

ANTIGUIDADES ROMANAS

(Continuação)

Emquanto predominou na *gens* todo o rigôr exclusivista de um culto particular, cuja extincção seria para ella a maior das calamidades imaginaveis, e que, sem proselytismo externo, só se podia desenvolver através dos tempos, propagando-se interiormente, na mesma familia, pela serie dos descendentes por varonia, não é possível concebê-la como um aggregado de familias diferentes.

A unidade da *gens* era constituída pelo *pater*, unico homem verdadeiramente livre d'essa associação, despota privado, pontifice do culto e juiz supremo de cujas decisões não havia para quem appellar; juncto a elle, mas em posição inferior, *loco filiarum* (v), estava a mulher a que se houvesse ligado pela cerimonia religiosa do *panis farreus* (x) e com quem compartia a agua e o fogo, os *sacrificia occulta* e o proprio leito no mesmo atrium, onde a sagrada flamma sempre accesa illuminava o altar domestico; e, abaixo ainda, os filhos e as filhas não

(v) Era assim que, ainda no seculo dos Antoninos, os juriscultos exprimiam a situação particular da mulher, no seio da familia romana, com relação ao marido. Gaius. *Insts. Comment.* I §§ 111 e segs. A mulher *in manu* tambem ficava, com relação aos filhos do marido, *loco sororis*; e, com relação ao sogro, *loco neptis*, quando o marido era *filius familias*.

(x) Tacito. *Ann.* IV, 16. Dionys. de Halic, II, 25; Ulp. *Lib. reg. sing.* Tit. IX.

casadas e todos os que d'elle descendiam legitimamente por linha masculina. Fôra do poder do *pater*, e excluidos portanto da *gens*, restavam sómente os filhos das filhas, os quaes, quando oriundos de justo matrimonio, pertenciam com suas mães a *gens* diversa e, quando bastardos ou espurios, a nenhuma *gens* pertenciam, pois que o simples facto da geração, ou o parentesco meramente cognatico, era insufficiente para allial-os de qualquer modo com os membros da familia materna, nem com o respectivo *pater*, sendo que esta palavra em sua origem não implicava idéa alguma de paternidade, ou correlativa á de filiação natural (*y*).

Exceptuada essa classe de descendentes, compunham a *gens* as demais pessoas, que um mesmo vinculo religioso estreitamente unia e subordinava á autoridade de um só chefe. Esse forte vinculo religioso era a base do verdadeiro parentesco, isto é, da agnação (*z*).

Vê-se, pois, que embora a *gentilitas* e a *agnatio* dimanassem da mesma fonte natural, o espirito do culto prevalecia sempre sobre a natureza.

Assim, a mulher, dando a existencia a seu filho,

(*y*) Para designar a paternidade havia na velha lingua a palavra *genitor*, que em tal sentido era commum aos hindous, aos gregos e aos romanos. Tão longe estava a palavra *pater* de encerrar a idéa de paternidade, que se applicava mesmo aos que não podiam ter filhos, aos impuberes e até aos recém-nascidos (Ulp. Dg. I, VI, 4, L. XVI 195 § 2). Na linguagem juridica *pater* conservou sempre a sua primitiva significação, indicando a pessoa, que de ninguem dependia e revestida de certo poder e autoridade, o senhor, o proprietario. No estylo sacro e poetico tambem se dava aos deuses, semi-deuses e heróes o epitheto *pater*. Diz-se — *Jupiter pater hominum Deorumque*, *Saturnus pater*, *Neptunus pater*, etc., não por serem paes dos homens, ou de outros deuses, mas por serem dignos de veneração pela sua magestade e soberania (Aulo Gellio V, 12; Cicero, *de nat. deor.* II, 26).

(*z*) N'essa especie de parentesco é que principalmente se firmavam todos os direitos de familia até meiado do seculo 6.º da era christan, epocha em que Justiniano, pelas novellas 118 e 127, pondo termo á antiga distincção entre *agnati* e *cognati*, fez passar a velha jurisprudencia por uma transformação quasi completa.

não lhe transmittia entretanto, o parentesco, porque este era inseparavel de um culto, que ella não tinha capacidade para transmittir, a ninguem. Eis ahi a razão fundamental d'esse conhecido apophthegma juridico em que mais tarde a jurisprudencia classica romana conseguiu resumir uma das noções mais correntes sobre a organização da familia civil: « *Mulier familiae suae, et caput, et finis est.* » (Dig. L. XVI, 195 § 5).

Por outro lado, os dois factos correlativos da emancipação e da adopção provam tambem, pelas suas consequências forçadas, que o principio do parentesco jámais se poderia materialisar no simples acto animal do nascimento. O emancipado, por effeito da *sacrorum detestatio*, tornava-se de todo extranho á familia a que havia naturalmente pertencido. O mesmo succedia com relação ao filho adoptivo; os laços de sangue não se levavam em linha de conta no seu novo estado de agnação.

Como, em summa, essa especie de parentesco, sem depender substancialmente da consanguinidade, só existia e se mantinha pela communitade do culto peculiar e exclusivo de cada *gens*, era inconcebivel que pudesse haver agnação entre pessoas que, fóra do circulo domestico rigorosamente traçado, não participassem do mesmo culto gentilicio. Por conseguinte, só se consideravam *gentiles* entre si os que, pertencendo á mesma familia, eram entre si *agnati*.

É certo que isso não se concilia de modo exacto com o sentido em que de ordinario os jurisconsultos de Roma empregam a palavra familia e ainda menos com as noções que, acerca da *gens*, nos são por elles fornecidas. Releva considerar, porém, que, na epocha dos jurisconsultos, já não restavam d'aquella rude instituição das primeiras idades, sinão falsos simulacros e reminiscencias por demais imperfeitas. Tudo se achava já então radical-

mente transformado; e essa profunda transformação vinha de longe, lentamente operando-se no decurso de longos seculos anteriores.

É fóra de duvida que a decadencia da *gens* acompanhou sempre mui de perto a dissolução das primitivas crenças, mas os symptomas iniciaes da dissolução d'estas datam de tempos immemoriaes, de um periodo, emfim, cuja historia nos é conhecida apenas, no dizer de Mommsen, não por meio de tradições, mas puramente por inducções que só encontram apoio nos acontecimentos subsequentes (*w*). Desde a reforma, que se attribúe ao rei Servius Tullius, o principio genocratico tinha deixado de ser a base exclusiva das instituições da *civitas*; o reconhecimento de um segundo principio, o timocratico, ou da riqueza, como fundamental ao exercicio dos direitos politicos, deu logar á introducção na *gens* de novos elementos alterativos do seu extreme e genuino character e da constituição originaria do patriciado. Depois da queda da realza, houve em Roma, á feição das antigas familias patricias, familias plebeias, de origem latina, italica, no pleno gosó dos *jura gentilitia*: a *gens Mamilia*, a *gens Porcia* e outras. Pelo tempo da segunda guerra punica, quando em Marco Catão, o *Censor*, que Pomponio nomea de *princeps Porciæ familiæ* (*a*), se personificava o espirito de reacção contra as innovações importadas pela conquista e que iam depravando pouco a pouco os velhos costumes, esse *mos majorum*, de que elle se constituiu tão extrenuo defensor, já não era seguramente o mesmo em que havia assentado a primeira organização das *gentes* romanas. Pelo estado de degradação a que, no fim da *libera respublica*, desceu a instituição da *gens*, é que melhor se explica o que ha de incompleto n'essa defi-

(*w*) Th. Mommsen. *Hist. Rom.* trad. de Guerle, vol. I, pg. 109.

(*a*) Dig. I, II, frag. 2 § 38, *De orig. jur.*

nição de Cicero, a que atrás nos referimos (b); ella encerra talvez, em cada uma das suas partes, certos predi-
cados das *gentes* contemporaneas de Cicero, mas parece demonstrar tambem, que, nem o disertissimo Scœvola, a que o autor dos *Topicos* allude n'aquella passagem, nem nenhum dos mestres mais reverenciados por elle em suas obras, lhe tinha podido ministrar noções menos vagas do que as que alli nos transmite a respeito das primitivas *gentes* (c).

Nada subsistia mais, do que era á *gens* de outr'ora essencial. A nova *gens* era um organismo de natureza differente; o conjuncto de relações de familia, a que, por muito tempo, se continuava a dar ainda o nome de *gentilitas*, nenhum ponto de contacto tinha já com a verdadeira *gentilitas*. Restavam, como se vê, os mesmos nomes — *gens*, *gentilis*, *gentilitas*, mas a instituição a que se referiam é que já não era a mesma; essa *gens*, que se suppunha sobreviver ainda ao completo naufragio das antigas crenças, era outra e inteiramente diversa da primitiva.

E que diremos agora da epocha dos juriconsultos?

São d'essa ultima epocha as varias definições de familia (d), que se veem reproduzidas nas *Pandectas*. Os juriconsultos só tinham em vista a organização social do seu tempo, quando as formularam, aliás com essa admiravel precisão, que tão bem caracteriza o estylo dos que floresceram durante o cyclo aureo da jurisprudencia romana. De uma das mais conhecidas definições de

(b) Na pagina 49 do n.º 1.º d'esta Revista.

(c) O proprio Cicero, que era de origem plebeia, não trepidou em dizer que o sexto rei, Servius Tullius era seu *gentilis* (*meo regnante gentili*, Tusculanus, I, 16) F. de Coulanges, ob. cit. pg. 116.

(d) *Familia* vem de *famel*, que, na lingua osca, tinha a mesma significação que *famulus* em latim. Com essa significação ainda a empregam em varias passagens Cicero, Tito Livio e Phedro. É vêr as suas differentes accepções no direito romano.

Ulpiano conclúe-se, por exemplo, em contrario ao que acima dissemos, que era possível haver agnação entre pessoas que não fizessem parte da mesma familia, tomada esta palavra como synonymo de casa, *domus*, e que, portanto, para uma pessôa se poder considerar agnada a respeito de outra, não era condição essencial o estarem ambas sempre *sub unius potestate*, visto que, *patre familias mortuo, singuli singulas familias habent* (e).

Mas tal não devêra ter sido primitivamente. Porque a *gens* se concentrava toda em uma só familia, ou *domus*, sob a autoridade de um só *pater*, cujo poder illimitado excluía necessariamente a possibilidade de coexistirem outros poderes a par d'elle, e porque essa forte unidade, ainda que *patre mortuo*, não se fraccionava jámais, como veio a succeder mais tarde em tempos já historicos; forçoso é concluir que primitivamente os laços de agnação só se podiam conceber entre os que eram membros da mesma familia, isto é, pertencentes á mesma *domus*.

N'essas condições, não basta dizer simplesmente, que os *agnati* eram entre si *gentiles*, pois, em epocha anterior e segundo o ensino dos jurisconsultos romanos, não era verdadeira a reciproca, visto como os *gentiles* podiam não ser *agnati* entre si. Primitivamente, ao contrario, a reciproca era sempre verdadeira; os *gentiles* nunca podiam deixar de ser entre si *agnati* e vice-versa. Tambem, entre os dois termos, não existia ainda differença alguma, superficial sequer: eram perfeitamente synonymos. E, por seu turno tambem, entre *gens* e *familia*, acceita esta palavra no mesmo sentido em que a emprega Ulpiano, havia inteira equipollencia, porque, em summa, a familia não era mais do que a propria *gens*.

(e) Ulp. Dig. L. XVI, 195 § 2, *de verb. signif.*

Ha uma instituição, cuja existencia actuou poderosamente sobre a formação das primeiras sociedades e pela qual se póde explicar de modo mais facil e prompto a solida organização da *gens* primitiva: é o direito de primogenitura.

Essa instituição antiquissima não era exclusivamente propria dos povos aryanos. Tambem entre os Semitas era n'ella que assentava sobretudo o velho regimen patriarchal, e do Livro dos Hebreus consta que Jacob comprara o direito de primogenitura a Esaú, seu irmão mais velho.

No direito grego, procedente da mesma fonte religiosa de que derivava o direito hindou, por muito tempo se conservaram salientes vestigios de tal instituição. Ella é que nos faz apprehender o motivo por que, entre os Thebanos, a propriedade territorial não podia ser objecto de partilhas, como os demais bens da herança, o que implicava, não só a immutabilidade do patrimonio, mas tambem a inalienabilidade dos bens de raiz; e que nos faz descobrir a razão de uma antiga lei de Corintho, que, segundo o testemunho de Aristoteles, estabelecia que o numero de familias existentes na cidade permanecesse sempre o mesmo e invariavel.

As fortunas, n'este ultimo caso, bem podiam ser desiguaes e de facto o eram; mas não entrava nos planos de Phidon, o legislador corinthio, a egualdade das fortunas, sinão manter intacto o patrimonio de cada familia, impedindo transacção de que resultasse a sua transferencia para outras (*f*).

Em Athenas, ainda no tempo de Demosthenes, a casa paterna não podia ser partilhada entre os herdeiros;

(*f*) F. de Coulanges, ob. cit. Liv. II, cap. VI e VII. Cita-se ahi a *Politica* de Aristoteles II, 9, 7; II, 4, 4.

cabia exclusivamente ao filho mais velho, que, depositario unico do culto domestico, era tambem o unico a reter e a perpetuar o nome de familia (*g*).

Posto que não se veja nas leis romanas referencia alguma expressa ao direito de primogenitura, o que é irrefragavel e certo é que esse direito, longe de ser desconhecido dos antigos povos da Italia, subsistiu por muitos seculos entre elles, assim como entre os da Grecia. Por essa instituição é que se explicam as condições de singular desenvolvimento e numerosidade interna, que encerravam as *gentes* romanas e sabinas, e que se póde calcular mais approximadamente o grau de extensão de que eram susceptiveis. A *gens* Fabia, por exemplo, contava entre os seus membros centenas de guerreiros *patricii*; e Dionysio de Halicarnasso eleva a cinco mil o numero de patricios e clientes, que compunham a *gens* Claudia, quando o chefe regillano se veiu refugiar em Roma (*h*). Como seria possivel, a qualquer d'essas familias, assumir assim as proporções de uma grande tribu, como a dos Romilii e a dos Voltinii, si a forte cohesão dos seus membros não tivesse sido efficaçmente mantida durante uma longa serie de gerações? E o que mantinha essa firme unidade na *gens*, impedindo que, por morte de cada chefe, a familia se dissolvesse pela separação dos seus membros, era o direito de primogenitura.

Em virtude d'esse direito, morto o chefe da casa, substituia-o o seu primogenito nas funcções do culto

(*g*) Todavia n'essa epocha já não existia o direito de primogenitura; mas esse privilegio, que ainda assistia ao filho mais velho era um vestigio vivo d'aquella instituição. F. de Coulanges. Liv. II, cap. VII cit.

(*h*) Dionys. de Halic. V, 39 e 40; Tito Livio, II, 16. Segundo esses escriptores e tambem Suetonio (*Tiberius*, I) a *gens* Claudia não se refugiou em Roma sinão no anno 249 da fundação da cidade; segundo outros a migração dos Claudii Sabini Regillenses se deu muito anteriormente áquella data. Esta ultima versão é aceita por Mommsen e é a que preferimos.

domestico, e, em torno do novo sacerdote, continuavam agrupados os filhos mais moços e as demais pessoas da familia, que a religião fazia inseparaveis. O dever de perpetuar o culto na mesma *gens* impunha-se como uma necessidade imperiosa; constituia isso um rigido preceito a que de outro modo não se poderia dar fiel cumprimento. Seguia-se d'ahi, pois, a individualidade da familia, acarretando por seu turno, necessariamente, a individualidade do patrimonio. Este era, na realidade, um meio natural de existencia e effectuação do culto a que ficava perpetuamente vinculado, e nada mais sinão isso.

Como o tumulo dos avós, para cada um dos quaes successivamente a morte havia sido uma apotheose, ou uma verdadeira deificação (*i*), o altar domestico — symbolo da vida sedentaria — se achava preso ao solo por laços mysteriosos, inquebrantaveis; e a propriedade privada do solo, de que a religião immanente não podia prescindir, devia ser tanto quanto esta o era, exclusiva da mesma familia e *commum* a todos os membros della e só a elles.

Tambem na autoridade do *pater*, por mais absoluta e discrecionaria que fosse com respeito á mulher, aos filhos e a todas as pessoas submettidas na *gens* a uma severa disciplina, se revelava sempre, segundo observa Mommsen, um character transitorio e até certo ponto representativo (*j*). De facto, acima do chefe da familia, pairava o deus d'esse culto, a que se achava adstricto, o *Lar familiae pater*, entidade constante e immortal, perante quem representava elle, como intermediario unico, toda a serie dos seus descendentes. O filho pri-

i) E' Cicero que diz : «*Majores nostri eos, qui ex hac vita migrasent, in deorum numero esse voluerunt* (*De leg.* II, 22).

j) Th. Mommsen, *ob. cit.* pag. 74.

mogenito, que succedia ao *pater*, não era propriamente um herdeiro, mas um continuador da familia religiosa. A idéa de herança era, com effeito, inconcebivel ante a immobilidade do patrimonio. Este não passava de geração a geração; as gerações é que passavam e se succediam sobre elle.

Faltava aos bens de similhante patrimonio o character individual e privativo, que resulta d'essa relação de adherencia a uma pessoa determinada, sem a qual não se comprehende a alienabilidade dos bens. Entre os hindous, a propriedade era tambem inalienavel, pelo menos antes do brahmanismo se tornar a religião dominante. Si a propriedade se baseasse no direito do trabalho, o proprietario poderia sem duvida dar de mão aos bens, ou traspassal-os a outrem; mas, baseada, como era, na religião, o caso mudava muito de figura. Quando se considera o estado de interdependencia, ou as estreitas relações que existiam entre o tumulo e o terreno, onde se achasse encravado, não surprehende que a venda e quaesquer actos de alienação de terras fossem prohibidos com maxima severidade, por antigas legislações da Grecia. Tambem nada tem de extranho o dizer-se que o tumulo foi o berço da propriedade territorial; de facto, esta parece ter nascido como que de uma projecção d'aquelle sobre os terrenos circumvizinhos, dilatando-se progressivamente pelos tempos a fóra, até ao ponto de poder subsistir despida do seu antigo character religioso (*k*). Os mortos tornavam-se os proprietarios unicos da porção de terreno, onde repousavam os seu restos. E' o que parece poder-se inferir mesmo de varias disposições do di-

k) Em *Terminus* veio a ter o culto dos mortos o seu representante. Com o deus Termo cujas festas solemnes (*Terminalia*) se realisavam annualmente em Roma. (Varro, *De lig. lat.* VI, 13. Ovidio, *Fast.* II, 639, começam a esboçar-se os primeiros contornos da propriedade individual immobiliaria. *Terminus*, guarda e limites de cada dominio, era inviolavel (Festus, *Termino*).

reito romano classico, em que se veem superviventes e duradouras ainda muitas recordações das primitivas crenças tão arraigadas no espirito do povo ; isto, sobretudo em differentes fragmentos do Digesto, Liv. XI, Tit. VII, *De religiosis et sumptibus funerum, ut funus ducere liceat* e na const. IV do Cod. Liv. IX, Tit. XIX, *De sepulchro violato*. N'essa « *domus defunctorum* », a que se refere a constituição imperial citada, transparecem os elementos de uma propriedade *sui generis*, puramente religiosa, que, fóra da alçada dos vivos, era exclusiva dos mortos, a cujos manes havia sido abandonada. Assim define Gaius as *res religiosæ* : « *quæ diis manibus relictæ sunt* » (l), e essa definição é consentanea ainda ao direito das Institutas de Justiniano ; eram cousas absolutamente *extra patrimonium* e *extra commercium*, e, por não pertencerem a ninguem, dentre os vivos pelo menos, é que alli são incluídas na classe das *res nullius* (m).

Inherente a um culto, que era o nexo da communi-
dade domestica, a livre disposição do patrimonio não podia competir de certo ao chefe da *gens*, que mero depositario da *res familiaris*, não era mais do que um élo intermedio n'essa cadeia ininterrupta de *patres* encarregados de zelar *in perpetuum* a conservação do *sacra privata* (n). Como dispôr arbitrariamente dos bens, si a ordem de successão era a preestabelecida nas leis supernas do culto ? Legal-os a extranhos não seria só infringir essas leis, mas decretar a extincção do proprio culto, o que era inimaginavel ; legal-os, porém, ás mesmas pessoas, a que, pela religião, deveriam caber, seria simplesmente su-

l) Gaius. Comment. II § 4.

m) Instit. II, I § 7 : « *Nullius autem sunt... quod nullius in bonis sunt.* »

n) Fest... « *privato sacra quæ pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt* » Dionys. de Halic. II, 21, 65.

perfluo. De uma maneira, ou de outra, não se podia cogitar d'isso no dominio de taes crenças e em tempos taes.

A faculdade de testar não existia ainda. Tambem nenhum indicio ha, de que o testamento fosse conhecido da antiga familia aryanna. Na Grecia, quando viéram a conhecê-la, foi para prohibil-o de modo geral e absoluto. Foi com muitas restricções, que, mais tarde, o legislador Solon o permittiu em Athenas ; mas os lacedemonios só o adoptaram ulteriormente á guerra do Peloponeso, isto é, cêrca de duzentos annos depois dos athenienses (o).

Quanto á Roma, na impossibilidade de sondar o incognito impenetravel do seu primitivo direito, do retrospecto das idades menos remotas poderemos tirar illações identicas. Si a Lei das XII Taboas autoriza o testamento e si é bem verosimil até, que, muito antes d'ella, esse acto foi permittido, não é licito concluir d'ahi, que em Roma, ou na Italia, o houvessem conhecido sempre. Ainda assim, d'aquella Lei, o unico fragmento, que nos resta, relativo ao assumpto, é o primeiro da *Tabula V* : « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* » - fragmento este evidentemente incompleto. Cicero tentou completal-o, interpretando-o assim : « *Pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita jus esto* » - (p), e esta interpretação não diverge, sinão na forma, da que depois foi dada ao mesmo texto pelos jurisconsultos Pomponio e Gaio (q).

E' na paraphrase d'esses jurisconsultos, que se baseia a opinião, vulgarmente seguida, de que a Lei das XII Taboas consagrara a plena liberdade do testador, essa *latissima potestas* de que falla Pomponio. Mas de duas uma, ou o genuino sentido do texto, por muito obscuro e du-

o) F. de Coulanges, ob. cit. II, VII. Plutarco, Agis V, Arist. cit.

p) Cicero. *De invent.* 2, 50; *Rhetor. ad Herenn.* 1, 13.

q) Pomp. Dig. L, XVI, frg. 120; Gaius, Comment. II § 224.

vidoso, já não se achava ao alcance dos jurisconsultos romanos, que mais tarde se propuzeram commental-o, ou estes, comprehendendo-o embora, o desvirtuaram adrede, accommodando-o assim ás idéas e ás condições do seu tempo, em que as disposições das XII Taboas ainda eram entretanto leis vigentes. Revela-se n'isto a tendencia accommodaticia do *jus honorarium* «*adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam*» (r); e segue-se de tudo, que, o verdadeiro systema juridico da Lei das XII Taboas, ninguem se pode jactar de conhecel o hoje, quando os antigos commentadores mesmo, ou o não conheciam, ou o julgaram susceptivel de ser malleado ao sabor das circumstancias e ao talante de uma outra jurisprudencia. O certo é, porém, que os primeiros testamentos, de que resta a memoria, eram os *calatis comitiis facta* (s), e nenhuma prova ha de que a Lei das XII Taboas tivesse abrogado, ou modificado sequer, essa especie de testamentos.

A missão dos *comitia curiata* não se limitava á simples homologação da vontade do testador; deliberava-se realmente sobre o caso e a votação se fazia em cada curia *viritim, secundum capita* (t), ou approvando o testamento, o que lhe dava a força de uma verdadeira *lex*, ou rejeitando as disposições testamentarias e negando-lhes toda a validade. Ora, além de que, para esse fim especialmente, as curias só se reuniam duas vezes em cada anno (u), o *apparato* e as complicadas ceremonias, que requeria a convocação d'essas solemnes assembléas, (v), parecem indicar que o testamento, ainda que fosse um acto permit-

r) Papiniano, Dig. I, I, frg. 7 § 1. *de just. et jure.*

s) Gaius. Comment. II § 101, Instit. II, X § 1.

t) Dionys. de Halie. II, 14; IV, 20; Tito Livio I, 43.

u) Gaius, Comment. II § 101.

v) Cicero, *de rep.* II, 8, 9. Tito Livio X, 6.

tido, não era facilmente realisavel. Sem duvida não a cercariam de tantas difficuldades, si consistisse puramente no exercicio de um direito privado ; mas os antigos viam no testamento um acto mais ponderoso e grave, que até certo ponto, vinha infringir e postergar a lei do culto, alterando a ordem de successão n'elle prescripta. Tractava-se de derogar essa lei? Em tal caso, não bastava a vontade dos particulares ; era preciso uma outra lei, e o testamento era essa lei de excepção, que tão directa e entranhadamente interessava o proprio Estado, que todos os cidadãos das trinta curias eram convocados, *nominatim*, pelos *præcones*, para virem dar sobre ella o seu voto, n'essa parte do *forum*, que se chamava o *comitium* (x). Tudo isso veio a degenerar em vans formalidades, mas n'estas mesmo se entrevê a affirmação do facto preexistente que ellas symbolisam.

Diz-se *condere testamentum*, como se diz *condere legem*, porque o testamento era um acto publico intimamente ligado á ordem e ao funcionamento politico da *civitas*, visto implicar, tanto quanto a *sacrorum detestatio*, que de egual maneira se operava (y), uma profunda alteração na familia e ser esta um elemento organico essencial na constituição genocratica e religiosa de Roma. Testar equivale a legislar sobre o patrimonio e sobre a familia ; e, ainda quando estivesse demonstrado que, depois da Lei das XII Taboas, o papel das curias ficou reduzido a authenticar ou ratificar actos taes, isto é, de somenos importancia aqui, pois o tosco e informe direito, a que sobretudo nos referimos é de epocha muito anterior á promulgação d'aquella Lei. O que é digno de nota, porém, é que o testamento conservou, em todos os tempos,

x) Varro. *de ling. lat.* V. 155. Dionys. de Halic. II, 8 14; IV, 28.

y) Aulo Gellio, 15, 27 «...*Iisdem comitiis, quæ calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant.*»

fundos vincos desse molde rigoroso a que foi primitivamente adaptado; por isso *testamenti factio* nunca deixou de ser por sua natureza objecto exclusivo do direito publico em Roma, como affirma Papiniano, n'esse douto e celebre *liber quæstionum*, de que restam, como a fama, innumerous fragmentos esparsos no Digesto: «*testamenti factio non privati sed publici juris est*» (z). E emfim, na propria Lei das XII Taboas, o termo *suus hæres* (w), que ahi se emprega para indicar a situação necessaria do *filius familias* com relação á herança paterna, e que em identico sentido vemos tambem empregado por Justiniano (a), com cuja legislação aliás já não se achava de accordo, permanece ainda como lembrança viva de uma epocha anterior, em que o filho não podia deixar de ser o successor unico do pai, e o testamento era impossivel, porque era impossivel a *exhereditio*, sem a qual não se explicaria a sua utilidade.

O direito de primogenitura estabelecido pela religião dos velhos hindous, como a pedra angular do patrimonio indivisivel e perpetuo, vigorou justamente n'essa epocha remotissima, de cujas leis a das XII Taboas não é por certo o monumento escripto. O direito de testar não poderia ser coevo d'aquelle direito; são instituições incompativeis, de que se não concebem a existencia e o desenvolvimento simultaneo. O testamento, como instituição juridica, não se deveria levantar, sinão sobre as ruinas da primogenitura; e foi o que veiu a succeder afinal.

Comprehende-se bem que, á extincta instituição da primogenitura, só era dado subsistir, emquanto não havia outra especie de sociedade, além d'essa da *gens*, ou da familia no seu estado de isolamento absoluto. A propor-

z) Dig. XXVIII, I, § 3, *qui test. fac. possunt*.

w) Tab. V. frg. II: «*Si intestato moritur, cui suus hæres etc.*»

a) Instit. III, § 1 e segs.

ção, porém, que se ia tornando menos isolado e independente o âmbito das famílias e que estas, cruzando e multiplicando as suas relações exteriores e confederando-se entre si, collaboravam instinctivamente na formação de organismos sociais mais complexos, desde as pequenas *phratrias* até á *civitas*, as rudes e estreitas condições da sua primitiva unidade se iam também relaxando até se extinguirem de todo. Morto o *pater*, os filhos mais moços começaram de separar-se então do primogenito, tornando-se independentes d'este, como chefes de novas famílias, distinctas d'aquella de que haviam sido conjunctamente membros, o que dava logar forçosamente ás partilhas do patrimonio *commun*. Mas apesar do desmembramento do patrimonio, as velhas formas do regimen patriarchal persistiram por muito tempo na familia romana, cuja solidariedade religiosa se mantinha ainda firme depois da morte do seu chefe. Com effeito, o culto domestico não soffria completa solução de continuidade, emquanto as novas *gentes* perseveravam ligadas, ao menos por esse vinculo moral, indissolúvel, que unia os membros da antiga *gens*.

Comtudo, desde então se pode dizer que a *gens* se compunha de differentes famílias, dando-se á palavra familia, como synonymo de *domus*, uma accepção por demais restricta. Em sentido mais lato, porém, a differença entre *gens* e familia é tão pouco essencial, como a que existe entre *agnati* e *gentiles*.

(Continúa.)

RAYMUNDO CORRÊA.
