SEBASTIÃO CRUZ

DIREITO ROMANO

(IUS ROMANUM)

I

INTRODUÇÃO. FONTES

4.ª EDIÇÃO

Revista e Actualizada

DIREITO PRETORIANO

IUS PRAETORIUM

PÁG. 297 a 349

COIMBRA
1984

Título V — FONTES DO «IUS PRAETORIUM» (D. 1,1,7,1)

A) EXPEDIENTES DO PRETOR BASEADOS NO SEU «IMPERIUM»
B) EXPEDIENTES DO PRETOR BASEADOS NA SUA «IURISDICTIO»
C) O «EDICTUM» DO PRETOR

IUS PRAETORIUM

SUMÁRIO — 28. *a)* Conceito (D.1,1,7,1)
b) Relação com o *ius honorarium*, com o *ius civile* e com o *Ius Romanum*
c) Fases da actividade do pretor (urbano)

a) Conceito de «ius praetorium»

28. O conceito de *ius praetorium* é-nos dado através dum fragmento de

PAPINIANUS — *(lib. 2 Definitionum)*, D. 1,1,7,1:

«*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiu-*

vandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. [Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum»] (gl.)[358].

Como se deduz deste frag. de PAPINIANUS, o pretor[359] é o intérprete da *lex*, mas sobretudo o defensor do *ius* e da Justiça, interpretando o *ius civile* (sobretudo os passos obscuros), integrando as suas lacunas e corrigindo as suas aplicações injustas.

b) Relação do «ius praetorium» com o «ius honorarium», com o «ius civile» e com o «Ius Romanum»

O *ius honorarium* (*ius edictale* ou *ius magistrale*) é todo o *Ius Romanum* não-*civile*, introduzido pelos edictos de certos magistrados, a saber: *pretor urbano*, pretor peregrino, edís curúis e governadores das províncias[360]. Deriva de «honor», cargo, magistratura. É, pois, um direito próprio dos magistrados, criado pelos magistrados, enquanto o *ius civile* (D. 1,1,7pr.) deriva do *populus*, dos comícios, do senado, do *princeps* e dos *iurisprudentes*.

O edicto dos magistrados (vid. *supra* 270) é um programa

358 «O direito pretório é o que os pretores introduziram com a finalidade de ajudar (interpretar) ou de suprir (integrar) ou de corrigir o *ius civile*, por motivo (razão) de utilidade pública [O qual também é chamado honorário denominando-se assim em honra dos pretores] (gl.)».

Esta última parte do frag. [o qual — pretores] não é genuína. Deve tratar-se dum glosema post-clássico (sécs IV-V), obra dum escoliasta ou até dum amanuense (vid. *infra* Tit. XI o que é um glosema), pois é uma explicação que... nada explica; pelo contrário, confunde.

359 Sempre que se fala de «pretor», sem mais nada, entende-se o pretor urbano (vid. *supra* 67-70). Este magistrado é, dentro do *Ius Romanum*, a figura genial e o modelo para todos os *iurisconsulti* e profissionais do Direito. Nas suas actividades é sempre totalmente dominado pelo espírito de Justiça, com a delicadeza e o escrúpulo de não abusar dos seus poderes *(honeste vivere)*, com a preocupação de não prejudicar ninguém *(alterum non laedere)* e com a ânsia de atribuir a cada um o que é seu *(suum cuique tribuere)*.

360 Segue-se no texto *grosso modo* a opinião mais provável e prescinde-se, de momento, de vários problemas discutidíssimos entre os AA., v.g. natureza do *ius honorarium*, suas fontes, etc.. Vid. *infra* 2.ª PARTE, Tit. II destas Lições.

das actividades a realizar durante o tempo da sua magistratura, afixado pùblicamente no seu início.

O *ius praetorium*, em rigor, é uma *pars* do *ius honorarium*; mas, uma parte tão grande que eclipsa, ou pelo menos simboliza, todo o *ius honorarium*. Por isso, em regra, fala-se indistintamente de *ius honorarium* ou *praetorium*. É que o *ius praetorium* consubstancializa todo o *ius honorarium*; é o que tem verdadeira relevância; como que representa todo o *ius honorarium*. Por esta razão, em geral só se trata do *ius praetorium*[361].

O *ius praetorium* ou *honorarium* forma um sistema diferente do *ius civile*, mas não derroga o *ius civile*[362]. Completa-o, sobretudo adaptando a estática do *ius civile* à dinâmica das condições sociais e económicas, e concretamente o pretor obtém esse resultado admirável de permanente e fecunda adaptação, mediante expedientes seus, baseados ora no seu *imperium* ora (um pouco mais tarde) também na sua *iurisdictio*.

O verdadeiro e primitivo *Ius Romanum* é o *ius civile*; mas o *ius praetorium* ou *honorarium* também é *Ius Romanum*. São, pois, dois grandes sistemas dentro do mesmo Direito, o *Ius Romanum*[363].

c) Fases da actividade do pretor

Fixemos agora, e sempre daqui em diante, a atenção só no

361 Também é importante, v.g. o *ius honorarium* criado pelo pretor peregrino, que é o *ius gentium*. Dele falaremos no Tit. II da 2.ª PARTE; aí, analisaremos dum modo especial o problema da relação entre o *ius civile* e *ius gentium*.

362 O *ius civile* só pode ser alterado por uma das suas várias fontes, já nossas conhecidas (D. 1,1,7 pr.): ou por uma *lex (rogata, data* [?] ou *dicta)*, ou por um *senatusconsultum* ou por uma *constitutio principis* ou pela *iurisprudentia*.

363 No Tit. II da 2.ª PARTE, examinaremos pormenorizadamente a relação entre *ius civile* e *ius honorarium*.

Ainda hoje no direito inglês, há uma distinção entre *common law* e *equity*, muito semelhante a *ius civile* e *ius honorarium* do *Ius Romanum*. Sobre este problema, vid. Raúl VENTURA, *Manual de Direito Romano*, cit. 195-202.

ius praetorium «stricto sensu», isto é, no *ius honorarium* criado pelo pretor urbano.

A sua actividade comporta três fases.

1.ª *Fase (séc. IV - meados séc. III a.C.)* — Nesta fase, a função do pretor era administrar a justiça, fundada no *ius civile*; ele era a *vox viva iuris civilis*. A sua actividade é essencialmente interpretativa. Toda a inovação que pretendesse fazer no *ius civile* tinha de ser elaborada sob o pretexto de o estar a interpretar. Era pois uma actividade muito discreta, tanto mais que o trabalho interpretativo estava vigiado e fiscalizado pelo *collegium pontificum* cioso de manter (ainda nesta época), quase em exclusivo, a *interpretatio*.

2.ª *Fase (desde fins do séc. III a.C. [?] a 130 a.C.)* — O pretor, baseando-se no seu *imperium* — poder de soberania, a que os cidadãos não podiam opor-se —, usa expedientes próprios para criar direito (*ius praetorium*), mas duma forma *indirecta:* se uma situação social merecia protecção jurídica e não a tinha do *ius civile,* o pretor *colocava-a sob a alçada do «ius civile»;* se, pelo contrário, determinada situação social estava protegida pelo *ius civile* e não merecia essa protecção, *retirava-a da alçada do «ius civile»*. Como se vê, o pretor não derrogava o *ius civile;* simplesmente, conforme era justo ou não, (ele) conseguia que o *ius civile* se aplicasse ou não.

3.ª *Fase (a partir de 130 a.C.?)* — A partir da *lex Aebutia de formulis*, do ano 130? a.C., o pretor, baseado na sua *iurisdictio* — poder específico de administrar a justiça dum modo normal —, mediante expedientes adequados, cria também direito (*ius praetorium*) e agora duma forma directa, embora por via processual. E assim, em vários casos não previstos pelo *ius civile*, o pretor concede uma *actio* própria, por isso denominada *actio*

praetoria. E como em Direito Romano ter *actio* é ter *ius* (vid. *infra* 2.ª PARTE, Tít. V), o pretor concedendo *actio,* cria directamente *ius*.

Analisemos agora e separadamente esses vários expedientes do pretor: A) — os baseados no seu *imperium*; B) — os baseados na sua *iurisdictio*.

Capítulo 1.º — A) EXPEDIENTES DO PRETOR BASEADOS NO SEU «IMPERIUM»

SUMÁRIO — 29. Enumeração. Análise

- *a) Stipulationes praetoriae*
  - I — Noção de *stipulatio* (D. 45,1,5,1;-45,1,137pr.)
  - II — Características da *stipulatio* em geral
  - III — Particularidade das *stipulationes praetoriae*: geralmente, não eram *nudae repromissiones* mas *satisdationes*
- *b) Restitutiones in integrum*
  - I — Conceito
  - II — Espécies (D. 4,1,1; - 4,1,2)
- *c) Missiones in possessionem*
  - I — Conceito. Espécies
  - II — Modalidades quanto à finalidade
- *d) Interdicta*
  - I — Conceito
  - II — Espécies (exibitórios, restitutórios, proibitórios)
  - III — Entre as várias aplicações dos *interdicta* estão os relativos à posse — «interditos possessórios»;
    - 1 - *retinendae possessionis* { - *uti possidetis* / - *utrubi*
    - 2 - *recuperandae possessionis* { - *de precario* / - *unde vi* / - *vi armata*

29. Os expedientes do pretor baseados no seu *imperium*, para bem interpretar, integrar e corrigir o *ius civile*, eram os seguintes: as *stipulationes praetoriae*; as *restitutiones in integrum*; as *missiones in possessionem*, e os *interdicta*.

Examinemos, em particular, cada um desses expedientes.

a) Stipulationes praetoriae (D. 46,5)

A «stipulatio *praetoria*» é uma *stipulatio* como outra qualquer, que tem de específico o facto de ser imposta pelo pretor

(daí o designar-se *praetoria*) a fim de proteger uma situação social não prevista pelo *ius civile* e que merecia protecção.

Interessa, portanto, antes de mais, conhecer a noção e as características da *stipulatio* em geral.

I — Noção de «stipulatio» (D. 45,1,5,1; - 45,1,137pr.)

A *stipulatio* é um negócio jurídico tìpicamente obrigacional [364].

Há negócios jurídicos destinados essencialmente para transferir a propriedade (v.g. a *mancipatio*); a *stipulatio* é o negócio jurídico destinado essencialmente para criar obrigações.

A *stipulatio*, no dizer de M. GARCÍA GARRIDO, «es *una de las más geniales creaciones, quizá la obra maestra del espíritu jurídico romano. A través del esquema ágil y simple de la* stipulatio *pasa toda la vida romana en sus relaciones familiares, negociales y procesales*». E citando SCHULZ: «*es una prueba de la predilección que siente el romano por todo lo preciso, breve y sencillo*» [365].

Consiste estruturalmente numa pergunta — *spondes mihi dare centum* —, feita pelo credor (o *stipulator*), e numa resposta — *spondeo* —, dada pelo devedor (o *promissor*). *Esta* pergunta e *esta* resposta unem-se de tal maneira que não formam uma pergunta-resposta, mas «geram» algo totalmente novo»: a *obligatio*. Por isso, os romanos chamavam à *stipulatio* «*conceptio verborum*».

POMPONIUS — (*lib. 26 ad Edictum*), D. 45,1,5,1:

«*Stipulatio autem est* verborum conceptio, *quibus is qui*

364 A origem da *stipulatio* é bastante discutida. Tudo o que se tem escrito a respeito do seu nome, da sua evolução e da sua forma, pouco mais são que meras hipóteses; ainda não puderam concretizar-se em teses definitivas. (Cf. Sebastião CRUZ, *Da «Solutio»* I, cit. 218).

Como estudo de síntese e recente, veja-se A. GARCIA GARRIDO, *Sponsio y Stipulatio* em *Boletín de la Universidad Compostelana* 73-74(1965-1966) 169-184; aí se indica a bibliografia fundamental.

365 *O. c.* na n. anterior, 169.

interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit» [366].

BIONDI, comentando este frag. de POMPONIUS, diz: *a «stipulatio» é uma verdadeira geração; na geração, que dá lugar à procriação, há o encontro do elemento masculino com o feminino que determina o aparecimento dum ser totalmente novo e que não é a soma dos dois elementos que se encontraram; assim também na «stipulatio» há o encontro da interrogação com a resposta e esse encontro determina o aparecimento duma entidade completamente nova, a* 'obligatio'» [367].

Esta construção jurídica materialística que os romanos elaboraram a respeito da *stipulatio*, assemelhando-a em tudo a uma geração, explica fàcilmente várias coisas, à primeira vista quase inexplicáveis.

Por exemplo, que a *stipulatio* deve ser um *acto-contínuo*, formando uma *unidade* (D. 45,1,137pr. [368]), quando não, um elemento demorando à espera do outro perde a sua potencialidade; e assim, se o *promissor* responde à pergunta do *stipulator* só daí a dois ou três dias, não há *stipulatio*. Por isso, a *stipulatio* para ser contínua devia realizar-se *inter praesentes* e não entre ausentes (D. 45,1,1pr.).

Ainda outro exemplo: a *stipulatio*, realizada sob coacção, para o *ius civile*, era válida; é que o efeito (a «procriação»= =*obligatio*) opera-se *naturalmente*, por força dos dois elementos da «natureza» (pergunta/resposta=feminino/masculino) e não por força da vontade, livre ou coagida.

366 «A *stipulatio* é uma geração (concepção) de palavras, com as quais aquele que é interrogado responde àquilo, sobre que foi interrogado, que há-de dar ou há-de fazer».

367 BIONDI, *Contratto e Stipulatio* (Milão,1953) 294.

368 D. 45,1,137pr.—(VENULEIUS, *lib. prim. Stipulationum*): «*Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet*».—(«O acto do estipulante [o *stipulador*] e do promitente [o *promissor*] deve ser contínuo»).

Efeitos da «stipulatio» — Da *stipulatio* nascia uma *obligatio* para o devedor (*promissor*) e uma *actio* para o credor (*stipulator*), a fim de obrigar o *promissor* a cumprir, caso o não fizesse voluntàriamente. Esse *actio* pode denominar-se «grosso modo» *actio ex stipulatu* [369].

II — Características da «stipulatio» em geral

A *stipulatio* é um negócio jurídico — *solene, formal, verbal-oral* e *abstracto*.

Solene — Era feito com a invocação e a presença espiritual dos deuses, tanto dos admitidos pelo *stipulator* como dos admitidos pelo *promissor*. Além disso, empregava a palavra *spondeo*, que, segundo a melhor opinião, usava-se primitivamente só nas promessas feitas perante os deuses [370].

Formal — Este negócio tinha uma forma jurídica, pois v.g. devia ser realizado entre presentes, mas sobretudo porque devia ser usada uma fórmula própria, «sacramental» [371] — *spondes mihi dare certum? Spondeo.* Bastava alterar a ordem destas palavras ou substituir uma palavra pelo seu significado (v.g. em vez de *spondeo*, dizer *promitto*) para o negócio ficar nulo; pelo menos de início, era assim.

Verbal-oral — Deviam empregar-se palavras, não escritas, mas orais. É o tipo dos negócios verbais — *verbis contrahere*.

369 Em rigor, a *stipulatio certi* originava uma *condictio* (vid. em 2.ª PARTE, Tít. VI destas Lições, que espécie de *actio* era esta); a *stipulatio incerti*, uma *actio ex stipulatu*. Porém, esta última designação é discutível. Cf. A. D'ORS, numa nota crítica em *SDHI* 26(1960) 323-325.

370 Daí que *esponsais* eram promessas solenes de casamento, feitas perante o altar da divindade: de início, a promessa solene do *paterfamilias* de dar a filha em matrimónio; depois, promessa mútua, de homem e mulher, de celebrar casamento.

Parece que a *stipulatio* deriva da primitiva *sponsio*. Simplesmente, de início a *sponsio* é um acto do *ius civile* e a *stipulatio* seria um negócio do *ius gentium*. (Vid. GARCÍA GARRIDO, *o. c.* 174-178; *Labeo* 9[1963] 96-119). Mais tarde, *sponsio* e *stipulatio*, acabaram por se confundir, pelo menos na linguagem vulgar.

Embora a *stipulatio*, originàriamente, tenha sido um negócio do *ius gentium*, cedo principiou a considerar-se um instituto do *ius civile*.

371 Vid. *supra* 305 e 306 o que é forma e fórmula em Direito.

A este respeito, é muito expressivo um famoso texto de

ULPIANUS — (*lib. 48 ad Edictum*), D. 45,1,1pr.:

«*Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt; nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem; item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus*».

«Não pode efectuar-se uma «stipulatio», a não ser que ambos («stipulator» e «promissor») falem: e por isso, nem o mudo (porque não fala) nem o surdo (porque não ouve) nem a criança (menor de 7 anos, porque não compreende, não entende o sentido das palavras, é como se nem falasse nem ouvisse) podem realizar uma «stipulatio»; nem sequer o ausente, pois devem ouvir-se mùtuamente («stipulator» e «promissor»). Se, porém, algum destes (isto é, dos ausentes) pretende ser credor («stipulator»), que o faça através dum seu escravo presente (no acto da «stipulatio») e adquirirá directamente para ele (portanto verificando-se uma representação directa) uma «actio ex stipulatu»; igualmente, se algum (destes, dos ausentes) pretende ser devedor (obrigar-se, ser «promissor»), que dê uma ordem (nesse sentido, e também a um escravo seu, presente no acto da «stipulatio») e ficará obrigado «quod iussu» (em virtude *dessa* ordem, que é uma autorização responsável, um aval, o *iussum*).

Como consequência natural de ser a *stipulatio* um negócio verbal-oral e de constituir uma *unitas actus* (D. 45,1,137pr.), o acto devia ser celebrado *inter praesentes*, i. é., com a presença simultânea das partes. Além do texto do ULPIANUS (D. 45,1,1pr.), há, entre outros, o de GAIUS III 136 — «*Verborum obligatio inter absentes fieri non possit*».

Abstracto — É um negócio jurídico, em que se prescinde da sua causa jurídica.

Negócio jurídico *abstracto* contrapõe-se a negócio jurídico *causal*.

No negócio abstracto, a causa jurídica não é elemento constitutivo do negócio; no negócio causal, a causa integra-se na declaração de vontade, é um elemento essencial.

A falta de causa jurídica tem efeitos diferentes, conforme se trate dum negócio causal ou dum negócio abstracto: no negócio causal, produz a sua nulidade; no negócio abstracto, não atinge a validade do negócio mas apenas a sua eficácia [372].

A partir do séc. III, a *stipulatio* deixa de ser abstracta, e até oral, para se converter num documento escrito (*cautio, chirographum*). Para este facto contribui a desagregação moral do povo romano; assiste-se a um fenómeno social da falta de crença nos deuses; o *stipulator* perde a confiança depositada no *promissor*. Surge o documento escrito e indicando-se a causa jurídica do negócio, como consequência da desconfiança entre as pessoas.

Na época justinianeia, há muito que a *stipulatio* não era um negócio formal, mas um documento escrito. No entanto, Justiniano, levado pelo seu bem conhecido espírito classicista, mantém na sua compilação a palavra *stipulatio*, embora com um sentido completamente diferente [373].

Não quer dizer que o negócio jurídico abstracto não tenha causa jurídica, e nem mesmo que seja completamente independente dela; simplesmente, não é invocada. Abstrai-se dela.

O «stipulator» diz — «prometes dar-me cem?» — e o «promissor» responde — «prometo». Mas nem um nem outro se refere, v.g. se é em virtude dum empréstimo ou duma compra e venda ou dum aluguer ou duma doação. Não se fala da causa jurídica desse negócio, ao efectuar-se esse negócio.

---

[372] Sobre a questão dos negócios abstractos entre nós, cf. VAZ SERRA, *Negócios Abstractos. Considerações Gerais — Promessa ou Reconhecimento de Dívida e outros Actos*, Separata do *Boletim do Ministério da Justiça* 83(1959) 66 págs. (Lisboa,1959); e sobre o problema da causa jurídica, vid. M. ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* II, *Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico* (Coimbra,1960) 343-346.

[373] Cf. Sebastião CRUZ, *Da «Solutio»* I, cit. 217 [309] e 218 [311]; vid. M. GARCIA GARRIDO, *o. c.* 181-184.

III — Particularidade das «stipulationes praetoriae»: geralmente não eram «nudae repromissiones» mas «satisdationes» (quase sempre em forma de «fideiussio») — D. 46,5,1,5

Conhecidas a noção e as características da *stipulatio* em geral, sabido que a «stipulatio *praetoria*» é uma *stipulatio*, como outra qualquer, mas assim denominada por ser imposta pelo pretor — e imposta a fim de ele *poder* conceder protecção jurídica a uma situação social que não a tem do *ius civile* e a merece —, vamos concretizar melhor a finalidade, a efectivação e o processar das *stipulationes praetoriae*, através dum exemplo.

TITIUS, numa atitude correcta ou até humilde, pede emprestados 100 sestércios a SEMPRONIUS. O negócio do empréstimo realiza-se mediante uma *stipulatio*, em que portanto TITIUS-devedor é o *promissor* e SEMPRONIUS-credor é o *stipulator*. Mas ou não houve *stipulatio*, ou se foi realizada não foi bem feita, porque, v.g. TITIUS, o «promissor», em vez de responder «spondeo» respondeu (de boa ou de má fé, prescindamos desse aspecto) *promitto*. A *stipulatio* está nula, porque é um negócio jurídico *formal*, e não se respeitou a fórmula. Estando nula, não há *actio* (a «actio ex stipulatu»). Não havendo *actio*, não há *ius*, pois, como sabemos, *actio* e *ius* em Direito Romano identificam-se. Não havendo *ius*, SEMPRONIUS (à face do *ius civile*) não tem direito aos 100 sestércios. Ou, argumentando por outra via, para chegar à mesma conclusão: estando nula a *stipulatio*, não se «gerou» [374] a *ob+ligatio* [375], e, por conseguinte, TITIUS não está *ob+ligatus*; SEMPRONIUS não o tem «seguro»; não está nas «suas mãos»; não está em «seu poder». Não pode exigir. TITIUS,

374 Vid. *supra* 303 e 304.
375 Vid. *supra* 189 216.

sabendo que não está *ob+ligatus* — mas livre! —, toma uma atitude, não já correcta como de início quando foi pedir o empréstimo, mas talvez até de arrogância, e... não paga. SEMPRONIUS recorre ao pretor. Este chama TITIUS à sua presença. Vem; e, ainda na mesma atitude arrogante, diz que, de facto, pediu os 100 sestércios a SEMPRONIUS, que recebeu essa quantia, que tem dinheiro para pagar, mas... como a *stipulatio* não foi bem feita, não está obrigado (não está ligado, não está vinculado), e que SEMPRONIUS não tem direito de exigir (*actio*) e por conseguinte... não paga! O pretor, o homem sempre dominado pela ânsia de *suum cuique tribuere*, vê claramente a injustiça que isto representa. Mas *não pode*, nesta fase do *ius praetorium* antes da *lex Aebutia de formulis* a. 130 a.C.(?) (note-se bem, *não pode*), *directamente*, conceder protecção jurídica a esta situação social, que bem a merece e não a tem do *ius civile*. Concretamente, *não pode*, só por si, conceder uma *actio* a favor de SEMPRONIUS para exigir de TITIUS o pagamento dos 100 sestércios [376]. Então o pretor recorre ao seu *imperium* — poder de soberania a que ninguém ousa opor-se, e se se opuser, o pretor tem meios para fazer respeitar as suas ordens, desde as *missiones in possessionem*, que examinaremos a seguir, até à *addictio* duma *manus iniectio* (vid. *supra* 224 [200]). Ordena que TITIUS e SEMPRONIUS façam — até ali mesmo na sua presença, mas não era necessário este requisito — uma *stipulatio* bem feita. Quer dizer, ordena a TITIUS que se *ob+*ligue, se vincule à face do *ius civile*, para consequentemente SEMPRONIUS poder exigir (ter uma *actio*). Efectuada a *stipulatio*, nos seus devidos termos, já TITIUS... perde a arrogância. SEMPRONIUS agora tem uma *actio* para forçar TITIUS a cumprir. Uma *actio*, concedida não directamente pelo pretor (por isso, não é uma *actio praetoria*), mas pelo *ius civile*, pois deriva da *stipulatio* (agora feita, por imposição do pretor). Ora, nesta época, a *stipu-*

376 Na fase seguinte do *ius praetorium*, isto é, a partir da *lex Aebutia de formulis* a. 130 a.C.(?), já o pretor podia *directamente*, isto é, só por si, conceder uma *actio* a favor de Sempronius; seria uma *actio in factum concepta* — vid. *infra* § 30-a)-I.

latio já era um negócio do *ius civile* (vid. *supra* 305 [370]); logo a *actio*, dela proveniente, é uma *actio civilis*, que podemos denominar genèricamente «*actio ex stipulatu*».

Este era o modo *indirecto* de o pretor criar direito, nesta fase do *ius praetorium*, desde fins do séc. III a 130 a.C.(?).

Como a necessidade de recorrer às *stipulationes praetoriae* derivava geralmente (e é também a hipótese do exemplo apresentado) do facto de o devedor não ter cumprido a sua palavra, a sua promessa natural, desde que tinha sabido estar livre, segundo o *ius civile*, o pretor — o homem excepcional, com o sentido da justiça e da prudência —, ao ordenar às partes a realização duma nova *stipulatio*, não se contenta com uma *simples promessa* nova («*nuda repromissio*») do «promissor». Não acredita na sua palavra, porque... já demonstrou não a ter. Exige então ao devedor, além da nova promessa, uma garantia. E como as garantias pessoais eram as melhores (vid. *supra* 240), o pretor geralmente exige na *stipulatio praetoria* uma garantia pessoal; uma *satisdatio* [377], e quase sempre em forma de *fideiussio* [378]. Demonstra claramente tudo isto um texto de

ULPIANUS — (*lib. 70 ad Edictum*), D. 46,5,1,5:

«*Stipulationum istarum praetoriarum quaedum* [*sunt, quae*] *satisdationem exigunt, quaedam nudam repromissionem: sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent, quibus enumeratis apparebit ceteras non esse repromissiones, sed satisdationes*» [379].

[377] A *satisdatio* não é uma *cautio* (caução) em geral nem uma garantia qualquer, mas *apenas* uma garantia pessoal. Cf. Sebastião CRUZ, *Da «Solutio»* I, cit. 296-310, sobretudo 296-301.

[378] Vid. *supra* 242 que espécie de garantia é a *fidelussio* e em que consiste.

[379] «Há algumas destas «stipulationes» pretórias (as caucionais) que exigem uma «satisdatio» (=garantia pessoal), outras uma simples promessa: mas são muito poucas as que contêm (apenas) uma simples promessa, e, uma vez enumeradas (estas), resultará que as restantes não são meras promessas, mas «satisdationes».

Sobre a problemática das *stipulationes praetoriae* vid. as bem elucidativas notas críticas de GAUDEMET em *Labeo* 6(1960) 405-410, e de A. GUARINO em *Labeo* 8(1962) 214-219.

b) **Restitutiones in integrum**

É um expediente do pretor [380] para obter um efeito contrário ao das *stipulationes praetoriae*.

Há um negócio jurídico, injusto mas válido perante o *ius civile*, que origina uma situação, protegida por conseguinte pelo *ius civile* e que não o merece. Imaginemos uma *stipulatio* formalmente bem feita, mas realizada sob coacção grave.

Exemplo — Caius diz a Titius: ou celebras comigo uma *stipulatio* declarando que me ficas a dever 1000 sestércios, devendo pagar-me daqui a 30 dias ou eu mato-te. Fazem a «stipulatio»: «*spondes mihi dare post 30 dies mille sestertiorum?*» — pergunta Caius; «*spondeo*» — responde Titius, com voz trémula, verdadeiramente coagido. A *obligatio* «gerou-se» fatalmente (vid. *supra* 304): Titius está *ob+ligatus* a dar os 1000 sestércios, e Caius tem uma *actio* (a *actio ex stipulatu*) para exigir o pagamento, caso não haja cumprimento voluntário por parte de Titius. Mas Titius, sentindo que realmente não deve nada, passados os 30 dias, não paga. Caius vem perante o pretor exigir os 100 sestércios. O pretor inteira-se de tudo. Reconhece que será uma injustiça forçar Titius a pagar; mas, por outro lado, *não pode* deixar de reconhecer que o pseudo-credor Caius tem uma *actio*, concedida pelo *ius civile* (a *actio ex stipulatu*), a seu favor.

Como evitar, também aqui, a aplicação injusta do *ius civile*?

Dum modo semelhante, *mas oposto*, ao verificado com a *stipulatio praetoria*. — Baseado no seu *imperium* (poder de sobe-

[380] Se, depois, ou já antes outros magistrados ou o senado ou até o *populus romanus* usaram este expediente, é questão duvidosa. Cf. E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano* (Roma,1961) 246 [3] e Manglio SARGENTI, *Studi sulla «Restitutio in Integrum»* (Milão,1966) 4.

Não há ainda uma monografia de conjunto sobre a *restitutio in integrum*, também denominada «*integri restitutio*». Por isso, certos problemas continuam bastante confusos (cf. M. SARGENTI, *Studi*, cit. 5 ss. e vid. M. KASER em *Labeo* 12[1966] 235-250). — Além do de SARGENTI, são estudos importantes sobre esta matéria, o de Ernst LEVY, *Zur nachklassischen in Integrum Restitutio* em *Gesammelte Schriften* I (Colónia, 1963) 446-492, o de Giuliano CERVENCA, *Studi Vari sulla «Restitutio in Integrum»* (Milão,1965), e o de Luigi RAGGI, *La Restitutio in Integrum nella cognitio extra ordinem* (Milão,1965).

rania a que ninguém ousa opor-se, aliás ele tem meios para se fazer respeitar — decretando uma *missio in possessionem* [vid. *infra* 326] ou até uma *manus iniectio* [vid. *supra* 189[214]]) —, assim como nas *stipulationes prætoriæ* o pretor ordena que as partes se *ob*+liguem (se vinculem, se obriguem), também aqui, nas *restitutiones in integrum*, ele, de início, ordena que as partes se *des*+ob+liguem (se desvinculem, se desatem uma da outra). Numa palavra, «desfaçam» a *stipulatio* efectuada

Isto, *de início*, e talvez durante muito pouco tempo. (Este modo de proceder do pretor integrava-se perfeitamente na hoje chamada teoria do «contrarius actus», quer dizer, o efeito dum negócio jurídico era inutilizado através dum outro negócio jurídico, contrário àquele que originou tal efeito). Numa fase *logo a seguir*, o pretor já nem sequer tem o incómodo de mandar desfazer a *stipulatio* (ou de ordenar a celebração dum negócio jurídico contrário); considera essa *stipulatio* (bem como outro qualquer negócio jurídico) juridicamente inexistente, isto é, de valoração jurídica... zero; portanto, como se não tivesse sido celebrada.

«Desfeita», desaparecida a *stipulatio*, ou considerada inexistente, não há *obligatio* para Titius e nem há *actio* para Caius. As coisas voltam, «restituem-se integralmente» ao estado em que estavam, antes de ter sido concluída a forçada «stipulatio»: Titius não deve nada a Caius, e Caius não tem qualquer direito para exigir coisa alguma a Titius. Verifica-se uma *restitutio in integrum*.

Conhecida a finalidade da *restitutio in integrum* — subtrair à protecção do *ius civile* uma situação social que a tem, mas que, de facto, não a merece — analisemos o seu conceito e vejamos depois algumas das suas espécies.

I — Conceito de «restitutio in integrum»

Comecemos por examinar o significado natural das palavras [381].

«*Restitutio* — Deriva de *restituere*; e *restituere* procede, em virtude duma apofonia em sílaba interior aberta, de *re*+*statuere* = repor no lugar ou estado anterior [382]. Por conseguinte,

381 Mais uma vez chamamos a atenção para o seguinte: nunca devemos omitir a noção etimológica, ao tentarmos descobrir o significado de qualquer instituto jurídico. As palavras estão carregadas de sentido. Sobretudo em Direito Romano, não surge uma expressão nova, desde que não haja uma ideia nova a expressar; e exprime-se geralmente duma forma realista ou até materialística. Cfr. A. D'ORS, em *Anuario de Filosofía del Derecho Romano*, 1(1953) 307.

382 *Restituere (re-statuere)* = «rursus statuere; in pristino loco aut statu reponere» — FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis* tom. IV (Pavia,1940) 119 c. 2.

no aspecto jurídico «desfazer» um negócio jurídico injusto, e, *como consequência*, pôr as coisas como elas são, como devem estar, e como se encontravam numa situação anterior à celebração desse negócio jurídico injusto, embora válido perante o *ius civile*. Restabelecer o *status* jurídico antecedente, já que os factos não podem converter-se em não-factos, nem mesmo por força dum *decretum* do magistrado.

«*In integrum*» — Por inteiro, integralmente, de novo — como estava antes.

Portanto, segundo uma definição nominal, *restitutio in integrum* (também designada «*integri restitutio*») consiste no resultado de colocar as coisas no seu lugar, como consequência de se considerar inexistente o negócio jurídico que originou tal situação; voltar tudo à situação anterior à celebração desse negócio jurídico.

Definição real (conceito) — *Restitutio in integrum* ou *integri restitutio* é um expediente do pretor, baseado (esse expediente) no seu «imperium», a considerar *como inexistente* um negócio jurídico injusto mas válido perante o «ius civile», fundando-se (o pretor) em circunstâncias de facto para tomar essa disposição [383].

Inexistente, quer dizer, esse negócio jurídico (v. g. uma *stipulatio*) fica sem qualquer aparência jurídica (*de stipulatio*) e portanto não se produz nenhum efeito jurídico, nem directo nem indirecto (da *stipulatio*), porque esse negócio jurídico *ou* foi «desfeito» (logo... não existe; trata-se quase duma inexistência material; assim se procedia de início); *ou* (em época de concepções jurídicas já menos materialísticas) é considerado pelo pretor como não tivesse sido realizado.

E inexistente, porque o pretor, através dum *decretum*[384], *considera* esse negócio jurídico como não efectuado (*«ratum non habebo»*). De início, através da *rest. in int.*, o negócio jurídico ficava [a ser] inexistente, *ou* porque as partes, por imposição do pretor, desfaziam elas próprias esse tal negócio (desligavam-se uma da outra, faziam desaparecer o vínculo, o «nó jurídico») *ou porque* o pretor, ele próprio ia «desligar», desvincular,

383 Na última fase do *ius praetorium*, isto é, a partir da *lex Aebutia de formulis* a. 130 a.C.(?), o pretor pode atingir a mesma finalidade ainda mais fàcilmente: ou concedendo uma *exceptio* (cláusula favorável ao demandado pela qual inutiliza a pretensão do demandante) ou mediante *denegatio actionis*, baseado em que não reconhece qualquer direito ao credor («actionem denego»). Vid. *infra* 336.

384 Neste ponto, adere-se fundamentalmente à tese de CARRELLI. Vid. G. CERVENCA, *Studi Vari*, cit. 25 ss.

II — Espécies de «restitutiones in integrum» — D. 4,1,1 e -4,1,2

Há várias espécies de *restitutiones in integrum*. A algumas delas se referem ULPIANUS e PAULUS, nos seguintes fragmentos

ULPIANUS — (*lib. 11 ad Edictum*), D. 4,1,1:

«*Utilitas huius tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetati sive absentia inciderunt in captionem*» [385].

PAULUS — (*lib. 1 Sententiarum*), D. 4,1,2:

«*...sive per status mutationem aut iustum errorem*» [385].

Das diversas *r. i. i.*, notemos as *restitutiones*:

— *ob metum*, que era concedida a favor daquele que celebrou um negócio jurídico sob coacção grave;

— *ob dolum*, concedida àquele que realizou um negócio jurídico em virtude de dolo, quer dizer, porque foi enganado (vid. *infra* 317-*dolus malus*);

— *ob errorem*, concedida ao que efectuou um negócio jurídico em virtude dum erro desculpável, isto é, porque se equivocou, sem que esse equívoco deva considerar-se indesculpável;

— *ob aetatem*, era concedida aos menores de 25 anos (quer

[385] «A vantagem deste título não precisa de demonstração; é evidente. Com efeito, sob este título o pretor atende (protege), de várias formas, não só as pessoas (que foram) enganadas mas também as (que se encontram) em determinadas circunstâncias (isto é, as que), foram vítimas quer duma coacção (=«restitutio in integrum ob metum»), quer de malícia (dolo ou fraude, e portanto respectivamente «restitutio in integrum ob dolum» e «restitutio in integrum ob fraudem creditorum»), quer da idade (=«restitutio in integrum ob aetatem»), quer da ausência («=restitutio in integrum ob absentiam»), ou (por ter havido) uma «capitis deminutio» (=restitutio in integrum ob capitis deminutionem») ou (por ter havido) um erro desculpável (=«restitutio in integrum ob errorem»).

fossem ff. quer *paterfam.*) relativamente aos negócios jurídicos — realizados por eles próprios ou pelos seus representantes — que fossem lesivos, em si mesmos, dos interesses deses menores;

e notemos sobretudo a *r. i. i.*

— *ob fraudem creditorum* (D. 42,8,10,1) — («restitutio in integrum» por causa da fraude causada a credores).

Este expediente era concedido pelo pretor a favor dum credor contra o devedor mas sobretudo contra o directo adquirente dos bens do devedor, por este os ter alienado para defraudar o credor. Além de *fraude* ao credor, e isto em primeiro lugar (por isso, esta *r.i.i.* se denomina «ob *fraudem* creditorum»), exigia-se também, mas em segundo lugar, má fé (quer dizer, conhecimento da fraude que esse negócio originava para o credor), tanto da parte do devedor alienante como do directo adquirente.

Note-se que esta espécie de *r. i. i.* é «*ob fraudem creditorum*» e não «ob paupertatem debitoris». A *r. i. i. o. f. c.* é dada por motivo da fraude (prejuízo doloso) causada ao credor, e não pelo motivo do mero empobrecimento do devedor. Simplesmente, a fraude causada ao credor verifica-se, em geral, havendo também *empobrecimento* doloso do devedor, total ou parcial; não apenas mera *insolvência* [386]. Todavia, pode haver empobrecimento do devedor, sem que exista fraude (prejuízo *doloso*) para o credor; nesses casos, não terá aplicação esta *r. i. i.* Indiquemos algumas hipóteses: a) — se o empobrecimento do devedor, parcial ou total, não é doloso, mas imposto, v.g. por um estado de necessidade; b) — se o empobrecimento, mesmo doloso, é parcial e o devedor ainda fica com bens, de valor superior ou

[386] Em rigor, «insolvência» é apenas a falta de dinheiro *(pecunia)* para pagar, mas não a falta de *bona* (bens) em geral, para cumprir os negócios jurídicos. Uma pessoa pode encontrar-se num estado de insolvente, e ter muitos bens (cf. Sebastião CRUZ, *Da «Solutio»* I, cit. 129-131).

«*Empobrecimento*» significa não ter bens — nenhuns, se o empobrecimento é total; só ter alguns, se o empobrecimento é parcial. Acresce, no caso da fraude aos credores, a circunstância de o empobrecimento ser devido a um acto doloso.

Para não nos afastarmos muito da terminologia corrente, usaremos aqui, não a palavra «insolvência» nem a palavra «empobrecimento», mas a expressão insolvência-empobrecimento, isto é, insolvência=empobrecimento.

igual ao montante da dívida; c) — se o empobrecimento é total e doloso, mas o credor não tem qualquer prejuízo com isso, porque v.g. existe um fiador válido; como este, em Direito Romano (clássico, e só estamos a atender agora a esta época), não goza do *beneficium excussionis* (vid. *supra* 241 [288]), o credor pode demandá-lo à vontade e, portanto, em nada fica prejudicado.

Em resumo: não é qualquer empobrecimento do devedor que pode justificar a aplicação desta *r. i. i.*, mas só o empobrecimento do devedor que origine uma fraude (prejuízo doloso) ao credor.

Para se compreender a *r. i. i. ob fraudem creditorum* é preciso atender bem a três coisas: I — *dolo*; II — *fraude*; III — *má fé*.

I - DOLO («DOLUS») — O termo não é unívoco. Tem várias significações, mesmo só em Direito Romano. Notemos apenas duas.

a) — *Num sentido amplo*, significa a intenção má de prejudicar outrem, isto é, não só a vontade de realizar o acto mas também a consciência de que esse acto é lesivo dos direitos ou interesses de outrem; verifica-se um ilícito intencional. As fontes usam, a este propósito, as expressões *sciens dolo malo, voluntas, data opera, ex professo*, etc.

Na significação (intencional-causal) mais antiga de *dolus*, este surge contraposto a *casus*.

A valoração do *dolus* não parece que obedeça a um critério de indagação subjectiva segundo um paradigma abstracto de responsabilidade, mas a uma valoração do comportamento do agente, tendo por base o facto concreto.

b) — *O dolo como vício da vontade. «Dolus bonus» e «dolus malus»* — O dolo, como vício da vontade, significa os artifícios empregados para que outrem se mantenha num certo erro e manifeste a sua vontade num determinado sentido, que, a saber a verdade, ou não manifestaria qualquer vontade ou então manifestaria em sentido diferente.

É clássica a definição de LABEO, recordada por ULPIANUS — *lib. 11 ad edictum* (D. 4,3,1,2):

«...*omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*» [387].

Há uma distinção de *dolus bonus* e *dolus malus* que se encontra nas fontes; mas, ao que parece, os juristas clássicos não lhe atribuiram grande importância; por isso, a romanística sempre olhou para essa distinção com... cepticismo. ULPIANUS — *eod. lib.* (D. 4,3,1,3) refere-se a ela:

«*Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quia veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur*» [388].

α) - *Dolus bonus* — Seria uma expressão para indicar os artifícios usados para defesa de interesses legítimos (principalmente) contra o inimigo ou contra o ladrão; é assim como que uma espécie de meio extraordinário em «legítima defesa».

β) - *Dolus malus* (ou simplesmente *dolus*) — Segundo a grande maioria dos textos jurídicos e de todos os textos epigráficos, a expressão «dolus malus» é utilizada:

— para indicar a vontade consciente de transgredir;

— para acentuar a intencionalidade da lesão (do acto), e essa intencionalidade, por vezes, era ainda sublinhada pelo termo *sciens* (*sciens dolo malo*).

Aqui, na *r. i. i. ob fraudem creditorum*, quando se fala de *dolo* — o empobrecimento *doloso* do devedor, a fraude é um prejuízo *doloso* —, entende-se o termo na primeira acepção, indicada na alín. *a*), pág. 316.

Mas quando se fala, por exemplo, da *r. i. i. ob dolum*, já deve entender-se naquela acepção, apontada na alín. b) da pág. anterior e analisada na sub-alín. β) desta pág.

II — FRAUDE («FRAUS») — É um prejuízo doloso. Portanto, na fraude há dois elementos: *prejuízo* (ou dano) e *dolo* (ou vontade e consciência de prejudicar).

[387] «(O dolo) é toda a astúcia, falácia ou maquinação, utilizada para iludir, seduzir ou enganar alguém».

[388] «O pretor não ficou contente dizendo apenas dolo, mas acrescentou mau ('dolus malus'), pois os antigos também diziam dolo bom ('dolus bonus') e tomavam este termo no sentido de artifícios (que) alguém (utiliza), quando sobretudo maquina contra um inimigo ou um ladrão».

E assim não é *fraus*:

1) o dano originado pela natureza, por um *eventus naturae*, v.g. por uma tempestade, pois, tratando-se dum prejuízo causado, não por uma pessoa (mas por um ser sem liberdade, que age necessàriamente), não pode haver *também* dolo, pois este depende sempre dum Ser livre; por isso, dizemos correctamente, por exemplo, «o mau tempo prejudicou (ou danificou) (as sementeiras de) Titius» e não «o mau tempo *defraudou* Titius»;

2) o dano originado por uma pessoa, em virtude dum equívoco ou erro ou até em virtude duma simples permissão, ou até por força dum estado de necessidade, pois é exigido, para a existência da *fraus*, que o dano seja praticado com dolo, isto é, com a intencionalidade (vontade e consciência) de prejudicar

De início, o elemento «dano», «prejuízo», era o mais relevante da fraude. Há mesmo quem afirme que, originàriamente, *fraus* tinha apenas ou quase só esse significado — *dano, prejuízo.*

Diríamos *grosso modo* através duma equação: na época arcaica, fraude=90% dano + 10% dolo (Vid. XII Táb. III 6); na época clássica, fraude= 50% dano + 50% dolo; na época post-clássica, fraude=10% dano + 90% dolo. Foi na verdade nessa época de confusão, a post-clássica, que o dolo passou a ser o característico, uma *proprietas* (altamente significativa, a simbolizar e a distinguir o todo) da *fraus*. Esta, em geral, é a significação vulgarmente (em linguagem não-jurídica) atribuída à fraude: — *fraus=dolus.*

Mas desde que *fraus* é identificada com *dolus*, e como *dolus*, além do significado de *intenção e consciência de prejudicar* (acepção que apresentámos *supra* 316 n.º I, al, *a*)), tem, além de outras, também a significação de *astúcia, falácia* (vid. *supra* n.º I, al. *b*)), então *fraus* principiou a significar *dolus*, quer na primeira acepção quer na segunda. *Fraus = dolus, fallacia* (cf. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, cit. tom. II 534 c. 3).

Todavia, o completo (e verdadeiro) significado de *fraus* — — *prejuízo*, causado livremente, com *dolo* — continua hoje nas palavras compostas de *fraus*, v.g. *fraudare* (=*laedere*, prejudicar) e *defraudare* (=defraudar). Simplesmente, como *fraus* foi identificada com *dolus* (e *dolus* significando não só «intenção e consciência de prejudicar» mas também «astúcia, artimanhas, certas espertezas destinadas a enganar outrem»), agora *fraudare* e *defraudare* [389] significam «alguém, empregando para isso a *fraude*

[389] As duas palavras significam o mesmo. Simplesmente, «*de*+fraudare» tem uma significação mais acentuada que *fraudare*. A partícula pré-verbal «*de*», neste caso, tem um sentido de intensidade (cf. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des Mots*[4] (Paris,1959) 165 c. 11). Portanto, a nossa palavra «defraudar», que procede directamente de *defraudare*, em rigor, significa «prejudicar *intensamente* e com malícia, privar *enormemente* e com dolo».

(dolo, astúcia, malícia), privar outrem duma coisa *devida* ou em expectativa».

E assim, «*fraus creditorum*» e «*defraudare creditores*» significam respectivamente «prejuízo dos credores» e «privar os credores de bens» (do devedor), sobre os quais eles (os credores), tinham expectativas, isto é, esperanças bem fundadas nesses bens, para através deles, se fosse necessário, se efectuar o pagamento dos seus créditos; *mas* «prejuízo dos credores» e «privar os credores de bens do devedor», *tudo efectuado com a intenção e a consciência de prejudicar, e, para isso, empregando a astúcia, artimanhas, maquinações.*

III - MÁ FÉ («MALA FIDES») — Significa, aqui [390], «*scientia fraudis*, consciência da fraude», isto é, no caso concreto da *r. i. i. ob fraudem creditorum*, conhecimento bem consciencializado da fraude (prejuízo doloso) causada ao credor.

Boa fé («*bona fides*»), no caso *sub iudice*, será, pois, a ignorância da fraude causada ao credor. Anotemos duas observações.

1 — *A boa fé não consiste na ignorância do empobrecimento do devedor.* E que pode haver empobrecimento do devedor e, em Direito Romano, nem sequer existir fraude — — se esse empobrecimento não prejudica o credor, v.g. se há uma garantia, pessoal ou real, bem segura. — (Havendo, porém, fraude para o credor, é natural que tem de existir empobrecimento do devedor) —

Existindo empobrecimento do devedor, o *conhecimento ou a ignorância* da existência desse empobrecimento é irrelevante, tanto para a boa fé como para a má fé. Vejamos. *Se há conhecimento* (bem consciencializado) *da fraude causada ao credor*, há sempre **má fé**, quer se conheça quer se ignore (e seria bastante difícil a verificação desta última hipótese...) o empobrecimento do devedor. *Se há ignorância da fraude causada ao credor*, há sempre boa fé, quer se ignore quer se conheça o empobrecimento do devedor.

[390] A expressão «*mala fides*» teve a sua evolução conceitual. Não é unívoca. Tem significados vários, conforme certas épocas. Quando foi invocada para o instituto da *r. i. i. ob fraudem cred.*, tinha nessa altura a significação que lhe damos no texto, e é essa que lhe deve ser atribuída hoje, quando se fala de institutos provenientes da *r. i. i. ob cred.* (Vid., sobre esta evolução, M. BAPTISTA, *Dalla «Fides» alla «Bona Fides» e «Mala Fides»* (Perusa,1966).

A *mala fides*, com o significado apresentado no texto, é um elemento (como que o segundo) do *dolus* — «intenção (de prejudicar) e *consciência* de prejudicar».

2 — *Para existir boa fé*, basta a verificação da ignorância de um dos elementos da fraude causada ao credor. E assim, há boa fé: *a*) se há conhecimento do prejuízo ou dano causado ao credor, mas ignorância da existência de dolo; *b*) se há ignorância do prejuízo ou dano causado ao credor, embora exista um certo conhecimento de dolo (enquanto intenção de prejudicar, desejo de prejudicar) [391].

EM RESUMO

A) — Para que tenha aplicação a *restitutio in integrum ob fraudem creditorum*, é necessário que haja:

1 — *fraude* — prejuízo doloso — *para o credor*;

2 — *má fé* — consciência (conhecimento bem consciencializado) da fraude — *tanto da parte do devedor alienante como sobretudo da parte do directo alquirente.*

B) — A *restitutio in integrum ob fraudem creditorum* só se aplica em relação ao directo adquirente.

Contra os ulteriores adquirentes:

I — se estavam de má fé, havia um *interdictum fraudatorium* (D. 42,8,10pr.);

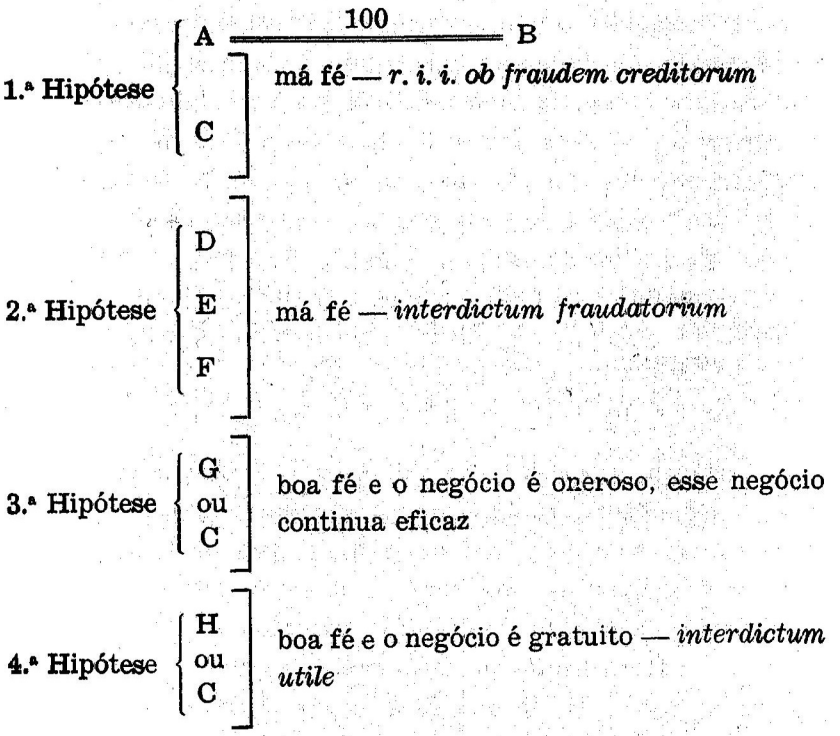
II — se estavam de boa fé (e aqui importa notar — quer se trate de ulterior adquirente quer mesmo de directo adquirente), temos a distinguir —

α) — se o negócio era oneroso, permanecia eficaz;

β) — se era gratuito, existia um *interdictum utile* (D. 42,8,6,11).

Tudo isto se compreende fàcilmente através do gráfico seguinte, entendido em «termos hábeis».

391 Sobre este tema, vid. como literatura mais recente, M. HORWAT, *Osservazioni sulla «bona fides» nel Diritto Romano Obbligatorio* em *Studi Arangio-Ruiz* I (Nápoles,1955) 423-443, L. LOMBARDI, *Dalla «Fides» alla «Bona Fides»* (Milão, 1961) e F. WIEACKER, *Zum Ursprung der «bonae fidei iudicia»* em *SZ* 80(1963) 20-41.



1.ª Hipótese (*restitutio in integrum ob fraudem creditorum*, «restitutio in integrum» por causa da fraude [causada] a credores) — A deve 100 sestércios a B. Para não pagar, pois deseja conscientemente prejudicar B, A provoca dolosamente o seu estado de insolvência-empobrecimento alienando todos os seus bens a C. Este, ao adquirir esses bens, sabe do prejuízo doloso que isso vai causar a B. Quer dizer, há má fé (= «*scientia fraudis*»), não só da parte de A (devedor alienante) como sobretudo da parte de C (directo adquirente).

Nesta hipótese, o negócio de alienação entre A e C era válido e eficaz à face do *ius civile*. Isso, porém, seria uma iniquidade. O credor B seria privado de todos os bens do devedor A ou pelo menos dos suficiente ou bastantes, sobre os quais ele (credor) tinha fundadas esperanças para poder socorrer-se, no

caso de necessidade, a fim de que se efectuasse o pagamento dos seus créditos. O pretor concede, então, para estas situações uma *restitutio in integrum* «por causa do prejuízo doloso (causado) a credores» (=«*ob fraudem creditorum*»). Ordena, neste caso, a A (devedor-*alienante*), mas sobretudo a C (*directo-adquirente*) que «desfaçam» *eles próprios* o negócio efectuado (pelo menos, devia ter sido assim, lá muito no princípio, e continua assim o significado-resultado da *restitutio iun integram* [392]), que se *des+liguem*, se desvinculem; e, como *consequência*, os bens regressam ao estado *anterior;* anterior à realização desse negócio, isto é, voltam à propriedade e à posse de A.

Portanto, a *restitutio in integrum ob fraudem creditorum* era um expediente criado pelo pretor baseado no seu *imperium*, dado a favor do credor (por conseguinte, a favor de B) contra o *directo* [393] adquirente dos bens do devedor (logo, contra C), declarando inexistente a alienação efectuada entre A e C, fundando-se concretamente em duas razões de facto: I - ter havido fraude ao credor B; II - má fé da parte quer do devedor alienante A quer sobretudo do directo adquirente C.

2.ª Hipótese (*interdictum fraudatorium*, interdito fraudatório) — Mas os bens do devedor A podiam já ter passado das mãos do directo adquirente C para outros — D, E, F, etc. [394],

392 Vid. *supra* 312. Mais tarde, chegava-se a este mesmo resultado duma forma talvez mais simples, mas certamente menos significativa: o pretor considerava esse negócio (portanto o efectuado entre A e C) como não realizado, e, por conseguinte como inexistente.

393 Chama-se *directo* adquirente, porque entre ele C e o devedor-alienante A não se interpõe nenhum outro; já os subsequentes serão chamados *ulteriores* adquirentes (D, E, F e G), pois entre eles e o devedor-alienante A existe um ou vários (pelo menos um, o directo adquirente C).

394 Podiam ter passado, ou porque o credor B se tivesse descuidado de pedir imediatamente a providência da *restitutio in integrum ob fraudem creditorum* contra C ou porque a alienação ou alienações de C para D, E, etc., foram feitas muito rápidamente e, quanto possível, em segredo.

que são portanto *ulteriores* adquirentes, e, nesta 2.ª hipótese, também estão de má fé, com o directo adquirente. Quer dizer, igualmente conhecem o prejuízo doloso causado ao credor B, resultante da alienação efectuada em A e C.

Contra os ulteriores adquirentes — D, E, F e todos os outros que se imaginem —, concedia o pretor um *interdictum fraudatorium*, isto é, uma ordem de tipo sumário baseado no seu *imperium* [e justificada também pela *fraude* (= prejuízo doloso, por isso é chamado «*fraudatorium*») causada ao credor, e pela *má fé* de parte a parte com que o ulterior ou ulteriores adquirentes efectuaram a alienação ou alienações], para que os bens, sem mais considerações, de momento — isto é, sem atender se o negócio era válido ou nulo, eficaz ou ineficaz, ou até inexistente ou existente —, regressarem imediatamente ao património do devedor, portanto de A.

A situação dos ulteriores adquirentes (D, E, F, etc.) é precisamente a mesma do directo adquirente (C), por todos se encontrarem de má fé. E então... por que motivo o pretor concedia (sempre a favor do credor), contra o directo adquirente uma *restitutio in integrum* («ob fraudem creditorum»), contra os ulteriores adquirentes um *interdictum* («fraudatorium»)?

Os romanistas não acertam com a justificação. Há várias opiniões; nenhuma delas é convincente.

A relação da *restitutio in integrum ob fraudem creditorum* com o *interdictum fraudatorium* — identificação? separação? nesta última hipótese, qual a justificação? — é um dos problemas difíceis, que já vem sendo discutido desde o séc. XVI, com BARON. Em seguida, apareceram as opiniões de CUJÁCIO, LENEL, SOLAZZI, IMPALLOMENI. Depois, vieram as achegas de SEGRÉ, D'ORS, SEIDL, KASER, etc. Recentemente (Setembro de 1963), J. A. AUKUM apresentou, no XVIII Congresso Internacional da «Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité», uma comunicação intitulada «*Pourquoi le Droit Romain Classique a-t-il connu l'interdit fraudatoire à côté*

de la 'restitutio in integrum ob fraudem'?», que despertou muito interesse [395].

Hoje, é já considerado ponto assente: na época clássica, a par da *r. i. i. ob f. creditorum* havia também, e como algo distinto, o *interdictum fraudatorium*.

Para quê estes *dois* expedientes do pretor *diferentes*? Pois se os ulteriores adquirentes (no gráfico apresentado, D, E, F, etc.) estão nas mesmas condições do directo adquirente (C), por que não se aplica a todos a *restitutio in integrum ob fraudem creditorum*?

Não há ainda uma opinião convincente.

Parece-nos que a solução talvez se encontre na natureza íntima, na razão de ser da própria *restitutio in integrum*.

Conforme já dissemos (vid. *supra* 312), na *restitutio in integrum*, lá muito de início, eram as próprias partes que «desfaziam» o negócio efectuado (e cuja execução constituiria uma iniquidade), «desfaziam», claro, por imposição do pretor. Pois bem, esse «desfazer» o tal negócio era muito fácil realizar-se entre o devedor-alienante (no gráfico apresentado, A) e o directo adquirente C. Mas quando fossem 2, 3, 10, 20 ou mais *ulteriores* adquirentes? Como é que eles, todos, iam «desfazer» os respectivos negócios celebrados? — (E tinham de ser *todos*, para que se chegasse ao devedor-alienante, sem que pelo «caminho» ficasse um com o seu negócio por «desfazer», aliás esse podia sempre reclamar; é algo semelhante à actualização do registo duma propriedade, em que de permeio faltam vários averbamentos). — Isso tornava-se:

— *ou muito difícil*, pois teriam de vir *todos* à presença do pretor, ou pelo menos de receber *todos* uma intimação do pretor;

— *ou até impossível*, pois alguns podiam já ter morrido ou estar ausentes em parte incerta.

Então o pretor, prescindindo de fazer considerações acerca do valor (existência ou inexistência, validade ou nulidade, eficácia ou ineficácia) do negócio jurídico realizado, dá uma ordem sumária *(interdictum)* para que os bens, estejam em mãos de que ulterior adquirente de má fé estiverem, voltem para a propriedade e posse do devedor, a fim de que este já possa pagar ou satisfazer as suas dívidas [396].

[395] Esse estudo, com leves alterações, intitulado «*Interdictum fraudatorium*» et «*Restitutio in integrum ob fraudem*», encontra-se publicado em *Synteleia Arangio-Ruiz* (Nápoles, 1964) 779-785.

[396] *Solvere* (pagar) e *satisfacere* (satisfazer) são coisas distintas. Cf. Sebastião Cruz, *Da «Solutio»* I, cit. 227-328.

3.ª Hipótese (*o negócio continua eficaz*) — Suponhamos agora que o directo adquirente C ou um *ulterior* adquirente qualquer (no caso representado, G) recebe os bens dum dos adquirentes de má fé (e tanto pode ser do directo adquirente C como dum dos ulteriores adquirentes D, E, F, etc.). Este G (ou mesmo C) está de boa fé (isto é, ignora a fraude causada ao credor B), e, além disso, o negósio que efectuou foi a título oneroso.

Pois bem; esse negócio continua não só válido à face do *ius civile* mas também eficaz, mesmo perante o *ius praetorium*. Aliás, haveria uma incerteza contínua no comércio jurídico, que, evidentemente, efectua negócios só a título oneroso.

4.ª Hipótese (*interdictum utile*) — Consideremos nesta hipótese que o directo adquirente C ou um ulterior adquirente de boa fé (no caso representado, H) tinha recebido dum adquirente de má fé (do directo adquirente C ou dum outro posterior D, E, F, etc.) os bens, mas a título gratuito [397-399].

Neste caso, o pretor, depois de se inteirar do estado da questão, isto é, com conhecimento sumário da causa (*causa cognita*), concedia a favor do credor B um *interdictum utile* [400], para que os bens alienados regressassem imediatamente ao património do devedor A, e assim ele (credor) já os pudesse executar e desta forma satisfazer os seus créditos.

Na época justinianeia, estes expedientes pretórios — a *restitutio in integrum ob fraudem creditorum*, o *interdictum fraudа-*

[397-399] Se tivesse recebido dum adquirente de boa fé e a título oneroso, a «cadeia» de inexistências de negócios jurídicos parava aí. A certeza do comércio jurídico assim o exige. Foi a hipótese 3.ª, acabada de examinar.

[400] É um «interdictum *utile*», pois é da *utilitas publica* — critério que orientava a actividade do pretor, conforme consta da definição de *ius praetorium*, D.1,1,7,1 — que se proteja mais um credor prejudicado do que se beneficie um donatário.

torium e o *interdictum utile* — fundem-se para darem lugar à *actio Pauliana* [401], D. 22,1,38,4; esta, por sua vez, originou entre nós os arts. 1 033.º-1 036.º do Código Civil, de 1867, e os arts. 610.º-612.º do actual. Para serem bem compreendidos, devemos ter presente a doutrina acerca da *restitutio in integrum ob fraudem creditorum*, do *interdictum fraudatorium* e do *interdictum utile*.

c) Missiones in possessionem

A *missio in possessionem* (embargo de bens) é um meio de coacção, justa, de que dispõe o pretor. Quantas vezes, temos já dito que o pretor ordena fazer determinado acto, v.g. uma «stipulatio *praetoria*», ou desfazer» determinado negócio, v.g. através duma *restitutio in integrum*. Pois bem, esse «ordenar do pretor» está sempre protegido pela ameaça duma *missio in possessionem*, dum embargo de bens.

I — Conceito de «missio in possessionem». Espécies

A *missio in possessionem* é uma ordem dada pelo pretor, baseada (essa ordem) no seu *imperium*, autorizando alguém a apoderar-se (apossar-se ou simplesmente deter), durante certo tempo, de bens de outrem (ou pelo menos que estão na posse de outrem), com poderes de administração e de fruição.

401 Esta designação de «actio *pauliana*», segundo uns autores (v.g. COLLINET) é uma glosa post-justinianeia; segundo outros (v.g. SOLAZZI), trata-se duma glosa ou interpolação prejustinianeia. Cf. J. A. ANKUM, *De Geschiedenis der «Actio Pauliana»* (Zwolle, 1962).

Espécies — *Missio in rem*, se recaía sobre uma coisa determinada ou sobre um conjunto determinado de bens; *missio in bona*, se incidia sobre o património duma pessoa ou sobre um conjunto indeterminado de bens.

II — Modalidade de «missiones in possessionem» quanto à finalidade

1 — «Missio in possessionem *rei servandae gratia*», se se trata de procurar ùnicamente a conservação preventiva desse bem ou bens.

2 — «Missio in possessionem *ex secundo decreto*», se o pretor já tinha ordenado alguma coisa e o destinatário dessa ordem dada pelo pretor (*decretum* [402]) não tinha cumprido; então o pretor força-o a cumprir, decretando-lhe (é pois um segundo *decretum*) uma *missio in possessionem*.

3 — «Missio in possessionem *executionis*». É o modo ordinário de executar as *confessiones in iure* e as sententenças — se os responsáveis não cumpriam voluntàriamente —, ordenando uma *missio in bona* sobre todo o património do *confessus* ou do *condemnatus*.

d) Interdicta (os interditos)

I — Conceito

Um *interdictum* (interdito) era uma ordem sumária, dada pelo pretor baseada (essa ordem) no seu «imperium», para resolver de momento uma situação que tem a protegê-la pelo menos uma aparência jurídica (*fumus iuris*), ficando porém essa ordem condicionada a uma possível apreciação ulterior.

402 O que era um *decretum* do pretor e seu confronto com o *edictum*: vid. *infra* 340-b).

O interdito era concedido ou a pedido dum interessado ou, em caso de interesse público, a pedido de qualquer cidadão, e então esses *interdicta* denominavam-se «interditos populares».

Os *interdicta* eram redigidos em termos imperativos: «*exhibeas*» = (apresenta, mostra) exibe; «*restituas*» = (devolve) restitui; «*vim fieri veto*» = proibo que se faça violência (que se esteja a perturbar alguém).

II — Espécies de «interdicta»

Em virtude das expressões imperativas usadas nas fórmulas dos vários interditos, estes podiam ser exibitórios, restitutórios e proibitórios.

1 — *Exibitórios*, se a ordem do pretor se destinava a que alguém apresentasse ou mostrasse, «exibisse» uma coisa.

Fórmula: «quod dolo malo retines *exhibeas*» («o que retens [ou como proprietário ou como possuidor ou até como simples detentor] com dolo [com a intenção e a consciência de prejudicar outrem], mostra, apresenta, *exibe*»).

2 — *Restitutórios*, se a sua finalidade era ordenar a devolução, a «restituição» duma coisa.

Fórmula: «quod precario ab illo habes, id illi *restituas*» («aquilo que tens de outrem a título precário [= que recebeste em virtude de «preces», pedidos insistentes ou pedido humilde], portanto que recebeste por favor, *restitui-lho*»).

3 — *Proibitórios*, se se destinavam a impedir («proibir») que alguém fosse perturbado no gozo dum direito que está desfrutando pacificamente.

Fórmula: «quod alter nec vi nec clam nec precario retinet, *vim fieri veto*» («se alguém detém uma coisa pacificamente, isto é, nem pela força nem clandestinamente nem a título precário, *proíbo que seja perturbado*»).

III — Entre as várias aplicações dos «interdicta», estão os relativos à posse — «interditos possessórios»

Os interditos *possessórios* são expedientes do pretor destinados a proteger a posse [403], pois o *ius civile* não lhe concedia protecção jurídica [404]. Não formam, portanto, uma espécie à parte de interditos (como vimos, as espécies de interditos são apenas exibitórios, restitutórios e proibitórios), pois alguns interditos possessórios são proibitórios e outros são restitutórios, e, em rigor, não há nenhum que seja exibitório. Os interditos possessórios constituem uma das várias aplicações dos interditos.

Classes de interditos possessórios:

1 — «retinendae possessionis» (são proibitórios)

2 — «recuperandae possessionis» (são restitutórios)

1 - *Interdicta retinendae possessionis* (interditos para reter a posse) — Estes interditos têm por objecto obter o reconhecimento da posse, no caso de perturbação ou incómodo por parte de terceiros. Proibir que alguém perturbe a posse pacífica de outrem. São, portanto, proibitórios. Só se aplicam aos que estiverem a desfrutar uma posse *pacífica*, isto é, obtida *nec vi* (nem por violência) *nec clam* (nem clandestinamente) *nec precario* (nem a título precário, quer dizer, por favor).

---

[403] *Possessio* (posse), originàriamente, é um «assentamento» (um sentar-se, um «assentar arraiais») numa coisa imóvel (concretamente sobre uma parte do *ager publicus*) sobre que não há *dominium*.

Possessio traduz-se, pois, num poder de facto sobre uma coisa. Entre posse e propriedade há a diferença que existe entre facto e direito; mas, *substancialmente*, a posse nem é acto nem é facto, mas acção do sujeito. Desaparece a posse, se cessa ou se se interrompe a acção.

Usus (mais amplo que *possessio* e que precede a *possessio*) é o exercício dum poder de facto (isto é, um poder não-jurídico) sobre uma coisa.

Possessio iusta ou pacífica é a que foi obtida *nec vi* (nem por violência) *nec clam* (nem clandestinamente) *nec precario* (nem a título precário, isto é, por favor concedido em virtude de «*preces*», rogos).

[404] O *ius civile* não reconhece a *possessio* (que é filha da prática social) como figura jurídica; nem a protege. Mas não a ignora; e até se serve dela para efeitos de aquisição da propriedade por *usucapio*.

Os *interdicta retinendae possessionis* podem ser *uti possidetis* e *utrubi*.

α) — *Uti possidetis* eram interditos proibitórios concedidos para a defesa da posse de coisas imóveis.

A quem podia ser concedido o «int. uti possidetis»:

I - ao proprietário civil, isto é, àquele que tinha adquirido a (propriedade da) coisa por um negócio jurídico, válido à face do *ius civile*; geralmente, através da *mancipatio*;

II - ao proprietário natural — o que tinha adquirido uma coisa sem ser através dum negócio jurídico, válido à face do *ius civile*; algo semelhante como hoje, comprar um imóvel, pagar e não fazer escritura pública;

III - ao precarista — o que possui a título precário, mas só no caso de ser perturbado na sua posse por alguém, diferente do dono da coisa, pois este tinha contra o precarista o «int. rec. poss. *de precario*», como examinaremos *infra* 331;

IV - ao credor de um penhor sobre coisa imóvel.

β) — *Interdicta utrubi* eram interditos proibitórios concedidos para a defesa da posse de coisas móveis.

A palavra «utrubi» significa «em qual dos dois lugares» ou «em qual de vós dois» esteve o objecto mais tempo, nos últimos 12 meses? — E que até Justiniano, este *interdictum* era concedido ao possuidor que tivesse ocupado a coisa mais tempo, durante os últimos 12 meses. A partir de Justiniano, para evitar a dificuldade da prova desse tempo, era concedido, como no caso do «int. uti possidetis», ao actual possuidor.

A quem podia ser concedido o «int. utrubi»:

I — ao presumível possuidor;

II — ao *sequester* — pessoa imparcial, a quem se confiava em depósito uma coisa, sobre que existia litígio, até se discutir em juízo e determinar a sua propriedade [405];

III — ao credor de um penhor sobre coisa móvel.

[405] Sobre este caso anómalo de posse pelo *sequester* vid., por todos, Gerardo Broggini, *Introduction au* Sequester em *Mél. Meylan I. Droit Romain* (Lausana, 1963) 43-63.

Carácter duplo ou simétrico dos interditos «uti possidetis» e «utrubi» — (Gaius IV 160).

Os interditos podem ser: simples e duplos ou simétricos.

Simples são aqueles, em que há um demandante e um demandado. Isto verifica-se, em geral, com os interds. exibitórios e com os interds. restitutórios.

Duplos ou *simétricos*, aqueles em que, rigorosamente, não há um demandante e um demandado, mas as duas partes são consideradas quer como demandantes quer como demandados. Isto acontece com *alguns* interditos proibitórios, concretamente com os interds. «uti possidetis» e «utrubi». Estes dois interditos apresentam uma estrutura simétrica, pois os 2 adversários litigantes ocupam formalmente a mesma posição — um diz «eu estou a possuir», e o outro diz igualmente «eu estou a possuir» —, e trata-se de saber quem verdadeiramente possui. Portanto, em rigor, não há um demandante e um demandado, pois tanto um como outro ocupam a posição quer de demandante quer de demandado.

Isto resulta difícil de resolver, sobretudo quando um reconhece que o outro possui, *agora:* mas obteve a posse *vi* ou *precario*, expressões, cujo significado vamos examinar já a seguir.

2 - *Interdicta recuperandae possesionis* (interditos para recuperar a posse) — Estes interditos possessórios são restitutórios. Destinam-se, como a expressão indica, a recuperar a posse; de alguma forma perdida, pelo menos momentâneamente, pelos seguintes factos:

— ou porque alguém entregou, *por favor*, uma coisa a outrem, por certo tempo, e este agora recusa-se a devolvê-la, e então para o obrigar a restituir há o «interdictum recuperandae possessionis *de precario*»;

— ou porque alguém, que tinha obtido a posse duma coisa, de uma forma normal, *foi privado dela pela violência*, então contra quem se apoderou à força existe o «interdictum recuperandae possessionis *unde vi*»;

— ou, finalmente, porque alguém, embora tendo obtido a posse pela violência, *foi*, depois, *esbulhado pela força armada*, existe contra este (que usou homens armados para expulsar o outro que tinha conseguido a posse pela força simples) o «interdictum recuperandae possessionis *vi armata*».

Capítulo 2.º B) — EXPEDIENTES DO PRETOR, A PARTIR DE 130 a.C., BASEADOS NA SUA «IURISDICTIO»

1 — *Exceptio* e *denegatio actionis*
2 — *Actiones praetoriae* I - *in factum conceptae;* II - *ficticiae;* III - *utiles;* IV - *adiecticiae qualitatis*

SUMÁRIO — 30. *a*) Posição do pretor na organização dos processos, antes da *lex Aebutia de formulis* (a. 130 a.C.?); carácter das «*legis actiones*»
b) Posição do pretor depois da *lex Aebutia de formulis;* carácter do processar «*per formulas*»
1 Conceito de fórmula processual
2 Partes da fórmula processual
c) Análise muito breve dos vários expedientes
1 *Exceptio* e *denegatio actionis*
2 *Actiones praetoriae:* I - «in factum conceptae»; II - «ficticiae»; III - «utiles»; IV - «adiecticiae qualitatis»

a) Posição do pretor na organização dos processos, antes da «lex Aebutia de formulis» (a. 130 a.C.?); carácter das «legis actiones»

30. O sistema jurídico romano primitivo de processar, e que durou até cerca do ano 130 a.C. como forma única, denominava-se «sistema das *legis actiones*» (acções da lei). Quer dizer, as actuações processuais tinham de se acomodar rigorosamente ao prescrito nas *leges*.

Caracterizavam-se as *legis actiones* sobretudo por serem *orais*. (Ver, em pormenor, outras características, em 2.ª PARTE, Tít. V destas Lições).

O processo romano, quase desde o início (o assunto é discutível), estava dividido em duas fases: *in iure* e *apud iudicem* (vid. *supra* 69).

O pretor presidia à fase *in iure*.

A sua posição no processo, segundo o sistema das *legis actiones* — que se caracterizava, pois, dum modo especial, por ser um processo todo oral —, era simples e apagada: conceder ou não conceder a *actio*. Mas isto, *rigorosamente*. Conforme estava previsto no *ius civile*. Quando muito, podia interpretar as hipóteses de concessão e de não-concessão. Era a «viva vox iuris civilis».

Por conseguinte, até à *lex Aebutia de formulis* só há *actiones civiles*, isto é, baseadas no *ius civile*. Por isso, também são designadas «*actiones in ius* (civile) *conceptae*».

b) Posição do pretor na organização dos processos, depois da «lex Aebutia de formulis»; carácter do processar «per formulas» («agere per formulas»)

A *lex Aebutia de formulis*, aproximadamente do ano 130 a.C. — desconhece-se a data precisa, mas não deve ser anterior a 149 a.C. nem posterior a 126 a.C. —, introduziu uma nova forma de processar (*agere per formulas*).

Característica: era um processo *escrito* (pelo menos, parte).

O sistema de *agere per formulas*, a princípio existia a par do sistema das *legis actiones*. Mais tarde, por força duma *lex Iulia*, de Augusto, acabou por ser pràticamente o único. As *legis actiones* desapareceram, excepto para algum tipo especial de processar que não se adaptou ao novo regime.

O *agere per formulas* é o sistema próprio da época clássica, e, como diz Alvaro D'Ors [106] é o que dá carácter ao direito romano dessa época. Tendo as fórmulas uma redacção especialmente adaptada para cada tipo de reclamação, a tipicidade processual determina a tipicidade do próprio direito, já que este consiste essencialmente, como temos dito tantas vezes, numa

[106] A. D'Ors, *Elementos de Derecho Privado Romano*, cit. 38.

actio [407]. E agora, segundo este novo sistema de processar, ter uma *actio* equivale e concretiza-se em ter uma *fórmula*.

1) *Conceito de fórmula processual* — A fórmula é uma ordem por escrito, dada pelo pretor ao juiz, para condenar ou absolver, conforme se demonstrasse ou não determinado facto.

A fórmula encabeça pela nomeação do juiz, geralmente escolhido pelas partes, e que era um particular e não um magistrado. Depois seguem-se as várias

2) PARTES DA FÓRMULA

α) — *Partes ordinárias*
- 1) — *intentio* = indica o estado da questão, a pretensão do demandante
- 2) — *condemnatio* = cláusula que manda condenar ou absolver o demandado

β) — *Partes eventuais*
- 1) — *demonstratio* = se a «intentio» é incerta
- 2) — *adiudicatio* = se a «actio» é divisória, ou se se trata duma coisa comum, objecto de discussão

γ) — *Partes extraordinárias*
- 1) — *exceptio* = cláusula concedida directamente a favor do demandado [408]
- 2) — *praescriptio* = cláusula concedida directamente a favor do demandante

São diversos os modelos formulários. Para se fazer uma ideia mais exacta da fórmula, vejamos, por exemplo, o modelo da *actio certae creditae pecuniae* (acção para exigir o pagamento duma dívida de dinheiro de quantia *certa*, isto é, fixa, precisa).

407 Por isso, «actionem habere» significa «ter direito», «ser credor»; e «actione teneri» equivale a «estar sujeito a uma *actio*», ser devedor, sobretudo à face do *ius praetorium*.

408 A *exceptio* podia provocar uma *replicatio* (alegação de novo facto jurídico, feita pelo demandante, que inutilizava a *exceptio*); e a *replicatio* podia, por sua vez, também originar uma *duplicatio* (nova cláusula, alegada pelo demandado, que inutilizava a *replicatio*).

> «*Titius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere, condemnato; si non paret, absolvito*» [409]

A posição do pretor, depois da *lex Aebutia de formulis*, era, além de subtrair ou de colocar sob a acção do *ius civile*, como já procedia até 130 a.C. (?), também — *sempre que a justiça ou a equidade assim o exigissem* — 1) — a de neutralizar a *actio civilis* (ou recusando a concessão da *actio* [«denegatio actionis»] ou inutilizando a sua eficácia concedendo uma «exceptio») e 2) — a de criar *actiones* próprias.

Desta forma, o pretor passou a integrar e a corrigir directamente o *ius civile* por via processual.

c) Análise muito breve dos vários expedientes baseados na «iurisdictio»

Antes de tudo, note-se que os novos expedientes do pretor, criados por via processual, não vieram substituir os expedientes baseados no *imperium*. Não. Simplesmente, agora, depois da *lex Aebutia de formulis*, o pretor usa duns ou doutros, conforme as circunstâncias do caso concreto melhor o aconselharem. Há até

409 «Tício seja o juiz. Se se demonstrar que Numério Negídio deve dar *(dare oportere)* X mil sestércios a Aulo Agério, condene-se; se se não demonstrar, absolva-se».

O que propõe a *actio* é o *actor* ou demandante; contra quem se propõe é o *defensor* ou demandado. Nos modelos formulários usados para o ensino (vid. *supra* 251 [302] algo semelhante com os nomes de Titius, Sempronius), o demandante é designado por «*Aulus Agerius*» (A.A.) e o demandado por «*Numerius Negidius*» (N.N.). Estas designações fictícias tinham de ser substituídas pelos nomes verdadeiros das partes e do juiz, quando a *formula* era aplicada a um caso real.

A expressão «*Aulus Agerius*» tem um «significado» de *pessoa rica*, isto é, com dinheiro e com prédios; «*Numerius Negidius*» «significa» mais o *homem pobre*, sem dinheiro e sem outros bens. Sob outro aspecto, o nome fictício de Agerius designa o autor *(actor)*, e o Negidius *(negans)*, o demandado.

«*Oportere*» (dever) significa sempre uma dívida civil. Para designar as obrigações pretórias, há sobretudo a expressão *actione teneri* (estar sujeito a uma *actio*). Vid. *supra* n. 407.

alguns A. A., v.g. DE MARTINO, que afirmam que o pretor, depois da *lex Aebutia de formulis*, é que principiou a usar, com mais amplitude e à vontade, os expedientes baseados no seu *imperium*.

1) - *Para neutralizar uma «actio civilis»*, cuja aplicação redundaria numa injustiça (veja-se a hipótese indicada *supra* 311 e 312), agora o pretor tem à sua disposição também, isto é, além duma *restitutio in integrum:*

I - uma *denegatio actionis*, se ele nega a concessão da *actio civilis*, pois verifica nìtidamente que essa concessão, embora prevista pelo *ius civile*, em determinado caso concreto, seria uma evidente injustiça;

II - uma *exceptio*, pela qual se frustra a *actio civilis*, que ele mesmo concedeu. *É uma cláusula concedida directamente a favor do demandado, que inutiliza a pretensão do demandante.*

Com a *exceptio*, não se desconhece o direito do autor ou a objectividade do facto ilícito contestado; simplesmente, acrescentam-se circunstâncias ou factos tão relevantes que exoneram o demandado da obrigação ou da responsabilidade.

Essa cláusula é inserta na fórmula entre a *intentio* e a *condemnatio*, e opera como condição, negativa da condenação; v.g. *nisi si quid dolo malo* (ou *propter metum*) *gestum erit.*

A *exceptio* tem como pressuposto o princípio da inderrogabilidade do sistema do *ius civile*.

Devia ser oposta na fase *in iure*.

2) -*Actiones praetoriae* — O pretor, depois da *lex Aebutia de formulis*, cria *ius* directamente — aqui, é que se fala, com todo o rigor, de «*ius* praetorium» —, pois cria *actiones* próprias; e *actio* e *ius*, como sabemos, identificam-se.

Portanto, as *actiones praetoriae* contrapõem-se a *actiones civiles* ou *actiones in ius* (civile) *conceptae*.

Indiquemos, muito sumàriamente, as várias *actiones praetoriae*.

I *Actiones in factum conceptae* — O pretor, vendo que determinada situação social (*factum*) merece protecção jurídica e não a tem do *ius civile* (veja-se a hipótese indicada *supra* 308 e 309), concede uma *actio baseada* («*concepta*») nesse facto, para que se faça justiça.

II *Actiones ficticiae* — Se o pretor para aplicar a justiça, finge como existente uma coisa ou um facto que se sabe não existir, ou finge como não-existente uma coisa ou um facto ou até um negócio que se sabe que existe. — [Não podia fingir como existente um negócio jurídico inexistente, pois seria a subversão da ordem jurídica e a negação da necessidade dos negócios jurídicos] —. É a imposição duma irrealidade ou duma inexactidão. Supõe uma criação, uma «invenção», que rompe com as regras da pura lógica; mas já sabemos que nem sempre o jurídico é rigorosamente lógico (vid. *supra* 288-II). Sob o aspecto da lógica formal ou matemática ou silogística, é um recurso alógico. A ficção supõe e provém dum *imperium* e não da doutrina. A doutrina pode sugerir ficções, mas não criar [410]. Repita-se: tudo isto fazia o pretor, não por mera arbitrariedade, muito menos para «favorecer amigos» ou para «prejudicar inimigos», mas para administrar *bem* a justiça.

Exemplo — Titius empresta 1 000 sestércios a Sempronius por 90 dias; ao fim de 10 dias, Titius fica na miséria, devido, v.g. a incêndio; Sempronius pode pagar; mas, à face do *ius civile*, só é obrigado a pagar daí a mais 80 dias. Titius há-de morrer de fome? O pretor *finge* que passou o prazo, ou que a obrigação

410 Sobre este problema, vid. M. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites de la Ficción en Derecho Romano* em *AHDE* (1950) 305-342; particularmente, veja-se, aí, a relação entre ficção, presunção, interpretação extensiva, simbolismo (actos simbólicos) e simulação; assim como, a págs. 321, os casos de *actiones ficticiae*. Veja-se também Rafael LLANO CIFUENTES, *Naturaleza Jurídica de la «Fictio Iuris»* (Madrid, 1965).

foi constituída sem prazo (e então «*in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*», D. 50,17,14), e concede uma *actio*; isto é, uma fórmula, ordenando ao juiz que condene Sempronius a pagar, *como se já tivessem passado os 90 dias*, ou *como a obrigação tivesse sido constituída sem prazo.*

III *Actiones utiles* — Se o pretor aplica, por analogia, *actiones civiles* a casos diferentes, mas semelhantes, dos que o *ius civile* protege; aqui, há lógica, por semelhança.

IV *Actiones adiecticiae qualitatis* — São *actiones* que responsabilizam *também* o «paterfamilias», total ou parcialmente, pelas dívidas dum seu *filius* ou *servus*, provenientes de contratos celebrados por estes *alieni iuris*. Responsabilizam totalmente o *pater* as *actiones:* «quod iussu», «exercitoria» e «institoria». Responsabilizam, parcialmente, as *actiones*: «de peculio», «tributoria» e «de in rem verso».

Estas *actiones* pretórias são bastante complexas. Serão analisadas devidamente no Tít. I da 3.ª PARTE, pois, só nessa altura, é que teremos elementos de estudo suficientes para as compreender bem.

Capítulo 3.º C) — O «EDICTUM» DO PRETOR

SUMÁRIO — 31. *a*) Missão, actividade (orientação e motivação), controle e expedientes do pretor (síntese)
b) Formas utilizadas pelo pretor na concessão dos seus expedientes: *decreta* (decretos) e *edicta* (edictos)
c) Forma interna do «edictum» do pretor; carácter vinculativo do «edictum» em relação ao pretor. Espécies de «edicta» do pretor
I — *perpetua* (anuais) e *repentina* (suplementares)
II — *tralaticia* e *nova*
d) Codificação dos edictos do pretor. O chamado *Edictum Perpetuum* (definitivo): existência; natureza jurídica
e) Reconstituição e ordem do «Edictum», segundo LENEL

a) Missão, actividade (orientação e motivação), controle e expediente do pretor *(síntese)*

31. A *missão* do pretor era administrar a justiça nas causas civis.

Como sabemos (D. 1,1,7,1), exercia essa missão através, duma *tríplice actividade* — a de interpretar (*adiuvandi*), a de integrar (*supplendi*) e a de corrigir (*corrigendi*) o *ius civile*. Toda essa actividade era sempre *orientada* por aqueles grandes princípios jurídicos (D. 1,1,10,1): o de não abusar dos seus poderes (*honeste vivere*); o de não prejudicar ninguém (*alterum non laedere*); o de atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). A sua tríplice actividade era *motivada*, também sempre, pela razão suprema da utilidade pública (*propter utilitatem publicam*). No desempenho do seu múnus, procedia conscientemente com rectidão.

Não agia arbitràriamente. Tanto mais que a sua actividade podia ser sempre *controlada*: a) - pelo «ius intercessionis» dos cônsules (vid. *supra* 64 e 66 [94]); b) - por quem detivesse a «tribunicia potestas» (vid. *supra* 74 [100]); c) - por uma *provocatio*

ad populum (vid. *supra* 65 e 71); d) - pelas reacções da opinião pública; e) - e sobretudo pela crítica, bem temível, dos *iurisprudentes*. Além disso, se um pretor, na administração da justiça, cometesse voluntàriamente uma arbitrariedade prejudicando ou favorecendo injustamente alguém, comprometeria fatalmente a sua promoção no *cursus honorum*.

Para desempenhar esse tríplice múnus — de interpretar, integrar e corrigir o *ius civile* —, o pretor utilizava (conforme já vimos, §§ 29 e 30) certos expedientes, quer de início, baseando-se apenas no seu *imperium*, quer, mais tarde, baseando-se também na sua *iurisdictio*.

b) Formas utilizadas pelo pretor, na concessão dos seus expedientes: «decreta» e «edicta»

O pretor, na concessão dos seus expedientes, podia utilizar duas formas:

— ou o *decretum* (decreto), quando resolvia imperativamente um caso particular;

— ou o *edictum* (edicto), quando anunciava ao público, com a devida antecedência, a concessão de certos expedientes integrada num programa geral das suas actividades.

A *forma normal* era através de edictos (*edicta*), pois, deste modo, o público sabia, antecipadamente e de certeza, todas as hipóteses previstas pelos *ius civile* ou pelo pretor, nas quais este prometia ou não protecção jurídica. Conforme houvesse ou não protecção jurídica, diria respectivamente — em relação ao *ius civile*, «actionem dabo» ou «actionem denegabo», e em relação ao *ius praetorium*, «iudicium dabo» ou «iudicium denegabo». Assim, o *ius praetorium* nem sequer aparentemente podia ser considerado arbitrário ou incerto; pelo contrário, a todos inspirava plena confiança.

c) Forma interna do «edictum» do pretor; carácter vinculativo do «edictum» em relação ao pretor. Espécies de «edicta» do pretor

O pretor (urbano [411]), como qualquer outro magistrado, tinha o *ius edicendi*, isto é, a faculdade de fazer comunicações ao povo. Originàriamente, essas comunicações eram orais — como parece deduzir-se até da própria palavra *dicere* —, feitas perante as assembleias do *populus*, ou as reuniões do *vulgus* na forma de *in contione* [412], e em voz alta («*ex*-dicere»).

Essas comunicações, quando tinham carácter programático geral, é que, rigorosamente, se denominavam *edicta*.

O *edictum* do pretor [413] era, pois, uma comunicação para anunciar ao público as atitudes que tomaria e os actos que praticaria, no exercício das suas funções; *era o seu programa de acção*.

Desde sempre, ou pelo menos desde muito cedo, os *edicta* do pretor eram comunicações *escritas* (e não apenas orais), gravadas em letras negras sobre tábuas pintadas de branco (daí, a palavra «album» e a expressão «tabulae dealbatae»), em que os vários assuntos eram encimados por epígrafes ou títulos escritos a vermelho (deste facto provém a palavra *rubricae*), para sobressairem no conjunto do texto. Daqui, a designação de *títulos* ou *rubricas* [414].

---

411 Sempre que se fala de *pretor*, sem mais designação, trata-se do pretor urbano; vid. *supra* 70.

412 Vid. *supra* 208.

413 Além dos edictos do pretor (urbano), há os do pretor peregrino, os dos governadores das províncias e os dos edís curúis. Sobre a natureza jurídica destes últimos, vid., por todos, PEZZANA, em *IURA* 7(1956) 254-262, na crítica a VOLTERRA, *Intorno all. «Editto degli Edili Curuli»* (Pádua, 1955).

414 Os *títulos*, as *rubricas*, e até designações de menor alcance, também se chamam edictos (em concreto), tomando aqui a palavra *edictum* o significado de «parte de um todo» ou de «parte pelo todo». É nesta acepção que se diz, v.g. *edictum de rebus creditis, edictum de pretiis, edictum de alterutro, edictum de feriis*, etc.

Sobre a origem de *titulus*, com sentido jurídico, vid. D. ORS, em *ANDE* 23 (1953) 495-513 e *Guerra y la Paz* 162-163.

Os *edicta* do pretor eram afixados pùblicamente no «forum», para que, sem dificuldade, pudessem ser lidos, rectamente (*apud forum palam, unde de plano recte legi possent*); terminavam sempre com a sigla, *q.s.s.s.*, que significa *quae supra sunt scripta*. É um argumento de ordem interna a mostrar que a *forma* dos edictos do pretor era *escrita*.

A princípio, o pretor, *em teoria*, não estava vinculado às disposições contidas no seu «edictum», pois o respectivo conteúdo, para ele, era matéria arbitrária; mas, *na prática*, respeitava sempre as promessas feitas, porque era até o mais interessado nisso, para não comprometer o êxito do «ius praetorium». Além disso, o seu comportamento estava bem controlado (vid. *supra* al. *a*) deste §). — Todavia, no ano 67 a.C., a *lex Cornelia de edictis praetorum* impôs ao pretor a vinculação ao seu próprio edicto.

Os *edicta* podiam ser: I — *perpetua* e *repentina*; II — *tralaticia* e *nova*.

Perpetua ou anuais, os que eram dados pelo pretor, no início da sua magistratura, contendo os vários critérios que seguiria, no exercício das suas funções durante esse ano. Eram afixados no *forum*, nas Calendas de Janeiro.

Repentina surgem, como actos do *imperium* do pretor, proferidos em qualquer altura do ano, para resolver situações novas, surgidas inesperadamente, e que nem o «ius civile» e nem o «edictum perpetuum» (anual) solucionavam [415].

Tralaticia, os que permanecem iguais dum ano para o outro, como que trespassando do pretor anterior para o sucessor.

Nova são as disposições que o pretor, de determinado ano, acrescenta por sua própria iniciativa [416].

[415] O termo «*repentinum*», ao que parece, foi usado pela primeira vez por CICERO, *Verres* 2,2,36; é hoje designação tradicionalmente aceite; mas as fontes, quer jurídicas quer literárias, não são uniformes na nomenclatura desta espécie de *edictum*. O Digesto, por exemplo, chama-lhe «(edicto emanado) *prout res incidit*» (D. 2,1,7 pr.).

[416] Provàvelmente, os *edicta repentina* deviam ter sido as manifestações mais antigas do *ius edicendi*, e talvez até com o carácter de intervenção singular e ocasional; depois é que se deve ter passado também à publicação de *edicta perpetua* (anuais),

d) Codificação dos «edicta» do pretor. O chamado «Edictum Perpetuum»: existência; natureza jurídica

Até à época de LABEO, princípios da nossa era, há bastantes *edicta nova*; posteriormente, o carácter «translatício» dos edictos converte-se em fenómeno geral. Por um lado, não há já necessidade de grandes inovações a fazer pelo pretor; por outro lado, também dificilmente as poderia fazer, pois ele, como todos os magistrados, está muito subordinado ao imperador.

Nestas circunstâncias, a decisão de Adriano (117-138), mandando codificar todos os edictos [417], para serem fixados ordenada e definitivamente num só, não constituiu um facto verdadeiramente novo ou estranho. O imperador encarregou desse trabalho o eminente jurista Salvius IULIANUS. Levou cerca de dois anos a efectuá-lo.

Concluído e confirmado pelo senado—que através dum senac. lhe estabeleceu a imutabilidade (vid. const. *Tanta*-Δέδωκεν 18)—, foi publicado à volta do ano 130 d.C.; desde o séc. IV, é designado por «*Edictum Perpetuum*» (ordenação definitiva dos edictos). Agora, a palavra «*perpetuum*» tem o significado de *definitivo*, não já de anual, como primitivamente.

A *existência* do «Edictum Perpetuum» ou «Ordinatum», de IULIANUS, é atestada por várias fontes, jurídicas e não-jurídi-

e finalmente deve-se ter recorrido aos *tralaticia* (permanentes), pela necessidade de resolver uniformemente as mesmas situações — para isso, era necessário prefixar os critérios e indicar a solução das hipóteses mais notáveis e frequentes. Este modo evolutivo de agir do pretor explica-se perfeitamente, atento o processo eminentemente casuístico da formação do *Ius Romanum*, e está de acordo com o especial relevo dado pelas fontes aos *edicta repentina*.

O primeiro *edictum perpetuum* (anual) deve ter surgido nos fins do séc. III a.C.

[417] Só nos interessa sublinhar aqui a ordenação ou codificação dos edictos do pretor (urbano). Todavia é opinião comum dos AA. de que o imperador Adriano deve ter incumbido IULIANUS de compilar *e actualizar* não só os edictos do pretor urbano e dos edis curúis, mas também do pretor peregrino e dos governadores das províncias; se em codificações separadas ou se numa só, já é ponto discutível. Sobre a bibliografia a respeito destes problemas, vid. ROBLEDA, *o. c.* 209 ss.,

cas [418], e é admitida pelos autores, excepto por António GUARINO, que, desde 1946, vem escrevendo contra a existência do *Edictum Perpetum* elaborado por IULIANUS [419], sem todavia ter convencido ninguém da sua peregrina opinião [420]. Ao que parece, o principal argumento de GUARINO baseia-se num certo silêncio de GAIUS e noutro de POMPONIUS: de GAIUS I 6, pois, ao enumerar as fontes de direito, não faz qualquer menção do *Edictum* julianò-adrianeu; de POMPONIUS (D. 1,2,2,49 e sobretudo 53), que, ao falar de IULIANUS, não se refere ao seu trabalho da tal codificação dos edictos. — Como é sabido, o argumento do silêncio é bastante falível; em geral, *quis tacet... nihil dicit*, nem pró nem contra. No caso concreto, a explicação do silêncio dos dois juristas pode ser muito fácil: GAIUS e POMPONIUS utilizaram para os seus escritos uma fonte, anterior à codificação do *Edictum*.

Após a sua fixação em 130(?), o pretor (só nos interessa sublinhar o edicto do pretor urbano) quase se limitava a *publicar*, todos os anos, o *Edictum Perpetuum* ou *Ordinatum*. Deste modo, o *edictum* perdeu a sua importância como fonte autónoma,

418 Fontes jurídicas, v.g.: CT 4,4,7;-11,36,26; Nov. Valent. (*Novellae Post.-Theod.*) 21,1,31; const. *Tanta*-Δέδωκεν 18; D. 25,2,13; C. 4,5,10,1.

Fontes não-jurídicas, v.g.: Aur. VICTORE, *De Caesar.* 19,1; ENTROPIUS, *Breviarium* 8,17; Paulus DIACONUS, apud ed. *Droysen di Entropio (Monum. Germaniae. Auctores Antiquissimi* 2 [1879] 39); HYERONIMUS, *Cronichon* (ed. *Droysen*, cit. 146); PEANIUS, (ed. *Droysen*, cit. 147).

Vid. também *CIL* 8, 24094.

419 A primeira obra onde GUARINO expõe a sua opinião é em *Salvius Iulianus* (Catânia,1946); depois, nos estudos — *L'Esaurimento del* Ius Honorarium *e la Pretesa Codificazione dell'Editto* em *Studi Albertario* I (Milão,1953) 623-657; *La Leggenda sulla Codificazione dell'Editto e la sua Genesi* em *Atti Verona* II (Milão,1951) 167-183; *L'Ordinamento Giuridico Romano*[3] (Nápoles,1959) 169-175.

420 Sobre os vários argumentos a favor da opinião geral — mas, segundo parece, não convencem(?) GUARINO —, vid., por todos, DE FRANCISCI, *Per la Storia dell'Editto Perpetuo nel Periodo Postclassico* em *RIDA* tom. 4 (1950) 319-360; D'ORGEVAL, *La Carrière de Salvius Iulianus et la Codification de l'Édit* em *RHD* 26 (1948) 301-311; BERGER, *Due Note su Salvio Iuliano* em *Studi Albertario* I (Milão,1953) 603-621; WENGER, *Die Quellen*, cit. 408-410.

para se converter *quase* num texto legal. Embora, formalmente, continue a ser «ius praetorium», a verdade é que as alterações e até as interpretações são dadas, não já pelo pretor, mas pelos *iurisprudentes*, que escreveram sobre ele largos comentários, e sobretudo pelo *Imperator* [421], que principiava a concentrar nas suas mãos todas as fontes do direito.

O *Edictum*, à força de ser comentado pelos juristas e de ser alterado pelos imperadores, tendia inevitàvelmente a confundir-se com o direito criado pela *iurisprudentia* e pelas constituições imperiais, para mais tarde (sécs. IV e segs.) ingressar naquele direito, misto de normas civis e pretórias, fundidas sob o impulso da chancelaria imperial — o *ius novum*.

O *Edictum* deixou de publicar-se, pela primeira vez, nos fins do séc. III, quando o pretor perdeu a *iurisdictio*, pois agora a única forma de processar era a *cognitio* (*extra ordinem* ou *extraordinaria*); mas, ao que parece, na época post-clássica, não deixou de ter a sua utilidade, mesmo de ordem prática [422].

e) Resconstituição e ordem do «Edictum», segundo Otto LENEL

A matéria contida no *Edictum Perpetuum* não é tão vasta como a dum *codex iuris*, em virtude da própria natureza do *ius praetorium*, que é meramente *suppletorium* do *ius civile*. Todavia o complexo jurídico abrangido pelo *Edictum* é importantíssimo.

Pelo facto de ser o *ius praetorium* «complementar» do *ius civile* — ora confirmando-o, ora suprindo-o, ora corrigindo-o —, o *Edictum* mostra claramente o aspecto dinâmico, progressivo,

421 Vid. const. *Tanta*-Δέδωκεν 18.

422 Sobre este problema, vid., por todos, DE FRANCISCI, *Ancora dell'Editto nel Periodo Postclassico* em *BIDR* 63(1960) 39-46.

do *Ius Romanum*, certamente aperfeiçoado e ampliado [423] pelo eminente IULIANUS.

A ordem de matérias do *Edictum* é devida a IULIANUS [424].

O conteúdo do *Edictum Perpetuum*, mas sobretudo a ordem de matérias, desduzem-se bastante bem dos livros de comentário a ele consagrados pelos vários juristas, pois, às vezes, transcrevem partes, literalmente.

Não chegou até nós o texto completo do *Edictum* reelaborado por IULIANUS, muito menos, de qualquer edicto anual dum pretor.

Baseando-se nos fragmentos dos comentários, conservados principalmente no Digesto e em GAIUS, desde o séc. XVI que se vem tentado uma reconstituição do *Edictum* [425]. A mais perfeita é devida a Otto LENEL [426].

---

[423] Pela circunstância de IULIANUS ser denominado «ordinator» do *Edictum Perpectum* (C. 4,5,10,1) e seu «subtilissimus conditor» (const. *Tanta*-Δέδωκεν 18), etc., e ainda pelo facto de certas matérias estarem redigidas com uma perfeição técnica e um estilo jurídico, próprios do eminente *iurisconsultus*, já *não era temerário* deduzir e afirmar que no *Edictum*, além duma profunda reelaboração e duma actualização, há assuntos lá incluídos, que são da autoria de IULIANUS; *mas nas fontes há afirmações claras*. Consta, v.g. do D. 37,8,3, que a matéria «*de coniungendis cum emancipato liberis eius*» foi introduzida no «Edictum» por IULIANUS: «... id caput edicti, *quod a Iuliano introductum est* ...»

Sobre este problema — alterações de fundo realizadas por IULIANUS no *Edictum* — vid., por todos, KRÜGER, *Histoire des Sources du Droit Romain*, trad. franc. de BRISSUAD (Paris,1894) 122.

[424] Cf. Otto LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* 3 (Leipzig, 1927) 12, KRUGER, *o. c.* 121, e RICCOBONO, *Leges*, de FIRA I (Florença, 1941) 337.

[425] Vid. Leopold WENGER, *Die Quellen*, cit. 409, e *NNDI* VI (Turim,1960) 379 c. 1 n.º 3

[426] A 1.ª edição do *Das Edictum Perpetuum* de LENEL é de 1883. Desta edição alemã há uma tradução francesa, em 2 vols., intitulada — *Essai de Reconstitution de l'Édit Perpétuel. Ouvrage traduit en français par* Frédéric PELTIER *sur en texte revu par l'Auteur* I (Paris,1901) II (Paris,1903).

A 2.ª edição alemã é de 1908. Baseando-se nesta ed., BRUNS, *Fontes* I 211-237, e GIRARD, *Textes*, 137-170, apresentam o *Edictum*.

A 3.ª ed. alem. é de 1927 — Otto LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (Leipzig,1927). RICCOBONO parte desta ed. de LENEL para elaborar um texto especial do *Edictum* do pretor urbano — FIRA I *Leges* (Florença, 1941) 335-389. Aproveita todas as palavras (originais) do *Edictum* chegadas até nós através de qualquer fonte, e algumas (as que lhe parecem menos incertas) das que foram reconstituídas pelos romanistas; completa o texto com uma preciosa indicação de fontes e de bibliografia sobre cada uma das várias questões.

Cf. L. WENGER, *Die Quellen*, cit. 409 [27].

O texto de *Edictum Perpetuum* (segundo LENEL) encontra-se hoje transcrito em várias obras, v.g. BONFANTE, *Storia del Diritto Romano* II 265-291; BONFANTE, porém, fez-lhe umas pequenas emendas (vid. *ib.* 265 [1]).

[427] Vid. *supra* n. 414, o significado particular de «edicto», com que se encontra, agora, aqui.

[428] Cf. A. D'ORS, *Elementos*, cit. 30.

Segundo LENEL, o Edictum estaria dividido em 45 títulos, podendo agrupar-se em cinco partes:

I.ª *parte*, introdutória, títs. I-XIII, sobre as várias normas acerca dos trâmites dum litígio e das *restitutiones in integrum*;

II.ª » a mais extensa, títs. XIV-XXIV, sobre os diversos tipos de *actiones*, onde se encontram rubricas de edictos [427] fundamentais, v.g. as relativas à propriedade, aos negócios creditícios, aos contratos, à tutela, ao furto, etc.;

III.ª » títs. XXV-XXXV, sobre o direito pretório acerca da *hereditas* e outras matérias;

IV.ª » títs. XXXVI-XLII, sobre a execução das sentenças;

V.ª » títs. XLIII-XLV, sobre os *interdicta*, as *exceptiones* e as *stipulationes praetoriae*.

Esta ordenação de matérias, que não corresponde às exigências da mentalidade sistemática moderna, constituiu, sem dúvida, a ordem fundamental das exposições jurídicas, não só das elaboradas pelos *iurisprudentes* como das ordenadas oficialmente, em concreto, do Cód. Teodosiano (vid. *infra* 416), e, como já dissemos, do *Digesto* e do *Codex* do *Corpus Iuris Civilis* [428].

A edição do *Edictum Perpetuum*, de LENEL, é, como já acentuámos, a mais perfeita; tão perfeita que até há bem pouco tempo era considerada como que a «versão oficial» do *Edictum*.

Ultimamente, vem-se já sentindo a conveniência ou mesmo necessidade de rever o *Edictum*, de LENEL. De todas as contribuições dadas para o equacionamento do problema e apontando soluções em concreto, a mais valiosa é, sem dúvida, a comunicação de Pablo FUENTESECA, *La Necesidad de retornar al Estudio del Edicto Pretorio*, apresentada na XXI Reunião Internacional da «*Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité*», efectuada em Salamanca nos fins de Setembro de 1966. Vid. *AHDE* 39 (1969) 451-479.

Talvez se possam sintetizar as ideias do ilustre romanista no seguinte —

a) O *Edictum* não é um mero sistema processual, como afirma LENEL, mas antes uma estratificação histórica do direito e do processo.

b) É um dever do actual romanista retornar ao estudo do direito honorário, através do *Edictum*, para reexaminar o fenómeno jurídico à luz dos institutos processuais.

c) A afirmação de que o *Edictum* encerra um conjunto de normas substantivas e processuais resulta evidente da própria rubrica «*de iudiciis*» (rubr. XIV de LENEL). Aí, estão contidos os institutos seguintes: 1) as *vindicationes* do antigo *agere sacramento* [429] (§§ 69-72); 2) os pressupostos da *postulatio iudicis* [429] [= *actiones ex lege* — I - *de modo agri* (§ 74), II - *de pauperie* (§ 75), III - *de pastu pecoris* (§ 76), IV - *ad legem Aquiliam* (§ 77), V - os *iudicia divisoria* (§ 79-82)], e as *actiones* referentes à *sponsio* e à *fideiussio* (§§ 83-88). São normas ainda de carácter substantivo as respeitantes ao conteúdo: α) — da *legis actio per condictionem (de rebus creditis)* (= rubr. XVII); β) — das *actiones adiecticiae qualitatis* (= rubr. XVIII); γ) — dos *iudicia bonae fidei* (= rubr. XIX).

d) Nos títs. XX a XXIV, nota-se uma reminiscência do sistema do *ius civile*; o mesmo se verifica, embora menos acentuado, nos títs. XXV a XXVII.

e) Um ponto de contacto entre o sistema civilístico (i. é. do *ius civile*) e o sistema edictal encontra-se na *actio rei uxoriae* (tít. XX).

f) Com toda a probabilidade, o *Edictum* do pretor (urbano) termina no tít. XXX.

g) Os títs. XXXI-XXXV pertencem ao *Edictum* do pretor peregrino.

h) A última parte do *Edictum* (segundo a reconstituição de LENEL) não contém pròpriamente *actiones*, mas certas referências ao *iudicatum*, e várias medidas de protecção jurídica pretória (v.g. os *interdicta*).

i) *Conclusões*: I — o *Edictum* é uma sedimentação histórica que vem a cristalizar-se numa *ordo iuris* que supera o antigo *ius civile*;
II — o *ius civile* tinha como fulcro as instituições familiares e o conceito de *potestas*, o *Edictum* apoia-se no conceito de *obligatio*, expressão dum dever jurídico e dum *vinculum iuris*, que se concretiza num *agere* segundo os trâmites dum *iudicium pecuniarium*, isto é, em que a *condemnatio* não era específica, mas sempre em dinheiro, salvo acordo das partes litigantes.

A exposição do Prof. FUENTESECA foi aplaudida, logo nessa reunião internacional, de Salamanca, por Álvaro D'ORS.

É um horizonte novo que se aponta à romanística do presente.

[429] Vid. *infra* 2.ª PARTE, tít. VI destas Lições, o que são os vários institutos, citados nesta pág.