, sem nenhuma inovação. Pela publicação de todo tipo de rescrito já se manifestavam, por exemplo, P. KRÜGER, *Histoire* cit., pp. 130-131, e U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten* cit., p. 16 e 19, onde o autor ressalta como o conteúdo do rescrito aos habitantes de Scaptopara depõe contra a ideia de que a finalidade da *propositio* era trazer ao conhecimento público questões importantes ou de significado geral, uma vez que, no caso específico, o conteúdo era insignificante para o direito como um todo, o que somente vem reforçar a ideia de que todas as subscrições eram publicadas, pela afixação em público. Em sentido contrário, além de O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., p. 651, A. D'ORS E F. MARTIN, *Propositio libellorum* cit., p. 114. J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 585, por sua vez, entende que apenas os rescritos contenciosos eram alvo de *propositio*, e não os graciosos, cuja cópia era remetida aos destinatários, que lhe davam uma publicidade oficiosa. M. VARVARO, *Note* cit., pp. 27-28, também conjectura um procedimento diverso para os rescritos graciosos: petições contendo pedidos de privilégios, benefícios, alguma proteção econômica ou fiscal, eram enviadas à capital ou ao local onde se encontrava o imperador. A resposta era publicada e o requerente obtinha uma cópia por meio de algum conhecido, a fim de testemunhar a obtenção do privilégio. Em se tratando de concessão de benefícios, talvez a chancelaria enviasse para o destinatário a resposta, e o autor crê que isso não ocorria nos rescritos sobre controvérsias jurídicas.

[148] Para U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten* cit., pp. 16 e ss, era publicado o documento formado pelo libelo e pela resposta escrita logo abaixo da petição. No mesmo sentido, M. TALAMANCA, *Rescripta* cit., p. 419. P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 128, nt. 7, como argumento para a publicação de petição e resposta juntas, afirma que a redação da resposta num documento separado permitiria aos particulares apresentar ao juiz uma questão de fato diferente daquela submetida ao imperador e que motivara o rescrito, de modo que a apresentação do libelo juntamente com a resposta num único documento permitira ao juiz verificar a exatidão

Como todos os atos imperiais, as constituições eram inseridas nos *commentarii* (*promnemata*) mantidos no arquivo da chancelaria imperial (*Tabularium Caesaris*). Para facilitar a pesquisa, cada tipo de constituição era inserida em *commentarii* específicos e em ordem cronológica (talvez a cada ano correspondesse um volume), o que não podia ser de outro modo, tendo em vista a quantidade de material a registrar. Assim é que provavelmente havia *commentarii* específicos - há uma prova expressa ao menos em relação aos *privilegia* - para demais constituições, como os editos, *mandata*, decretos e rescritos, o que se pode depreender da inscrição de Scaptopara, em que se menciona um *liber libellorum rescriptorum*.[149]

Em relação ao imperador Marco Aurélio, há a notícia dos *semestria* de onde teriam sido obtidos os rescritos mencionados em diversas passagens do Digesto.[150] Tais *semestria*, segundo uma explicação em curso no século VI d.C.,[151] seriam uma coletânea de constituições emanadas num período de seis meses, mas, segundo P. KRÜGER, trata-se de uma suposição gratuita. Deve-se notar, contudo, que os juristas citam efetivamente os *semestria* enquanto em geral não indicam as fontes de onde obtiveram os rescritos, o que leva a crer que Marco Aurélio publicou suas constituições imperiais, provavelmente em extratos, a cada seis meses ou numa seleção única divida por semestres.[152]

---

dos fatos relatados ao imperador. Em sentido diverso, D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., pp. 20 e ss., defende que, em tempos mais recentes, provavelmente a partir de algum momento no século II d.C., fosse afixada em público apenas uma cópia do rescrito (*subscriptio*), com o nome do destinatário, sem o libelo correspondente, sendo arquivado o orginal contendo ambos. Isto ocorreira por razões de praticidade (evitando-se publicar longos libelos) e porque o interesse principal residia não na petição, mas na decisão imperial, na qual, aliás, como se constata pela leitura dos rescritos transmitidos pelas fontes jurídicas, se tentava descrever as circunstâncias relevantes do caso concreto, com o que o rescrito poderia ser entendido sozinho, sem o libelo correspondente. Segundo o autor, com isso, ficaria relativizada a distinção entre *epistulae* e *subscriptio*, pois esta seria também um documento independente, tanto que o termo *subscriptio* teria progressivamente desaparecido do discurso jurídico, que emprega o termo genérico *rescriptum*. Seguem D. NÖRR, por exemplo, V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 112-113, e D. LIEBS, *Reichskummerkasten* cit., p. 144, e J-P. CORIAT, *Le prince* cit., pp. 609 e ss.

[149] P. KRÜGER, *Histoire* cit., pp. 145-146, e R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 73-74, em que o autor atenta para o fato de que os *commentarii* oficiais não podem ser confundidos com os chamados *commentari diuturni* ou *ephemeris* de que se fala em Suet. Aug. 64 e Vita Aurel. 1, para os quais existia até mesmo um *procurator* específico e que eram uma espécie de jornal da corte.

[150] D. 2,14,46 (*cum in semestribus relata est constitutio divi Marci*); D. 18,7,10 (*Divus Marcus ... in semestribus constituit*); D. 29,2,12 (*et est in semestribus Vibiis Soteri et VicTorino rescriptum*); Inst. 1,25,1 (*Divus Marcus in semestribus rescripsit*).

[151] Bas. 11, 1, 45 sch.; Glosas às Institutas de Turin, 43 (*Semenstria sunt codex, in quo legislationes per sex menses prolatae in unum redigebantur*).

[152] *Histoire* cit., pp. 146-147.

Além da afixação em local público, era a divulgação nas obras dos juristas romanos que fazia os rescritos se tornarem conhecidos de um público mais amplo. Assim, pode-se dizer que a jurisprudência exerce um duplo papel: numa primeira fase, caso o jurista faça parte da chancelaria ou do *consilium*, contribui para a própria produção do rescrito e, num segundo momento, os juristas, que muitas vezes, como funcionários ou conselheiros, tinham fácil acesso aos arquivos imperiais, comentam os rescritos em suas mais diversas obras. A partir do século II d.C., são cada vez mais citadas as constituições imperiais pela jurisprudência, sendo ela uma das principais divulgadoras dessa nova legislação.[153]

1.2. A FORÇA NORMATIVA DOS RESCRITOS

No século II d.C., a atividade consultiva do imperador é um fato consumado, ocupando grande parte de seu tempo,[154] e o produto dessa atividade, os rescritos, logo se inserem no rol de fontes do direito, juntamente com as demais constituições imperiais, o que se expressa nas enumerações de fontes feitas pelos juristas clássicos.

Gaio inclui as *constitutiones* dentre os diversos *iura Populi romani* e as define como aquilo que o imperador constitui por decreto, edito ou epístola, afirmando jamais se ter duvidado que elas tivessem força de lei.[155] Pompônio afirma que em Roma o direito é posto, dentre outros meios, pelas constituições, de modo que aquilo que o príncipe

---

[153] V. MAROTTA e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legislazione* cit., p. 109; M. VARVARO, *Note* cit., p. 11-12; J-P. CORIAT, *Le prince* cit., p. 656; M. BRETONE, *Storia* cit., p. 243-244; M. TALAMANCA, *Le costituzioni* cit., p. 432; P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 133.

[154] Segundo F. MILLAR, *The emperor* cit., p. 06 , "*the emperor's role in relation to his subjects was essentially that of listening to requests, and of hearing disputes. (...) A very large proportion of his contacts with his subjects fell into a pattern which may be called 'petition-and-response'. This will cover not merely the interminable embassies from cities, mainly Greek, but also the vast mass of imperial rescripts which we know from the Codex of Justinian and the legal writings collected in the Digest. Documentary evidence now confirms how substantial a part of an emperor's daily work the answering of petitions represented*."

[155] Gai. 1,2 (*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*. "Ora, os direitos do povo romano constam de leis, plebiscitos, senatusconsultos, constituições imperiais, editos dos que têm o direito de expedi-los, respostas dos prudentes.") e 1,5 (*Constitutio principis est, quod imperator decreto uel edicto uel epistula constituit. nec umquam dubitatum est, quin id legis uicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.* "A constituição imperial é o que o imperador ordena mediante um decreto, edito ou epístola.")

estabeleceu deve ser observado como lei.[156] Papiniano, por seu turno, enumera os decretos do príncipe dentre as fontes de *ius civile*.[157] Por fim, Ulpiano, com sua conhecida máxima *quod principi placuit legis habet vigorem*, afirma mais uma vez, já no período severiano, a força normativa dos atos imperiais, pouco importando a forma que tomassem: *epistula*, *subscriptio*, decisão tomada numa *cognitio* – definitiva ou interlocutória-, ou edito, sendo que em todos os casos consta ser lei o que o *princeps* estabeleceu (numa assimilação mais direta com a *lex* do que faziam os juristas anteriores).[158]

Em diversos escritos jurisprudenciais, ainda que não se trate de enumerações de fontes, dá-se a entender que um direito novo adveio das constituições imperiais e que estas eram aptas a criá-lo.[159]

R. ORESTANO, após destacar o problema de se tentar enquadrar nas categorias republicanas o fenômeno do poder imperial, afirma que as constituições imperiais, embora posteriormente recebam essa denominação, não são verdadeiras *leges*, pelo que não se pode realmente falar em "poder legislativo imperial" (as *leges* somente surgiam pelas formas em que o *populus* intervinha), o que não significa que não houvesse um verdadeiro

---

[156] Pomp *l. s. ench.* D. 1,2,2,12: *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur (...) aut est principais constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.* "Assim, em nossa *civitas* se institui algo: ou por direito, isto é, pela lei, (...)ou há a constituição do príncipe, isto é, que aquilo que o príncipe determinou seja observado como lei."

[157] Pap. 2 *def.* D. 1,1,7pr: *Ius autem civile est quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.* "*Ius civile* é o que advém das leis, plebiscitos, senatusconsultos, decretos dos príncipes e da autoridade dos prudentes."

[158] Ulp. 1 *inst.* D. 1,4,1pr-1: *pr. Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. 1. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus*. "pr. O que agrada ao príncipe tem força de lei. Isso porque o povo, por uma lei régia que foi promulgada sobre o *imperium* dele, confere a ele todo o seu *imperium* e sua potestas. 1. Portanto, não importa o que o imperador por epístola ou por subscrição estatuiu, ou em cognição de causa decretou, ou de plano interveio, ou por edito prescreveu, consta que é lei. Estas são as que vulgarmente denominamos constituições."

[159] É o que se vê, por exemplo, em Gai 6 *ad ed. prov.* D. 5,3,1 e 3: *Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo* "A herança nos pertence pelo direito novo ou antigo." (...) 3. *Novo iure fiunt heredes omnes qui ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur.* "Pelo direito novo são feitos herdeiros todos aqueles que são chamados à herança pelos senatusconsultos ou pelas constituições." Também em Paul. 9 *resp.* D. 22,3,5 se afirma que algo é proibido *lege vel constitutione*, assim como em Paul. 19 *ad ed.* D. 6,2,12,4: *Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat* (...).

"poder normativo", uma vez que já no período clássico o imperador punha normas gerais e com eficácia duradoura, ainda que de formas diversas.[160]

Diante dessa constatação, é preciso indagar, antes de se passar a descrever o modo pelo qual os rescritos, emanados para um caso concreto, adquiriam eficácia geral, qual o fundamento desse poder normativo efetivamente existente.

Os juristas que, depois de Adriano, se ocuparam do tema da força normativa das constituições imperiais, buscaram dar uma justificação dogmática ao fato consumado de que o imperador criava normas jurídicas, apelando para a *lex de imperio*, afirmando que, por receber seu poder por meio de uma lei, suas deliberações adquiriam a mesma força.[161]

Adotando uma postura cética em relação às teorizações dos juristas romanos, R. ORESTANO enxerga o fundamento verdadeiro e unitário do poder normativo imperial na *auctoritas principis*, na supremacia de fato e no respeito devotado ao imperador, que fazia com que suas determinações, pouco importa a forma que tomassem, fossem tidas como regras a serem seguidas ou ao menos como *exempla* dignos de repetição.[162]

---

[160] *Il potere* cit., pp. 12-18.

[161] É o que fazem Gaio (Gai 1,5) e Ulpiano (D. 1,4,1pr-1). Deve-se destacar que Pompônio, para quem expressamente aquilo que o príncipe estabelece *pro lege servetur*, não parece apelar para uma legitimação baseada na *lex de imperio*, apresentando a questão do poder imperial de forma mais genérica e até mesmo mais realista, conforme se vê em Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,11: *Novissime sicut ad pauciores iuris constituendi vias transisse ipsis rebus dictantibus videbatur per partes, evenit, ut necesse esset rei publicae per unum consuli (nam senatus non perinde omnes provincias probe gerere poterant): igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset*. "Por fim, como os meios de constituição do direito tivessem passado a poucos, conforme o que os próprios fatos ditaram, ocorreu, por partes, que se fizesse necessário à *res publica* que ela fosse vigiada por um só (pois o senado não podia de modo absolutamente igual administrar dignamente todas as províncias). Por conseguinte, constituído um príncipe, foi dado a ele o direito, a fim de que o que ele elaborasse fosse confirmado." Para F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale,* in *SDHI* 48 (1982), ora in *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano,* Torino, Giappichelli, 1997, p. 182 no entanto, Pompônio estaria deixando claro que é a própria existência do poder normativo que caracteriza o principado e o *ius* concedido ao imperador estaria ligado à cláusula VI da *Lex de imperio Vespasiani*. Ampla análise desse fragmento é feita por M. CAMPOLUNGHI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano II.1*, Perugia, Margiacchi-Galeno, 2001.

[162] *Il potere* cit., pp. 30-31, com extensa argumentação nas páginas seguintes, a partir das fontes jurisprudenciais e das próprias constituições imperiais, que demonstrariam a consciência, por parte do *princeps*, de que era sua *auctoritas* o fundamento das construções que ia introduzindo no ordenamento jurídico.

No entanto, ainda que as afirmações dos juristas possam representar apenas uma tentativa tardia de justificar o poder normativo ou de lhe dar um fundamento unitário,[163] nada impede que Gaio e Ulpiano estejam realmente se referindo a essa lei, uma vez que, na *lex de imperio Vespasiani*,[164] única lei de investidura que chegou até nós, há uma cláusula que poderia indicar a concessão ao imperador do poder de criar direito, se não expressamente, ao menos pelos termos vagos em que é formulada:

utique quaecunque ex usu rei publicae maiestateque divinarum | humanarum publicarum privatarumque rerum esse | censebit, ei agere facere ius potestasque sit, ita uti divo Aug(usto), Tiberioque Iulio Caesari Aug(usto), | Tiberioque Claudio Caesari | Aug(usto) Germanico fuit ; |	Da mesma forma, que ele tenha o direito e poder de realizar e fazer tudo o que considerar de utilidade da república e para grandeza das coisas divinas ou humanas, públicas ou privadas, assim como foi lícito ao divino Augusto, a Tibério Júlio César Augusto e Tibério Cláudio César Augusto Germânico.

Para alguns autores, essa cláusula discricionária, na verdade, dizia respeito apenas à atividade de governo, a poderes executivos, como demonstra o uso dos verbos *agere facere*, ou mesmo ao exercício de poderes emergenciais pelo imperador, pelo que não se presta a legitimar expressamente seu poder normativo em geral.[165] Outros, no entanto, não

[163] Como afirmam, por exemplo, V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 241, e M. TALAMANCA, *L'attività normativa del princeps. Edicta e madata,* in M. TALAMANCA (dir), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, pp. 409-410.

[164] 1,18.

[165] P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 135; R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 21; F. DE MARTINO, *Storia* cit., p. 495 e 501-502 (valor limitado aos casos emergenciais). O mesmo ocorre, segundo alguns (P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 136, nt. 2; R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 22; F. DE MARTINO, *Storia* cit., p. 497; M. SARGENTI, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino, Vol. 6*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 2622-2634), com a cláusula final da *lex de imperio Vespasiani* (1,29 : *utique quaecumque ante hanc legem rogatam acta gesta decreta imperata ab imperatore Caesare Vespasiano Augusto iussu mandatuve eius a quoque sunt, ea perinde iusta rataque sint, ac si populi plebisve iussu acta essent*. "Da mesma forma, tudo o que, antes de aprovada esta lei, tiver sido feito, realizado, decretado e ordenado pelo imperador César Vespasiano Augusto, ou por alguém por ordem sua, seja tido como justo e válido, como se feitos por ordem do povo ou da plebe."), que meramente ratifica os atos praticados por Vespasiano até o então. Também não se pode acolher, conforme afirma R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 29, a hipótese de uma cláusula na *lex de imperio* que fundamentasse o poder legislativo imperial mas que não tenha chegado até nós, por absoluta falta de comprovação textual.

veem tal limitação no significado da cláusula e a afirmam categoricamente como o fundamento desse poder.[166]

De qualquer forma, a fórmulação vaga dessa disposição legal conferia aos imperadores uma autoridade a meio caminho entre o poder executivo e legislativo – se é que é lícito aplicar tal distinção – sendo difícil pensar que um leitor antigo não enxergasse no *agere facere* do imperador também a emanação de atos normativos, tanto que os próprios juristas vislumbraram a conexão entre *lex de imperio* e *constitutiones principum*.[167]

Mas talvez não seja possível, do ponto de vista do historiador, uma resposta unitária para o problema do fundamento do poder normativo imperial, já que, diante da complexidade do regime instituído por Augusto, do início do principado até o final do século I d.C. provavelmente variavam o fundamento e, consequentemente, os efeitos dos vários tipos de constituição imperial, ganhando corpo apenas no início do século II d.C. sobretudo na consciência dos juristas, a ideia de que a eficácia das *constitutiones* em geral se baseia, de forma unitária, nos poderes conferidos ao príncipe por meio da *lex de imperio*, e que, por conta disso, todas elas têm força de lei.[168]

---

[166] É o caso de P. A. BRUNT, *Lex de Imperio Vespasiani*, in *JRS* 67 (1977), p. 113-114, que rejeita a ideia de que *agere* e *facere* se refiram apenas a atos executivos, uma vez que o sentido de *agere* não pode ser mais limitado que o de *acta principis*, expressão na qual se incluiriam também suas decisões de caráter normativo. O autor rejeita também a ideia de que a cláusula autorizaria o imperador a agir discricionariamente apenas em situações emergenciais, já que, se a ideia da lei era limitar os poderes, a redação não foi feliz. Segundo ele, o objetivo dessa cláusula seria dar uma sanção jurídica (legal) à atividade do imperador em matérias nas quais Augusto havia operado livremente, sem sanção, apenas com base em sua *auctoritas* proeminente, de modo que a cláusula seria fundamento suficiente para o poder normativo. Também F. GALLO, *Sul potere normativo* cit., p. 185, rejeita a restrição ao significado da cláusula e afirma que, por sua amplitude, pode conter o poder de modificar o direito. Além disso, segundo o autor (p. 190-191), Sálvio Juliano, em D. 1,3,32,1, não poderia afirmar que a vontade do povo é o fundamento do caráter vinculante da norma se não existisse um meio pelo qual era atribuído ao imperador o poder normativo, meio este que as fontes enxergam na *lex de imperio*. Por fim, para o autor (p. 192), ao contrário do que ocorria com as constituições imperiais, havia dúvida quanto aos senatusconsultos valerem como leis, justamente por não haver uma atribuição formal de poder que fizesse com que o Senado pudesse agir *vice populi*, ainda que essa dúvida tenha sido superada posteriormente.

[167] P. KRÜGER, *Histoire* cit., pp. 135-137; M. BRETONE, *Storia* cit., p. 236.

[168] M. TALAMANCA, *L'attività* cit., p. 411; M. BRETONE, *Storia* cit., p. 235.

Assim é que as diversas constituições imperiais, ao menos no início do principado, derivem sua força normativa de fundamentos diversos.[169]

No caso dos editos, é nítida a conexão com o *ius edicendi* de que o imperador gozava como magistrado investido de *imperium*, ainda que haja diferenças com relação aos editos promulgados pelos magistrados republicanos. O imperador emana por meio de seus editos verdadeiras normas gerais e abstratas, cuja vigência não acaba com o término do cargo específico, e não promulga um programa de ação no início do cargo, como fazia, por exemplo, o pretor, apresentando-se os *edicta* imperiais, com o tempo, como verdadeiras *leges*. Tanto é assim que Gaio, ao enumerar as fontes do direito, menciona separadamente as constituições imperiais e os editos dos magistrados, invocando fundamentos diversos para sua criação.[170]

O fundamento dos *mandata*, ordens dirigidas aos funcionários imperiais, estaria também no *imperium proconsulare maius et infinitus* do imperador, ao menos até que a jurisprudência formulasse a tese unitária da *lex de imperio*.[171]

Os *decreta*, por seu turno, derivam do poder jurisdicional do imperador, cuja origem é bastante debatida na doutrina,[172] mas, segundo F. DE MARTINO, encontram seu fundamento normativo na *auctoritas principis*.[173]

Já os rescritos encontram seu fundamento na *auctoritas* do imperador – assim como o Senado e os juristas se baseavam em sua *auctoritas*, de grau diverso, ao dar conselhos durante o período republicano -, que confere a seu parecer uma autoridade a que nem magistrados, nem funcionários, nem juízes se oporiam. Mas quando se estabelece a ideia

---

[169] Deve-se destacar, segundo V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 241; R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 37, que a máxima *princeps legibus solutus* não implica no reconhecimento ao príncipe de um poder de abrogar ou reformar as leis, mas sim em sua isenção das regras de direito privado que disciplinam a forma dos negócios jurídicos ou limitam a capacidade de adquirir. Isso fica mais claro quando se tem em conta que as menções a esse princípio aparecem em comentários jurisprudenciais sobre as *leges Iuliae et Pappia Popea*, que limitam a capacidade dos *caelibes* e dos casados sem filhos, mas excepcionam o próprio *princeps* desse regramento; também é mencionada em relação à redação de testamentos sem as devidas formalidades, os quais seriam válidos se o príncipe fosse seu beneficiário principal.

[170] F. DE MARTINO, *Storia* cit., p. 494; M. TALAMANCA, *L'attività* cit., pp. 411-412; R. ORESTANO, *Il potere* cit., pp. 26-27; P. DE FRANCISCI, *Per la storia* cit., p. 202.

[171] M. TALAMANCA, *L'attività* cit., p. 415-416; F. DE MARTINO, *Storia* cit., p. 497.

[172] Ampla revisão bibliográfica sobre o tema em M. RIZZI, *Imperator* cit., p. 18, nt. 10.

[173] *Storia* cit., p 497.

de que o fundamento unitário das constituições era o *imperium* genérico dos imperadores, que conferia a elas o *legis vicem optinere*, talvez se tenha tornado despiciendo pensar na *auctoritas* como fundamento de eficácia normativa dos rescritos.[174]

Contudo, como nota M. TALAMANCA, analisar a eficácia dos rescritos em casos futuros apenas sob o prisma da força de lei é desconsiderar o modo como os romanos enxergavam seu sistema normativo e as fontes do direito. Caso todas as intervenções interpretativas do imperador ganhassem força de lei e, portanto, constituíssem *ius civile*, estaria ocorrendo a "civilização" de diversos institutos do *ius honorarium* ou mesmo do *ius extraordinarium*, o que não é o caso.[175]

Isto porque, no que diz respeito especificamente às constituições imperiais de caráter casuístico (*rescripta* e *decreta*), qualquer que fosse o real fundamento para a emanação de tais decisões, sua inserção no sistema de fontes, ou seja, a obtenção de eficácia geral, seguia um percurso diferente daquele dos editos, a partir de cuja emanação não há dúvidas de que fossem vistos como normas gerais a serem seguidas.

Emanadas em relação ao caso submetido ao imperador, tais respostas e decisões não vinculavam os juízes de casos semelhantes posteriores, mas se mostravam, na expressão de V. ARANGIO-RUIZ, como *precedenti autorevolissimi* e os juízes não deixavam de aplicá-los quando tomavam conhecimento deles.[176]

Tanto as fontes jurídicas quanto literárias dão testemunho do valor assumido pelas constituições imperiais, ou seja, a afirmação progressiva da concepção segundo a qual um princípio disposto numa decisão imperial deveria ser considerado como uma norma com eficácia autônoma e duradoura.[177]

Ao consultar Trajano sobre uma questão relativa à administração da Bitína, em que havia dúvida sobre a generalização de uma regra aplicável inicialmente a uma única cidade, Plínio pede ao imperador que estabeleça uma normativa geral, mostrando o valor

[174] F. DE MARTINO, *Storia* cit., p. 497; M. BRETONE, *Storia* cit., p. 235; M. TALAMANCA, *Rescripta* cit., pp. 420-421.
[175] *Rescripta* cit., pp. 420-421.
[176] *Storia* cit., p. 246.
[177] R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 66.

atribuído às deliberações do imperador já naquela época (sobretudo no campo administrativo):

Superest ergo, ut ipse dispicias, an in omnibus civitatibus certum aliquid omnes, qui deinde buleutae legentur, debeant pro introitu dare. Nam, quod in perpetuum mansurum est, a te constitui decet, cuius factis dictisque debetur aeternitas.[178]	Resta, portanto, que tu mesmo decidas se em todas as cidades aqueles que serão escolhidas como buleutas devem pagar uma taxa da admissão. Pois o que é destinado a durar perpetuamente deve ser constituído por ti, a cujos atos e palavras se deve a eternidade.

Cornélio Frontão, por seu turno, numa carta enviada a Marco Aurélio em que tentava dissuadi-lo de se pronunciar numa questão testamentária remetida a ele pelo proconsul da Ásia, avisando que, se o fizesse, todos os testamentos das províncias seriam remetidos a Roma, declara expressamente a força que uma decisão imperial teria na prática:

Tuis decretis, imperator, exempla publice valitura in perpetuum sanciuntur (...) tu ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo adstringis: quare si hoc decretum tibi proconsulis placuerit, formam dederis omnibus omnium provinciarum magistratibus quid in eiusmodi causa decernant.[179]	Nos teus decretos, porém, imperador, aquelas coisas que podem valer oficialmente são sancionados para sempre (...)– onde tu decides algo num caso particular, ali vinculas em geral com teu exemplo: pelo que, se deres aprovação a esse decreto do procônsul, estabelecerás um modelo para todos os magistrados de todas as províncias que decidirem uma causa semelhante.

Embora Frontão esteja se referindo aos decretos especificamente, nada impede que se extrapole o raciocínio para os rescritos, com cuja emanação fica estabelecido um

[178] Plin. Ep. 10,112,3.
[179] Front. ep. ad M. Caes 1,6.

precedente para a apreciação de casos posteriores pelo próprio imperador ou, em se tornando conhecida a decisão, pelos juízes e magistrados.[180]

A comprovar que a eficácia de uma decisão imperial ia além do mero caso concreto está o fato de que os imperadores se mostram por vezes hesitantes em fixar um princípio de direito em alguns rescritos, quando a investigação caso a caso pelos magistrados é que poderia realizar com mais precisão a justiça.

A intenção de limitar a eficácia das decisões imperiais já se verifica no tempo de Trajano, que, ao julgar um caso de adultério em razão da posição elevada dos envolvidos, toma precauções para que sua decisão não seja usada em casos posteriores. [181] Essa mesma preocupação de Trajano se percebe no já mencionado trecho da *Vita Macrini* em que se diz que ele não desejava que se estendesse a outras causa aquilo que fora constituído *ad gratiam*,[182] e também numa carta enviada a Plínio em que ele discute a aplicação de uma *epistula* de Domiciano e diz que a província a que se relacionava o provimento anterior não era a Bitínia (governada por Plinio) e assim põe em dúvida a sua utilização extensiva.[183] Também Adriano se recusa a fixar os elementos constitutivos do *crimen plagii* em D. 48,15,6pr, preocupação esta que, segundo R. ORESTANO,[184] não teria sentido se o rescrito exaurisse sua função normativa no caso concreto.

Ulpiano sintetiza bem tal ideia ao afirmar que quando a *constitutio* fosse *personalis*, não era possível sua extensão, o que demonstra justamente que, em caso contrário (se a

---

[180] Sobre essa carta, V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., pp. 246-247, e R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 66.

[181] Plin. Ep. 6,31,6: *Admonitus ut perageret accusationem, peregit invitus. Sed illam damnari etiam invito accusatore necesse erat: damnata et Iuliae legis poenis relicta est. Caesar et nomen centurionis et commemorationem disciplinae militaris sententiae adiecit, ne omnes eius modi causas revocare ad se videretur.* "Advertido a prosseguir a acusação, fê-lo contra sua vontade. Mas era necessário condená-la mesmo contra a vontade do acusador; foi então condenada e infligida a pena da lei Júlia. César quis que a sentença contivesse o nome do centurião e a menção da disciplina militar, a fim de que não parecesse que avocaria para si todas as causas semelhantes."

[182] SHA Macr. 13,1. Como destaca R. ORESTANO, *Il potere* cit., p. 82, se as constituições imperiais não tivessem um valor geral, não se compreenderia a tentativa do imperador Macrino de abrogar os rescritos dos antecessores.

[183] Plin. Ep. 10,66 (supra, nota 60).

[184] *Il potere* cit., p. 66.

decisão não ocorresse pelos elementos enumerados por Ulpiano), a eficácia ia além do caso concreto.[185]

A ideia de que as decisões imperiais serviriam como exemplo se encontra, por exemplo, nos *Fragmenta Augustodunensia*[186] e o Digesto é repleto de soluções em que a norma é extraída de uma decisão imperial.[187]

Assim, partindo do caso concreto, a decisão era provavelmente aplicada reiteradas vezes, tornando-se uma norma estável de conduta com vinculação geral, para o que contribuíam certamente sua publicação oficial e a incorporação nas obras dos juristas.[188]

Cumpre destacar, por fim, uma distinção feita por F. ARCARIA[189] no tocante ao mecanismo de estabelecimento da eficácia geral das *epistulae* e *subscriptiones*. O autor, partindo da constatação de que Gaio, em sua definição das constituições imperiais, menciona apenas as *epistulae* (cuja eficácia, para o autor, só teria sido reconhecida a partir de Adriano) e não as *subscriptiones*, como faz Ulpiano, tenta encontrar uma explicação para tanto.

Segundo ele, para boa parte da doutrina, que não deixa de notar a estranheza da ausência, a explicação seria que Gaio, com o termo *epistula*, abarcasse também os rescritos, que ele cita em várias partes de sua obra.[190] Para F. ARCARIA, no entanto, essa explicação não é plausível justamente porque Gaio conchecia os rescritos e os distinguia terminologicamente das epístolas. Assim, Gaio estava consciente e queria fazer uma distinção entre a eficácia normativa dos dois tipos de constituição imperial.

---

[185] D. 1,4,1,2.
[186] Fr. Aug. 31: *Hoc ergo exemplo hodieque si talis res procedit, possumus dare consilium, ut supplicetur. Nam facile impetrantur ab imperatore ea quae iam ab aliis impetrata sunt: aliud est novum beneficium petere, aliud est id petere cuius extant exempla.* "Portanto, segundo esse precedente, se hoje ocorre tal caso, podemos aconselhar que se faça uma súplica. Pois facilmente se obtém do imperador o que outros já conseguiram; uma coisa é pedir um benefício novo, outra é pedir algo para o que há precedentes."
[187] Em Ulp. 4 *fideic* D. 36,1,13pr , o jurista resolve a controvérsia invocando um *decretum* de Marco Aurélio. Em Ulp. 4 *fideic.* D. 36,1,11,2, fala-se em *exemplum capere ex rescripto Divi Pii.*
[188] Segundo afirma F. M. DE ROBERTIS, *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali, II. I rescripta principum,* in *Scritti Varii di Diritto Romano, Vol.* II, Bari, Cacucci, 1987, pp. 173 e ss, os juristas, em suas obras, mesmo quando manifestavam sua discordância com a posição tomada no rescrito que mencionavam, acabavam se curvando diante da decisão imperial.
[189] *Referre* cit., p. 36. A distinção já havia sido esboçada por A. D'ORS, *Rescriptos* cit., p. 08-09.
[190] É, por exemplo, a solução dada por P. DE FRANCISCI, *Per la storia* cit., p. 205.

Por que, então, a distinção? Por que, enquanto as epístolas ganhavam valor normativo, os rescritos ainda não o obtinham? A explicação mais natural é que no século I d.C. foram raros os rescritos com conteúdo jurídico nítido (ou seja, com a solução de uma controvérsia jurídica), sendo mais prevalentes aqueles em que os imperadores concediam benefícios, isenções e privilégios. Assim, a falta de menção em Gaio seria devida à ausência de rescritos mais propriamente jurídicos. Para o autor, mais uma vez, a explicação não é convincente, tendo em vista que, durante o mesmo período, também as epístolas apresentavam pouco conteúdo jurídico. Haveria, aliás, mais notícias de rescritos com esse conteúdo do que *epistulae*, o que torna ainda mais frágil o argumento.[191]

Quando se tem em mente que a tendência maior de *epistulae* com conteúdo jurídico se nota a partir de Trajano (como se vê nas fontes jurídicas e na correspondência com Plínio), chega-se à conclusão de que até então tal tipo de constituição não encontrava lugar certo no ordenamento jurídico, o que, além de tornar mais estranha a ausência dos rescritos na enumeração gaiana, coloca outra questão: se começaram a ter mais prevalência desde Trajano, como explicar que as *epistulae* já apareçam como fonte de direito no elenco gaiano, elaborado pouco tempo depois, sob Adriano? Ou seja, por que elas assumiram valor normativo pouco depois de seu nascimento, enquanto os rescritos só obtiveram esse reconhecimento no final do século II ou começo do III, com Ulpiano (Ulp. 1 *inst.* D. 1,4,1,1)?[192]

Para F. ARCARIA, a explicação se funda na diferença tanto de possibilidade de utilização quanto de utilização efetiva de rescritos e epístolas. Estas tinham, já desde o início, *um potencial normativo maior*: embora ditassem normas para o caso concreto, assumiam um valor equivalente às normas abstratas devido a sua aplicação judiciária por parte do magistrado ou funcionário que consultava o imperador. De fato, deve-se admitir que o procedimento pelo qual rescritos e epístolas ganhavam força normativa era o mesmo, ou seja, sua utilização como *exempla*, precedentes autoritativos aplicáveis à solução de casos análogos, mas a rapidez com que isso ocorria era maior em relação às *epistulae*. Isto porque, enquanto a utilização de um rescrito no processo ficava a cargo da vontade do

[191] *Referre* cit., p. 37.
[192] *Referre* cit., pp. 38-39.

particular que o solicitava, o qual somente se valia dele quando favorável, a *epistula* era sempre aplicada, pois quem a solicitava ao imperador era quem deveria ter decidido a questão submetida ao *princeps.*[193]

Segundo o autor, no caso de um rescrito desfavorável ao requerente, a decisão imperial poderia permanecer para sempre desconhecida e, como tal, letra morta.[194] Mesmo quando efetivamente utilizado no caso concreto, sua aplicação a outros casos análogos não era garantida, já que, ocorrendo a *propositio* do rescrito na sede imperial, seu conhecimento em outros locais se tornava bastante limitado. Afora isso, sua integração no ordenamento jurídico dependia da jurisprudência acolhê-lo como próprio, comentando-o ou utilizando-o para dar suporte às soluções jurídicas que ela mesma professasse.[195]

Assim, os rescritos (*subscriptiones*) tinham uma recepção mais lenta do que as *epistulae*, pois sua aplicação não era garantida ou necessária (a parte podia ignorar) e dependia do acolhimento da jurisprudência, que ocorria de forma mais demorada. Foi, portanto, a aplicação por parte dos magistrados e funcionários que fez com que as epístolas adquirissem um valor normativo mais nítido antes dos rescritos, cujo reconhecimento como fonte pela jurisprudência se dá quase um século depois, com Ulpiano.[196]

No baixo-império, surge uma tendência de restrição à eficácia normativa dos rescritos. Se mesmo antes havia alguma hesitação em tratá-los como verdadeiras leis, tais dúvidas cresceram à medida que a ciência do direito foi caindo em decadência. Segundo P. KRÜGER,[197] não havia mais como saber exatamente se um rescrito se limitava a aplicar o direito existente ou resolvia uma questão controversa e criava direito novo; além disso, por benesse ou corrupção dos funcionários, era possível obter do imperador um rescrito que atentava contra o direito existente e os princípios aplicáveis a todos sem que ele soubesse disso. Para fazer frente a esse perigo, passou-se a impor diversas restrições à autoridade dos rescritos.

---

[193] *Referre* cit., pp. 39-40.
[194] Deve-se notar, contudo, que, caso se aceite a tese de que todo e qualquer rescrito era alvo de afixação em público, sua divulgação jamais dependeria da vontade exclusiva da parte solicitante.
[195] F. ARCARIA, *Referre* cit., p. 41.
[196] *Referre* cit., p. 41.
[197] *Histoire* cit., p. 357.

Constantino, por exemplo, declarou nulos os rescritos contrários ao direito existente.[198] Arcádio e Honório, em 398 d.C., proibiram que fossem invocados rescritos fora dos casos para os quais tivessem sido emanados.[199] Valentiniano confimou essa regra, mas afirmou que o rescrito teria força geral se assim fosse expressamente declarado em seu texto.[200] Em Justiniano, por fim, aparece com frequência a condenação ao uso dos rescritos fora do caso para o qual foram emanados e a imposição do dever de julgar segundo as *leges generales* promulgadas pelo imperador.[201]

---

[198] C. Th. 1,2,2: *Contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura praescribunt, magis sequi iudices debent.* "Não valerão os rescritos emanados contra o direito, não importa onde e como foram obtidos. Os juízes devem seguir, pois, mais o que prescrevem as leis de caráter geral."

[199] C. Th. 1,2,11 (398): *Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda, in futurum his tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur.* "Os rescritos emitidos ou que devem ser emitidos após uma consulta somente socorrerão no futuro aos casos para os quais forem emanados."

[200] *Theod. et Valent*. C. 1,14,2 (426): *Quae ex relationibus vel suggestionibus iudicantium per consultationem in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus vel quibuslibet corporibus aut legatis aut provinciae vel civitati vel curiae donavimus, nec generalia iura sint, sed leges fiant his dumtaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata, nec ab aliquo retractentur: notam infamiae subituro eo, qui vel astute ea interpretari voluerit vel impetrato impugnare rescripto, nec habituro fructum per subreptionem eliciti: et iudices, si dissimulaverint vel ulterius litigantem audierint vel aliquid allegandum admiserint vel sub quodam ambiguitatis colore ad nos rettulerint, triginta librarum auri condemnatione plectendi sunt.* "As decisões que proferimos em virtude de relações ou sugestões dos juízes, ou em consulta, sendo levado um assunto ao auditório dos ilustríssimos próceres de nosso sacro palácio, ou o que concedemos a quaisquer corporações ou legados ou província ou cidade ou cúria, que não sejam elas direitos gerais, mas façam lei apenas para aqueles negócios e pessoas para os quais foram promulgadas, e nem sejam por ninguém invocadas; sofrerá a nota de infâmia aquele que ou astutamente as quiser interpretar ou impugnar com um rescrito obtido, e nem obtenha o fruto desejado subrepticiamente; e também os juízes, se o dissimularem ou continuarem ouvindo o litigante, ou admitirem alguma alegação sob pretexto de ambiguidade e se dirigirem a nós, sofrerão a condenação à pena de trinta libras de ouro."

[201] Por exemplo, em *Iust.* C. 7,45,13 (529):. *Nemo iudex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum (non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus iudicandum est), nec si cognitionales sint amplissimae praefecturae vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus.* "Que nenhum juiz ou árbitro estime deva seguir as respostas dadas a consultas, que considerarei não terem sido dadas corretamente, e muito mais as sentenças dos eminentíssimos prefeitos ou outros próceres. Pois se alguma questão não é bem dirimida, não é conveniente que isto se estenda como erro para outros casos, já que se deve julgar não com base em exemplos, mas nas leis, nem mesmo se as sentenças forem proferidas pelas grandíssimas prefeituras ou outros grandes magistrados. Mas ordenamos que todos os nossos juízes sigam a verdade e os vestígios das leis e da justiça." Disposição semelhante se encontra em Nov. 113,1. O próprio Justiniano, no entanto, estabelece que toda interpretação contida nos rescritos ou demais decisões proferidas a partir de então teria aplicação geral, conforme se vê em *Iust.* C. 1,14,12pr (529): *Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus.* "Se a majestade imperial houver examinado uma causa na qualidade de juiz e pronunciado uma sentença constituídas as partes em sua presenla, saibam todos os juízes que estão

Essa tendência restritiva mostra, por um lado, que com a afirmação da autoridade imperial como única fonte normativa, ocorrida no período, surgem formas mais apropriadas para a emanação de normas gerais, ficando a função dos rescritos limitada à resolução do caso para o qual eram emitidos. Por outro, mostra como era prevalente até então a prática de aplicar os rescritos a casos análogos, tanto que mesmo depois das disposições de Arcádio e Honório essa prática não se extinguiu e teve de ser novamente coibida, o que dá uma ideia da eficácia dos rescritos no período anterior.[202]

Ao lado dos rescritos, aparecem nessa época as *adnotationes*, decisões imperiais inscritas no próprio requerimento feito ao imperador e que somente tinham força executória após serem expedidas em forma de rescrito.[203] Assim, *adnotatio* e rescrito se confundem numa constituição do Código Teodosiano[204] e geralmente quando se fala de *adnotatio* se faz referência a verdadeiros rescritos. Segundo P. KRÜGER, contudo, *adnotationes* e rescritos se distinguem, ainda que puramente na forma, em diversos textos, que tratam daquelas como um tipo *sui generis* de constituição e por vezes se estabelece entre os dois tipos uma certa gradação, vendo-se as *adnotationes* como algo superior aos rescritos.[205]

Por fim, a meio caminho entre os rescritos e as *leges generales* se encontram as *pragmaticae sanctiones*, denominação encontrada apenas a partir do quarto século e que designa provimentos relativos à administração do império, concessão de privilégios a

---

sob nosso império que a decisão é lei não apenas naquela causa em que foi proferida, mas para todas as semelhantes."

[202] R. ORESTANO, *Il potere* cit., pp. 76-77. O autor, na p. 80, explica as razões para as antigas medidas restritivas, que não mais se mostravam presentes sob Justiniano, tanto que diversos rescritos foram recolhidos no Codex e, por força de sua promulgação, ganharam novamente força normativa: "*Quello che gli imperatori post-classici sino a Giustiniano vogliono ottenere con la loro politica legislativa contraria ai rescritti è che nei giudizi non vengano invocati arbitrariamente rescritti che possano eventualmente essere apocrifi o superati da più recenti leggi o concessi in considerazione di particolari condizioni di fato che non è detto esistano in casi simili. Tutti questi pericoli erano esclusi col comprendere nel Codice i rescritti cui si voleva far valore*."

[203] C. Th. 1,2,1: *annotationes nostras sine rescriptione admitti non placet*.

[204] C. Th. 4,14,1(2).

[205] *Histoire* cit., pp. 359-360.

grandes grupos de pessoas e ordens dadas a oficiais administrativos de corporações, dentre outros assuntos.[206]

[206] P. KRÜGER, *Histoire* cit., pp. 361-364; A. BERGER, *Pragmatica Sanctio*, in *Encyclopedical Dictionary* cit., p. 648.

2. A MOTIVAÇÃO DOS RESCRITOS DE MARCO AURÉLIO

2.1. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NO DIREITO ROMANO

2.1.1. JUÍZES

Ao contrário do que ocorre na maioria dos ordenamentos jurídicos atuais, não havia, no direito romano, ao menos durante boa parte de seu desenvolvimento histórico, nenhuma previsão expressa obrigando os juízes a motivar suas sentenças e a motivação não era tida como requisito de validade das mesmas nem no sistema processual do *ordo iudiciorum privatorum*, em que a decisão era proferida oralmente na presença das partes, nem no sistema da *cognitio extra ordinem*, ainda que nele tenham aumentado progressivamente as formalidades a serem seguidas pela sentença, como a redação por escrito e outros requisitos.[207]

Nos períodos das *legis actiones* e do processo formular, a ausência de tal obrigatoriedade decorre, em parte, da própria estrutura do processo. Nas ações da lei, cabia ao juiz, via de regra, julgar *iustum* ou *iniustum* o *sacramentum*, e, no processo formular, em que a fórmula normalmente apresenta ao juiz a opção entre o *si paret, condemna si non paret, absolve,* impondo-se, assim, ao juiz, uma mera opção binária e uma função quase mecânica, a não ser nos *iudicia bonae fidei* e nas fórmulas contendo referências ao *bonum et aequum*, em que lhe cabia um grau de discricionariedade maior na apreciação do caso.

[207] Sobre o tema, além das referências sucintas em obras de caráter geral como M. KASER e K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, C. H. Beck, 1996, p. 371, nt. 17b, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1990, p. 176, e A. GUARINO, *Diritto privato romano, 12ª ed.,* Napoli, Jovene, 2001, pp. 228, nt. 11.7, e p. 255, nt. 13.5, vejam-se: K. VISKY, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess,* in *RIDA* 18 (1971), pp. 735-759; N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano,* in *Studi Parmensi* 33 (1983), pp. 233-257; A. M. VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in *Cuadernos de historia del derecho* 2 (1995), pp. 11-46; M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata,* Bâle-Genéve-Munich, 1999, pp. 53-65; M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e «precedenti» nel processo privato romano,* in Aa.Vv., *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, Jovene, 2001, pp. 275-290; B. BISCOTTI, *Dispositivo* cit., p. 4; J. R. CRUZ E TUCCI, *A motivação* cit., pp. 28 e ss.

Assim, na maioria dos casos, os termos da motivação estavam como que implícitos na fórmula redigida durante a fase *in iure*, onde se encontra a qualificação jurídica do caso, de modo que se o juiz decide pela procedência da demanda, subentende-se que considerou provados os fatos cuja consequência já fora prevista na *formula*.[208]

A não obrigatoriedade de motivação advinha também da ausência, nesses dois sistemas processuais, de um recurso de apelação contra as sentenças, que a tornaria necessária a fim de que as partes e os juízes superiores pudessem conhecer as razões de decidir e criticá-las, como de fato ocorrerá posteriormente.[209] Outras razões podem ser extraídas, por fim, da própria confiança que as partes depositavam no juiz[210] e da estrutrura dialogal do processo na fase *in iure*, em que os argumentos em disputa apareciam e se tornavam conhecidos das partes e do público por meio dos discursos dos advogados, pelo que a decisão do juiz em favor de um ou de outro pressupunha que tivesse acolhido os argumentos já conhecidos.[211]

No entanto, mesmo à míngua de uma exigência formal, é provável, segundo alguns autores, que os juízes romanos do *ordo iudiciorum privatorum* motivassem suas sentenças de modo mais amplo do que se supõe,[212] o que responderia a diferentes exigências.

M. MARRONE, por exemplo, acentua o contexto de utilização das *res iudicatae* como verdadeiros precedentes, fato que exigiria a presença de uma motivação, ainda que mínima, pois a sentença somente teria valor de *exemplum* quando fosse uma sentença interpretativa, ou seja, quando expressasse certa orientação na interpretação de eventos, palavras, normas, *mores* ou fato juridicamente relevante.[213]

---

[208] B. BISCOTTI, *Dispositivo* cit., p. 36-38; A. M. VILLAR, *La motivación* cit., pp. 14-16 e 28; J. R. CRUZ E TUCCI, *A motivação* cit., p. 28; M. MARRONE, *Su struttura* cit., p. 278.
[209] B. BISCOTTI, *Dispositivo* cit., p. 38; A. M. VILLAR, *La motivación* cit., pp. 16-17, 24.
[210] A. M. VILLAR, *La motivación* cit., p. 17 aduz ainda uma razão adicional para a ausência de motivação, consistente no fato de que o *iudex* era normalmente alguém sem conhecimento jurídico, pelo que seria descabido exigir dele que fundamentasse suas decisões.
[211] B. BISCOTTI, *Dispositivo* cit., pp. 44, 55-56.
[212] É o caso de N. SCAPINI, *Il problema* cit, p. 254; A. M. VILLAR, *La motivación* cit., pp. 16-17; M. MARRONE, *Contributo* cit., pp. 55 e ss., e U. KISCHEL, *Die Begründung* cit., p. 18 e ss.
[213] *Su struttura* cit., p. 285. U. KISCHEL, *Die Begründung* cit., pp. 18-19, também afirma que a força da sentença como *exemplum* dependia da presença de razões de decidir explícitas. Em sentido contrário, B. Biscotti, *Dispositivo* cit., p. 43, defende que os juristas, afora a possibilidade de que eles mesmos tivessem participado da tomada de decisão como conselheiros do juiz, não precisavam de uma motivação explícita

A. M. VILLAR, por outro lado, afirma que, embora o juiz devesse decidir o caso nos limites estabelecidos na fórmula, respondia pessoalmente nos casos em que sua sentença trouxesse dano a uma das partes, por meio da *actio si iudex litem suam fecerit*, possibilidade que ele poderia tentar evitar abstendo-se de julgar, alegando o *sibi non liquere*. Caso optasse por decidir, é provável que, mesmo não sendo obrigado a tanto, acabasse motivando sua decisão, ao menos por duas razões: para justificar o iter decisório percorrido, mesmo nos casos em que deveria se limitar a condenar ou absolver, e muito mais ainda nas ações de boa-fé, em que sua margem de decisão era maior; além disso, a presença de uma motivação poderia evitar sua condenação numa acusação de "*iudex qui litem suam facit.*" A motivação poderia funcionar, assim, como medida justificadora e preventiva, o que levaria os juízes a motivar mesmo diante da ausência de obrigatoriedade.[214]

Com o surgimento da *cognitio extra ordinem*, abre-se o caminho para a obrigatoriedade da motivação da sentença. Em primeiro lugar, em razão da estrutura diversa desse tipo de processo, no qual o juiz não está mais limitado aos termos da fórmula e a margem de apreciação se alarga, passando a ser necessário cada vez mais justificar a solução dada ao litígio.[215] Além disso, com a decadência do modelo acusatório e do papel ativo das partes, tornando-se o juiz verdadeiro senhor do processo, pode ser que ocorresse certa desconfiança dos particulares em relação a esses juízes burocráticos – não mais um *iudex privatus* escolhido dentre os cidadãos -, levando-os a motivar a decisão como meio de fazer frente a essa desconfiança.[216]

Mais relevante, contudo, é a introdução do recurso de apelação, que de certa forma pressupõe a presença de uma motivação, a fim de permitir ou facilitar a impugnação pelas partes e a apreciação da sentença pela instância superior, [217] embora a obrigatoriedade

---

para extrair da sentença sua *ratio decidendi*, podendo fazê-lo com base na dinâmica processual, nas provas e debates.

[214] *La motivación* cit., p. 18.

[215] A. M. VILLAR, *La motivación* cit., p. 14

[216] K. VISKY, *Urteilsbegründung* cit., p. 755, B.BISCOTTI, *Dispositivo* cit., p. 56.

[217] A. M. VILLAR, *La motivación* cit., pp. 46; J. R. CRUZ E TUCCI, *A motivação* cit., p. 33; U. KISCHEL, *Die Begründung* cit., p. 18.

somente acabe por surgir – e nem mesmo de forma explícita - em constituições do século IV d.C.[218]

Nesse meio tempo, Macro refere algumas constituições imperiais que exigiram do juiz de primeiro grau que fundamentasse sua decisão de não recebimento da apelação,[219] o que poderia levar a pensar que, se para uma decisão mais simples os imperadores passam a exigir a motivação, tanto mais deveria ocorrer com a própria sentença.[220] Isto, somado ao fato de que as próprias decisões imperiais proferidas em sede de apelação eram motivadas,[221] indica que o dever de motivar a sentença, mesmo sem uma previsão explícita, era sentido cada vez com mais força.

2.1.2. PRETORES

No que diz respeito à atividade do pretor, não parece que tal magistrado, em sua atividade jurisdicional no processo formular, tivesse o dever de motivar a concessão, denegação ou mesmo a criação de um mecanismo processual no caso concreto, embora a pressão social, o status das partes envolvidas ou até mesmo a busca de favor popular pudessem levá-lo a tanto.[222]

---

[218] Em *Valent.*, *Valens et Grat*. C. 7,44,2 (371), os imperadores exigem que a sentença seja proferida após detida deliberação e de forma ponderada, pondo-se por escrito, o que A. M. VILLAR, *La motivación* cit., p. 20, interpreta não apenas como uma exigência de motivação, definindo o que se há de entender por sentença bem fundamentada: *Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas teneret, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus legerent, sed ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi*. "Cremos dever mandar com esta lei perpétua que os juízes, a quem a necessidade obriga a conhecer e falar, não produzam as sentenças de forma apressada, mas ponderadamente e mediante deliberação após a causa, e, uma vez corrigidas, as transcrevam nos autos com fidelidade e, escritas, as leiam para as partes a partir do libelo, mas sem que depois se faça cópia ou correção" Em C. Th. 4,17,2 , estabelece-se exigência semelhante.

[219] Macer 2 *de appell*. D. 49,5,6: *Sciendum est, cum appellatio non recipitur, praecipi sacris constitutionibus omnia in eodem statu esse nec quicquam novari, etiamsi contra fiscum appellatum sit: eumque, qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem, eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur*.

[220] Cf. A. M. VILLAR, *La motivación* cit., p. 46.

[221] Cf., dentre outras fontes, Paul. 3 *decr.* D. 48,18,20; Paul. 2 *decr.* D. 26,5,28; *Sev.* C. 7,62,1.

[222] U. KISCHEL, *Die Begründung* cit., p. 16.

De qualquer forma, além de encontrarem seu fundamento e legitimação na *iurisdictio* decorrente de seu *imperium* e, não raro, no conselho de algum jurista experimentado, participante ou não do *consilium* do magistrado, as decisões tomadas pelo pretor no curso da fase *in iure* ainda poderiam, conforme o caso, ser justificadas diretamente às partes nas discussões ocorrentes em tal momento.

Tal justificação poderia se basear, obviamente, na própria *lex* ou outra fonte que previa uma ação de *ius civile*, no edito anual promulgado no início do cargo, que já continha as hipóteses em que os meios processuais seriam cabíveis, ou, caso não houvesse previsão para a tutela processual que se buscava, em considerações de equidade ou utilidade, que fundamentaram boa parte das inovações introduzidas pelo pretor.

Quando o pretor atuava na veste de juiz, decidindo a causa como um todo, é certo que se lhe podem aplicar as considerações feitas a respeito dos juízes e a existência de um dever de motivar as sentenças ao longo da história de Roma.

2.1.3. JURISTAS

Segundo uma opinião corrente entre os romanistas, assim como ocorria com as sentenças judiciais, os *responsa prudentium*, pareceres dos juristas, via de regra, não continham qualquer motivação e não havia nenhum dever de motivá-los,[223] e essa tendência, que, segundo F. SCHULZ, estaria intimamente relacionada ao caráter "autoritário" da jurisprudência romana,[224] manifesta-se em todas as épocas de seu desenvolvimento.

---

[223] P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, Erster Teil: Bis auf die Catonen*, Berlin, Franz Vahlen, 1888, p. 230; P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 148; L. WENGER, *Die Quellen* cit., p. 494; H. COING, *Über einen Beitrag zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 41 (1954/55), p. 440, nt. 3; F. WIEACKER, *Vom Römischen Recht*, 2ª ed, Stuttgart, K. F. Koehler, 1961, pp. 131 e 139 e ss; M. VILLEY, *Logique d'Aristote et Droit Romain*, in *RH* 28 (1951), p. 314; E. BETTI, *Methode und Wert des heutigen Studiums des roemischen Rechts*, in *TR* 15 (1937), p. 147; F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 37; M. KASER, *En torno al método* cit., p. 21; E. SEIDL, *War Begriffsjurisprudenz* cit., pp. 352 e 357; L. RAGGI, *Il metodo* cit, p. 42.

[224] *Storia* cit., p. 48: "*Essendo aristocratica, la giurisprudenza romana era autoritaria, sebbene materia di*

É o que se dá, por exemplo, no período da jurisprudência pontifical, em que uma resposta dos pontífices sobre a questão de direito não era, em regra, motivada, bastando, para fundamentá-la, a autoridade do colégio, como ocorre no caso da *consecratio* da casa de Cícero,[225] em que o colégio pontifical dá seu parecer e alguns de seus membros que também integravam o Senado são ali questionados sobre os motivos da decisão (*quid essent in decernendo secuti*), o que mostra que a resposta dada pelo colégio não continha fundamentação. Esses pontífices, por seu turno, recusam-se a responder a essa indagação sobre os motivos da decisão, invocando, ao que parece, o argumento de autoridade, ao afirmarem que ao colégio cabia apreciar a matéria religiosa e ao Senado a matéria legal.[226]

No entanto, há nas fontes possíveis exemplos de motivação nos *responsa* pontificais, com num caso, mencionado por Tito Lívio, em que o colégio nega a possibilidade de se dedicar um mesmo templo a dois deuses, afirmando que, caso algum prodígio ali se manifestasse (como ser o templo atingido por um raio), não haveria como saber a qual das divindades oferecer sacrifício e que, além disso, não era permitido oferecer uma mesma vítima (*hostia*) a dois deuses, salvo raras exceções.[227]

Não há como se saber, contudo, se a fundamentação transmitida por Tito Lívio estava contida na própria decisão dos pontífices, se foi por eles expressa em outra ocasião ou se foi inferida por comentaristas posteriores a partir das circunstâncias do caso ou de outros elementos.

---

ragionamento, come i suoi prodotti mostrano, essa basava le sue decisioni non su dati argomenti, ma sull'autorità (auctoritas) dei giuristi, autorità che era superata solo da una deliberazione dei comitia." Sobre a importância do "princípio" da autoridade na jurisprudência romana, veja-se F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts,* München, Duncker & Hum, 1934, trad. it. de V. ARANGIO-RUIZ, *I principi del diritto romano,* Firenze, Sansoni, 1946, pp. 160 e ss.

[225] Cic. Ad Att. 4,2,3.

[226] Cic. Ad. Att. 4,2,4: *M. Lucullus de omnium collegarum sententia respondit: religionis iudicis pontifices fuisse, legis senatum.*

[227] Liv. 27,25,8-9: *quod negabant unam cellam amplius quam uni deo recte dedicari, quia si de caelo tacta aut prodigii aliquid in ea factum esset difficilis procuratio foret, quod utri deo res diuina fieret sciri non posset; neque enim duobus nisi certis deis rite una hostia fieri.* "alegando que um único santuário não podia ser regularmente dedicado a duas divindades. Pois, acrescentavam, se fosse fendido pelo raio, se algum prodígio ali se produzisse, a expiação se tornaria difícil, já que não se saberia a que deus endereçar as cerimônias; ademais, salvo no caso de certas divindades particulares, era ritualmente vedado sacrificar uma vítima a dois deuses." Val. Max. 1,1,8: *negante unam cellam duobus diis recte dicari: futurum enim, si quid prodigii in ea accidisset, ne dinosceretur utri rem diuinam fieri oporteret, nec duobus nisi certis diis una sacrificari solere*. "negando que se pudesse corretamente dedicar um mesmo santuário a dois deuses; se no futuro, se ali sobreviesse algum prodígio, não se poderia discernir nem qual o sacrífício a ser oferecido, nem a qual dos deuses se deveria fazê-lo."

De qualquer forma, mesmo após a chamada laicização da jurisprudência, com sua abertura para além dos limites do colégio dos pontífices, mantém ela o caráter de profissão fundada na *auctoritas* e, assim, os pareceres dos juristas continuam a não conter, em regra, qualquer motivação,[228] salvo o frequente recurso ao argumento de autoridade, como mostra o caso em que o jurista Públio Licínio Crasso, ao dar um *responsum* que não satisfaz o consulente e ser confrontado por seu colega Galba, orador experiente, ao invés de rebater seus argumentos de equidade com outros do mesmo tipo, refugia-se na opinião de outros juristas mais antigos.[229]

Essa forma de argumentar, aliás, era alvo de ironia por parte dos contemporâneos, como mostram alguns textos de Cícero, que descrevem de forma o laconismo dos *responsa* e o como os juristas se valem da *auctoritas*.[230]

No período clássico da jurisprudência essa tendência teria se mantido, de modo que, segundo afirma F. SCHULZ, o *responsum* conservava seu caráter de parecer emanado de um homem competente e com autoridade, não contendo citações de precedentes ou refutações de opiniões contrárias, além de não apresentar fundamentação ou apenas motivação

---

[228] F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 117.

[229] Cic. de orat. 1,56,240: (...) *deinde ipsum Crassum manu prehendit et 'heus tu,"inquit 'quid tibi in mentem venit ita respondere?"Tum ille fidenter homo peritissimus confirmare ita se rem habere, ut respondisset, nec dubium esse posse; Galba autem adludens varie et copiose multas similitudines adferre multaque pro aequitate contra ius dicere; atque illum, cum disserendo par esse non posset - quamquam fuit Crassus in numero disertorum, sed par Galbae nullo modo - ad auctores confugisse et id, quod ipse diceret, et in P. Muci fratris sui libris et in Sex. Aeli commentariis scriptum protulisse ac tamen concessisse Galbae disputationem sibi probabilem et prope veram videri.* "Em seguida toma o próprio Crasso pela mão, dizendo: "O que te ocorreu para responderes dessa maneira? Então aquele homem de extrema experiência, confiantemente, confirmou que o caso era tal como respondera, e que não podia haver dúvida. Galba, então, gracejando, citou vários casos análogos de maneira variegada e rica, fazendo uma grande defesa da equidade contra o direito. Crasso, não podendo se equiparar a ele na sustentação de uma argumentação – embora contasse entre os homens expressivos, não estava de modo algum no mesmo patamar de Galba -, refugiou-se em suas autoridades e apontou que o que ele mesmo dissera estava escrito nos livros de seu irmão, Públio Múcio, e nos comentários de Sexto Élio, embora concedesse a Galba que sua discussão lhe parecia provável e quase verdadeira." Tradução de A. SCATOLIN, *A invenção no Do orador de Cícero: Um estudo à luz de Ad familiares I,9,23*, Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

[230] Em Cic. Ad Fam. 7,17, numa carta dirigida ao jurista Trebácio, após dar-lhe certo conselho, Cícero afirma que "*HOC, quemadmodum vos scribere soletis in vestris libris, IDEM Q. CORNELIO VIDEBATVR*." "esta, assim como costumais escrever em vossos livros, também era a opinião de Q. Cornélio." Em outra carta dirigida a Trebácio, Cícero se vale do mesmo tipo de ironia, como mostra Cic. ad. fam. 7,10: *Valde metuo, ne frigeas in hibernis; quamobrem camino luculento utendum censeo, idem Mucio et Manilio placebat (...).* "Tenho grande medo de que congeles no inverno, pelo que penso ser melhor tomares o caminho mais iluminado, sendo esta também a opinião de Múcio e Manílio".

lacônica, consistente em argumento de autoridade, ainda que a ela os juristas não devotassem um respeito servil, tratando-se de valorizar a intuição e o saber de homens experientes.[231]

O caráter lacônico dos *responsa prudentium*, aliás, é atestado pelas fontes literárias, como mostram dois textos de Sêneca. Ao dar uma resposta em estilo oracular, proverbial, ele diz que "responde como um jurisconsulto"[232] e, numa de suas cartas, afirma que as respostas dos juristas valem mesmo sem declarar seus motivos.[233]

Essa visão a respeito da ausência de motivação no *responsum*, contudo, foi de certa forma contestada ou ao menos matizada por F. HORAK, em seu estudo sobre as fundamentações das decisões dos juristas romanos até Labeão, no se posiciona pela relativa frequência da motivação e questiona a suposta falta de propensão dos juristas a justificar suas decisões, ao menos no período em questão, sobretudo pela constatação de que cerca de um terço dos fragmentos recolhidos por O. LENEL em sua *Palingenesia* apresentam algum traço de fundamentação.[234]

É certo que a motivação não era obrigatória, talvez por não ser ínsita à função do *responsum* e não interessar à parte que o solicitava, que, em regra, se mostraria convencida pelo simples fato de a resposta emanar de um jurista dotado de autoridade, mas podia se mostrar relevante em diversos momentos posteriores.

---

[231] *Storia* cit., pp. 222-223. Para o autor, embora a jurisprudência romana não tenha aderido a uma fé cega na autoridade, o peso do nome de um jurista eminente contava muito no acolhimento de uma opinião por parte de um colega e servia como um dos argumentos em favor de sua exatidão. E mesmo na jurisprudência clássica permanece esse traço "autoritário", essa "*persuazione che un uomo di rango e versato negli affari politici e giuridici possedesse, se avesse dedicato la sua intelligenza seriamente e coscienziosamente alla materia, un'intuitiva percezione del diritto.*" Assim, em lugar de exaltar simplesmente a lógica, os juristas romanos não desvalorizam as intuições da experiência.

[232] Sen. benef. 5,19,8: *tanquam iurisconsultus respondeam*.

[233] Sen. epist. 94,27: *'Si dubia sunt' inquit 'quae praecipis, probationes adicere debebis; ergo illae, non praecepta proficient.' Quid quod etiam sine probationibus ipsa monentis auctoritas prodest? Sic quomodo iurisconsultorum valent responsa, etiam si ratio non redditur.*" "Acrescenta Aríston: 'Se é controversa a matéria sobre que dás preceitos, terás que apresentar provas; logo, as provas, e não os preceitos, é que são proveitosas.' Mas não é verdade que, mesmo sem prova, a autoridade do conselheiro pode valer por si só? É o que sucede com o valor atribuído aos pareceres dos juristas, mesmo quando não acompanhados da respectiva justificação." Tradução de J. A. SEGURADO E CAMPOS, in *Cartas a Lucílio*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1991, p. 487.

[234] *Rationes decidendi* cit., p. 71 e 288 e ss. Segundo o autor (p. 72), a afirmação de Sêneca, segundo a qual os *responsa* valem mesmo que não estejam justificados não significa que não continham motivação, mas apenas que esta não era obrigatória, e o recurso ao argumento de autoridade, por seu turno, não deixa de ser uma espécie de motivação e não confere à jurisprudência um caráter irracional.

Se não era relevante para a parte consulente, o era para os discípulos do jurista, que o acompanhavam em seu labor diário e desejavam conhecer as razões para os pareceres apresentados e, assim, o questionavam em momento posterior ao *responsum*, esclarecendo ele a motivação em meio a essa discussão com os alunos, ou seja, *in disputando*.[235] Seria esta, aliás, segundo alguns autores, a inovação de Tibério Coruncânio, segundo Pompônio,[236] o primeiro a *scientiam publice profiteri*, expressão que não designaria apenas a prática de dar suas consultas em público, mas a de discutir, com uma audiência composta por discípulos, interessados em aprender a *interpretandi scientia*, a motivação e procedimento lógico que levara à formulação do *responsum*.[237]

A fundamentação do *responsum* ganhava relevância também no momento de sua apresentação no processo, seja porque confrontado pelo parecer de outro jurista, seja porque enfrentado pelas poderosas armas dos oradores.

Ao dar um parecer, o jurista poderia contar com a possibilidade de que o oponente de seu cliente no processo também apresentasse um *responsum* contendo, obviamente, uma opinião contrária. Diante disso, seria muito importante fundamentar o parecer, a fim de aumentar ou ao menos não arriscar as chances de vitória no processo. Além disso, numa época de crise do prestígio da jurisprudência, em que aumentou também a concorrência, mesmo um jurista prestigiado poderia achar insuficiente se valer simplesmente de sua *auctoritas*, aumentando seu prestígio por meio da demonstração de sua *scientia* com uma fundamentação.[238]

---

[235] M. BRETONE, *Storia* cit., p. 200; M. KASER, *En torno al método* cit., p. 22; F. HORAK, *Rationes* cit., pp. 73-74; L. RAGGI, *Il metodo* cit., p. 42. Em Paul 1 *ad. Vit.* D. 28,2,19, vê-se como Cervídio Cévola responde de forma lacônica e apenas depois aduz suas motivações em meio a uma discussão: *Scaevola respondit non videri, et in disputando adiciebat ideo non valere, quoniam (...)*. Cícero, em Cic. Top. 14,56, dirigindo-se a Trebácio Testa, jurisconsulto, fala em suas *in respondendo disputationes*, e em Cic. Top. 17,66, afirma caber ao jurista *de consultationibus suis disputare*.

[236] Pomp. *l. s. ench*. D.1,2,2,35 e D.1,2,2,38.

[237] Cf. L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 28, C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 38, J. PARICIO, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, 2ª ed., Granada, Comares, 1999, p. 42, A. C. SÁENZ, *Cicerón y la jurisprudência romana. Un estúdio de historia jurídica*, Sevilla, Tirant lo Blanch, 2010, p. 142, e B. BISCOTTI, *La giurisprudenza romana modello di logica giuridica*, in B. BISCOTTI & A. CENDERELLI, *Produzione e Scienza del Diritto: Storia di um Metodo*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 177. Contra, F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 27.

[238] F. HORAK, *Rationes* cit., pp. 72-73; M. BRETONE, *Storia* cit., p. 200; A. BERGER, *Iurisprudentia*, in *RE* 10, p. 1163; P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 148; L. WENGER, *Die Quellen* cit., p. 486; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 272, afirma que os juízes, ao se depararem com um *responsum*, levavam em conta tanto a autoridade do

Além disso, segundo M. KASER, a tendência de motivar as soluções enunciadas em seus pareceres com razões de tipo material e raciocínios indutivos ou dedutivos, já verificada provavelmente no círculo interno da própria jurisprudência, manifesta-se, com relação ao público externo, sobretudo a partir do século II a.C., quando os juristas, ao ajudarem as partes nos processos, vêem seus pareceres confrontados com a argumentação retórica, pelo que tinham que apresentar suas razões a fim de prevalecer no caso concreto.[239]

Por fim, a motivação das opiniões jurisprudenciais aparecia na discussão científica com outros juristas, pois a comunicação profissional resultava em argumentações racionais, sendo uma ofensa ao jurista romano, segundo F. HORAK, crer que ele fosse tão limitado a ponto de se defender das opiniões contrárias apenas repetindo a própria opinião desprovida de qualquer fundamentação.[240] Assim, a *disputatio* ocorria também no âmbito da atividade literária, pois que, ao deixar sua opinião para a posteridade, dificilmente o jurista renunciaria a fundamentá-la, de modo que, mesmo quando o *responsum* não continha fundamentação ao ser emanado, era ela às vezes acrescentada na redação da obra.[241]

---

jurista quando a qualidade do raciocínio desenvolvido, o que pressupõe certo grau de justificação racional da decisão.

[239] *En torno al método* cit., p. 28. Como afirma F. HORAK, *Rationes* cit., p. 73, é difícil imaginar que a jurisprudência romana pudesse se defender contra as torrentes da retórica e da dialética se ela se limitasse a contrapor aos argumentos dessas duas áreas uma afirmação como *sit pro ratione auctoritas*, tanto que não foi suficiente nem a Quinto Múcio Cévola (Cic Brut. 197) nem a Públio Crasso (este foi superado pelos argumentos de Galba em Cic. de orat. 1,56,240) se refugiarem nos *auctores* para defenderem sua opinião, de forma que, a longo prazo, os juristas romanos, querendo ou não, teriam de enfrentar esse adversário com as mesmas armas. Diante desse encontro, segundo L. RAGGI, *Il metodo* cit., p. 46, surge a necessidade "*di dotarsi anch'egli di una tecnica argomentativa raffinata, di acquisire una serie di strumenti non propriamente giuridici, o meglio, d'una tecnica del modo di adoperare argomenti giuridici.*"

[240] *Rationes* cit., p. 74. Na interessante expressão do autor, "argumentar é contagioso e alguém só evita esse contagio recusando o diálogo." (*Argumentieren is ansteckend; man entgeht dieser Ansteckung nur, wenn man dem Gesprach überhaput ausweicht.*").

[241] F. HORAK, *Rationes* cit., p. 75; P. JÖRS, *Römische* cit., p. 246 e 293; A. BERGER, *Iurisprudentia* cit., p. 1163 e *Responsa*, in *Encyclopedical Dictionary* cit., p. 681.

2.1.4. IMPERADORES

O imperador, seja na veste de juiz, em seus *decreta*, seja ao responder às consultas que lhe eram formuladas (em *rescripta*), não parecia estar obrigado a motivar suas decisões. Se o juiz podia ser levado a motivar suas sentenças para evitar a acusação de ser um *iudex qui litem suam facit* ou para permitir ao juízo *ad quem* apreciar o recurso de apelação, estas circunstâncias não se aplicavam ao imperador, que, diversamente dos juristas, não precisava motivar seu parecer como meio de convencer o juiz no caso concreto, fazer frente aos ataques da retórica ou mesmo ensinar a quem quer que fosse, sendo dotado de uma *auctoritas* muito superior a de qualquer outro cidadão e que bastaria para assegurar a eficácia de sua decisão.

Em sua narrativa da vida de Aspásio de Ravena, secretário *ab epistulis* de Caracala, Filóstrato menciona uma carta enviada por Filóstrato de Lemnos (sobrinho do biógrafo), em que este critica Aspásio pelo estilo das cartas que escreveu em nome do imperador, afirmando que o príncipe não deveria se perder em longas argumentações, mas ser direto e assertivo, o que indica uma concepção na qual a ideia de obrigatoriedade de motivação das decisões certamente se encontra ausente.[242]

A ausência de um dever de motivar se torna ainda mais patente quando se tem em mira a constatação de que o imperador, como dotado de um poder supremo, gozava da mais ampla discricionariedade, bastando atentar para a expressão de Ulp 1 *inst.* D. 1,4,1pr, *quod principi placuit legis habet vigorem*, que, segundo R. ORESTANO, teria retratado de forma bastante fidedigna a realidade e extensão do poder normativo imperial. [243]

---

[242] Fil. Vit. Soph. 2,33, 628: "A carta escrita por Filóstrato, "Sobre como escrever cartas", aponta para Aspásio, porque tendo ele acedido ao cargo de secretário imperial, escrevia algumas cartas em que argumentava mais do que era devido e outras sem clareza alguma, quando nem uma coisa nem outra é conveniente a um imperador. Pois um imperador, ao escrever uma carta, não precisa de raciocínios retóricos nem de argumentações, senão de seu próprio parecer, expresso sem ambiguidade, já que ele é a voz do direito e a clareza é a intérprete do direito." Baseada na tradução espanhola de M. C. G. SORIA, *Vidas de los sofistas*, Madrid, Gredos, 1999.

[243] *Il potere normativo* cit., pp. 30-31.

Na própria *lex de imperio Vespasiani*, aliás, como já se viu,[244] constava a chamada cláusula discricionária, na qual se afirma que ao imperador pertence o poder de fazer tudo aquilo que for ditado pela utilidade e grandeza da república. Em autores literários, pode-se ver um eco dessa "discricionariedade", ainda que não relacionada explicitamente à criação do direito, como em Sêneca, segundo o qual *Caesari ... omnia licent*,[245] e Suetônio, que, ao tratar da concessão de amplos poderes a Calígula, afirma que *ius arbitriumque omnium rerum illi permissum est*.[246]

Deve-se, notar, contudo, a presença de concepções tendentes a limitar o poder do imperador, como aquela expressa por Plínio,[247] para quem *non est princeps supra leges, sed leges supra principem: idem Caesari consuli, quod ceteris, non licet*, ou mesmo a ideia, expressa no período severiano, de que o imperador, ainda que isento de algumas leis, vive sob o império da lei.[248]

Assim é que, mesmo dotados de um poder amplíssimo, os imperadores, em sua maioria, não faziam o que bem entendiam ao atuarem como intérpretes do direito, pois, como afirma J-P. CORIAT, o regime imperial desejava se apresentar como uma espécie de *Rechtsstaat,* um estado de direito no qual o *princeps* se mostra respeitoso da ordem jurídica existente.[249]

No que diz respeito a Marco Aurélio, imperador que, em suas meditações, já se aconselhava a não se "cesarizar", a não assumir um poder absoluto,[250] diversas notícias dão

---

[244] *Supra*, nota 164.
[245] Sen. Cons. ad Polyb 7,2.
[246] Suet. Gai 14.
[247] Plin. Pan. 65,1.
[248] Inst. 2,17,8: *Secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: ' licet enim, ' inquiunt, ' legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus.'* "Conforme a isto também os divinos Severo e Antonino muitíssimas vezes determinaram por meio de rescritos: Embora, dizem, estejamos acima das leis, contudo vivemos pelas leis." Assim também *Alex. Sev.* C. 6,23,3 (232): *Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare saepe constitutum est. Licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere* "Muitas vezes se estabeleceu que, em virtude de um testamento imperfeito, nem mesmo o imperador reivindica uma herança. Porque ainda que a lei de império tenha eximido o imperador das solenidades do direito, nada é tão próprio do império como viver pelas leis."
[249] *Le prince* cit., p. 512.
[250] Med. 6,30: Ὅρα μὴ ἀποκαισαρωθῇς, μὴ βαφῇς: γίνεται γάρ. τήρησον οὖν σεαυτὸν ἁπλοῦν, ἀγαθόν, ἀκέραιον, σεμνόν, ἄκομψον, τοῦ δικαίου φίλον, θεοσεβῆ, εὐμενῆ, φιλόστοργον, ἐρρωμένον πρὸς τὰ πρέποντα ἔργα. ἀγώνισαι, ἵνα τοιοῦτος συμμείνῃς, οἷόν σε ἠθέλησε ποιῆσαι φιλοσοφία. αἰδοῦ θεούς, σῴζε

mostra de uma espécie de autolimitação à própria discricionariedade, como as afirmações de que teria mais conservado o direito antigo do que criado um novo,[251] adotado o costume de legislar com o auxílio de pessoas de autoridade[252] e seguido a opinião da maioria dos integrantes de seu *consilium*,[253] dados que, como se verá na análise de decisões específicas, encontram comprovação nas fontes jurídicas.

Além de não agirem de forma completamente discricionária e, em época posterior, como se viu, imporem aos juízes o dever de motivar algumas de suas decisões,[254] os próprios imperadores, mesmo sem estarem obrigados a tanto, costumavam motivar suas decisões.

Isso ocorria, sobretudo, em normas imperiais de caráter mais geral, como os editos e as *orationes principum*, em que considerações de ordem moralizante eram invocadas para fundamentar as inovações introduzidas pelo imperador. Mas também se verificava nos *decreta*, decisões tomadas no exercício do poder jurisdicional,[255] e nos rescritos,[256] ainda que nas decisões casuísticas a motivação tenha traços mais simples.

ἀνθρώπους. βραχὺς ὁ βίος: εἷς καρπὸς τῆς ἐπιγείου ζωῆς, διάθεσις ὁσία καὶ πράξεις κοινωνικαί. "Vê que não sejas "cezarizado", que não sejas imbuído; pois isso costuma acontecer. Conserva-te então simples, bom, puro, respeitável, sem adorno, amigo do que é justo, piedoso, benévolo, afetuoso, firme para com os trabalhos convenientes. Luta para que permaneças tal qual te quis fazer a filosofia. Respeita aos deuses, salva os homens. Breve a vida; fruto único da vida terrena: as disposições piedosas e a prática do bem comum."

[251] SHA Marc. 11,10: *Ius autem magis vetus restituit quam novum fecit.* "Porém, ele, mais do que criar um novo direito, restaurou o antigo."

[252] SHA Marc. 11,10: *Habuit secum praefectos, quorum et auctoritate et periculo semper iura dictavit. Usus autem est Scaevola praecipue iuris perito*. "Teve consigo os prefeitos, com cuja autoridade e responsbilidade sempre ditou o direito. Valeu-se de Cévola, muito versado no direito." (Tradução nossa.)

[253] SHA Marc. 22,3-4: *Semper sane cum optimatibus non solum bellicas res sed etiam civiles, priusquam faceret aliquid, contulit. 4 Denique sententia illius praecipua semper haec fuit: "Aequius est ut ego tot talium amicorum consilium sequar, quam ut tot tales amici meam unius voluntatem sequantur"*. "Certamente consultou sempre com os nobres antes de fazer alguma coisa, não só em relação a questões bélicas, mas também a civis. 4. Em suma, esta sempre foi a sua frase especial: «É mais justo que eu siga o conselho de tantos e tão bons amigos do que tantos e tão bons amigos sigam a vontade de um só – a minha.»

[254] Macer 2 *de appell*. D. 49,5,6.

[255] U. KISCHEL, *Die Begründung* cit., p. 18. Ampla análise das motivações encontradas nos *decreta principum* se encontra em M. RIZZI, *Imperator* cit., pp. 139 e ss.

[256] Como se verá *infra*, pp. 66 e ss., apenas uma pequena porcentagem dos rescritos de Marco Aurélio encontrados nas fontes jurídicas apresenta algum traço de fundamentação, o que, além de comprovar que não se tratava de uma obrigação, poderia ser invocado contra a afirmação de uma prática generalizada de motivar as decisões. No entanto, não se pode excluir a possibilidade de que todos os rescritos apresentassem uma motivação, ainda que mínima, mas que se perdeu em razão da transmissão textual, até mesmo porque os juristas que os recolheram em suas obras podiam estar interessados mais no dispositvo da decisão, invocado frequentemente apenas para confirmar uma opinão por eles expressa previamente, e não na *ratio decidendi*,

P. VEYNE, tratando das constituições imperiais de caráter mais geral, afirma que a necessidade de justificar a decisão vinha justamente do fato de ser tomada por um poder superior, ao contrário do que ocorria nas deliberações das assembleias do povo ou nas decisões dos magistrados eleitos, de modo que a motivação se mostrava como um mecanismo de legitimação do poder frente aos súditos e era exercida com recurso à invocação da benevolência imperial, aos princípios de equidade e considerações de ordem moral, que apresentavam o príncipe como um protetor do povo.[257]

Para J-P. CORIAT, as considerações de P. VEYNE se aplicam mais às constituições de caráter geral, como os *edicta* e as *orationes principis*, pois nos rescritos contenciosos e nos decretos, mesmo se tivéssemos acesso a mais informações do que as fontes transmitem, ainda assim a motivação seria sucinta, sobretudo porque, quando atua na esfera do direito privado ou como juiz entre as partes, o imperador não pode se contentar com justificativas

---

sendo essa tarefa de abstração uma das mais importantes da jurisprudência. Além disso, como acentua E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Scritti Giuridici VI. Le Fonti,* Napoli, Jovene, 1994, pp. 8-9, o texto original das constituições era normalmente mais longo do que aquele presente nas coleções de *iura* ou *leges*, quando é possível a comparação com outras fontes.

[257] *Pão e circo: sociologia histórica de um pluralismo político*, São Paulo, Unesp, 2015, pp. 532-533: "Quando as leis decorrem das decisões de um povo soberano, este último não precisa justificá-las diante de si mesmo; no máximo, explica suas verdadeiras intenções para o uso do poder executivo. Mas quando as leis emanam de um senhor, este deve justificá-las para se justificar diante de seus súditos." Após mencionar o modo como as constituições imperiais normalmente faziam referência a considerações de ordem moral, o autor se questiona (p. 534): "Por que esse estilo moralizante? Porque a autonomia está presente no centro de heteronomia: não deve recair sobre o soberano a suspeita de agir arbitrariamente ou por motivos egoístas. Externamente, sua liberdade de legislador é tão absoluta quanto a de um simples particular que cria as obrigações que quer quando conclui um contrato; mas o arbitrário de uma vontade privada não poderia pertencer a um homem público que é reputado por visar ao bem comum." A contraposição entre o estilo simples das normas votadas por assembleias democráticas e aquelas oriundas de regimes monárquicos é acentuada também por E. VOLTERRA, *Il problema del testo* cit., pp. 15 e ss, que a invoca como argumento a favor da tese de que o texto original das constituições imperiais continha uma motivação mais ampla do que aquela que foi conservada nas compilações pós-clássicas ou nos textos jurisprudenciais. Segundo o autor, o estilo mais monárquico e, portanto, mais grandiloquente, se acentua aos poucos: quando o imperador se considera ainda um magistrado do povo romano e quando ainda não se concebe sua vontade como fonte legislativa, os editos e outras disposições normativas por ele emanadas são redigidos com forma e estilo semelhantes aos atos dos magistrados republicanos, como expressão normativa de um cidadão investido de poderes públicos. Quando, mais tarde, afirma-se na mentalidade jurídica romana o poder absoluto do imperador, as constituições se tornam mais longas, contendo elementos diversos como a motivação e outros aspectos, tendentes a incensar a figura do monarca e funcionar como uma espécie de propaganda do poder central. A mudança no estilo das constituições imperiais com o passar do tempo é ressaltada também por P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 367.

políticas e ideológicas, devendo sua motivação se revestir de um caráter jurídico, que confira às decisões um aspecto objetivo.[258]

Ainda assim, não estão ausentes dos rescritos razões de tipo valorativo, pelo que se pode supor que, também aqui, a motivação das decisões desempenhasse, mesmo que em menor grau, um papel de legitimação, uma vez que, para o convencimento das partes e dos destinatários da decisão, bastaria a autoridade do príncipe, suplementada pela qualidade dos juristas que o assessoravam.[259]

Não se pode excluir, por outro lado, que, tendo em vista o fato de que os rescritos, assim como os decretos, funcionavam como verdadeiros *exempla* a serem replicados em casos posteriores, a explicitação da *ratio decidendi* pelo imperador funcionasse como meio de facilitar sua utilização como precedente, ainda que não fosse algo imprescindível para tanto, uma vez que os juristas, que muitas vezes já haviam participado da própria emanação do rescrito, facilmente a identificariam pela simples leitura da decisão.

Anteriormente,[260] fez-se referência ao papel dos rescritos como instrumento de romanização jurídica. Nesse aspecto, a motivação poderia servir para veicular as concepções jurídicas que o imperador queria infundir nas províncias, o mesmo se podendo dizer se o rescrito for enfocado como meio de uniformização da aplicação do direito e instrução dos magistrados e funcionários encarregados da jurisdição.

Por fim, a motivação dos rescritos, ainda que em grau menor do que ocorria nos editos e *orationes principis*, podia desempenhar uma função de propaganda,[261] pois os

---

[258] *Le prince* cit., pp. 481-482 e 512.

[259] Essa diferença de estilo entre rescritos e editos advém, provavelmente, do fato de que a seção da chancelaria imperial responsável pela emanação dos rescritos era composta muitas vezes por juristas, que levavam para os rescritos o seu conhecido estilo breve de escrita, limitado à descrição do caso em termos estritamente jurídicos. Mesmo quando considerações de caráter mais valorativo aparecem na motivação (que isso ocorre, não há dúvida, como se verá no item 2.3.), elas são incorporadas pelo filtro da jurisprudência e condensadas em expressões consagradas como *aequum, humanum est, utilitas*, etc..., sem que o imperador se alongue em maiores explicações ao decidir a questão. Esta filtragem, segundo T. HONORÉ, *Legal reasoning in Rome and today,* in *South African Law Journal* 94 (1974), p. 92, constitui uma das grandes contribuições da jurisprudência romana para o pensamento jurídico, pois permite que as considerações de caráter moral sejam levadas em conta no raciocínio jurídico, mas dentro de certos limites, combinando, assim, com sabedoria, abertura e fechamento do sistema jurídico.

[260] *Supra*, p. 28.

[261] Acentuam essa função E. VOLTERRA, *Il problema del testo* cit., p. 25, N. DE PASCALI, *Ratione humanitatis: significati e implicazioni di un concetto nella legislazione di Marco Aurelio*, in *Ostraka: Rivista*

imperadores se mostravam como benfeitores do povo em sua justificativa da decisão. Difundiam, assim, certa imagem do poder imperial como promotor da equidade, da benevolência e do bem comum. Em Marco Aurélio, por exemplo, como se verá no item 2.3., das decisões encontradas, ainda que várias se fundamentem num raciocínio mais estritamente lógico-jurídico,[262] muitas outras invocam a *benignitas*, a *aequitas*, a *humanitas*, o *favor libertatis*, o *commodum* ou a *utilitas publica*, motivações que expressam a benevolência imperial, ou mesmo sua preocupação com a utilidade dos cidadãos ou o bem comum.

Assim sendo, para se utilizar uma terminologia moderna, pode-se dizer que a motivação das decisões imperiais de caráter casuístico (*decreta* e *rescripta*), sobretudo porque não sujeitas a qualquer espécie de recurso, embora pudesse ser voltada, em alguns aspectos, para o convencimento das partes envolvidas no caso ou mesmo para o magistrado ou funcionário que se ocupava da questão, desempenhava uma função notadamente *extraprocessual*.

Obviamente, não se trata de uma função de controle democrático do exercício do poder por parte da sociedade, como nas teorizações atuais a respeito do problema, mas ainda assim é interessante perceber que mesmo um poder monárquico praticamente absoluto buscava se legitimar perante o *populus*, do qual, ao menos teoricamente recebia seu *imperium*, justificando as decisões que tomava, a fim de mostrar que o poder não era exercido de forma arbitrária e, ainda por cima, se orientava pela equidade e pela busca do bem comum.

---

di Antichità 17 (2008), p. 39; T. MASIELLO, *Libertà e vantaggio patrimoniale in un rescritto di Marco Aurelio*, in *LABEO* 21 (1975), p. 22; G. PURPURA, *Brevi riflessioni sull'humanitas*, in *AUPA* 53 (2009), p. 292.

[262] Para P. VEYNE, *Pão e circo* cit., p. 624, numa interpretação bastante ampla, até mesmo quando o imperador simplesmente aplica uma regra, por exemplo, concedendo a aposentadoria a um veterano, ele age como benfeitor.

2.2. A SELEÇÃO DAS FONTES

Para a identificação dos rescritos de Marco Aurélio nas fontes jurídicas, em primeiro lugar, foi consultado o índice que P. KRÜGER expõe no final de sua edição do *Codex*, onde foram localizadas 10 constituições, sendo 6 rescritos dos *divi fratres* e 4 de Marco Aurélio sozinho. Em seguida, recorreu-se à obra de G. HAENEL,[263] que, além de conter as referências a constituições imperiais no Digesto e demais fontes jurisprudenciais, indica constituições mencionadas no *Codex* de forma indireta (aqui identificou-se uma referência induvidosa a um rescrito de Marco Aurélio e Cômodo). Para a verificação das menções de rescritos no Digesto e outras fontes jurisprudenciais, foi utilizada, por ser mais fácil e rápida a consulta, a obra de G. GUALANDI.[264] A busca foi ainda sempre conferida com as listas de rescritos e outros tipos de constituição imperial apresentadas por F. ARCARIA nas páginas iniciais de seu trabalho sobre a *oratio Marci*.[265]

Como resultado, foram encontrados, nas fontes jurídicas, 144 rescritos dos *divi fratres*, no período em que Marco Aurélio governou juntamente com seu irmão Lúcio Vero,[266] sendo que destes, 8 fragmentos apresentaram dúvidas com relação à natureza do

---

[263] *Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Iustinianum latarum, quae extra constitutionum Codices supersunt*, Lepzig 1857.
[264] *Legislazione imperiale e giurisprudenza, I* cit.
[265] *Oratio* cit., pp. 1-5.
[266] C. 2,12(13),2; C. 5,25,2; C. 5,25,3; C. 7,12,1; C. 8,10,1; C. 8,46(47),1; Vat. Fr. 125; Vat. Fr. 131?; Vat. Fr. 149; Vat. Fr. 154; Vat. Fr. 155?; Vat. Fr. 168 ; Vat. Fr. 185 ?; Vat. Fr. 240; Vat. Fr. 244; Vat. Fr. 245 ; Vat. Fr. 247 ?; Inst. 1,25,6; Inst. 1,25,10; D. 1,8,6,1; D. 1,8,7; D. 2,4,3; D. 2,14,37; D. 2,15,3pr; D. 5,1,36pr; D. 8,2,14; D. 8,3,17; D. 11,7,6,1; D. 12,3,4pr; D. 17,1,6,7; D. 17,1,8,8; D. 18,1,42; D. 18,1,71; D. 22,3,29pr; D. 22,5,3,6; D. 23,2,57a; D. 25,4,1pr; D. 26,2,2; D. 26,5,12,1; D. 26,5,24; D. 27,1,7; D. 29,1,28; D. 30,41,7; D. 32,11,23; D. 35,3,3,4; D. 37,6,1,14; D. 37,6,5pr; D. 37,14,17pr; D. 38,2,16,4; D. 38,16,1,1; D. 39,4,7pr; D. 39,4,7,1; D. 39,4,16,8; D. 39,4,16,10?; D. 40,1,4pr; D. 40,1,5 pr?; D. 40,4,26; D. 40,5,30,3; D. 40,5,30,13; D. 40,5,31,1; D. 40,9,11,1; D. 40,12,27pr; D. 42,1,35; D. 42,5,30; D. 42,7,4; D. 47,18,1pr; D. 47,22,1,2?; D. 48,2,19pr; D. 48,5,39(38),5; D. 48,5,39(38),6; D. 48,9,9,2; D. 48.10,11; D. 48,12,3pr; D. 48,12,3,1; D. 48,16,18pr; D. 48,16,18,1; D. 48,16,18,2; D. 48,18,1,3; D. 48,18,1,4; D. 48,18,1,6; D. 48,18,1,14; D. 48,18,1,27; D. 48,18,16pr; D. 48,19,8,1; D. 48,19,26; D. 48,19,27pr; D. 48,19,33; D. 48,20,1,3; D. 48,22,6,2; D. 48,22,7,10; D. 48,22,7,18; D. 49,1,1,3; D. 49,1,8; D. 49,1,14,1; D. 49,1,21,pr; D. 49,1,21,1; D. 49,1,21,2?; D. 49,1,21,3; D. 49,9,1; D. 49,11,1; D. 49,14,2,2; D. 49,14,3,5; D. 49,14,13,6; D. 49,14,13,10; D. 49,14,18,2; D. 49,14,23; D. 49,14,32; D. 50,1,8; D. 50,1,24; D. 50,1,37,2; D. 50,1,38pr; D. 50,1,38,1; D. 50,1,38,2; D. 50,1,38,3; D. 50,1,38,4; D. 50,1,38,5; D. 50,1,38,6; D. 50,2,3,2; D. 50,2,13pr; D. 50,2,13,1; D. 50,2,13,2; D. 50,2,13,3; D. 50,4,6pr; D. 50,4,6,1; D. 50,4,11,2; D. 50,6,6,6; D. 50,6,6,10; D. 50,7,5,3; D. 50,8,11pr; D. 50,8,11,1; D. 50,8,11,2; D. 50,8,12pr; D. 50,8,12,1; D. 50,8,12,2; D. 50,8,12,3; D. 50,8,12,4; D. 50,8,12,5; D. 50,8,12,6; D. 50,8,13; D. 50,12,8; D. 50,12,13pr; D. 50,12,13,1; D. 50,13,1,9;

provimento ou à atribuição aos *divi fratres*, o que perfaz um número certo de 136 rescritos. A lista de F. ARCARIA para o período relaciona 139 deles. Das referências encontradas, apenas 4 são expressamente mencionadas como *epistulae*.[267] Citações diretas de rescritos dos *divi fratres* perfazem um total de 26.[268] Destas, a maioria é oriunda de obras de Ulpiano (13), seguido por Papírio Justo (3), Cervídio Cévola (3), Calístrato (3), Paulo (2), Papiniano (1) e Marciano (1).

Do período em que Marco Aurélio governou sozinho, constam 59 fragmentos,[269] havendo dúvida em relação a 9 deles, o que perfaz um total de 50 fragmentos referentes a rescritos. A lista de F. ARCARIA para o período contém 58. Do total encontrado, há apenas uma *epistula* expressamente mencionada,[270] e são apenas 5 as citações diretas nas fontes jurisprudenciais: duas de Ulpiano, duas de Paulo e uma das Institutas de Justiniano. [271]

De Marco Aurélio e Cômodo, foram encontrados 18 fragmentos,[272] dos quais apenas um faz referência expressa a uma *epistula*[273] e somente 3 são citações diretas.[274]

Assim sendo, recolheu-se, a princípio, 204 referências certas em fontes jurídicas a rescritos promulgados durante o governo de Marco Aurélio. Incluindo os fragmentos em que ainda há dúvida, a soma chegou a 221 fragmentos.

---

[267] Vat. Fr. 244; D. 40,1,4pr; D. 48,18,1,27; D. 49,1,14,1.
[268] Vat. Fr. 154; Vat. Fr. 168; Vat. Fr. 245; D. 2,15,3pr; D. 5,1,36pr; D. 17,1,8,8; D. 18,1,7; D. 22,3,29pr; D. 22,5,3,6; D. 23,2,57a; D. 25,4,1pr; D. 26,5,24; D. 35,3,3,4; D. 37,6,5pr; D. 37,14,17pr; D. 40,12,27pr; D. 48,5,39(38),6; D. 48,12,3pr; D. 48,12,3,1; D. 48,18,1,27; D. 49,1,1,3; D. 49,1,14,1; D. 49,9,1; D. 50,1,24; D. 50,6,6,6; D. 50,12,8.
[269] C. 6,54,2; C. 9,18,1; C. 6,27,2; C. 3,31,1; Vat. Fr. 203; Vat. Fr. 205; Vat. Fr. 210; Vat. Fr. 221; Inst. 1,25,1; Inst. 1,25,3; Inst. 1,25,6; Inst. 3,11,pr-6; Inst. 4,6,30; D. 1,7,39; D. 2,14,8; D. 2,14,10pr; D. 2,14,60; D. 5,3,25,16; D. 11,7,14; D. 22,1,17pr; D. 23,3,9,3; D. 25,3,5,9; D. 25,3,5,11?; D. 25,3,5,14; D. 26,5,29; D. 27,1,14,2?; D. 27,1,17,4; D. 27,8,1,2; D. 27,10,16pr; D. 28,1,20,9; D. 28,5,52(51)pr; D. 29,1,3; D. 29,2,12?; D. 31,67,10; D. 31,70pr?; D. 32,11,24; D. 32,11,25; D. 36,3,5,1; D. 37,7,9; D. 37,8,3?; D. 37,8,4; D. 40,1,20?; D. 40,4,56; D. 40,5,12pr?; D. 40,5,30,16; D. 40,5,31,4?; D. 40,5,37; D. 40,7,34,1?; D. 40,8,1; D. 43,30,1,3; D. 47,4,1,7; D. 47,9,4,1?; D. 47,12,3,4; D. 48,2,5; D. 48,19,30; D. 49,14,7; D. 50,4,11,1; D. 50,10,6; D. 50,16,220,2;
[270] Vat. Fr. 210.
[271] Inst. 3,11,pr-6; D. 1,7,39; D. 22,1,17pr; D. 40,5,37; D. 47,9,4,1.
[272] C. 4,57,1; C. 4,57,2; C. 4,57,3; Vat. Fr. 222; Coll. 4,3,6; D. 1,18,14; D. 11,4,1,2; D. 26,7,33,1; D. 27,1,15,2; D. 27,1,26; D. 29,5,2; D. 30,112pr; D. 31,64; D. 39,4,16,6; D. 40,8,3; D. 48,5,33(32)pr; D. 48,5,39,8; D. 48,10,7.
[273] D. 11,4,1,2.
[274] D. 1,18,14; D. 29,5,2 ; D. 48,5,39,8.

Os objetivos da pesquisa, destinada a verificar a fundamentação contida nos rescritos emanados por Marco Aurélio, fizeram que fossem selecionadas para análise apenas as fontes contendo a menção às razões de decidir empregadas pelo imperador, a fim de se proceder a uma divisão dos rescritos com base no tipo de argumento utilizado.

A motivação, deve-se ressaltar, não se confunde, no plano conceitual, com os motivos que levaram à decisão, mas indica, na verdade, as razões explicitamente alegadas por aquele que decide,[275] ou seja, indica um discurso justificador, feito *ex post factum*, no intuito de sustentar uma decisão e torná-la aceitável. Distingue-se, assim, muitas vezes, do efetivo processo de tomada de decisão, o que, no plano da teoria da linguagem, equivale à contraposição entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação.[276]

É certo que, para considerar motivado ou fundamentado um rescrito, não se buscou uma justificação extensa como aquela exigida das sentenças nos ordenamentos contemporâneos, em que devem ser expostas as razões de fato e de direito (até mesmo porque, em se tratando de rescritos, não há apreciação de fatos), bastando o registro alusivo a uma mínima justificação da decisão tomada.[277]

F. HORAK, em seu estudo sobre a motivação das decisões dos juristas republicanos, ao explicitar os critérios utilizados em sua seleção, define a fundamentação como um encadeamento de orações (*Sätzen*) que se colocam como consequência lógica umas das outras, o que ocorre quando de uma ou mais orações é tirada uma consequência, numa

---

[275] Assim F. HORAK, *Rationes decidendi* cit., p. 05.

[276] B. BISCOTTI, *Dispositivo* cit., pp. 08-11: "*Bisogna, insomma, avere ben chiaro che un conto è il complesso percorso che il giudicante compie per arrivare alla finale determinazione della lite ed un altro è il discorso giustificativo che il medesimo costruisce, al fine di rendere conto della propria decisione: come direbbe Popper (mutatis mutandis, ovviamente), da un lato 'how an idea occurs to a man', versus, dall'altro, 'whether the idea is justified'. La motivazione della sentenza ricade senza dubbio nella seconda categoria*." Assim também M. TARUFFO, *A motivação* cit., pp. 16-18, para quem, ainda que possam apresentar correspondências, são diversos os procedimentos com os quais o juiz formula a decisão e aqueles pelos quais, depois de tê-la formulado, organiza uma raciocínio em que expõe as boas razões pelas quais deve ser aceita como válida e compartilhável.

[277] M. MARRONE, *Su strutura* cit., p. 278-279, adota tal conceito de motivação para a apreciar a existência de motivações nas sentenças do processo formular. De forma semelhante, B. BISCOTTI, *Dispositivo* cit., pp. 24-25.

sucessão típica da lógica formal, ou quando, num processo equivalente, uma sentença de fundamentação é atrelada posteriormente a uma afirmação.[278]

Assim, para a sua escolha, tal autor se vale de critérios linguísticos, que praticamente não oferecem dificuldade para identificar uma fundamentação. Em cada decisão, ela se expressa por meio de conjunções conclusivas como *ergo, itaque, igitur, (et) ideo* (primeiro tipo de fundamentação), ou, mais frequentemente, por meio de conjunções causais como *quia, quoniam, nam, enim*, dentre outras (segundo tipo de fundamentação), podendo haver ainda outros tipos de encadeamento sintático.[279]

No presentre trabalho, o critério de seleção foi mais amplo que o utilizado por F. HORAK, já que foram consideradas decisões motivadas ou fundamentadas também aquelas que, sem se expressar por meio de sentenças logicamente encadeadas, manifestam algum tipo de afirmação valorativa como *humanum est, aequum videri*, ou empregam conceitos como *utilitas*, *benigna interpretatio*, ou argumentações pragmáticas e finalistas a fim de justificar a decisão tomada.

Com a aplicação de tal critério, chegou-se a um número de 38 rescritos.[280] Destes, 19 são referidos textualmente e contêm, portanto, com maior grau de certeza, as próprias palavras empregadas pelo imperador (ou por sua chancelaria) para motivar a decisão.[281] Na outra metade dos fragmentos, não há certeza de que a fundamentação indicada tenha sido aquela explicitada pelo próprio imperador ou se é do jurista que a cita.[282]

---

[278] *Rationes decidendi* cit., p. 05.
[279] *Rationes decidendi* cit., p. 05.
[280] *Divi fratres* (29): C. 7,12pr-1 (mesma constituição citada em D. 48,19,33); D. 1,8,6,1; D. 2,15,3pr; D. 5,1,36pr; D. 12,3,4pr; D. 17,1,6,7; D. 23,2,57a; D. 25,4,1pr; D. 29,1,28; D. 35,3,3,4; D. 37,6,5pr; D. 37,14,17pr ; D. 39,4,7pr; D. 40,4,26 (mesma de D. 40,5,30,3?); D. 40,5,31,1; D. 48,12,3pr; D. 48,12,3,1; D. 48,18,1,27; D. 48,19,26; D. 49,1,14,1; D. 49,1,21,3; D. 49,14,3,5; D. 50,1,24; D. 50,2,3,2; D. 50,4,6pr; D. 50,6,6,10; D. 50,8,11,2; D. 50,8,12,6; D. 50,12,13,1. Marco Aurélio (6): C. 6,27,2; C. 6,54,2; Inst. 3,11pr-1; D. 28,1,20,9; D. 31,67,10; D. 40,5,37. Marco Aurélio e Cômodo (3): D. 1,18,14 (referida também em D. 48,9,9,2); D. 48,5,33(32)pr; D. 48,10,7.
[281] São 14 rescritos dos *divi fratres* (C. 7,12pr-1 (mesma constituição citada indiretamente em D. 48,19,33); D. 2,15,3pr; D. 5,1,36pr; D. 23,2,57a; D. 25,4,1pr; D. 35,3,3,4; D. 37,6,5pr; D. 37,14,17pr; D. 48,12,3pr; D. 48,12,3,1; D. 48,18,1,27; D. 49,1,14,1; D. 50,1,24; D. 50,4,6pr), 4 de Marco Aurélio (C. 6,27,2; C. 6,54,2; Inst. 3,11pr-1; D. 40,5,37) e um único de Marco Aurélio e Cômodo (D. 1,18,14, referido indiretamente em D. 48,9,9,2).
[282] Trata-se de 15 rescritos dos *divi fratres* (D. 1,8,6,1; D. 12,3,4pr; D. 17,1,6,7; D. 29,1,28; D. 39,4,7pr; D. 40,4,26 (mesma de D. 40,5,30,3?); D. 40,5,31,1; D. 48,19,26; D. 49,1,21,3; D. 49,14,3,5; D. 50,2,3,2; D.

Em princípio, a fim de se chegar a conclusões mais seguras quanto à argumentação efetivamente utilizada pelo imperador, seria o caso de se limitar a análise apenas aos fragmentos contendo reproduções textuais dos rescritos, mas, a rigor, não se pretendeu excluir as decisões referidas de forma indireta no Digesto, seja porque amiúde não divergem substancialmente do modo de raciocínio encontrado no outro grupo de decisões, seja porque, como salienta G. GUALANDI, os juristas romanos constumam ser fidedignos ao relatar o conteúdo das decisões imperiais, o que se confirma quando há a possibilidade de comparar a citação da mesma decisão de forma literal e indireta.[283]

Menos de um quarto dos rescritos emanados durante o governo de Marco Aurélio contém, na forma em que foram transmitidos, algum traço de fundamentação, proporção esta que se reduz a menos de um décimo quando se têm em conta apenas as 19 decisões referidas de forma literal.

Essa porcentagem pode indicar, por exemplo, que a motivação das decisões não fosse mesmo algo essencial na experiência romana e na prática dos imperadores, embora esse número reduzido possa se dever a outras razões, como a própria transmissão do texto ou o interesse dos juristas em citar apenas o "dispositivo" da decisão imperial.[284]

Nesse ponto, a fim de verificar se os imperadores efetivamente fundamentavam a maioria de suas decisões, poderia ser frutífero um confronto com as constituições imperiais conservadas em papiros e fontes epigráficas, nas quais normalmente são referidas em sua integralidade. Mas no caso do imperador Marco Aurélio isso não é possível, já que, a partir

---

50,6,6,10; D. 50,8,11,2; D. 50,8,12,6; D. 50,12,13,1), 2 de Marco Aurélio (D. 31,67,10, D. 28,1,20,9) e 2 de Marco Aurélio e Cômodo (D. 48,5,33(32)pr; D. 48,10,7).

[283] *Legislazione imperiale e giurisprudenza. Tomo secondo* cit., p. 49. O autor cita, como exemplo, o rescrito de Marco Aurélio sobre o cometimento de homicídio pelo *furiosus*, mencionado expressamente em Macer 2 *de iud. pub.* D. 1,18,14 e também de forma não literal por Modestino em Mod. 12 *pand.* D. 48,9,9,2. Em ambas as fontes a *ratio decidendi* invocada guarda grande semelhança em sua formulação, o que leva o autor a concluir que muitas expressões que parecem ser o comentário do jurista que refere a decisão são, na verdade, frases extraídas da própria constituição imperial.

[284] J-P. CORIAT, *Le prince* cit., pp. 592-593, ao tratar do período severiano, traz a mesma constatação, imputando não somente aos problemas de transmissão textual a dificuldade em identifcar as motivações dos rescritos contenciosos, mas a um certo laconismo imperial, sobretudo tendo em vista que a motivação não era obrigatória. Segundo o autor, "*les motifs restent, en partie, le secret du prince et des juristes, qui statuent en son nom: un certain "mystère", autour de la réponse officielle remise au particulier, participe à la fois d'une prudence traditionelle chez le juge et du caractere oraculaire de la parole impériale*."

da coletânea feita por J. H. OLIVER,[285] não se verificam, com exceção da conhecida epístola aos atenienses (que não é um rescrito em sentido técnico), muitos traços de fundamentação das decisões.[286]

---

[285] *Greek Constitutions of Early Roman Emperors from Inscriptions and Papyri*, Philadelphia, 1989. Em complemento à obra de J. H. OLIVER, podem ser citados os trabalhos de G. PURPURA, *I papiri e le costituzioni imperiali in Egitto*, 1 n. 2, disponível em <http://www.archaeogate.org/iura/article/1379/1/i-papiri-e-le-costituzioni-imperialiin-egitto-di-gianf.html>, sobretudo o Apêndice de tal texto, (Le costituzioni imperiali nei papiri e nelle epigrafi), (<http://www.archaeogate.org/storage/343_article_168_1.pdf>), que contém amplo elenco de fontes e apresenta algumas constituições não mencionadas por J. H. OLIVER, além de e V. I. ANASTASIADIS e G. A. SOURIS, *An Index to Roman Imperial Constitutions from Greek Inscriptions and Papyri, 27 BC to 284 AD*, Berlin - New York, De Gruyter, 2000, que, no entanto, não revelou fontes adicionais em relação a Marco Aurélio além daquelas já mencionadas por G. PURPURA.

[286] J. H. OLIVER relaciona 25 provimentos normativos referentes a Marco Aurélio, mas estes, quando se tem acesso ao conteúdo, não trazem qualquer motivação de interesse para o tema da argumentaçao jurídica empregada pelo imperador. Em seguida vão mencionadas as "constituições" coletadas pelo autor, seguindo a numeração por ele empregada e a página onde se encontram: N. 170 (p. 346): resposta dos *divi fratres* em resposta ao representante financeiro da Gerúsia de Éfeso. A numeração e paginação se referem à obra de Oliver e são adotadas nas notas seguintes. N. 117 (pp. 272): epístola de Marco Aurélio e Lúcio Vero em que se confirma a autonomia de Coronéia, nos mesmos termos em que havia sido concedida por Antonino Pio; n. 166 (p. 336): não parece ser um rescrito em sentido estrito, mas uma epístola em que se confirmam direitos e privilégios dos cidadãos de Antinoópolis, no Egito; n. 167 (p. 342): inscrição contendo uma carta de Marco Aurélio e Lúcio Vero aos bereianos, datada de 161 d.C., em que se confirmam status e privilégios; n. 168 (p. 345): epístola de Marco Aurélio e Lúcio Vero a místicos dionisíacos de Esmirna, enviada por volta de 161-163 e contendo a resposta a uma congratulação; n. 171(p. 351): epístola dirigida aos arcontes, conselho e demos de Beréia em 165 d.C., que traz os títulos dos imperadores mas não o conteúdo da carta; n. 172 (p. 353): epístola de Marco Aurélio e Lúcio Vero em Delfos, datada de 163-65 d.C., sem maiores detalhes quanto ao conteúdo; n. 173 (p. 355): inscrição contendo uma epístola dos *divi fatres* ao conselho do Areópago em 165 d.C., sem maiores detalhes quanto ao conteúdo; n. 174 (p. 357): papiro contendo uma epístola endereçada a um desconhecido em 166-167 d.C., sobre concessões e decisões de imperadores anteriores; n. 177 (p. 360): epístola dirigida aos cidadãos de Delfos (para os arcontes e a pólis de Delfos) por volta de 164/165 d.C., relativa a status e liberdades, autonomia, oferta de coroas de ouro pelo sucesso na Armênia (neste ponto, referem-se a uma proclamação rejeitando esse tipo de oferta); n. 179 (p. 362): epístolas encontradas em Delfos, uma delas de Marco Aurélio e Lúcio Vero, sem o conteúdo; n. 180 (p. 362): epístola encontrada em Delfos, sem conteúdo. N. 157 (p. 325): epístola emanada por Marco Aurélio em 158 d.C., quando ainda era imperador Antonino Pio; nn. 181-182 (pp. 363): carta escrita em *Viminacium* (na atual Sérvia) por volta de 172-175, encontrada numa inscrição no templo de Apolo; n. 183 (p. 364): epístola de Marco Aurélio aos atenienses, tratando de diversos assuntos – parece na verdade uma comunicação geral contendo diversas providências (p. ex.: sobre a ocupação de sacerdócios e a condição de deixar as insígnias do sacerdócio que já ocupa; eleição para arauto sagrado; uma apelação rejeitada sobre eleições; competência para julgamento; um rescrito sobre questões de cidadania); n. 188 (p. 393): epístola relativa a atletas que evitam os jogos panelênicos e na qual o imperador aceita as punições imposta a eles; n. 193 (p. 403): carta contendo uma resposta sobre questão de propriedades; n. 204 (p. 413): epístola aos habitantes de Delfos – emitida de *Viminacium* – texto fragmentado. O n. 275 (p. 528) relaciona um edito de Severo sobre o *aurum coronarum*, que menciona as regras emanadas por Trajano e Marco Aurélio a respeito, mas não há como saber o tipo de constituição da qual advêm. N. 189 (p. 395): epístola dirigida a um desconhecido, sem informações sobre conteúdo; nn. 190-191 (p. 396): epístola dirigida aos habitantes de Feras em 177 d.C., sem maior indicação de conteúdo; n. 192 (p. 398): epístola dirigida aos cidadãos de Mileto (para os arcontes, conselho e demos) em 177 d.C., relativa à petição para alteração do status de um antigo festival; n. 194 (p. 403): epístola dirigida aos atenienses em 177/178 d.C. , relativa à substituição dos membros falecidos (da Gerúsia); n. 195 (p. 404): epístola dirigida à Gerúsia sobre corte de árvores de propriedades que sustentam tal assembleia; n. 196 (p. 405): epístola dirigida à Gerúsia de Atenas, sobre imagens de prata dos imperadores; n.

2.3. TIPOLOGIA DAS MOTIVAÇÕES

Com base na seleção efetuada e na interpretação das decisões, é possível apresentar uma sistematização dos tipos de argumento empregados pelo imperador para motivar suas decisões, classificação esta que se mostra como um indício do raciocínio desenvolvido e, portanto, do método jurídico imperial.

Segundo a descrição que L. FRANCHINI faz do método casuístico dos juristas romanos, estes, ao se depararem com um caso concreto, examinam-no em todos os seus aspectos, decompõem-no em seus elementos e, baseados em sua *iurisprudentia*, no conhecimento adquirido pelo estudo da experiência pretérita – à qual não se sentem exatamente vinculados – passam a individuar, dentre esses elementos, aqueles que são essenciais à solução do problema.

Esse processo de seleção se desenvolveria de forma intuitiva, cultivada por meio da longa experiência profissional, em anos de atividade consultiva, além do estudo da experiência de outros juristas, do passado e do presente, passada oralmente ou registrada em obras escritas por meio de orientações interpretativas plasmadas em *regulae*, tendências tidas como prevalentes porque consideradas as mais razoáveis, plausíveis (lembre-se dos *pithana* de Labeão) e mais aptas a serem aplicadas ao caso semelhante que se põe ao jurista.[287]

---

197 (p. 405): epístola relativa a vestimentas e dias feriados.

[287] *Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e 'common law',* in *Diritto @ Storia* 10 (2011-2012), disponível eletronicamente em http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Franchini-Esperienza-romana-arcaica-common-law.htm. No mesmo sentido, L. VACCA, *La giurisprudenza* cit, pp. 109 e ss; L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, CEDAM, 2006 pp. 31-36 e 66. A essa visão, contrapõe-se F. HORAK, *Dogmática e casuística no direito romano e nos direitos modernos*, in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 8. 28 (1984), pp. 82-90, que entrevê um raciocínio mais dedutivo mesmo no método casuístico romano. M. KASER, *En torno al método* cit., pp. 16-17, destaca que, mesmo numa experiência casuística, orientada para o problema concreto, não se renuncia ao pensamento dedutivo, uma vez que, após se encontrarem as premissas por meio da indução, estas são aplicadas ao caso concreto por meio de uma dedução lógica, e afirma que o elemento sistemático não pode ser desprezado, ainda que seja apenas sistema interno (unidade orgânica entre as diversas soluções presentes). E quanto mais avança essa unidade interna, com maior frequência as soluções poderão ser obtidas por meio de um raciocínio dedutivo.

Embora, via de regra, o jurista compare seu caso com os casos semelhantes decididos anteriormente, não se sente ele obrigado a se conformar com essas decisões, caso entreveja no problema atual elementos que o diferenciam do caso mais antigo, modo de proceder que leva alguns autores, como o próprio L. FRANCHINI e L. VACCA a pensarem no *distinguishing* realizado pelos juristas da *common law*. Assim, se o jurista romano entender como mais relevantes os elementos que aproximam o caso atual do caso mais antigo, aplicará a mesma solução dada anteriormente; em caso contrário, sendo mais relevantes os elementos diferenciadores, proporá uma solução diversa. [288]

Assim sendo, ao ser confrontado com um caso concreto, o jurista romano, ao contrário do jurista continental moderno, não partia logo em busca da regra legal aplicável mediante subsunção, ou seja, não estava submetido a uma mentalidade estatal-legalista como aquela que condiciona, ou ao menos condicionava, até certo tempo, o jurista contemporâneo, adotando uma atitude de maior liberdade na busca por soluções razoáveis e empregando, para isso, os mais diversos recursos hermenêuticos.[289]

Afirma J-P. CORIAT que o método de tomada de decisão dos imperadores é o mesmo dos juristas (que colaboram nesse processo): o método casuístico, próprio do sistema axiológico do direito romano.[290] Tal tipo de sistema, segundo o autor, se distinguia daquele que qualifica como de regulamentação hipotético dedutiva, no qual se procede por meio de deduções axiomáticas, e se apresenta como um sistema onde impera a lógica do razoável fundada na controvérsia, mais do que uma lógica formal fundada na subsunção e no raciocínio dedutivo.[291]

---

[288] L. FRANCHINI, *Il diritto* cit.; L. VACCA, *La giurisprudenza* cit., pp. 120 e ss. Os autores notam como essa dupla possibilidade aparece até mesmo na estrutura dos *responsa* de alguns juristas, que indicam as duas alternativas possíveis de solução, conforme se verifiquem certas circunstâncias que aproximam ou distanciam o caso atual do pretérito, de cuja verificação o jurista não se ocupa, limitando-se a apontar as possibilidades de decisão.

[289] Segundo L. FRANCHINI, *Diritto casistico* cit., é essa diferença que torna difícil para nós, juristas formados na tradição codificada, adentrar no modo de agir dos prudentes romanos, nos processos hermenêuticos que empregavam para solucionar os casos, baseados em um *habitus* profissional que se perdeu nos últimos séculos com a imposição de uma lógica de tipo dedutivo no raciocínio jurídico.

[290] *Le prince* cit., p. 512.

[291] *Le prince* cit., pp. 457-458: "*dans le modèle axiologique la méthode d'élaboration du droit est dominée par la raison pratique, celle qui opère des choix qui ne sont pas entièrement "rationalisés", c'est à dire appréhendés dans des concepts objectifs. Dans ce système, le droit nâit de la procédure judiciaire; il est produit par une multitude de décisions concrètes, qui ne sont pas reliées à des règles générales par un simple*

Partindo-se da semelhança entre o método dos juristas e imperadores, a fim de realizar a classificação dos argumentos imperiais, poderia ser buscado um subsídio nas tentativas feitas pelos romanistas para classificar os métodos de raciocínio empregados pelos jurisconsultos, como as de M. KASER e L. RAGGI[292], L. LOMBARDI,[293] F. HORAK[294] e W. WALDSTEIN.[295]

No entanto, as razões de decidir empregadas não se encaixavam perfeitamente nas classificações precedentes, mais apropriadas aos juristas, sendo necessária uma divisão

---

lien logique mais traduisent plutôt des valeurs, morales et sociales – justice, équite, harmonie – professés ou inconsciemment défendues par les juristes. Lá méthode du droit, par consequente, s'inscrit dans une logique du raisonnable et de l'aléatoire, en vertu de laquelle la solution résulte non plus d'une déduction syllogistique mais d'un débat contradictoire fondé sur l'argumentation et la controverse dialectique." O autor não deixa de atentar para a realidade de que nenhum sistema se mostra em estado puro, de modo que o que define um sistema é a parte preponderante.

[292] M. KASER, *En torno al método* cit., pp. 30-40. Segundo o autor, a solução era encontrada pelos juristas romanos: a) com base nas circunstâncias do próprio caso; b) com base em casos semelhantes, a partir, por exemplo, dos argumentos *a simili* (analogia) ou *a contrario*; c) com base em juízos abstratos, de caráter específico (uma determinada norma) ou mais geral, como nas *regulae* e *definitiones*; d) com base em *topoi* ou, como diz o autor, *figuras jurídicas*, de natureza diversa, como os "conceitos-guia" de *aequitas, bona fides, animus, id quod interest* e, poderíamos acrescentar, embora não citadas pelo autor, as ideias de *humanitas, benignitas, favor libertatis*, dentre outras. A mesma sistematização dos "argumentos" utilizados pelos juristas romanos é adotada por L. RAGGI, *Il método della giurisprudenza romana*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 46-55.

[293] *Saggio* cit., pp. 23-32. Para o autor, o conjunto de procedimentos que o jurista segue para encontrar o direito, designado às vezes globalmente nas fontes como *interpretatio*, se divide em dois componentes fundamentais: 1) a interpretação propriamente dita de textos normativos e, quando estes não existem ou não bastam para decidir o caso, 2) um complexo de meios substitutivos ou integrativos de natureza diversa. Os meios integrativos são divididos pelo autor basicamente em duas categorias: os *princípios* e o que ele chama de *cálculo dos tipos*. Os primeiros se subdividem entre a) princípio da autoridade e tradição e b) princípios de caráter argumentativo, dentre os quais estariam a *aequitas*, a *bona fides*, a *utilitas*, a *humanitas*, além de outros critérios de valoração como *id quod interest*, *quanti ea res erit*, *restituere* e similares. O cálculo dos tipos, por seu turno, é um eco da afirmação de Savigny, segundo o qual os juristas romanos calculavam com conceitos, e com essa ideia L. LOMBARDI parece expressar as construções que os juristas romanos conseguem realizar a partir da combinação de diversas posições típicas assumidas pelos cidadãos na vida do direito com base nas quais é possível encontrar a solução dos casos por meio da extensão analógica ou da criação de um meio de tutela ainda inexistente.

[294] *Rationes decidendi*, pp. 81-83. O autor distingue dois grandes grupos de motivações nos juristas romanos (*veteres*). Primeiramente, aquelas baseadas num raciocínio dedutivo, que se subdividem nos seguintes grupos: a) subsunção de uma norma jurídica geral ou individual; b) dedução por meio da lógica ou gramática; c) dedução a partir de uma doutrina estabelecida ou outras decisões jurisprudenciais; d) dedução com base numa *regula iuris*; e) motivação com base em construções jurídicas; f) dedução a partir de um conceito jurídico. Um segundo tipo de motivação é constituído por aquelas de natureza verossímil, subdivididas em: a) motivações baseadas em controvérsias jurisprudenciais ou pontos de vista específicos de um jurista; b) interpretações da linguagem comum; c) interpretação da vontade, sobretudo em atos *causa mortis*; d) doutrinas filosóficas; e) costume; f) analogia; g) *exempla*; h) *reductio ad absurdum*; i) natureza das coisas.

[295] *Entscheidungsgrundlagen* cit., pp. 29 e ss. O autor, preocupado, em seu artigo, em explicitar o uso de elementos pré-positivos do ordenamento jurídico na argumentação dos juristas clássicos, trata sobretudo dos motivos da *natura rerum,* da *fides*, do *ius naturale* e da justiça material.

mais aderente às fontes pesquisadas, ainda que se assemelhe àquelas propostas pelos autores que se debruçaram sobre o raciocínio dos juristas.

Da análise dos rescritos de Marco Aurélio, emergiu, em primeiro lugar, um grupo de decisões em que a motivação se dá não com base em alguma regra ou princípio explícito, mas em circunstâncias específicas do caso, que o distinguem de hipóteses anteriores e conduzem a uma solução diversa, num procedimento semelhante àquele descrito por L. FRANCHINI e L. VACCA e que foi denominado *distinctio*.[296]

Foram identificadas também decisões em que a *ratio decidendi* é uma *regula iuris*, entendida em sentido amplo. Não se trata, aqui, da aplciação de dispositivos legais, mas da utilização de máximas casuísticas ou conceitos construídos a partir da experiência precedente, já existentes anteriormente ou mesmo enunciados no momento da aplicação.[297]

Um dos rescritos estudados, contudo, revelou como Marco Aurélio invoca também textos normativos como a lei e o edito do pretor, apelando para sua interpretação *ex verbis* ou *ex sententia* e trazendo, ainda, a autoridade da jurisprudência como suporte para a decisão tomada.[298]

Em outro grupo de decisões,[299] o elemento subjetivo, o *animus* ou a *voluntas* dos agentes é invocado como razão de decidir, em conformidade com certas formas de pensar enunciadas por Marco Aurélio em suas meditações.

Vários rescritos revelam, por outro lado, uma motivaão baseada em argumentos que poderiam ser tidos como consequencialistas ou utilitaristas, pois o imperador justifica sua decisão com base na vantagem (*commodum*) ou nos prejuízos que podem ser causados às partes envolvidas no caso.[300]

---

[296] *Infra*, pp. 76 e ss.
[297] *Infra*, pp. 83 e ss.
[298] *Infra*, pp. 102 e ss.
[299] Pp. 106 e ss.
[300] Pp. 117 e ss.

Do argumento pragmático, está muito próxima a ideia de *utilitas publica*, a consideração do interesse público ou coletivo, bastante presente num grupo diverso de rescritos,[301] mesmo quando não se utiliza expressamente o termo.

Um item a parte é dedicado ao único rescrito que registra o emprego da *benigna interpretatio*, com cujo aceno, somado à utilização do argumento pragmático e da *utilitas*, passa-se para o campo da argumentações de caráter valorativo, ou argumentos abertos, como a *aequitas*[302] e a *humanitas*,[303] utilizados com diveras finalidades.

A classificação proposta não se baseia nos princípios subjacentes às decisões, mas nos argumentos explicitamente invocados. É assim, por exemplo, que várias decisões não mencionadas no item da *humanitas* podem nela se basear e que afirmações semelhantes a *regulae*, como "é suficiente ser punido pelo próprio furor", estejam em decisões de caráter humanitário.[304]

A análise dos rescritos de Marco Aurélio e a sistematização dos tipos de argumentos empregados permitem enxergar tanto as continuidades quanto as descontinuidades entre a atividade consultiva dos juristas e do imperador.

Responsa e *rescripta*, para além de desempenharem funções sociais semelhantes, despontam como indício de um método de raciocínio dotado de muitas semelhanças. O imperador, assim como o jurista, ao ser consultado, não buscava fundamentar sua decisão a partir de uma norma legal ou mesmo a partir de constituições imperiais anteriores, valendo-se, na verdade, de um leque mais amplo de argumentos, a maioria deles de caráter valorativo, ainda que o pensamento de caráter analógico (como nas *distinctiones*) ou dedutivo (como na utilização de *regulae*) não estivesse ausente.

---

[301] Pp. 130 e ss.
[302] *Infra*, pp. 147 e ss.
[303] *Infra*, pp. 155 e ss.
[304] Cumpre destacar, ainda, como fazem C. PERELMAN e L. OLBRECHTS TYTECA, *Tratado da argumentação. A nova retórica*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005, pp. 211-212, sobre a plausibilidade e provisoriedade de qualquer tipologia proposta: "Para discernir um esquema argumentativo, somos obrigados a interpretar as palavras do orador, a suprir os elos faltantes, o que nunca deixa de apresentar riscos. Com efeito, afirmar que o pensamento real do orador e de seus ouvintes é conforme ao esquema que acabamos de discernir não passa de uma hipótese mais ou menos provável. O mais das vezes, aliás, percebemos simultaneamente mais de uma forma de conceber a estrutura de um argumento."

A tipologia encontrada a partir da análise das decisões revela, contudo, confirmando uma impressão esboçada por alguns autores,[305] que as constituições imperiais representam um capítulo inovador na história da *interpretatio iuris*, uma vez que nelas ganharam maior relevância critérios interpretativos como a *benignitas, humanitas, clementia, pietas*, que permitiam ao imperador se distanciar das regras tradicionais e justificar a mudança do direito com base em categorias de natureza valorativa.

2.3.1. *DISTINCTIO*

Dentre as decisões selecionadas, algumas apresentaram uma fundamentação baseada em circunstâncias específicas do caso concreto, que levam o imperador a realizar uma espécie de *distinctio* e, a partir dela, chegar à solução enunciada.

É o que ocorre, por exemplo, em rescrito emanado pelos *divi fratres* em 161 d.C.:

Impp. Severus et Antoninus[306] *AA Torquato. Cum divus pater meus constituerit a praesidibus provinciarum vel qui coercendorum maleficiorum potestatem habent in perpetua vincula damnatos ad libertatem produci non posse, hi, qui intra tempora poenae liberi et heredes esse iussi sunt aut legatum fideicommissumve acceperunt, neque libertatem adipisci nec quicquam eorum quae his data sunt capere possunt.*	Os imperadores Severo e Antonino Augustos a Torquato. Como meu divino pai constituíra que os condenados a prisão perpétua pelos governadores de província ou por aqueles que têm o poder de punir os crimes não poderiam ser trazidos à liberdade, aqueles que, durante o tempo da pena, foram declarados como livres e herdeiros ou receberam um legado ou fideicomisso, nem chegam à liberdade, nem podem adquirir qualquer coisa que lhes tenha sido dada.
1 . Quod si poenae tempus compleverint,	

[305] M. BRETONE, *Storia* cit., pp. 237ss; J. GAUDEMET, *L'empereur interprète du droit,* in *Études de Droit Romain, I, Sources et Theorie Génerale du Droit,* Napoli, Jovene, 1979, pp. 399-402.
[306] Aqui, P KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis. Volumen Secundum.Codex Iustinianus*, Berlin, Weidmann, 1906, p. 299, nt. 5, embora a julgue errônea, menciona a atribuição a Marco Aurélio e Lúcio Vero feita por Cujácio com base em D. 48,19,33. F. ARCARIA, *Oratio Marci* cit., p. 1, nt. 5, atribui aos *divi fratres* tal constituição.

iam omni vinculo exsoluti et quasi ad pristinam vel simplicem servitutis condicionem redacti et libertatem et si qua testamentis dominorum illo tempore defunctorum acceperunt, sine ulla quaestione praeteritae poenae consequantur. [307]	1. Mas se tiverem cumprido o tempo da pena, já livres de qualquer cadeia e como se reconduzidos à pristina e simples condição de servidão, conseguirão tanto a liberdade quanto aquilo que receberam pelos testamentos de seus donos falecidos, sem questionamento algum quanto à pena pretérita.

A prisão, em Roma, embora fosse utilizada, via de regra, como medida coercitiva ou durante o andamento de um processo criminal e enquanto o condenado aguardava a execução da sentença,[308] poderia ter, em alguns casos, caráter repressivo, de verdadeira pena.[309]

Em sua modalidade repressiva, a prisão era aplicada principalmente aos escravos,[310] o que tem origens no âmbito da disciplina doméstica, desde o período republicano, quando os servos rebeldes ou culpados de alguma falta eram objeto de encarceramento nos *ergastula* das grandes propriedades,[311] prática esta que se transfere ao âmbito da repressão pública, uma vez que, se a natureza do crime o permitisse, o magistrado poderia encarregar o proprietário do cumprimento da pena imposta, por meio encarceramento perpétuo ou

[307] C. 7,12pr-1.
[308] É esta a concepção expressa em Ulp 9 *de off. proc.* D. 48,19,8,9: *Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet. Nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*. "Os governadores costumam condenar ao aprisionamento no cárcere ou ao acorrentamento: não devem fazê-lor, pois tal tipo de pena é proibido: o cárcere deve ser utilizado para conter os homens, não para puni-los."
[309] T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, trad. fr. de J. DUQUESNE, *Le Droit Pénal Romain III*, Paris, Albert Fontemoing, 1907, pp. 304-305. M. A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva: (a propostito di D.48,19,8,9 - Ulp. 9 De off. Proc.)*, in *AUPA* 42 (1991), pp. 114-115.
[310] Em *Ant.* C. 9,47,6 (214), Caracala afirma que a pena de *vincula perpetua* se aplica apenas aos escravos.
[311] T. MOMMSEN, *Le Droit Pénal Romain III* cit., p. 306; G. HUMBERT , *Carcer*, in *DS* 1.2., p. 917. Segundo H. THEDENAT, *Ergastulum*, in *DS* 2.1, p. 810, a figura do *ergastulum* surge nas grandes propriedades rurais, sendo o local em que os escravos eram confinados durante a noite para evitar sua fuga. Com o tempo, muda sua função e passa a ser utilizado para a punição dos escravos por certo tempo. Os escravos punidos dessa maneira ou de outra integravam uma categoria especial, inferior do ponto de vista da manumissão, já que, quando manumitidos, eram considerados como peregrinos deditícios, dotados de menos direitos que os libertos em geral (Gai 1,13; PS 4,12,5; PS 4,12,6-7).

temporário numa prisão doméstica, até mesmo como forma de trazer o mínimo prejuízo ao direito de propriedade.[312]

Assim é que, nas mesmas hipóteses em que um homem livre sofreria a pena de trabahos públicos, o escravo, após ser fustigado, deveria ser entregue ao seu senhor para cumprir a *poena vinculorum* por certo período,[313] não se podendo considerar que isso significasse um abrandamento na punição.[314].

Segundo T. MOMMSEN, o juiz do caso não é obrigado a fazer tal proposta, o que devia ocorrer quando o tribunal estivesse certo de que o dono se encarregaria de dar cumprimento à pena. O proprietário poderia se recusar, perdendo então o direito de propriedade sobre o escravo, que passaria à *res publica* e cumpriria trabalhos forçados perpétuos caso ninguém se habilitasse para assumir o encargo.[315]

Como se vê, um escravo condenado a *vincula*, mesmo *perpetua*, permanecia propriedade de seu senhor,[316] mas isto não deixava de acarretar certas consequências jurídicas, pois, durante o período de cumprimento da pena, ocorria uma restrição no poder de disponibilidade do *dominus* e, em contrapartida, uma redução na capacidade do escravo, já bastante limitada.

---

[312] T. MOMMSEN, *Le Droit Pénal Romain III* cit., pp. 306-307; G. HUMBERT, *Carcer* cit., p. 918; O. ROBINSON, *Slaves and Criminal Law*, in *SZ* 98 (1981), p. 221 e 227.

[313] Macer 2 de *iud pub.* D. 48,19,10pr: *In servorum persona ita observatur, ut exemplo humiliorum puniantur. Et ex quibus causis liber fustibus caeditur, ex his servus flagellis caedi et domino reddi iubetur: et ex quibus liber fustibus caesus in opus publicum datur, ex his servus, sub poena vinculorum ad eius temporis spatium, flagellis caesus domino reddi iubetur. Si sub poena vinculorum domino reddi iussus non recipiatur, venumdari et, si emptorem non invenerit, in opus publicum et quidem perpetuum tradi iubetur.* "Com relaçao à pessoa dos escravos, deve-se atentar para que sejam punidos como os mais humildes. E nas causas em que um homem livre é fustigado, nestas se ordene que seja fustigado o escravo e devovido ao dono; naquelas em que o homem livre é fustigado e condenado aos trabalhos públicos, nestas se ordene que o escravos, após ser castigado com flagelos, seja devolvido ao dono sob a pena de correntes pela mesma quantidade de tempo. Se esse escravo não for recebido pelo dono, que seja vendido e, se não houver comprados, que se ordene seja levado aos trabalhos públicos perpétuos." Pela *lex Cornelia de iniuris*, um escravo era açoitado e devolvido ao proprietário, para ser mantido acorrentado por certo tempo, se o crime não fosse grave (Herm. 5 *epit.* D. 47,10,45 e PS 5,4,22 - *sub poena vinculorum temporalium domino restituitur*). Em caso de furto de gado, ele retornava ao dono *sub poena vinculorum* (PS 5,18,1-2). Segundo uma constituição de Alexandre Severo, quando não se fixa o prazo da prisão, entende-se que é perpétua (*Alex. Sev*. C. 9,47,10 (224)).

[314] T. MOMMSEN, *Le Droit Pénal Romain III* cit., p. 307, nt. 1. Como nota H. THEDENAT, *Ergastulum* cit., p. 811, o tratamento dado aos escravos ali recolhidos era dos piores e, por essa razão, tal instituição foi pouco a pouco reprimida.

[315] *Le Droit Pénal Romain III* cit., p. 307.

[316] O. ROBINSON, *Slaves* cit., p. 221; G. HUMBERT, *Carcer* cit, p. 918; (Ulp. 9 *de off. proc.* D. 48,19,8,13 e *Diocl et Maxim.* C. 9,47,13; *Ant.* C. 7,12,1; *Ant.* C. 9,49,1; *Ant.* C. 9,47,6)

Tal restrição está contida no rescrito de Antonino Pio mencionado pelos *divi fratres*, segundo o qual, condenado o escravo a *vincula perpetua*, não poderia ser instituído herdeiro, beneficiado com a manumissão ou receber legados e fideicomissos.

Os *divi fratres*, por seu turno, no caso em questão, tratam da hipótese de um escravo condenado ao acorrentamento temporário e que é beneficiado por um testamento redigido ao tempo em que ainda se encontrava *in vincula*, sendo provavelmente questionados acerca da possibilidade de dar cumprimento às disposições testamentárias relativas ao escravo em questão.[317]

Verificando que o caso em questão não se enquadrava, obviamente, nos termos da constituição de seu pai, diante do elemento diferenciador consistente na imposição de *vincula temporaria*, os imperadores, afirmando que, com o cumprimento da pena, o escravo como que retornava à sua pristina e simples condição de servidão,[318] na qual se incluía a possibilidade de ser nomeado herdeiro, obter a liberdade ou receber legados e fideicomissos,[319] decidem que ele pode ser alcançado pelas disposições testamentárias, ao contrário do que ocorria com o servo condenado a *vincula perpetua*.[320]

Nenhum dos rescritos explica qual a razão da impossibilidade de efetivar a manumissão durante o cumprimento da pena, mas pode-se conjecturar que, de certa forma, o proprietário, nesse período, uma vez que encarregado de dar cumprimento a uma pena pública, atua como uma espécie de delegado da *res publica*, sendo ela quem detém efetivo poder sobre o servo nesse período. Assim, ele perde temporariamente o direito de dispor do escravo, pois um ato particular não poderia colocar fim a uma pena imposta pelo poder público.

---

[317] O texto do rescrito não deixa claro se a consulta foi formulada por aquele responsável da execução do testamento ou se por algum magistrado ou juiz encarregado do julgamento da lide

[318] Para P. GRIMAL, *Marc-Aurèle* cit., p. 261, o que os imperadores fazem, ao estabelecer a distinção e limitar a incapacidade ao período da pena, é afirmar que o escravo condenado não era considerado irrecuperável, mas conservava o mínimo de personalidade jurídica que se lhe concedia.

[319] Com o término da pena, pode-se dizer, sob outra perspectiva, que o *dominus* retomava seu poder amplo de disposição sobre o escravo, já que a *res publica* não mais exercia sobre ele nenhum poder punitivo.

[320] Na parte final do rescrito fala-se que o escravo recebe a manumissão e os legados sem qualquer consideração da pena perpétua, o que poderia ser interpretado como uma exceção à regra da lei *Aelia Sentia*, que impunha a condição de *dediticii* aos escravos manumitidos após cumprir a pena de *vincula*, mas quanto a isso se pode apenas conjecturar, pois o texto não permite conlusões seguras a respeito. Em caso afirmativo, seria uma notável aplicação do *favor libertatis*, pois além de facilitar a libertação, os imperadores ainda estariam colocando o escravo manumitido numa condição jurídica superior àquela permitida por lei.

Referida constituição imperial de Marco Aurélio é mencionada ainda em Pap. 2 *quaest.* D. 48,19,33:

Fratres imperatores rescripserunt servos in temporaria vincula damnatos libertatem et hereditatem sive legatum, postquam tempus expleverint, consequi, quia temporaria coercitio, quae descendit ex sententia, poenae est abolitio. Si autem beneficium libertatis in vinculis eos inveniat, ratio iuris et verba constitutionis libertati refragantur. Plane si testamento libertas data sit et eo tempore, quo aditur hereditas, tempus vinculorum solutum sit, recte manumissus intellegetur, non secus ac si pignori datum servum debitor manumisisset eiusque post liberatum pignus adita fuisset hereditas.	Os imperadores irmãos responderam por rescrito que os servos condenados a uma prisão por tempo determinado conseguem a liberdade e a herança ou legado depois que tiverem completado o tempo da pena, porque a coerção temporária que vem da sentença é a abolição da pena. Se, porém, o benefício da liberdade vier a eles enquanto presos, a razão jurídica e as palavras da constituição se se opõem à liberdade. Mas se a liberdade tiver sido dada em testamento e, no momento de adir a herança o tempo de prisão já houver acabado, corretamente se entende ter sido manumitido, não diversamente do caso em que, se um devedor manumitisse um servo dado em penhor e a herança fosse adida após a liberação do penhor.

Na primeira parte do texto, justifica-se a decisão tomada pelos imperadores com base na afirmação de que *temporaria coercitio, quae descendit ex sententia, poenae est abolitio*, frase com a qual, embora cause estranheza o uso anômalo do termo *abolitio* para indicar o cumprimento da pena, vez que normalmente indica a anulação do julgamento (por ordem do imperador, pelo abandono da causa ou morte do acusador),[321] pode se estar indicando o término da *coercitio* a que o escravo estava submetido e o retorno a sua pristina condição de liberdade, tal como no texto original do rescrito.

[321] A. BERGER, *Abolitio,* in *Encyclopedical Dictionary* cit., pp. 338-339.

Na segunda parte do fragmento, Papiniano trata da decisão sob o prisma do momento da abertura da sucessão, dando a entender que o que fizeram os imperadores com tal rescrito foi, em sede de manumissão e nomeação dos escravos como herdeiros, afastar a exigência, para os *servi in temporaria vincula damnati*, de que tivessem capacidade de adquirir já no momento da confecção do testamento, bastando que a tivessem no momento da adição da herança.[322] Tanto é assim que, se a adição da herança ocorrer durante o tempo de prisão, a manumissão e os legados não se efetivam, por falta de capacidade.

Papiniano, ou quem quer se seja o autor do fragmento, estabelece uma analogia entre esse caso e o do escravo dado em penhor e posteriormente manumitido,[323] que obtém a liberdade se a herança é adida depois da liberação do penhor, ainda que não tivesse a capacidade de ser livre quando da redação do testamento.

Esse mesmo princípio está expresso em Paul. *l. s. de lib.* D. 40,9,17,2, em que se afirma ser necessário observar o tempo da efetivação da manumissão, e encontra aplicação posterior não apenas às manumissões simples, mas também às que precedem a instituição do escravo como herdeiro, mesmo quando o testador é insolvente, como se estabelece no rescrito de *Pert.* C. 6,27,1(2) (193). [324]

O mesmo tipo de raciocínio analógico *a contrario sensu*, como o empregado em C. 7,12,pr-1, é utilizado por Marco Aurélio para responder a um pedido de dispensa da prestação da caução exigida pela *lex Falcidia*, no rescrito mencionado em Ulp. 79 *ad ed.* D. 35,3,3,4:

---

[322] A *testamenti factio passiva*, conforme Inst. 2,19,4, deveria estar presente quando da confecção do testamento, quando da morte do testador ou quando da aceitação da herança, mas ali se afirma que a perda temporária dessa capacidade de suceder durante um dos intervalos não prejudica o herdeiro (*medio tempore mutatio iuris heredi non nocet*). Não é exatamente isto que parece ocorrer no caso concreto decidido pelos imperadores, em que não houve perda temporária entre os intervalos, já que o testamento parece ter sido redigido quando o escravo já não gozava da plena capacidade de suceder. Assim, os imperadores acabam excepcionando essa regra, ao permitir que a capacidade estivesse presente apenas no momento da adição da herança ou morte do testador.

[323] O servo dado em penhor não poderia ser manumitido, pouco importando que o devedor fosse ou não insolvente, conforme Ulp. 3 *disp.* D. 40,9,4 (*servum pignori datum manumittere non possumus*) e Paul. 39 *ad ed.* D. 40,1,3, exceção feita ao caso em que houvesse concordância do credor (Herm. 1 *iur. epit.* D. 40,9,27,1). A impossibilidade de manumissão certamente leva em conta o fato de que o credor pignoratício, além da *possessio* sobre o bem, poderia vendê-lo parar satisfazer o crédito, o que se tornaria impossível em caso de manumissão.

[324] X. D'ORS, *La manumisión del esclavo hipotecado en Derecho romano,* in *AHDE* 46 (1976), p. 364.

Quamvis autem omnes legatarii et fideicommissarii necesse habeant hac stipulatione cavere, tamen quibusdam remitti divi fratres rescripserunt, ut puta his, quibus minuta alimenta sunt relicta. Pompeiae enim Faustinae rescripserunt sic: "Non eandem causam esse decem aureorum, quos annuos tibi testamento Pompeiae Crispianae patronae tuae relictos proponis, atque fuit alimentorum et vestiarii libertis relictorum, quibus propterea cautionis onus remittendum existimavimus".	Mas ainda que todos os legatários e fideicomissários devam prestar caução com esta estipulação, os divinos irmãos determinaram por rescrito que alguns sejam dispensados, como aqueles a quem foram deixados alimentos miúdos. Assim responderam em rescrito a Pompéia Faustina: "Não propões ser esta causa, das dez peças de ouro por ano que te deixou tua patrona Pompéia Crispiana em testamento, semelhante àquela que houve acerca dos alimentos e das vestimentas deixados aos libertos, os quais, por tal razão**,** estimamos que fossem dispensados do ônus da caução?"

A *lex Falcidia*, de 40 a.C., buscando evitar que a distribuição excessiva de legados não deixasse resíduo algum ao herdeiro, reduzido a um *nudum nomen*, previa que a ele fosse reservado um quarto do total da herança (a quarta Falcídia) e que os legados excedentes a esse valor fossem reduzidos proporcionalmente, a fim de que o total não ultrapassasse o limite de três quartos da herança.

Nos casos em que houvesse dúvida acerca da incidência da lei sobre certo legado ou sobre quantia efetiva a ser devolvida ao herdeiro, utilizava-se a *stipulatio Falcidiae* ou *cautio ex lege Falcidia*, com o qual o legatário prometia ao herdeiro, com a assistência de garantes, o ressarcimento daquilo que fosse recebido além do limite previsto na lei e que não comportaria dolosamente.[325]

[325] D. 35,3,1 e ss; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, vol. II,* 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 470; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 475; M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 350; J. IGLESIAS, *Derecho Romano,* 18ª ed., 2010, trad. port. de C. M. AVENA, *Direito Romano*, São Paulo, RT, 2011, pp. 839, 841; A. BERGER, *Cautio ex lege Falcidia*, in *Encyclopedical Dictionary* cit., p. 384.

O legado de alimentos, que gozava de privilégios especiais, pois podia ser deixado até mesmo àqueles que eram incapazes de suceder, como os condenados *ad metalla*,[326] não se sujeitava à redução imposta pela *lex Falcidia*,[327] provavelmente porque o valor ínfimo do legado não trazia qualquer ameaça de que fosse ultrapassado o limite legal ou em razão da natureza vital de seu objeto.[328]

Uma vez não sujeito à *lex Falcidia*, obviamente não havia para o beneficiário de tal tipo de legado a obrigação de prestar a caução acima mencionada, o que, conforme se depreende do texto do rescrito, os imperadores estabeleceram numa causa relativa ao legado de alimentos e vestuários deixado a alguns libertos, com base na própria natureza das prestações legadas, de valor diminuto.

Posteriormente, Pompeia Faustina, uma liberta que recebera de sua patrona um legado anual de dez áureos, provavelmente argumentando a partir da analogia entre o legado anual recebido e o legado de alimentos, ambos consistentes em prestações periódicas, consulta os imperadores acerca da possibilidade de ser também ela dispensada da *cautio ex lege Falcidia*, obtendo deles a resposta negativa.

A decisão imperial se baseia, conforme se depreende pela interrogação dirigida pelos *divi fratres* à liberta, na nítida diferenciação entre os casos, decorrente do valor das prestações destinadas aos legatários: *alimenta minuta* num deles, e vultosa quantia em ouro no outro. Assim sendo, os imperadores, fazendo uma *distinctio* entre os legados de alimentos e de peças de ouro, reafirmam a exceção à *lex Falcidia* no que toca ao legado de alimentos e, a partir daí, negam a dispensa àquela que fora beneficiada por legado de grande valor, ao que não se poderia estender a mesma *ratio* utilizada para dispensar os libertos no rescrito anterior.[329]

---

[326] Paul. 10 *quaest.* D. 34,1,11.
[327] Scaev. 4 *resp.* D. 35,2,25,1.
[328] R. ORESTANO, *Alimenta*, in *NDI* 1, pp. 327-328; E. CUQ, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains,* 2ª ed., Paris, Plon,1928, p. 788.
[329] Interessante destacar que, segundo A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 961 o instituto dos *alimenta* (não o legado de alimentos) começou a tomar mais consistência no curso do século II d.C., justamente com Antonino Pio e Marco Aurélio, que tornaram obrigatório o dever de prestar alimentos em certos casos e concederam a tutela *extra ordinem*. No rescrito em questão, embora não se trate de prestações alimentares entre familiares, pode-se perceber a tendência a favorecer tal instituto, agora pela via dos legados.

2.3.2. *REGULA*

Em alguns rescritos, o raciocínio jurídico desenvolvido pelo imperador apresenta um caráter mais dedutivo, pois as decisões tomadas decorrem de *regulae iuris*, entendidas aqui em sentido amplo,[330] e são formuladas segundo um dos seguintes esquemas: enuncia-se uma regra e dela se faz decorrer a decisão, ou se apresenta a decisão e se a justifica com base numa *regula*.[331]

Em várias decisões, encontra-se o princípio segundo o qual o ato de um particular não pode trazer dano a terceiros não envolvidos no negócio jurídico. Em duas delas, citadas textualmente pela jurisprudência, encontra-se a sequência lógica do primeiro tipo, em que se enuncia a *regula* e, em seguida, profere-se a decisão, introduzida por um *quare*.

É o que ocorre em Scaev. 1 *dig.* D. 2,15,3pr:

---

[330] Segundo D. R. M. RODRIGUES, *Das Regulae Iuris aos Brocardos Jurídicos*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* 13 (2007), pp. 87-89, com base nos estudos de B. SCHMIDLIN, o conceito de *regulae iuris*, no direito romano, pode ser entendido de três modos diferentes, presentes todos eles no texto de Paul. 16 *ad Plaut.* D. 50,17,1. As *regulae iuris* mais antigas seriam verdadeiras normas jurídicas, regras de direito em sentido estrito, correspondentes ao segundo sentido na definição de Paulo (*non ex regula ius summatur*). Em segundo lugar, vêm as *regulae-definitiones*, primeiro sentido presente no texto (*regula est, quae rem quae est breviter enarrat*), definições ou descrições objetivas de um instituto, dotadas de caráter normativo justamente por descreverem objetos de caráter normativo. Por fim, há as chamadas regras casuísticas (*quasi causae coniectio*), "soluções tipificadas, pontos de referência para o jurista ou julgador" que "não prescrevem o direito *a priori*, mas o descrevem *a posteriori* (*ex iure quod est regula fiat*) e não têm, pois, caráter normativo, senão heurístico." Segundo o autor, no repertório da jurisprudência romana, encontram-se regras dos três tipos, mas enquanto as *regulae iuris* são empregadas com cautela pela jurisprudência clássica e as *regulae-definitiones* ocupam lugar modesto, as regras casuísticas "brilham soberanas, refletindo os resultados do direito experimentado." (p. 89). J. M. BLANCHE-NOUGUÉS, *La "certissima iuris regula" de Gayo*, in *RIDA* 44 (1997), pp. 50-51, retomando uma ideia defendida por C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 63), acentua como as chamadas regras casuísticas do principado, que representavam apenas o resultado de operações de simplificação e isolamento de soluções jurisprudenciais parecidas e reiteradas para casos análogos, diversamente das antigas *regulae iuris*, eram propostas como um enunciado provável, que podia ser corrigido pelos juristas, mostrando-se, assim, como algo diverso das *regulae iuris* estabelecidas como regras gerais e abstratas deduzidas diretamente das estruturas da ordem jurídica.

[331] Cumpre ressaltar que, das oito decisões analisadas neste item, apenas duas são referidas em sua literalidade, o que pode colocar em cheque a validade das conclusões apresentadas, uma vez que a formulação mais dedutiva dos rescritos pode ser devida, na verdade, ao trabalho dos juristas que citam as decisões, e não do próprio imperador Marco Aurélio e sua chancelaria. Mas, tal como já se afirmou no item 2.2. ao se justificar a análise também das citações não literais e tendo em vista a presença desse raciocínio mais "silogístico" em duas decisões referidas textualmente, parece que esse tipo de operação mental e forma de exposição das decisões não se encontrava ausente do estilo ou do raciocínio jurídico de Marco Aurélio.

Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: "Privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet neglegentiam suam ad alienam iniuriam referre. "	Os imperadores Antonino e Vero assim responderam por rescrito: "não há dúvida de que não se lesa o direito de outros com pactos privados. Razão pela qual nem o testamento parece possa ser rescindido nem as ações dos manumitidos e legatários lhes possam ser tolhidas por meio de uma transação feita entre o herdeiro e a mãe do defunto. Por isso, o que quer que pedirem em razão do testamento, devem demandar ao herdeiro instituído, que na transação da herança ou se precaveu em relação aos ônus da herança, ou, se não teve tal cautela, não deve sua negligência levar ao dano alheio."

Segundo a reconstrução feita pela doutrina,[332] no caso que motiva o rescrito, certo homem, preterindo sua mãe no testamento, deixa a um estranho toda sua herança, impondo-lhe o cumprimento de legados e manumissões. Morto o testador, a mãe ajuíza uma *querella inofficiosi testamenti* e pede a rescisão do testamento, mas em seguida ela e o herdeiro chegam a uma transação sobre a lide, pela qual se estabelece a coparticipação de ambos na herança em termos livremente pactuados em tal convenção. Depois disso, os legatários e manumitidos buscam o cumprimento das disposições testamentárias, a que o herdeiro se recusa invocando a transação realizada com a mãe do *de cuius*, na qual nada se estabeleceu acerca dos legados e manumissões, e alegando provavelmente que não é mais o testamento a regular a sucessão, mas sim a transação realizada.

Uma das partes, ou ambas, não fica claro se já no curso de uma ação, ou antes do processo em que se exige o cumprimento dos legados e manumissões, dirigem-se aos imperadores Marco Aurélio e Lúcio Vero a fim de saber se o testamento permanecia válido

[332] M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., pp. 95-96; F. ARCARIA, *Oratio Marci* cit., p. 43, nt. 33.

e, nesse caso, de quem deveria ser exigido o cumprimento das disposições testamentárias, tendo em vista a ocorrência de uma transação.

Os imperadores, afirmando não haver dúvida, ou seja, ser estabelecida a regra de que pactos privados (conceito no qual se enquadra a *transactio*) não prejudicam terceiros, e partindo do pressuposto que o testamento permanecia válido, respondem que o herdeiro instituído é quem deveria responder pelo seu cumprimento, tivesse ele ou não se precavido contra esse ônus na transação que realizou com a mãe do testador, pois que, se realizou a transação ciente dos ônus da herança, deveria arcar com eles e, se não os levou em conta, mais uma vez sua conduta, agora negligente, não poderia prejudicar os legatários e manumitidos em testamento.

A regra invocada pelos imperadores, segundo F. ARCARIA,[333] na forma como enunciada no rescrito, poderia encontrar aplicação em qualquer tipo de ação na qual ocorresse uma transação processual e em favor de qualquer terceiro prejudicado por tal pacto, de modo que, em sua formulação, os imperadores já realizam uma abstração do caso específico acerca do qual foram consultados, para afirmar que não se lesa o direito de terceiro algum com tais pactos. E, de fato, tal regra encontrou posteriormente aplicação em uma série de outras fontes, em relação a outros terceiros como os credores hereditários,[334] , o filho não sujeito à patria potestas e prejudicado por uma transação concluída pelo pai contra seus interesses,[335] os filhos lesados por uma convenção estabelecida pela mãe,[336] dentre outros, o que demonstra o acolhimento da regra enunciada por Marco Aurélio e Lúcio Vero na jurisprudência e na legislação imperial posterior.

O mesmo princípio aparece em outra decisão dos *divi fratres* em matéria de *querella inofficiosi testamenti* reproduzida literalmente e na qual se segue a mesma estrutura lógica: enunciação da *regula*, seguida pelo *quare* e a apresentação da decisão, como mostra Ulp. 14 *ad ed.* D. 49,1,14,1:

---

[333] *Oratio* cit., p. 44.
[334] Saev. 2 *resp.* D. 2,15,14.
[335] Ulp. 1 *resp.* D. 2,15,10.
[336] *Diocl. et Max.* C. 2,4,26 (294).

Quotiens herede non respondente secundum adversarium sententia datur, rescriptum est nihil nocere neque legatis neque libertatibus. Et hoc divorum fratrum epistula continetur ad Domitium in haec verba: "Quod absente possessore nec quoquam nomine eius respondente pronuntiatum est, non habet rei iudicatae auctoritatem nisi adversus eum solum qui adesse neglexerit. Quare his, qui testamento libertates vel legata vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset iudicatum: et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere".

Quando, não respondendo o herdeiro, se profere a sentença no interesse do adversário, determinou-se por rescrito que isto não prejudica nem os legados nem as liberdades concedidos. E isto está contido em uma epístola dos divinos irmãos a Domício, nestas palavras: "O que se julgou quando o possuidor estava ausente e ninguém respondeu em seu nome, não tem autoridade de coisa julgada a não ser em face daquele que foi negligente em comparecer. Em razão disso, estão a salvo as ações, se as tiverem, daqueles que receberam liberdades ou legados ou fideicomissos em um testamento, como se nada houvesse sido julgado: e por isso permitimos a eles agir contra aquele que venceu a causa."

A mesma constituição, segundo M. SCARLATA FAZIO, é mencionada pelo jurista Paulo em dois fragmentos recolhidos no Digesto:

Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur.[337]

Quando se julga contra um testamento, como se inoficioso fosse, crê-se que o defunto não tinha capacidade para testar. O mesmo não ocorrerá se, não respondendo o herdeiro, julgar-se a causa segundo o que alegar a parte presente. Nesse caso, não se entende que se constitua direito pela sentença do juiz e, por isso, competem as

[337] Paul. 2 *quaest.* D. 5,2,17,1

	liberdades e são exigidos os legados.
De qua re etiam constitutio exstat divorum fratrum, quae huiusmodi distinctionem admittit.[338]	Acerca do que consta ainda uma constituição dos divinos irmãos, que admite uma distinção deste tipo.

Certa pessoa, em seu testamento, deixa a herança a um *extraneus* e concede legados e liberdades. Quando da morte do *de cuius*, um dos herdeiros legítimos, não contemplado no testamento, ajuíza uma *querela inofficiosi testamenti* segundo o procedimento das ações da lei e o herdeiro instituído, após a *sponsio praeiudicialis* que dava origem a uma *legis actio per condictionem* ou *per iudicis postulationem*, contesta a lide para evitar as sanções decorrentes da *indefensio*, como a *missio in bona*,[339] mas deixa de comparecer na fase *apud iudicem*, com o que é acolhida a demanda do autor sem qualquer incursão no mérito da causa, ou seja, sem se apurar se o testamento era realmente *inofficiosum*.[340]

Em se tratando de *querela inofficiosi testamenti*, a sentença de procedência normalmente produzia efeitos para além das partes, atingindo também os terceiros cujo direito dependia da conservação do testamento, uma vez que, ao se considerar quebrado o *officium pietatis,* entendia-se, de certa forma, que o de cujus não tinha *testamentifactio* e, portanto, o testamento era rescindido, afetando os terceiros por ele beneficiados e não chamados a intervir no processo.[341]

No caso do rescrito, frente à procedência da ação, mas diante da circunstância específica da contumácia do herdeiro instituído, os imperadores são consultados acerca dos efeitos da decisão sobre os legados e manumissões previstos no testamento, ocasião em que, distanciando-se da regra tradicional em matéria de eficácia subjetiva da sentença em sede de *querella inofficiosi testamenti*, afirmam que eles devem ser conservados intactos

[338] Paul. *lib. sing. de inoff. testam.* D. 5,2,18.
[339] Sobre tais sanções, M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 341.
[340] M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., pp. 145-146; R. FERCIA, *'Querela inofficiosi testamenti' e 'iudicatum': problemi e prospettive tra II e III secolo*, in *Diritto @Storia* 11(2013), disponível eletronicamente em http://www.dirittoestoria.it/11/tradizione/Fercia-Querela-inofficiosi-testamenti-iudicatum.htm.
[341] M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., p. 146.

apesar da rescisão do testamento, pois que o julgamento, no caso concreto, somente teria valor entre as partes integrantes da lide.

A razão para excepcionarem a exceção se encontra justamente na ausência do herdeiro e é enunciada na forma de uma *regula* no início do rescrito, no trecho *quod absente – neglexerit*, motivada, por sua vez, pelo fato de que nesse caso, em razão do julgamento por contumácia, não houve o desenvolvimento regular completo do processo, pelo que os terceiros prejudicados não tiveram a oportunidade de se manifestar, daí porque a coisa julgada tem efeito apenas entre as partes, ficando preservados os legados, fideicomissos e liberdades.[342]

Segundo R. FERCIA,[343] outra razão que estaria por trás da decisão dos *divi fratres*, embora não enunciada e não haja informações concretas a respeito, seria a intenção de evitar possíveis fraudes processuais decorrentes de um ajuste entre o herdeiro instituído e o herdeiro legítimo, que poderiam se concretizar, por exemplo, com o não comparecimento do herdeiro, em prejuízo dos legatários e manumitidos, o que os imperadores teriam buscado coibir limitando a eficácia subjetiva da coisa julgada no caso, assim como Antonino Pio, na decisão mencionada no fragmento que antecede o rescrito ora em análise, dera aos legatários e manumitidos o direito de apelar contra a sentença proferida numa *querella* em que suspeitavam que o herdeiro não defendera adequadamente a causa por estar previamente ajustado com o autor da ação.[344]

Os imperadores, por fim, além de limitar a eficácia da coisa julgada, ainda permitem aos legatários e manumitidos que ajuízem as ações decorrentes do testamento

---

[342] M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., p. 146, para quem se trata de princípio semelhante ao aplicado em Sacev. 1 *dig.* D. 2,15,3pr.; F. ARCARIA, *Oratio* cit., p. 39; R. FERCIA, *'Querela'* cit., segundo o qual a regularidade do contraditório é o pressuposto de autoridade da coisa julgada.

[343] *'Querela'* cit.

[344] Ulp. 14 *ad ed.* D. 49,1,14pr: *Si perlusorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex, videndum. Et divus Pius, cum inter coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatium actum, appellare eis permisit. Et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere*. "Se uma ação contra o testamento fora exercitada mediante colusão, deve-se verificar se a decisão constitui direito. E o Divino Pio, uma vez que se litigou por colusão entre pessoas conjuntas em prejuízo dos legatários e das liberdades, permitiu a estes apelar. E hoje observamos este direito, que possam apelar e também defender sua causa perante o mesmo juiz que conheceu da causa relativa ao testamento, se suspeitarem que o herdeiro não defendeu a causa com fidelidade"

contra o herdeiro legítimo, vencedor da causa, no que F. ARCARIA enxerga uma contradição e, portanto, possível interpolação, uma vez que, se era como se nada houvesse sido julgado, os legatários e beneficiários das liberdades deveriam agir em juízo contra o herdeiro instituído e não contra o autor da querela, tendo os compiladores inserido a última frase por razões de equidade.[345]

R. FERCIA, contudo, afirma ser plenamente justificada a legitimação passiva do vencedor da causa, uma vez que é ele quem dispõe do patrimônio hereditário e pode arcar com os ônus da sucessão, ainda que pareça paradoxal conceder aos beneficiários uma *actio ex testamento* contra o herdeiro *ab intestato*, assim como o pretor concedia ações contra aqueles que recusavam a herança para herdar *ab intestato* e não ter de cumprir os legados previstos no testamento. Para o autor, tais ações seriam então construídas provavelmente com a técnica da transposição de sujeitos, figurando o herdeiro testamentário na *intentio* da fórmula e o herdeiro *ab intestato* na *condemnatio*.[346]

A ideia de que atos jurídicos praticados por alguém não podem interferir na esfera de outrem aparece em outro rescrito dos *divi fratres*, acerca da nomeação de tutores em testamento agora referido de forma indireta por Ulpiano e no qual se inverte a ordem de formulação da decisão, apresentando-se primeiro a parte dispositiva e em seguida, introduzida por um *quia,* a motivação em forma de *regula*:

Cum filius familias miles decessisset filio impubere herede instituto eique substituisset in avi potestate manenti tutoresque dedisset, divi fratres rescripserunt substitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere, quia hereditati quidem suae miles qualem vellet substitutionem facere potest, verum tamen alienum ius minuere non potest.	Se um *filiusfamilias* militar houvesse falecido tendo instituído um herdeiro impúbere e a este substituísse um que permaneceria sob a *potestas* do avô e desse tutores a ele, os divinos irmãos decidiram num rescrito que a substituição valeria, mas não a dação de tutor, porque para a sua herança o militar pode fazer a substituição que desejar, mas não pode

[345] *Oratio* cit., p. 40.
[346] *'Querela'* cit..

> diminuir o direito alheio.[347]

No caso mencionado no rescrito, os imperadores são chamados a responder a uma consulta sobre a validade de disposições contidas num *testamentum militis*, forma de testamento que permitia a derrogação de vários princípios tradicionais do direito hereditário romano, como, por exemplo, a ausência de capacidade testamentária do *filius familias*, o qual, sendo militar, poderia, ao menos desde Augusto, fazer testamento com relação aos bens do pecúlio castrense, como provavelmente ocorre no caso concreto mencionado.

Em seu testamento, o *miles* institui como herdeiro um filho impúbere e, como seu substituto, designa um filho que, no entanto, estava sob a *potestas* do avô, nomeando-lhe ainda tutores.

Enquanto a própria confecção de testamento por um *filius famiilas* militar e a substituição contida no testamento não parecem apresentar maiores dificuldades ou qualquer contrariedade às regras existentes, a nomeação de tutor, contudo, conflita com o princípio segundo o qual a tutela testamentária é estabelecida pelo *pater* com relação aos filhos impúberes que estão em seu poder e que se tornarão *sui iuris* com sua morte,[348] já que o pupilo, no caso descrito por Ulpiano, já se encontrava sob a *potestas* do avô e assim permaneceria mesmo depois da morte de seu pai.

---

[347] Ulp. 36 *ad Sab.* D. 29,1,28. A mesma decisão é referida em Ulp. 35 *ad ed.* D. 26,2,2: *Nec militem liberis recasuris in potestatem tutorem dare posse, a Divis Fratribus rescriptum est.* "Se decidiu em rescrito dos divinos irmãos que nem mesmo o militar pode dar tutor aos filhos que hão de recair sob a potestas alheia"

[348] Gai 1,144: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare*. "Assim, foi permitido aos pais nomear tutores, em testamento, aos filhos que têm em seu poder.". Em Gai 1,146 o jurista menciona a possibilidade de nomear tutores para os netos, desde que estes não recaiam sob a *potestas* do pai quando da morte do avô: *Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus testamento tutores dare, si post mortem nostram in patris sui potestatem iure recasuri non sint. itaque si filius meus mortis meae tempore in potestate mea sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento meo habere tutorem, quamvis in potestate mea fuerint; scilicet quia mortuo me in patris sui potestate futuri sunt*. "Mas podemos nomear tutor em testamento aos netos ou netas, somente se depois de nossa morte não devam cair de novo sob o poder do pai. Portanto, se um meu filho estiver em meu poder, ao tempo de minha morte, embora em meu poder os netos, nascidos dele, não poderão receber tutor, por testamento meu; porque, morrendo eu, deverão cair em poder de seu pai." Também UE 11,15 (*Dari testamento tutores possunt liberis, qui in potestate sunt.* "Por testamento pode-se nomear tutores aos filhos sob pátrio poder.") e Inst. 2,13,3. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, Vol. II* cit., p. 326; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 602, nt. 45.3; J. IGLESIAS, *Direito Romano* cit., p. 714.

Tal nomeação, num testamento comum, certamente se mostraria inválida e não suscitaria maiores questionamentos, mas, no caso em questão, provavelmente alguma das partes envolvidas na questão ou até mesmo o magistrado ou juiz encarregado da solução da controvérsia devem ter aventado a possibilidade de que ela fosse mantida em razão da natureza singular do *testamentum militis*, que permitia diversas exceções às regras em matéria de testamento, tanto no aspecto formal quanto substancial, e que, portanto, poderia comportar a possibilidade daquele que não é *paterfamilias* instituir um tutor para o filho que se encontra sob a *potestas* alheia.

Os imperadores, apreciando a questão, confirmam a validade da substituição contida no testamento, que não apresenta nenhuma contrariedade com as regras vigentes, mas declaram ser inválida a nomeação de tutor, invocando como *ratio decidendi*, de forma explícita, o princípio de que não se pode diminuir ou dispor de direito alheio, cabendo exclusivamente ao avô, detentor da *patria potesas* sobre seu neto, a nomeação de tutor testamentário.

Assim sendo, os *divi fratres* aplicam a regra existente em matéria de tutela testamentária (explicitando, ademais, sua própria razão de ser) e rechaçam a possibilidade de que seja excepcionada, mesmo em se tratando de um *testamentum militis*, até mesmo porque, segundo aponta M. SCARLATA FAZIO, a nomeação de tutor se encontra no testamento apenas de forma incidental, não sendo um instituto propriamente de direito sucessório, sendo relativas apenas a este campo as diversas exceções criadas ao longo do tempo para o testamento militar.[349]

Ainda que não de forma idêntica e aplicado numa esfera diferente, o princípio de que os atos de uma pessoa não prejudicam terceiros pode ser entrevisto na decisão referida indiretamente em Call. 1 *de cogn.* D. 48,19,26, em que se segue novamente a ordem decisão (ela mesma já enunciada de certa forma como uma *regula*) e justificativa com base em um regra, unidas por um *namque*:

[349] *Principii* cit., pp. 62-63.

Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest: namque unusquisque ex suo admisso sorti subicitur nec alieni criminis successor constituitur, idque divi fratres Hierapolitanis rescripserunt.	O crime ou pena do pai não pode infligir nenhuma mácula no filho: pois que cada um sofre as consequências daquilo que praticou e não se constitui sucessor de crime alheio, como estabeleceram os divinos irmãos em rescrito aos Hierapolitanos.

Um dos princípios jurídicos mais fortemente enraizados nas convicções do povo romano era o princípio da personalidade da pena, segundo o qual os filhos não deveriam ser castigados pelos crimes de seus pais, mesmo que estes fossem condenados por traição à *res publica,* em contraposição ao que era praticado por outros povos. [350]

Dionísio de Halicarnasso, por exemplo, ao tratar de um episódio ocorrido por volta de 483 a.C., quando Cássio cidadão romano, foi condenado à morte por *perduellio,* traição à república, narra como o Senado se reuniu para deliberar sobre a possibilidade de condenar também à morte os seus filhos, proposta que acaba sendo rejeitada.[351] Segundo o historiador, esse princípio não era praticado entre os gregos, que costumavam condenar à morte os filhos dos tiranos juntamente com seus pais, como se de pais perversos não pudessem advir filhos virtuosos,[352] e, entre os romanos, teria sido violado por Sula durante

---

[350] J. M. BLANCHE-NOUGUÉS, *La certissima* cit. p. 47; F. SCHULZ, *I principii* cit., p. 176, para quem tal regra se funda na *humanitas* romana; A. GREENIDGE, *Infamia* cit, p. 209 e ss; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, trad. fr. de J. DUQUESNE, *Le Droit Pénal Romain II*, Paris, Albert Fontemoing, 1907, pp. 301-302, e *Römisches Staatsrecht*, 1887-1888, trad. fr. de P. F. GIRARD, *Le Droit Public Romain II*, Paris, Thorin, 1892, p. 142.

[351] Dion. Hal. 8,80,1: ἐπιβαλλομένων δέ τινων καὶ τοὺς παῖδας ἀποκτεῖναι τοῦ Κασσίου δεινὸν τὸ ἔθος ἔδοξεν εἶναι τῇ βουλῇ καὶ ἀσύμφορον: καὶ συνελθοῦσα ἐψηφίσατο ἀφεῖσθαι τὰ μειράκια τῆς τιμωρίας καὶ ἐπὶ πάσῃ ἀδείᾳ ζῆν, μήτε φυγῇ μήτ᾽ ἀτιμίᾳ μήτ᾽ ἄλλῃ συμφορᾷ ζημιωθέντα. καὶ ἐξ ἐκείνου τὸ ἔθος τοῦτο Ῥωμαίοις ἐπιχώριον γέγονεν ἕως τῆς καθ᾽ ἡμᾶς διατηρούμενον ἡλικίας, ἀφεῖσθαι τιμωρίας ἁπάσης τοὺς παῖδας, ὧν ἂν οἱ πατέρες ἀδικήσωσιν, ἐάν τε τυράννων ὄντες υἱοὶ τύχωσιν, ἐάν τε πατροκτόνων, ἐάν τε προδοτῶν, ὃ μέγιστόν ἐστι παρ᾽ ἐκείνοις ἀδίκημα. “Quando foi feita a tentativa de levara à morte os filhos de Cássio, os senadores reputaram esse costume como cruel e danoso. E tendo se reunido, decidiram que a penalidade deveria ser afastada no caos dos garotos e eles deveriam viver em completa segurança, não sendo punidos nem com o banimento, nem outro infortúnio. E desse dia em diante se tornou costume estabelecido entre os romanos e é observado até os nossos dias que os filhos estarão isentos de qualquer punição pelos crimes cometidos pelos pais, sejam eles filhos de tiranos, parricidas ou traidores, sendo a traição o pior crime entre os romanos.”

[352] Para A. GREENIDGE, *Infamia: its place in Roman public and private law*, Oxford, Clarendon, 1894, p. 210, também o texto de Cic. de inv. 2,49,144 apontaria para um costume grego de assassinar os filhos dos tiranos. Sobre o tema, veja-se V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*,

as guerras civis,[353] quando este impôs aos filhos dos proscritos restrições ao acesso às magistraturas, sendo, no entanto, restabelecido pela clemência de César e vigorando desde então.[354]

Cícero, no *de natura deorum*, contrapõe o mundo dos deuses, em que se castigam também os filhos e netos pelos crimes de seus pais e avôs, ao mundo da *civitas*, em que não é possível a existência de uma lei com tal preceito.[355]

Esse princípio tradicional, como destaca J. M. BLANCHE-NOUGUÉS,[356] encontra expressão, por exemplo, na *iuris regula* mencionada em Gai. 4,112 e que dispõe acerca da intransmissibilidade hereditária passiva das ações penais privadas.[357] Na jurisprudência romana, segundo V. MAROTTA, não parece haver qualquer oscilação quanto ao princípio da intransmissibilidade da pena, com exceção de uma opinião de Sálvio Juliano, não acolhida pela doutrina, para quem a responsabilidade do juiz *qui litem suam fecit* passava aos herdeiros. [358]

Milano, Giuffrè, 1988, p. 280. Amiano Marcelino, por seu turno, também traça um paralelo semelhante, mas entre os romanos e os povos orientais. Amm. 23,6,81: *Leges apud eos inpendio formidatae, inter quas diritate exsuperant latae contra ingratos et desertores, et abominandae aliae, per quas ob noxam unius omnis propinquitas perit*. "Entre eles, sao muito temidas as leis, entre as quais são especialmente severeas aquelas contra os ingratos e desertores, e são abomináveis aquelas pelas quais, em razão do crime de um, toda sua parentela perece."

[353] Também Sêneca dá testemunho do princípio e sua violação em Sen. De ira. 2,34,3: *Ne irascamur inimicorum et hostium liberis: inter Sullanae crudelitatis exempla est quod ab re publica liberos proscriptorum summouit; nihil est iniquius quam aliquem heredem paterni odii fieri*. "Não alimentemos a ira contra filhos de inimigos particulares ou de inimigos públicos. Entre os exemplos da crueldade de Sula está o fato de ter banido da república os filhos dos proscritos. Nada é mais injusto do que alguém tornar-se herdeiro do ódio a seu pai." Tradução de J. E. S. LOHNER, *Sobre a ira. Sobre a tranquilidade da alma. Diálogos,* São Paulo, Companhia das Letras, 2014. Interessante notar que Sêneca menciona essa regra logo após tratar da necessidade de ser clemente, o que reforça sua ligação com a *humanitas*, sugerida por F. SCHULZ.

[354] Dion. Halic. 8,80,2-3.

[355] Cic. de nat. deor. 3,38,90.

[356] *La certissima* cit., p. 47.

[357] *Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure conpetunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aeque conpetunt aut dari solent. est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec conpetere nec dari solere, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae*. "Nem todas as ações, por direito civil, cabíveis a uma pessoa contra outra, ou dadas pelo pretor, cabem igualmente a esta pessoa contra o herdeiro da outra, ou lhe são dadas pelo pretor. Pois, segundo uma certíssima regra de direito, não cabem contra o herdeiro, nem são dadas contra ele, as ações penais causadas por malefícios, como as de furto, *vi bonorum raptorum* (roubo), injúria, dano injusto." O fragmento é reproduzido nas Institutas de Justiniano (Inst. 4,12,1) e a *regula iuris* mencionada é trazida também por Gai 2 *ad. ed. prov.* D. 50,12,111,1.

[358] *Multa de iure* cit., p. 280-281. Trata-se da opinião de Juliano mencionada em Ulp 5 *ad ed.* D. 5,1,16 . Segundo o autor, tal opinião contrária ao princípio tradicional se explica num contexto em que ainda não se

Mesmo os imperadores Arcádio e Honório, autores da famosa *lex Quisquis*, de 397 d.C., recolhida no Código Teodosiano,[359] segundo a qual os filhos dos réus culpados de traição, embora não sujeitos à pena de morte como os pais, ficam privados da sucessão e do exercício de cargos públicos, reafirmam o princípio da instransmissibilidade em outra ocasião.[360]

Assim, na decisão mencionada por Calístrato, os *divi fratres* não fazem senão aplicar uma regra tradicional, ao afirmar que "cada um sofre as consequências daquilo que praticou e não se constitui sucessor de crime alheio".

O rescrito, contudo, não deixa claro quais as circunstâncias que o motivaram, não sendo de grande auxílio sua localização sistemática no Digesto, eis que recolhido no título mais geral *de poenis*. No entanto, a seguir-se a opinião de O. LENEL,[361] que localiza o fragmento em questão no item relativo à *existimatio*, à ausência de máculas na dignidade de um homem, requisito essencial para o exercício do direito de acusar ou para o acesso aos *honores*,[362] e somando-se a isso o fato da consulta ter sido feita pela cidade de Hierápolis, pode-se chegar à seguinte hipótese.

Talvez o caso concreto que motivou o rescrito dissesse respeito a um cidadão que buscava integrar o senado municipal ou acessar alguma magistratura local, mas fosse filho de alguém que sofrera uma pena infamante. Nesse caso, a cidade, seguindo seus costumes tipicamente gregos, talvez o desejasse barrar o acesso pretendido, mas, na dúvida, consulta os imperadores, que, reafirmando um princípio romano tradicional, decidem pela intransmissibilidade da pena.

---

havia chegado a um consenso quanto à natureza civil ou penal do ilícito cometido pelo juiz e também diante da opção por dar a esse ilícito a punição mais ampla possível, estendendo a responsabilidade aos herdeiros.

[359] C. Th. 9,14,3:

[360] *Arcad. et Hon.* C. 9,47,22 (399).

[361] *Palingenesia Iuris Civilis vol. 1*, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1889, col. 84-85.

[362] Conforme a definição de Call. 1 *de cogn.* D. 50,13,5,1: *Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*. Sobre a perda da existimatio e da *infâmia* para o acesso a cargos públicos, veja-se G. HUMBERT e C. LÉCRIVAIN, *Infamia*, in *DS* 3.1, pp. 483-485.

Decisão esta, aliás, que estaria em conformidade com outro rescrito dos *divi fratres* em matéria de direito municipal, no qual eles afirmam que aquele que nasceu enquanto seu pai cumpria a pena de exílio não está proibido de aceder ao decurionato.[363]

Se assim for, o caso se mostra como uma interessante comprovação da tese de J-P. CORIAT, mencionada acima,[364] segundo o qual os rescritos funcionavam como um instrumento de romanização jurídica, já que aqui se faz valer o princípio de direito romano sobre o costume grego de fazer repercutir sobre os filhos a infâmia dos pais.

A sequência em que a decisão é enunciada primeiramente e justificada com apelo a uma *regula* aparece em outro rescrito citado indiretamente, desta vez relativo a manumissões fideicomissárias:

Cum intestato moriturus fidei filii commisisset, ut servum manumitteret, et postumus ei natus fuisset, divi fratres rescripserunt libertatem, quia dividi non potest, ab utroque praestandam.[365]	Quando aquele que morreria intestado houvesse deixado a cargo da fidelidade de seu filho manumitir um escravo, e lhe nascesse um póstumo, os divinos irmãos determinaram por rescrito que a liberdade, porque não pode ser dividida, fosse prestada por um e outro.

Segundo M. SCARLATA FAZIO, a dúvida suscitada perante os imperadores seria relativa à validade, em caso de nascimento de filho póstumo, do codicilo que contém um fideicomisso de liberdade, e o que os imperadores fazem é aplicar o princípio já existente segundo o qual os *codicilli ab intestato*, ao contrário do que ocorre com os testamentos,

---

[363] Pap. Just. 2 *de const.* D. 50,2,13,2: *Item rescripserunt eum, qui in relegatione natus est, non prohiberi honore decurionatus fungi*. "Os mesmos estabeleceram por rescrito que aquele que nasce durante o exílio de seu pai não está proibido de aceder ao decurionato." Em Ulp. 2 *opin.* D. 50,4,3,9, mais uma vez se expressa esse princípio no tocante ao acesso aos *honores*: *Quod pater in reatu criminis alicuius est, filiis impedimento ad honores esse non debet*. "O fato do pai ser réu de algum delito não deve ser ao filho um impedimento às magistraturas." Assim como em Ulp 1 *disp.* D. 50,2,2,7: *Nullum patris delictum innocenti filio poenae est: ideoque nec ordine decurionum aut ceteris honoribus propter eiusmodi causam prohibetur*. "Nnehum delito do pai causa uma pena ao filho: e assim não está excluído, por esta razão, da ordem dos decuriões ou de outras honras."

[364] Pp. 29.

[365] Paul. 3 *fideic.* D. 40,5,31,1.

não são invalidados pelo nascimento de um póstumo,[366] de modo que a liberdade deveria ser concedida.

Para o autor, tanto a justificativa apresentada (*quia dividi non potest*) quanto o modo da libertação, *ab utroque*, são inserções dos compiladores, pelo que o conteúdo do rescrito seria apenas *rescripserunt libertatem <esse> praestandam*. [367] Com isso, a determinação dos imperadores significaria que, mesmo com o nascimento do póstumo, o fideicomisso é válido e deve ser cumprido, sem especificar quem seria o responsável por fazê-lo.

No entanto, não parece que a questão controversa no caso fosse a validade do fideicomisso em geral, mas o problema específico de saber se o póstumo, que não havia sido onerado pelo fideicomisso de liberdade, deveria prestá-lo, o que era de extrema relevância para a manumissão, já que, tendo o *de cujus* falecido intestado, o escravo se tornara co-propriedade dos herdeiros e sua libertação, para ser eficaz, deveria ser feita por ambos, já que, se apenas um deles realizasse a libertação, o escravo passaria à propriedade do outro.[368]

Assim é que, invocando a regra segundo a qual *libertas divid non potest*, ou seja, a ideia de que, como coloca W. W. BUCKLAND,[369] um homem não pode ser em parte livre e em parte escravo e de que, por outro lado, o proprietário não pode tornar livre apenas metade da pessoa do escravo, razão pela qual ambos os proprietários do servo comum deveriam proceder a sua manumissão, os imperadores afirmam que a liberdade deve ser prestada por ambos.[370]

---

[366] Segundo Marcell. 14 *dig.* D. 29,7,19.
[367] *Principii* cit., p. 119.
[368] UE 1,18: *Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrescit socio; maxime si eo modo manumiserit, quo, si proprium haberet, civem Romanum facturus esset. Nam si inter amicos eum manumiserit, plerisque placet eum nihil egisse.* "Se um dos co-proprietários alforriar o escravo comum, perde a sua parte, a qual se acrescenta à do consorte, máxime se o manumitir de modo tal que, se fosse exclusivamente seu, o teria tornado cidadão romano. Pois, no caso de manumissão entre amigos, muitos são pela nulidade do ato." Assim também Fr. Dos. 10 e PS 4,12,1. Justiniano, posteriormente, estabeleceu a validade da manumissão, com uma indenização ao co-proprietário (*Iust.* C. 7,7,1 (530)).
[369] *The Roman Law of Slavery: The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University, 1908, p. 575.
[370] Com isso, a motivação *quia dividi non potest*, julgada espúria por M. SCARLATA FAZIO, passaria a fazer sentido.

Tal determinação poderia ser interpretada como uma restrição à libertação, caso se interprete o rescrito como afirmando que não basta a manumissão pelo fideicomissário, sendo necessário o concurso do póstumo, que, no entanto, não estava obrigado a tanto. O mais provável, contudo, é que a decisão tenha obrigado o póstumo a consentir e participar da manumissão a fim de que esta fosse válida, providência que tem mira, por um lado, o respeito à vontade do testador, que não contava com a existência do póstumo e, por isso, encarregou apenas o herdeiro existente da libertação do escravo, [371] e também, não se pode excluir, uma aplicação do *favor libertatis*, impondo ao póstumo uma obrigação de consentir, que não existia previamente.[372]

Em dois casos, Marco Aurélio se utiliza de máximas que se aproximam mais do conceito de *regula-definitio* acima exposto, pois parte da própria natureza de certos institutos, tirando dela certas cosnequências jurídicas. Aqui, apesar de se tratar de citações indiretas, novamente aparece a sequência *regula* – decisão, unidas pela expressão *et ideo*.

Isso ocorre no rescrito mencionado em Marcian. 3 *inst*. D. 1,8,6,1:

Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatium. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus.	As coisas da coletividade, não as de cada um, são, por exemplo, as que estão nas cidades como os teatros, estádios e semelhantes, se de qualquer modo existam outras coisas comuns das cidades. E por isso o servo comum da cidade não se entende como de cada um particular e proporcionalmente, mas da coletividade. E por isso os divinos irmãos determinaram por rescrito que o servo da cidade pode ser torturado seja contra ou favor de um cidadão. Por este motivo também o liberto da cidade não tem por obrigação pedir a

[371] Como entende T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., p. 28.
[372] H. J. WIELING, *Testamentsauslegung im römischen recht*, München, Beck, 1972, p. 115, que não deixa de fazer referência ao cumprimento da vontade do testador.

> vênia do edito, se chamar algum dos cidadãos a juízo.[373]

Era regra sedimentada que o escravo não poderia ser torturado a fim de se obter um testemunho em desfavor de seu dono.[374] Os *divi fratres*, contudo, partindo do enquadramento do *servus civitatis* no conceito de *res universitatis*, ou seja, coisa que se considera não estar no patrimônio de ninguém, pertencendo à coletividade como um todo e não a cada um particularmente, como as *res privatae*,[375] afirmam que ele não se submete àquela proibição e pode, portanto, ser torturado tanto a favor como contra qualquer um dos cidadãos, vez que não pertence a nenhum deles.

Em outros casos, a lei ou constituições imperiais criaram exceções à proibição de torturar o escravo em desfavor do dono,[376] muitas vezes no intuito de tutelar interesses públicos de maior relevância,[377] mas no rescrito em questão a exceção, se é que se pode

---

[373] Trad. De H. M. F. MADEIRA, in *Digesto de Justiniano – Liber Primus: Introdução ao Direito Romano*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2009.

[374] G. SCIASCIA, *A tortura na antiga Roma*, in *Varietà Giuridiche*. *Scritti brasiliani di Diritto Romano e Moderno*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 93-94, trata da ampla casuística relativa à proibição de se torturar o escravo daquele que é processado criminalmente. Segundo o autor, a razão de ser da probição se encontra no fato de que "a escravidão é regulada de forma que o escravo nunca possa prejudicar seu dono" e de que "não se deve abandonar ao capricho dos escravos a salvação de seus senhores." (Paul. 5 *sent*. D. 48,18,18,5: (...) *neque enim oportet salutem dominorum servorum arbitrio committi*.). Assim, o escravo não pode ser torturado para provar crimes cometidos por nenhum de seus senhores (Ulp. 50 *ad ed.* D. 48,18,3) ou por um de seus possuidores de boa-fé (Ulp. 8 *de off. proc*. D. 48,18,1,8). O escravo pertencente ao pecúlio do *filius* está proibido de depor tanto contra este quanto contra seu *paterfamilias* (Aur Arc. Car. mag. lib. *l.s. de test*. D. 48,18,10,2). Se o dono é incerto, também não se admite a tortura (Paul. 5 *sent.* D. 48,18,18,8 e Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48,18,1,15), mantendo-se a proibição mesmo que alguém esteja disposto a depositar por ele o seu preço (Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48,18,1,18) ou que o próprio dono o tenha entregue para ser torturado (Paul. 5 *sent.* D. 48,18,18,7 e *Diocl. et Maxim.* C. 9,41,7 (286)). O vínculo com o senhor, que impede a tortura em seu desfavor, é mantido mesmo após a morte do *dominus* (Paul. 5 *sent.* D. 48,18,18,6) e, por vezes, até mesmo após a alienação (Papin. 16 *resp.* D. 48,18,17,3). Consequência natural era a proibição de tortura em desfavor do patrono, mesmo se a alforria tivesse o intuito de excluir o escravo da *quaestio* (Ulp. 8 *de off. proc*. D. 48,18,1,9 e Ulp. 8 *de off. proc*. D. 48,18,1,13). Assim, apenas depoimentos favoráveis teriam valor (Papin. 16 *resp.* D. 48,18,17,2).

[375] Gai 2 *inst.* D. 1,8,1,1; Gai 2,11.

[376] Os próprios *divi fratres* são responsáveis por estabelecer a possibilidade de torturar contra o dono o escravo adquirido após a instauração do processo (Ulp. 8 *de off. proc*. D. 48,18,1,14): *Sed et eum, qui cognitionis susceptae tempore alienus fuit, licet postea rei sit effectus, torqueri in caput posse divi fratres rescripserunt*. "Mas os divinos irmãos responderam por rescrito que poderia ser torturado contra ele o escravo que era de outrem ao tempo em que se instaurara o processo, e que depois passou à propriedade do réu." Tal decisão, pode-se conjecturar, talvez busque coibir ou fazer frente a eventual conduta de má-fé do réu e atual proprietário, que, uma vez processado, adquire a propriedade de algum escravo cujo testemunho lhe prejudica, a fim de subtraí-lo à possibilidade de tortura.

[377] A *lex Iulia de adulteriis* permtia que, a pedido dos pais que haviam dado alguns escravos em uso aos filhos, eles poderiam ser torturados para apurar o crime de adultério cometido por seus atuais senhores(Ulp. 3

chamá-la assim, decorre de um mero raciocínio conceitual, afirmando-se a possibilidade de torturar o escravo contra qualquer cidadão por não pertencer a nenhum deles.[378]

O mesmo raciocínio e utilizado por Marciano – e aqui já não parece mais se tratar do rescrito dos *divi fratres* – para afirmar que o liberto da cidade não precisa solicitar a permissão para agir em juízo contra algum dos cidadãos, como seria necessário caso quisesse agir contra seu patrono.[379]

A dedução das consequencias oriundas de uma *regula* pode se verificar também em Papir. Just. 2 *de const.* D. 39,4,7pr:

Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere eoque exemplo (ex empto - Cuiacius) actionem, si ignoraverint, habituros. 1. Item rescripserunt pupillo remittere se poenam commissi, si intra diem trigensimum vectigal intulisset.	Os imperadores Antonino e Vero responderam em rescrito que, em se tratando de vectigais, são demandados os próprios prédios, não as pessoas, e por isso os possuidores devem pagar também o vectigal de tempos passados, tendo uma ação (ad exemplum) se o ignorassem. 1. Os mesmos decidiram por rescrito que o pupilo poderia ser dispensado da pena de confisco se pagasse o vectigal em trinta dias.

de adult. D. 48,5,28,6; Coll. 4,11,1 e Coll. 4,12,8), regra que não se aplica fora do âmbito dessa lei (Ulp. 3 *disp.* D. 48,18,4) e não vale para os filhos naturais (*Ant.* C. 9,9,3 (213)). Admite-se a tortura do escravo contra o dono caso este cometa o *crimen maiestatis* (Aur Arc. Car. mag. lib. *l.s. de test*. D. 48,18,10,1), concebido então como ofensa ao próprio imperador, podendo os escravos serem responsáveis pela própria denúncia (Mod. 12 *pand.* D. 48,4,7,2). O mesmo ocorre em caso de fraude ao censo (*Sev. et Ant.* C. 9,41,1 (196)).

[378] Solução parecida está contida em Ulp. 8 *de off. proc*. D. 48,18,1,7, texto no qual Ulpiano, após afirmar que muitos rescritos (possivelmemte se refere, dentre outros ao de Marcian. 3 *inst.* D. 1,8,6,1) estabeleceram a possibilidade de torturar o escravo da cidade para obter provas em desfavor de um dos cidadãos, por não ser escravo do particular, mas da *res publica*, aplica a mesma *ratio* ao caso das corporações, cujos escravos podem ser torturados contra os membros: *Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est, quia non sit illorum servus, sed rei publicae. Idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis*. "Com muita frequência se determinou por rescrito que o servo do muncípio pode ser torturado contra a pessoa do cidadão,porque não é servo dele, mas da cidade. E o mesmo deve ser dito para outros servos de corporações, pois não parecem ser servos dos muitos, mas do corpo."

[379] A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 292.

Em caso de inadimplemento do *vectigal* anual, o concedente poderia retomar o terreno, segundo diferentes modalidades, conforme se tratasse de um terreno do *populus romanus* (ou do *princeps*) ou das comunidades locais. No primeiro caso, ocorria o *commissum*, confisco do bem; já as cidades poderiam se valer, como mostra uma passagem do Digesto,[380] de uma cláusula contratual semelhante à *lex commissoria*, empregada nas vendas entre particulares para prever a resolução do contrato em caso falta de pagamento do preço ou seu remanescente dentro de certo prazo.[381]

A possibilidade de retomada do bem reconhecida ao concedente se mostra no rescrito dos *divi fratres*, que após enunciarem uma espécie de *regula* relativa às rendas ou impostos devidos (*in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri*)[382] dela deduzem a consequência de que os possuidores devem também pagar os valores referentes a períodos pretéritos a fim de evitar a perda do bem,[383] podendo, contudo, agir em juízo contra aquele que lhes transferira o bem se ignorassem a existência do débito.

---

[380] Scaev. 1 *resp*. D. 20, 1, 31.

[381] Cf. L. MAGANZANI, *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico,* in *Ivris Antiqui Historia. An international journal on ancient law* 3 (2011), p. 169; L. MAGANZANI, *L'obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*, in *Atti del IV Convegno Internazionale di Studi Veleiati*, Bologna, Ante Quem, 2014, p. 162. Segundo a autora, essa diversidade advém da posição jurídica de autoridade dos cobradores de *vectigales* devidos ao *populus romanus* frente aos devedores, ao contrário do que ocorre com as cidades, que atuam como verdadeiros particulares, conforme Gai 3 *ad ed. prov.* D. 50,16,16: *Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, "publicanum" appellamus. Nam "publica" appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.* "Chamamos de publicano aquele que tem arrendados os impostos do povo romano. Pois a denominação "pública", em muitos casos, diz respeito ao povo romano. As cidades, por outro lado, sçao consideradas como particulares."

[382] *Regula* semelhante se encontra num fragmento do jurista Calístrato (Call. 1 *de cogn*. D. 50,4,14,2), segundo o qual, no caso dos *vectigalia* devidos pelos proprietários de terrenos confinantes com as *viae publicae* para auxiliar em sua conservação, os prédios respondem: *viarum munitiones, praediorum collationes non personae, sed locorum munera sunt*. O termo *vectigal* tem um sentido amplo, podendo indicar tanto as taxas e impostos devidos a título diverso, como a prestação anual paga pelo arrendatário do *ager vectigalis*. O fragmento de Papírio Justo contendo a constituição imperial em comento, no Digesto, foi colocado pelos compiladores no título *De publicanis et vectigalibus et commissis*, o que poderia indicar que a decisão imperial se referia a algum tipo de imposto (alguns dos quais tinham sua exação garantida por alguma *res obligata*), e não ao cânon anual pago pelo arrendatário, mas os autores consultados tratam do texto como se ele relacionasse à concessão do *ager vectigalis*. E como informam F. CASSOLA e L. LABRUNA, *L'ordinamento delle province,* in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, p. 263, a posse do *ager publicus* era concedida também, em muitos casos, a *societates publicanorum*, que ou os usufruíam diretamente ou o concediam a particulares mediante o pagamento de um cânon *in natura* ou em dinheiro, o que explicaria, de certa forma, a colocação da passagem no Digesto.

[383] Assim como o pupilo, a quem os imperadores, em outro rescrito, provavelmente em razão da condição de vulnerabilidade, concedem o prazo de trinta dias para pagamento, o que talvez não ocorresse em outras hipóteses.

Assim, o confisco do terreno podia ser exercido contra o possuidor atual por conta de débitos passados, o que revela, senão a existência de uma obrigação *propter rem* ou de um ônus real, o amplo poder reconhecido ao concedente para obter a satisfação do crédito, tendo em vista que, com o tempo a *locatio* dos *agri vectigales* havia se tornado transmissível *inter vivos* ou *causa mortis* e era mais fácil para a *res publica* agir contra o atual possuidor do que exigir o pagamento do inadimplente que havia transferido o *ius in agro vectigali*.

Essa amplitude advinha do fato de que o *ager vectigalis* era uma *res obligata*, ou seja, estabelecida como garantia pelo adimplemento do *vectigal*, pouco importando as mudanças subjetivas em sua titularidade.[384] Trata-se de um caso de *obligatio rei*, figura presente em âmbitos diversos no direito romano (como a *fiducia cum creditore*, o *pignus datum* e *conventum* ou *hypoteca*, *invecta et illata* do colono e *inducta importata ibi nata factave* do inquilino, *lex comissoria* e *subsignatio praediorum*), nos quais a garantia do débito é confiada a uma coisa, posta à disposição do credor, e o inadimplemento não leva à execução forçada sobre o patrimônio do devedor, mas ao confisco do bem *obligatus*.[385]

Por fim, no rescrito mencionado em Call. 3 *de iur. fisc.* D. 49,14,3,5, relativo ao estabelecimento equitativo do preço mínimo nas vendas de bens do fisco, os *divi fratres*, a fim de explicitar a razão pela qual, na fixação do justo preço – e aqui se tem uma das primeiras manifestações do termo nas fontes – se deveria levar em conta a estimação atual, invocam uma espécie de máxima de experiência, que, com alguma largueza, se poderia incluir no conceito de *regula*.

Divi fratres rescripserunt in venditionibus fiscalibus fidem et diligentiam a procuratore exigendam et iusta pretia non ex praeterita emptione, sed ex praesenti aestimatione constitui: sicut enim diligenti	Os divinos irmãos estabeleceram por rescrito que, nas vendas fiscais, se há de exigir do procurador boa-fé e diligência, e os preços justos serão estabelecidos não conforme venda anterior, mas sim pela

[384] Assim Hyg. Grom. De cond. Agr. ....: *Vectigales agri sunt obligati, quidam r(ei) p(ublicae) p(opuli) R(omani), quidam coloniarum aut municipiorum aut civitatium aliquarum.*
[385] L. MAGANZANI, *Agri publici* cit., p. 169.

cultura pretia praediorum ampliantur, ita, si neglegentius habita sint, minui ea necesse est.	estimação presente. Pois assim como os preços dos prédios podem ter aumentado em razão de um cultivo diligente, assim também, se tiverem sido feitas de forma mais negligente, é necessário que se diminuam.

A máxima apresentada pelos imperadores, caso já estivesse presente no texto do rescrito e não seja de autoria de Calístrato, mostra-se interessante como um dos mais antigos testemunhos da preocupação dos romanos com a relevância do justo preço na compra e venda,[386] deixando entrever a *ratio* por trás da exigência da fixação do justo preço, no caso concreto, como sendo a alteração no valor da coisa causada pela diligência ou negligência no cuidado da *res* durante tempo decorrido entre a aquisição do bem pelo fisco e sua venda a terceiros, o que pode redundar tanto em vantagem quanto desvantagem para o fisco.

No caso, provavelmente por meio de uma *epistula*, os imperadores dão instruções a seu funcionário e, ao aconselharem-no a agir com diligência e boa-fé e realizar a correta estimação do valor do bem para fixar o preço inicial da concorrência na venda a ser realizada provavelmente em hasta pública, os imperadores parecem buscar tutelar tanto os interesses do fisco quanto dos pariculares, mostrando particular preocupação em não privilegiar uma parte ou outra na transação a ser realizada.[387]

---

[386] Veja-se, a respeito, a análise de E. M. A. MADEIRA, *A Lesão. Contribuições da Romanística*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, pp. 45-60, que ressalta (p. 53, nt. 85) como a expressão *iusta pretia non ex praeterita emptione, sed ex praesenti aestimatione constitui* será de certa forma retomada mais tarde pelo rescrito confirmador da *laesio enormis*, conforme atesta C. 4,44,8 (*nisi minus dimidia iusti pretii quod fuerat tempore venditionis*), já que ambas as fontes enfatizam o momento adequado de se avaliar o justo preço como sendo o da realização da compra e venda.

[387] A. AGUDO RUIZ, *Estudios de Derecho Fiscal Romano*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 116-117; G. BOULVERT, *L'Autonomie du droit fiscal: les cas des ventes*, in *ANRW* II 14 (1982), p. 832; P. CERAMI, *In integrum restitutio adversus fiscum*, in *AUPA* 39 (1987), p. 19, nt. 27 e p. 21 e ss.

2.3.3. *SENTENTIA LEGIS* E *SENTENTIA IURIS AUCTORUM*

Em uma das decisões selecionadas, relativa à possibilidade do neto conservar o direito à *bonorum possessio* sobre os bens do liberto que fora acusado por seu avô, os *divi fratres*, após relatar o dissenso jurisprudencial existente e que repercutira até mesmo em decisão anterior por eles tomada, motivam sua alteração de entendimento com base na interpretação *ex sententia* da lei e do edito,[388] aduzindo, ainda, como reforço, o argumento de autoridade, ao invocar a opinião do mais ilustre jurista vivo à época, Sálvio Juliano:

Divi fratres in haec verba rescripserunt: "Comperimus a peritioribus dubitatum aliquando, an nepos contra tabulas aviti liberti bonorum possessionem petere possit, si eum libertum pater patris, cum annorum viginti quinque esset, capitis accusasset, et Proculum, sane non levem iuris auctorem, in hac opinione fuisse, ut nepoti in huiusmodi causa non putaret dandam bonorum possessionem. Cuius sententiam nos quoque secuti sumus, cum rescriberemus ad libellum Caesidiae Longinae: sed et Volusius Maecianus amicus noster ut et iuris civilis praeter veterem et bene fundatam peritiam anxie diligens religione rescripti nostri ductus sit ut coram nobis adfirmavit non arbitratum se aliter respondere debere. Sed cum et ipso Maeciano et aliis amicis nostris iuris

Os divinos irmãos emanaram um rescrito nestas palavras: "Tivemos notícia de que outrora se duvidou entre os mais peritos se o neto poderia pedir a posse dos bens do liberto de seu avô contra as tábuas do testamento caso o pai de seu pai, sendo maior de vinte e cinco anos, houvesse acusado o liberto de crime capital. E que Próculo, sem dúvida jurista nada irrelevante, fosse da opinião de que não se deveria dar ao neto a posse dos bens em tal causa. Cuja sentença nós também seguimos quando respondemos por rescrito ao libelo de Cesídia Longina. Mas também Volúsio Meciano, amigo nosso, e muito dedicado ao antigo e bem fundado conhecimento do direito civil, afirmou perante nós ter sido conduzido pelo respeito a nosso rescrito e não ter considerado que deveria responder

[388] Sobre a contraposição entre a interpretação *ex verbis* e *ex sententia*, confira-se o amplo estudo de B. VONGLIS, *La lettre et l'Esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, Sirey, 1968, e U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzauslegung der römischen Juristen*, Köln, Carl Heymann, 1967.

peritis adhibitis plenius tractaremus, magis visum est nepotem neque verbis neque sententia legis aut edicti praetoris ex persona vel nota patris sui excludi a bonis aviti liberti: plurium etiam iuris auctorum, sed et Salvi Iuliani amici nostri clarissimi viri hanc sententiam fuisse".[389]	de outro modo. Mas quando tratamos da causa de forma mais detida, tendo convidado o próprio Meciano e outros amigos nossos, mais nos pareceu que o neto não era excluído dos bens do liberto de seu avô, nem pela letra nem pela intenção da lei ou do edito do pretor, em razão da pessoa ou da nota de seu pai, e ser esta a opinião de muitos autores do direito, além de Sálvio Juliano, amigo nosso e homem ilustríssimo."

Em se tratando da sucessão do liberto, o pretor introduziu, em favor do patrono, uma hipótese de sucessão necessária material, na qual se reservava ao patrono metade do ativo da herança quando o liberto não tivesse filhos de sangue, os houvesse deserdado ou eles renunciassem à herança, caso em que se lhe concedia uma *bonorum possessio dimidiae partis*, normalmente dita *contra tabulas*, ainda que também se aplicasse na sucessão *ab intestato* do liberto que tivesse deixado apenas um filho adotivo ou quando seus filhos naturais exercessem o *ius abstinendi*.[390]

Segundo uma disposição provavelmente introduzida pela *lex Iulia et Papia*, aquele que promovesse contra seu liberto uma acusação capital, ou seja, aquela que pudesse redundar na pena de morte ou exílio, perderia os direitos decorrentes do patronato, dentre eles o de pleitear a *bonorum possessio dimidiae partis*, e tal sanção teria sido estendida pelo edito do pretor ao filho que acusasse o liberto de seu pai.[391]

---

[389] Ulp. 14 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 37,14,17pr.

[390] Gai 3,40,41; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 767; *Elementi di diritto privato romano*, 2ª ed. agg. a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI e G. FINAZZI, Milano Giuffrè, 2013, p. 370; A. BERGER, *Bonorum possessio dimidiae partis*, in *Encyclopedical Dictionary* cit., p. 375.

[391] R. SIGNORINI, *"Adsignare libertum". Contributo agli studi sulla configurazione del diritto di patronato*, Tese (Doutorado) - Università degli Studi di Padova, Padova, 2008, pp. 108-110. Assim informa Terent. Clem. 9 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 37,14,10. Se o responsável pela acusação fosse um dos irmãos a quem fora assignado um liberto em detrimento dos demais, perderia seus direitos em favor dos preteridos, segundo Ulp. 41 ad ed. D. 38,2,3,9. Para o autor, a extensão da sanção ao filho do patrono se depreende de Ulp. 45 *ad ed*.

Mas nem a lei nem o edito tratavam do caso de um patrono acusador e cujos filhos ou netos não fossem responsáveis por qualquer acusação capital dirigida contra o liberto de seu pai ou avô. Ou seja, permanecia em aberto a questão relativa aos efeitos da acusação sobre os sucessores do acusador quanto aos direitos de patronato. E é provavelmente com essa lacuna que se deparam os imperadores ao decidirem os dois casos mencionados no rescrito, pois ali se trata de hipóteses em que o neto pede a *bonorum possessio* dos bens do liberto que fora acusado por seu ascendente.[392]

Num primeiro caso, os imperadores negam a Cesídia Longina a *bonorum possessio*, baseando-se na opinião de Próculo, mas, posteriormente, confrontados com um caso idêntico, convocam seu conselho e examinam mais a fundo a questão, concluindo pela ausência de impedimentos à *bonorum possessio*.

A razão que invocam para tanto, pelo que se percebe no texto do rescrito, é o argumento do silêncio eloquente da lei (provavelmente a *lex Iulia et Pappia*) e do edito (que estendeu a sanção ao filho acusador), em cujo texto não há nenhuma previsão contrária ao descendente que não foi responsável por acusar o liberto e cujo espírito (*sententia*) não seria punir aquele que é inocente de tal quebra nos vínculos que unem patrono e liberto e que justificava, de certa forma, a perda do direito de patronato.

Assim, tanto *verba* como *sententia* são invocados pelos imperadores como argumentos para entender intacto o direito dos descendentes do patrono acusador à *bonorum possessio dimidiae partis*, como que numa aplicação do princípio, contido em várias das decisões analisadas no item anterior, de que os atos de um não prejudicam

---

D. 38,2,14pr, desde que aceita a inserção de *paternum* feita por T. MOMMSEN: *Qui, cum maior natu esset quam viginti quinque annis, libertum <paternum> capitis accusaverit aut in servitutem petierit, removetur a contra tabulas bonorum possessione*.

[392] Na primeira parte do fragmento, menciona-se a hipótese de um liberto acusado pelo avô do peticionário (*si eum libertum pater patris, cum annorum viginti quinque esset, capitis accusasset*), enquanto no caso em qeu os imperadores decidem favoravelmente a acusação contra o liberto do avô teria sido feita pelo pai do requerente (*nota patris sui*). Segundo R. SIGNORINI, *"Adsignare libertum"* cit., p. 113, nt. 321, a tese interpolacionista, argumentando que não se costuma designar o avô como *pater patris*, elimina a contradição entre as dusa partes do fragmento suprimindo o *patris* da primeira parte, com o que ambos os casos tratariam de acusações feitas pelo pai daquele interessado na *bonorum possessio* do liberto. Mas, para o autor, saber se a acusação fora feita pelo pai ou pelo avô do peticionário é irrelevante, pois que a questão jurídica controversa é a mesma: os efeitos da acusação capital dirigida contra o liberto se transmitem aos sucessores do acusador?

terceiros de boa-fé, sobretudo o de que as penas dos pais não devem recair sobre os filhos.[393]

Em reforço da justificação de seu rescrito, os *divi fratres* aduzem ainda uma espécie de argumento de autoridade, que não aparece em nenhuma das outras decisões encontradas. Além de buscarem legitimar a mudança de orientação operada no rescrito mais recente a partir da narrativa do modo como consultaram seu conselho, ou seja, mostrando que não se tratava de uma decisão arbitrária, mas tomada após detida deliberação com juristas experimentados como Volúsio Meciano,[394] ainda afirmam que a decisão mais favorável ao peticionário se conforma com a opinião, a *sententia* de Sálvio Juliano, *clarissimus vir*, provavelmente um dos mais ilustres juristas ainda vivos no tempo de Marco Aurélio.[395]

---

[393] Este último aspecto, aliás, é destacado por R. SIGNORINI, *"Adsignare libertum"* cit., p. 113.

[394] O que confirma as afirmações da História Augusta sobre o modo como Marco Aurélio administrava a justiça com o auxílio de seu conselho e sobre como não hesitava em mudar sua opinião caso fosse convencido a tanto: SHA Marc. 11,10: *Habuit secum praefectos, quorum et auctoritate et periculo semper iura dictavit*. "Rodeou-se de prefeitos, pela autoridade e responsabilidade dos quais sempre ditou o direito." SHA Marc. 22,3-4: *3. Semper sane cum optimatibus non solum bellicas res sed etiam civiles, priusquam faceret aliquid, contulit. 4. Denique sententia illius praecipua semper haec fuit: "Aequius est ut ego tot talium amicorum consilium sequar, quam ut tot tales amici meam unius voluntatem sequantur."* "Certamente consultou sempre com os nobres antes de fazer alguma coisa, não só em relação a questões bélicas, mas também a civis. 4. Em suma, esta sempre foi a sua frase especial: «É mais justo que eu siga o conselho de tantos e tão bons amigos do que tantos e tão bons amigos sigam a vontade de um só – a minha.» SHA Marc. 20,5: *Erat enim famae suae curiosissimus, requirens ad verum, quid quisque de se diceret, emendans quae bene reprehensa viderentur*. "De facto, era extremamente cuidadoso com a sua reputação, inquirindo, até saber a verdade, o que cada um dizia sobre ele, corrigindo as coisas que lhe pareciam criticadas com razão." Essa mesma disposição aparece em trechos das suas meditações. Med. 4,12: Δύο ταύτας ἑτοιμότητας ἔχειν ἀεὶ δεῖ: τὴν μὲν πρὸς τὸ πρᾶξαι μόνον ὅπερ ἂν ὁ τῆς βασιλικῆς καὶ νομοθετικῆς λόγος ὑποβάλλῃ ἐπ᾽ ὠφελείᾳ ἀνθρώπων: τὴν δὲ πρὸς τὸ μεταθέσθαι, ἐὰν ἄρα τις παρῇ διορθῶν καὶ μετάγων ἀπό τινος οἰήσεως. τὴν μέντοι μεταγωγὴν ἀεὶ ἀπό τινος πιθανότητος, ὡς δικαίου ἢ κοινωφελοῦς, γίνεσθαι καὶ τὰ προηγμένα τοιαῦτα μόνον εἶναι δεῖ, οὐχ ὅτι ἡδὺ ἢ ἔνδοξον ἐφάνη. "Estas duas resoluções é necessário ter sempre: uma, com relação a ter praticado unicamente aquilo que a razão do poder real e legal sugere em proveito dos homens; outra, com relação a ter mudado, se então alguém houver ao lado que corrija e modifique a partir dalguma opinião. É necessário certamente a mudança originar-se sempre a partir dalguma verossimilhança por exemplo de justiça ou de bem comum, e essas coisas próximas tais, não o que doce ou glorioso pareceu." Med. 8,16: Μέμνησο ὅτι καὶ τὸ μετατίθεσθαι καὶ ἕπεσθαι τῷ διορθοῦντι ὁμοίως ἐλεύθερόν ἐστι: σὴ γὰρ ἐνέργεια κατὰ τὴν σὴν ὁρμὴν καὶ κρίσιν καὶ δὴ καὶ κατὰ νοῦν τὸν σὸν περαινομένη. "Lembra-te de que tanto mudar de opinião quanto seguir a quem corrige é semelhantemente ato livre. Pois é atividade tua, desenvolvida conforme a tua vontade e julgamento, e mesmo conforme a tua inteligência.".

[395] R. SIGNORINI, pp. 113-123, *"Adsignare libertum"* cit discute a *ratio* por trás da motivação explícita invocada, fazendo um amplo inventário das opiniões mais rigorosas de Próculo e as soluções de Sálvio Juliano, sempre mais benignas e favoráveis ao sucessor. M. SCARLATA FAZIO, *Principii* icit., pp. 07-08, por seu turno, apesar da fundamentação explícita contida no rescrito, identifica a *ratio decidendi* do rescrito numa distinção feita entre esse caso e aquele enquadrado na previsão de Terent. Clem. 9 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 37,14,10, segundo o qual o patrono que acusar o liberto se torna indigno da sucessão. Aqui, segundo o

2.3.4. *VOLUNTAS*

O elemento subjetivo da ação, a *voluntas* daquele que conclui uma transação com alguém ou que pratica algum ato unilateral com consequencias jurídicas, seja ele lícito ou ilícito, tem ampla repercussão em vários ramos do direito romano, podendo-se, mencionar, apenas exemplificativamente, a relevância do *animus* em matéria de *possessio*, a gradação da responsabilidade conforme a *culpa* ou a presença do *dolus malus*, a discussão em torno do *error facti et iuris,* ou mesmo a longa querela entre *verba* e *voluntas* em matéria de interpretação de atos jurídicos.

Dentre os rescritos selecionados, verificou-se que a *voluntas*, elemento subjetivo da ação, é invocada, em alguns casos, como *ratio decidendi*, para afastar ou mitigar uma pena legalmente prevista, como ocorre numa decisão que Marco Aurélio emanou juntamente com Cômodo e que se encontra em Macer 1 *de pub. iud.* D. 48,5,33(32)pr:

Nihil interest, adulteram filiam prius pater occiderit an non, dum utrumque occidat: nam si alterum occidit, lege Cornelia reus erit. Quod si altero occiso alter vulneratus fuerit, verbis quidem legis non liberatur: sed divus Marcus et Commodus rescripserunt impunitatem ei concedi, quia, licet interempto adultero mulier supervixerit post tam gravia vulnera, quae ei pater infixerat, magis fato quam	Não importa se o pai tiver matado a filha adúltera antes ou não, desde que mate a ambos; pois se matou apenas um deles, será réu pela lei Cornélia. Pois se um houver sido morto e outro ferido, não se verá livre pelas palavras da lei, mas o divino Marco e Cômodo determinaram em rescrito que lhe fosse concedida a absolvição, porque, ainda que tenha morrido o adúltero e sobrevivido a mulher depois de tão graves ferimentos

autor, o que ocorreu foi que o filho do patrono, e não este, acusou o liberto, razão pela qual seu filho não é prejudicado, uma vez que deriva seu direito à sucessão diretamente do avô e não do pai, e o avô não praticou nenhum ato que rompesse o patronato. Assim sendo, se no rescrito anterior, mencionado pelos imperadores, parece ter ocorrido uma extensão analógica errônea da previsão referida no fragmento de Clemente, aqui o que se faz é a correta *distinctio*, que redunda em outra solução. Sobre o tema, veja-se também F. PULITANÒ, *«Bonorum possessio dimidiae partis» e «accusatio capitis» in una costituzione dei «divi fratres»*, in *Rivista di Diritto Romano* III (2003), disponível eletronicamente em http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano03pulitano.pdf.

voluntate eius servata est: quia lex parem in eos, qui deprehensi sunt, indignationem exigit et severitatem requirit.	que o pai lhe infligiu, foi salva mais pelo destino que pela vontade daquele; porque a lei exige a mesma indignação e requer a mesma severidade contra ambos os que foram surpreendidos em adultério.

A *lex Iulia de adulteriis coercendis*, que em muitos aspectos representava uma maior interferência da *res publica* na repressão do adultério, antes reservada sobretudo ao âmbito da disciplina doméstica, concedia ao pai da adúltera o direito de matar o adúltero, desde que preenchidos alguns requisitos, dentre eles o de fazê-lo imediatamente e de matar também sua própria filha.[396]

Caso contrário, mantando apenas um dos dois, ao invés de restar configurado o exercício legítimo do *ius occidendi*, provavelmente disponível ao *pater*, titular de um *ius vitae ac necis* sobre os filhos antes mesmo da *lex Iulia* - ainda que seja incerta sua efetiva utilização-, estaria caracterizado um homicídio, punível nos termos da *lex Cornelia de sicariis et veneficis*.[397]

No caso submetido à apreciação dos imperadores Marco Aurélio e Cômodo, o pai surpreendera a filha em adultério e, além de matar o amante, tentara dar cabo da vida de sua própria filha, não consumando seu intento, para utilizar a linguagem do Código Penal Brasileiro em seu artigo 14, II, por circunstâncias alheias a sua vontade, malgrado os graves ferimentos que lhe causou.

A rigor, portanto, não teria cumprido o disposto nos *verba* da *lex Iulia*, sendo, portanto, culpado de homicídio. Mas os imperadores, provavelmente ao serem consultados pelo juiz da causa em que o pai era acusado, realizam uma interpretação teleológica da lei

---

[396] Sobre o tema, veja-se H. STEINWASCHER NETO, *A procriação e o interesse da res publica: uma análise das leis matrimoniais de Augusto*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, 2012, pp. 197-199; J. A. G. ROMANILLOS, *El el ius occidendi en la lex iulia de adulteriis*, in *Ivris Antiqui Historia. An international journal on ancient law* 5 (2013), pp. 171-186; G. RIZZELLI, *Immagini di padri augustei*, in Legami familiari e diritto nel mondo romano. Atti del V incontro fra storici e giuristi. Lecce 26-27 febbraio 2015, Lecce, Grifo, 2016, pp. 4-44;

[397] Coll. 4,2,6: *Sed si filiam non interfecerit, sed solum adulterum, homicidii reus est*. "Mas se não assassnou a filha, apenas o adúltero, é réu de homicídio." Também Coll. 4,9,1.

e determinam a absolvição, uma vez que estava presente a *voluntas* de cumprir a disposição da lei Júlia, vontade esta que se manifestou expressamente, sobretudo diante dos graves ferimentos causados à filha, a qual se salvou da morte, segundo Macro, mais pelo destino que pela vontade do pai.

Assim sendo, em tal decisão, o elemento subjetivo da conduta, a presença do *animus occidendi*, prevalece sobre o efetivo resultado da ação e faz com que se considerem preenchidos os requisitos exigidos pela *lex Iulia* para que a morte do adúltero não fosse considerada homicídio, tendo o pai cumprido, senão os *verba legis*, ao menos sua *mens*, sua exigência implícita de que fosse dirigida tanto ao adúltero quanto à filha a mesma indignação e severidade.[398]

O direito de matar a adúltera era concedido pela *lex Iulia* exclusivamente ao pai, não ao marido.[399] No entanto, os mesmos Marco Aurélio e Cômodo, ao tratarem de um caso em que o marido acabara por assassinar a mulher num primeiro ímpeto ao surpreendê-la em adultério, afirmam que ele não se sujeita à pena da *lex Cornelia*, no que parecem se conformar a um rescrito anteriormente emanado por Antonino Pio e no qual, tendo em vista que o marido fora movido por violenta emoção, lhe fora aplicada não a pena capital, mas a deportação. Aqui, mais uma vez, caso se entenda que raciocinaram do mesmo modo

[398] Embora não haja menção expressa, é possível que Papiniano, num trecho de seu *liber singularis de adulteris* recolhido em Coll. 4,9,1, tenha em mente a decisão imperial ao afirmar que o pai não é punido se a filha *casu servata est*: *Plane si filia non voluntate patris, sed casu servata est, non minimam habebit defensionem pater, quod forte fugit filia. Nam lex ita punit homicidam, si dolo malo homicidium factum fuerit. Hic autem pater non ideo servavit filiam, quia voluit, sed quia occidere eam non potuit*. "Obviamente, se a filha escapou, não pela vontade do pai, e sim pelo acaso, o pai terá uma boa defesa a ser favor contra a acusação de homicídio. Pois a lei somente pune o homicida se o homicídio for cometido com dolo mau. Aqui, contudo, o pai não preservou a filha porque quis, mas porque não pode matá-la." O elemento intencional se mostra relevante também no que diz respeito à exigência de que o pai matasse a ambos imediatamente, uma vez que, mesmo não conseguindo fazê-lo no momento em que surpreendera os adúlteros em razão da fuga da filha, não será considerado réu de homicídio se capturá-la algumas horas depois e matá-la, conforme Ulp. 1 *de adult*. D. 48,5,24(23). Em Coll. 4,2,7, Paulo afirma que não haverá acusação de homicídio contra o pai se, no intervalo entre a morte do adúltero e a captura da filha, o pai mantiver uma *continuatio animi*.

[399] Pap. 1 *de adult.* D.48,5,23(22),4: *patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere*. Mesmo o adúltero somente poderia ser morto pelo marido se fosse de baixa condição social e caso este o flagrasse dentro de sua própria casa, conforme Macer 1 *adult.* D.48,5,24pr-1, Ulp. 2 *ad l. Iul. et Pap.* D.48,5,25pr. e 1-5; Coll. 4,3,1-6; PS 2,26,4 (= Coll. 4,12,3) e PS 2,26,7 (= Coll. 4,12,6).

que seu antecessor, os imperadores se valem do elemento subjetivo como *ratio* determinante da decisão.[400]

A intenção do agente é invocada novamente pelos *divi fratres*, juntamente com outras razões, a fim de afastar a ilegitimidade de filhos concebidos em núpcias incestuosas, contraídas, ao menos da parte da esposa, por ignorância acerca da proibição de casar-se com seu tio materno:

Divus Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt: "Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent".[401]	Os divinos imperadores Marco e Lúcio, assim estabeleceram num rescrito dirigido a Flávia Tértula por meio de um liberto agrimensor: "Somos comovidos tanto pelo longo tempo durante o qual, ignorando o direito, permaneceste em matrimônio com teu tio materno, quanto pelo fato de teres sido dada em casamento por tua avó e pelo número de vossos filhos: e por essa razão, uma vez que todas estas coisas concorrem, confirmamos o status dos vossos filhos, gerados nesse matrimônio, contraído há mais de quarenta anos, como se fossem concebidos legitimamente."

[400] Pap. 36 *quaest*. D. 48,5,39,8: *Imperator Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt: "Si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet." Nam et divus Pius in haec verba rescripsit Apollonio: "Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit. Sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari."*" "O imperador Marco Antonino e seu filho Cômodo responderam por rescrito: 'Se o marido, surpreendendo-a em adultério, levado pelo ímpeto de sua dor, matou a esposa, não sofrerá a pena da lei Cornélia de adultérios. Pois também o divino Pio, nestas palavras, respondeu por rescrito a Apolônio: 'Não se nega que aquele que matou a esposa surpreendida em adultério possa ser dispensado do último suplício, uma vez que é dificílimo temperar a dor justa, devendo ser punido mais porque se excedeu, do que por não poder se vingar. Basta, portanto, se for de condição humilde, ser condenado aos trabalhos perpétuos, e se de condição honesta, à deportação para uma ilha'."

[401] Marcian. *Not. ad Pap. 2 de adult.* D. 23,2,57a.

Flávia Tértula, cerca de quarenta anos antes, fora dada em casamento ao tio materno por sua avó, contraindo união certamente incestuosa, como mostram diversos textos das fontes,[402] mas na qual, *ignara iuris*, ingressara de boa-fé, permanecendo casada durante longo tempo e procriando vários filhos, de modo que, como salienta C. CASTELLO,[403] a união não se havia realizado, ao menos da parte da esposa, "por desprezo e ultraje do sangue".[404]

Os filhos, no entanto, não sendo oriundos de *iustae nuptiae*, eram considerados ilegítimos e, como tais não ligavam-se à família do pai apenas por vínculos cognatícios, o que tinha reflexos sobretudo em matéria de sucessão. Diante disso, após a morte do marido e o término da união,[405] e talvez desejando assegurar aos filhos a participação na herança,[406] Flávia Tértula expõe seu caso aos imperadores, que, sem se pronunciar sobre a validade do matrimônio,[407] e se valendo de uma espécie de ficção, como se depreende do uso da expressão *perinde ac*,[408] determinam que os filhos nascidos da união sejam tidos

---

[402] Gai 1,62; UE 5,6; Coll. 6,4,5. Cria-se uma exceção quanto ao tio paterno para permitir o casamento do imperador Cládio, conforme Tac Ann. 12,6, mas Constâncio restabelece a proibição em todos os casos.

[403] *Regola ed eccezione sulla ignorantia iuris*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, *Volume I*, *Saggi Storici*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 144.

[404] Como ocorria, por exemplo, no caso do *stuprum* cometido com a filha da irmã, conforme Pap. 36 *quaest.* D. 48,5,39(38),1: *hic duplex admissum est, quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant.* "neste caso, o delito é duplo, pois há muita diferença entre contrair ilicitamente um matrimônio por erro e concorrerem a contumácia do direito e o ultraje do sangue."

[405] Assim entendem C. CASTELLO, *Regola* cit., p. 143, e E. VOLTERRA, *Intorno a D. 23,2,57 a*, in *Scritti Giuridici II*, Napoli, Jovene, 1991, p. 514, seja em razão do longo tempo decorrido desde o início da união, seja porque o rescrito é endereçado apenas à Flávia Tértula.

[406] A consulta, segundo C. CASTELLO, *Regola* p. p. 143-144, não versava sobre eventual isenção de pena do crime de incesto, mas sobre as consequências civis da união incestuosa sobre o status dos filhos, até mesmo porque se os imperadores apenas a declarassem inocente do crime, os filhos permaneceriam ilegítimos.

[407] Esta a opinião de E. VOLTERRA, *Intorno* cit., p. 513. Assim como, em outro rescrito, os *divi fratres* isentam de pena, em razão de sua idade, aquela que era culpada de incesto, mas lhe ordenam o desfazimento da *coniunctio illicita*, conforme Pap. 36 *quaest.* D. 48,5,39(38),4: *Fratres denique imperatores Claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt*. "Os imperadores irmãos isentaram Cláudia da pena do crime de incesto em razão de sua idade, mas ordenaram que desfizesse a união ilícita.". Segundo M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit, p. 58, no entanto, tratar-se-ia, de uma mera extensão da possibilidade já existente, segundo mostra o texto de Gai 1,67-75, de provar a causa do erro e, assim, transformar uma união contraída por pessoas sem *connubium* em *iustae nuptiae*, caso em que a união passaria a ser válida, refletindo na condição dos filhos, razão pela qual julga de pouco valor histórico a decisão dos *divi fratres*, que se limitou a regular um caso específico. G. SCIASCIA, *A prova da causa do erro no matrimônio e o casamento putativo*, in *Revista da FDUSP* 45 (1950), p. 393, no entanto, ressalta que, o próprio fato de Marciano ter rescolhido o rescrito e os compiladores o terem mantido no Digesto revela sua importância histórica, que reside, parece-nos, como se verá, justamente no fato da criação de uma hipótese de legitimação de fihos por rescrito imperial.

[408] Cf. E. VOLTERRA, *Intorno* cit., p. 518, e C. CASTELLO, *Regola* cit., p. 144, nt. 6.

como se fossem concebidos em justas núpcias, decisão que configura antecedente clássico do instituto da *legitimatio per rescriptum principis*, surgido no baixo império e regulamentado por Justiniano.[409]

A motivação do rescrito, um exemplo da *humanitas* imperial segundo C. CASTELLO,[410] se encontra numa conjugação de vários elementos, como a longa duração do casamento, a quantidade de filhos gerados, o que demonstra a seriedade da união,[411] mas parece ser de grande relevância o elemento subjetivo, a *ignorantia iuris* de Flávia Tértula, sua boa-fé, que os imperadores levam em conta, se não para convalidar a união, ao menos para que os filhos não sejam prejudicados no caso concreto, sendo tidos como *legitimi*. [412]

O elemento subjetivo da ação, portanto, é utilizado como argumento para se excepcionar uma regra em matéria de legitimação de filhos, evitando as consequências de uma união incestuosa contraída em *error iuris* pela parte mais vulnerável no ajuste, e que nele fora até mesmo introduzida por sua avó, não se sabe se contra sua vontade ou não.

Essa atitude de certa forma leniente com o erro corresponde a posicionamentos expressos por Marco Aurélio em diversas passagens de suas meditações, nas quais afirma o dever de se adotar uma atitude paciente com aqueles que agem na ignorância,[413] e encontra

---

[409] E. VOLTERRA, *Intorno* cit., p. 509.
[410] *Regola* cit., p. 144.
[411] G. SCIASCIA, *A prova* cit., p. 392, nt. 78, no entanto, afirma que se trata de meros elementos de fato, pois o mero consentimento da avó não teria nenhuma relevância para o casamento, o número de filhos aproveita a quem os tem, não aos próprios filhos, e a referência ao tempo de duração do casamento não deixa claro se isso ficou estabelecido como requisito para a legitimação ou se era mera indicação informativa sem efeito especial.
[412] A própria condição social da consulente, embora não mencionada no rescrito, pode ter sido também um elemento relevante na decisão, já que, segundo C. CASTELLO, *Regola* cit., p. 142, nt.2, o fato de que a entrega do rescrito tenha sido confiada a um liberto agrimensor indica que Flávia Tértula vivia provavelmente num pequeno centro urbano ou mesmo no campo, circunstância que os imperadores também devem ter levado em conta para decidir de forma benevolente quanto ao status de seus filhos.
[413] Med. 7,22: ῎Ιδιον ἀνθρώπου φιλεῖν καὶ τοὺς πταίοντας. τοῦτο δὲ γίνεται, ἐὰν συμπροσπίπτῃ σοι, ὅτι καὶ συγγενεῖς καὶ δὶ ἄγνοιαν καὶ ἄκοντες ἁμαρτάνουσι καὶ ὡς μετ᾽ ὀλίγον ἀμφότεροι τεθνήξεσθε, καὶ πρὸ πάντων, ὅτι οὐκ ἔβλαψέ σε: οὐ γὰρ τὸ ἡγεμονικόν σου χεῖρον ἐποίησεν ἢ πρόσθεν ἦν. "É próprio do homem amar até os que tropeçam. E isso se consegue assim: caso te ocorra que são teus familiares; e que erram por ignorância e contra a vontade; e que dentro em pouco ambos estareis mortos; e, sobretudo, que não te causaram dano, pois não tornaram pior do que era antes o teu guia interior."; Med. 7,26: Ὅταν τις ἁμάρτῃ τι εἰς σέ, εὐθὺς ἐνθυμοῦ τί ἀγαθὸν ἢ κακὸν ὑπολαβὼν ἥμαρτε. τοῦτο γὰρ ἰδὼν ἐλεήσεις αὐτὸν καὶ οὔτε θαυμάσεις οὔτε ὀργισθήσῃ. ἤτοι γὰρ καὶ αὐτὸς τὸ αὐτὸ ἐκείνῳ ἀγαθὸν ἔτι ὑπολαμβάνεις ἢ ἄλλο ὁμοειδές: δεῖ οὖν συγγινώσκειν. εἰ δὲ μηκέτι ὑπολαμβάνεις τὰ τοιαῦτα ἀγαθὰ καὶ κακά, ῥᾷον εὐμενὴς ἔσῃ τῷ παρορῶντι. "Logo que alguém cometa uma falta para contigo, imediatamente reflete em relação a que bem ou mal tendo ele concebido como falta. Pois, tendo visto isso, compadecer-te-ás dele e nem sentirás surpresa

expressão também em outros rescritos, nos quais se afasta a acusação de incesto diante da boa-fé, comprovada pela abstenção das núpcias incestuosas a partir do momento em que se toma conhecimento da ilicitude.[414]

Se no rescrito endereçado a Flávia Tértula a *ignorantia iuris*, portanto, a boa-fé, da peticionária, foi invocada como motivo para beneficiar seus filhos, num rescrito referido por Ulpiano, Marco Aurélio e Lúcio Vero, a partir da consideração de um elemento subjetivo negativo, identificado no dolo, nas maquinações que indicam a *calliditas* do agente, acabam por se manifestar pela denegação de uma ação que o consulente pretendia ajuizar:

Marius Paulus quidam fideiusserat pro Daphnide mercedem pactus ob suam fideiussionem et sub nomine alterius ex eventu litis caverat sibi certam quantitatem	Prestara fiança a favor de Dafne, um certo Mário Paulo que pactuou uma remuneração pela sua fiança e sob o nome de um estranho cuidou de que se lhe desse uma

nem irritação. Ou efetivamente também tu mesmo ainda o supões o mesmo bem que aquele ou ouro semelhante. É necessário então perdoar. Se porém não mais supões os tais bens e males, mais facilmente benévolo serás para com aquele que olha de soslaio."; Med. 7,63: ῾Πᾶσα ψυχή, φησίν, ἄκουσα στέρεται ἀληθείας:᾽ οὕτως οὖν καὶ δικαιοσύνης καὶ σωφροσύνης καὶ εὐμενείας καὶ παντὸς τοῦ τοιούτου. ἀναγκαιότατον δὲ τὸ διηνεκῶς τούτου μεμνῆσθαι: ἔσῃ γὰρ πρὸς πάντας πραότερος. "Toda alma, diz ele [Platão], contra a vontade se priva da verdade; igualmente então da justiça, da prudência, da benevolência e de toda qualidade tal. E é muito necessário lembrares-te continuamente disso, pois serás mais suave pra com todos."; Med. 9,20: Τὸ ἄλλου ἁμάρτημα ἐκεῖ δεῖ καταλιπεῖν. "O erro de outrem, ali é necessário deixar.";Med. 10,4: Εἰ μὲν σφάλλεται, διδάσκειν εὐμενῶς καὶ τὸ παρορώμενον δεικνύναι. εἰ δὲ ἀδυνατεῖς, σεαυτὸν αἰτιᾶσθαι ἢ μηδὲ σεαυτόν. "Se alguém dá uma escorregada, ensinar benevolamente e mostrar a negligência; se porém és incapaz, acusar então a ti mesmo, ou nem sequer a ti mesmo."; Med. 12,12: Μήτε θεοῖς μεμπτέον: οὐδὲν γὰρ ἑκόντες ἢ ἄκοντες ἁμαρτάνουσι: μήτε ἀνθρώποις: οὐδὲν γὰρ οὐχὶ ἄκοντες. ὥστε οὐδενὶ μεμπτέον. "Do que se segue à natureza, não se deve censurar aos deuses, pois nenhuma falta cometem voluntária ou involuntariamente; nem aos homens, pois nenhuma cometem não involuntariamente. Por conseguinte, a ninguém se deve censurar."

[414] Pap. 36 *quaest.* D. 48,5,39(38),5: *Idem imperatores rescripserunt post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti*. "Os mesmos imperadores responderam por rescrito que, depois do enteado se divorciar de boa-fé da madrasta, não se deve acusá-lo do crime de incesto." Em D. 48,5,39(38),6, menciona-se o que parece ser outro rescrito sobre o mesmo tema: *Idem Pollioni in haec verba rescripserunt: "Incestae nuptiae confirmari non solent: et ideo abstinenti tali matrimonio poenam praeteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus."* "Não se constumam confirmar as núpcias incestuosas, e por isso isentamos da pena do delito pretério, aquele que, não sendo ainda réu, se abstém de tal matrimônio." Providência parecida está contida na constituição dos *divi fratres* mencionada em Pap. 36 *quaest.* D. 48,5,39(38),4, mencionado acima. Nos rescritos de Marco Aurélio, ainda que não apareça explicitamente na fundamentação da decisão, o erro é a causa de escusas ou mitigações de responsabilidade em diversos casos: Paul. 7 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 49,14,13,10 (aquele que se auto denuncia ao fisco por erro, quando poderia herdar a integralidade do patrimônio, não é prejudicado); Marcian. *l. s. de delat.* D. 39,4,16,10 (se alguém incorre em confisco por erro, recebe de volta parte dos bens); Ulp. 1 *de appel*. D. 49,1,1,3 (se alguém, por erro, apelou a um juiz do mesmo grau, ou de grau superio, isso não lhe prejudica).

dari: hic a Claudio Saturnino praetore maiores fructus inferre iussus erat et advocationibus ei idem Saturninus interdixerat. Videbatur autem mihi iudicatum solvi fideiussisse et quasi redemptor litis extitisse et velle a Daphnide mandati iudicio consequi, quod erat condemnatus. Sed rectissime divi fratres rescripserunt nullam actionem eum propter suam calliditatem habere, quia mercede pacta accesserat ad talem redemptionem. Marcellus autem sic loquitur de eo qui pecunia accepta spopondit, ut, si quidem hoc actum est, ut suo periculo sponderet, nulla actione agat, sin vero non hoc actum est, utilis ei potius actio competat: quae sententia utilitati rerum consentanea est.[415]

certa quantia do resultado da lide. Este fora obrigado pelo pretor Cláudio Saturnino a restituir os frutos excessivos e o mesmo Saturnino proibira-o (do exercício) da advocacia. [Parecia a mim que ele prestara uma caução para garantir o cumprimento do julgado e que atuara como se fosse um comprador da lide, desejando então exigir de Dáfnis, por meio de uma ação de mandato, o valor no qual fora condenado]. Mas os divinos irmãos (os imperadores Marco Aurélio e Lúcio Vero) retamente determinaram por meio de um rescrito que ele não tem nenhuma ação por causa de sua malícia, porque chegou a tal compra por meio de remuneração pactuada. Marcelo, porém, assim diz a respeito daquele que prometeu ao ter recebido dinheiro: que, se na verdade isto foi feito de modo a que ele tenha se comprometido a seu risco, não tenha ele nenhuma ação; mas se isto não foi feito desse modo, que se lhe compita antes uma ação útil: opinião que é mais consentânea à utilidade das coisas.[416]

Diante da necessidade de garantir uma obrigação contraída, e provavelmente na falta de amigos que o fizessem de forma gratuita,[417] ou mesmo na iminência de ser cobrado

[415] Ulp. 31 *ad ed.* D. 17,1,6,7.
[416] Tradução de H. M. F. MADEIRA, *História da Advocacia. Origens da profissão de advogado no direito romano,* São Paulo, RT, 2002, pp. 138-139, à exceção do trecho *videbatur – erat condemnatus*, ausente na referida tradução e aqui complementada.
[417] Como destaca R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, University, 1996, p. 119, um garante age normalmente altruisticamente, especialmente em Roma,

pela dívida, Dáfnis recorre a Mário Paulo, que presta a fiança em seu favor mediante uma contraprestação, o que não deixa de satisfazer o interesse de ambas as partes, ainda que vá contra a natureza gratuita do instituto da fiança.

Feita a cobrança pelo credor, o fragmento dá a entender que Mário Paulo teria figurado no polo passivo da ação em lugar de Dáfnis, pois prestou uma *cautio iudicato solvi*, a fim de garantir o cumprimento da decisão judicial, perdendo a demanda, como fica claro por sua tentativa posterior de ajuizar ação de regresso contra Dáfnis.[418]

Antes disso, no entanto, querendo multiplicar seus ganhos, mas desejando ocultar tal intenção, Mário Paulo pactuara, em nome alheio, uma forma de receber parte do proveito da lide, o que será posteriormente objeto de reprovação pelo pretor, que lhe proíbe o exercício da advocacia, e também por parte dos imperadores, que invocam sua *calliditas* como um dos argumentos para negar a ação de regresso, embora não fique claro qual tipo de pacto fora este.

Há quem entenda que Mário Paulo atuou como advogado Dáfnis e o pacto adicional que celebrou por interposta pessoa se tratava de um *pacto de quota litis* (pelo qual o cliente se obrigava a pagar ao advogado uma percentagem do valor do litígio),[419] ou outro tipo de pacto remuneratório adicional, como honorários dependentes do resultado. [420]

---

onde o devedor não tinha que se valer de bancos comerciais, mas podia contar com seus amigos, que prontamente o auxiliavam como parte do *officium amicitiae*.

[418] Segundo Ulpiano, Mário Paulo teria atuado *quasi redemptor litis*. A *redemptio litis*, prática que será coibida com o tempo, se dava normalmente no pólo ativo, quando um *redemptor,* pagando ao autor da demanda normalmente um valor inferior, esperando auferir um lucro maior com a demanda, substituía-o na condição de autor. No caso de Mário Paulo, como este assume o risco do pólo passivo mediante uma remuneração, não ocorre uma *redemptio* típica, daí porque, segundo L. DE MADALENA, *Litis causa malo more pecuniam promittere. Sulla contrarietà ai boni mores del "patto di quota lite"*. Tese (Doutorado) - Università degli Studi di Milano, Milano, 2014, p. 120 Ulpiano fala em *quasi redemptor litis*.

[419] A. AGUDO RUIZ, *Las costas en el proceso civil romano* , Madrid, Dykinson, 2013, p. 151.

[420] Para B. KUPISCH, *Ulpian D.17.1.6.7: Kaiserliche Hüter einer anwaltlichen Standesethik*, in *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2000, pp. 571, 578, 580, tratava-se de um pacto *de palmario*, pelo qual o pagamento dos honorários dependeria do êxito positivo da causa. No caso, o problema seria seu valro elevado. Para G. DELI, *Bemerkungen zu Ulp. D. 17, 1, 6, 7*, disponível eletronicamente em https://ssrn.com/abstract=2345147, acesso em 20/09/16, p. 7, o pacto diria respeito a um honorário adicional de sucesso e o que Mario Paulo teria feito é enganar Dafne quanto à possibilidade de sucesso para ganhar mais honorários do que o normal (mercês inicial mais esse honorário de sucesso), conduta punida pelo pretor, que lhe ordena a restituição do excesso Aí estaria, portanto, segundo o autor, a *calliditas* do agente, em enganar e querer obter a remuneração sem assumir o risco, pois ajuíza a ação de regresso para ser ressarcido, de modo que o que se considerava ilícito não era pactuar honorários, mas sim a avidez por ganhos

Para A. WATSON,[421] no entanto, Mário Paulo, em nome alheio, fez um acordo com o credor, para receber certa quantia *ex eventu litis*, agindo então como uma espécie de *redemptor litis* e procurador do credor, recebendo em contrapartida uma parte do que ganhasse ao final do processo (numa *redemptio* normal, pagaria um valor ao autor da ação e receberia depois para si todo o fruto do processo). Assim, a conduta desonesta seria atuar, ao mesmo tempo, em nome de ambas as partes envolvidas na ação, tentando esconder essa atuação ao pactuar com o credor por meio de um terceiro. Por isso foi punido pelo pretor com o pagamento de uma soma maior e a proibição de exercer a advocacia.[422]

Para T. RÜFNER,[423] contudo, Mário Paulo receberia do credor uma parte do êxito da lide a fim de conduzir o processo de forma negligente na qualidade de polo passivo, causando a perda do processo, hipótese que parece bastante provável, já que resolve o problema da ubiquidade processual, explica a celebração do pacto por interposta pessoa, a fim de não levantar suspeitas, e explica também a punição sofrida, pois, se Mário Paulo era advogado de profissão, tal conduta configura infração ética grave, de modo que o pacto adicional celebrado não tratava de honorários.[424]

Depois de ser condenado na demanda e ser proibido de exercer a advocacia, Mário Paulo pretendia ajuizar contra Dáfnis a ação de regresso, a fim de obter o ressarcimento daquilo que pagara ao credor.

Como a fiança, em muito casos, era prestada a pedido do devedor, isso acabava configurando um contrato de mandato, razão pela qual os fiadores, para reaverem o quanto houvessem dispendido no pagamento dos credores, dispunham de uma *actio mandati*

---

excessivos.

[421] *Mandate and the boundaries of contract law*, in *BIDR* 94-95 (1991-1992), pp. 45-46.

[422] W. M. GORDON, *Translation and Interpretation*, in CAIRNS, John W., e ROBINSON, Olivia F., *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford, Hart, 2001, pp. 67-72, discorda que se trate de uma *procuratio* exercedia por Mário Paulo em relação ao credor e afirma ser difícil que ele ocupasse, ao mesmo tempo, os pólos ativo (como *procurator*) e passivo (como garante de Dáfnis), concluindo pela impossibilidade de saber efetivamente qual a conduta desonesta praticada.

[423] *Die Geschäfte des Herrn Marius Paulus. Winkelzüge und Standesethik in D.17.1.6.7*, in *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, p. 1012.

[424] Assim também L. DE MADALENA, *Litis* cit., p. 125.

contraria,[425] a qual, no entanto, não parecia mesmo cabível no caso de Mário Paulo, que já fora remunerado por sua atuação, não se caracterizando o contrato de mandato.

Segundo informa Ulpiano, o jurista Marcelo, membro do *consilium* de Marco Aurélio, entendia que mesmo aquele que prestara fiança mediante remuneração tinha à sua disposição uma ação de regresso, caso não assumisse o risco da dívida,[426] ainda que não se tratasse de uma ação na forma da *actio mandati contraria*, tradicionalmente utilizada para tal fim, mas de uma *actio utilis*, uma vez que a fiança fugia ao esquema contratual gratuito do mandato. Segundo L. DE MADALENA, na opinião de Marcelo, Mario Paulo teria direito a essa ação útil, uma vez que fora remunerado pela prestação da garantia verbal, mas não tinha nenhuma intenção de assumir a álea da *sponsio*.[427]

O texto de Ulpiano não informa se os imperadores foram consultados pelo próprio Mário Paulo antes do ajuizamento de tal ação, por Dáfnis ao ser demandado ou pelo magistrado encarregado do caso, mas o fato é que os *divi fratres*, contudo, contrariando a opinião de Marcelo, não concederam nem mesmo essa ação útil e negaram qualquer ação de regresso a Mario Paulo, em razão de sua *calliditas*, tendo em vista sua conduta desonesta como um todo e, em particular, porque chegara a tal compra da lide por meio de remuneração, o que descaracterizava a natureza gratuita do mandato e excluía a possibilidade de ajuizar a *actio mandati contraria*.

Assim sendo, a motivação invocada inclui tanto um aspecto de estrita lógica jurídica, consistente na natureza jurídica do contrato celebrado entre Mário Paulo e Dáfnis, que exclui a possibilidade de exercer a ação de mandato, quanto a apreciação do elemento subjetivo negativo de Mário Paulo, seu *animus decipiendi*,[428] a má-fé contida nas

[425] R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 133.
[426] Embora, à primeira vista, pareça estranha a não assunção de risco pelo fiador, tal situação pode encontrar uma explicação. Talvez o devedor apenas precisasse de um garante para poder contrair a dívida, e apenas isso, um simples nome para constar, e não alguém para efetivamente garanti-la, de modo que, em suas tratativas com o *fideiussor*, dissera assumir ele mesmo (devedor), todo o risco da dívida, enquanto o fiador recebia apenas para fornecer seu nome como garante. No entanto, como o credor não sabia disso e tinha direito a acionar o fiador, se este viesse a pagar, embora não tendo ação de mandato por ter recebido já uma remuneração, Marcelo, talvez motivado pelo acordo existente entre as partes, entendia cabível a concessão de uma ação útil para que o fiador, que fez mais do que prometera ao devedor, recebesse dele o ressarcimento.
[427] *Litis* cit., p. 108.
[428] A. BERGER, *Encyclopedical Dictionary* cit., p. 362.

maquinações que demonstram sua *calliditas,* seu *dolus malus*,[429] *o* que os leva a excluir até mesmo a concessão da ação útil que um dos membros de seu *consilium* entendia cabível, como se, atuando do mesmo modo que o pretor, concedessem a Dáfnis uma espécie de *exceptio doli* para paralisar a pretensão do autor.

Para aqueles que entendem que o que se reprova é apenas a celebração de um pacto remuneratório adicional com Dáfnis, aqui estaria a *calliditas*, a avidez por ganhos às custas do cliente, talvez enganando-o acerca das chances de sucesso, mas talvez seja provável que Mário Paulo, que já fora remunerado para agir como fiador e figurar no polo passivo da cobraça, tenha entrado em algum tipo de acordo escuso com o credor de Dáfnis, escondendo-o por meio de interposta pessoa, a fim de agir de forma negligente na condução do processo, em prejuízo de Dáfnis, do qual pretendia ainda cobrar o que pagara ao credor com o qual se encontrava conluiado, lucrando assim por três vezes às custas daquele, conduta que lhe rendeu a proibição do exercício da advocacia e a perda do direito de ação por meio do rescrito imperial.[430]

A apreciação do elemento subjetivo, por fim, se mostra presente em um rescrito mencionado por Ulpiano, no qual Marco Aurélio afirma que o fato de que uma pessoa não conhecer o latim não impede que sirva como testemunha de um testamento, desde que possa perceber, por outros meios, que se trata da feitura de um testamento:

Non tamen intellegentiam sermonis exigimus: hoc enim divus Marcus Didio Iuliano in teste, qui Latine non noverat, rescripsit: nam si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere.[431]	Não exigimos, porém, a compreensão do idioma: pois isto respondeu o divino Marco a Dídio Juliano com relação a uma testemunha que não conhecia o latim, já que basta perceber por meio dos sentidos

[429] Em Ulp. 11 *ad ed.* D. 4,3,1,2, vê-se como Labeão incluía a *calliditas* na definição de *dolus malus*: (...) *itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.* "e por isso definiu o dolo mau como toda malícia, engano ou maquinação utilizada surpreender, enganar ou defraudar a outrem"

[430] Em suas meditações, Marco Aurélio afirma não ser possível sobrepor a riqueza à retidão, princípio este que estará na base de outras decisões, como se verá no comentário a D. 40,5,37, *infra,* pp. 162 e ss.

[431] Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28,1,20,9. Paulo, sem mencioná-lo expressamente, faz referência à regra estabelecida por esse rescrito em PS 3,4a.13: *Ex his, qui ad testamentum adhibentur, si qui sint qui Latine nesciant vel non intellegant, si tamen sentiant, cui rei intersint, adhibiti non vitiant testamentum*. "Se dentre aqueles que foram chamados a testemunhar o testamento, há quem desconhecça o latim ou não o entenda, isto não vicia o

> para que assunto foi chamado.

Aqui não se trata, a rigor, da consideração do animus, do elemento volitivo da testemunha, mas da *notitia/scientia* do que se passa, ou seja, do elemento cognitivo, o qual motiva o imperador a reputar como válida essa testemunha. Assim, ele se vale novamente do elemento subjetivo, raciocinando de forma teleológica, a fim de não prejudicar a validade de um testamento por excessivo rigor formal, até mesmo porque a testemunha não precisava conchecer o conteúdo do testamento,[432] bastando que soubesse de alguma forma se tratar de tal espécie de ato jurídico.[433]

2.3.5. *COMMODUM* E *UTILITAS*

Como afirma H. ANKUM em seu estudo sobre os métodos pragmáticos de raciocínio dos juristas romanos, estes quando o interesse prático conflita com o raciocínio teórico, dão prevalência ao primeiro, invocando a *utilitas*, as necessidades da vida prática, como razão para acolher ou propor uma determinada solução,[434] ou, como se expressa M. NAVARRA, valem-se da *utilitas*, para motivar soluções que estendem ou excepcionam o direito existente e que talvez não fossem aceitáveis segundo um raciocínio estritamente dedutivo, distanciando-se, portanto, de uma lógica puramente sistemática ou formal e utilizando, assim, uma lógica do concreto que revela, na experiência romana, a

---

ato se puderem compreender o que se passa."

[432] Cf. W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University, 1921, p. 293.

[433] Mesmo sem conhecer o latim, pode ter sido informada, talvez em sua própria língua, por aquele que a chamou a testemunhar, de que se tratava de um testamento. Provavelmente a fim de facilitar que as testemunhas soubessem exatamente de qual ato se tratava é que se estabele a regra presente em Ulp. 2 *ad Sab*. D. 28,1,21,3, segundo a qual o testamento deveria ser feito num único ato e não de forma fracionada.

[434] *Utilitatis causa receptum. On the pragmatical methods of the Roman lawyers,* in J. A. ANKUM. R. FEENSTRA, W. F. LEEMANS, *Symbolae ivridicae et historicae Martino David dedicatae. Tomus primus. Ius romanu,* Leiden, Brill, 1968, p. 3, com a menção a diversos exemplos de emprego da *utilitas* no direito privado romano. Para tais exemplos, consultar também E. DOVERE, *Le discours juridique et moral de l'utilitas à Rome,* in A. CAILLÉ, M. SENELLART, C. LAZERRI (dir.), *Histoire raisonée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile. Tome I. De l'antiquité aux Lumières,* Paris, Flammarion*,* 2007, pp. 134-138. Uma visão mais cética quanto ao emprego da *utilitas*, tendendo à defesa de um pensamento mais dogmático nos juristas romanos, U. LEPTIEN, "*Utilitatis causa". Zweckmässigkeitsentscheidungen im römischen Recht*, in *SDHI* 35 (1969). pp. 51-72.

possibilidade da coexistência, no raciocínio jurídico, do pensamento sistemático e problemático.[435]

Em várias decisões, as razões invocadas pelo imperador para motivar sua decisão não apresentam um caráter estritamente lógico, pois a decisão, ao menos expressamente, não decorre de uma regra ou de um raciocínio analógico, ou mesmo da consideração de elementos subjetivos dos agentes, ou da aplicação de princípios gerais, mas é justificada com base em argumentos pragmáticos,[436] considerações de utilidade, que, se eram utilizadas pela jurisprudência, segundo M. NAVARRA, apenas para justificar o *ius receptum,*[437] são invocadas pelo imperador para fundamentar a criação de novas soluções jurídicas.

Nos rescritos analisados, essa consideração da *utilitas* (embora o termo não apareça)[438] ou do *commodum* das partes envolvidas, pode se apresentar tanto no aspecto positivo quanto negativo. Numa delas, a providência determinada é tida como muito apropriada e, portanto, motivada com base na vantagem trazida. Em outras, justifica-se a decisão pelo fato de não gerar prejuízos aos envolvidos e, em outras, a motivação está em evitar a ocorrência de um prejuízo à parte, tendo-se assim em mira evitar o *incommodum,* mais que produzir o *commodum.*

A introdução de um novo remédio é justificada por seu aspecto positivo na *epistula* mencionada em Ulp 24 *ad ed.* D. 25,4,1pr:

---

[435] *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 02-03. A autora afirma, contudo (pp. 207-209), que os juristas não costumavam invocar a *utilitas* para propor uma nova solução desse tipo, mas apenas para justificar, *a posteriori*, o *ius receptum*.

[436] C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado* cit., p. 303, denominam argumento pragmático "aquele que permite apreciar um fato ou um acontecimento consoante suas consequências favoráveis ou desfavoráveis."

[437] *Ricerche* cit., pp. 207-209.

[438] No rescrito contido em Ulp. 2 *de off. cons.* D. 40,12,27pr, o termo *utile* aparece, mas não como motivação e sim como critério integrante da instrução dirigida pelos *divi fratres* aos cônsules: *Divi fratres Proculo et Munatio rescripserunt: "Cum Romulus, de cuius statu quaeritur, pupillaris aetatis sit, an exigente Varia Hedone matre et consentiente Vario Hermete tutore ad tempus pubertatis causa differenda sit, vestrae gravitatis est ex fide personarum quod utile est pupillo, constituere".* "Os divinos irmãos responderam por rescrito a Próculo e Munácio: "Uma vez que Rômulo, acerca de cujo estado se litiga, está em idade pupilar, e exige sua mãe Vária Hédone e consente seu tutor Vário Hermes que a causa seja diferida até o tempo da puberdade, cabe à vossa seriedade, e de acordo com a confiança das pessoas, estatuir o que for útil ao pupilo."

Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: "Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. Igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. Et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. Si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit".

Nos tempos dos imperadores irmãos (Marco Aurélio e Lúcio Vero), se ocorresse de o marido dizer que a mulher estivesse grávida e a esposa negasse, os imperadores, consultados, deram um rescrito ao pretor urbano Valério Prisciano com estas palavras: ‘Parece que Rutílio Severo deseja uma nova coisa: que se coloque um guardião para a esposa que se divorciara dele e que afirma não estar grávida. E por isso, ninguém se maravilhe se também nós sugiramos um conselho e um remédio. Assim, pois, se ele persiste na mesma postulação, é muito apropriado escolher a casa de uma honestíssima mulher na qual Domícia venha e, ali, três obstetras aprovadas na arte e na confiança, que de ti (pretor) forem aceitas, analisem-na. E se na verdade ou todas ou duas anunciarem que ela se apresenta grávida, então há de se persuadir a mulher a que de modo igual admita um guardião como se ela própria desejasse isto. Porque se ela não se esforçar para que saia o parto saiba o marido que é pertinente a sua revolta e sua opinião, para que não sem razão possa parecer ter desejado esta medida para fazer alguma injúria a mulher. Se, porém, ou todas ou a maioria anunciarem que ela não

> está grávida, não haverá nenhuma causa para que se deva custodiar".[439]

O *Senatusconsultum Plancianum*, anterior ao principado de Adriano,[440] tinha em mira possibilitar o reconhecimento dos filhos concebidos durante o matrimônio e ainda não nascidos quando do divórcio, concedendo à mãe ou a seu *paterfamilias* uma ação para obrigar o marido a reconhecer os filhos desde que o notificasse dentro de trinta dias após o divórcio, evitando-se assim que a dissolução do matrimônio prejudicasse o nascituro.[441]

O *Senatusconsultum Plancianum*, contudo, tutelava, sobretudo, os interesses da mulher que afirmava estar grávida quando do divórcio, não contemplando o caso em que o marido o alegasse e desejasse ver reconhecida sua prole.

Exatamente essa a *res nova* que se apresenta ao pretor Valério Prisciano e que este submete à apreciação dos *divi fratres*: Rutílio Severo afirmava estar grávida a esposa de quem se divorciara e esta o negava; aquele, certo de que ela mentia e talvez temendo que pusesse fim à gestação, desejava averiguar a situação, garantir o nascimento da criança por meio do estabelecimento de guardiões e reconhecê-la como sua.

Diante de ausência de previsão explícita no Senatusconsulto, os imperadores sugerem as providências a se tomar, ou seja, aproveitam a consulta formulada para legislar, determinando que Domícia, a ex-esposa de Rutílio Severo, seja submetida à *inspectio ventris* na casa de uma mulher de honestidade reconhecida (procedimento regulado no edito do pretor e antes utilizado para apurar a veracidade da gestação quando a viúva afirmava estar grávida do *de cujus* e outros interessados na herança o questionassem)[442] e, se ficar comprovado que está grávida, deve ser imposto a ela um guardião do parto, ou seja, do nascituro, assegurando seu nascimento.

---

[439] Tradução de H.M.F. MADEIRA, '*Qui in utero est' – O Nascituro no Direito Romano Justinianeu: Fontes, Terminologia e Princípios*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002, p.140.
[440] A. BERGER, *Senatusconsultum Plancianum*, in *Encyclopedical Dictionary* cit., p. 699. Veja-se a discussão bibliográfica a respeito da data de promulgação em H. STEINWASCHER NETO, *A proteção pretoriana ao nascituro no direito romano*, São Paulo, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2016, p. 139, nt. 331.
[441] M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., pp. 59-60, H. STEINWASCHER NETO, *A proteção pretoriana* cit., p. 140
[442] A. BERGER, *Inspicere ventrem*, in *Encyclopedical Dictionary* cit., p. 504. Sobre a aplicação da *inspectio ventris* veja-se Ulp 24 *ad ed.* D. 25,4,1,10-15.

O rescrito não apresenta nenhuma motivação extensa para as providências determinadas, limitando-se os imperadores a afirmar que é muito útil, ou muito apropriado (*commodissimum*) recorrer ao expediente sugerido, não ficando claro se a referida utilidade diz respeito ao *pater*, que vê seu direito ao reconhecimento dos filhos, seu direito a uma prole tutelado, ou ao próprio nascituro,[443] o *partus* a ser eventualmente custodiado, que tem assegurado seu nascimento caso a *inspectio ventris* constate ser verdadeira a gestação.[444]

Em outras decisões, no entanto, é a ausência de prejuízos a ser invocada como razão justificadora, como ocorre num caso em que é determinada a colação dos bens do avô que tem o neto em sua *potestas* e este participará da sucessão dos bens de seu pai emancipado, providência esta determinada por razões pragmáticas e, mais adiante,

---

[443] A vantagem do nascituro, aliás, é um dos critérios para considerá-lo como se já nascido fosse, segundo Paul. *l. s. de port. quae lib. damn. conc.* D.1,5,7: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.* "Quem está no útero é protegido igualmente, como se estivesse *in rebus humanis*, todas as vezes que se pergunta das vantagens do próprio parto: embora de modo algum favoreça a outro antes de nascer".

[444] Apesar de remota a possibilidade de que o *commodissimum* mencionado pelos imperadores se refira ao interesse o público, não se pode exclui-la totalmente, tendo em vista que, em diversos fragmentos do Digesto, como apontam H. M. F. MADEIRA, *Nascituro e utilidade pública no Direito Romano,* in *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* 3 (1997), pp. 73-78, e H. STEINWASCHER NETO, *A proteção pretoriana* cit., pp. 77-78, a proteção ao nascituro é justificada com base na *utilitas publica*. É o que ocorre, por exemplo, em Ulp 24 *ad ed.* D. 25,4,1,13, em que Ulpiano apresenta o interesse do *populus* como um dos fundamentos para a *inspectio ventris*: *Sed et si servus heres institutus fuerit, si nemo natus sit, Aristo scribit, huic quoque servo quamvis non omnia, quaedam tamen circa partum custodiendum arbitrio praetoris esse concedenda. Quam sententiam puto veram: publice enim interest partus non subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit: ideoque etiam servus iste, cum sit in spe constitutus successionis, qualisqualis sit, debet audiri rem et publicam et suam gerens*. "Mas também se o servo for instituído herdeiro, acaso não nasça ninguém, escreve Aristão que, porém, também a este servo, pelo arbítrio do pretor, devam ser concedidas algumas coisas (embora nem tudo) relativas à custódia do parto. Tal opinião reputo verdadeira: pois interessa publicamente (ao povo) que o parto não seja falsificado para que seja salva a dignidade das ordens e das famílias: e por isso também este servo, uma vez constituído na expectativa da sucessão, quem quer que seja ele, deve ser ouvido como aquele que traz consigo um assunto tanto seu como público." Também em Ulp. 42 *ad.ed.* D. 37,9,1,15: *Et generaliter ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producatur, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur*. "E geralmente, por estas causas que o pretor se acostumou dar a *bonorum possessio* Carboniana ao menino, pelas mesmas causas, não duvidamos que o pretor deva socorrer também ao ventre, tanto mais facilmente porque a causa é mais favorável que a do menino. Pois o pretor seja favorável ao parto naquilo que o traga à luz, e ao menino naquilo que o conduza à família: pois deve ser alimentado este parto, o qual não somente nasce ao pai de quem diz ser, mas também à própria república." Traduções de H. M. F. MADEIRA, no artigo citado. H. STEINWASCHER NETO, *A proteção pretoriana* cit., pp. 77-78, ao tratar do ultimo texto citado, afirma que "Ulpiano adota o princípio do *favor* para o nascituro, porque a defesa de seu direito à vida é de interesse público, o nascimento de um novo cidadão e a garantia da defesa das famílias numerosas e do crescimento do *populus* romano."

justificada com base na ausência de lesão aos interesses dos demais participantes na sucessão:

Si quis filium habeat sui iuris et ex eo nepotem in potestate sua, consequenter erit dicendum, si nepos patris sui emancipati accipiat bonorum possessionem, de conferendis suis quoque bonis cavere eum debere et esse similem ei qui adoptavit: hoc enim divi fratres rescripserunt, ut ad collationem avus compellatur. Plane eodem rescripto adiectum est sic: "Nisi forte avus iste nullum ex his bonis fructum adquirere vult paratusque est de potestate nepotem dimittere, ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum possessionis perveniat. Nec idcirco ea filia, quae post emancipationem nata patri heres exstitit, iuste queri poterit", inquit, "quod eo facto a collationis commodo excluditur, cum avo quandoque defuncto ad bona eius simul cum fratre possit venire" [445]

Se alguém tiver um filho *sui iuris* e dele um neto sob seu poder, consequentemente se deverá dizer que, se o neto aceitar a posse dos bens de seu pai emancipado, o avô deverá prestar caução de trazer à colação também os seus bens e será semelhante àquele que adotou: pois isto responderam, num rescrito, os divinos irmãos, a fim de que o avô fosse compelido à colação. E claramente foi acrescentado no mesmo rescrito o seguinte: "a menos que, por acaso, o próprio avô não queira adquirir a fruição de nenhum desses bens e esteja preparado para renunciar à *potestas* sobre o neto, de modo que todo o proveito da posse dos bens venha ao emancipado. Nem por isso a filha que nasceu após a emancipação e permaneceu herdeira do pai – continua o rescrito – poderá se queixar com justiça de

[445] Ulp. 79 *ad ed.* D. 37,6,5pr. A mesma constituição é referida por Ulpiano, ainda que não a atribua a nenhum imperador, em Ulp. 39 *ad ed.* D. 38,6,6: *Si pater filium emancipaverit, nepotem retinuerit, deinde filius decesserit: et rei aequitas et causa edicti, quo de bonorum possessione liberis danda cavetur, efficit, ut eius ratio habeatur et bonorum possessio intestato patris detur, ut tamen bona sorori, quae necessaria heres patri extitit, conferre cogatur avus, qui per eum bonorum possessionis emolumentum adquisiturus est: nisi forte avus iste nullum ex his fructum adquirere vult paratusque est de potestate nepotem demittere, ut ad emancipatum emolumentum omne bonorum possessionis perveniat. Nec idcirco soror, quae patri heres extitit, iuste queri poterit, quod eo facto a collationis commodo excluditur, cum avo quandoque intestato defuncto ad bona eius simul cum fratre possit venire.* "Se o pai tiver emancipado o filho e retido neto, e então o filho tiver falecido, tanto a equidade do caso quantoo título do edito que trata da posse dos bens a ser concedida aos filhos, faz com que ele seja levado em conta e se lhe dê a *bonorum possesio ab intestato* do pai, mas de modo que à irmã, que permaneceu herdeira necessária do pai, seja compelido o avô a trazer seus bens à colação, pois adquirirá o proveito da herança por meio da *bonorum possesio*, a não ser que o próprio avô não deseje adquirir nenhum fruto desses bens e esteja preparado a renunciar à *potestas* sobre o neto, para que ao emancipado reverta todo o proveito da *bonorum possessio*. E nem por isso a irmã, que permaneceu herdeira

> ter sido, por esse fato, excluída do proveito da colação, já que, quando morrer o avô, não importa quando, obterá os bens juntamente com o irmão."

Certo homem emancipara seu filho, mas mantivera em sua *potestas* um ou mais netos gerados desse filho. Tal filho provavelmente gera novos filhos, agora *in potestate sua*, e, após sua morte, tivera lugar a *bonorum possessio*, não fica claro se *contra tabulas* ou *sine tabulis*, na qual lhe sucedem todos os seus filhos, tanto os novos (dentre eles, certamente uma filha nascida após a emancipação) quanto aqueles que permaneceram na *potestas* do avô.[446]

Segundo os princípios vigentes, não haveria maior problema nessa sucessão intestada, devendo os filhos todos herdar em partes iguais o patrimônio do pai falecido. Mas, no caso em questão, os *divi fratres* introduziram um novo elemento, exigindo que o avô, para quem o neto *in potestate* adquiriria os bens da herança, trouxesse seus próprios bens à colação, a não ser que emancipasse o neto e fizesse a ele reverter todo o proveito da sucessão.

Segundo M. SCARLATA FAZIO, eles partem do princípio que fundamenta a *collatio bonorum* em geral, e que era o objetivo de evitar desequilíbrios entre a quota do *suus* e do emancipado, já que este teve a possibilidade de formar um patrimônio próprio e ainda ganhará parte do que seus irmãos adquiriram e integrou o patrimônio do de cujus.

---

de seu pai, poderá se queixar com justiça de ter sido, por esse fato, excluída do proveito da colação, já que, quando morrer intestado o avô, não importa quando, podera obter seus bens juntamente com o irmão." O mesmo princípio é atribuído por Modestino a Marco Aurélio em Mod. 6 *pand.* D. 37,8,4: *Emancipato quis filio retinuit ex eo nepotes in potestate: filius emancipatus susceptis postea liberis decessit. Placuit in avi potestate manentes simul cum his, qui post emancipationem nati sunt, decreto bonorum possessionem accipere, manente eo, ut, si velit avus sibi per nepotes adquiri, bona sua conferat aut nepotes emancipet, ut sibi emolumentum paternae hereditatis adquirant: idque ita divus Marcus rescripsit*." "Alguém, emancipando o filho, reteve sob sua *potestas* os netos dele nascidos, e depois de ter tido outros filhos, faleceu o filho emancipado. Determinou-se que os remanescentes na *potestas* do avô participem da *bonorum possessio* juntamente com aqueles que nasceram após a emancipação, com a condição de que, se o avô desejar adquirir para si, por meio dos netos, traga seus bens à colação ou emancipe os netos, a fim de que adquiram para si o proveito da herança paterna. E assim estabeleceu por rescrito o divino Marco."

[446] M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., p. 116, para quem se tratava d euma *bonorum possessio sine tabulis*, e F. PULITANÒ, *Adoptione cognati facti. Un rescritto dei "divi fratres" in tema di "collatio bonorum"*, in *Rivista di Diritto Romano* IV (2004), disponível eletronicamente em http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano04pulitano.pdf, p. 2.

Os imperadores, segundo o autor, verificam que tal desequilíbrio pode se dar também em outras situações, tal como quando um dos filhos permaneceu sob a *potestas* do avô e adquiriu para ele, de modo que esses bens não integraram o patrimônio do de cujus e, portanto, não seriam repartidos com os irmãos que estavam na *potestas* do *pater* (*sui heredes*), os quais contribuíram para o incremento de seu patrimônio e ainda o repartiriam com o irmão que adquiriu para outrem.

Assim, para evitar a injustiça (de certa forma, o filho na *potestas* do avô – e o avô por meio dele – participaria daquilo que seus irmãos contribuíram para construir), os imperadores exigem não que o filho, mas que o avô traga seus bens à colação, a fim de barrar um possível enriquecimento injusto.[447]

Não fica clara, contudo, apesar do argumento de M. SCARLATA FAZIO, qual a desproporção a ser corrigida por meio da *collatio bonorum* dos bens do avô, já que, se esta não ocorresse, e os irmãos herdassem partes iguais da herança de seu pai, o único a ser prejudicado seria o neto *in potestate*, que passaria ao avô o proveito obtido com a sucessão, em nada afetando o direito dos demais irmãos.

A situação do neto *in potestate*, por sua vez, em nada se assemelha à do emancipado, que pudera construir um patrimônio próprio e, assim se encontrava em posição de vantagem em relação aos demais *sui*, razão pela qual era obrigação a trazer seus bens à colação. Mais próximo disso, é verdade, estava o próprio avô, que já fora beneficiado pelo filho antes da emancipação, uma vez que o que ele adquirira fora para o patrimônio de seu pai, e, agora, por intermédio do neto *in potestate*, participaria indiretamente da sucessão daquele de quem recebera como que doações em vida, o que talvez justificasse a colação.

O mais provável, contudo, segundo o texto do próprio rescrito, é que a exigência de colação dos bens tenha sido utilizada como meio de compelir o avô a emancipar o neto e lhe garantir o proveito da sucessão (*ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum possessionis perveniat*), e não como forma de corrigir desproporções entre os participantes da sucessão, efetivando, isto sim, os próprios objetivos que inspiravam *bonorum possessio*,

[447] *Principii* cit., p. 117.

criada a fim de privilegiar os vínculos de sangue entre pai e filho, fazendo com que este, independentemente de sua posição de *suus*, participasse da herança, o que não ocorreria se o avô não o emancipasse.

De qualquer forma, parece que o avô opta por emancipar neto e a colação não ocorre, o que gera reclamações por parte da filha nascida após a emancipação, que se sente prejudicada com a ausência de colação, talvez por entender que aquilo que o irmão adquirira e que, se não estivesse na *potestas* do avô, iria para o *pater* emancipado, deveria ser repartido com os herdeiros que contribuíram para a formação do patrimônio que era agora divido com o irmão na *bonorum possessio*.

De fato, sem a colação dos bens do avô, a filha do emancipado receberia menos do que poderia, mas os imperadores afirmam não haver qualquer justiça em sua reclamação, uma vez que não saiu prejudicada, pois, quando da morte do avô, sucederia, juntamente com o irmão, naqueles bens que agora deixavam de ser trazidos à colação.[448]

Assim, a decisão imperial, que já fora justificada com base num argumento pragmático – o intuito de fazer com que o neto obtivesse o proveito da herança e não o avô – vê sua legitimidade reforçada por novas considerações de caráter utilitário, argumentando os imperadores com base na ausência de prejuízo para rechaçar o reclamo apresentado por uma das partes envolvidas no caso.

Em outro caso, a obrigação imposta aos *curatores rei publicae* de reaver terrenos da cidade ocupados indevidamente, ainda que por terceiros de boa-fé, parece ostentar uma justificativa com base na ausência de prejuízos maiores a estes terceiros, a quem, resta ainda a possibilidade de agir contra o vendedor em razão da evicção:

Item rescripserunt agros rei publicae retrahere curatorem civitatis debere, licet a bona fide emptoribus possideantur, cum possint ad auctores suos recurrere.[449]	Os mesmos resolveram por rescrito que o curador da cidade deve trazer de volta os campos da república, ainda que sejam possuídos pelos compradores de boa fé, pois

[448] F. PULITANÒ, *Adoptione* cit., p. 02 e p. 06, afirma que eventuais desproporções na sucessão do pai emancipado (não fica claro quais sejam) seriam corrigidas na sucessão do avô.
[449] Papir. 2 *de const.* D. 50,8,11,2.

estes podem recorrer a seus vendedores.

As cidades podiam dar seus terrenos em locação aos particulares, por tempo determinado ou perpetuamente, mediante o pagamento de um *vectigal*[450] e, em caso de falta de pagamento, podiam revogar a concessão.[451] Essa era uma das principais fontes de renda dos municípios,[452] mas se sabe que o patrimônio fundiário público era frequentemente descuidado pelos administradores da cidade. Assim é que o rescrito mencionado em Papir. 2 *de const.* D. 50,8,11,2 afirma caber ao *curator rei publicae*, comissário imperial instituído para zelar sobre as finanças e o patrimônio municipal,[453] a obrigação de *retrahere* os terrenos públicos indevidamente ocupados, ainda que possuídos por terceiros de boa-fé, já que podem eles agir contra o transferente para buscar o ressarcimento pela evicção.[454]

Segundo G. CAMODECA, segundo o qual, ao contrário do que entendia T. L. COMPARETTE,[455] a constituição imperial não é motivada por uma suposta inalienabilidade dos terrenos municipais,[456] diversas hipóteses de abuso podem estar na base desse

---

[450] A concessão perpétua, como mostra Gai 3,145, não era facilmente enquadrável nos esquemas do direito privado romano, já que, no caso das concessões perpétuas, o arrendatário tinha poderes análogos ao de um proprietário, até mesmo a possibilidade de transferir *inter vivos* ou *mortis causa* o seu *ius in agro vectigali*.

[451] Gai 3,145 informa que as concessões eram feitas com a cláusula *quamdiu vectigal praestetur* e Scaev. 1 resp. D. 20,1,31pr-1 traz o exemplo de uma tal cláusula. Segundo L. MAGANZANI, *Agri publici* cit., p. 169, ao primeiro inadimplemento, ocorria o confisco do terreno (*comissum*), que podia ser exercido contra o possuidor atual por conta de débitos passados (com o tempo a *locatio* dos *agri vectigales* havia se tornado transmissível *inter vivos* ou *causa mortis* e era mais fácil para o município agir contra o atual possuidor do que exigir o pagamento do inadimplente que havia transferido o *ius in agro vectigali*).

[452] Cf. Cic. ad fam. 13,7,1-2; Cic. ad fam. 13,11,1.

[453] Também chamado de *logista* nas fontes gregas. Sua criação responde tanto à necessidade de fazer frente, por meio de uma supervisão mais rigorosa, à situação financeira ruinosa de diveros municípios, causada por má administração, quanto ao intuito de ampliar a interferência do poder imperial no governo local. A nomeação de *curatores rei publicae,* de fato, vê um grande aumento durante o governo de Marco Aurélio, o que talvez encontre expressão no rescrito em questão. Sobre o *curator rei publicae* (termo que indica o patrimônio público ou a cidade, e não a *res publica* em sentido político mais geral), veja-se G. LACOUR-GAYET, *Curator civitatis*, in *DS,* 1.2, p. 1619-1621; A. SACCHI, *Curator civitatis o rei publicae*, in *NDI* 4 (1939), pp. 483-484; E. LABATUT, *La municipalité romaine et les curatores reipublicae*, Paris, Ernest Thorin, 1868; T. L. COMPARETTE, *The Reorganization of the Municipal Administration under the Antonines*, in *The American Journal of Philology* 27, 2 (1906), pp. 166-183; G. CAMODECA, *Ricerche sui curatores rei publicae*, in *ANRW* II, 13, H. Temporini, Berlin-New York, 1980, pp. 453-534.

[454] G. CAMODECA, *Ricerche* cit., pp. 464-465. Essa função do *curator rei publicae*, no que diz respeito à Itália, está atestada em *CIL* XI 5182: "*... re]i publi[cae ...] agros [et pascua q]uae oc[cupata a priv]atis fu[erant muni]cipio [Vettonensiu]um resti[tuit per ...]cium [... cu]rator[rem rei pub]licae*."

[455] *Reorganization* cit., p. 175, para quem o caso tratava da alienação vedada de *agri vectigalia* e *loca publica*.

[456] Assim também se manifesta M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., p. 105, segundo o qual o rescrito não trata

rescrito,[457] todas relacionadas a uma ocupação indevida de terras públicas por particulares, fenômeno atestado em diversas fontes epigráficas e que se tentou reprimir ao menos desde Vespasiano.[458]

No que toca ao tema da presente tese, deve-se notar que os imperadores, além de partir da irregularidade de tais concessões para impor ao *curator rei publicae* o dever de revogá-las e obter a restituição dos terrenos públicos, mesmo que ocupados por terceiros de boa-fé, trazem uma motivação adicional para sua decisão, de caráter pragmático, argumentando com base na ausência de consequências mais danosas aos terceiros, que, embora prejudicados com a perda do terreno, poderiam se voltar contra quem lhos havia transferido, a fim de obter a indenização.[459]

Em outros dois casos, por fim, justifica-se a decisão com base na necessidade de evitar o *incommodum*, como ocorre, primeiramente, em sede de *iusiurandum in litem*:

Videamus in tutelari causa quis iurare et adversus quem possit. Et quidem ipse	Vejamos quem pode jurar e contra quem, em uma causa tutelar. E, na verdade, o

das *res extra commercium*, mas sim de bens patrimoniais pertencentes à *res publica* e perfeitamente alienáveis. Para o autor, contudo, o fragmento é interpolado no trecho *licet – recurrere*, pois os compiladores teriam entendido que o caso trata da venda de uma coisa fora do comércio, acrescentando a consideração da *bona fides* do comprador, assim como fazem em outros textos em que efetivamente se tratava de tal tipo de venda, a fim de permitir a ele agir em juízo contra aquele (não a própria *res publica*) que o vendera uma coisa fora do comércio. Para G. CAMODECA, *Ricerche* cit., p. 465, nt. 55, os argumentos utilizados por M. SCARLATA FAZIO não são convincentes.

[457] Ele dá como exemplo o arrendamento de terrenos públicos em favor dos senadores municipais, *decuriones*, em nome próprio ou por interposta pessoa, caso em que caberia ao governador da província revogar a concessão, conforme Ulp. 3 *opin.* D. 50,8,2,1.

[458] *Ricerche* cit., p. 465. Sobre a evolução dessa política de recuperação dos terrenos públicos, veja-se L.MAGANZANI, *Agri* cit., pp. 165 e ss. O primeiro imperador a tomar medidas mais ativas contra esse tipo de posse irregular teria sido Vespasiano, que reivindicou terras públicas tanto em Roma como nas províncias (*CIL* VI, 933). Ulpiano, por seu turno, ao tratar das funções do *curator rei publicae*, afirma que os títulos deveriam ser investigados e a propriedade pública reivindicada, ou imposto ao possuidor um *vectigal*, conforme Ulp. *lib. sing. de off. cur. rei pub.* D. 50,10,5,1. Providência semelhante ocorria em relação a construções feitas em solo público, nas quais ao *procurator operibus publicis* cabia a escolha entre ordenar a demolição e impor um *solarium*, um *vectigal* sobre o solo, como mostra Ulp. 68 *ad ed.* D. 33,8,2,17. L. MAGANZANI, *Agri publici* cit., p. 166, nota como esse tipo de operação era benéfica não somente às comunidades locais, mas também à metrópole, já que, enquanto as primeiras recuperavam os *loca publica* indevidamente ocupados, no curso da operação de reconhecimento dos terrenos públicos Roma podia obter de volta a posse dos *subseciva*, porções de terra que não eram concedidas aos particulares. O objetivo era sanar as finanças das cidades, garantindo o patrimônio fundiário e entradas seguras, sendo este, aliás, o mesmo espírito que animou a criação dos *curatores rei publicae*.

[459] Não se pode excluir aqui, obviamente, uma prevalência do interesse público sobre o terceiro de boa-fé, embora a noção de *utilitas publica* não apareça explicitamente no texto.

pupillus, si impubes est, non potest: hoc enim saepissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum vel matrem pupilli admittendam, etsi parata esset iurare, divi fratres rescripserunt: grave enim videbatur et ignorantes et invitos tutores sub alieni compendii emolumento etiam periurium anceps subire. (...)[460]	próprio pupilo, se é impúbere, não pode. Isto tem sido estabelecido por rescrito com frequência. Mas não deve ser obrigado a fazê-lo o tutor, ou permitida a mãe do pupilo, ainda que disposta a jurar, conforme resolveram por rescrito os divinos irmãos, pois parecia grave que os tutores suportassem até mesmo as consequências de um perigoso perjúrio por ignorância e contra sua vontade, em proveito do lucro alheio.

No rescrito mencionado por Ulpiano, os *divi fratres*, estabelecem que, em sede de *actio tutelae*, não se poderia obrigar o tutor a realizar um juramento em favor de seu pupilo, não sendo ainda permitido que a mãe deste o fizesse.

Segundo M. SCARLATA FAZIO, por razões sistemáticas e também de conteúdo, o juramento de que trata o fragmento é o *iusiurandum in litem*,[461] meio a que o juiz recorria, em alguns tipos de ações, sobretudo as ações *in rem* com cláusula arbitrária (*restituere*), mas também na *actio furti* e na *actio tutelae*, a fim de avaliar o montante da condenação pecuniária com base no juramento estimatório feito pelo próprio autor.[462]

Assim sendo, em se tratando de um tipo de juramento deferido apenas ao autor da ação - não era permitida representação, a não ser no caso especial do tutor que agia no interesse de um impúbere incapaz de jurar -,[463] certamente o tutor mencionado no rescrito não figura no polo passivo da causa tutelar, mas sim no polo ativo.

---

[460] Ulp. 36 *ad ed.* D. 12,3,4pr.
[461] *Principii* cit., p. 129-130. Segundo o autor, além do texto estar localizado no título relativo ao *iusiurandum in litem*, podem ser excluídos outros tipos de juramento, como o *iusiurandum in iure*, não admitido em *actio tutelae*, ou o *iusiurandum voluntarium*, que, baseando-se no acordo entre as partes, não suscitaria dúvidas quanto a quem poderia realizá-lo, ao contrário do que ocorre no caso submetido à apreciação dos imperadores.
[462] G. PROVERA, *Contributo allo studio del iusiurandum in litem*, Torino, Giappichelli, 1953, pp. 02 e 109; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 228.
[463] G. PROVERA, *Contributo* cit., p. 112.

No entanto, em razão da ausência de maiores detalhes sobre o caso, divergem os autores quanto à qualidade do tutor responsável pelo ajuizamento da ação. Enquanto G. PROVERA,[464] seguindo S. SOLAZZI, entende se tratar de uma *actio tutelae* ajuizada pelo novo tutor contra os herdeiros do antigo tutor já falecido, M. SCARLATA FAZIO[465] e F. ARCARIA[466] afirmam que a ação, no caso, fora provavelmente ajuizada por um *tutor praetorius* como aquele mencionado em Gai 1,184 e concedido especialmente ao pupilo para agir contra seu verdadeiro tutor, por exemplo, quando este tenha abandonado seu encargo *rei publicae causa*.[467]

Nesse caso, o juiz, desejando se valer do *iusiurandum in litem*, encontraria certo embaraço quanto à pessoa legitimada a realizá-lo, pois a possibilidade de deferi-lo ao pupilo, verdadeiro *dominus litis*, estava aparentemente excluída por outros rescritos imperiais mencionados, razão pela qual remete o caso aos *divi fratres*, consultando-os acerca da possibilidade de fazer o *tutor praetorius* jurar em lugar do pupilo, informando-os ainda que a mãe do pupilo se encontrava disposta a realizar o *iusiurandum in litem*.

Os imperadores, apreciando a questão, afirmam não ser possível o juramento da mãe, o que se dava provavelmente porque a mãe não era parte na ação, embora não apresentem a motivação para a exclusão e Ulpiano também não a explicite. [468] No que diz respeito ao tutor que age em favor do pupilo, afirmam não ser possível obrigá-lo a prestar o *iusiurandum in litem*, justificando esta parte da decisão, caso se entenda que a motivação referida por Ulpiano já se encontrava no próprio rescrito, a partir da necessidade de evitar consequências prejudiciais para aquele que, nomeado pelo magistrado apenas para aquela lide e talvez não suficientemente informado sobre o exercício da tutela a ponto de poder estimar com o grau necessário de exatidão o dano sofrido pelo pupilo ou o *quidquid dare facece oportere ex fide bona* pelo tutor, poderia correr o risco de cair em perjúrio justamente por sua ignorância.

---

[464] *Contributo* cit., p. 58.
[465] *Principii* cit., p. 131.
[466] *Oratio Marci* cit., p. 44, nt. 35.
[467] Hipótese mencionada em Ulp. 25 *ad ed.* D. 27,3,9pr.
[468] Assim, M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., p. 131, e F. ARCARIA, *Oratio Marci* cit., p. 44, nt. 35.

Assim sendo, não afastam a obrigatoriedade da prestação do juramento por se tratar ele de uma mera faculdade do autor, por não ser o *tutor praetorius* verdadeiro titular do interesse tutelado ou mesmo por não apresentar ele o mesmo vínculo afetivo que um tutor regular tinha com seu pupilo (circunstância que justifica em parte, segundo G. PROVERA, a atribuição aos tutores do poder de jurar em favor dos pupilos),[469] mas sim a partir de um argumento pragmático que tem em mira as eventuais consequências negativas da decisão, avaliando, neste caso, não o *commodum*, mas o *incommodum* suportado por uma das partes envolvidas, e que se mostra grave o suficiente para ser evitado.[470]

A mesma preocupação com as consequências negativas de eventual decisão contrária se mostra presente num rescrito em que os *divi fratres*, diante de uma disposição de última vontade duvidosa ou mesmo lacunosa, optam por interpretar a declaração do *de cujus* como sendo a imposição de um fideicomisso a sua esposa:

Item Marcus imperator rescripsit verba, quibus testator ita caverat "Non dubitare se, quodcumque uxor eius cepisset, liberis suis reddituram", pro fideicommisso accipienda. Quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre praesumpserat: et ideo princeps providentissimus et iuris religiosissimus cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum.[471]	Do mesmo modo estabeleceu num rescrito o imperador Marco, que as palavras com que o testador havia declarado "não duvidar que sua mulher restituiria aos seus filhos o que quer que dele recebesse" deveriam ser interpretadas como se fossem um fideicomisso. Rescrito que tem suma utilidade, a fim de que nem a honra de um matrimônio bem concluído nem a confiança dos filhos comuns prejudique o pai, que presumiu o melhor da mãe; e por isso o príncipe mais providente e cioso do direito, ao se aperceber que faltavam as palavras do fideicomisso, determinou em seu rescrito que essa declaração fosse tida como

[469] *Contributo* cit., p. 113.
[470] Na dicção de M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., p. 132, no caso os imperadores decidem "*in base a considerazioni di pratica contingenza*."
[471] Pap. 19 *quaest*. D. 31,67,10.

fideicomisso.

Desde sua origem, é certo que os fideicomissos, até mesmo como realização do amplo respeito que os romanos devotavam às disposições de última vontade, se caracterizaram por não se sujeitar às mesmas exigências formais requeridas para a celebração de testamentos ou disposição de legados, razão pela qual era permitida maior liberdade de interpretação dos *verba precativa* utilizados a fim de se encarregar alguém de um fideicomisso, não sendo necessárias palavras solenes para sua efetivação. Parece ser justamente este o raciocínio empregado por Marco Aurélio no caso mencionado por Papiniano, a fim de suprir a vontade expressa de forma lacunosa pelo *de cujus* que quis encarregar sua esposa de um fideicomisso em favor dos filhos. [472]

O interessante, contudo, é a justificativa adicional apresentada pelo jurista, que, embora não se possa dizer estivesse com certeza presente no rescrito, revela mais uma vez a atenção do imperador para as consequencias de suas decisões, o que se pode vislumbrar até mesmo no uso do adjetivo *providentissimus*. Papiniano é explícito ao falar da suma utilidade do rescrito, trazendo uma justificativa de caráter pragmático, pois dá a entender que a decisão imperial teria sido tomada no intuito de evitar as consequências negativas que poderiam advir da falta de reconhecimento da obrigatoriedade da disposição de última vontade em questão.

No caso, o *de cujus*, buscando de certa forma honrar sua esposa após o transcurso de um matrimônio bem vivido, deixa-lhe seus bens e afirma não duvidar, provavelmente pela confiança nela depositada, que ela os restituirá aos filhos. Como a vontade de que seus bens passassem aos filhos por intermédio da esposa não ficara expressa de forma clara, poderia ocorrer que ela não transferisse esses bens paternos aos filhos, por não ter entendido as palavras do marido como um verdadeiro pedido, ou mesmo por quebrar a confiança nela depositada pelo marido e pelos filhos.

[472] Diretiva semelhante se encontra nos escritos de Meciano, mestre e membro do *consilium* de Marco Aurélio, conforme Maec. 12 *fideic.* D. 50,17,96: *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset.* "Nas orações ambíguas, deve ser observada principalmente a intenção daquele que as proferiu."

Com isso, eles permaneceriam no patrimônio da esposa e, quando de sua morte, poderiam ser herdados por pessoas diversas dos filhos, seja em razão de testamento, seja em razão de sucessão intestada, uma vez que os filhos não eram *sui heredes* da mãe e herdavam apenas em concorrência com os agnados próximos ou na *bonorum possessio unde cognati*, não sendo certo que receberiam os bens maternos, sobretudo se o caso em questão ocorreu antes dos Senatusconsulto Orficiano, de 178 d.C., pelo qual Marco Aurélio estalebeleu que os filhos herdavam da mãe como agnados, mas antes dos demais.[473]

Assim, ao interpretar as palavras do marido como um fideicomisso, o imperador assegura que a disposição de última vontade reste eficaz e não se produzam as consequências negativas que uma interpretação mais formalista poderia acarretar, garantindo assim a *utilitas* do ato jurídico em questão.[474]

[473] A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 447, nt. 29.4.

[474] Em Scaev 20 *dig* D. 32,39pr, ao tratar de um caso em que um testador afirmara crer que seu liberto restituiria certo valor aos filhos do *de cujus*, o jurista Cervídio Cévola afirma que essas palavras devem ser interpretadas como fideicomisso e invoca, segundo H. J. WIELING, *Testamentsauslegung* cit., p. 135, a mesma constituição de Marco Aurélio: "*Pamphilo liberto hoc amplius, quam codicillis reliqui, dari volo centum. Scio omnia, quae tibi, Pamphile, relinquo, ad filios meos perventura, cum affectionem tuam circa eos bene perspectam habeo." Quaero, an verbis supra scriptis Pamphili fideicommisit, ut post mortem filiis defuncti centum restituat. Respondit secundum ea quae proponerentur non videri quidem, quantum ad verba testatoris pertinet, fidei commissum Pamphili, ut centum restitueret: sed cum sententiam defuncti a liberto decipi satis inhumanum est, centum ei relictos filiis testatoris debere restitui, quia in simili specie et imperator noster divus Marcus hoc constituit*." " 'Quero que se dê ao liberto Pânfilo, além do que lhe deixei nos codicilos, um cento. Sei, Pânfilo, que tudo o que te deixei deverpa ir a meus filhos, uma vez que conheço ben aa afeição que tens por eles.' Pergunto se, com as palavras acima transcritas, se encarregou Pânfilo de um fideicomisso, a fim de quem depois da morte, restitua aos filhos do defunto o cento recebido. Respondeu que, seguundo o que se expunha, não parecia, segundo as palavras do testamento, que se encarregara Pânfilo de um fideicomisso de restituir um cento, mas, como é bastante inumano que a intenção do defunto seja defraudada pelo liberto, o cento deixado a Pânfilo deveria ser restituído aos filhos do testador, porque em caso semelhante também assim constituiu nosso imperador, o divino Marco." Interessante notar que, para Cévola, seria inumano que o liberto enganasse o patrono, assim como Marco Aurélio busca evitar que a honra de um matrimônio bem transcorrido e a confiança dos filhos enganem o marido que confia na esposa. Outro exemplo de integração da vontade lacunosa numa decisão de Marco Aurélio se encontra em Pap. 15 *quaest.* D. 31,64.

2.3.6. *UTILITAS PUBLICA*

Segundo afirma E. DOVERE, a ideia de utilidade comum, no pensamento de Cícero, formado com base nas concepções estóicas e céticas, não obstante seu valor político, não se identifica com o interesse do Estado como algo distinto do *populus*, mas indica a utilidade de todos, dos homens, dos cidadãos. É uma *utilitas civium, civitatis populi*, ou seja, uma *communis* ou *utilitas hominum*.[475]

Mesmo a expressão *utilitas publica*, que aparece em fontes literárias e em fontes jurídicas como a *Oratio Claudii* e no Senausconsulto *de Tiburtibus*, além de rescritos de Marco Aurélio e nas obras do jurista Calístrato, não corresponde, ainda, como ocorrerá mais tarde, à ideia de *raison d'État*, sendo mais próxima da concepção republicana de *utilitas communis*, pois não distingue ainda o interesse do "Estado" daquele da *societas hominum*, triunfando a nova acepção apenas no período severiano.[476]

Nos rescritos de Marco Aurélio, imperador que, em suas meditações, se admoesta a ter em mira o bem comum em diversas ocasiões,[477] a expressão *utilitas publica* ocorre

---

[475] *Le discours* cit., p. 139.

[476] E. DOVERE, *Le discours* cit., p. 140; J. GAUDEMET, *Utilitas publica*, in *Études de Droit Romain, II, Institutions et doctrines politiques*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 171 e ss. Sobre o tema da *utilitas publica,* confiram-se ainda A. STEINWENTER, *Utilitas publica, utilitas singulorum*, in *Festschrift Paul Koschaker I*, Weimar, Böhlaus, 1939, pp. 84-102; G. LONGO, *"Utilitas Publica",* in *LABEO* 18 (1971), pp.7-71; T. HONSELL, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht*, in *SZ* 95 (1978), pp. 93-137; R. SCEVOLA, *'Utilitas publica'. I. Emersione nel pensiero greco e romano*, Padova, Cedam, 2012, e *'Utilitas publica'. II. Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, Cedam, 2012; M. NAVARRA, *Ricerche* cit., pp. 60 e ss.

[477] Em Med. 4,12, ao tratar da necessidade de mudar de opinião quando for necessário, estabelece o bem comum como um dos critérios para tanto: τὴν μέντοι μεταγωγὴν ἀεὶ ἀπό τινος πιθανότητος, ὡς δικαίου ἢ κοινωφελοῦς, γίνεσθαι καὶ τὰ προηγμένα τοιαῦτα μόνον εἶναι δεῖ, οὐχ ὅτι ἡδὺ ἢ ἔνδοξον ἐφάνη. "É necessário certamente a mudança originar-se sempre a partir dalguma verossimilhança por exemplo de justiça ou de bem comum, e essas coisas próximas tais, não o que doce ou glorioso pareceu." Med. 9,12: Πόνει μὴ ὡς ἄθλιος μηδὲ ὡς ἐλεεῖσθαι ἢ θαυμάζεσθαι θέλων, ἀλλὰ μόνον ἓν θέλε: κινεῖσθαι καὶ ἴσχεσθαι, ὡς ὁ πολιτικὸς λόγος ἀξιοῖ. "Trabalha, não como um infortunado, nem como desejando inspirar compaixão ou ser admirado; mas deseja somente uma coisa: mover-te e conter-te como a razão política (*politikos logos*) estima."; Med. 10,6: Εἴτε ἄτομοι εἴτε φύσις, πρῶτον κείσθω ὅτι μέρος εἰμὶ τοῦ ὅλου ὑπὸ φύσεως διοικουμένου: ἔπειτα, ὅτι ἔχω πως οἰκείως πρὸς τὰ ὁμογενῆ μέρη. τούτων γὰρ μεμνημένος, καθότι μὲν μέρος εἰμί, οὐδενὶ δυσαρεστήσω τῶν ἐκ τοῦ ὅλου ἀπονεμομένων: οὐδὲν γὰρ βλαβερὸν τῷ μέρει ὃ τῷ ὅλῳ συμφέρει. οὐ γὰρ ἔχει τι τὸ ὅλον ὃ μὴ συμφέρει ἑαυτῷ, πασῶν μὲν φύσεων κοινὸν ἐχουσῶν τοῦτο, τῆς δὲ τοῦ κόσμου προσειληφυίας τὸ μηδὲ ὑπό τινος ἔξωθεν αἰτίας ἀναγκάζεσθαι βλαβερόν τι ἑαυτῇ γεννᾶν. κατὰ μὲν δὴ τὸ μεμνῆσθαι ὅτι μέρος εἰμὶ ὅλου τοῦ τοιούτου, εὐαρεστήσω παντὶ τῷ ἀποβαίνοντι, καθόσον δὲ ἔχω πως

apenas em dois casos, sendo um deles uma citação literal,[478] e outro num fragmento de Papírio Justo,[479] que muito provavelmente refere as exatas palavras dos *divi fratres.* Em outras decisões, faz-se referência ao interesse público por meio do apelo à *utilitas annonae*,[480] à *utilitas* do *ordo decurionum*,[481] ou ao *splendor publicus*,[482] ou mesmo referindo-se ao interesse do fisco,[483] sem que se invoque expressamente tal *utilitas*.[484]

Da análise desses rescritos em que o interesse público é utilizado como razão de decidir, seja ele o interesse geral, a *utilitas publica* como sinônimo de *utilitas communis* ou *utilitas omnium*, seja ele o interesse de uma parte da coletividade ou de certo aparato governamental, constata-se que ele é invocado, via de regra, para motivar a criação de exceções ou para flexibilizar as regras existentes.

οἰκείως πρὸς τὰ ὁμογενῆ μέρη, οὐδὲν πράξω ἀκοινώνητον, μᾶλλον δὲ στοχάσομαι τῶν ὁμογενῶν καὶ πρὸς τὸ κοινῇ συμφέρον πᾶσαν ὁρμὴν ἐμαυτοῦ ἄξω καὶ ἀπὸ τοὐναντίου ἀπάξω. τούτων δὲ οὕτως περαινομένων ἀνάγκη τὸν βίον εὐροεῖν, ὡς ἂν καὶ πολίτου βίον εὕρουν ἐπινοήσειας προιόντος διὰ πράξεων τοῖς πολίταις λυσιτελῶν καὶ ὅπερ ἂν ἡ πόλις ἀπονέμῃ, τοῦτο ἀσπαζομένου. "Ou se os átomos ou se a natureza, fique estabelecido primeiro que sou parte do todo regido pela natureza; depois, que tenho de algum modo familiaridade com as partes de mesmo gênero. Pois lembrado disso, visto que decerto sou parte, não desagradarei a nenhuma das partes assinaladas do todo, pois nada que convém ao todo é prejudicial à parte. Pois o todo não tem algo que lhe não convém; tendo certamente isto em comum todas as naturezas, a natureza do mundo também desfruta do privilégio de não ser forçada por nenhuma causa exterior a gerar algo prejudicial a si mesma. Pela lembrança então de que sou parte de tal conjunto universal, comprazer-me-ei com tudo que chega. E tanto como tenho de algum modo familiaridade com as partes do mesmo gênero, nada praticarei prejudicial à comunidade, antes porém visarei ao objetivo de meus semelhantes e dirigirei todo o meu impulso no sentido do conveniente para a comunidade e o apartarei do contrário. E cumpridos assim esses pontos, será uma necessidade a vida correr bem, como acaso conceberás que de um cidadão corre bem a vida que transcorre entre práticas úteis aos cidadãos e que a isto, que a cidade acaso atribua, acolhe amigavelmente."; Med. 11,4: Πεποίηκά τι κοινωνικῶς: οὐκοῦν ὠφέλημαι. τοῦτο ἵνα ἀεὶ πρόχειρον ἀπαντᾷ, καὶ μηδαμοῦ παύου. 'Tenho realizado com sociabilidade (*koinonikos*) alguma coisa? ... pois então tenho tirado proveito. Que esse pensamento sempre te venha à mão e dele nunca te apartes."

[478] C. 6,54,2.

[479] Papir. 2 *de const.* D. 50,12,13,1.

[480] Papir. Just. 1 *de const*. D. 48,12,3,1.

[481] Ulp. 3 *de off. proc*. D. 50,2,3,2.

[482] Ulp. 4 *de off. proc*. D. 50,4,6pr.

[483] Call. 1 *de cogn.* D. 50,6,6,10.

[484] No rescrito mencionado em Papir. Just. 2 *de const.* D. 42,1,35, afirma-se que o encontro de novos documentos permitem reabrir a cognição de um caso em causas públicas, o que não ocorre em outros tipos de processos. O rescrito não contém propriamente uma fundamentação, ao contrário dos demais selecionados e incluídos no presente item, mas a razão para se excepcionar a regra parece residir justamentre no interesse público envolvido, embora não se o mencione expressamente: *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, quamquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, tamen in negotio publico ex causa permittere se huiusmodi instrumentis uti.* "Os imperadores Antonino e Vero estabeleceram por rescrito que, ainda que não convenha minimamente reapreciar os casos pela obtenção de novos documentos, nas causas públicas, contudo, com conhecimento de causa, é permitido utilizar documentos desta maneira."

Um primeiro exemplo ocorre em rescrito recolhido em *Marc.* C. 6,54,2 e relativo às cauções exigidas dos herdeiros, em que há referência expressa à *utilitas publica* como razão de decidir:

Divus Marcus Stratonicae. Ipsis rerum experimentis cognovimus ad publicam utilitatem pertinere, ut satisdationes, quae voluntatis defunctorum tuendae gratia in legatis, item fideicommissis inductae sunt, eorundem voluntate remitti possint. Quocumque enim indicio voluntatis cautio legati seu fideicommissi remitti potest. Sine die et consule.	O divino Marco a Estratônica. Conhecemos, pela experiência das coisas, interessar à utilidade pública que as fianças que se introduziram nos legados e fideicomissos para proteger a vontade dos falecidos possam ser dispensadas pela vontade dos mesmos. Assim, a caução de um legado ou fideicomisso pode ser dispensada por qualquer indício de vontade. Sem data ou indicação de cônsul.[485]

Enquanto nos legados *per vindicationem* o legatário era titular de um direito real sobre a coisa legada e, portanto, podia exigi-la não somente do herdeiro onerado, mas também de quem quer que a possuísse, pelo que não precisava temer a insolvência do herdeiro ou eventuais alienações e constituições de direito real feitas por ele, nos legados *per damnationem*, o legatário era mero credor do herdeiro, podendo agir apenas contra ele para obter o cumprimento do legado, expondo-se, assim, aos riscos de sua insolvência, atual ou superveniente, bem como às alienações da coisa.[486]

Isso poderia ocorrer, sobretudo, quando o legado era submetido a condição ou termo, em que o legatário podia temer que o herdeiro dissipasse os bens no período compreendido entre a adição da herança e a verificação do termo ou condição. Assim é que, a fim de garantir o legatário, o pretor, já no final da república,[487] concede-lhe a possibilidade de exigir do herdeiro a prestação de uma *satisdatio* ou *cautio legatorum servandorum causa*, pela qual se compromete a dar efetivo cumprimento ao legado.[488]

[485] Alexandre Severo, numa constituição de 225, parece fazer referência ao rescrito, embora o atribua a Marco Aurélio e Cômodo (*Alex. Sev.* C. 6,54,7 (225))
[486] P. F. GIRARD, *Manuel* cit., p. 923; E. CUQ, *Manuel* cit., p. 782
[487] Cf. Ulp. 79 *ad ed.* D. 36,3,1,15.
[488] Ulp. 79 *ad ed.* D. 36,3,1pr.

Caso se recuse a prestar tal caução, o legatário pode ser imitido na posse dos bens hereditários. Com o tempo, esse benefício é estendido também aos fideicomissos.[489]

No rescrito em questão, Marco Aurélio afirma ser possível que o *de cujus* dispense o herdeiro da prestação de tal caução, o que, segundo o imperador, tem em mira a utilidade pública,[490] razão pela qual não se exige que a vontade do falecido esteja formulada expressamente, bastando meros indícios de que deseja realizar referida dispensa.[491]

Pelo texto do rescrito, não fica claro qual o interesse público tutelado por meio dessa dispensa, mas pode-se conjecturar que, com ela, buscava-se tornar as heranças menos onerosas, evitando, assim, que não fossem aceitas e as disposições testamentárias restassem ineficazes, mesma preocupação que, segundo J. IGLESIAS, [492] somada à proteção da integridade do patrimônio familiar, levara à promulgação das leis restritivas da liberdade de legar no final da república.

---

[489] E. CUQ, *Manuel* cit., p. 782; J. IGLESIAS, *Direito Romano* cit., p. 843.

[490] O fisco, aliás, conforme Ulp. 2 *fideic.* D. 36,1,18, estava sempre dispensado dessa caução.

[491] Tanto é assim que tal dispensa poderia ser expressa na forma de uma condição, que não seria interpretada como tal, segundo mostram os seguintes fragmentos. Marciano, em Marcian. 7 *inst*. D. 36,3,12: *Licet, ut non petatur cautio, condicio testamento scripta fuerit, non videtur condicio: et ideo licet desideraverit quis caveri sibi, non videtur condicione defectus, quia postquam remitti talem cautionem iure publico placuit, nec onus cautionis sequitur nec quidem condicio intellegitur*. "Ainda que no testamento houver sido escrita a condição de que não se pela caução, não parece ser uma condição, e por isso, mesmo quando alguém desejar que se lhe dê a caução, não descumpre a condição, porque depois que, no direito público, se possibilitou dispensar tal caução, nem se segue o ônus da caução nem se a entende como condição." Ver também Papiniano em Papin. 7 *resp*. D. 35,1,77,3: *Pater exheredatae filiae tutores dedit eosque, si mater eius, impubere filia constituta, vita decessisset, ad rem gerendam accedere iussit, cum uxori mandatum esset, ut moriens filiae communi decies restitueret. Non sub condicione tutores videbuntur dati nec, si quid aliud interea puella quaesisset, eius administratione prohiberi, cautio vero fideicommissi matri remissa. Quocumque indicio voluntatis cautio legatorum vel fideicommissorum remitti potest. Itaque si cautionis non petendae condicio legato vel fideicommisso praescribatur, condicionem ea res non faciet: non enim deficiet, si quis caveri desideraverit, onere cautionis non secuto, quod adversus invitum hodie iure publico sequi non potest, postquam remitti posse cautionem placuit*. "Um pai nomeou tutores para sua filha deserdada e lhes ordenou que, se a mãe dela houvesse falecido sendo a filha ainda impúbere, passassem a administrar os bens, tendo ainda mandado à esposa que, ao morrer, restituísse dez à filha. Não se considera, nesse caso, dados os tutores sob condição, e nem que, se nesse meio tempo a filha houvesse adquirido algo, se lhes proibia a administração, mas se dispensa a mãe de prestar a caução do fideicomiso. Com qualquer indício de vontade se pode remitir a caução dos legados ou fideicomissos. E assim, se no legado ou fideicomisso se estabelece a condição de não pedir a caução, isto não constitui uma condição, pois não a descumprirá aquele que desejar que se lhe dê caução, se tendo seguido o ônus caução; o que hoje não pode suceder por direito público contra o que não deseja, depois que se determinou que se pudesse dispensar a caução." Papiniano, aliás, parece citar expressamente um trecho da constituição de Marco Aurélio (*quocumque - remitti potest*).

[492] *Direito Romano* cit., p. 839.

E. CUQ, ao tratar das razões que levaram à promulgação de uma dessas leis, a *lex Falcidia*, afirma que o interesse em evitar a sucessão *ab intestato* está relacionado ao fato de que um edito publicado pelos triúnviros anteriormente no mesmo ano havia estabelecido a exigência de que um cidadão que recolhesse uma sucessão testamentária deveria remeter uma parte dela ao tesouro público para custear a guerra contra Pompeu, ou seja, estabelecera uma espécie de imposto sobre as heranças, semelhante ao que seria criado alguns anos mais tarde pela *lex Iulia vicesimaria*. Assim sendo, segundo o autor, o interesse público presente na criação da lei seria de caráter arrecadatório.[493]

No que diz respeito ao rescrito de *Marc.* C. 6,54,2, contudo, diante de algumas notícias, em fontes literárias e jurídicas, que indicam uma tendência de Marco Aurélio a não favorecer cegamente os interesses do fisco, [494] parece difícil pensar que a manutenção da eficácia dos testamentos conseguida por meio do estímulo à aceitação da herança com a dispensa da *cautio legatorum servandorum causa* tivesse o intuito de aumentar a arrecadação.

No caso, o conceito de utilidade pública é utilizado por Marco Aurélio para fundamentar a criação de uma exceção ao remédio pretoriano, fazendo prevalecer a vontade do testador contra o interesse do legatário, e para permitir que a investigação da vontade do *de cujus* fosse feita de forma menos rigorosa, diante do interesse público envolvido,[495] que aqui não se confunde com o interesse do aparato governamental, mas indica um interesse da coletividade na manutenção da eficácia dos testamentos.

Em outro caso, a *utilitas annonae* ou *utilitas popularis annonae* é invocada para se permitir uma exceção em matéria de acusação criminal, diante da importância das questões envolvidas.

---

[493] *Manuel* cit., p. 777, nt. 3,

[494] SHA Marc. 11,2: *Delationes, quibus fiscus augeretur, contempsit*. "Desprezou as delações pelas quais se enriquecia o fisco."; SHA Marc. 12,5: *Fisco in causis compendii numquam iudicans favit*. "Nunca favoreceu o fisco, sempre que julgava causas que envolvessem dinheiro." Essa atitude do imperador parece presente na decisão mencionada em Marcell. 29 *dig.* D. 28,4,3, em que Marco Aurélio, dando uma *humanior interpretatio* ao ato de cancelar o nome de alguns herdeiros, mantém a eficácia de um testamento mesmo tendo em vista que, caso contrário, o fisco seria beneficiado. Em Inst. 3,11,1, ao estabelecer a *addictio bonorum libertatis causa*, afirma expressamente que, mesmo se o testamento se tornasse ineficaz e a herança revertesse ao fisco, as manumissões previstas no testamento deveriam ser cumpridas.

[495] Ressalte-se que tanto Marciano, em Marcian. 7 *inst*. D. 36,3,12, quanto Papiniano, em Papin. 7 *resp*. D. 35,1,77,3, imputam a criação dessa possibilidade de dispensar da caução ao *ius publicum*.

Item in haec verba rescripserunt: "Etsi non solent hoc genus nuntiationis mulieres exercere, tamen quia demonstraturam te quae ad utilitatem annonae pertinent polliceris, praefectum annonae docere potes".[496]	Os mesmos responderam com um rescrito nestas palavras: "Ainda que as mulheres não costumem exercer tal gênero de denúncia, como prometes que haverás de demonstrar coisa pertinente à utilidade das provisões de trigo, podes informar o prefeito das provisões."

O aprovisionamento da cidade de Roma, durante toda sua história, foi questão de suma importância e, ao longo do tempo, ficou a cargo de diferentes órgãos públicos. Durante a república, a tarefa de supervisionar o abastecimento de grãos cabia aos cônsules e depois aos edis curuis, nomeando-se, em casos de necessidade, um funcionário especial, que recebia o nome de *curator* ou *praefectus annonae*, todos eles com seus poderes limitados ao território da *civitas* romana.

Augusto chega a se encarregar da *cura annona* em situação emergencial no ano de 22 a.C. e, ao final de seu governo, *utilitatis causa*,[497] institui o *praefectus annonae*, cuja existência é atestada ao menos desde 14 d.C. e que estava autorizado a exercer as funções relativas ao aprovisionamento da cidade de Roma sem limites territoriais ou temporais. Sua competência, embora coincidisse incialmente com a dos magistrados republicanos que se encarregavam da mesma função, alargou-se progressivamente, passando ele a ser responsável pela importação de grãos e outros gêneros de primeira necessidade e por sua conservação nos *horrea* públicos, por impedir a especulação, cuidar das requisições nas províncias e do transporte até Roma, assim como regulamentar os contratos entre a *res*

[496] Papir. Just. 1 *de const*. D. 48,12,3,1 (2ª parte). Marcian. 2 *de iud. pub*. D. 48,2,13, menciona o mesmo rescrito, atribuindo-o a Antonino e Severo: *Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a praefecto annonae deferentem divus Severus et Antoninus rescripserunt. Famosi quoque accusantes sine ulla dubitatione admittuntur. Milites quoque, qui causas alienas deferre non possunt, qui pro pace excubant, vel magis ad hanc accusationem admittendi sunt. Servi quoque deferentes audiuntur*.

[497] Pomp. *lib. sing. Ench*. D. 1,2,2,33: *Nam praefectus annonae et vigilum non sunt magistratus sed extra ordinem utilitatis causa constituti sunt*. "Quanto ao *praefectus annonae* e ao *praefectus vigilum*, não são eles magistrados, mas foram constituídos em razão da utilidade de modo extraordinário."

publica, os mercadores e armadores, distinguindo-se do serviço responsável pelas distribuições propriamente ditas, a cargo do *praefectus frumenti dandi*.[498]

Ao mesmo tempo, buscando coibir as diversas práticas especulativas que encareciam o preço do trigo e outros grãos e ameaçam o abastecimento da cidade,[499] trazendo, com isso, o risco de crises alimentares e convulsões sociais, promulgou-se, em Roma, a *lex Iulia de Annona*, que punia qualquer um que cometesse atos prejudiciais ao aprovisionamento de grão ou participasse de acordos tendentes a favorecer um encarecimento do preço, equiparando ao encarecimento artificial o atraso proposital na partida de uma embarcação que levava grãos para Roma.[500]

Nas províncias, o poder de punir esses crimes cabia aos procônsules e, em Roma, provavelmente, a uma *quaestio* específica, ao menos durante os primeiros tempos de vigência da lei, pois posteriormente o *prafectus annonae* assumiu o poder jurisdicional no tocante aos crimes anonários.[501]

De fato, das muitas competências administrativas ligadas ao abastecimento da cidade, decorreram para o *praefectus annonae* funções jurisdicionais tanto em matéria civil quanto criminal. Assim é que, além de julgar litígios relativos ao comércio de grãos,[502] o *prafectus* julgasse o *crimen annonae*, seguindo o procedimento da *cognitio extra ordinem*,[503] em que o processo poderia ter início até mesmo de ofício, e não o *ordo*

---

[498] G. HUMBERT, *Cura annonae,* in *DS* 1.2., pp. 1613-1614; J. L. ZAMORA MANZANO, *Crisis alimentaria y especulacion en el derecho romano: a proposito de la lex Iulia de annona*, in *Studia Prawnoustrojowe* 25 (2014), pp. 7-10; A. POLLERA, *"Annonnam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent". D. 47.11.16: note sulla repressione dei crimine annonari*, in *INDEX* 19 (1991), pp. 407-408.

[499] Sobre tais práticas, confira-se a análise de J. L. ZAMORA MANZANO, *Crisis* cit., pp. 11 e ss.

[500] Ulp. 9 *de off. proc.* D.48,12,2pr: *Lege iulia de annona poena statuitur adversus eum, qui contra annonam fecerit societatemve coierit, quo annona carior fiat. 1.Eadem lege continetur, ne quis navem nautamve retineat aut dolo malo faciat, quo magis detineatur; 2. Et poena viginti aureorum statuitur*. "Na Lei Júlia sobre as provisões, estabelece-se pena contra aquele que, contra as provisões, tiver agido de qualquer maneira ou contraído sociedade, a fim de encarecer o aprovisionamento. 1. Na mesma lei está contido que ninguém retenha navio ou marinhero ou atue com dolo mau para que se os retenha. 2. E estabelece a pena de vinte áureos." A. POLLERA, *Annonam* cit., p. 410; J. L. ZAMORA MANZANO, *Crisis* cit., pp. 13-14.

[501] A. POLLERA, *Annonam* cit., p. 410-411.

[502] Paul 1 *decret*. D. 14,5,8 e Ulp. 28 *ad ed*. D. 14,1,1,18.

[503] Para R. BAUMAN, *Crime and punishment in ancient Rome,* London, Routledge, 1996, p. 195, teoricamente, o *crimen annonae* era processado segundo o o*rdo iudiciorum publicorum*, pelo procedimento das *quaestiones perpetuae*, mas o procedimento perante o *praefectus annonae* é desconhecido.

iudiciorum publicorum com seu sistema de *quaestiones perpetuae* e seu processo acusatório.[504]

Nesse contexto se insere o rescrito dos *divi fratres* mencionado em Papir. 1 *de const*. D. 48,12,3,1, no qual se permite que a *delatio,* espécie de informação – não se tratava de verdadeira *accusatio* - a partir da qual poderia ter início o processo criminal na *cognitio,* pudesse ser apresentada até mesmo por mulheres, que, no sistema do *ordo iudiciorum publicorum,* estavam excluídas do direito de acusar.

É certo que o processo da *cognitio extra ordinem* já trazia em seu bojo a possibilidade de excepcionar as regras do *ordo,* o que poderia muito bem motivar, como ocorreu em outros casos, a admissão à acusação de sujeitos a quem ela não era permitida no sistema anterior, mas o interessante é que os imperadores não se valem desse argumento.

O que fazem para fundamentar a criação da exceção à regra – e mesmo em sede de *cognitio* talvez a mulher não costumasse atuar como acusadora, como os próprios imperadores parecem afirmar, desde que com a frase *etsi non solent* não estejam se referindo ao sistema do *ordo,* é invocar a *utilitas annonae,* mencionada num fragmento de Paulo como *utilitas popularis annonae*,[505] ou seja, o interesse do aprovisionamento da

---

[504] Autores como T. MOMMSEN, *Le Droit Public Romain V* cit., p. 344, e H. PAVIS D'ESCURAC, *La préfecture de l'annone, service administratif impérial d'Auguste à Constantin*, Rome, École Française de Rome, 1976*,* p. 276, adotam posição cética quanto à competência jurisdicional em matéria criminal do *prafectus annonae,* afirmando que ele se limitava a receber a denúncia, cabendo o julgamento ao tribunal do *praefectus urbi*, mas esta é afirmada, justamente com base no rescrito dos *divi fratres*, por A. POLLERA, *Annonam* p. 415-417 e F. ARCARIA, *Oratio* cit., p. 87-88 (ambos com ampla indicação de diversos outros autores com posição semelhante); P. CERAMI, *Rec. di Pavis D'Escurac*, *La préfecture de l'annone,* in *IURA* 28 (1977), pp. 224-225, com base no texto do rescrito dos *divi fratres*, que aponta para um exame da denúncia pelo próprio *praefectus annonae* e também porque as razões de ordem funcional seriam um motivo para essa competência, já que, dados os amplos poderes de que gozava na direção e controle do comércio de grãos, é bastante plausível um correspondente poder repressivo sobre os crimes praticados no âmbito desse mesmo comércio e que atingiam o aprovisionamento de Roma. Afora isso, a maior simplicidade do procedimento adotado perante os prefeitos da anona favorecia maior celeridade e eficiência na repressão. Para a diferença entre os sistemas processuais penas do *ordo iudiciorum publicorum* e da *cognitio extraordinem*, veja-se B. SANTALUCIA, *Diritto sostanziale e forme processuali della 'cognitio',* in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, pp. 463 e ss.

[505] Paul. 1 *sent.* D. 48,19,37: *In dardanarios propter falsum mensurarum modum ob utilitatem popularis annonae pro modo admissi extra ordinem vindicari placuit*. Segundo A. POLLERA, *Annonam* cit., p. 427, essa expressão indica não o interesse geral do estado, mas o interesse de serviços públicos essenciais. "*Ci sembra allora di poter rilevare come questo concetto di utilitas si inserisca in una più generale concezione, che individua l'interesse pubblico riferendolo alla efficienza dei servizi piuttosto che alla comunità nel suo*

cidade de Roma, questão importantíssima, e de grande repercussão para o *populus* e não simplesmente para o imperador e seu aparato burocrático de governo,[506] mostrando mais uma vez como a *utilitas publica* era utilizada pelo imperador Marco Aurélio em seus rescritos para derrogar parcialmente o direito vigente, fazendo sobre ele prevalecer o interesse público.

Em matéria de direito municipal, a *utilitas*, o interesse do *ordo decurionum*, do senado ou conselho municipal, é invocado por duas vezes para se mitigar a aplicação de regras concernentes aos critérios para se integrar esse conselho ou para que seus membros acessem as magistraturas.

Ulpiano, ao tratar dos requisitos para se integrar o *ordo*, menciona como os *divi fratres*, excepcionado uma regra existente, com base no interesse de se manter completo o conselho, admitiram que esse fosse integrado também por filhos espúrios, desde que ostentassem conduta honesta e certa capacidade financeira:

---

insieme. Si parla infatti di utilitas annonae e non di interesse pubblico anche se l'annona persegue fini ecnonomici, sociali, collettivi che giustificano l'adozione del termine utilitas nel senso classico." Aqui, do mesmo que, como se verá mais adiante na análise de D. 50,4,6pr – embora neste último fragmento isto esteja menos explícito -, pode-se dizer que o interesse público perseguido é a continuidade de serviços públicos essenciais: o aprovisionamento, de um lado, e o complexo sistema de *munera* municipais, de outro. Assim, por meio da *utilitas* de algo que se poderia qualificar como uma espécie de órgão público (a *annona* enquanto instituição, e o *ordo decurionum*), tutela-se o interesse mais amplo do *populus*, daí porque Paulo pode falar em *utilitas popularis annonae* ao tratar da repressão ao uso de falsas medidas.

[506] O interesse público representado pelo aprovisionamento fica nítido na série de rescritos contida em Call. 1 *de cogn.* D. 50,6,6,3 e seguintes, relativos aos privilégios concedidos aos *navicularii* que transportam trigo para Roma e também aos negociantes desse cereal. Calístrato, em Call. 1 *de cogn.* D. 50,6,6,3, ao justificar as imunidades que lhes eram concedidas, afirmam que eles servem às provisões da cidade de Roma, enfrentam riscos na navegação e seu serviço tem uma função pública, de modo que é como se estivessem a serviço da *res publica* quando distantes: *Negotiatores, qui annonam urbis adiuvant, item navicularii, qui annonae urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in eiusmodi actu sunt. Nam remuneranda pericula eorum, quin etiam exhortanda praemiis merito placuit, ut qui peregre muneribus et quidem publicis cum periculo et labore fungantur, a domesticis vexationibus et sumptibus liberentur: cum non sit alienum dicere etiam hos rei publicae causa, dum annonae urbis serviunt, abesse.*. "Os negociantes que auxiliam o aprovisionamento de Roma, e do mesmo modo os mestres de navios que servem às provisões da cidade, conseguem a imunidade de encargos municipais, na medida em que atuem desse modo. Pois com razão se estebaleceu que fossem remunerados os perigos e estimulados com prêmios, para que aqueles que viajam desempenhando encargos certamente públicos com perigo e labor sejam liberados dos gastos e moléstias domésticos, já que não é despropositado dizer que também eles estão ausentes por causa da república enquanto servem as provisões da cidade de Roma." Talvez seja esta a razão para o rescrito de Adriano, mencionado em Call. 1 *de cogn.* D. 50,6,6,5, segundo o qual só tem imunidade quem serve a *annona* da cidade de Roma, para rescritos de Adriano e Antonio Pio determinando que se averiguasse se certa pessoa era mesmo um mestre de navio ou se apenas tinha a aparência de sê-lo (alguns, por exemplo, adquiriram navios apenas para obter as imunidades) e também para um rescrito dos *divi fratres*, citado textualmente em Call. 1 *de cogn.* D. 50,6,6,6, no qual retiram a imunidade de alguns homens que apenas simulavam servir a *annona*.

Spurios posse in ordinem allegi nulla dubitatio est: sed si habeat competitorem legitime quaesitum, praeferri eum oportet, divi fratres Lolliano Avito Bithyniae praesidi rescripserunt. Cessantibus vero his etiam spurii ad decurionatum et re et vita honesta recipientur: quod utique non sordi erit ordini, cum ex utilitate eius sit semper ordinem plenum habere.[507]	Não há nenhuma dúvida de que os espúrios podem ser admitidos na ordem dos decuriões; mas se houver um competidor nascido legitimamente, deve-se preferi-lo, como responderam por rescrito os divinos irmãos a Loliano Avito, governador da Bitínia. Não os havendo, porém, serão recebidos no decurionato também os espúrios de costumes e vida honesta, o que certamente não será para vergonha da ordem, uma vez que é útil para ela mesma estar sempre completa.

Sendo a pertença ao *ordo decurionum* considerada, ao menos nos primeiros séculos do império, uma posição honrada, exigia-se o cumprimento de alguns requisitos: além de comprovada capacidade financeira, para suportar os diversos ônus que a posição comportava, também a ostentação de certa dignidade social, razão pela qual, assim como se exigiu, durante muito tempo, a ingenuidade de ao menos duas gerações,[508] também se tenha proibido que os *spurii*, filhos nascidos fora de justas núpcias, fizessem parte do *ordo decurionum*.[509]

No entanto, com o passar do tempo, e justamente em função dos pesados encargos que recaíam sobre os decuriões, a participação no *ordo*, mesmo com as diversas honrarias que comportava, passou a não ser assim tão ambicionada, e até mesmo evitada por alguns dos membros das elites locais.[510] Diante disso, surgem medidas como aquela prevista no

[507] Ulp. 3 *de off. proc.* D. 50,2,3,2.
[508] Apenas com Diocleciano se permite o acesso de libertos ao decurionato, cf.*Diocl.* C. 10,33,1.
[509] A. ORMANNI, *Curia, Curiali*, in *NNDI* 5 (1957), p. 63; R. MENTXAKA, *Los requisitos para aceder a las magistraturas locales con base en los escritos de los juristas clásicos,* in *Veleia* 28 (2011), p. 46.
[510] A. ORMANNI, *Curia* cit., p. 64. P. GARNSEY, *Aspects of the decline of the urban aristocracy in the empire*, in *Cities, peasants, and food in classical antiquity: essays in social and economic history*, Cambridge, University, 1998, p. 9, nt. 25, dá vários exemplos de liturgias públicas: embaixadas, atuar como juiz, advogar para a cidade, cuidar da preservação da ordem pública, cobrar impostos, supervisionar o correio e os aquedutos, consertar prédios públicos, construir ou reparar estrada, cuidar do aquecimento dos banhos públicos, fornecer animais para o transporte das tropas, dar a elas abrigo e equipamento, dentre outras. Ou seja, serviços de utilidade pública que eram confiados aos particulares de uma classe social superior nos

rescrito, que, tendo em vista a utilidade consistente em manter a ordem dos decuriões completa, provavelmente a fim de não sobrecarregar os membros existentes, flexibiliza os requisitos necessários para integrá-la, permitindo o acesso aos espúrios, desde que não houvesse concorrente nascido de justas núpcias e apresentassem vida honesta.[511]

Em outro rescrito dos *divi fratres* mencionado por Ulpiano e mais uma vez relativo ao *ordo decurionum*, os imperadores invocam questões de utilidade pública a fim de restringir o âmbito de aplicação de uma regra existente e que dizia respeito ao modo como os decuriões acessariam as magistraturas citadinas:

Rescripto divorum fratrum ad Rutilium Lupum ita declaratur: "Constitutio, qua cautum est, prout quisque decurio creatus est, ut ita et magistratum apiscatur, totiens servari debet, quotiens idoneos et sufficientes omnes contingit. Ceterum si ita quidam tenues et exhausti sunt, ut non modo publicis honoribus pares non sint, sed et vix de suo victum sustinere possint: et minus utile et nequaquam honestum est talibus mandari magistratum, praesertim cum sint qui convenienter ei et suae fortunae et splendori publico possint creari. Sciant igitur locupletiores non debere se hoc praetextu legis uti et de tempore, quo quisque in curiam allectus sit, inter eos demum esse quaerendum, qui pro substantia sua capiant honoris dignitatem".[512]	Assim se declara em rescrito dos divinos irmãos a Rutílio Lupo: "A constituição pela qual se declarou que alguém seja alcançado pelas magistraturas na mesma ordem em que foi eleito decurião deve ser observada sempre que compreende a todos que são idôneos e se podem sustentar. Porém, se há alguns que estão assim empobrecidos e exaustos, de modo que não se mostram capazes de assumir cargos públicos e mal podem obter o sustento por seus próprios meios, não é nem útil nem de forma alguma honesto se lhes encarregar de uma magistratura, especialmente se houver quem possa ser eleito de forma conveniente tanto a sua fortuna quanto ao esplendor público. Saibam, portanto, os mais ricos, que não devem utilizar o pretexto da lei e que, no

municípios, os decuriões, os quais, com o tempo, conforme aumenta o peso desses *munera*, tentam se subtrair a elas por meio de uma série de imunidades e isenções.

[511] Como informa N. DE PASCALI, *Ratione* cit., pp. 51, em sua epístola aos atenienses, Marco Aurélio também abranda, por diversas razões, os requisitos exigidos para integrar a *gerousia*, mas aduz a *humanitas* (*filantropia*) como fundamentação.

[512] Ulp. 4 *de off. proc*. D. 50,4,6pr.

> momento em que alguém for eleito para a cúria, deve ser escolhido apenas dentre aqueles que adquirirem a dignidade do cargo em razão de seus próprios recursos."

Como se viu, sobre os decuriões recaíam os ônus financeiros da administração municipai, por meio dos diversos *munera* ou λειτουργίαι. Também os ocupantes das magistraturas municipais, eleitos também dentre os decuriões, suportavam muitos desses ônus.

No caso do rescrito, seguno o interpreta P. GARNSEY, membros mais ricos da ordem dos decuriões, provavelmente buscando se subtrair temporariamente a alguns desse ônus, invocam uma constituição imperial anterior, que parece estabelecer um sistema rotativo para o acesso dos *decuriones* às magistraturas conforme o momento de entrada no *ordo*, com o que mesmo membros mais pobres teriam de exercer os *honores* ainda que não tivessem recursos, apenas com base na ordem de antiguidade. Com isso, agravavam a situação já penosa dos decuriões de condição mais baixa, que ainda teriam de arcar com os diversos ônus financeiros que as magistraturas acarretavam. Os imperadores decidem, contudo, que era a riqueza, mais do que a antiguidade, o requisito essencial para que os decuriões ocupassem as magistraturas.[513]

A preocupação dos imperadores, contudo, embora pudesse ser realmente aliviar o fardo dos decuriões mais pobres, parece ser a de manter os cargos ocupados por aqueles que possam fazer frente aos diversos *munera* que são exigidos, ou seja, a de que os benefícios públicos que advém das magistraturas continuem fluindo, o que correria o risco de não ocorrer caso se colocasse nelas homens de frágil condição financeira. Por isso, falam naquilo que é últil e adequado ao esplendor público.

---

[513] *Aspects* cit., p. 08. O mesmo objetivo estaria contido em outro rescrito dos *divi fratres*, referido em Mod. 11 *pand.* D. 50,4,11: *Etsi lege municipali caveatur, ut praeferantur in honoribus certae condicionis homines: attamen sciendum est hoc esse observandum, si idonei sint: et ita rescripto divi Marci continetur*. "Ainda que na lei municipal se disponha que para os cargos municipais são preferidos os homens de certa condição, deve-se saber, no entanto, que se há de observar se são idôneos, e isto está contido no rescrito do divino Marco."

A utilidade em questão, portanto, não parece ser a dos ocupantes do cargo, mas a do público que é beneficiado pelo cargo e pelos diversos *munera* que dele decorrem, ou seja, aqui se tem em mira, por meio da restrição à aplicação de uma regra existente, como que uma espécie de continuidade dos serviços públicos que eram desempenhados com o auxílio financeiro dos magistrados municipais.[514]

Também as *pollicitationes*, promessas unilaterais de doações em dinheiro às *res publcia* ou de construir obras públicas, realizadas pelos cidadãos em razão da ocupação de uma magistratura (*ob honorem*) ou sem qualquer vinculação com o cargo,[515] acabavam por desempenhar o mesmo papel de serviço público que os *munera* e λειτουργίαι prestados pelos *decuriones*, de modo que, pode-se conjecturar, é a *utilitas publica*, embora não apareça explictamente na fundamentação dessas decisões, a razão para Marco Aurélio determinar que mesmo aquele que foi deportado cumpra a *pollicitatio*[516] e que tais promessas sejam cumpridas *in natura* e não possam ser substituídas por pagamento em dinheiro.[517]

---

[514] Como nota N. DE PASCALI, *Ratione* cit., p. 45, o regramento de Marco Aurélio e Lúcio Vero, além de tutelar a situação financeira daqueles decuriões que mal podiam se sustentar e impor os deveres financeiros citadinos aos *locupletiores*, manifestam a vontade de estabelecer um equilíbrio no interior das ordens sociais dominantes nas comunidades locais, a fim de assegurar ali a continuidade do correto exercício do poder e das funções públicas.

[515] F. CANCELLI, *Pollicitatio*, in *NNDI* 13 (1957), pp. 256 e ss.

[516] Ulp. 3 *de off. Cons.* D. 50,12,8: *De pollicitationibus in civitatem factis iudicum cognitionem esse divi fratres Flavio Celso in haec verba rescripserunt: Probe faciet Statius Rufinus, si opus proscaeni, quod se Gabinis exstructurum promisit, quod tandem adgressus fuerat, perficiat. Nam etsi adversa fortuna usus in triennio a praefecto urbis relegatus esset, tamen gratiam muneris, quod sponte optulit, minuere non debet, cum et absens per amicum perficere opus istud possit. Quod si detrectat, actores constituti, qui legitime pro civitate agere possint, nomine publico adire adversus eum iudices poterunt: qui cum primum potuerint, priusquam in exilium proficiscatur, cognoscent et, si opus perfici ab eo debere constituerint, oboedire eum rei publicae ob hanc causam iubebunt, aut prohibebunt distrahi fundum, quem in territorio Gabiniorum habet.* "Que cabe cognição dos juízes acerca das promessas feitas a uma cidade, ficou estabelecido pelos divinos irmãos num rescrito a Flávio Celso, nestas palavras: "Agirá com probidade Estácio Rufino se concluir a obra de um proscênio, que aos Gabinos prometeu construir e que finalmente iniciara. Pois ainda que, por fortuna adversa, tenha sido condenado a um desterro de três anos pelo prefeito da urbe, não deve diminuir o favor do encargo que voluntariamente assumiu, uma vez que, mesmo ausente, pode concluir a obra por meio de um amigo. Caso se recuse a fazê-lo, os agentes constituídos que puderem agir legitimamente em favor da cidade poderão demandar contra ele perante os juízes em nome do povo. Os quais conhecerão do caso o mais breve que puderem, antes que ele parta para o exílio, e se decidirem que a obra deve ser terminada por ele, determinarão que obedeça à república por tal causa, ou proibirão que seja vendido o terreno que tiver no território dos Gabinos."

[517] Papir. 2 *de const.* D. 50,12,13pr: *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt opera exstruere debere eos, qui pro honore polliciti sunt, non pecunias pro his inferre cogi.* "Os imperadores Antonino e Vero, Augustos, determinaram em rescrito que aqueles que prometeram em razão de uma honra deveriam

A *utilitas publica* aparece explicitamente, contudo, como *ratio decidendi* para limitar a validade de encargos apostos a certas liberalidades, razão pela qual, num legado no qual se deixara a uma cidade certa soma, os *divi fratres* afirmam que não se deve observar a cláusula na qual o de cujus buscara impor à *res publica* a obrigação de não cobrar um determinado *vectigal*:

Item rescripserunt condiciones[518] *donationibus adpositas, quae in rem publicam fiunt, ita demum ratas esse, si utilitatis publicae interest: quod si damnosae sint, observari non debere. Et ideo non observandum, quod defunctus certa summa legata vetuit vectigal exerceri. Esse enim tolerabilia, quae vetus consuetudo comprobat.*[519]	Os mesmos estabeleceram por rescrito que os encargos apostos às doações feitas à república são válidas apenas se interessam à utilidade pública; se forem danosas, não se deve observá-las. E por isso não se deve observar se o defunto, ao legar certa soma, houver proibido que se cobre o vectigal. Pois devem ser toleradas as coisas que um velho costume comprova.

O fragmento não deixa claro qual o caso concreto que motivou o rescrito, mas M. SCARLATA FAZIO, ao afirmar que a condição não se mostrava vantajosa porque o valor do legado não compensaria a perda sofrida com a ausência de cobrança do imposto sobre os

---

construir a obra e não ser obrigados e pagar soma pecuniária em seu lugar.". Em Ulp. 2 *fideicom*. D. 32,11,25, menciona-se um rescrito em que a obrigação de cumprir *in natura* foi imposta por Marco Aurélio aos herdeiros: *Si quis opus facere iussus paratus sit pecuniam dare rei publicae, ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur: et ita divus Marcus rescripsit.* "Se aquele a quem se mandou fazer uma obra estiver disposto a dar dinheiro à cidade, para que ela mesma a faça, tendo o testador desejado que ele mesmo o fizesse, não será ouvido, e assim respondeu por rescrito o divino Marco." Herdeiros, aliás, que o mesmo imperador, em outro rescrito, afirmou serem solidariamente responsáveis pelo cumprimento de um legado deixado para a construção de obra na cidade, conforme Ulp. 2 *fideicom.* D. 32,11,23: *Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri divus Marcus et Lucius Verus Proculae rescripserunt: tempus tamen coheredi praestituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solam proculam voluerunt facere imputaturam coheredi sumptum pro parte eius*. "Se algo foi deixado para realizar uma obra na cidade, o divino Marco e Lúcio Vero responderam por rescrito a Prócula que cada herdeiro está obrigado solidariamente. Mas concederam ao co-herdeiro um prazo para dar início à obra, após o qual quiseram que a fizesse somente Prócula, que deveria imputar ao co-herdeiro a despesa tida com sua parte dela."

[518] Conforme salienta a doutrina (M. SCARLATA FAZIO, *Principii* cit., p. 124, e F. CANCELLI, *Pollicitatio* cit., p. 264, nt. 3), o termo *condicio* é aqui empregado em sentido amplo e obviamente se refere ao *modus* ou encargo, já que se trata de liberalidades e não de atos bilaterais. *Condicio*, aliás, também é utilizada pelos juristas para se referir ao *modus*, conforme J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, vol. I* cit., p. 203.

[519] Papir. 2 *de const.* D. 50,12,13,1.

bens dos herdeiros,[520] parece acenar para a possibilidade de que o imposto em questão fosse a *vicesima hereditatum*, caso em que se pode conjecturar que o de cujus, com o encargo imposto, buscava isentar seus herdeiros de seu pagamento como que compensando-o por meio do legado deixado à cidade.

No entanto, tal imposto se destinava ao *aerarium militare* e era cobrado ou por *cinductores* individuais ou por *procuratores* imperiais,[521] de modo que a cidade em questão não teria interesse direto em sua cobrança. Assim, fica em aberto qual o extato *vectigal* sobre o qual versava o encargo em questão.

De qualquer forma, sobretudo quando se tem em mira que a renda das *civitates* dependia em grande parte da exação desses impostos,[522] quaisquer que fossem, e que muitas delas não apresentavam situação financeira exatamente tranquila, como atesta a própria instituição de muitos *curatores rei publicae* no período antonino para fiscalizar e colocar em ordem as finanças municipais, pode-se ter uma ideia de como um simples legado poderia representar uma pequena vantagem quando comparado à cobrança de um imposto. Isto para não falar que seria estranho que uma disposição contida num ato de autonomia privada pudesse cancelar a cobrança de um imposto, o qual, ademais, provavelmente já havia sido arrendado a um publicano ou sociedade de publicano e, portanto, envolvia o interesse de terceiros.

Assim sendo, com base no entendimento, expresso no início do fragmento de Paíprio Justo, de que as *condiciones* contidas nas doações às cidades não devem prejudicar o interesse público, os imperadores entendem pela ineficácia do encargo imposto e dispensam a cidade de seu cumprimento, fazendo prevalecer o interesses público sobre uma disposição particular prejudicial à *civitas*,[523] provavelmente a responsável pela consulta. A *utilitas publica*, ainda que restrita a uma parcela do populus, é mais uma vez invocada como fundamento para limitar a aplicação de uma regra, neste caso, oriunda de um ato de autonomia privada.

---

[520] *Principii* cit., p. 125.
[521] G. I. LUZZATTO, *Vicesima hereditatum et manumissionum*, in *NNDI* 20 (1957), p. 809-810.
[522] G. I. LUZZATTO, *Vectigalia*, in *NNDI* 20 (1957), p. 588.
[523] T. HONSELL, *Gemeinwohl* cit., p. 119; M. NAVARRA, *Ricerche* cit., p. 63.

Por fim, o interesse do fisco, ou seja, não a *utilitas publica* como sinônimo de utilidade comum, mas já como o interesse de uma parte do aparato de governo, numa espécie de transição ao signficado posterior de utilidade pública como interesse do "Estado" como ente mais abstrato, é invocado pelo jurista Calístrato como sendo razão pela qual os *divi fratres* criaram uma imunidade para os cobradores de impostos, cujos bens eram dados em garantia ao fisco e, portanto, deveriam sem protegidos dos diversos ônus que acompanhavam o exercício das magistraturas.

Conductores etiam vectigalium fisci necessitate subeundorum municipalium munerum non obstringuntur: idque ita observandum divi fratres rescripserunt. Ex quo principali rescripto intellegi potest non honori conductorum datum, ne compellantur ad munera municipalia, sed ne extenuentur facultates eorum, quae subsignatae sint fisco. Unde subsisti potest, an prohibendi sint a praeside vel procuratore Caesaris etiam si ultro se offerant municipalibus muneribus: quod propius est defendere, nisi si paria fisco fecisse dicantur.[524]	Também os cobradores de tributos do fisco não são obrigados à necessidade de desempenhar os cargos municipais; e que assim fosse observado determinaram os divinos irmãos por meio de rescrito. De cujo rescrito se pode entender que a licença para que não exerçam cargos municipais não foi dada em honra aos cobradores, mas para que não sejam extenuados os seus bens, que foram dados em garantia ao fisco. Pelo que pode permanecer a dúvida se isso deve ser proibido pelo governador ou pelo procurador de César, ainda que voluntariamente se ofereçam aos cargos municipais; o que mais acertadamente se há de repelir, a não ser que se diga ter feito o mesmo com o fisco"

Ao celebrarem com o poder público o arrendamento da cobrança de impostos, os publicanos, ou as *societates publicanorum*, quando não efetuavam o pagamaento de uma quantia já quando do início da execução do contrato que lhes for aadjudicado, se comprometiam, por vezes, a pagar uma contribuição anual,[525] garantindo o cumprimento

[524] Call. 1 *de cogn.* D. 50,6,6,10.
[525] S. MEIRA, *Direito Tributário Romano*, São Paulo, RT, 1978, p. 61.

de tal obrigação por meio de *praedes*, mais tarde *fideiussores*, os quais acabavam constituindo uma espécie de hipoteca de direito público, a *subsignatio praediorum*.[526] Por vezes, o próprio *manceps*, condutor da *societas*, ou algum dos sócios, se funcionasse como garante, também poderia dar seus bens seus em garantia.[527]

No rescrito em questão, os *divi fratres* concedem, ou confirmam uma imunidade já concedida a cobradores de impostos que tenham dado parte de seu patrimônio em garantia das obrigações assumidas por eles mesmos na qualidade de *conductores* individuais ou como *mancipes* e garantes num contrato celebrado por uma *societas publicanorum*.

Tal imunidade consistia em dispensá-los do exercício dos *munera* municipais, que, como já seu viu ao tratar dos rescritos relativos ao *ordo decurionum*, comportavam despesas pesadas, e, segundo a interpretação que lhe dá Calístrato, fora confirmada ou concedida pelos imperadores não como uma forma de honrar os *conductores vectigalium* pelos serviços prestados ao império – sua imagem, como mostram textos de Tito Lívio e como se percebe até mesmo na leitura do Novo Testamento, não era das melhores, tendo em vista as diversas violências e arbitrariedades qeu cometiam na exação dos impostos -,[528] mas sim a fim de evitar a possível deterioração do patrimônio dado em garantia que tais *munera* poderiam acarretar.

2.3.7. *BENIGNA INTERPRETATIO*

A *benignitas*, conceito aberto empregado pelos juristas romanos e também pelos imperadores, podia ser utilizado, como ocorre em muitos casos, para atacar a *subtilitas*

---

[526] Como aponta J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, Vol. I* cit., p. 352, diziam-se *subsignata* os *praedia* porque o devedor declarava, por escrito, no pé do instrumento do contrato, que o imóvel era dado em garantia.

[527] A. TRISCIUOGLIO, *Societas publicanorum e aspetti della responsabilità esterna*, in *Diritto @ Storia* 11 (2013), disponível eletronicamente em http://www.dirittoestoria.it/11/memorie/Trisciuoglio-Societas-publicanorum-responsabilita-esterna.htm.

[528] S. MEIRA, *Direito Tributário* cit., p. 61. Em Liv. 45,18,4, lê-se que onde havia um publicano era vão o direito público e a liberdade dos aliados era nula: *ubi publicanus esset, ibi aut ius publicum vanum aut libertatem sociis nullam esse*.

iuris e fazer frente aos efeitos demasiado rigorosos da aplicação estrita do direito, mas também para proteger a eficácia do negócio jurídico, correspondendo por vezes a *benignior interpretatio* à aplicação do princípio do *favor testamenti*.[529]

É o que ocorre num rescrito de Fevereiro de 169, recolhido em C. 6,27,2 e no qual, em se tratando de uma disposição de última vontade dúbia, a *benigna interpretatio* é utilizada como fundamento para manter a eficácia do testamento:

Imperator Antoninus A. Aufidio. Cum vos servi constituti sub appellatione libertorum heredes scripti essetis, ea scriptura benigna interpretatione perinde habenda est, ac si liberi et heredes instituti fuissetis. Quod in legato locum non habet. Accepta VII K. Mart. Prisco et Apollinari conss. [a. 169]	Imperador Antonino Augusto a Aufídio. Se vós, sendo servos, fostes instituídos herdeiros sob a denominação de libertos, esta cláusula, por interpretação benigna, deve ser entendida como se houvésseis sido instituídos livres e herdeiros. O que não tem lugar num legado. Recebida em 23 de Fevereiro de 169, sendo cônsules Prisco e Apolinário.

Um testador havia instituído alguns escravos seus como herdeiros, chamando-os de *liberti*, sem, no entanto, fazer referência alguma a sua libertação prévia ou libertá-los expressamente no testamento. Assim sendo, tal instituição seria inválida e, com ela, todo o testamento, já que, como informa Gaio, embora fosse possível instituir os escravos como herdeiros, deveria ocorrer a manumissão no testamento e a instituição deveria ser feita com o emprego de fórmulas solenes como "Que tu Stico, meu escravo, sejas livre e herdeiro", ou "Que sejas herdeiro e livre."[530]

---

[529] H. HAUSMANNINGER, *"Benevolent" and "humane" opinions of classical roman jurists*, in *Boston University Law Review* 61 (1981), pp. 1144-1146, com inúmeros exemplos de seu emprego nos juristas cláassicos, e p. 1154 sobre o uso como critério de manutenção da eficácia dos atos jurídicos); A. M. R. GONZÁLEZ, *Ambulatoria voluntas y voluntas evidens: la discutida herencia de Valerio Nepote*, in *Revista Internacional de Derecho Romano* 9 (2012), pp. 206-207.; P. VOCI, *Interpretazione del negozio giuridico (diritto romano)*, in *ED* 22 (1972), p. 271; M. AVENARIUS, *Benignior interpretatio: Origin and Transformation of a Rule of Construction in the Law of Succession*, in *Roman legal tradition* 6 (2010), pp. 1-21.

[530] Gai 2,186. Assim também UE 22,7.

Marco Aurélio, contudo, consultado pelos escravos, cuja condição de herdeiros talvez estivesse sendo questionada por outros interessados no patrimônio do de cujus (herdeiros necessários ou mesmo o fisco) com base na formulação inexata da vontade do testador, decide, mediante o emprego de uma espécie de ficção – como indica o uso da expressão *perinde ac* -, que tal instituição irregular deve receber uma interpretação benigna e, portanto, eles devem ser reputados como instituídos livres e herdeiros. [531]

Muito provavelmente a decisão não deixa de se inspirar no *favor libertatis*, caso em que a *benignitas* imperial teria como objeto os escravos, mas pode ser que o *favor testamenti* desempenhe aqui um papel mais preponderante, devendo-se entender que a *benigna interpretatio* invocada pelo imperador é aquela tendente a conservar a validade do ato jurídico por meio do abrandamento de requisitos formais. [532]

Tal intenção fica clara, *a contrario sensu*, na parte final da decisão, onde se afirma que tal interpretação mais favorável não tem lugar quando os escravos, embora chamados de libertos, forem beneficiados não com a própria herança, mas apenas com legados, caso

---

[531] Semelhantes interpretações em tema de instituição de herdeiro não eram novidade na história da jurisprudência romana e nem mesmo para Marco Aurélio, como mostram diversos fragmentos do Digesto em que se opta por manter a validade de uma instituição de escravo como herdeiro feita de forma diversa daquela descrita por Gaio. Em. Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28,5,9,14, menciona-se como Labeão, Nerácio e Próculo, segundo W. W. BUCKLAND, *The Roman Law* cit., p. 505, nt. 13, em razão do *favor libertatis*, entendiam que uma instituição feita da seguinte forma, "*Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto*", poderia ser tida como válida desde que se desconsiderasse a expressão *postea*, opinião que Ulpiano tem como *vera*. Inst. 2, 14pr, por sua vez, refere a opinião de Aticilino, jurista contemporâneo de Próculo, segundo a qual era possível instituir os escravos como herdeiros mesmo sem os libertar, opinião esta que, segundo H. J. WIELING, *Testamentsauslegung* cit., p. 80, se baseia no fato de que o testador, ao nomear o escravo como herdeiro, provavelmente também o quis libertar e, portanto, sua vontade deve prevalecer sobre as regras formais dos testamentos. Segundo o autor, no entanto, tal opinião não foi seguida, como mostra Gai 2,186, em que ainda se mostra presente a exigência de instituir o escravo como herdeiro utilizando-se uma fórmula padrão. O imperador Marco Aurélio, por seu turno, no rescrito mencionado em Marcian. 3 *reg*. D. 28,5,52pr, ao tratar de uma instituição de herdeiro contendo a fórmula "*Stichus liber esto et, si liber erit, heres esto*", decidiu que ela deveria valer como se não contivesse a expressão "*si liber erit*", fazendo prevalecer a vontade do testador sobre as formalidades do testamento, mediante o uso de uma ficção, como mostra a presença da expressão *perinde ac*: *Talem institutionem quidam valere non putabant: 'Stichus liber esto et, si liber erit, heres esto.' Sed divus Marcus rescripsit hanc institutionem valere perinde atque si non erat adiectum 'si liber erit*". "Alguns não consideravam ser válida tal instituição de herdeiro: 'Esticho seja livre e, se for livre, seja herdeiro.' Mas o divino Marco decidiu num rescrito que essa instituição deve valer como se não houvesse sido acrescentada a expressão 'se for livre.'"

[532] Marcelo, integrante do *consilium* de Marco Aurélio, expressa a ideia de interpretação benigna dos testamentos em Marcell. 11 *dig.* D. 34,5,24: *Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est*. "Quando, em testamento, escreveu-se algo de forma ambígua ou incorreta, deve-se interpretar de forma benigna e conforme aquilo que é crível que o testador tenha cogitado."

em que não seriam nem livres nem herdeiros, pois, ao contrário do que ocorre com a instituição de herdeiro, *caput et fundamentum totius testamenti*,[533] os legados não condicionam a validade do testamento como um todo, sendo este o objeto de proteção do imperador na decisão, a fim de evitar a abertura da sucessão intestada, sendo a libertação dos escravos talvez apenas um meio para atingir tal finalidade.[534]

2.3.8. *AEQUITAS*

Celso, no fragmento de Ulpiano que abre o Digesto, define o direito como *ars boni et aequi*,[535] ideia já presente na Retórica a Herênio, em que se afirmava que *ex aequo et bono ius constat*,[536] ou mesmo em Cícero, que trata do *ius civile* como *aequitas constituta*[537] e afirma que o direito deve sempre ser *aequabilis*,[538] o que mostra que a ideia de proporção, de igualdade, de se dar o mesmo tratamento a situações idênticas permeia a própria noção de direito como um todo, considerado como a positivação da justiça, do *suum cuique tribuere*.

Mas o binômio *aequum – iniquum*, segundo A. GUARINO,[539] no período clássico do direito romano, pode indicar a correspndência ou falta de correspondênca do direito com a consciência social vigente, servindo, portanto, a *aequitas*, como elemento de crítica do direito existente e motivação para soluções que dele se distanciem ou que preencham suas lacunas, como ocorre no trabalho do pretor e na criação do *ius honorarium*.

---

[533] Gai 2,229.
[534] Cf. H. J. WIELING, *Testamentsauslegung* cit., p. 115; T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., p. 26. A. PIGANIOL, *Les empereurs parlent aux esclaves*, in *Romanitas* 1.1. (1958), p. 11, fala apenas em *favor libertatis*. W. W. BUCKLAND, *The Roman Law* cit., p. 462, afirma que a tendência a evitar a abertura da sucessão intestada acaba por reforçar o *favor libertatis*. Godofredo, em suas notas à constituição (transcritas em G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, *vol. IX*, Napoli. A. Morelli, 1861, p. 157), conjectura que a razão para permitir uma interpretação mais favorável no caso da herança e não nos legados estaria no fato de que aquela vem acompanhada de maiores ônus do que estes, justificando-se, portanto, maiores benefícios.
[535] Ulp. 1 *inst.* D.1,1,1pr.
[536] Rhet. ad Her. 2,13,20.
[537] Cic. Top. 2,9: *Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia*.
[538] Cic. De off. 2,12,42: *Ius enim semper est quaesitum aequabile; neque enim aliter esset ius*.
[539] *Equità (Diritto Romano),* in *NNDI* 6 (1957), p. 621.

Assim é que, segundo L. SOLIDORO MARUOTTI, os juristas romanos procederam à reelaboração consciente do conceito de equidade, transformando uma categoria filosófica num instrumento de legitimação, integração ou correção do ordenamento jurídico.[540]

Com o passar do tempo, a *aequitas* adquire o sentido de benignidade e benvlencia, confundindo-se então com categorias como a *benignitas* e a *humanitas*,[541] tratando-se, no etanto, de um fenômeno mais presente no período pós-clássico. Durante o principado, o que se verifica é a utilização da *aequitas* num sentido genérico de razoabilidade, como ocorre em Celso[542] e Juliano,[543] justificando decisões não necessariamente em desconformidade com o direito anterior, mas apenas reputadas como oportunas diante da realidade das coisas ou de princípios que permeiam o próprio ordenamento.[544]

Essa utilização, por assim dizer, mais "conservadora", do critério do *aequum*, também se encontra em Marco Aurélio, de cujo *consilium* Juliano fez parte – não se podendo exlcuir, assim, uma sua influência sobre o *princeps* nesse quesito-, como se pode depreender tanto dos rescritos a serem analisados em seguida quanto do estudo feito por M. RIZZI sobre um *decretum* do imperador em que a *aequitas* parece ter sido invocada como *ratio decidendi*.[545]

Em alguns rescritos, a referência ao *aequum* funciona como critério evitar a imposição de uma obrigação, funcionando como corolário da ideia de razoabilidade, como ocorre na decisão de Papir. Just. 1 *de const.* D. 48,12,3pr, relativa à venda de trigo pelos decuriões:

Imperatores Antoninus et Verus Augusti in	Os imperadores Antonino e Vero

[540] *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequita. Lezioni,* Torino, Giappichelli, 2013, pp. 44-45.
[541] Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, VOl. I* cit., p. 78; L. SOLIDORO MARUOTTI, p. 59; J. U. BARRÓN, *Acerca de un concepto romano: aequitas*. *Un estudio histórico-conceptual*, in *Cuadernos de Filologia Clásica. Estudios latinos* 5 (1993), p. 103; A. GUARINO, *Equità* cit., pp. 621-622.
[542] Ulp. 22 *ad ed.* D. 11,1,11,8.
[543] Por exemplo, em Ter. Clem. 4 *ad led. Iul. et Pap.* D. 31,53pr; Ulp. 7 *disp*. D. 17,1,29,6; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44,4,4,32.
[544] L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale* cit., p. 93, 98 e 100.
[545] *Imperator* cit., pp. 225-227, a respeito de Pap. 19 *quaest.* D. 36,1,56(54), em que, segundo a autora, a *aequitas* assume seu significado mais puro e originário, de proporção, equilíbrio, ao decidir Marco Aurélio determinou uma repartição proporcional de um fideicomisso *de residuo,* inspirado, segundo Papiniano, em caso anterior e também *aequitatis ratione*.

haec verba rescripserunt: "Minime aequum est decuriones civibus suis frumentum vilius quam annona exigit vendere".	responderam por escrito nestas palavras: "Não é justo de nenhuma forma que os decuriões vendam a seus cidadãos trigo mais barato que o que as provisões exigem".

Na constituição mencionada por Papírio Justo, os *divi fratres* parecem proibir a venda de trigo abaixo do preço de mercado pelos decuriões membros da ordem senatorial municipal, o que levou alguns autores, como J. L. ZAMORA MANZANO, a supor que estes estariam praticando uma espécie de *dumping* a fim de eliminar a concorrência, conduta prejudicial ao mercado que os imperadores visam coibir.[546]

No entanto, quando se têm em mira outros fragmentos que mencionam a mesma constituição, fica claro que o objetivo não era proibir a venda abaixo do preço feita de forma espontânea, mas evitar que os *decuriones* fossem obrigados a realiza-la, como fica claro nos textos de Marcian. 1 *de iud. pub.* D. 50,1,8:

Non debere cogi decuriones vilius praestare frumentum civibus suis, quam annona exigit, divi fratres rescripserunt, et aliis quoque constitutionibus principalibus id cautum est.	Os divinos irmãos estabeleceram por rescrito, e foi determinado também por outras constituições dos príncipes que os decuriões não deveriam ser obrigados a vender trigo a seus cidadãos mais barato do que exigem as provisões.

e Paul. 1 *sent.* D. 50,8,7pr:

Decuriones pretio viliori frumentum, quod annona temporalis est patriae suae, praestare non sunt cogendi	Os decuriões não devem ser obrigados e vender o trigo por preço inferior àquele estabelecido pelas provisões de sua pátria no momento.

Assim, é provável que os *decuriones*, membros da aristocracia local, que em tempos de carestia municipal, segundo G. C. GARCIA,[547] acabavam trazendo aos cidadãos

[546] *Intervención y garantias a la libre concurrencia de los mercados em el derecho romano*, in *Revista General de Derecho Romano* 22 (2014), p. 21.
[547] *Comercio e intercambio en la Hispania romana (Alto Imperio)*, in *Studia Historia. Historia Antigua* 17

grão de seus armazéns ou comprando-o e repartindo-o a fim de baixar os preços, estivessem sendo pressionados ou mesmo compelidos a vendê-lo a preço inferior ao de mercado, razão pela qual levam seu reclamo aos imperadores e estes, julgando contrária à equidade essa exigência, afirmam não ser justo obrigá-los a tal tipo de venda.

Com tal disposição, motivadada pelo senso de equidade, além de evitar uma depreciação artificial do preço do trigo[548] – e aqui talvez resida o significado da invocação do *aequum* na decisão, indicando proporção e equilíbrio no preço -, protege-se o interesse dos decuriões,[549] pressionados ou pelo povo,[550] ou pelo próprio senado municipal[551] a vender o trigo a preço vil, grantindo-se, com isso, a saúde financeira da própria cidade, que sairia prejudicada com eventual depauperamento dos *decuriones*, responsáveis pelos diversos *munera* que asseguravam a prestação de serviços públicos nos municípios.[552]

A utilização do *aequum* como critério regulador da prestação devida aparece mais uma vez num rescrito em que os *divi fratres* limitam a responsabilidade dos *curatores kalendarii* aos créditos que deixaram se deteriorar durante seu cargo:

Item rescripserunt nominum, quae deteriora facta sunt tempore curatoris, periculum ad	Os mesmos resolveram por rescrito que a responsabilidade pelos créditos que se

(1999), p. 256.

[548] Objetivo que lhe é atribuído tanto por E. LO CASCIO, *The role of the state in the Roman economy – making use of the New Institutional Economics*, in P. F. BANG, M. IKEGUCHI, H. G. ZICHE, *Ancient Economies, Modern Methodologies: Archaeology, Comparative History, Models and Institutions*, Bari, Edipuglia, 2006, p. 231, que vê nisso uma regulação do mercado, para evitar comportamentos especulativos, quanto por J.-M. CARRIÉ, *Les distributions alimentaires dans les cités de l'empire romain tardif*, in *MEFRA*. *Antiquité* 87. 2 (1975), que afirma se tratar de um exemplo de liberalismo econômico, afirmando-se que os preços não podem ir aquém de um mínimo justo para não desestimular a produção.. Também J. L. ZAMORA MANZANO, *Intervención* cit., p. 22, e B. ROSSIGNOL, *La peste antonine: guerres et épidemie durant le règne de Marc Aurèle*, disponível em https://www.academia.edu/6334101/La_peste_antonine_guerres_et_%C3%A9pid%C3%A9mie_durant_le_r%C3%A8gne_de_Marc_Aur%C3%A8le, Acesso em 18/10/16, falam no intuito de evitar a depreciação artificial de preços.

[549] E. LO CASCIO, *The role* cit., p. 231.

[550] G. C. GARCIA, *Comercio* cit., p. 256, nt. 95.

[551] P. ERDKAMP, *The Grain Market in the Roman Empire. A social, political and economic study*, Cambridge University, 2005, p. 289-290.

[552] P. ERDKAMP. *The grain Market* cit, p. 290. Segundo B. ROSSIGNOL, *La peste* cit., p. 1301, a decisão demonstraria que os imperadores temiam não apenas a alta dos preços, mas também sua queda e buscavam proteger as finanças das cidades, impedindo que os decuriões acabassem compensando a diferença entre o preço de mercado e aquele exigido pela plebe com seu próprio patrimônio ou da cidade. O mesmo interesse pela saúde financeira das cidades que se encontra na criação dos *curatores rei publicae*, objeto de atenção por parte de Marco Aurélio em outras decisões.

ipsum pertinere: quia vero antequam curator fieret, idonea non erant, aequum videri periculum ad eum non pertinere.[553]	deterioraram no tempo do curador pertence a este tempo; como, na verdade, não eram suficientemente garantidos já antes que se tornasse curador, pareceu-lhes justo que a responsabilidade não lhe coubesse.

Como já se viu no comentário ao rescrito contido em D. 50,8,11,2, os *curatores rei publicae* era comissários imperiais instituídos para zelar pela boa administração dos municípios, exercendo uma função de fiscalização que, posteriormente, engendrou competências positivas atpe que ele se tornou um verdadeiro administrador das cidades. No que diz respeito ao aspecto financeiro, esse funcionário era auxiliado por um *curator kalendarii,* nomeado pelo próprio imperador ou, após cuidadosa investigação, pelo governador de província.

Dentre suas atribuições, estava a de cuidar da alocação do capital da cidade por meio de empréstimos aos particulares, devendo, nesse caso, zelar pela exigência dos juros, pela manutenção dos registros em que tais empréstimos eram inseridos (e que, uma vez que as dívidas venciam no primeiro dia do mês, as calendas, se chamavam *calendaria*, de onde advém o nome do cargo), assim como pela qualidade de tais créditos, cabendo-lhe verificar a situação financeira dos mutuários quando da concessão do empréstimo e vigiar as alterações na idoneidade de tais garantias durante o exercício de seu cargo.[554]

No rescrito em questão, os imperadores estabelecem a responsabilidade do *curator kalendarii*[555] pela boa saúde dos créditos da cidade, mas a limitam à deterioração que tiver ocorrido durante a sua gestão, ficando isento da responsabilidade pelos créditos que já

[553] Papir. Just. 2 *de const*. D. 50,8,12,6.
[554] G. LACOUR-GAYET, *Curator* cit., p. 1620; F. GRELLE, *Cura (Diritto Romano)*, in *NNDI* 5 (1957), p. 48; A. TRISCIUOGLIO, *Actividad bancaria de las ciudades en la época clásica (siglos I-III d.C.)*, in *RIDROM* 14 (2015), p. 96; T. L. COMPARETTE, *Reorganization* cit., p. 173. Via de regra, o *curator* deveria prestar uma caução para garantir a cidade contra eventuais danos que contra ela causasse no exercício de suas funções. Caso fosse escolhido pelo governador, segundo Papir. Just. 2 *de const.* D. 50,8,12,4 isso não era exigido, provavelmente porque na *inquisitio* prévia, o governador verificava a capacidade financeira do *curator*, que responderia com seu patrimônio por sua gestão, uma razão a mais para que se cercasse de garantiar idôneas ao conceder empréstimos públicos.
[555] Que o rescrito diz respeito ao *curator kalendarii* e não ao *curator rei publicae*, afirmam G. CAMODECA, *Ricerche* cit., p. 462, nt. 32, T. L. COMPARETTE, *Reorganization* cit., p. 173, nt. 3; A. TRISCIUOGLIO, *Actividad* cit., p. 96; G. GILIBERTI, *Legatum Kalendarii. Mutuo feneratizio e struttura contabile del patrimonio nell'età del principato*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 11-12;

careciam de garantias idôneas, ou seja, que se haviam deteriorado antes de sua entrada no cargo, caso em que, ao que parece, responderia o *curator* anterior.[556]

Os imperadores motivam a limitação de responsabilidade apelando para o conceito de *aequum*, que parece fundamentar uma solução tida como a mais razoável, por evitar um tipo de responsabilidade objetiva do funcionário, invocando-se a ideia de proporção entre a culpa e a pena, assim como no caso do tutor, e a noção de que cada um responda apenas por seus atos, como numa expressão do *suum cuique tribuere*, ainda que o interesse da máquina governamental pudesse exigir uma responsabilidade mais ampliada de seus agentes, o que não ocorre no caso.

Em outro caso, os *divi fratres* se valem da expressão *aequum videri* para justificar a criação de uma exceção à impossibilidade de depositar os frutos após a apelação:

Idem rescripserunt, quamvis usitatum non sit post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi, tamen, cum populi traherentur ab adversario, aequum sibi videri fructus apud sequestres deponi.[557]	Os mesmos imperadores estabeleceram, num rescrito, que embora não seja usual depositar depois da apelação os frutos do campo sobre o qual há litígio, no entanto, quando fossem retirados dele pelo adversário, parecia-lhes justo serem deixados os frutos juntos aos depositários.

Neste rescrito, embora mantendo a posse do terreno com quem a tivera durante o julgamento,[558] e reconhecendo que normalmente o possuidor não era obrigado a depositar

---

[556] Solução parecida era adotada em relação aos tutores, como informa Mod. 3 *resp*. D. 12,1,35: *periculum nominum ad eum cuius culpa deterius factum probari potest, pertinet*. "A responsabilidade pelos créditos pertence àquele por cuja culpa se pode provar que se fizeram piores." Modestino é quem reporta também a opinião de que o *curator* responderia pela deterioração caso houvese aprovado os devedores dos créditos, ratificando os atos de seu antecessor, conforme Mod. 1 *resp.* D. 50,1,36,1. O mesmo princípio aparece num texto de Papiniano, relativo ao *curator rei publicae*, Pap. D. 50,8,5pr.

[557] Papir. Just. 1 *de const*. D. 49,1,21,3.

[558] Conforme Macer 1 *de app*. D. 2,8,15,6: *Si fundum, quem possidebam, a me petieris, deinde cum secundum te esset iudicatum, appellaverim: an possessor eiusdem fundi sim? Et recte dicetur possessorem me esse, quia nihilominus possideo, nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit*. "Se me tiveres demandado um fundo que eu possuída, e depois, por haver sido decidido em teu favor, eu tiver apelado, serei acaso possuidor do mesmo fundo? Dir-se-á, e com razão, que sou possuidor, porque inobstante possuo; e não importa no caso que me possa ser vindicada essa posse." Tradução de J. I. PILATI, *Digesto de Justiniano. Livro Segundo: Jurisdição*, Florianópolis, UFSC, 2013.

os frutos do terreno após a apelação, os imperadores impuseram a ele o dever de depositar as árvores de maior altura (*populi* , choupos) que ele tivesse eventualmente arrancado.[559]

A expressão *populi traherentur* consta na *Littera Florentina*.[560] Mas os intérpretes sempre encontraram dificuldade uma vez que os manuscritos da Vulgata continham, em seu lugar, a expressão *depopularentur* (do verbo *depopulor:* roubar, saquear, destruir, devastar), enquanto Dionísio Godofredo corrigia como *populitarentur* ( ) e Haloander como *popularentur* (do verbo *populor*: devastar, assolar, destruir, consumir, arruinar, aniquilar). T. MOMMSEN, seguindo as Basílicas, corrigia em *pupilli traherentur*,[561] expressão na qual R. ORESTANO não vê nenhum sentido plausível.[562]

Segundo o autor, tais expressões, que indicam devastação, não apresentam relação com o caso tratado na constituição, que partia da constatação de que, normalmente, os frutos da coisa permanecem à disposição do possuidor, que responderá, conforme o caso, do mesmo modo que o fará com relação aos frutos percebidos anteriormente, de modo que o fato dele consumí-los ou destruí-los nesse meio tempo era de certa forma irrelevante.[563]

A novidade do caso, em que se permite o depósito de uma espécie de fruto do terreno – daí a referência ao *quamvis usitatum sit* – residiria no fato de que o possuidor não havia apenas percebido, na pendência da apelação, aqueles que eram os *fructus agri* normais, mas havia feito algo além, ou seja, havia cortado as árvores existentes em proporção maior do que lhe era consentido por razões de tempo, número ou aproveitamento racional, razão pela qual a especificação do tipo de árvore cortada não é um mero detalhe inexpressivo, mas tem relevo jurídico, pois evidenciava não se tratar de *arbores ceduae* ou sub-bosque apto a fazer lenha (*arbores cremiales*), que se enquadrariam na noção de fruto e, assim, não seriam suscetíveis de depósito, destacando a diferença da hipótese concreta sobre a qual se debruçaram os príncipes.[564]

---

[559] R. ORESTANO, *L'Apello Civile in Diritto Romano. Corso di Diritto Romano*, *Ristampa Stereotipa della Seconda Edizione*, Torino, Giappichelli, 1953, p. 405; F. ARCARIA, *Oratio* cit., p. 56.
[560] Que aqui se optou por manter, seguindo a opinião de R. ORESTANO.
[561] T. MOMMSEN e P. KRÜGER, *Digesta Iustiniani Augusti, vol. II*, Berlim, Weimann, 1870, p. 867.
[562] *L'Apello* cit., pp. 405-406.
[563] R. ORESTANO, *L'Apello* cit., p. 406.
[564] R. ORESTANO, *L'Apello* cit., p. 406. A reconstrução do autror é acolhida também F. ARCARIA, *Oratio* cit.,

Assim sendo, ao invés de simplesmente colher aquilo que o terreno produzira, o possuidor interviera de forma bastante ativa, retirando dele árvores de grande porte, as quais, seguindo o regramento tradicional, não teria obrigação alguma de depositar e, portanto, poderiam se perder, com grande prejuízo para a parte contrária em caso de alteração na titularidade da posse, pelo que o depósito se mostrava como uma forma segura de garantia, ainda mais, pode-se conjecturar, em se tratando de bens aparentemente não perecíveis.

Frente ao grave inconveniente derivado da proibição de depositar os frutos, os imperadores, fazendo referência à *aequitas* (*aequum sibi videri*), criam uma exceção à regra, permitindo que ele ocorresse no caso específico.[565] Assim, o motivo do *aequum* é utilizado, ao que parece, como elemento de crítica do direito existente, cuja iniquidade se revelou num caso concreto, e motiva a derrogação parcial de seus princípios num caso específico, tal como ocorria na atuação do pretor.

A expressão *aequius videtur* aparece no rescrito mencionado em em Ulp. 6 *fideic.* D. 40,5,37, mas juntamente com o motivo do *humanum est*, razão pela qual será analisa no item seguinte, relativo à *humanitas*.

2.3.9. *HUMANITAS*

O termo *humanitas*, criação autonoma dos romanos e que, no período republicano, era utililzado em grande medida como sinônimo de formação cultura, ainda que também empregado para indicar benevolência, elegância, amabilidade, benignidade, paciência e clemência, sofre, com o tempo um progressivo deslocamento semântico em direção ao sentido de benignidade e clemência, que prevalece a partir do século II d.C.[566]

---

pp. 54-55.

[565] F. ARCARIA, *Oratio* cit., p. 56, nt. 42. Apenas nas *Pauli Sententiae* (PS 5,36,1-2), fonte tardia, se mostra como prática generalizada o depósito de todos os frutos *medii temporis*, por parte do possuidor sucumbente em primeira instância e que houvesse apelado.

[566] F. SCHULZ, *I principi* cit., p. 165; O. ROBLEDA, *La "humanitas" y el derecho*, in *Humanidades* VII, nº 13

Especificamente no que diz respeito ao campo do direito, a partir de Adriano ocorre uma introdução mais ampla de modelos humanitários no *ius civile* e, com isso, as motivações com base na *humanitas*, que não são exclusividade do período pós-clássico, ao contrário do pensava a doutrina interpolacionista,[567] passam a ganhar destaque na legislação imperial e na jurisprudência.

Assim, ao lado da *clementia* e da *benignitas*, o termo é bastante utilizado, se não em sua forma substantiva, ao menos nos modos adjetivos *humanus, inhumanus, humanum est*, para o fim de temperar as soluções jurídicas mais rigorosas e se apresenta até mesmo como um importante instrumento de propaganda e justificação do poder com base em valores filantrópicos e universalistas, mais adequados às novas dimensões do império.[568]

É o que ocorre em algumas constituições de Marco Aurélio diversas dos rescritos, em que a *humanitas* tem papel relevante como fundamento para atenuações no rigor do direito[569] ou como sinônimo de interpretação mais benigna de disposições de última vontade.[570]

(1955), p. 10 e ss; G. PURPURA, *Brevi riflessioni* cit., pp. 291; L. GAROFALO, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Diritto @ Storia* 4 (2005), disponível eletronicamente em: http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.htm; M. L. REIS, *O fenômeno da disseminação polissêmica na humanitas romana*, in P. R. SOLA (ed.), *Fundamenta Iuris. Terminologia, Principios e Interpretatio*, Almeria, Universidad de Almeria, 2012, p. 92; N. DE PASCALI, *Ratione* cit., pp. 35-36. A mudança de significado da palavra é sintetizada na passagem de Gell. 13,17: *Humanitatem non significare id, quod volgus putat, sed eo vocabulo, qui sinceriter locuti sunt, magis proprie esse usos. I. Qui verba Latina fecerunt quique his probe usi sunt, 'humanitatem' non id esse voluerunt, quod volgus existimat quodque a Graecis philanthropia dicitur et significat dexteritatem quandam benivolentiamque erga omnis homines promiscam, sed humanitatem appellaverunt id propemodum, quod Graeci paideian vocant, nos eruditionem institutionemque in bonas artis dicimus.* "Que "humanidade não significa o que o vulgo normalmente pensa, mas aqueles que falam com mais pureza deram ao vocábulo usos mais restritos. 1. Aqueles que falaram o latim e fizeram dele um uso mais correto não deram ao termo "humanidade" o sentido que o vulgo lhe atribui e que em grego se diz filantropia e significa uma generosidade e benevolência para com todos os homens, mas deram a ele o sentido que, em grego, se exprime com o termo *paideia*, ou seja, a erudição e educação nas artes liberais."

[567] E. M. A. MADEIRA, *A expressão "humanum est" como fundamento de proteção da parte contratualmente débil*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* 8 (2002), p. 85, e *A Lesão* cit., pp. 131 e ss.

[568] M. L. REIS, *O fenômeno* cit., p. 96; G.PURPURA, *Brevi riflessioni* cit., p. 292. N. DE PASCALI, *Ratione* cit. pp. 37 e ss, apresenta um resumo da utilização da *humanitas* como motivo decisório nos primeiros imperadores romanos.

[569] Call. 3 *de cogn.* D. 48,10,31: *Divus Pius Claudio rescripsit pro mensura cuiusque delicti constituendum in eos, qui apud iudices instrumenta protulerunt, quae probari non possint: aut si plus meruisse videatur, quam ex forma iurisdictionis pati possint, ut imperatori describatur aestimaturo, quatenus coerceri debeant. Sed divus Marcus cum fratre suo pro sua humanitate hanc rem temperavit, ut, si (quod plerumque evenit) per*

Nos seus rescritos, ela aparece, por meio do uso da expressão *humanum est*, na decisão referida em Call. 1 *de cogn.* D. 5,1,36pr, em que se cria uma hipótese de suspensão do processo por razões humanitárias:

---

errorem huiusmodi instrumenta proferantur, ignoscatur eis, qui tale quicquam protulerint. "O Divino Pio respondeu por rescrito a Cláudio que, contra aqueles que produziram em juízos instrumentos que não poderiam ser comprovados, se deveria determinar conforme a importância de cada delito: ou, se parecesse que mereciam punição maior do que aquela devida segundo o edito do pretor, que o imperador fosse consultado para determinar a punição adequada. Mas Marco Aurélio, com seu irmão, em razão de sua humanidade, temperou essa regra, a fim de que (como muitas vezes ocorre), se forem produzidos em juízo tais instrumentos por mero erro, se perdoe aos que os trouxerem a juízo."

[570] Marcell. 29 *dig*. D 28,4,3: *Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant. Quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. "Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur". Et advocatis fisci dixit: "Vos habetis iudices vestros". Vibius Zeno dixit: "Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues?" Antoninus Caesar dixit: "Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?" Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit: "Nomina heredum tantum induxit". Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: "Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet". Priscianus dixit: "Manumisit quosdam et legata dedit". Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit: "Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus nepotem irrita esse voluisse, quae induxit". Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescripsit liberum eum nihilo minus fore: quod videlicet favore constituit libertatis.* "Recentemente, numa causa levada ao conhecimento do príncipe, uma vez que certo homem apagou o nome dos herdeiros e os bens destes foram reivindicados pelo fisco como caducos, muito tempo se duvidou com relação aos legados, principalmente aqueles que haviam sido deixados aos herdeiros cuja instituição fora apagada. A maioria estimava que os legatários deviam ser excluídos. O que eu dizia dever-se seguir seguramente se houvesse cancelado toda a escrita do testamento: alguns opinavam perecer pelo próprio direito o que fosse apagado, devendo valer todo o mais. O que dizer então? Não se pode crer por vezes que aquele que tiver apagado o nome dos herdeiros, considerava ter conseguido o bastante para morrer intestado? Mas em caso de dúvida, seguir a interpretação mais benigna é não apenas mais justo como mais seguro. Sentença do imperador Antonino Augusto durante o consulado de Pudente e Polião. "Uma vez que Valério Nepos, mudando sua vontade, abriu seu testamento e apagou os nomes dos herdeiros, sua herança, segundo uma constituição de meu divino pai, não parece pertencer àqueles que foram instituídos." E disse aos advogados do fisco: "Tendes os vossos juízes." Víbio Zenão disse: "Rogo a ti, senhor imperador, que me ouças pacientemente: o que decides com relação aos legados?" Antonino César disse: "Parece a ti ter desejado que o testamento valesse aquele que apagou os nomes dos herdeiros?" Cornélio Prisciano, advogado de Leão, disse: "Apagou apenas os nomes dos herdeiros." Calpúrnio Longino, advogado do fisco, disse: "Não pode valer nenhum testamento que não tenha herdeiro." Prisciano disse: "Manumitiu a alguns e deu legados." Antonino César, tendo dispensado a todos para que deliberasse e mandando em seguida que os mesmos fosse chamados, disse: "A presente causa parece admitir uma interpretação mais humana, de modo que consideremos que Nepos quis fosse nulo apenas o que apagou." Apagou o nome do escravo que ordenara fosse livre. Antonino respondeu por escrito que esse não fosse nada menos que livre: o que sem dúvida determinou em favor da liberdade."

Interdum ex iustis causis et ex certis personis sustinendae sunt cognitiones: veluti si instrumenta litis apud eos esse dicantur qui rei publicae causa aberunt: idque divi fratres in haec verba rescripserunt. Humanum est propter fortuitos casus dilationem accipi, veluti quod pater litigator filium vel filiam vel uxor virum vel filius parentem amiserit, et in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri.	Às vezes, por justas causas e em atenção a determinadas pessoas, há de ser suspensa a *cognitio* dos juízos; por exemplo, se se alegar que os documentos da lide estão em poder daqueles que estão ausentes da *res publica* e assim responderam por rescrito os imperadores de consagrada memória Marco Aurélio e Lúcio Vero nos seguintes termos: é humano que se conceda dilação por casos fortuitos, por exemplo, porque o pai que litiga perdeu um filho ou uma filha, ou a mulher o marido, ou o filho seu pai ou sua mãe e em tais casos suspender por algum tempo a cognição do juízo.[571]

Neste rescrito, os *divi fratres* disciplinam uma hipótese de *dilatio personarum causa*, na qual o julgador, em sede de *cognitio extra ordinem*, após o início do procedimento, podia suspendê-lo por razões justificadas, no caso, a perda, por uma da partes litigantes, de algum dos parentes indicados pelos imperadores, que deixam ainda em aberto a possibilidade de aplicação da mesma regra em outros casos semelhantes (outros casos fortuitos e não a morte de outros parentes),[572] dando ao rescrito uma eficácia mais geral.[573]

Segundo F. ARCARIA, com esse rescrito, os imperadores completavam e ampliavam a regulamentação dos impedimentos que a parte podia alegar a fim de pedir a suspensão do processo, que já se apresentava em seu rescrito relativo à proibição de *vocare in ius*

[571] Tradução de E. M. A. MADEIRA, *A Lesão* cit., p. 132.
[572] Assim afirma F. ARCARIA, *Oratio* cit., pp. 111-112, para quem, se os imperadores quisessem ampliar o rol de parentes cuja morte permitia a suspensão do processo, já o teriam feito no próprio rescrito, de modo que a referência a casos semelhantes tem um significado mais amplo, abarcando qualquer outri tipo de caso fortuito.
[573] N. DE PASCALI, *Ratione* cit., p. 64.

aqueles que acompanhassem um cadáver à sepultura,[574] talvez também ele motivado por razões de humanidade.[575]

Razões estas que, no presente rescrito, aparecem de forma expressa e que, segundo N. DE PASCALI,[576] indicam que, na reflexão imperial, a correta administração da justiça mão poderia prescindir da consideração das contingências a que se submetiam as partes litigantes, apontadas na decisão com a expressão *iustae causae dilationis* e que poderiam dizer respeito a questões puramente privadas, como o exercício do luto, que, no entanto, eram merecedoras de respeito, em conformidade com a própria tradição romana.[577] Para o autor, ainda que o *mos maiorum* possa ter aqui desempenhado um papel importante, o centro argumentativo do rescrito é a ideia de humanidade, que tem em mira uma dimensão emocional dos litigantes, de modo que o respeito pelo individuo enlutado era a preocupação substancial que levou os *divi fratres* a criar, em razão da dor por ele experimentada, uma importante regra em matéria de *cognitio extra ordinem*.

Regra esta que, dirigida aos juízes encarregados de tais processos e formulada em termos abertos, servia como uma espécie de exemplo, como indicativo de quais aspectos da ideologia imperial a que os julgadores deveriam seguir,[578] assim como ocorre no rescrito em que Marco Aurélio determina ao pretor que, em matéria de concurso de

[574] Call 1 *de cogn*. D. 2,4,3: *Vel qui cadaver prosequuntur, quod etiam videtur ex rescripto divorum fratrum comprobatum esse*. "[também não podem ser citados a comparecer em juízo] aqueles que acompanham um cadáver, como parece ser comprovado por um rescrito dos divinos irmãos."
[575] *Oratio* cit., p. 113.
[576] *Ratione* cit., p. 64.
[577] A Lei das XII Tábuas, por exemplo, previa uma dilação da lide por razões de saúde, conforme Ulp. 74 *ad ed.* D. 2,11,2,3: *Si quis iudicio se sisti promiserit et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adiuvatur, nec immerito. Cum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum potuit se sistere qui adversa valetudine impeditus est? Et ideo etiam lex duodecim tabularum, si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum*. "Se alguém tiver prometido apresentar-se perante o juízo, e não pôde impedido por enfermidade, ou tempestade, ou crescimento de rio, se lhe auxilia com exceção, e não sem razão; porque embora sendo necessária sua presença em virtude de tal promessa, como poderia apresentar-se aquele que foi impedido por motivo de saúde? Bem por isso, também a Lei das Dize Tábuas manda que se adie a data do juízo, se o juiz ou um dos dois litigantes estiver impedido por enfermidade grave." Tradução de J. I. PILATI, *Digesto de Justiniano. Livro Segundo: Jurisdição*, Florianópolis, UFSC, 2013.
[578] N. DE PASCALI, *Ratione* cit., pp. 64-65.

credores e *pactum ut minus solvatur*, falhando todos os outros critérios para decidir, fosse seguida a *humanior sententia*.[579]

A expressão *humanum est* aparece novamente para fundamentar um rescrito no qual os *divi fratres* afastam a cobrança de juros num caso especial, o do *curator* que devesse uma soma à cidade em razão de danos causados a ela:

Constitutionibus principum continetur, ut pecuniae, quae ex detrimento solvitur, usurae non praestentur: et ita imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt his verbis: "Humanum est reliquorum usuras neque ab ipso, qui ex administratione honoris reliquatus est, neque a fideiussore eius, et multo minus a magistratibus, qui cautionem acceperint, exigi". Cui consequens est, ut ne in futurum a forma observata discedatur.[580]	Ordena-se nas constituições imperiais que as quantias que são pagas em indenização (à cidade) não sejam passíveis de juros: e assim declararam em um rescrito os imperadores Augustos Antonino e Vero: "É humano que não se reclamem juros das quantias [remanescentes] devidas nem de quem as deve por consequência da gestão de seu cargo, nem do fiador e tampouco dos magistrados que aceitaram a garantia." Com o que é consequente que não se altere no futuro esta observância.[581]

Quando os magistrados municipais conservavam consigo alguma soma de dinheiro público após o término do cargo, deveriam restituí-la com juros, caso não alegassem

[579] Papin. 10 *resp.* D. 2,14,8: *Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. Quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praeferendus est. In numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit. Sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est. Hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest.* "Entende-se que a maioria se estabelece pela dimensão da dívida, e não pelo número de pessoas. Porém, se forem iguais na dimensão da dívida, dever-se-á preferir, então, o maior número de credores. D'outra parte, em número igual de credores, o pretor seguirá a autoridade daquele que, dentre eles, se destaca em dignidade. Mas se, por todas as maneiras, forem iguais em tudo, deverá o pretor acolher a opinião mais humana. É isto que se pode depreender do rescripto do divino Imperador Marco Aurélio." Tradução de E. C. S. MARCHI, *Da Concordata no Concurso de Credores. O precedente romano do "pactum ut minus solvatur",* São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 133.
[580] Scaev. 2 *dig*. D. 50,1,24.
[581] Tradução de E. M. A. MADEIRA, *A Lesão* cit., p. 138.

alguma justificativa para o atraso, segundo estabeleceram os *divi fratres* em outra ocasião.[582]

O presente rescrito, contudo, afasta a cobrança de juros quando a quantia for devida a título de indenização por danos causados à cidade, afirmando não ser humano exigi-los juros nessa hipótese nem do próprio magistrado, nem do fiador, nem do magistrado que aceitou a garantia prestada por aquele que iniciava o exercício de uma magistratura municipal.

No Digesto, há a notícia de decisão semelhante dos mesmos *divi fratres*, na qual determinam que sejam exigidos juros em relação às somas que permaneceram com os *curatores operarum publicarum*,[583] mas afirmam que, em se tratando de somas que não este conseguiram exigir dos *redemptores operarum*, responderiam apenas pelo capital.[584]

Ao comentar o rescrito em questão juntamente com outras disposições imperiais e textos jurisprudenciais em que ocorre a expressão *humanum est*, E. M. A. MADEIRA afirma que tal motivo justifica a assistência a pessoas necessitadas, em posição de desvantagem,

---

[582] Papir. Just. 2 *de const.* D. 50,8,13: *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt eum, qui pecuniam publicam magistratus sui tempore et post non pauco tempore detinuerat, usuras etiam praestare debere, nisi si quid adlegare possit, qua ex causa tardius intulisset*. "Os imperadores Antonino e Vero determinaram por rescrito que aquele reteve dinheiro púbico no tempo de sua magistratura e não pouco tempo depois deveria pagar também os juros, a não ser que pudesse alegar alguma causa para tê-lo entregado mais tarde."

[583] O que se mostra como um tipo de dano que poderia ser causado pelo funcionário ou magistrado à cidade no exercício de seu cargo, e que não se confunde com a retenção indevida de somas, tratando-se apenas de um mau desempenho da administração, sendo talvez uma conduta desse tipo a que os imperadores se referiam em Scaev. 2 *dig.* D. 50,1,24.

[584] Papir. 2 *de const*. D. 50,8,11pr *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt pecuniae, quae apud curatores remansit, usuras exigendas: eius vero, quae a redemptoribus operum exigi non potest, sortis dumtaxat periculum ad curatores pertinere*. "Os imperadores Antonino e Vero determinaram por rescrito que deveriam ser exigidos juros sobre os valores que permanecessem com cos curadores. Mas com relação àquilo que não puderam cobrar dos empreiteiros, respondem apenas pelo capital." A mesma regra aparece em Paul *l. s. de usur*. D. 22,1,17,7, que parece unir ambos os rescritos, sem mencioná-los, falando, de forma genérica, da responsabilidade daqueles que são acionados em razão da administração da república, o que deve se aplicar também aos curadores das obras públicas, se permanecerem com alguma quantia que lhes fora entregue, não se cobrando juros em relação às quantias que deram aos empreiteiros, mesmo que negligentemente, e não conseguiriam reaver: *Eos qui ex administratione rerum civitatium conveniuntur usuris obnoxios esse satis notum est. Idem observatur in operum curatoribus, si pecunia apud eos remansit. Sed in ea quam redemptoribus commiserunt, etiamsi neglegenter dederint, usura eis remittitur: haec autem ita sunt, si nulla fraus arguitur: alioquin etiam usurae applicabuntur*. A limitação ao capital é afirmada por Paulo também em Paul. 1 *resp*. D. 50,1,21,1. Uma constituição de Alexandre Severo (*Alex. Sev.* C. 11,39,1) contem o mesmo princípio: *Fenoris rei publicae, quod non tua culpa perditum esse apparuerit, sufficit sortis damnum, non etiam usurarum sustinere*. "Basta que respondas pelo capital do empréstimo público que parece ter se perdido por tua culpa, não pelos juros."

ou que passam por dificuldades, como o enlutado em D. 5,1,36pr, o louco em D. 24,3,22,7, o escravo em D. 40,5,37 e o devedor em D. 50,1,24.[585]

Também para N. DE PASCALI, que apresenta uma reconstrução diferente do caso que teria motivado o rescrito,[586] a decisão estaria protegendo um certoi segmento da sociedade que passava por dificuldade, ainda que não se tratasse de pessoas de condição inferior. Segundo ele, o rescrito, motivado de forma filantrópica, revela uma tendência a tutelar as aristocracias municipais, cuja importância era fundamental na administração do império e sobre a qual pesava uma série de *munera*, *honores* e *pollicitationes* que, junto com o poder imperial, garantia aportes financeiros às cidades. Para o autor, era do interesse do governo central resguardar o patrimônio desses membros da aristocracia local, que, aliás, já não se distinguiam exatamente por uma grande riqueza.[587]

Às considerações dos dois autores se poderia acrescentar uma terceira hipótese para explicar o recurso ao *humanum est* como justificativa da decisão, que residiria no fato de não haver dolo na conduta do administrador, ao contrário do que ocorre com aquele que retém dinheiro público indevidamente após o término de seu cargo. O rescrito não menciona qual o dano causado à *res publica* na hipótese, mas pode-se conjecturar que tenha decorrido de alguma conduta culposa, o que justificaria atenuar, com base na *humanitas* entendida como benevolência e atitude clemente, que leva em conta a ignorância e a imperfeição dos homens, a responsabilidade daquele que não agiu de forma dolosa, limitando-a ao capital que a *res publica* perdeu.

Novamente Marco Aurélio recorre ao *humanum est*, desta vez juntamente com a invocação da *aequitas*, também em sua forma adejtiva, como sinônimo de *favor libertatis*, a fim de evitar que a liberdade concedida a um escravo seja retardad pela ausência de prestação de contas, não exigida, ademais, no ato de libertação:

Si pure data sit fideicommissa libertas et is	Se uma liberdade fideicomissária foi dada

[585] *A lesão* cit., p. 139.
[586] Segundo ele, o rescrito teria sido emanado após a consulta de um cidadão que, para a gestão de um cargo, municipal, contraíra algum débito, garantido por fiadores, sendo agora cobrados os juros pelo credor, que os imperadores decidem excluir.
[587] *Ratione* cit., p. 44.

servus rationes administrasse dicatur, divus Marcus rescripsit moram libertati non esse faciendam, ex continenti tamen arbitrum dandum esse, qui computationem ineat. Verba rescripti ita se habent: "Aequius videtur Trophimo ex causa fideicommissi praestari libertatem, quam sine condicione reddendarum rationum datam esse constat, neque humanum fuerit ob rei pecuniariae quaestionem libertati moram fieri. Qua tamen repraesentata confestim arbiter a praetore erit dandus, apud quem rationem, quam administrasse eum apparuit, ex fide reddat". [588]

de forma pura e se diz que esse servo administrava as contas, o divino Marco determinou num rescrito que não se fizesse demora na libertação, mas que se nomeasse um árbitro imediatamente, para que procedesse à tomada das contas. Estas são as palavras do rescrito: "Parece mais equitativo conceder-se a Trofimo a liberdade por causa do fideicomisso, que consta ter sido dada sem a condição de que fossem prestadas as contas, e nem seria humano se retardar a questão da liberdade em razão de matéria pecuniária. Efetivada a liberdade, deverá ser nomeado imediatamente um árbitro pelo pretor, diante do qual prestará de boa-fé as contas daquilo que administrou."[589]

O escravo, na experiência romana, podia gerir um pecúlio que lhe era destinado pelo dono e até mesmo administrar porções mais vastas do patrimônio de seu senhor. No entanto, o escravo posteriormente manumitido não estava obrigado a responder civilmente pela administração desempenhada antes da libertação. [590]

---

[588] Ulp. 6 *fideic.* D. 40,5,37.

[589] A mesma constituição imperial é referida em Ulp. 38 *ad ed.* D. 47,4,1,7: *Sed si fideicommissaria libertas servo data sit, quidquid in hereditate maleficii admisit, numquid non prius cogatur heres manumittere, quam si satisfecerit? Est autem saepissime et a divo Marco et ab imperatore nostro cum patre rescriptum non impediri fideicommissariam libertatem, quae pure data est. Divus sane Marcus rescripsit arbitrum ex continenti dandum, apud quem ratio ponatur (...)* "Mas se a liberdade fideicomissária for dada ao escravo e este praticou algum ato danoso à herança, por acaso não estará obrigado o herdeiro a manumiti-lo antes de ter satisfeito o débito? De fato, muitas vezes foi determinado em rescrito tanto pelo divino Marco quantopelo nosso imperador com seu pai que não se deve impedir a liberdade fideicomissária dada de forma pura. O divino Marco, sabiamente, determinou por rescrito que fosse nomeado imediatamente um árbitro, perante o qual fossem prestadas as contas (...)" Segundo T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., p. 34, nt. 153, é provável que apiniano se refira ao mesmo rescrito em Pap. 21 *quaest.* D. 40,7,34,1: *Imperator Antoninus rescripsit iussum rationes reddere et liberum esse, si heres causabitur accipere rationes, nihilo minus liberum fore*.

[590] Conforme Scaev. 16 *dig*. D. 34,3,28,7.

Assim é que, a fim de garantir o interesse dos herdeiros frente ao escravo e obrigá-lo à prestação de contas daquilo que administrara, era comum que os donos, quando concedessem a liberdade ao escravo em suas disposições de última vontade, condicionassem-na à prestação de contas, cláusula esta que se mostra como uma das mais frequentes a que se submetia a manumissão.[591]

No caso concreto de que trata o rescrito de Marco Aurélio, contudo, o proprietário não apusera condição alguma à manumissão do escravo, estabelecida em fideicomisso, mas é bastante provável que os herdeiros, desejando criar empecilhos à libertação ou simplesmente suspeitando da atividade administrativa do escravo e buscando uma prestação de contas mais detalhada – não fica claro se com relação à gestão do pecúlio ou se do patrimônio do *dominus* em geral -,[592] tenham retardado a efetivação da disposição fideicomissária, o que faz com que a questão seja submetida à apreciação do imperador, pelas próprias partes ou pelo pretor, provavelmente *fideicomissarius*.[593]

Marco Aurélio então decide que se deve dar efetivo cumprimento ao fideicomisso, realizando-se a manumissão que fora concedida sem condição alguma, não se podendo retardá-la, ademais, por quaisquer questões pecuniárias. Estabelece, ainda, que o pretor, uma vez efetivada a manumissão, nomeie um árbitro para que se proceda à prestação de contas, irrelevante para a questão da liberdade.

Como fundamento de sua decisão, o imperador invoca a *aequitas,* afirmando ser mais equitativo conceder a liberdade na forma do fideicomisso, com o que o *aequum*, no caso, parece se mover numa dimensão mais lógico-jurídica,[594] não sendo utilizado para excepcionar o direito ou abrandar suas exigências, mas justamente para confirmar a execução da vontade do testador na forma em que se expressou.[595] Além disso, são

---

[591] N. DE PASCALI, *Ratione* cit., p. 57-58. Sobre o amplo casuísmo da prestação de contas como condição aposta às manumissões, veja-se, W. W. BUCKLAND, *The Roman Law* cit., pp. 494-496.
[592] T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., p. 31 sugere se tratar do pecúlio, enquanto N. DE PASCALI, *Ratione* cit., p. 57, parece apontar para a figura do servo administrador.
[593] N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.c. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 250; N. DE PASCALI, *Ratione* cit., p. 58.
[594] Segundo N. DE PASCALI, *Ratione* cit., p. 58.
[595] Como destaca T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., p. 32, que defende a preponderância da vontade do testador sobre um evebtual *favor libertatis* na decisão imperial, se o testador quisesse condicionar a liberdade, o teria feito expressamente, como ocorre em diversas passagens do Digesto.

invocados os ideais de caráter mais filantrópico plasmados na concepção de *humanitas* para afirmar que não se pode retardar a libertação em razão de questões pecuniárias.

A contraposição, presente no rescrito, entre a *humanitas* e a *res pecuniaria*, como destaca N. DE PASCALI,[596] reflete uma atitude típica de Marco Aurélio, demonstrada em diversas passagens de suas Meditações, em que deixa claro considerar a riqueza como um dos bens indiferentes, pois que irrelevante para a realização da verdadeira natureza do homem, sendo verdadeiro bem apenas a conduta conforme à racionalidade do *kosmos*, que depende da iniciativa individual e não de circunstâncias exteriores.[597] Assim, não considera humano que um desses bens indiferentes possa funcionar como empecilho à libertação do escravo.

De qualquer forma, o imperador, consciente de que os outros homens tinham sua própria escala de valores e podiam reputar a riqueza como algo de maior importância, sendo ainda assim dignos de proteção,[598] sabe harmonizar todos os interesses envolvidos

---

[596] *Ratione* cit., pp. 58-59.

[597] Med. 3,6: ἀντικαθῆσθαι γὰρ τῷ λογικῷ καὶ πολιτικῷ ἀγαθῷ οὐ θέμις οὐδ᾽ ὁτιοῦν ἑτερογενές, οἷον τὸν παρὰ τῶν πολλῶν ἔπαινον ἢ ἀρχὰς ἢ πλοῦτον ἢ ἀπολαύσεις ἡδονῶν: πάντα ταῦτα, κἂν πρὸς ὀλίγον ἐναρμόζειν δόξῃ, κατεκράτησεν ἄφνω καὶ παρήνεγκεν. σὺ δέ, φημί, ἁπλῶς καὶ ἐλευθέρως ἑλοῦ τὸ κρεῖττον καὶ τούτου ἀντέχου "Pois não te é permitido opor à razão e ao bem político seja o que for de outra natureza, como o louvor da multidão ou poderes ou riqueza ou gozo dos prazeres. Todas essas coisas, ainda que pareçam por pouco tempo adaptar-se, dominam subitamente e desencaminham. Tu porém, digo, escolhe franca e livremente o melhor e persiste nele."; Med. 5,36: Ἐγενόμην ποτέ, ὁπουδήποτε καταληφθείς, εὔμοιρος ἄνθρωπος: τὸ δὲ εὔμοιρος, ἀγαθὴν μοῖραν σεαυτῷ ἀπονείμας: ἀγαθαὶ δὲ μοῖραι ἀγαθαὶ τροπαὶ ψυχῆς, ἀγαθαὶ ὁρμαί, ἀγαθαὶ πράξεις. "o afortunado é quem atribui a si mesmo uma boa parte; e as boas partes são as boas tendências da alma, os bons impulsos, as boas ações."; Med. 6,41: Ὅ τι ἂν τῶν ἀπροαιρέτων ὑποστήσῃ σαυτῷ ἀγαθὸν ἢ κακόν, ἀνάγκη κατὰ τὴν περίπτωσιν τοῦ τοιούτου κακοῦ ἢ τὴν ἀπότευξιν τοῦ τοιούτου ἀγαθοῦ μέμψασθαί σε θεοῖς καὶ ἀνθρώπους δὲ μισῆσαι τοὺς αἰτίους ὄντας ἢ ὑποπτευομένους ἔσεσθαι τῆς ἀποτεύξεως ἢ τῆς περιπτώσεως: καὶ ἀδικοῦμεν δὴ πολλὰ διὰ τὴν πρὸς ταῦτα διαφοράν. ἐὰν δὲ μόνα τὰ ἐφ᾽ ἡμῖν ἀγαθὰ καὶ κακὰ κρίνωμεν, οὐδεμία αἰτία καταλείπεται οὔτε θεῷ ἐγκαλέσαι οὔτε πρὸς ἄνθρωπον στῆναι στάσιν πολεμίου. "O que acaso das coisas que não são de teu arbítrio consideres um bem ou um mal para ti, é necessário, conforme a ocorrência de tal mal ou o insucesso de tal bem, haveres de preferir censuras aos deuses e haveres de odiar os homens como sendo as causas ou como suspeitos de haver de sê-lo do insucesso ou da ocorrência; e ainda cometemos muitas injustiças por causa da diferença quanto a essas coisas. Se porém considerarmos como bens ou males tão-somente o que de nós depende, nenhum motivo resta nem de endereçar reclamação à divindade nem de manter para com o homem atitude hostil."

[598] Med. 5,36: Μὴ ὁλοσχερῶς τῇ φαντασίᾳ συναρπάζεσθαι, ἀλλὰ βοηθεῖν μὲν κατὰ δύναμιν καὶ κατ᾽ ἀξίαν, κἂν εἰς τὰ μέσα ἐλαττῶνται, "Não ser arrebatado totalmente pela imaginação, mas socorrer sim os homens na medida do possível e segundo o mérito; e ainda quando nas coisas medíocres estejam em inferioridade (...)"; Med. 9,11: Εἰ μὲν δύνασαι, μεταδίδασκε: εἰ δὲ μή, μέμνησο ὅτι πρὸς τοῦτο ἡ εὐμένειά σοι δέδοται. καὶ οἱ θεοὶ δὲ εὐμενεῖς τοῖς τοιούτοις εἰσίν, εἰς ἔνια δὲ καὶ συνεργοῦσιν, εἰς ὑγίειαν, εἰς πλοῦτον, εἰς δόξαν: οὕτως εἰσὶ χρηστοί. ἔξεστι δὲ καὶ σοί: ἢ εἰπέ, τίς ὁ κωλύων "Se certamente podes, modifica-lhes o ensinamento; se porém não, lembra-te de que para isso te foi dada a benevolência. Também os deuses são benevolentes para

na causa e acaba por tutelar, ainda que em segundo lugar, a *res pecuniaria* perseguida pelos herdeiros, ao determinar a instituição de um árbitro e a prestação de contas após a libertação.

Esse mesmo tipo de balanceamento entre os diversos interesses envolvidos se encontra no rescrito mencionado em Inst. 3,11,pr-1, no qual Marco Aurélio, numa clara expressão do *favor libertatis*,[599] intimamente ligado à *humanitas*, cria o instituto da *addictio bonorum libertatium servandorum causa*, permitindo ao escravo de um de cujus insolvente assumir a herança a fim de garantir as manumissões, desde que assuma também o dever de pagar os credores.

Na parte final desse rescrito, ao instruir o fisco a não impedir a concessão das liberdades em caso de recolhimento da herança se por alguma razão a *addictio* se tornar nula, o imperador, embora não empregue expressamente o termo *humanitas* ou algum correlato, motiva sua determinação com base em afirmação praticamente idêntica àquela que embasou a decisão tomada em Ulp. 6 *fideic.* D. 40,5,37, qual seja, a de que questões pecuniárias não devem imepdir a efetivação da liberdade:

Pr. *Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si hi qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatium conservandarum causa, audiuntur. et ita*	Por força de uma constituição do divino Marco sobreveio um novo caso de sucessão; pois, se os alforriados pelo testamento do senhor, cuja herança não foi adida, quiserem que os bens se lhes adjudiquem para se salvarem as alforrias, são atendidos. 1. E

com pessoas de tais características; e para algumas coisas até colaboram – para a saúde, para a riqueza, para a fama-, tão benignos são. E também a ti é permitido; ou então, dize: quem é o impedinte?"

[599] H. ANKUM, *La constitutio divi Marci qui introduisit l'assignation des biens d'une succession ayant pour but de protéger les affranchissements et le favor libertatis*, in *Grecs, Juifs, Polonais: à la recherche des racines de la civilisation européenne: Actes du colloque organisé à Paris par l'Académie Polonaise des Sciences le 14 novembre 2003*, Paris, Académie Polonaise des Sciences, 2006, p. 178-180. Para o autor, toda essa constituição é uma expressão da ideia de favor libertatis, ainda que não se encontre exatamente essa expressão nas fontes relativas ao tema, até mesmo porque o rescrito não deixa de tutelar o interesse dos credores e a honra do defunto. De qualquer forma, Ulpiano, em Ulp. 60 ad ed. D. 40,5,2, fala no *favor constitutionis divi Marci* ao estender sua aplicação a casos de sucessão ab intestato, assim como em Inst. 3,11,1 (favor constitutionis) e Ulp. 60 ad ed. D. 40,5,4,16 (*idem favor sit*), texto no qual Ulpiano deixa claro que o intuito da constituição foi sobretudo assegurar as manumissões: *generaliter voluit libertatem praestare, quibus competeret, si hereditas adita fuisset*. "quis dar a liberdade de maneira geral a todos aqueles a quem competiria se a sucessão fosse aceita."

rescripto divi Marci ad Popilium Rufum continetur. 1. *Verba rescripti ita se habent: 'Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona esse coeperunt ut veniri debeant: is cuius de ea re notio est aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatium tam earum quae directo, quam earum quae per speciem fideicommissi relictae sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de solido quod cuique debetur solvendo. Et hi quidem quibus directa libertas data est perinde liberi erunt ac si hereditas adita esset : hi autem quos heres rogatus est manumittere a te libertatem consequantur : nisi si non alia condicione velis bona tibi addici quam ut etiam qui directo libertatem acceperunt tui liberti fiant; nam huic etiam voluntati tuae, si ii de quorum statu agitur consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne huius rescriptionis nostrae emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit, et hi qui rebus nostris attendunt scient, commodo pecuniario praeferendam libertatis causam, et ita bona cogenda ut libertas his salva sit*

assim se dispõe num rescrito do divino Marco a Pompílio Rufo. As palavras do rescrito são estas: "Se os bens de Virgínio Valente, que concedeu a liberdade a uns escravos em seu testamento, e não tem nenhum sucessor abintestado, chegaram a ponto de deverem ser vendidos, o juiz que houver de tomar conhecido desse fato levará em conta o teu desejo adjudicando-se, para o fim de salvá-las, tanto as alforrias diretamente concedidas, como as que o foram mediante fideicomissos, se deres caução idônea aos credores de pagares integralmente o que a cada um deveres. E aqueles a quem a liberdade foi diretamente dada ficam livres, como se a herança tivesse sido adida. E os que o herdeiro pediu fossem alforriados recebam de ti a liberdade;[600] isto assim, se não quiseres que os bens te sejam adjudicados pela outra condição, de ficarem teus libertos também os que diretamente receberam a liberdade. Pois damos a nossa autorização também a esta tua vontade, se anuírem aqueles de cuja condição se trata. E a fim de não ficar írrito por outra razão o benefício deste nosso rescrito, se o fisco quiser arrolar os bens, saibam os encarregados dos nossos

[600] Parece-nos que aqui fosse melhor traduzir o trecho como "aqueles que o herdeiro foi chamado a manumitr ficam livres", uma vez que não fora o herdeiro quem ordenara as manumissões, mas sim era a ele que foram ordenadas.

qui eam adipisci potuerunt si hereditas ex testamento adita esset.'.	negócios, que **a** causa da liberdade deve ser preferida às vantagens pecuniárias; e a sucessão deve ser recolhida de modo a lhes ficar salva a liberdade, a eles que poderiam alcançá-la se a herança testamentária tivesse sido adida."

Um testador chamado Virgínio Valente havia disposto algumas manumissões em seu testamento, tanto de forma direta quanto por meio de fideicomissos, mas não se encontrara nenhum sucessor disposto a aceitar a herança, provavelmente porque o passivo superava o ativo (*hereditas damnosa*) e porque, no caso, não havia nenhum *heres necessarius* obrigação à aceitação. Não havendo, igualmente, nenhum sucessor *ab intestato*, tratava-se de *bona vacantia*, a serem recolhidos, segundo disposições da *lex Iulia de maritandis ordinibus*, pelo *Aerarium Populi Romani* ou, como parece ocorrer no caso, pelo fisco, tesouro do *princeps*.[601]

A assunção das heranças vacantes pelo fisco variava conforme se tratasse de heranças ativas ou passivas. [602] As primeiras eram do fisco *ipso iure* (ainda que ele devesse proceder a uma investigação para decidir se as aceitava ou não). Aceitos os bens, retirava-se o que pertencia aos credores e as manumissões e outras disposições deviam ser efetivadas.[603]

No entanto, quando se tratava de um patrimônio passivo e, obviamente, desinteressante, o fisco poderia recusá-lo, com o que a massa hereditária era colocada à disposição dos credores, que, segundo previsão contida no edito perpétuo, realizavam a *bonorum venditio cui heres non extabit*, mencionada em Gai 3,78.[604]

---

[601] T. FINKENAUER, *Marco Aurelio e la schiavitù,* in *INDEX* 40 (2012), p. 680; H. ANKUM, *La constitutio* cit.p. 177; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, Vol. II* cit., p. 440; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 462.
[602] Call. 1 *de iur. fisci* D. 49,14.1,1.
[603] Iul. 39 *dig.* D. 30,96,1; Marc. 9 *inst.* D. 40,5,51pr; Ulp. 60 *ad ed.* D. 40,5,4,17; T. MASIELLO, *Libertà* cit., p. 18; W. W. BUCKLAND, *The Roman Law* cit., p. 626.
[604] T. MASIELLO, *Libertà* cit., p. 18; W. W. BUCKLAND, *The Roman Law* cit., p. 626; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano, Vol. II* cit., p. 440; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 462.

Tal situação trazia incovenientes para praticamente todos os envolvidos no caso: para os escravos alforriados, cujas manumissões restavam ineficazes à míngua de adição da herança;[605] para os credores do de cujus, que, não podendo agir contra os herdeiros, tinham de proceder à *bonorum venditio*, cuja chance de permitir a satisfação ampla dos créditos era pequena;[606] para a memória do *de cujus*, que seria atingida pela *infamia* decorrente da *bonorum venditio*.[607]

Diante disso, e provavelmente instado por um dos escravos alforriados,[608] Marco Aurélio cria um expediente para evitar essas consequencias negativas e contemplar os

---

[605] T. FINKENAUER, *Marco Aurelio* cit., p. 680; W. W. BUCKLAND, *The Roman Law* cit., p. 628.

[606] Como salienta E. C. S. V. MARCHI, *Da concordata* cit., pp. 25-26.

[607] T. FINKENAUER, *Marco Aurelio* cit., p. 680. Segundo nota A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 465, normalmente, a manumissão de um escravo no testamento e sua instituição como herdeiro tinham como objetivo justamente evitar a infâmia do de cujus em caso de *bonorum venditio*, que ocorreria em nome desse herdeiro, o qual, por ser necessário, não poderia recusar a herança, tendo apenas a possibilidade de se valer do *beneficium separationis* (quando não ocorresse a *imixtio* na herança, conforme Gai 2,154,155 e Inst. 2,19,1) a fim de que aquilo que adquirisse após a *bonorum venditio* não respondesse pelas dívidas do defunto não satisfeitas com a venda do patrimônio hereditário. O interessante é que, no caso referido no rescrito, nenhum escravo fora instituído herdeiro, havendo apenas manumissões, de modo que não parecia ser essa a intenção de Virgínio Valente, ou ao menos ter sido ele descuidado nesse ponto.

[608] Segundo C. MASI DORIA, *Rec. a A. G. Bustelo, Sobre la petición de la 'bonorum addictio libertatium conservandarum causa'. (A propósito de Ulpiano 60 ad ed.-D. 40,5,4,3-5) (Santiago de Compostela 1991)*, in *SZ* 112 91995), p. 623, a opinião dominante (sustentada por autores como C. FADDA, S. PEROZZI, V. SCIALOJA e B. BIONDI) é a de que, com Marco Aurélio, a *bonorum addictio* teria sido concedida a um dos escravos manumitidos no testamento e só com um rescrito de Gordiano teria sido estendida essa possibilidade a um extraneus (*Gord.* C. 7,2,6), conclusão que emerge do proprio texto de Inst. 3,11,pr-1 e da Paráfrase de Teófilo. Alguns autores, contudo, afirmam que o nome de Popílio indica um homem livre (liberto ou ingênuo) e, portanto, trata ou de um amigo do de cujus buscando evitar sua infâmia (P. BRUNT, *Marcus Aurelius and Slavery,* in *Bulletin of the Institute of Classical Studies. Supplement* 71 (1998), p. 146) ou mesmo um de seus libertos (W. W. BUCKLAND, *The Roman Law* cit., p. 622; T. MASIELLO, *Libertà* cit., pp. 15-16 T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., pp.54-55). Segundo T. MASIELLO, *Libertà* cit., p. 16, a presença do nome duplo, Popílio Rufo, seria indicativa de um homem livre, já que, embora se encontrem, por vezes, nomes duplos de escravos nas inscrições, o segundo nome deriva de outro nome próprio, terminando em "*anus*", ou é um nome comum destinado a distinguir o escravo de outros que pertencem ao mesmo proprietário, e nenhum dos dois casos explicaria o nome do distinatário do rescrito, sobretudo porque nas fontes epigráficas o *cognomen* Rufo quse sempre indica homens livres, mas também porque, sendo Popilus ou Poppillius um típico *nomen* gentilício (*CIL* IX 4078), seria impossível que um escravo assim se chamasse. Além disso, o autor questiona como seria possível que o escravo de um homem insolvente pudesse garantir as dívidas hereditárias e considera que, mesmo em se tratando de um imperador tolerante como Marco Aurélio, seria excessivamente petulante que um escravo pedisse diretamente ao imperador que os manumitidos de forma direta fossem considerados como libertos seus e não libertos orcinos, como ocorre no rescrito. C. MASI DORIA, *Rec.* cit., p. 624, respondendo às questões meramente textuais, afirma ser possível que o requerente do rescrito fosse um escravo e que uma tradição textual errônea tenha levado a ler-se *Popilius* em lugar de *Popillus*, *Pupillius* ou *Pupillus*, nomes que poderiam seguramente indicar um escravo, já que *Popillus* como nome de escravo aparece em *CIL I²*, 1872, onde se menciona o liberto *P. Lucretius L. l. Popillus*, que após adquirir o gentilício de seu patrono, conserva o nome servil como cognomen. Além disso, o nome *Rufus* deriva de uma característica física, o que é comum entre os escravos. Para a autora, além disso, a hipótese de que Popílio Rufo era um liberto de Virgínio Valente não se sustenta, uma vez que os libertos

vários interesses envolvidos na causa. Determina a adjudicação da herança ao peticionário, a fim de que fossem resguardadas as manumissões, devendo o novo herdeiro dar garantia de que pagaria integralmente o quanto devido aos credores do de cujus.

O benefício para os alforriados era claro, pois conseguiam a libertação, e o peticionário, segundo os termos do rescrito, poderia ser constituído como patrono não só dos escravos manumitidor por meio de fideicomissos, mas também daqueles manumitidos diretamente no testamento e que, a rigor, seriam *liberti orcini*, cujo patrono era o *de cuius*. Este, por sua vez, não mais teria sua memória maculada pela *infamia*. Os credores, por fim, livravam-se do incômodo procedimento da *bonorum venditio,* ganhavam um novo devedor capaz de trabalhar e desempenhar uma atividade econômica, fazendo render o patrimônio que lhe era adjudicado,[609] e com o qual podiam negociar a quota, a forma de pagamento e as garantias prestadas.[610]

Introduzida no intuito de assegurar a eficácia das manumissões,[611] tal constituição garante ainda os interesses dos credores de do de cujus,[612] realizando, assim como já

---

normalmente assumiam o nome gentílico dos patronos. (p. 623, nt. 8). H. ANKUM, *La constitutio* cit., p. 178, nt. 1, adere à opinião da autora, observando ainda que a redação do rescrito foi formulada de modo a não exigir nem a qualidade de escravo nem de homem livre para requerer a *bonorum addcitio*, o que permitiu à interpretação jurisprudencial e imperial posterior aplicar o instituto aos dois tipos de pessoa.

[609] Caso se tratasse de uma propriedade rural, por exemplo, sua produção poderia garantir aos credores a satisfação da dívida, em patamar muito superior ao que obteriam com a mera venda do imóvel, ainda que isso ocorrer no médio ou longo prazo.

[610] P. BRUNT, *Marcus Aurelius* cit, p. 146; T. FINKENAUER, *Marco Aurelio* cit., p. 681, e *Die Rechtsetzung* cit., p. 53, em que o autor menciona a possibilidade de que os credores celebrassem até mesmo um *pactum ut minus solvatur* com o novo herdeiro, a fim de receber menos do que o devido, o que, como destaca E. C. S. V. MARCHI, *Da concordata* cit., p. 57, ainda assim lhes beneficiava ao evitar os incômodos e atrasos do processo de execução concursal, recebendo mais prontamente e um valor até mesmo superio ao que poderiam obter após a divisão do proveito da *bonorum venditio*. Como afirma o autor (p. 58), "era sempre mais seguro cobrar uma quantia menor, do que correr o risco de nada receber (ou, de qualquer modo, de receber com a *bonorum venditio*, ainda menos de quanto o herdeiro estava disposto a pagar)." No que diz respeito às garantias, os credores se encontravam em melhor posição do que se as dívidas do de cujus fossem solvidas pelo fisco ao assumir os *bona vacantia*, uma vez que este, segundo nota T. MASIELLO, *Libertà* cit., p. 20, nt. 39, não precisava garantir os créditos.

[611] Inst. 3,11,6: *Haec constitutio libertatum tuendarum causa introducta est.*

[612] Um bom resumo dos interesses contemplados na decisão se encontra em Inst. 3,11,2: *Hoc rescripto subventum est et libertatibus et defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur et veneant. Certe si fuerint ex hac causa bona addicta, cessat bonorum venditio:extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.* "Por este rescrito se favorece tanto aos alforriados como aos defuntos, afim de os credores não se lhes apossarem dos bens e os venderem. Certo, se forem adjudicados por esta causa, cessa a venda dos bens, por existir um defensor idôneo do defunto, que garante aos credores o pagamento integral."

ocorrera no caso da manumissão do escravo que ainda não prestara contas, um fino balanceamento entre os interesses envolvidos na questão.[613]

Na parte final do rescrito, que mais de perto toca o tema da tese, embora o fisco já houvesse recusado os bens vacantes, tanto que se avizinhara ou já tivera início a *bonorum venditio* pelos credores, Marco Aurélio, atento aos mínimos detalhes,[614] menciona a possibilidade de o fisco arrolar os bens, caso a adjudicação se tornasse írrita por algum motivo.

Segundo T. MASIELLO, talvez o direito do fisco permanecesse e pudesse se sobrepor ao dos credores, mas é difícil entrever qual o interesse do fisco em assumir os bens. O que poderia ocorrer é que a situação patrimonial mencionada pelo requerente não fosse real e o imperador já estivesse se precavendo, pois o fisco, investigando o patrimônio, poderia descobrir que era solvente ou encontrar alguma razão, algum *commodum pecuniarium,* para adquirir os bens.[615]

Outra possibilidade é que se verificasse alguma espécie de irregularidade na concessão da *addictio bonorum*, como aquela mencionada mais tarde por Ulpiano, segundo o qual, uma vez ocorrida a adjudicação, o fisco não poderia mais *agnosecere* os bens, a não ser que a adjudicação tivesse ocorrido sem conhecimento dos prefeitos do erário,[616] ainda que seja improvável supor que Marco Aurélio, já no momento da criação do instituto, tivesse em mira um requisito citado apenas décadas depois.

Como quer que fosse, em caso de recolhimento da sucessão pelo fisco, o imperador é enfático em ordenar que as manumissões sejam resguardadas, valendo-se, para tanto, sem invocar expressamente a *humanitas*, de motivação praticamente idêntica àquela utilizada

---

[613] T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., p. 61. O autor, contudo, que ao longo de toda sua obra sobre as decisões de Marco Aurélio em matéria de escravidão, adota uma atitude cética em relação à presença do *favor libertatis*, entendendo que este nunca conflita com a vontade expressa pelo testador, que, portanto, é mais relevante para o imperador, afirma que, no rescrito em questão, Marco Aurélio buscou tutelar, sobretudo, os interesses dos credores e do defunto, ficando o *favor libertatis* em segundo plano, o que, no entanto, parece contradizer as próprias fontes romanas, que concentram sua atenção sobre o intuito de resguardar as manumissões, conforme demonstram as diversas referências já mencionadas na nota 599.
[614] Característica sua que é ressaltada por W. WILLIAMS, *Individuality in the Imperial Constitutions: Hadrian and the* Antonines, in *JRS* 66 (1976), pp. 79 e ss.
[615] *Libertà* cit., p. 18. Assim também W. W. BUCKLAND, *The Roman Law* cit., p. 628.
[616] Ulp. 60 *ad ed.* D. 40,5,4,20.

para determinar a manumissão do escravo que não prestara contas de sua administração, pois afirma que a causa da liberdade deve ser preferida ao proveito pecuniário (*commodo pecuniario praeferendam libertatis causam*), com a diferença de que, no caso presente, o interesse pecuniário em questão era não de um particular, mas do tesouro imperial.[617]

Outros duas constituições, nas quais se afirma que os *divi fratres*, ao decidirem em benefício de escravos, *favorabiliter rescripserunt*, podem ser consideradas como expressão do *favor libertatis* e, portanto, da *humanitas* imperial.

Uma delas versa sobre a necessidade de se efetivar a liberdade automaticamente quando não houvesse herdeiro que dela pudesse se encarregar:

Divus Pius et divi fratres favorabiliter rescripserunt, cum servo cum libertate substituto legatum erat, si heres non esset, non adscripta libertate, perinde haberi, atque si adscripta esset et libertas.[618]	O divino Pio e os divinos irmãos responderam favoravelmente, num rescrito, que, quando se deixara um legado a um escravo substituído com liberdade, se não houvesse herdeiro e não fosse atribuída a liberdade, deveria se considerar como se a liberdade tivesse sido atribuída.

Em outra, excepcionando-se o princípio de que o escravo não podia agir em juízo contra seu dono, permite-se a ele ajuizar uma acusação de supressão de testamento caso neste documento estivesse contida sua manumissão:

Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino iure civili neque iure praetorio neque extra ordinem computantur: praeterquam quod favorabiliter divi Marcus et Commodus	De nenhum modo podem os escravos apresentar-se em juízo contra seus senhores, já que em geral não são tidos em conta nem pelo direito civil, nem pretório, nem extraordinário; salvo quando, como

[617] Segundo T. MASIELLO, *Libertà* cit., pp. 19-20, quando os interesses de particulares estão envolvidos, o imperador atua de forma mais cautelosa e busca justificar sua decisão com base em conceitos ético-sociais como *humanum*, *aequum* e outros. Para o autor, o fato de não se afirmar em D. 40,5,37 expressamente que à *res pecuniaria* deve ser preferida a *causa libertatis* indica que o sacrifício de interesses privados sugeria ao aimperador uma cautela maior do que se o interesse em jogo fosse do próprio príncipe.
[618] Marcian. 1 *reg*. D. 40,4,26.

rescripserunt, cum servus quereretur, quod tabulae testamenti, quibus ei data erat libertas, subprimerentur, admittendum ad suppressi testamenti accusationem.[619]

determinaram favoravelmente num rescrito os divinos Marco e Cômodo, um escravo reclamasse que se estava a suprimir as tábuas do testamento no qual lhe era dada a liberdade, caso em que deveria ser admitido à acusação de testamento suprimido.

A *humanitas* imperial aparece novamente em decisões realitivas a um escravo, mas num tom certamente estranho à mente moderna. Ao enunciar o princípio segundo o qual nem sempre uma confissão deve ser tomada sem precauções como elemento de prova, Ulpiano menciona uma epístola na qual os *divi fratres* elogiam um governador de província que submeteu um escravo à tortura à fim de verificar a veracidade de sua confissão:

Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnumquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confitentur. Et extat epistula divorum fratrum ad Voconium Saxam, qua continetur liberandum eum, qui in se fuerat confessus, cuius post damnationem de innocentia constitisset. Cuius verba haec sunt: "Prudenter et egregia ratione humanitatis, Saxa carissime, Primitivum servum, qui homicidium in se confingere metu ad dominum revertendi suspectus esset, perseverantem falsa demonstratione damnasti quaesiturus de consciis, quos aeque habere se commentitus fuerat, ut ad certiorem ipsius de se confessionem

Se alguém confessar acerca de um crime, nem sempre se há de lhe prestar confiança: pois às vezes confessam contra si por medo ou por alguma outra causa. E há uma epístola dos divinos irmãos a Vocônio Saxam, na qual consta que deve ser liberado aquele que confessara contra si e cuja inocência havia ficado evidente após a condenação. Cujas palavras são estas: “Prudentemente e com grande sendo de humanidade, caríssimo Saxa, condenaste à tortura o servo Primitivo, suspeito de ter confessar um homicídio por medo de retornar a seu dono e que perseverava em sua falsa afirmação, a fim de se inquiri-lo acerca dos cúmplices que igualmente havia

[619] Marcian. 2 *inst.* D. 48,10,7.

pervenires. Nec frustra fuit tam prudens consilium tuum, cum in tormentis constiterit neque illos ei conscios fuisse et ipsum de se temere commentum. Potes itaque decreti gratiam facere et eum per officium distrahi iubere, condicione addita, ne umquam in potestatem domini revertatur, quem pretio recepto certum habemus libenter tali servo cariturum". Hac epistula significatur, quasi servus damnatus, si fuisset restitutus, ad eum pertinebit, cuius fuisset, antequam damnetur. Sed praeses provinciae eum quem damnavit restituere non potest, cum nec pecuniariam sententiam suam revocare possit. Quid igitur? Principi eum scribere oportet, si quando ei, qui nocens videbatur, postea ratio innocentiae constitit. [620]

inventado ter consigo, para que chegasses a uma confissão mais certa. E não foi em vão tão prudente decisão tua, já que pelo tormento se verificou não haver tais cúmplices e ter ele mentido temerariamente contra si próprio. Podes, portanto, dispensá-lo da condenação e determinar que seja vendido de ofício, com a condição de que jamais retorne à *potestas* do dono, o qual, ao receber um preço certo, pensamos que estará privado de bom grado de tal escravo." Com essa epístola se quer dizer que o servo condenado, uma vez restituído, pertenceria àquele de quem era antes da condenação. Mas o governador de província não pode restituir aquele que condenara, uma vez que não pode revogar nem mesmo suas próprias sentenças em matéria pecuniária. O que fazer, portanto? Ele deve escrever ao príncipe, quando posteriomente ficar provada a inocência daquele que parecia culpado.

Um certo escravo, chamado Primitivo, fora condenado por homicídio, com base em sua confissão, mas o governador de província encarregado do caso, Vocônio Saxa, nutria sérias dúvidas a respeito da veracidade de tal confissão. Por essa razão, determinou que o escravo fosse submetido à tortura, a fim de que fosse questionado acerca dos cúmplices que alegava ter e, ao cabo da *quaestio*, verificou-se que sua confissão era realmente falsa e que ele era inocente, tendo confessado apenas para não retornar a seu dono, preferindo sofrer a pena capital.

[620] Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48,18,1,27.

Provada sua inocência, era consequencia lógica a absolvição e sua devolução ao dono, mas o governador não podia revogar a própria sentença, determinando a restituição do escravo ao dono, razão pela qual consulta os imperadores sobre como proceder.

Estes, em razão da inocência comprovada pela tortura, determinaram que o escravo fosse dispensado da pena e, além disso, agindo como os censores da antiga república e tendo em vista as razões que o levaram a confessar falasamente - não fica claro se isso fazia parte da consulta feita pelo governador ou se foi uma providência determinada de ofício pelos imperadores[621] - que fosse vendido por oficiais públicos com a condição de não retornar ao dono, provavelmente responsável por maus-tratos, mas cujo interesse os imperadores não perdem de vista, estabelecendo a remuneração pela perda do escravo, com a qual o senhor certamente se contentaria.[622]

Os *divi fratres*, em sua epístola, elogiam a conduta de Vocônio Saxa, afirmando que agiu com grande senso de humanidade, o que soa bastante estranho aos ouvidos modernos, já que a *humanitas* é aplicada como qualificação a um procedimento no qual se submeteu um ser humano à tortura, ainda que isso tenha sido feito, em última instância, para seu benefício, pois acabou por livrá-lo da pena capital e, com a determinação posterior dos imperadores, do *dominus* que ele tanto temia. De qualquer forma, para os *divi fratres*, tortura e *humanitas* não eram irreconciliáveis.[623]

No que diz respeito à fundamentação do rescrito, protanto, conjugam-se motivações de caráter humanitário (por mais estranhas que pareçam),[624] já que se evita uma espécie de suicídio com auxílio do poder jurisdicional,[625] livrando o escravo da pena capital e ainda evitando seu retorno ao dono provavelmente responsável por maus-tratos, além de

[621] Para F. ARCARIA, *Oratio Marci* cit., p. 123, nt. 241. o problema era apenas a questão da restituição, ou seja, apenas o problema das consequencias civis da absolvição.
[622] Segundo T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., p. 68, caso a condição fosse descumprida, o esravo seria automaticamente livre.
[623] K. BRADLEY, *Slavery and Society at Rome,* Cambridge, University, 1994, p. 169. Para N. De Pascali, *Ratione* cit., pp. 61-63, dentro da escala de valores herdada do estoicismo por Marco Aurélio, as coisas referentes ao corpo, como a dor física, entravam no grupo dos indiferentes e, não tendo duração indefinida, deveriam ser suportadas, ainda mais quando se tinha em mria um bem maior, como, no caso, evitar uma injustiça, o que, em última instância, traria benefícios ao próprio torturado.
[624] M. BRETONE, *Storia* cit., p. 240, p. ex., afirma que o rescrito em questão, "*un documento impressionante, (...) è uno straordinario amalgama di crudeltà icorregibile e di sottile anailsi psicologica, tese l'una e l'altra veso un fine obiettivamente giusto*."
[625] T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., p. 68.

considerações de ordem pragmática, uma vez que o próprio uso da tortura é justificado em prol de um bem maior que é a obtenção da verdade, da absolvição e de se beneficiar o escravo,[626] e uma vez que a venda obrigatória não deixa de levar em conta a ausência de prejuízos ao dono, pelo que Marco Aurélio, mais uma vez, realiza um fino balanceamento entre os diversos interesses envolvidos na causa, empregando argumentos principiológicos e pragmáticos ao mesmo tempo.

O mesmo tipo de balanceamento entre interesses - e aqui se encerra a exposição das decisões de Marco Aurélio com um rescrito bastante característico do método desse imperador - ocorre num rescrito relativo ao furioso que comete o matricídio num de seus acessos de fúria, sendo dispensado da pena por razões humanitárias, não sem que o imperador atente para o resguardo do interesse público com a determinação da custódia desse inimputável a fim de evitar o cometimento de novos crimes, além de apurar a responsabilidade dos seus guardiões.

A decisão é mencionada em sua literalidade pelo juristra Macro:

Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: "Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. Et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit. Si vero,	O divino Marco e Cômodo baixaram um rescrito a Escápula Tertulo com estas palavras: “se a ti com clareza foi reconhecido que Élio Prisco está em um furor tal que por uma contínua alienação da mente careça de todo intelecto, e não subsiste qualquer dúvida que sua mãe foi morta por ele em uma simulação de demência, como é o caso de estar suficientemente punido pelo próprio furor, podes negligenciar a medida de sua pena. Todavia mais diligentemente deverá ser custodiado e, se tu estimares, também

[626] Como destacam M. BRETONE, *Storia* cit., p. 240, e T. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung* cit., p. 68, é a própria *humanitas* que fundamenta a tortura no caso.

ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. Cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levari vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. Nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpae eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint. "[627]

deverá ser preso em corrente, pois que será apropriado tanto à pena como à sua tutela e à segurança dos seus próximos. Mas, como geralmente é costume, se ele coeteu o crime em alguns dos intervalos de sentido mais são (e não porventura naquele impulso), nem a sua doença dee ser desculpada; diligentemente investigarás e se vieres a saber de tal fato, tu nos consultarás para que estimemos se ele deverá ser condenado ao suplício pela crueldade do crime, se cometeu no momento em que poderia parecer estar consciente. Como, porém, pelas tuas cartas tomamos conhecimento de que ele é de tal lugar e ordem que é custodiado pelos seus, ou mesmo na própria casa, tu nos parecerás agir corretamente se chamares aqueles pelos quais ele fora naquele tempo observado e tu investigarás a causa de tanta negligência, e decidirás contra cada um deles, na media em que cada culpa te pareça ser diminuída ou agravada. Pois os curadores aos furiosos são oferecidos não somente a isto – para que eles próprios não se empenhem por algo maispernicioso contra si, mas para que não sejam também o exício aos demais. E se isto for cometido, não sem mérito deverá ser atribuído à culpa daqueles que forem mais

[627] Macer 2 *de iud. pub.*D. 1,18,14.

> negligentes em seu ofício."

Élio Prisco, um *furiosus*, era acusado de matar sua própria mãe e, portanto, estava sujeito à *poena cullei*, consistente em prender o réu num saco de couro juntamente com um cão, um galo, em serpente e um macacco, jogando-o ao mar ou no rio.[628] No entanto, Escápula Tértulo, cuja função não fica explícita na epístola,[629] provavelmente nutria dúvidas sobre a possibilidade de puni-lo, talvez em razão de uma dispensa legal ou de entendimentos jurisprudenciais existentes,[630] ou buscava aplicar uma sanção mais leve,[631] pelo que consulta os imperadores Marco Aurélio e Cômodo sobre como proceder.[632]

Os imperadores lhe respondem que, se está provada a contínua alienação mental e não há nenhuma suspeita de que matou numa simulação de loucura,[633] a pena de Élio Prisco, pode ser negligenciada. O fundamento invocado para tanto, contudo, não é uma dispensa como aquela contida na *lex Cornelia de sicariis ete veneficiis* ou mesmo, como argumentam os juristas Pégaso e Ulpiano, a ausência de culpabilidade,[634] mas sim a piedade inspirada pela própria doença, ou seja, uma razão de natureza humanitária herdada do estoicisimo, que considera a loucura como punição suficiente e o *furiosus* como alguém

---

[628] Mod. 12 *pand.* D. 48,9,9pr.

[629] Para F. ARCARIA, *Oratio* Marci cit., p. 18, nt. 4, trata-se de um prefeito ou cônsul. G. RIZZELLI, *Il furor di Elio Prisco: Macer 2 iud. publ. D. 1.18.4*, in *Studi per Giovanni Nicosia, VI*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 495, nt. 2, afirma se tratar de um prefeito ou cônsul, mas não de um funcionário provincial.

[630] Segundo Mod. 8 *reg.* D. 48,8,12, os *furiosi* não eram punidos pelos crimes da *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (*Infans vel furiosus si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat*. "Se um infante ou um furioso matarem um homem, não se sujeitam à lei Cornélia, pois um é escusado pela inocência de ânimo, outro fela infelicidade do destino.") e nela se enquadravam alguns casos de parricídio, conforme informa Marc. 14 *inst.* D. 48,9,1. O jurista Pégaso, por sua vez, em matéria civil, excluía a responsabilidade do furioso pelo dano da lei Aquília com base na ausência de culpa naquele que não está em seu juízo, como informa Ulpiano, que concorda com essa posição, em Ulp. 18 *ad ed.* D. 9,2,5,2: *Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum*. "E, portanto, perguntamos: se o furioso causou um dano, será concedida uma ação pela lei Aquília? Pégaso o negava. Pis que culpa há naquele que não está em seu juízo? E isto é muito verdadeiro."

[631] G. RIZZELLI, *Il furor* cit., p. 495.

[632] Segundo G. RIZZELLI, *Il furor* cit., p. 495, nt. 5, a consulta aos imperadores pode ter sido motivada pela consciência de que Marco Aurélio, propenso, em geral, a temperar as penas criminais, tinha, segundo SHA. Marc. 24,2, especial preocupação em julgar com atenção as causas capitais envolvendo pessoas de elevado grau social, como parece ser o caso de Élio Prisco.

[633] Em Ulp 1 *de omn. trib.* D. 27,10,6, aquele que se verifica ter simulado a loucura é duramente apenado.

[634] Segundo G. RIZZELLI, *Il furor* cit., p. 498-502, era pacífico no direito romano que o delinquente reconhecido como *furiosus* não tinha culpabilidade e, portanto, não era punível, o que ocorria também na práxis imperial.

digno de compaixão,[635] no que os imperadores são seguidos pelo jurista Modestino, que anos mais tarde cita o mesmo rescrito:

Sane si per furorem aliquis parentem occiderit, impunitus erit, ut divi fratres rescripserunt super eo, qui per furorem matrem necaverat: nam sufficere furore ipso eum puniri, diligentiusque custodiendum esse aut etiam vinculis coercendum.[636]	Certamente que, se alguém matar pai ou mãe em razão da loucura, não será punido, como determinaram os divinos irmãos em rescrito acerca daquele que matara sua mãe em razão da loucura; pois é suficiente que seja punido por sua própria loucura e que seja vigiado de forma mais diligente ou mesmo preso em correntes.

Essa indulgência imperial, contudo, como se vê, não é sem cautelas, pois se condiciona à verificação atenta da ausência de simulação de loucura. Se esta tiver ocorrido, mesmo a doença não será desculpada e o crime será punido com o suplício em razão de sua crueldade.

A mesma cautela na aplicação da *humanitas* se revela no modo como Marco Aurélio e Cômodo, movidos por considerações pragmáticas e seguindo uma orientação já firmada num rescrito de Antonino Pio e seguida por Marco Aurélio e Lúcio Vero

---

[635] M. C. GIORDANI, *Direito Penal Romano,* 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 45 ("para Marco Aurélio, o louco criminoso deve ser beneficiário de uma piedade que se fundamenta sobre seu infortúnio"); P. NOYEN, *Marc-Aurèle et le problème de l'irresponsabilité*, in *La Nouvelle Clio* IV (1954), pp. 278-279, afirma que a afirmação de que Prisco já foi punido pelo próprio furor indica que Marco Aurélio teria aprendido bem os preceitos humanitários de seu mestre Quinto Júnio Rústico. Assim também J. E. SPRUIT, *The Penal Conceptions of the Emperor Marcus Aurelius in Respect of Lunatics. Reflections on D. 1,18,14,* in *International Journal of Law and Psychiatry* 21.4 (1998), p. 326 ("*Marcus Aurelius constantly thinks in terms of the intrinsic value of any human personality, of solidarity between men in society and of the idea that humanitas should be the foundation of any encounter between men. Only understanding and reserve are suitable attitudes towards the ignorant and those who cannot distinguish between good and bad. It goes without saying, therefore, that from the Stoic-ethical point of view of the fundamental intrinsic value of the human person, Marcus Aurelius also feels compassion for the mentally disabled offender. Acknowledging the fact that a lunatic has no faculty to discriminate and cannot control his will, which he therefore is unable to determine (. . .* ut continua mentis alienatione omni intellectu careat*), he causes the judge to step back and does not inflict any additional punishment next to the* furor ipse." Para G. RIZZELLI, *Il furor* cit., pp. 507 e 513, contudo, tratar-se-ia de mero *topos* comum na antiguidade (a loucura como punição dos deuses), sem ligação como ideias humanitárias, que os autores indevidamente supervalorizariam.

[636] Mod. 12 *pand*. D. 48,9,9,2.

anteriormente em caso diverso,[637] afirmam que Élio Prisco deve ser custodiado, o que serve como uma espécie de castigo, mas sobretudo como prevenção de novos crimes,[638] o que torna nítido o objetivo de proteger também a coletividade, que não pode ser prejudicada pela indulgência imperial, de modo que as considerações pragmáticas – no caso, a proteção dos *proximi* mas dos *alii* - se aliam às considerações humanitárias.

O rescrito no caso matricídio cometido por Élio Prisco mostra-se como um epílogo bastante representativo do estilo de raciocínio jurídico desenvolvido pelo imperador Marco Aurélio, em que considerações equitativas e de ordem pragmáticas aparecem lado a lado.

No caso, *humanitas* e *utilitas* se harmonizam perfeitamente. O imperador isenta de pena aquele que é digno de compaixão em razão do infortúnio que lhe sobreveio com a própria loucura, considerada pena suficiente, não sem que antes se investigue atentamente se o crime não foi cometido numa simulação de demência – o que revela a atenção de Marco Aurélio ao elemento subjetivo, também presente em outras decisões. Mas a *humanitas* estoica é aplicada de forma cautelosa, de forma a não prejudicar o interesse público, e considerações de ordem pragmática fazem com que seja determinado seu encarceramento a fim de proteger não somente seus parentes próximos, mas também a outros, certamente a coletividade, que se mostra ameaçada por aquele que, num acesso de loucura, não hesitou em matar a própria mãe.

O senso de justiça, por sua vez, leva o imperador a determinar a apuração da responsabilidade dos parentes próximos que já o matinham sob custódia e cuja negligência

---

[637] Ulp. 7 *de off. proc.* D. 1,18,13,1: *Furiosis, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundum est: scilicet ut carcere contineantur. Et ita divus Pius rescripsit. Sane excutiendum divi fratres putaverunt in persona eius, qui parricidium admiserat, utrum simulato furore facinus admisisset an vero re vera compos mentis non esset, ut si simulasset, plecteretur, si fureret, in carcere contineretur.* "Há de se dirigir ao encontro dos furiosos, por meio do presidente, com este remédio (se eles não puderem ser retidos pelos seus), a saber, que sejam retidos no cárcere. E assim o divino Pio determinou por rescrito. Com razão os divinos irmãos reputaram que se deve fazer uma investigação na pessoa daquele que cometera parricídio; se de um lado tivesse cometido a má ação em uma fúria simulada, ou se verdadeiramente não estivesse senhor de sua mente, para que, se simulasse, fosse castigado; se estivesse furioso, fosse retido no cárcere." Este caso anterior, aliás, segundo J. E. SPRUIT, *The Penal Conceptions* cit., p. 316, é o que leva Modestino à confusão e o faz imputar erronemante aos *divi fratres* o rescrito relativo a Élio Prisco. Para G. RIZZELLI, *Il furor* cit., pp. 508-511, trata-se realmente de dois casos diferentes.

[638] Mais adiante no rescrito, ao determinar que se apure a responsabilidade dos guardiões e se os puna da medida de sua culpabilidade, por terem deixado, com sua negligência, que o matricídio ocorresse, os imperadores deixam claro que a função dos *custodes* é evitar danos não somente para si, mas para outros.

permitiu que o crime ocorresse, solução intermediária que visa não deixar impune um crime tão grave, ao mesmo tempo em que não imputa suas consequências àquele que já foi suficientemente punido pela natureza ou pelos próprios deuses.

3. CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento do principado, o imperador, além de atuar como juiz e concessor de benefícios, foi chamado também a responder à demanda por consultas jurídicas, função antes desempenhada pela secular instituição da *iurisprudentia*. Para tanto, cercou-se de um aparato burocrático desenvolvido, os *ministeria* ou *scrinia ab epistulis* e *a libellis*, este último cada vez mais ocupado por juristas de renome, o que lhe permite desempenhar a tarefa com alta qualidade técnica, ao que se somam seu *imperium* e *auctoritas*, capazes de dotar as respostas ali formuladas de uma força normativa que os *responsa prudentium*, mesmo aqueles proferidos por juristas a quem os imperadores concediam o *ius respondendi ex auctoritate principis*, jamais teriam. Assim, paulatinamente, sem que o *respondere* jurisprudencial tenha entrado em declínio, como mostra a enorme literatura casuística do período clássico, os imperadores, por meio de seus *rescripta* em sentido amplo, se substituem aos juristas na atividade consultiva.

Essa prática dos rescritos, respostas escritas às consultas feitas ao imperador, mostrava-se mostra como um canal aberto de comunicação com o *princeps*, por meio do qual os habitantes do império, no centro ou na periferia, de alta ou baixa condição, assim como os magistrados e funcionários, além das comunidades e corporações, submetiam à apreciação do poder central os mais diversos problemas jurídicos que permeavam a vida do império, desde questões de direito privado, até problemas de organização da vida citadina, com suas magistraturas, conselhos e administração financeira, como se percebe também pelas decisões de Marco Aurélio apreciadas neste trabalho.

Os rescritos eram também um dos meios pelos quais o *princeps*, ao motivar as decisões ali tomadas, mesmo à míngua de qualquer obrigatoriedade, atingia uma série de objetivos. Em primeiro lugar, expressava sua interpretação do direito, seu raciocínio jurídico, que poderia ser replicado em casos futuros, já que os rescritos, assim como os decretos, funcionavam como verdadeiros *exempla*. Além disso, na motivação, expressava os princípios do direito romano que desejava comunicar, contribuindo para uma função de romanização e uniformização do direito. Por fim, de certa forma, legitimava seu poder

frente aos súditos, apresentando-se aos habitantes do *orbis terrarum* como garantidor de seus direitos, promotor da equidade, da benevolência e do bem comum, como demonstram as diversas referências à *aequitas, humanitas* e *utilitas publica* nas decisões analisadas.

A análise de diversos rescritos de Marco Aurélio e o estabelecimento de uma tipologia dos argumentos utilizados, aliás, reforçou a ideia de que a atividade consultiva do príncipe está em continuidade com o labor dos juristas não apenas em suas funções sociais, mas também no método, pois revela o método casuístico típico da jurisprudência romana, embora o *princeps* atue com maior liberdade, o que lhe permite o emprego mais frequente de argumentos e categorias que os juristas utilizavam com certa cautela.

Não se encontra, nos rescritos estudados, via de regra, a tentativa de fundamentar as decisões apelando a dispositivos de lei, o que confirma a natureza de sistema axiológico do direito romano, ainda que o raciocínio de caráter silogístico não se encontre ausente das decisões imperiais, algumas das quais são justificadas com base em *regulae*. Isto, contudo, não é sinônimo de legalismo, já que apenas um dos rescritos se refere expressamente à lei e ao edito do pretor como razão de decidir, e mesmo neste caso se apela para a *sententia*, a intenção de tais atos normativos, e não simplesmente para seus *verba*, afora o complemento da justificação com o argumento de autoridade advindo da jurisprudência.[639]

O que se verificou, nos rescritos de Marco Aurélio, são algumas motivações fundadas na consideração da *voluntas*, do elemento subjetivo da ação, seja para dispensar de pena aquele que efetivamente desejara cumprir os ditames da lei sobre adultérios, mas não o conseguira pela força do acaso,[640] ou para reputar válido o testamento testemunhado por aquele que, mesmo desconhecendo o idioma, percebia por meio dos sentidos o que se passava.[641] Ou mesmo, em consonância com preocupações reveladas suas Meditações, nas quais demonstra o intuito de ser leniente com a ignorância alheia, confirmar o status dos filhos oriundos de um casamento contraído pela mulher *ignara iuris*.[642] A mesma leniência, contudo, não é demonstrada para aquele que, revelando sua *calliditas,* tenta enganar a pessoa de quem deveria ser garante e, portanto, é excluído da ação de mandato

[639] Ulp. 14 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 37,14,17pr.
[640] Macer 1 *de pub. iud.* D. 48,5,33(32)pr.
[641] Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28,1,20,9.
[642] Marcian. *Not. ad Pap. 2 de adult.* D. 23,2,57a.

não apenas com base em argumentos de estrita lógica jurídica, por ter sido remunerado para tanto, mas em razão de sua conduta dolosa.[643]

Nota-se, por outro lado, uma grande utilização do argumento pragmático, ou seja, a fundamentação das decisões não com base em uma lógica jurídica estrita, mas em função de suas consequencias, com as quais Marco Aurélio aparece bastante preocupado em diversas ocasiões, seja no aspecto positivo quanto negativo, pois justifica alguns de seus rescritos tanto com base nas vantagens trazidas às partes[644] quanto na ausência de prejuízos,[645] ou mesmo na necessidade de evitá-los.[646]

O imperador faz ainda amplo uso da ideia de *utilitas publica* (referida ou não explicitamente), demonstrando, em conformidade mais uma vez com ideias expressas em suas meditações, preocupação com o bem comum. Neste ponto, a análise das decisões fez constatar que o apelo ao interesse público é normalmente feito para criar exceções ao regramento existente[647] e que, no período pesquisado, o termo *utilitas publica* ainda não havia adquirido o sentido de interesse do Estado como algo distinto do *populus*, como "*raison d'État*", embora já se verifique a presença de decisões motivadas pelo interesse de partes do aparto governamental, como o fisco[648] ou órgãos da administração municipal.[649]

A única ocorrência explícita da *benigna interpretatio* nos rescritos analisados,[650] mais do que um exemplo de benevolência, como se viu, se aproxima mais da ideia de utilidade, ou seja, é dotada de um sentido pragmático, pois com tal interpretação benigna, no caso, buscou-se conservar a eficácia de uma disposição testamentária, ainda que se possa tê-la como benevolente por favorecer escravos, em situação de maior vulnerabilidade social, como se se tratasse de uma aplicação do *favor libertatis* e não do *favor testamenti*.

---

[643] Ulp. 31 *ad ed.* D. 17,1,6,7.
[644] Ulp 24 *ad ed.* D. 25,4,1pr.
[645] Ulp. 79 *ad ed.* D. 37,6,5pr e Papir. 2 *de const.* D. 50,8,11,2.
[646] Ulp. 36 *ad ed.* D. 12,3,4pr. e Pap. 19 *quaest*. D. 31,67,10.
[647] *Marc.* C. 6,54,2 (dispensar uma caução normalmente exigida); Papir. Just. 1 *de const*. D. 48,12,3,1 (permitir que uma mulher exerça a *accusatio*); Ulp. 3 *de off. proc.* D. 50,2,3,2 (admitir espúrios no *ordo decurionum*); Ulp. 4 *de off. proc*. D. 50,4,6pr (afastar, ou ao menos flexibilizar uma regra em matéria de acesso às magistraturas municipais); Papir. 2 *de const.* D. 50,12,13,1 (afastar uma condição danosa à *res publica*, limitando a autonomia privada); Call. 1 *de cogn.* D. 50,6,6,10 (conceder imunidade aos cobradores de imposto).
[648] Call. 1 *de cogn.* D. 50,6,6,10.
[649] Ulp. 3 *de off. proc.* D. 50,2,3,2; Ulp. 4 *de off. proc*. D. 50,4,6pr.
[650] *Marc.* C. 6,27,2.

O motivo do *aequum*, por seu turno, em Marco Aurélio, ainda não se mostra, como ocorrerá no período pós-clássico, como sinônimo de benignidade ou humanidade, sendo utilizado pelo imperador em sentidos, por assim dizer, mais conservadores, ou ao menos como sinônimo de razoabilidade.

Em alguns casos, justifica decisões pelas quais se afasta a imposição de obrigações mais pesadas a personagens importantes da administração municipal. Numa delas,[651] evita-se que os decuriões sejam obrigados a vender trigo mais barato e noutra se limita a responsabilidade dos *curatores kalendarii* aos danos que causaram por sua culpa, não respondendo pela deterioração de créditos da cidade ocorrida por culpa de seu antecessor.[652] Quando aparece em conjunto com a *humanitas*, indica a necessidade do estrito cumprimento da liberdade fideicomissária concedida, em contraposição ao *humanum est*, utilizado na mesma decisão para fundamentar a proteção da liberdade frente aos interesses pecuniários.[653]

Caso se quisesse forçar a interpretação do termo, até se poderia encontrar nesses fragmentos um indício da transição do sentido de *aequitas* como tratamento igualitário ou proporcional para a ideia de benignidade, funcionando então como razão justificadora para atenuar as obrigações impostas a certas pessoas, mas o mais provável é que o *minime aequum est* e o *aequum videri*, caso não funcionem como simples cláusulas gerais, apontem para a ideia de solução mais razoável ou para a ideia de prestação proporcional (o preço justo, num caso, e aquilo que se deve em razão da própria culpa, no outro).

Somente no caso do depósito dos frutos durante a apelação é que o recurso ao *aequum* fundamenta uma decisão mais propriamente inovadora e mesmo nesse caso pode ser interpretado meramente como sinônimo de razoabilidade e não como termo utilizado para crítica do direito existente.[654]

---

[651] Papir. Just. 1 *de const.* D. 48,12,3pr.
[652] Papir. Just. 2 *de const.* D. 50,8,12,6.
[653] Ulp. 6 *fideic.* D. 40,5,37.
[654] Papir. Just. 1 *de const*. D. 49,1,21,3.

A *humanitas*, por fim, é utilizada como expressão de benevolência, com diversas finalidades: de forma explícita, para conceder dilações de prazo,[655] atenuar responsabilidades,[656] figurar como sinônimo de *favor libertatis*,[657] fundamentar um estranho recurso à tortura para beneficiar o escravo;[658] de forma implícita, no caso do *furiosus* que comete matricídio,[659] mas cuja loucura é, num gesto de humanidade, considerada pena suficiente.

Neste último caso, contudo, a clemência imperial não deixa de ser acompanhada da consideração do elemento subjetivo (isentando de pena aquele que não é responsável por seus atos), assim como pelo interesse público, que se visa resguardar com o encarceramento, a fim de evitar que a coletividade seja prejudicada por um ato de humanidade do imperador.

Deve-se observar que a maioria das decisões encontrada é justificada com base em argumentos de caráter aberto, proporção esta que aumenta quando se tem em conta apenas as decisões referidas literalmente nas fontes, em que apenas duas são baseadas em *regulae*, sendo a grande maioria justificada com base em algum conceito mais valorativo. As decisões mais dedutivas, axiomáticas, encontram-se nas decisões referidas indiretamente, o que pode refletir a redação dada pelos juristas, que, ao contrário do imperador, constroem a decisão e sua fundamentação de forma mais lógica.

Quando se tem em mira apenas as decisões referidas em sua literalidade e que, portanto, oferecem maior segurança nas conclusões, verifica-se que a proporção de motivações de caráter valorativo ou utilitário é bem maior, sendo o raciocínio dedutivo pouco encontrado. Ou seja, quando fundamentava suas decisões, Marco Aurélio parecia utilizar mais argumentos como *utilitas*, *aequitas*, *humanitas*, talvez até por seu efeito retórico mais persuasivo e propagandístico, ou mesmo em virtude de sua formação mais retórica e filosófica que jurídica.

---

[655] Call. 1 *de cogn.* D. 5,1,36pr.
[656] Scaev. 2 *dig*. D. 50,1,24.
[657] Ulp. 6 *fideic.* D. 40,5,37 e Inst. 3,11,pr-1.
[658] Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48,18,1,27.
[659] Macer 2 *de iud. pub*. D. 1,18,14 e Mod. 12 *pand*. D. 48,9,9,2.

Nesse ponto, é importante ressaltar como, no sistema romano, assim como de certa forma já faziam os juristas, os imperadores não escondiam o fato de trabalharem com valorações em seu raciocínio, ao contrário do que ocorre em certos episódios contemporâneos em que o julgador, refugiando-se sob o manto de uma suposta neutralidade decorrente da mera subsunção do caso à norma, nega o fato de estar procedendo a avaliações de caráter subjetivo, moral ou utilitário.

A análise dos tipos de motivações empregadas por Marco Aurélio em seus rescritos, diante disso, permite reflexões quanto à própria natureza do método casuístico que caracterizava o direito romano.

Como se viu, malgrado a grande presença de elementos pragmáticos, a utilização de regras e de princípios, assim como conceitos de caráter valorativo não está ausente da forma de pensar do imperador. Assim, o raciocínio jurídico romano, também no âmbito imperial, não é caracterizado por mera empiria, ou pelo simples emprego cego de *topoi*, mas marcado também pelo uso de *regulae* e de ideias-guia como *humanitas, aequitas* e *benignitas*, que o levam para um grau um pouco maior de abstração.

Não obstante, como mostra a própria utilização frequente do argumento pragmático, da consideração da *voluntas* e do raciocínio analógico, há um amplo leque de mecanismos à disposição do jurista e, mais ainda, do imperador, cuja liberdade de atuação é maior, o que aponta para a riqueza do casuísmo jurídico romano, uma rica combinação de pensamento pragmático e conceitual, problemático e sistemático, onde talvez resida uma das grandes forças da experiência jurídica romana e um aspecto de grande interesse a ser contemplado pelo jurista atual, que também se depara, em seu labor cotidiano, com a mesma e constante tensão.

4. BIBLIOGRAFIA

AGUDO RUIZ, Alfonso, *Estudios de Derecho Fiscal Romano*, Madrid, Dykinson, 2016.

_____, *Las costas en el proceso civil romano* , Madrid, Dykinson, 2013.

ALVA, José Luis Castillo, *Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales*, disponível eletronicamente em perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/.../a_20141008_02.pdf. Acesso em 20/11/2016.

ANASTASIADIS, Vasilis. I., SOURIS, George. A., *An Index to Roman Imperial Constitutions from Greek Inscriptions and Papyri, 27 BC to 284 AD*, Berlin - New York, De Gruyter, 2000.

ANKUM, Hans, *La constitutio divi Marci qui introduisit l'assignation des biens d'une succession ayant pour but de protéger les affranchissements et le favor libertatis*, in *Grecs, Juifs, Polonais: à la recherche des racines de la civilisation européenne: Actes du colloque organisé à Paris par l'Académie Polonaise des Sciences le 14 novembre 2003*, Paris, Académie Polonaise des Sciences, 2006, pp. 176-182.

_____, *Utilitatis causa receptum. On the pragmatical methods of the Roman lawyers,* in J. A. ANKUM. R. FEENSTRA, W. F. LEEMANS, *Symbolae ivridicae et historicae Martino David dedicatae. Tomus primus. Ius romanu*, Leiden, Brill, 1968, pp. 1-31.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Storia del Diritto Romano*, 7ª ed., Napoli, Jovene, 2006.

ARCARIA, Francesco, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino, Giappichhelli, 2003.

_____, *Referre ad Principem. Contributo allo Studio dele eppistulae imperiali in età classica*, Milano, Giuffrè, 2000.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho,* 3ª ed., 2003, trad. port. de M. C. G. CUPERTINO, *As razões do Direito,* 3ª ed., São Paulo, Landy, 2006.

AVENARIUS, Martin, *Benignior interpretatio: Origin and Transformation of a Rule of Construction in the Law of Succession*, in *Roman legal tradition* 6 (2010), pp. 1-21.

_____, *Marc Aurel und die Dogmatik des römischen Privatrechts. Kaiserliche Rechtspflege im System der Rechtsquellen und die Ausfüllung von Gestaltungsspielräumen in einer Übergangszeit der Rechtsentwicklung*, in M. VAN ACKEREN e J. OPSOMER (orgs.), *Selbstbetrachtungen und Selbstdarstellungen. Der Philosoph und Kaiser Marc Aurel im interdisziplinären Licht*, Wiesbaden, Reichert, 2012, pp. 203-282.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *A motivação da sentença como garantia inerente ao estado de direito*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 19 (1979), pp. 281 e ss.

BARRÓN, Jorge Uscatescu, *Acerca de un concepto romano:* aequitas. *Un estudio histórico-conceptual*, in *Cuadernos de Filologia Clásica. Estudios latinos* 5 (1993), pp. 73-104

BAUMAN, Richard, *Crime and punishment in ancient Rome*, London, Routledge, 1996.

BERGER, Adolf, *Encyclopedical Dictionary of Roman* Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.

_____, *Iurisprudentia*, in *RE* 10, p. 1159-1190.

BETTI, Emilio, *Methode und Wert des heutigen Studiums des roemischen Rechts*, in *TR* 15 (1937), pp. 137-174.

BIRLEY, Anthony, *Marcus Aurelius. A Biography, Revised Edition*, New York, Routledge, 2000.

BISCOTTI, Barbara, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, Disponível eletronicamente em https://www.academia.edu/4179128/DISPOSITIVO_E_PARTE_MOTIVA_NELLA_SENTENZA_IDEE_VECCHIE_E_NUOVE, Acesso em 20/07/16.

_____, *La giurisprudenza romana modello di logica giuridica*, in BISCOTTI, Barbara, e CENDERELLI, Aldo, *Produzione e Scienza del Diritto: Storia di um Metodo*, Torino, Giappichelli, 2005.

BLANCHE-NOUGUÉS, José Maria, *La "certissima iuris regula" de Gayo*, in *RIDA* 44 (1997), pp. 45-70.

BOULVERT, Gérard. *L'Autonomie du droit fiscal: les cas des ventes*, in *ANRW* II 14 (1982), pp. 816-849.

BRADLEY, Keith, *Slavery and Society at Rome,* Cambridge, University, 1994.

BRETONE, Mario, *Storia del diritto romano*, 13ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2010.

BRUNT, Peter Astbury, *Lex de Imperio Vespasiani*, in *JRS* 67 (1977), pp. 95-116.

_____, *Marcus Aurelius and Slavery,* in *Bulletin of the Institute of Classical Studies. Supplement* 71 (1998), pp. 139-150.

_____, *Marcus Aurelius in His Meditations*, in *JRS* 64 (1974), pp. 1-20.

BUCKLAND, William Warwick, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University, 1921.

_____, *The Roman Law of Slavery: The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University, 1908.

BUND, Elmar, *Zur Argumentation der römischen Juristen*, in *Studi in Onore di Edoardo Volterra I*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 571-587.

CAMODECA, Giuseppe, *Ricerche sui curatores rei publicae*, in *ANRW* II, 13, H. Temporini, Berlin-New York, 1980, pp. 453-534.

CAMPOLUNGHI, Maria, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano II.1*, Perugia, Margiacchi-Galeno, 2001.

CANCELLI, Filippo, *Pollicitatio*, in *NNDI* 13 (1957), pp. 256-266.

CANNATA, Carlo Augusto, *Histoire de ça jurisprudence européene,* 1989 e 1996, trad. esp. de L. GUTIÉRREZ-MASSON, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996.

CARRIÉ, Jean-Michel, *Les distributions alimentaires dans les cités de l'empire romain tardif*, in *MEFRA. Antiquité* 87. 2 (1975), pp. 995-1101.

CASSOLA, Filippo, e LABRUNA, Luigi, *L'ordinamento delle province,* in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, pp. 261-269.

CASTELLO, Carlo, *Regola ed eccezione sulla ignorantia iuris*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello, Volume I, Saggi Storici*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 141-151.

CERAMI, Pietro, *In integrum restitutio adversus fiscum*, in *AUPA* 39 (1987), pp. 5-44.

_____, *Rec. di Pavis D'Escurac*, *La préfecture de l'annone,* in *IURA* 28 (1977), pp. 219-225.

COING, Helmut, *Über einen Beitrag zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 41 (1954/55), pp. 436-444.

COMPARETTE, Thomas Louis, *The Reorganization of the Municipal Administration under the Antonines,* in *The American Journal of Philology* 27, 2 (1906), pp. 166-183.

CORIAT, Jean-Pierre, *La technique du rescrit à la fin du principat*, in *SDHI* 51 (1985), PP. 319-348.

_____, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Roma, École française de Rome, 1997.

CORREA, Alexandre, *O estoicismo no Direito Romano,* Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1950.

CORREA, Alexandre, e SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano: Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino, vol.2,* São Paulo, Saraiva, 1951.

CORTASSA, Guido (a cura di), *Scritti di Marco Aurelio. Lettere a Frontone, Pensieri, Documenti*, Torino, UTET, 1984.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1987.

CUQ, Édouard, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2ª ed., Paris, Plon,1928.

DE BLOIS, Lukas, *The Relation of Politics and Philosophy under Marcus Aurelius*, in M. VAN ACKEREN (ed.), *A Companion to Marcus Aurelius*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2012, pp. 171-182.

DE FRANCISCI, Pietro, *Per la storia della legislazione imperiale durante il pricipato,* in *BIDR* 70 (1967), pp. 187-226.

DE MADALENA, Linda, *Litis causa malo more pecuniam promittere. Sulla contrarietà ai boni mores del "patto di quota lite"*, Tese (Doutorado) - Università degli Studi di Milano, Milano, 2014.

DE MARTINO, Francesco, *Storia della costituzione romana, vol. IV, parte prima,* 2ª ed., Napoli, Jovene, 1975.

DE PASCALI, Nicola, *Ratione humanitatis: significati e implicazioni di un concetto nella legislazione di Marco Aurelio,* in *Ostraka: Rivista di Antichità* 17 (2008), pp. 35-68.

DE ROBERTIS, Francesco Maria, *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali, II. I rescripta principum,* in *Scritti Varii di Diritto Romano, Vol.* II, Bari, Cacucci, 1987, pp. 169-228.

DELI, Gergely, *Bemerkungen zu Ulp. D. 17, 1, 6, 7*, disponível eletronicamente em https://ssrn.com/abstract=2345147, acesso em 20/09/16.

D'ORS, Alvaro, *Rescriptos y cognición extraordinaria*, in *AHDE* 47 (1977), pp. 5-41.

D'ORS, Alvaro, e MARTIN, Fernando, *Propositio Libellorum*, in *AJPH* 100 (1979), pp. 112-124.

D'ORS, Xavier, *La manumisión del esclavo hipotecado en Derecho romano,*in *AHDE* 46 (1976), pp. 347-392.

DOVERE, Elio, *Le discours juridique et moral de l'utilitas à Rome,* in A. CAILLÉ, M. SENELLART, C. LAZERRI (dir.), *Histoire raisonée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile. Tome I. De l'antiquité aux Lumières,* Paris, Flammarion, 2007, pp. 132-142.

DUMÉRIL, Henri, *De constitutionibus Marci Aurelii Antonini*, Toulouse, Douladour-Privat, 1882.

ERDKAMP, Paul, *The Grain Market in the Roman Empire. A social, political and economic study*, Cambridge University, 2005.

EVANGELISTA, Stefano, *Motivazione della sentenza civile*, in *ED* 27 (1977), pp. 154-180

FERCIA, Riccardo, *'Querela inofficiosi testamenti' e 'iudicatum': problemi e prospettive tra II e III secolo*, in *Diritto @Storia* 11 (2013), disponível eletronicamente em http://www.dirittoestoria.it/11/tradizione/Fercia-Querela-inofficiosi-testamenti-iudicatum.htm.

FINKENAUER, Thomas, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Stuttgart, Franz Steiner, 2010.

_____, *Marco Aurelio e la schiavitù*, in *INDEX* 40 (2012), pp. 671-685.

FRANCIOSI, Gennaro, *Manuale di Storia del diritto romano*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 2005.

FRANCHINI, Lorenzo, *Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e 'common law',* in *Diritto @ Storia* 10 (2011-2012), disponível eletronicamente em http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Franchini-Esperienza-romana-arcaica-common-law.htm.

GALLO, Filippo, *Princeps e ius praetorum*, in *Rivista di Diritto Romano* 1 (2001), pp. 01-19.

_____, *Sul potere normativo imperiale*, in *SDHI* 48 (1982), ora in *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 179-220.

GARCIA, Genaro Chic, *Comercio e intercambio en la Hispania romana (Alto Imperio)*, in *Studia Historia. Historia Antigua* 17 (1999), pp. 243-262.

GARNSEY, Peter, *Aspects of the decline of the urban aristocracy in the empire*, in *Cities, peasants, and food in classical antiquity: essays in social and economic history*, Cambridge, University, 1998, pp. 3-27.

GAROFALO, Luigi, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Diritto @ Storia* 4 (2005), disponível eletronicamente em: http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.htm.

GAUDEMET, Jean, *L'empereur interprète du droit*, in *Études de Droit Romain, I, Sources et Theorie Génerale du Droit*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 373-409.

_____, *Les institutions de l'antiquité*, 7ª ed., Paris, Montchrestien, 2002.

_____, *Utilitas publica*, in *Études de Droit Romain, II, Institutions et doctrines politiques*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 163-197.

GIORDANI, Mario Curtis, *Direito Penal Romano*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.

GORDON, William Morrison, *Translation and Interpretation*, in CAIRNS, John W., e ROBINSON, Olivia F., *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford, Hart, 2001, pp. 61-72.

GONZÁLEZ, Ana Maria Rodríguez, *Ambulatoria voluntas y voluntas evidens: la discutida herencia de Valerio Nepote*, in *Revista Internacional de Derecho Romano* 9 (2012), pp. 173-223.

GRANT, Micheal, *The Antonines. The Roman Empire in Trnaisition*, London-New York, Routledge, 1996.

GREENIDGE, Abel Hendy Jones, *Infamia: its place in Roman public and private law*, Oxford, Clarendon, 1894.

GRELLE, Francesco, *Cura (Diritto Romano)*, in *NNDI* 5 (1957), pp. 46-48.

GRIMAL, Pierre, *Marc Aurèle*, Paris, Fayard, 1991.

GUALANDI, Giovanni, *Legislazione imperiale e giurisprudenza, I-II*, Bologna, BUP, 2012.

GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 12ª ed., Napoli, Jovene, 2001.

_____, *Equità (Diritto Romano)*, in *NNDI* 6 (1957), pp. 619-624.

HADOT, Pierre, *La Citadelle intérieure. Introduction aux Pensées de Marc Aurèle*, Paris, Fayard, 1992.

HAENEL, Gustav, *Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Iustinianum latarum, quae extra constitutionum Codices supersunt*, Lepzig 1857.

HARKE, Jan Dirke, *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana. Entscheidungsbegründungen bei Celsus und Julian*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2012.

HART, Herbert Lionel Alphonsus, *O Conceito de Direito*, 5ª ed.. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2007.

HAUSMANINGER, Herbert, *"Benevolent" and "Humane" opinions of classical roman jurists*, in *Boston University Law Review* 61 (1981), pp. 1139-1156.

HONORÉ, Tony, *Emperors and Lawyers*, Oxford, Clarendon, 1981.

_____, *Legal reasoning in Rome and today*, in South African Law Journal 94 (1974), pp. 84-94.

HONSELL, Thomas, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht*, in *SZ* 95 (1978), pp. 93-137.

HORAK, Franz, *Dogmática e casuística no direito romano e nos direitos modernos*, in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial* 8. 28 (1984), pp. 82-90.

_____, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo. I Band,* Innsbruck, Universität, 1969.

HUMBERT, Gustav, *Carcer,* in *DS* 1.2, pp. 916-919.

_____, *Cura annonae,* in *DS* 1.2, pp. 1613-1614.

HUMBERT, Gustav, e LÉCRIVAIN, Charles, *Infamia,* in *DS* 3.1, pp. 483-485.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano,* 18ª ed., 2010, trad. port. de C. M. AVENA, *Direito Romano,* São Paulo, RT, 2011.

JÖRS, Paul, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, Erster Teil: Bis auf die Catonen,* Berlin, Franz Vahlen, 1888.

KARLOWA, Otto, *Römische Rechtsgeschichte. Erster Band. Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig, Von Veit & Comp., 1885.

KASER, Max, *Zur Methode der römischen Rechtsfindungen*, 1962, trad. esp. de J. MIQUEL, *En torno al método de los juristas romanos*, Colonia del Carmen, Coyoacan, 2013.

KASER, Max, e HACKL, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, C. H. Beck, 1996.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 7ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006.

KISCHEL, Uwe *Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

KRÜGER, Paul, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts,* 1888, trad. fr. de M. BRISSAUD, *Histoire des Sources du Droit Romain*, Paris, Thorin & Fils, 1894.

_____, *Corpus Iuris Civilis. Volumen Secundum.Codex Iustinianus*, Berlin, Weidmann, 1906.

KUNKEL, Wolfgang, *Römische Rechtsgeschichte*, 1964, trad. esp. de J. MIQUEL, *Historia del derecho romano,* Barcelona, Ariel, 1970.

KUPISCH, Berthold, *Ulpian D.17.1.6.7: Kaiserliche Hüter einer anwaltlichen Standesethik*, in *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2000, pp. 559-580.

LACOUR-GAYET, Georges, *Curator civitatis*, in *DS*, 1.2, p. 1619-1621.

LABATUT, Edmond, *La municipalité romaine et les curatores reipublicae*, Paris, Ernest Thorin, 1868.

LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis vol. 1*, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1889.

LEPTIEN, Ulrich, "*Utilitatis causa". Zweckmässigkeitsentscheidungen im römischen Recht*, in *SDHI* 35 (1969). pp. 51-72.

LIEBS, Detlef, *Reichskummerkasten. Die Arbeit der kaiserlichen Libellkanzlei*, in A. KOLB (Ed.), *Herrschaftsstrukturen und Herrschaftspraxis: Konzepte, Prinzipien und Strategien der Administration im römischen Kaiserreich; Akten der Tagung an der Universität Zürich 18. - 20. 10.2004*, Berlin, Akademie, 2006, pp. 137-152.

LO CASCIO, Elio, *The role of the state in the Roman economy – making use of the New Institutional Economics*, in P. F. BANG, M. IKEGUCHI, H. G. ZICHE, *Ancient Economies, Modern Methodologies: Archaeology, Comparative History, Models and Institutions*, Bari, Edipuglia, 2006,pp. 215-234.

LOMBARDI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975.

LONGO, Giannetto, *"Utilitas Publica",* in *LABEO* 18 (1971), pp.7-71.

LUZZATTO, Giuseppe Ignazio, *Vectigalia*, in *NNDI* 20 (1957), pp. 587-589.

_____, *Vicesima hereditatum et manumissionum*, in *NNDI* 20 (1957), p. 809-810.

MADEIRA, Eliane Maria Agati, *A expressão "humanum est" como fundamento de proteção da parte contratualmente débil*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* 8 (2002), pp. 85-98.

_____, *A Lesão. Contribuições da Romanística*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

MADEIRA, Hélcio Maciel França, *Digesto de Justiniano Liber primus – Introdução ao Direito Romano*, 4ªed., São Paulo, RT, 2009.

_____, *História da advocacia – origens da profissão de advogado no direito romano*, São Paulo, RT, 2002.

_____, *Nascituro e utilidade pública no Direito Romano*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* 3 (1997), pp. 73-78.

_____, '*Qui in utero est' – O Nascituro no Direito Romano Justinianeu: Fontes, Terminologia e Princípios*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002.

MAGANZANI, Lauretta, *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico*, in *Ivris Antiqui Historia. An international journal on ancient law* 3 (2011), pp. 165-180.

_____, *L'obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*, in *Atti del IV Convegno Internazionale di Studi Veleiati*, Bologna, Ante Quem, 2014, pp. 157-167.

MARCHI, Eduardo César Silveria Vita, *Da Concordata no Concurso de Credores. O precedente romano do "pactum ut minus solvatur",* São Paulo, Quartier Latin, 2010.

MAROTTA, Valerio, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano, Giuffrè, 1988.

MAROTTA, Valerio, e SPAGNUOLO VIGORITA, Tulio, *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti*, in *Storia di Roma. Vol. II. 3. La cultura e l'Impero*, Torino, Einaudi 1992, pp. 85-152.

MARRONE, Matteo, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genéve-Munich, 1999, pp. 53-65.

_____, *Su struttura delle sentenze, motivazione e «precedenti» nel processo privato romano,* in Aa.Vv., *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, Jovene, 2001, pp. 275-290.

MASI DORIA, Carla, *Rec. a A. G. Bustelo, Sobre la petición de la 'bonorum addictio libertatium conservandarum causa'. (A propósito de Ulpiano 60 ad ed.-D. 40,5,4,3-5) (Santiago de Compostela 1991)*, in *SZ* 112 (1995), pp. 621-624.

MASIELLO, Tommaso, *Libertà e vantaggio patrimoniale in un rescritto di Marco Aurelio*, in *LABEO* 21 (1975), pp. 10-22.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa, *O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça: universalismo, liberdade e igualdade no discurso da Stoá em Roma*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

_____, *Diálogos e confluências entre o estoicismo e o Direito Romano Clássico*, in Revista Brasileira de Estudos Políticos 98 (2008), pp. 295-336.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa, NASCIMENTO, Pedro Savaget, *A inserção do estoicismo no Direito Romano Clássico: os rescritos do Imperador Marco Aurélio sobre Direito de Família e direito à liberdade*, in *Phronesis* (FEAD-Minas) 6 (2010), p. 25-45.

MCLYNN, Frank, *Marcus Aurelius. A Life*, Cambridge, De Capo, 2009.

MEIRA, Silvio, *Direito Tributário Romano*, São Paulo, RT, 1978.

MENTXAKA, Rosa, *Los requisitos para aceder a las magistraturas locales con base en los escritos de los juristas clásicos*, in *Veleia* 28 (2011), pp. 9-67.

MESSANA, Maria Angela, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva : (a propostito di D.48,19,8,9 - Ulp. 9 De off. Proc.)*, in *AUPA* 42 (1991), pp. 65-208.

MILLAR, Fergus, *The emperor in the roman world*, 2 ª ed., London, Duckworth, 2001.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, 1899, trad. fr. de J. DUQUESNE, *Le Droit Pénal Romain II*, Paris, Albert Fontemoing, 1907.

_____, *Römisches Strafrecht*, 1899, trad. fr. de J. DUQUESNE, *Le Droit Pénal Romain III*, Paris, Albert Fontemoing, 1907

_____, *Römisches Staatsrecht*, 1887-1888, trad. fr. de P. F. GIRARD, *Le Droit Public Romain II*, Paris, Thorin, 1892.

_____, *Römisches Staatsrecht*, 1887-1888, trad. fr. de P. F. GIRARD, *Le Droit Public Romain V*, Paris, Thorin, 1896.

_____, *Gordians Decret von Skaptoparene*, in *SZ* 12 (1892), pp. 244-267.

MOMMSEN, Theodor, e KRÜGER, Paul, *Digesta Iustiniani Augusti, vol. II*, Berlim, Weimann, 1870.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano, vol. I*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.

_____, *Direito Romano, vol. II*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

MOURGUES, Jean-Louis, *Les formules "rescripsi", "recognovi", et les étapes de la rédaction des souscriptions impériales sous le Haut-Empire romain*,in *MEFRA* 107 (1995), pp. 255-300.

MUÑOZ, Alberto Alonso, *Transformações na Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

NAVARRA, Marialuisa, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, Giappichelli, 2002.

NICOLETTI, Adele, *Constitutiones Principum*, in *NNDI* 4 (1957), p.295-296.

NÖRR, Dieter, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatzeit*, in *SZ* 89 (1981), pp. 1-46.

NOYEN, Paul, *De wetgeving en het staatsbestuur van Marcus Aurelius*, Tese (Doutorado) - Universidade de Ghent, Ghent, 1954 (1979).

_____, *Divus Marcus, princeps prudentissimus et iuris religiossimus*, in *RIDA* 1 (1954), pp. 349-371.

_____, *Marc-Aurèle et le problème de l'irresponsabilité*, in *La Nouvelle Clio* IV (1954), pp. 278-282.

_____, *Marcus Aurelius, the Greatest Practician of Stoicism*, in *L' Antiquite classique* 24 (1955), pp. 372-383.

OLIVER, James Henry, *Greek Constitutions of Early Roman Emperors from Inscriptions and Papyri*, Philadelphia, 1989.

ORESTANO, Riccardo, *Alimenta*, in *NDI* 1, pp. 327-328.

_____, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoria dele fonti del diritto nel periodo romano classico. Nota prima*, in *Scritti, vol. I*, Napoli, Jovene, 1998, pp.

_____, *L'Apello Civile in Diritto Romano. Corso di Diritto Romano, Ristampa Stereotipa della Seconda Edizione*, Torino, Giappichelli, 1953.

ORMANNI, Angelo, *Curia, Curiali*, in *NNDI* 5 (1957), pp. 56-68.

PALAZZOLO, Nicola, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.c. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, Giuffrè, 1974.

_____, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano. 2ª ed.*, Torino, Giappichelli, 1991.

PARICIO, Javier, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, 2ª ed., Granada, Comares, 1999

PAVIS D'ESCURAC, Henriette, *La préfecture de l'annone, service administratif impérial d'Auguste à Constantin*, Rome, École Française de Rome, 1976.

PERELMAN, Chaïm, e L. OLBRECHTS TYTECA, Lucie, *Tratado da argumentação. A nova retórica*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005.

PIGANIOL, André, *Les empereurs parlent aux esclaves*, in *Romanitas* 1.1. (1958), pp. 7-18.

PILATI, José Isaac, *Digesto de Justiniano. Livro Segundo: Jurisdição*, Florianópolis, UFSC, 2013.

PINHEIRO, Claudia Travi Pitta, *Motivação dos Atos Administrativos*, Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

POHLENZ, Max, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, 1959, trad. it. de O. DE GREGORIO, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, Milano, R.C.S., 2005.

PÓLAY, Elemer, *Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen*, Szeged, 1979.

POLLERA, Attilio, *"Annonnam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent". D. 47.11.16: note sulla repressione dei crimine annonari*, in *INDEX* 19 (1991), pp. 405-431.

PUGLIESE, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1990.

PRINGSHEIM, Fritz, *The Legal Policy and Refoms of Hadrian*, in *The Journal of Roman Studies* 24 (1934), pp. 141-153.

PROVERA, Giuseppe, *Contributo allo studio del iusiurandum in litem*, Torino, Giappichelli, 1953.

PULITANÒ, Francesca, *"Adoptione cognati facti". Um rescritto dei "Divi Fratres" in tema di "Collatio Bonorum"*, in *Rivista di Diritto Romano* IV (2004), disponível eletronicamente em http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano04pulitano.pdf.

_____, *«Bonorum possessio dimidiae partis» e «accusatio capitis» in una costituzione dei «divi fratres»*, in *Rivista di Diritto Romano* III (2003), disponível eletronicamente em http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano03pulitano.pdf.

PURPURA, Gianfranco, *Brevi riflessioni sull'humanitas*, in *AUPA* 53 (2009), pp. 287-298.

_____, *I papiri e le costituzioni imperiali in Egitto*, disponível em <http://www.archaeogate.org/iura/article/1379/1/i-papiri-e-le-costituzioni-imperialiin-egitto-di-gianf.html>.

RAGGI, Luigi, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, Giappichelli, 2007.

RENAN, Ernest, *Marc-Aurèle et la fin du monde antique*, Paris, Calmann Lévy, 1882.

REIS, Mayara Lima, *O fenômeno da disseminação polissêmica na humanitas romana*, in P. R. SOLA (ed.), *Fundamenta Iuris. Terminologia, Principios e Interpretatio*, Almeria, Universidad de Almeria, 2012, pp. 91-100.

RIZZELLI, Giunio, *Il furor di Elio Prisco: Macer 2 iud. publ. D. 1.18.4*, in *Studi per Giovanni Nicosia, VI*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 495-530.

_____, *Immagini di padri augustei*, in Legami familiari e diritto nel mondo romano. Atti del V incontro fra storici e giuristi. Lecce 26-27 febbraio 2015, Lecce, Grifo, 2016, pp. 4-44.

RIZZI, Mariagrazia, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età clássica*, Milano, Giuffrè, 2012.

ROBINSON, Olivia, *Slaves and Criminal Law*, in *SZ* 98 (1981), pp. 213–254.

ROBLEDA, Olis, *La "humanitas" y el derecho*, in *Humanidades* VII, nº 13 (1955), pp. 9-34.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins, *Das Regulae Iuris aos Brocardos Jurídicos*, in Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo 13 (2007), pp. 77-94.

ROMANILLOS, José Antonio González, *El el ius occidendi en la lex iulia de adulteriis*, in *Ivris Antiqui Historia. An international journal on ancient law* 5 (2013), pp. 171-186.

ROSSIGNOL, Benoît, *La peste antonine: guerres et épidemie durant le règne de Marc Aurèle*, disponível em

https://www.academia.edu/6334101/La_peste_antonine_guerres_et_%C3%A9pid%C3%A9mie_durant_le_r%C3%A8gne_de_Marc_Aur%C3%A8le, Acesso em 18/10/16.

RÜFNER, Thomas, *Die Geschäfte des Herrn Marius Paulus. Winkelzüge und Standesethik in D.17.1.6.7*, in *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, pp. 987-1023.

SACCHI, Alessandro, *Curator civitatis o rei publicae*, in *NDI* 4 (1939), pp. 483-484.

SÁENZ, Alfonso Castro, *Cicerón y la jurisprudência romana: Un estúdio de historia jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

SANTALUCIA, Bernardo, *Diritto sostanziale e forme processuali della 'cognitio',* in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, pp. 463-470.

SARGENTI, Manlio, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino, Vol. 6*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 2625-2676.

SCAPINI, Nevio, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano,* in *Studi Parmensi* 33 (1983), pp. 233-257.

SCARLATA FAZIO, Mariano, *Principii vecchi e nuovi di diritto privato nell'attività giurisdizionale dei 'divi fratres'*, Catania, Crisafulli, 1939.

SCATOLIN, Adriano, A *invenção no Do orador de Cícero: Um estudo à luz de Ad familiares I,9,23*, Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCEVOLA, Roberto, *'Utilitas publica'. I. Emersione nel pensiero greco e romano*, Padova, Cedam, 2012.

_____, *'Utilitas publica'. II. Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, Cedam, 2012.

SCHACHER, Quirin Gottfried, *Singularia M. Aurelii Antonini Philosophi jurisprudentiae capita*, Leipzig, 1732.

SCHULZ, Fritz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft,* Weimar, Böhlau, 1961, trad. it. de G. NOCERA, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni, 1969.

_____, *Prinzipien des römischen Rechts,* München, Duncker & Hum, 1934, trad. it. de V. ARANGIO-RUIZ, *I principi del diritto romano,* Firenze, Sansoni, 1946.

SCIASCIA, Gaetano, *A prova da causa do erro no matrimônio e o casamento putativo*, in *Revista da FDUSP* 45 (1950), pp. 370-396.

_____, *A tortura na antiga Roma*, in *Varietà Giuridiche*. *Scritti brasiliani di Diritto Romano e Moderno*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 91-96.

_____, *Regras de Ulpiano – Ulpiani Liber Singularis Regularum*, Bauru, EDIPRO, 2002.

SEABRA FILHO, José Rodrigues, *Meditações ou Pensamentos para mim mesmo*, Belo Horizonte, Nova Acrópole, 2016.

SEIDL, Erwin, *War Begriffsjurisprudenz die Methode der Romer?*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 43, 3 (1957), pp. 343-366.

SEGURADO E CAMPOS, J. A., *Cartas a Lucílio*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1991.

SGARBI, Adrian, *Clássicos da Teoria do Direito,* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SIGNORINI, Roberto, *"Adsignare libertum". Contributo agli studi sulla configurazione del diritto di patronato*, Tese (Doutorado) - Università degli Studi di Padova, Padova, 2008.

SOLIDORO MARUOTTI, Laura, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequita. Lezioni,* Torino, Giappichelli, 2013.

SORIA, Maria Concepción Giner, *Vidas de los sofistas*, Madrid, Gredos, 1999.

SPRUIT, Johannes Emil, *The Penal Conceptions of the Emperor Marcus Aurelius in Respect of Lunatics. Reflections on D. 1,18,14*, in *International Journal of Law and Psychiatry* 21.4 (1998), pp. 315-333.

STANTON, Gregory Reginald, *Marcus Aurelius, Emperor and Philosopher*, in *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* 18.5 (1969), pp. 570-587.

STEINWASCHER NETO, Helmut, *A procriação e o interesse da res publica: uma análise das leis matrimoniais de Augusto*, Dissertação, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

_____, *A proteção pretoriana ao nascituro no direito romano*, São Paulo, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2016.

STEINWENTER, Artur, *Utilitas publica, utilitas singulorum*, in *Festschrift Paul Koschaker I*, Weimar, Böhlaus, 1939, pp. 84-102.

TALAMANCA, Mario, *Elementi di diritto privato romano*, 2ª ed. agg. a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI e G. FINAZZI, Milano Giuffrè, 2013.

_____, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990.

_____, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in G. SANTUCCI (a cura di), *"Aequitas". Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Covengno. Trento, 11 e 12 aprile* 2002, Padova, CEDAM, 2006, pp. 53-273.

_____, *L'attività normativa del princeps. Edicta e madata*, in M. TALAMANCA (dir), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, pp. 409-417.

_____, *Le costituzioni imperiali nel sistema normativo del principato. Il ius extraordinarium e la cognitio extra ordinem*, in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, pp. 423-435.

_____, *Rescripta, epistulae, decreta*, in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1989, pp. 417-423.

TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, trad. port. de D. MITIDERO, R. ABREU e V. D. P. RAMOS, *A motivação da sentença civil*, São Paulo, Marcial Pons, 2015.

TEIXEIRA, Cláudia A., BRANDÃO, José Luís, e RODRIGUES, Nuno S., *História Augusta. Volume I*, São Paulo-Coimbra, Annablume-IUC, 2012.

THEDENAT, Henri, *Ergastulum*, in *DS* 2.1, pp. 810-811.

TRISCIUOGLIO, Andrea, *Actividad bancaria de las ciudades en la época clásica (siglos I-III d.C.)*, in *RIDROM* 14 (2015), pp. 80-110.

_____, *Societas publicanorum e aspetti della responsabilità esterna*, in *Diritto @ Storia* 11 (2013), disponível eletronicamente em http://www.dirittoestoria.it/11/memorie/Trisciuoglio-Societas-publicanorum-responsabilita-esterna.htm.

TUCCI, Rogério Lauria, *Fundamentação (Direito Processual)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* 39, pp. 144-147.

_____, *Motivação (Direito Processual)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* 53, pp. 306-307.

TURPIN, William, *Adnotatio and imperial rescript in roman legal procedure*, in *RIDA* 35 (1998), pp. 285-307.

VACCA, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1989

_____, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, CEDAM, 2006.

VAN ACKEREN, Marcel (ed.), *A Companion to Marcus Aurelius*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2012.

VAN ACKEREN, Marcel, e OPSOMER, Jan (orgs.), *Selbstbetrachtungen und Selbstdarstellungen. Der Philosoph und Kaiser Marc Aurel im interdisziplinären Licht*, Wiesbaden, Reichert, 2012.

VARVARO, Mario, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in *AUPA* 51 (2006), disponível eletronicamente em http://www1.unipa.it/dipstdir/pub/annali/2006/Varvaro%20-%20Note%20sugli....pdf.

VEYNE, Paul, *Pão e circo: sociologia histórica de um pluralismo político*, São Paulo, Unesp, 2015.

VIGNALI, Giovanni, *Corpo del Diritto, vol. IX*, Napoli. A. Morelli, 1861.

VILLAR, Alfonso Murillo, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in *Cuadernos de historia del derecho* 2 (1995), pp. 11-46.

VILLEY, Michel, *Logique d'Aristote et Droit Romain*, in *RH* 28 (1951), pp. 309-328.

VISKY, Käroly, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess,* in *RIDA* 18 (1971), pp. 735-759.

VOCI, Psquale, *Interpretazione del negozio giuridico (diritto romano)*, in *ED* 22 (1972), pp. 252-277.

VOLTERRA, Edoardo, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Scritti Giuridici VI. Le Fonti*, Napoli, Jovene, 1994, pp. 3-279.

_____, *Intorno a D. 23,2,57 a*, in *Scritti Giuridici II*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 509-519.

VONGLIS, Bernard, *La Lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhetorique*, Paris, Sirey, 1968.

WALDSTEIN, Wolfgang, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in *ANRW* II, 15 (1976), pp. 3-100.

_____, *Konsequenz als Argument klassischer Juristen*, in *SZ* 92 (1975), pp 26-68.

WATSON, Alan *Mandate and the Boundaries of roman contract*, in *BIDR* 94-95 (1991-1992), pp. 41-48.

WENGER, Leopold, *Die Quellen des Römischen Rechts*, Wien, Adolf Holzhausens, 1953.

WESEL, Uwe, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzauslegung der römischen Juristen*, Köln, Carl Heymann, 1967.

WESTENBERG, Johann Ortwin, *Divus Marcus seu Dissertationes ad Constitutiones Marci Aurelii Antonini*, Leiden, 1736.

WIEACKER, Franz, *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, in *SZ* 94 (1977), pp. 1-42.

_____, *Vom Römischen Recht*, 2ª ed, Stuttgart, K. F. Koehler, 1961.

_____, *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*, in D. MEDICUS e H. H. SEILER (eds.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1976, pp. 3-27.

WIELING, Hans Josef, *Testamentsauslegung im römischen recht*, München, Beck, 1972.

WILCKEN, Ulrich, *Zu den Kaiserreskripten*, in *Hermes* 55 (1920), pp. 1-42.

WILLIAMS, Wynne, *and Slavery*, in *Bulletin of the Institute of Classical Studies. Supplement* 71 (1998), pp. 67-83.

_____, *The Libellus Procedure and the Severan Papyri*, in *JRS* 64 (1974), pp. 86-103.

ZAMORA MANZANO, Jose Luiz, *Crisis alimentaria y especulacion en el derecho romano: a proposito de la lex Iulia de annona*, in *Studia Prawnoustrojowe* 25 (2014), pp. 7-21.

_____, *Intervención y garantias a la libre concurrencia de los mercados em el derecho romano*, in *Revista General de Derecho Romano* 22 (2014), pp. 1-29.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, University, 1996.

5. ÍNDICE DE AUTORES

ATIENZA 5
AGUDO RUIZ 113, 126
ALEXY 5
ALVA 3
ANASTASIADIS 80
ANKUM 130, 183, 185, 187
ARANGIO-RUIZ 12, 17, 47, 49, 50, 52, 67
ARCARIA 7, 17, 53, 54, 55, 75, 76, 86, 95, 96, 99, 100, 142, 153, 171, 172, 175, 192, 195
BARBOSA MOREIRA 3
BARRÓN 166
BAUMAN 152
BERGER 18, 58, 67, 68, 92, 115, 128, 133
BETTI 63
Birley 8
BISCOTTI 3, 59, 60, 61, 67, 77
BLANCHE-NOUGUÉS 94, 103, 104
BOULVERT 113
BRADLEY 192
BRETONE 19, 20, 44, 48, 50, 67, 86, 192, 193
BRUNT 9, 48, 186, 187, 188
BUCKLAND 107, 130, 164, 165, 181, 185, 186, 188
BUND 5
CAMODECA 139, 140, 169
CAMPOLUNGHI 46
CANCELLI 158, 159
CANNATA 6, 13, 17, 19, 26, 59, 67, 94
CARY 10
CASSOLA 111
CASTELLO 122, 123
CENDERELLI 67
CERAMI 113, 153
COING 63
COMPARETTE 139, 169
CORIAT 6, 17, 18, 19, 20, 26, 27, 29, 30, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 70, 72, 79, 82, 106
CORREA 7
CORTASSA 9
CRUZ E TUCCI 59, 60, 61, 209
CUQ 93, 148, 149, 150
D'ORS 17, 19, 21, 26, 40, 42, 53, 91
DE BLOIS 10
DE FRANCISCI 24, 26, 29, 49, 53
DE MADALENA 126, 127, 128
DE MARTINO 27, 28, 47, 49, 50
DE PASCALI 73, 158, 173, 175, 176, 179, 181, 182
DE ROBERTIS 53
DELI 126
DOVERE 130, 146
DUMÉRIL 7
ERDKAMP 168
FERCIA 98, 99, 100
FINKENAUER 7, 108, 165, 180, 181, 185, 186, 187, 188, 192, 193
FRANCHINI 81, 82, 84
FRANCIOSI 29
GALLO 13, 46, 48
GARCIA 167, 168
GARNSEY 155, 157
GAROFALO 173
GAUDEMET 17, 86, 146
GILIBERTI 169
GIORDANI 196
GIRARD 148
GONZÁLEZ 163
GORDON 127
GRANT 8
GREENIDGE 103
GRELLE 169
GRIMAL 8, 89
GUALANDI 22, 26, 75, 79
GUARINO 47, 59, 92, 93, 101, 141, 145, 165, 166, 185, 186
HACKL 59, 213
HADOT 9
HAENEL 75
HARKE 5
HART 4, 5
HAUSMANNINGER 163
HONORÉ 6, 16, 18, 29, 30, 31, 33, 36, 37, 38, 39, 42, 73

HONSELL 146, 160
HORAK 5, 66, 67, 68, 77, 78, 81, 83
HUMBERT 105, 152
IGLESIAS 92, 101, 149
JÖRS 63, 68
KARLOWA 38, 42
KASER 5, 59, 63, 67, 68, 81, 83
KELSEN 4, 5
KISCHEL 60, 61, 62, 71, 213
KRÜGER 17, 18, 19, 23, 39, 42, 43, 44, 47, 48, 58, 63, 67, 72, 75, 86
KUNKEL 26
KUPISCH 126
LABATUT 139
LABRUNA 111
LACOUR-GATET 139, 169
LÉCRIVAIN 87, 88, 105
LENEL 66, 105
LEPTIEN 130
LIEBS 31, 33, 36, 39, 43
LO CASCIO 168
LOMBARDI 5, 83
LONGO 146
LUZZATTO 160, 214
MACCORMICK 5
MADEIRA 109, 113, 125, 133, 134, 173, 175, 177, 178
MAGANZANI 111, 112, 139, 140
MARCHI 177, 186, 187
MAROTTA 16, 18, 19, 21, 24, 25, 26, 30, 37, 42, 43, 44, 103, 104
MARRONE 59, 60, 77, 215
MARTIN 19, 21, 26, 40, 42
MASI DORIA 186
MASIELLO 74, 185, 186, 187, 188, 189, 216
MATOS 7
MCLYNN 8
MEIRA 161, 162
MENTXAKA 155
MESSANA 87
MILLAR 16, 17, 20, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 39, 42, 44
MOMMSEN 23, 24, 25, 38, 87, 88, 103, 116, 153, 171
MOREIRA ALVES 92, 101, 162, 166, 185
MOURGUES 38
MUÑOZ 5
NASCIMENTO 7
NAVARRA 130, 131, 146, 160
NICOLETTI 18
NÖRR 32, 37, 38, 39, 42, 43
NOYEN 7,196
OLBRECHTS TYTECA 85, 131
OLIVER 80
OPSOMER 7
ORESTANO 14, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 38, 39, 43, 45, 46, 47, 49, 50, 52, 57, 69, 93, 171.
ORMANNI 155
PALAZZOLO 25, 26, 181
PARICIO 67
PAVIS D'ESCURAC 153
PERELMAN 5, 85, 131
PIGANIOL 165
PINHEIRO 4
POHLENZ 9
PÓLAY 5
POLLERA 152, 153
PRINGSHEIM 26
PROVERA 141, 142, 143
PUGLIESE 59
PULITANÒ 136, 138
PURPURA 74, 80, 173
RAGGI 5, 63, 67, 68, 83
REIS 173
RENAN 8
RIZZELLI 119, 195, 196, 197
RIZZI 6, 49, 71, 166
ROBINSON 88
ROBLEDA 172
RODRIGUES 94
ROMANILLOS 119
ROSSIGNOL 168
RÜFNER 127
SACCHI 139
SÁENZ 67
SANTALUCIA 153
SARGENTI 47
SCAPINI 59, 60

SCARLATA FAZIO 7, 95, 97, 98, 99,102, 106, 107, 117, 122, 133, 136, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 159
SCATOLIN 65
SCEVOLA 146
SCHACHER 7
SCHMIDLIN 94
SCHULZ 20, 63, 64, 65, 67, 103, 104, 172
SCIASCIA 109, 122, 123
SEGURADO E CAMPOS 66
SEIDL 5, 63
SIGNORINI 115, 116, 117
SOLIDORO MARUOTTI 166
SORIA 69
SOURIS 80
SPAGNUOLO VIGORITA 16, 18, 19, 21, 24, 25, 26, 30, 37, 42, 43, 44
SPRUIT 196, 197
STANTON 7
STEINWASCHER NETO 119, 133, 134
STEINWENTER 146
TALAMANCA 6, 12, 17, 26, 31, 39, 42, 44, 47, 48, 49, 50, 59, 92, 111, 115
TARUFFO 3, 77
THEDENAT 87, 88
TRISCIUOGLIO 162, 169
TURPIN 18
VACCA 67, 81, 82, 84
VAN ACKEREN 7, 8, 9, 206
VARVARO 24, 31, 39, 42, 44
VEYNE 72, 74
VIEHWEG 5
VILLAR 59, 60, 61, 62, 225
VILLEY 63, 225
VISKY 59, 61
VOCI 163
VOLTERRA 5, 72, 73, 122, 123, 207
VONGLIS 114
WALDSTEIN 5, 83
WATSON 127
WENGER 6, 63, 67
WESEL 114
WESTENBERG 7
WIEACKER 5, 63
WIELING 108, 145, 164, 165
WILCKEN 18, 19, 31, 32, 33, 38, 39, 40, 42
WILLIAMS 19, 29, 31, 32, 33, 39, 40, 41, 42
ZAMORA MANZANO 152, 167, 168
ZIMMERMAN 125

6. ÍNDICE DE FONTES

I) FONTES LITERÁRIAS

AMMIANUS MARCELINUS

Res Gestae

Amm. 23,6,81 104

AURELIUS VICTOR

Epitome de Caesaribus

Aur. Vict. Epit. 11 15
Aur. Vict. Epit. 12,5 15

CÍCERO

I. Epistulae

Ad Atticum

Cic. ad Att. 4,2,3 64
Cic. ad Att. 4,2,4 64

Ad familiares

Cic. ad fam. 7,10 65
Cic. ad fam. 7,17 65
Cic. ad fam. 13,11,1 139
Cic. ad fam. 13,7,1-2 139

II.Rhetorica

Brutus

Cic Brut. 197 68

De inventione
Cic. de inv. 2,49,144 103

De oratore

Cic. de orat. 1,56,240 65, 68
Cic. de orat. 3,33,133 20

Topica

Cic. Top. 14,56 67
Cic. Top. 17,66 67
Cic. Top. 2,9 165

III. Philosophica

De natura deorum

Cic. de nat. deor. 3,38,90 104

De officis
Cic. De off. 2,12,42 165

De re publica
Cic. re pub. 5,3 20

DIO CASSIUS

Historiae Romanae

Dio Cass. 52,33 27, 28
Dio Cass. 52,33,5 27, 28
Dio Cass. 53,21,5 14
Dio Cass. 55,33,5 14
Dio Cass. 59,18 14
Dio Cass. 60,16 14
Dio Cass. 60,4 14
Dio Cass. 69,6,3 20
Dio Cass. 71(72),6,1 9
Dio Cass. 71(72),6,1-3 9

DIONYSIOS HALICARNASSENSIS

Antiquitates Romanae

Dion. Hal. 8,80,1 103
Dion. Halic. 8,80,2-3 104

FRONTO

Epistulae

Front. ep. ad M. Caes 1,6 51
Front. ep. Ad Ver. 1,1,1 34

GELLIUS

Noctes Atticae

Gell. 13,17 173

LIVIUS

Ab urbe condita

Liv. 27,25,8-9 64
Liv. 45,18,4 162

MARCUS AURELIUS

Τὰ εἰς ἑαυτόν

Med. 3,6 182
Med. 4,12 117, 146
Med. 5,36 182
Med. 6,30 70
Med. 6,41 182
Med. 7,22 123
Med. 7,26 123
Med. 7,63 124
Med. 8,16 117
Med. 9,11 182
Med. 9,12 146
Med. 9,20 124
Med. 10,4 124
Med. 10,6 146
Med. 11,4 147
Med. 12,12 124

MARTIALIS

Epigrammaton Libri

Mart. Epigr. 8,82 e 31 31

PHILOSTRATUS
Vitae Sophistarum

Phil. de Vit. Soph. 2,1,2 22
Phil. de Vit. Soph. 2,33 69

PLINIUS MINOR

Epistulae

Plin. Ep. 6,31,1 15
Plin. Ep. 6,31,6 52
Plin. Ep. 10,47 32
Plin. Ep. 10,58-59 32
Plin. Ep. 10,65,3 22
Plin. Ep. 10,66 22, 52
Plin. Ep. 10,81 32
Plin. Ep. 10,83 32
Plin. Ep. 10,106 32
Plin. Ep. 10,107 40
Plin. Ep. 10,112,3 51

Panegyricus

Plin. Pan. 65,1 70
Plin. Pan. 77 15
Plin. Pan. 80 15

RHETORICA AD HERENNIUM

Rhet. ad Her. 2,13,20 165

SCRIPTORES HISTORIAE AUGUSTAE

Historia Augusta

SHA Hadr. 22,8 28
SHA Macr. 13,1 23, 52
SHA Marc. 3,6 9
SHA Marc. 8,10 31
SHA Marc. 10,10 9
SHA Marc. 11,10 10, 71, 117
SHA Marc. 11,2 150
SHA Marc. 12,5 150
SHA Marc. 20,5 117
SHA Marc. 22,3-4 71, 117
SHA Pesc. 7,4 28
SHA Ver. 8,8-9 9

SENECA MINOR

Apocolocyntosis

Sen. Apocol. 12,3 15

Consolatio ad Polybium

Sen. Cons ad Polyb. 26 27
Sen. Cons. Ad Polyb 5,6 27
Sen. Cons. ad Polyb 7,2 70

De beneficiis

Sen. benef. 5,19,8 66

De ira

Sen. De ira. 2,34,3 104

Epistulae

Sen. epist. 94,27 66

STATIUS

Silvae

Stat. Silvae 5,76-107 27, 35

SUETONIUS

Augustus

Suet. Aug. 33 13
Suet. Aug. 64 43
Suet. Aug. 67,3 27

Claudius

Suet Claud. 12 14
Suet. Claud. 14 14
Suet. Claud. 15 14
Suet. Claud. 37,1 31

Domitianus

Suet. Dom. 7,2 28
Suet. Dom. 8 15

Gaius

Suet. Gai 14 70
Suet. Gai. 34 21

Nero

Suet. Ner. 15 15

Tiberius

Suet. Tib. 33 14

TACITUS

Annales

Tac. Ann. 1,7,5 14
Tac. Ann. 3,10 14
Tac Ann. 12,6 122

Historiae

Tac. Hist. 1,58 28

VALERIUS MAXIMUS

Facta et dicta memorabilia

Val. Max. 1,1,8 64
Val. Max 7,7,3 14
Val. Max 7,7,4 14

ZONARAS

Ἐπιτομὴ Ἱστοριῶν

Zonaras 2,20 22
Zonaras 11,8 14
Zonaras 11,9 27

II. FONTES EPIGRÁFICAS

Corpus Inscriptionum Latinarum

CIL I², 1872 186
CIL III 14191 19
CIL III,12336 39
CIL IX 4078 186
CIL VI 8615 36
CIL VI 8616 36
CIL VI 8617 36
CIL VI, 4249 27
CIL VI, 5181 36
CIL VI, 798 28
CIL VI, 8596, 8613 27
CIL VI, 933 140
CIL XI 5182 139

Inscriptiones Latinae Selectae

ILS 3703 36

Notitia Dignitatium (occ.)

Not. dign. 17 27, 28, 35

III. FONTES JURÍDICAS

A) FONTES PRÉ-JUSTINIANÉIAS

Gai Institutiones

Gai 1,2 44
Gai 1,13 87
Gai 1,59 122
Gai 1,62 122
Gai 1,67-75 122
Gai 1,94 18
Gai 1,144 101
Gai 1,146 101
Gai 1,184 142
Gai 2,11 109
Gai 2,186 163, 164
Gai 2,229 165
Gai 3,40,41 115
Gai 3,78 185
Gai 3,145 139
Gai 4,112 104

Epitome Ulpiani

UE 1,18 107
UE 5,6 122
UE 11,15 101
UE 22,7 163

Pauli Sententiae

PS 2,26,4 120
PS 2,26,7 120
PS 4,12,1 107
PS 4,12,5 87
PS 4,12,6-7 87
PS 5,4,22 88
PS 5,36,1-2 172

Vaticana Fragmenta

Vat. Fr. 125 75
Vat. Fr. 131 75
Vat. Fr. 149 75
Vat. Fr. 154 75, 76
Vat. Fr. 155 75
Vat. Fr. 168 75, 76
Vat. Fr. 185 75
Vat. Fr. 203 76
Vat. Fr. 205 76
Vat. Fr. 210 76
Vat. Fr. 221 76
Vat. Fr. 222 76
Vat. Fr. 233 22
Vat. Fr. 240 75
Vat. Fr. 244 75, 76
Vat. Fr. 245 75, 76
Vat. Fr. 247 75

Collatio

Coll. 4,11,1 110
Coll. 4,12,3 120
Coll. 4,12,6 120
Coll. 4,12,8 110
Coll. 4,2,6 119
Coll. 4,2,7 120
Coll. 4,3,1-6 120
Coll. 4,3,6 76
Coll. 4,9,1 119, 120
Coll. 6,4,5 122

Codex Theodosianus

C. Th. 1,2,1 57
C. Th. 1,2,2 56
C. Th. 1,2,11 56
C. Th. 4,14,1(2). 57
C. Th. 4,17,2 62
C. Th. 9,14,3 105

Fragmenta Augustodunensia

Fr. Aug. 31 53

B) FONTES JUSTINIANÉIAS

Institutiones

Inst. 1,25,1 43, 76
Inst. 1,25,3 76
Inst. 1,25,6 75, 76
Inst. 1,25,10 75
Inst. 2,11,1 22
Inst. 2,12pr 18
Inst. 2,13,3 101
Inst. 2,15,4 14
Inst. 2,17,8 70
Inst. 2,19,4 91
Inst. 3,11,1 150, 183
Inst. 3,11,2 187
Inst. 3,11,6 187
Inst. 3,11,pr 76, 183, 186, 203
Inst. 4,12,1 104
Inst. 4,6,30 76

Digesta

D.1,1,1pr 165
D. 1,1,7pr 45
D. 1,2,2,11 12, 46
D. 1,2,2,12 45
D. 1,2,2,33 151
D. 1,2,2,35 67
D. 1,2,2,37 20
D. 1,2,2,38 67
D. 1,3,1 24
D. 1,3,32,1 48
D. 1,4,1pr 45, 46, 69
D. 1,4,1pr-1 45, 46
D. 1,4,1,1 18, 54
D. 1,4,1,2 24, 53
D. 1,5,7 134
D. 1,7,39 76
D. 1,8,1,1 109
D. 1,8,6,1 75, 78, 108, 110
D. 1,8,7 75
D. 1,18,13,1 197
D. 1,18,14 34, 76, 78, 79, 194
D. 1,18,8 37
D. 2,4,3 75, 176
D. 2,8,15,6 170
D. 2,11,2,3 176
D. 2,12,9 22
D. 2,14,10pr 76
D. 2,14,37 75
D. 2,14,46 43
D. 2,14,60 76
D. 2,14,8 76, 177
D. 2,15,10 96
D. 2,15,14 96
D. 2,15,3pr 75, 76, 78, 94, 99
D. 4,2,8 22
D. 4,3,1,2 129
D. 4,8,32,14 18, 34
D. 5,1,16 104
D. 5,1,36pr 75, 76, 78, 174, 179
D. 5,2,17,1 97
D. 5,2,18 98
D. 5,3,1 e 3 45
D. 5,3,7pr 22
D. 5,3,25,16 76
D. 6,2,12,4 45
D. 8,2,14 75
D. 8,3,17 75
D. 9,2,5,2 195
D. 11,1,11,8 166
D. 11,4,1,2 76
D. 11,7,14 76
D. 11,7,6,1 75
D. 12,1,35 170
D. 12,3,4pr 75, 78, 141, 201
D. 14,1,1,18 152
D. 14,5,8 152
D. 17,1,29,6 166
D. 17,1,6,7 75, 78, 125, 201
D. 17,1,8,8 75, 76
D. 18,1,42 75
D. 18,1,71 75
D. 18,7,10 43
D. 20,1,31 111
D. 20,1,3pr 111
D. 20,1,31pr-1 139
D. 20,5,12pr 28, 36
D. 22,1,17,7 178
D. 22,1,17pr 76
D. 22,1,32pr 18

D. 22,3,29pr 75, 76
D. 22,3,5 45
D. 22,5,3,6 75, 76
D. 23,2,14 21
D. 23,2,57a 75, 76, 78, 121, 200
D. 23,3,9,3 76
D. 24,3,22,7 179
D. 25,3,5,11 76
D. 25,3,5,14 76
D. 25,3,5,9 76
D. 25,4,1,10-15 133
D. 25,4,1,13 134
D. 25,4,1pr 75, 76, 78, 131,201
D. 26,2,2 75, 101
D. 26,5,12,1 75
D. 26,5,24 75, 76
D. 26,5,28 62
D. 26,5,29 76
D. 26,7,12 22, 24
D. 26,7,33,1 76
D. 27,1,7 75
D. 27,1,14,2 76
D. 27,1,15,2 76
D. 27,1,17,4 76
D. 27,1,17,6 22, 24
D. 27,1,26 76
D. 27,8,1,2 76
D. 27,10,16pr 76
D. 27,10,6 195
D. 28,1,20,9 76, 78, 79, 129, 200
D. 28,1,21,3 130
D. 28,2,19 67
D. 28,4,3 10, 150,174
D. 28,5,1pr 22, 24
D. 28,5,42 14
D. 28,5,52(51)pr 76
D. 28,5,52pr 164
D. 29,1,3 76
D. 29,1,24 22
D. 29,1,28 75, 78, 101
D. 29,2,12 43, 76
D. 29,5,2 76
D. 30,112pr 76
D. 30,41,7 75
D. 30,96,1 185
D. 31,53pr 166
D. 31,64 76, 145
D. 31,67,10 76, 78, 79, 143, 201
D. 31,70pr 76
D. 32,11,23 75, 159
D. 32,11,24 76
D. 32,11,25 76, 159
D. 32,39pr 145
D. 33,8,2,17 140
D. 34,1,3 18
D. 34,1,11 93
D. 34,3,28,7 180
D. 34,5,24 164
D. 35,1,77,3 149, 150
D. 35,2,25,1 93
D. 35,3,1 92
D. 35,3,3,4 75, 76, 78, 91
D. 36,1,11,2 53
D. 36,1,13pr 53
D. 36,1,18 149
D. 36,1,31,5 22, 24
D. 36,1,56(54) 166
D. 36,3,1pr 148
D. 36,3,1,15 148
D. 36,3,5,1 76
D. 36,3,12 149, 150
D. 37,6,1,14 75
D. 37,6,5pr 75, 76, 78, 135, 201
D. 37,7,9 76
D. 37,8,3 76
D. 37,8,4 76, 136
D. 37,9,1,15 134
D. 37,14,10 115, 117
D. 37,14,17pr 10, 37, 75, 76, 78, 115, 200
D. 37,14,7pr 15
D. 38,2,14pr 116
D. 38,2,16,4 75
D. 38,2,3,9 115
D. 38,6,6 135
D. 38,16,1,1 75
D. 39,4,7pr 75, 78, 110
D. 39,4,7,1 75
D. 39,4,16,6 76
D. 39,4,16,8 75
D. 39,4,16,10 75, 124
D. 40,1,3 91
D. 40,1,4pr 75, 76

D. 40,1,5 pr 75
D. 40,1,20 76
D. 40,4,26 75, 78, 189
D. 40,4,56 76
D. 40,5,12pr 76
D. 40,5,2 183
D. 40,5,30,13 75
D. 40,5,30,16 76
D. 40,5,30,3 75, 78
D. 40,5,31,1 75, 78, 106
D. 40,5,31,4 76
D. 40,5,37 76, 78, 129, 172, 179, 180, 183, 189
D. 40,5,4,16 183
D. 40,5,4,17 185
D. 40,5,4,20 188
D. 40,5,51pr 185
D. 40,7,34,1 76, 180
D. 40,8,1 76
D. 40,8,3 76
D. 40,9,11,1 75
D. 40,9,17,2 91
D. 40,9,27,1 91
D. 40,9,4 91
D. 40,12,27pr 75, 76, 131
D. 42,1,33 18, 34
D. 42,1,35 75, 147
D. 42,5,30 75
D. 42,7,4 75
D. 43,30,1,3 76
D. 44,4,4,32 166
D. 47,4,1,7 76, 180
D. 47,9,4,1 76
D. 47,10,45 88
D. 47,12,3,4 76
D. 47,18,1pr 75
D. 47,22,1,2 75
D. 48,2,5 76
D. 48,2,13 151
D. 48,2,19pr 75
D. 48,4,7,2 110
D. 48,5,23(22),4 120
D. 48,5,24(23) 120
D. 48,5,25pr 120
D. 48,5,28,6 110
D. 48,5,33(32)pr 76, 78, 79, 118
D. 48,5,39(38),1 122
D. 48,5,39(38),4 122, 124
D. 48,5,39(38),5 75, 124
D. 48,5,39(38),6 75, 76, 124
D. 48,5,39(38),8 76, 121
D. 48,5,39(38),10 21
D. 48,6,6 19
D. 48,8,12 195
D. 48,9,1 195
D. 48,9,9pr 195
D. 48,9,9,2 75, 78, 79, 196
D. 48,10,7 76, 78, 79, 190
D. 48,10,11 75
D. 48,10,31 173
D. 48,12,3pr 75, 76, 78, 166,202
D. 48,12,3,1 75, 76, 78, 147, 151, 153, 201
D. 48,15,6pr 52
D. 48,16,18,1 75
D. 48,16,18,2 75
D. 48,16,18pr 75
D. 48,17,5,2 22, 24
D. 48,18,1,3 75
D. 48,18,1,4 75
D. 48,18,1,6 75
D. 48,18,1,7 110
D. 48,18,1,8 109
D. 48,18,1,9 109
D. 48,18,1,11 22
D. 48,18,1,13 109
D. 48,18,1,14 75, 109
D. 48,18,1,15 109
D. 48,18,1,18 109
D. 48,18,1,19 22
D. 48,18,1,21 22
D. 48,18,1,27 75, 76, 78, 191, 203
D. 48,18,3 109
D. 48,18,10,1 110
D. 48,18,10,2 109
D. 48,18,16pr 75
D. 48,18,17,2 109
D. 48,18,17,3 109
D. 48,18,18,5 109
D. 48,18,18,6 109
D. 48,18,18,8 109
D. 48,18,20 62

D. 48,19,5pr 22
D. 48,19,8,1 75
D. 48,19,8,9 87
D. 48,19,10pr 88
D. 48,19,8,13 88
D. 48,19,26 75, 78, 102
D. 48,19,27pr 75
D. 48,19,30 76
D. 48,19,33 75, 78, 86, 90
D. 48,19,37 153
D. 48,20,1,3 75
D. 48,22,1 22
D. 48,22,6,2 75
D. 48,22,7,10 75
D. 48,22,7,18 75
D. 49,1,1,3 75, 76, 124
D. 49,1,8 75
D. 49,1,14,1 75, 76, 78, 96
D. 49,1,14pr 99
D. 49,1,21,pr 75
D. 49,1,21,1 75
D. 49,1,21,2 75
D. 49,1,21,3 75, 78, 170, 202
D. 49,5,4 33
D. 49,5,6 62, 71
D. 49,9,1 75, 76
D. 49,11,1 75
D. 49,14,1,1 185
D. 49,14,2,2 75
D. 49,14,3,5 75, 78, 112
D. 49,14,7 76
D. 49,14,13,6 75
D. 49,14,13,10 75, 124
D. 49,14,18,2 75
D. 49,14,23 75
D. 49,14,32 75
D. 49,16,4pr 22
D. 49,16,4,5 22
D. 50,1,8 75, 167
D. 50,1,21,1 178
D. 50,1,24 75, 76, 78, 177, 178, 179, 203
D. 50,1,36,1 170
D. 50,1,37,2 75
D. 50,1,38pr 75
D. 50,1,38,1 75
D. 50,1,38,2 75
D. 50,1,38,3 75
D. 50,1,38,4 75
D. 50,1,38,5 75
D. 50,1,38,6 75
D. 50,2,3,2 75, 78, 147, 155, 201
D. 50,2,2,7 106
D. 50,2,13pr 75
D. 50,2,13,1 75
D. 50,2,13,2 75, 106
D. 50,2,13,3 75
D. 50,4,3,9 106
D. 50,4,6,1 75
D. 50,4,6pr 75, 78, 147, 154, 156, 201
D. 50,4,11 75, 76, 157
D. 50,4,11,1 76
D. 50,4,11,2 75
D. 50,4,14,2 111
D. 50,6,6,10 75, 78, 79, 147, 161, 201
D. 50,6,6,3 154
D. 50,6,6,5 154
D. 50,6,6,6 75, 76, 154
D. 50,7,5,3 75
D. 50,8,2,1 140
D. 50,8,5pr 170
D. 50,8,7pr 167
D. 50,8,11pr 75, 178
D. 50,8,11,1 75
D. 50,8,11,2 75, 78, 79, 138, 139, 169 201
D. 50,8,12pr 75
D. 50,8,12,1 75
D. 50,8,12,2 75
D. 50,8,12,3 75
D. 50,8,12,4 75, 169
D. 50,8,12,5 75
D. 50,8,12,6 75, 78, 79, 169, 202
D. 50,8,13 75, 178
D. 50,10,5,1 140
D. 50,10,6 76
D. 50,12,8 75, 76, 158
D. 50,12,13pr 75, 158
D. 50,12,13,1 75, 78, 79, 147, 159
D. 50,13,1,9 75
D. 50,13,5,1 105
D. 50,16,16 111

D. 50,16,220,2 76
D. 50,17,1 94
D. 50,17,96 144

Codex

C. 1,14,12pr 56
C. 1,14,2 19, 56
C. 1,51,2 34
C. 2,4,26 96
C. 2,12(13),2 75
C. 3,31,1 76
C. 4,57,1 76
C. 4,57,2 76
C. 4,57,3 76
C. 5,25,2 75
C. 5,25,3 75
C. 6,23,3 70
C. 6,27,1(2) 91
C. 6,27,2 76, 78, 163, 201
C. 6,54,2 76, 78, 147, 148, 150, 201
C. 6,54,7 148
C. 7,2,6 186
C. 7,12,1 75, 88
C. 7,12pr-1 78, 87, 91
C. 7,43,1 18
C. 7,44,2 62
C. 7,45,13 56
C. 7,61 19
C. 7,62 19, 62
C. 7,62,1 62
C. 7,62,19 62
C. 7,62,34 19
C. 7,7,1 107
C. 8,10,1 75
C. 8,40,18 33
C. 8,46(47),1 75
C. 9,9,3 110
C. 9,18,1 76
C. 9,41,1 110
C. 9,41,7 109
C. 9,47,10 88
C. 9,47,13 88
C. 9,47,22 105
C. 9,47,6 87, 88
C. 9,49,1 88
C. 10,33,1 155
C. 11,39,1 178

Novellae

Nov. 113,1 56