

PERPLEXIDADES IDIOMÁTICO-JURÍDICAS

J. M. OTHON SIDOU

SUMÁRIO - Força maior e Caso fortuito - "Statu quo" ou "status quo" - Justinianeu ou justiniãneo - Usucapião - "In iudicio" ou "apud iudicem" - "Addictus" ou "abductus".

Força maior e Caso fortuito. - Esta digressão em torno das dúvidas ou divergências idiomático-jurídicas começa pela força maior - caso fortuito, expressões que amiúde andam emparelhadas como se sinônimas fossem. Trata-se, porém, de figuras que guardam características próprias e têm como linha de separação a irresistibilidade ao evento que lhes dá causa. Digamos que em face dessa capacidade de resistir, a força maior é o caso fortuito absoluto e que o caso fortuito é a força maior relativa. Digamos ainda que não há força maior sem caso fortuito, mas este pode manifestar-se sem aquela em razão da diligência que se impõe a todo aquele que tem a seu encargo uma atividade obrigacional. O incêndio, a inundação, o terremoto, que são os exemplos para o *casus* oferecido pelo jurisconsulto Gaio, constituem motivos de força maior, mas nem todo incêndio ou inundação ou terremoto dispensa, por si, a diligência do devedor no cumprimento da obrigação, porque, para se caracterizarem como tais, impõem a diligência do homem para superar o obstáculo.

Foi a partir do Código Napoleão que a sinonímia das duas expressões mais se acentuou, por presente em pelo menos uma dezena de seus dispositivos, que se refletiram em quase todos os códigos seus espelhos. Daí veio que a densa maioria de civilistas e romanistas inclina-se a considerar simplesmente, e indiferentemente, como força maior e caso fortuito toda causa estranha ao responsável para obstaculizar o cumprimento obrigacional na condição e prazo determinados. Para os últimos, os romanistas, e ao acaso citam-se Jörs-Kunkel ("Derecho Privado Romano", Barcelona, 1937 - pág. 251, nº 5) e Bonfante

("Istituzioni di Diritto Romano", Firenze, 1896 - § 139, nº 2), a distinção parece ser obra dos compiladores, idéia que se robustece a partir de 1908, quando De Medio levantou sua tese nesse sentido, centrada no fragmento de Gaio, recolhido em D., 44.1.1,4.

Inclino-me por que os antigos romanos já distinguiam as duas figuras, nomeando-as *casus*, ou *damnum fatale*, e *vis maior*. E assim enfileirando o entendimento de Exner, exposto em 1892 ("La responsabilité dans le contrat de transport", trad. de Séligman, Paris), de Bourgoïn, também em tese, em 1902, e de Colin, Ambroise, em 1904.

Quanto a que as fontes romanas clássicas não distinguiam entre *casus* e *vis maior*, suspeitos de interpolação, só há hipótese não provada. E, então é de intuir que, se os compiladores justiniâneos o fizeram por sua conta, é prova da existência de diferença em seu tempo.

A perplexidade mais se acentua em face da enorme balbúrdia no entendimento das duas expressões.

Enquanto para uns (Bonfante, Jörs-Kunkel, citados, e Colin-Capitant, "Cours élémentaire de Droit Civil Français", 10ª ed., Paris, 1948 - pág. 90) o caso fortuito típico e absoluto é a força maior; essa é a impossibilidade absoluta proveniente de um obstáculo irresistível para todos, mesmo para os homens mais fortes e mais inteligentes, para outros (v.g., Bonjean, "Explication méthodique des Institutes de Justinien", Paris, 1980 - vol. II, pág. 591) os eventos da natureza, não provocados nem suscetíveis de serem impedidos, são força maior, e os atos de violência provocados pelos homens são caso fortuito. E ainda para outros a força maior resulta do obstáculo à execução da obrigação resultante de um fator estranho e o caso fortuito, o obstáculo interno, isto é, proveniente das condições mesmas da atividade do obrigado (interpretação registrada por Colin-Capitant, no loc. cit., sem todavia seu endosso).

Esses conspícuos mestres da Faculdade de Direito de Paris (Sorbonne) oferecem (op. cit., pág. 91) exemplo que, em face de um mesmo fato material e com um mesmo responsável, ora se considera força maior, ora se configura como caso fortuito. À luz do artigo 1953 do Código Civil francês, o hoteleiro não é responsável pela perda das coisas pertencentes a seus hóspedes, quando resultante de roubo à mão armada "ou autres cases de force majeure"; mas, à raiz do artigo 1954, ele responde em caso de roubo ou extravio da mesma espécie quando praticado por seus prepostos ou por pessoas estranhas que venham aposentar-se no estabelecimento.

Disto tudo, o mais razoável é entender por *força maior* o obstáculo ao cumprimento da obrigação por motivo de fatos em face dos quais é de todo impotente qualquer pessoa para neutralizá-los, e por *caso fortuito* o evento capaz de ser superado ou removido pela diligência do obrigado.

Como se deduz, a diferença entre as duas figuras concentra-se na irresistibilidade pelo homem.

A legislação brasileira, tomando por amostra os principais Códigos, emprega as duas locuções da mais diversa maneira.

No Código Civil, as duas figuras aparecem reunidas, como sinônimas (com a vírgula antecedendo o disjuntivo “ou”, característica da repetição como reforço) nos artigos 877, 957, 1058, 1253, 1412, 1419 e 1527 (IV); sem vírgula, portanto uma coisa ou outra, nos artigos 1117 (I), 1208 e 1277, relevando notar que nesse último a não sinonímia é mais acentuada: “nem caso fortuito nem força maior”. Solitariamente, “caso fortuito” é o que se lê nos artigos 1196, 1127 § 1º, 1214, 1332 e 1338. E “força maior”, locução desacompanhada, figura nos artigos 193, 1229 (I), 1226 (II), 1271 e 1285 (II).

Dir-se-ia que, nesses e naqueles preceitos, é a força maior ou, a sua vez, o caso fortuito que prevalece, e naqueles outros são ambos chamados para as situações previstas, quando nenhuma situação difere da outra, e somente a aplicação, em face de cada caso concreto, é que indica se a força maior irrompeu incontrolável ou se o caso fortuito se manifestou transponível.

Ora, se a escola seguida é a da sinonímia, é supérfluo o emprego das duas figuras. Se o mesmo corpo legal emprega ora um termo, ora outro, ora ambos, então é que não são sinônimos, ou pelo menos não quer que o sejam.

Não difere o Código Comercial na salsa. “Caso fortuito ou força maior” prefiguram nos artigos 102, 170, 171, 181 e 202; “caso fortuito”, em presença singular, está nos artigos 104 e 229; e “força maior”, nos artigos 548 e 549.

O Código Penal, artigo 169, fala em “caso fortuito ou força da natureza”, e na Parte Geral reformada (Lei nº 7209, de 11.7.1984), artigo 28 § 1º, mantém a locução de 1940: “caso fortuito ou força maior”. Vigem, portanto no CP três figuras, contando com aquela “força da natureza”. O Código de Processo Penal emprega apenas uma vez “força maior”, no artigo 363, item I, e do mesmo modo se expressa o Código de Processo Civil nos artigos 265 (V), 507, 517 e 552 § 3º. Nesses diplomas, “caso fortuito” foi desconhecido.

O Código Brasileiro do Ar, versões de 1967 e 1986, nesse o vigente artigo 256 § 1º, letra *b*, orienta que o transportador não será responsável em caso do atraso no transporte, “se ocorrer motivo de força maior”. Mais clara e inteligível é a Convenção de Varsóvia (1929), emendada em Haia (1955) e seu paradigma na espécie, quando assenta, no artigo 20, que - “Le transporteur n'est pas responsable s'il prouve que lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il leur était impossible de les prendre”. Num caso, configura-se a impossibilidade absoluta, ou força maior; no outro, a impossibilidade relativa, removível, ou seja, o caso fortuito.

“*Statu quo*” ou “*status quo*”. - Na investigação em torno da dissonância no emprego da locução latina “*status quo*”, uns optando por essa forma nominativa, outros pelo caso ablativo “*statu quo*”, vali-me do prestimoso concurso de Dulcydides de Toledo Piza. O mestre indulgente e companheiro de Academia, a quem não poucas vezes apelo como “consultor para assuntos de alta indagação”, extraiu de sua opulenta massa de dicionários nos mais diversos idiomas, vinte e três referências, que vão a seguir resumidas.

O “*Vocabulaire Juridique*” de Henri Capitant (Paris, 1936 - pág. 460) consigna a expressão “*statu quo ante bellum*”, com o significado: “Restabelecimento do estado de fato e de direito tal como existia antes das hostilidades” (...)

“*Statu quo*” é como se lê no “*Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*” (Sirey, Paris, 1960).

O “*Logos - Grand Dictionnaire de la Langue Française*” (Ed. Bordas, 1976) registra: “*statu quo*”, n. m. inv., “de l’expression latine *in statu quo ante*”.

Com a mesma grafia averbam a locução os léxicos em idioma francês “*Dictionnaire Étymologique et Historique*” (Larousse, Paris, 1964); “*Dictionnaire Générale de la Langue Française*”, de Hatzfeld (Delagrave, ed., Paris, 1964); “*Dictionnaire Français-Latin*”, de L. Quicherat, corrigido e aumentado por Émile Chatelain; “*Larousse du XXe, Siècle*”; “*Dictionnaire de la Langue Française*”, de Emile Littré (Gallimart-Hacheté, 1973); e “*Dictionnaire des Difficultés de la Langue Française*”, de Adolphe V. Thomas.

O “*Diccionario de la Lengua Española*”, 17ª edição (Madrid, 1947); o “*Dicionário Geral e Analógico da Língua Portuguesa*”, de Artur Bivar (Porto, 1952 - vol. II, pág. 1520) e o “*Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*”, de Laudelino Freire (Rio de Janeiro - vol. V, pág. 4725) mantêm-se no mesmo sentido: “*statu quo*”.

Mas vêm as discrepâncias.

O “*Vocabolario della Lingua Italiana*”, de Nicola Zingarelli, 10ª edição (Zanichelli, ed. 1971) averba: “*Statu quo e status quo* (loc. lat., propriamente *statu quo ante*, nello stato in cui (se trovava) prima”, etc. Portanto, admite ambas as expressões, no nominativo e no ablativo latinos.

Também o “*Dizionario Linguistico Moderno*”, de Aldo Gabrielle (Edizioni Scolastiche Mondori, Italia, 1956) afasta-se do emprego único *statu quo*. Convém transcrever trechos do longo verbete: “*Statu quo* - ellisi della locuz. lat. *in statu quo ante*, nello stato in cui prima (sott.: erano le cose), usata come sost. march. (...) Alcune oggi preferiscono *status in quo ante*; forma che serebile dal punto de vista gramaticale solo se fosse usata come soggetto: “*Lo status quo* é nocivo al progresso”; ma ora dicono, indiferentemente, “*Riportare le co-*

se allo *status quo*”, “La politica dello *status quo*”, que sono errori belli e buoni. Ma soprattutto si trata di alterazione arbitraria di una locuz. storica, propria del latino diplomatico”.

Observa-se, desta forma, que propendem os lexicógrafos italianos citados por ambas as grafias.

A terceira posição está preferentemente com os dicionaristas anglofônicos e por um, pelo menos, de língua alemã.

Nesse idioma, o “Bertelsmann Universal Lexikon in Farbe” (Verlag, ed., Berlim, 1976) registra a expressão “status quo” e a define como “der gegenwärtige Zustand” (a condição atual) e “status quo ante” - “der Zustand vor einem bestimmten Ereignis” (a condição anterior em determinado acontecimento).

“The Oxford Dictionary of English Etymology”, 1966, registra: “Status quo existing state of things. XIX. Based on 1. phr. in *statu quo ante*, prius, or nunc... in the state in which (this were) before, (or age) now”.

Do mesmo modo, empregando *status quo* anotam-se o “A Concise Law Dictionary”, de P. G. Osborne, 4ª edição (Sweet & Maxwell, Londres, 1954); o “Law Dictionary”, de P. Asterley Jones, LL. B, M. P. e J. C. Fischer (6ª ed., Londres, 1950); e “The Oxford Universal Dictionary Illustrated”, preparado por William Little, H. W. Fowler e J. Coulson e revisto por C. T. Onions (3ª ed., Londres, 1970).

Na esteira dos dicionaristas ingleses, caminham os norteamericanos “The American Heritage Dictionary of the English Language”, de Peter Davis (New York, 1979), e “The Random House Dictionary of the English Language”, de Jess Stein (New York, 1973).

Passando à lexicografia doméstica (já citado Laudelino Freire), o “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, de Aurelio Buarque (Nova Fronteira, Rio de Janeiro) assinala “*status quo*” e observa: “forma preferível a *statu quo*”. O “Pequeno Dicionário Enciclopédico Koogan Larousse”, de Antonio Houaiss (Rio, 1980) também sufraga a forma “*status quo*”, assinalando que se usa também *statu quo*. Esse último vocábulo não é epigrafado, ou verbete solto, o que robustece o sufrágio.

O argumento capital oferecido pelos partidários da expressão *statu quo* é a flexão latina diretamente extraída da frase completa, reforçada pela tradição.

Com efeito, a partícula preposicional *in* admite a construção com o acusativo e com o ablativo. No critério adotado, seria, e é, o ablativo que predomina. E ninguém, que conheça um pouco da língua-mãe, sem agredir a declinação, escreveria *in status*.

Por outro lado, a tradição se impôs com o *in statu quo*. Neste ponto, convém sublinhar que essa não é locução extraída das fontes romanas, ou sejam, os cimélios que a nosso conhecimento vieram dos períodos pré-clássico,

clássico e pós-clássico, até Justiniano, mas foi cunhada no alvorecer da Idade Moderna, peculiar ao Direito Internacional, então nascente. É, portanto, uma locução formada por palavras tomadas ao latim clássico por empréstimo.

Quanto à construção flexional, sabe-se que a simples mudança de desinência das palavras, em latim, leva a sentido diverso da frase. Foi registrado acima, do dicionarista italiano Gabriele, a construção “status in quo ante”, passando *status* a ser sujeito, caso do nominativo, e não mais o complemento circunstancial de lugar, caso do ablativo. Construção plenamente inteligível em qualquer idioma novilatino. Por efeito da mesma elipse operada ter-se-á então *status quo*.

Outro argumento não desprezível em favor dessa forma é o da uniformidade do emprego das palavras latinas, e de toda língua de flexão, quando intercalada noutro idioma. Elas são grafadas geralmente no nominativo, singular ou plural conforme o caso, sem mais o sufixo declinatório de origem em função da frase onde são introduzidas; com mais veras as locuções substantivas. Na frase em idioma pátrio “a diligência do *bonus vir*” não se emprega o genitivo, aliás redundante mercê da preposição; mantém-se a forma nominativa.

Então, se esse argumento preponderar, e é de ter-se por preponderante, dê-se de ombro ao ablativo e empregue-se “*status quo*”, sempre que a forma elíptica for trazida ao discurso.

Justinianeu ou justiniâneo. - Esta diversidade lexical foi-me sugerida há alguns anos pelo mestre Toledo Piza, e de pronto assimilada para todos os meus escritos, algumas vezes com a suspeita de inveterados ortodoxos.

Variadíssimos tratados e compêndios, sobre história do direito, empregam a expressão *justinianeu* para qualificar o direito codificado pelo imperador Justiniano, do Oriente (517-556) e que forma as quatro partes do *Corpus Iuris*.

Induvidosamente, a pronúncia é esdrúxula, posto não haver sufixo *aneu* em português, mas *âneo*, indicativo de qualidade, propriedade ou relatividade. Assim, temporâneo, instantâneo, espontâneo, cutâneo, conterrâneo, consentâneo.

A forma feminina - justinianéia ou justinianéa - mostra-se ainda mais rebarbativa. Diríamos, acaso, “conterranéia” em lugar de conterrânea?

Vem daí que, com referência a Justiniano, temos justiniâneo, a Adriano, adriâneo, com o respectivo feminino justiniânea e adriânea, havendo que refugar o justinianéia ou justinianéa e o adriânica ou adriânica.

Usucapião. - Há uma completa balbúrdia quanto ao gênero dessa palavra, tanto nas leis e escritos jurídicos, como também, o que é mais opressivo, nos léxicos. Dir-se-ia que é eletiva ou facultativa a preferência pelo emprego da

partícula que precede o substantivo, ao gosto de cada um, *currente calamo*.

O “Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa”, de Caldas Aulete (2ª edição, Delta); o “Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa - Mirador Internacional” (3ª ed., São Paulo, 1979); o “Pequeno Dicionário Enciclopédico Koogan Larousse” (Rio de Janeiro, 1971); o “Dicionário Ilustrado da Língua Portuguesa”, de Antenor Nascentes, para a Academia Brasileira de Letras (1976) e o “Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa”, de Aurélio Buarque (11ª ed., Civilização Brasileira, 1969) averbam *usucapião* como masculino e feminino, figura gramatical de comum de dois, ou palavras que têm uma só forma para ambos os gêneros.

Entretanto, o posterior “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, do mesmo Aurelio (Ed. Nova Fronteira, 1ª ed., 1975) registra o vocábulo como feminino.

A partir daí, o desentendimento é geral na literatura jurídica e na legislação.

José de Alencar, no hoje pouco conhecido “A Propriedade” (Garnier, ed.; Rio de Janeiro, 1883 - obra póstuma), que o autor destas notas guarda como preciosidade bibliográfica, masculiniza a palavra: *o* usucapião. Numa cata perfunctória, depara-se esse mesmo tratamento gramatical em Martinho Garcez (“Direito das Coisas”, Rio de Janeiro, 1916 - pág. 228); Amazonas de Figueiredo (“Tratado de Direito Romano”, Rio, 1930 - pág. 159); Chamoun, Ebert (“Instituições de Direito Romano”, 2ª ed., Rio, 1954 - pág. 242); Sciascia, Gaetano (“Sinopse de Direito Romano”, São Paulo, 1955 - pág. 49); Vandick L. da Nobrega (“História e Sistema do Direito Privado Romano”, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1959 - pág. 270); Cunha Peixoto, Regulo (“Usucapião em Terras públicas”, *in* Rev. da Faculdade de Direito de Uberlândia, nº 8 (1), 1979 - pág. 109); Silvio Meira (“A Aquisição da Propriedade pelo Usucapião”, Separata da Rev. de Informação Legislativa, nº 88, Brasília, 1985).

Em contraposição, adotam a forma feminina - *a* usucapião: Neto Campeolo (“Elementos de Direito Romano”, Pernambuco, 1904 - pág. 43); Sebastião de Lacerda, em sua resumida e magnífica obra de doutrina “Da Posse” (São Paulo, 1924 - pág. 69); Adahyl Lourenço Dias, caro companheiro de Academia (“Usucapião e seus elementos”, *in* Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro, São Paulo, 1982, pág. 5).

Em seu precioso estudo sobre a “Prescrição nas Ações divisórias” (tese de concurso à Cátedra, São Paulo, 1917), Francisco Morato põe o vocábulo no feminino.

De modo geral, os autores portugueses, e para um só exemplo, Almeida Oliveira, Antonio (“A Prescrição em Direito Comercial e Civil”, nova edição, Lisboa, 1914 - pág. 38), adotam o gênero feminino.

Curioso é que Clovis Bevilacqua antepõe a partícula feminina em algumas de suas obras, *inter alia*, “Teoria Geral do Direito Civil” (Rio de Janeiro, 1908), tal como se lê à pág. 415: “as ações reais, quando a usucapião se opera entre ausentes”; e não se trata de erro tipográfico, porque repetido linhas abaixo: - “As ações reais, quando a usucapião se opera entre presentes”. Mas no “Soluções práticas de Direito” (Rio, 1923), em dois pareceres no I volume, páginas 207 e 276, o venerando Mestre dá à mesma palavra o gênero masculino.

Num só de seus setenta e oito volumes, o 76, da opulenta Enciclopédia Saraiva do Direito, que prefiro tratar como “Enciclopédia Limongi de Direito”, a também chamada prescrição aquisitiva é definida, nos diferentes verbetes, como masculino - o usucapião, por Pinto Ferreira, Rogério Lauria Tucci, Paulo Torminn Borges, Fernando Pereira Sodero, Telga de Araújo e Adilson Rodrigues, enquanto é tratada como feminino - a usucapião, por Lenine Nequete, Custódio Bouças e por este Othon Sidou.

No campo legislativo, e ainda em citação desprezível. O Projeto Coelho Rodrigues, de Código Civil (Ed. Imprensa Nacional, Rio, 1893), no artigo 217, determina o usucapião. Na elaboração do Código Civil predominou essa forma masculina, constante no Projeto Clovis, no dito da Câmara e no texto definitivo (1916) e vigente (arts. 530, 550-553, 618, 619, 698).

A Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, enunciado 237, registra: o usucapião. A Lei nº 6969, de 10.12.1981, sobre a aquisição de imóveis rurais, emprega, no artigo 2º, o gênero feminino. Mas no Decreto nº 87.620, de 21.9.1982, seu regulamento, portanto sobre o mesmíssimo assunto, lá está o artigo definido masculino.

Na tradução do Código Civil Alemão, de Souza Diniz (Rio de Janeiro, 1960), usucapião vem no masculino ao ser vertida para o português a palavra *Tabularersitzung*, a que o tradutor pátrio dá o subtítulo de “Usucapião do Livro”, e Meulenaere, na versão francesa (“Code Civil Allemand”, Paris, 1897) denomina “Aquisição de direitos por inscrição e posse”.

O Código Civil Português, de 1966, um dos corpos de leis civis mais novos do mundo, adota a expressão feminina nos artigos 1288 e sucessivos, correspondentes à “prescrição positiva”, como o instituto era tratado no código de 1867.

Quando se discutiam na Academia Brasileira de Letras Jurídicas as emendas a serem propostas ao Projeto de Código Civil, em tramitação no Senado, decidiu o Colégio Acadêmico, pelo voto da maioria presente, afastar a correção que propus, dando forma feminina a usucapião. Disto sabedor, Orlando Gomes declarou ao autor da frustrada emenda, que, se presente à sessão da Academia, seu voto seria pelo gênero feminino. Com efeito, no Projeto de Código Civil do excelso e saudoso mestre (Forense, Rio de Janeiro, 1985) esta

é a partícula preposta ao substantivo em causa, nos artigos 420 e seus conexos.

A palavra “usucapião”, que transitou diretamente do latim para o português e para as demais línguas neolatinas, é composta do substantivo masculino *usus*, *us*, da 4ª declinação, e do verbo *capio*,... *ere*, na acepção de adquirir. Já no idioma clássico se depara tanto a forma verbal composta *usu capere*, como a forma substantiva *usucapio*, aquela correspondente ao nosso “usucapir”, significando “adquirir pelo uso”, e a outra designando “aquisição pelo uso”.

Todos os dicionários latinos, sem exceção, classificam o substantivo no feminino, definindo-o - “aquisição pela posse ou pelo uso”. O elemento predominante da locução é *capio*, *onis*, substantivo feminino, e o seu complemento circunstancial é *usus*, *us*, masculino. Invertido o elemento predominante, a locução perde o sentido: “uso por aquisição”.

Ademais, a palavra é feminina em todas as línguas derivadas do latim: *usucapion*, em francês: *usucapione*, em italiano: *usucapion*, em espanhol; e mesmo em alemão, de outra corrente etimológica, é feminina - *die Ersitzung*, e só por tal modo tratada pelos que se expressam em qualquer desses idiomas.

Somente a língua portuguesa - do Brasil, assinale-se - constitui a exceção. Salva-se que não pela unanimidade dos brasileiros.

“**In iudicio**” ou “**apud iudicem**”. - Como que seguindo uma tradição sacrossanta, quase todos os tratadistas de direito romano do passado século, e alguns do atual, denominam “in iudicio” a fase complementar da *actio* desenvolvida ante o *iudex unus* ou os três ou cinco *recuperatores*, no sistema processual oral e das fórmulas escritas, a *Ordo iudiciorum privatorum*.

Tiradas da estante, a esmo, algumas obras dos mais reputados romanistas do passado recente e do presente, encontra-se a locução “in iudicio” em Maynz, Charles (“Cours de Droit Romain”, 3ª ed., Bruxelles, 1870 - vol. I, pág. 378); Ortolan, J. (“Histoire de la Législation romaine”, 2ª ed., Paris 1884 - vol. I, pág. 664); Accarias, C. (“Précis de Droit Romain”, 4ª ed., Paris, 1891 - vol. I, pág. 723); Van Wetter, P. (“Cours élémentaire de Droit Romain”, Gand, 1875 - I vol. pág. 401); Bonjean, Georges / Lariche (“Explication méthodique des Institutes de Justinien”, Paris, 1878 - vol. II, pág. 672); Ronga, Giovanni (“Corso di Istituzioni di Diritto Romano”, 2ª ed., Torino, 1899 - vol. III, pág. 249); Girard, Paul (“Manuel élémentaire de Droit Romain”, 4ª ed., Paris, 1906 - pág. 974); Bonfante, Pietro (“Istituzioni di Diritto Romano”, Firenze, 1896 - pág. 124); Hölder, Edoardo (“Istituzioni di Diritto Romano”, trad. de Dante Caporali, Torino, 1887 - pág. 98); Cuq, Edouard (“Les Institutions juridiques des Romains”, Declareuil, J. (“La Justice dans les coutumes primitives”, Paris, 1889 - pág. 75), e, deste século, Pacchioni, Giovanni (“Corso di Diritto Romano”, Torino, 1910 - vol. II, pág. 860); Cornil, Georges (“Ancien Droit Ro-

main”, Bruxellas, 1930 - pág. 121; Sciolaja, Vittorio (“Procedura civile romana”, Roma, 1936 - pág. 121); Arias, José (“Manual de Derecho Romano”, 2ª ed., Buenos Aires, 1949 - pág. 517). Acrescentem-se os brasileiros Neto Campelo (“Elementos de Direito Romano”, 2ª ed., Pernambuco, 1904 - vol. II, pág. 248); Chamoun, Ebert (“Instituições de Direito Romano”, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1954 - pág. 109) e Silvio Meira (“Processo Civil Romano”, Belém, PA, 1962 - pág. 49).

Ao diverso, como designação da mesma segunda fase da instância duplicada, ante o juiz ou os recuperadores, empregam a expressão “*apud iudicem*” os tratadistas mais modernos: Monier, Raymond (“Manuel élémentaire de Droit Romain”, 6ª ed., Paris, 1947 - pág. 130); Arangio-Ruiz, Vincenzo (falecido em 1964 - “Istituzioni di Diritto Romano”, 10ª ed., Napoli, 1949 - pág. 302); Carrelli, Odoardo (o extraordinário romanista-soldado, morto como tenente, em ação bélica dos alemães, em 1943, na cidade de Nola, Itália - “La Genesi del procedimento formulare”, Milano, 1946 - pág. 91); Iglesias, Juan (“Derecho Romano”, 2ª ed., Barcelona, 1953 - vol. II, pág. 122); Wolf, Hans Julius (“Roman Law - an historical Introduction”, Oklahoma, USA, 1951 - pág. 82); D’Ors, Alvaro (“Elementos de Derecho Privado Romano”, Pamplona, 1960 - pág. 75), e nosso saudoso companheiro de Academia, Vandick L. da Nobrega (“Sistema de Direito Privado Romano”, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1952 - pág. 605).

A fonte histórica do citado instituto processual depara-se nas Institutas de Gaio, 4.15: - “... cum ad iudicem venerant, antequam *apud* eum causam perorarent, solebat breviter ei et quasi per *iudicem* rem exponere...”.

In iudicium (com o acusativo de movimento) ou *in iudicio* (com o ablativo denotando caráter estático) significa “em julgamento” ou “para julgamento” no primeiro caso, e “no tribunal”, no segundo, pois *iudicium*, -ii, significa ação sobre alguma coisa e também tribunal.

Não é essa, com efeito, a qualificação para o homem em frente ao qual o devedor (*reus debendi*) se apresentava para receber julgamento. E para tal concluir basta observar a própria denominação de uma das ações da lei, a l. a. *PER IUDICIS postulationem*, que se traduz por “ação da lei pela postulação de um juiz”, não “pela postulação de um tribunal” ou “pela postulação de uma ação” (*iudicium*).

Carrelli expõe claramente a teoria de Wlassak, desenvolvida por Emilio Betti, quanto ao desenrolar do processo ante o pretor (*in iure*), ou seja, na primeira fase da instância: a) instauração do litígio pelo debate entre as partes e que tinha como ato culminante a *litiscontestatio*; b) formalização desse compromisso com a cooperação prestada pelo magistrado, e que dava lugar: 1) ao *dare iudicium*; 2) ao *dare IUDICEM*; 3) ao *iudicare iubere* (a ordem de jul-

gar: "Titius, iudex esto"); e c) o superveniente procedimento *apud IUDICEM*". (Carreli, op. cit., pág. 91; Betti, "La Genesi della procedura formulare", in "Il Filangeri", 1934).

A locução *in iudicio* (ablativo de *iudicium*, *ii*) significa apenas no tribunal ou ao tribunal, como acima exposto, ao passo que *apud iudicem* (ablativo de *iudex*, *icis*) significa "em presença do juiz", e é precisamente isto o que se pretende dizer.

A divergência está, pois, em confundir a coisa com o indivíduo, a ação estática com a ação dinâmica das duas fases procedimentais, o *ius*, que dá lugar à atuação *in iure*, e o *iudicium*, que é exercitado pelo *iudex*.

"Addictus" ou "abductus". - Quem estuda direito romano sabe que nosso conhecimento sobre o mecanismo da *manus iniectio*, a ação da lei executiva, tem como fontes únicas o "Noite Áticas", de Aulo Gelio, e as "Institutas" de Gaio.

Segundo Gelio, depois de transcorridos os trinta dias da condenação sem que o débito fosse satisfeito, o devedor era conduzido pelo credor, que o mantinha em cativeiro por sessenta dias, no curso dos quais o apresentava durante três feiras consecutivas, em pregão, à espera de quem o remisse com o pagamento do importe condenatório. Decorrido esse prazo, seria o condenado morto ou vendido como escravo além do Tibre, ou fora da *Urbs*. Sucintamente, assim se desenvolvia a fase culminante do primitivo procedimento de execução por dívida, em cumprimento às disposições da Lei das Doze Tábuas.

Entretanto, explica o mencionado cronista romano do 2º século de nossa era, havia direito de transigrir: "Erat autem ius interea paciscendi".

É aí que se finca a perplexidade. Aprisionado pelo credor durante aqueles sessenta dias, seria o devedor um *addictus* como o denominam quase todos os romanistas?

A disposição que Aulo Gélío deu em sua narrativa, quanto a que podia haver acordo entre credor e devedor, autor e réu, depois do decreto judicial e durante o período de encarceramento, deixa fora de dúvida que não havia redução da personalidade do *civis* em consequência da *manus iniectio*. Nesse período, como observa Ortolan, J. ("Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien", 11ª ed., pág. 501, Paris, 1883), ele era um escravo de fato, não um escravo de direito. Muito diversa da situação do *nexus*, devedor insolvente que se dava ao credor por disposição obrigacional (*per aes et libram*) e que por tal modo se tornara escravo de fato e de direito.

Mas não fica aí o raciocínio. Comprova-o também a passagem das Doze Tábuas, III. 4, que expressa: - "Si volet suo vivito", ou seja, se quiser (o prisioneiro) viva do seu; melhor explicando, poderia ele custear seu passadio.

Ora, se o devedor, após ser feito prisioneiro, podia empreender pacto; se lhe era assegurado dispor do seu (patrimônio); se, enfim, só em consequência de sua venda como escravo *trans Tiberim* é que ele caía em *capitis deminutio magna*, sem mais família (bens), cidadania e liberdade, então ele não era um *addictus*, não era um escravo, e sim um “*abductus*”, conforme conclui Edouard Cuc (“*Les Institutions juridiques des Romains*”, Paris, 1891 - vol. I, pág. 427), na companhia de Moritz Voight, quem levantou a questão.

O *abductus* não tinha que trabalhar para o credor, como era do intuito finalístico do *nexum*. Padecia uma detenção preventiva, a prazo certo. Seria como que um refém, enquanto se movimentava, para resgatá-lo, o grupo gentílico, numa sociedade em que ainda preponderava o apoio grupal, característica das sociedades primitivas, esse sim o alvo pragmático do autor da execução.

Os léxicos averbam *addictus* como o escravo por dívidas. Entre os clássicos latinos, Horácio emprega a expressão para o indivíduo condenado a ser devorado pelos leões. Quintiliano alude aos devedores obrigados por sentença a servir a seus credores, até lhes pagarem. “*Addictus tenes*”, consigna Plautus, o que se traduz por - é todo vosso. *Addictus, a, um*, adjetivo participial, é originado do verbo *addico... ere*, que, segundo o emprego por Cícero, quer dizer - determinar por sentença a quem pertence aquela coisa sobre que se litiga, e ainda, condenar à morte.

Nenhuma dessas definições tem adequação ao estado transitório do devedor condenado.

Ademais, a *addictio*, derivada do sacramental *addico*, que, junto ao *do* e ao *dico*, são termos com os quais o procedimento romano investia o pretor na faculdade judicante, é de ser tomada em conceituação ritualística, portanto abstrata. Tal como o *do* deve entender-se por “eu digo (ou defino‘ o direito”, e o *dico*, “eu promulgo o Edito”), *addico*, porque é símbolo, não se restringe apenas no “eu adjudico”, e, como símbolo, tem várias acepções. Assim, no processo de adoção, o adotante reivindicava o *filius* como se seu fosse, e o *pater* não contestando, abria ensejo a que o pretor homologasse o intuito adotivo, emitindo uma *addictio*. Na *in iure cessio*, também o magistrado interrogava o cedente e se esse não contravindicasse a coisa, adjudicava-se ao cessionário, emitindo uma *addictio*. Mas, na formalidade complexa da manumissão, o pretor confirmava a liberdade do escravo, também proferindo, em resultado, uma *addictio*. Aqui já não se pode falar em adjudicação.

Portanto, não se pode interpretar como tal, no procedimento da *manus iniectio*, a entrega definitiva do homem a seu credor, com a simultânea incidência na *capitis deminutio*, peculiar ao instituto do *nexum*.

“*Abductus*”, ao contrário, tem linguisticamente conceituação que se apropria ao estado de transição do *vinctus* em espécie. Derivado do verbo

abduco...ere, significa - levar por força, ou coativamente. Cícero (*Verres*, 5, 125) emprega o adjetivo (*abductus,a,um*) na acepção de conduzido, trazido arrastado, e Vergílio, na de puxado, teso, entesado.

O movimento do *iniiciens* (apreensor) conduzindo o homem à sua casa e mantendo-o encarcerado pelo *tempus iusti*, em nada difere do movimento do credor desatendido no *vocatio in ius*, ou chamamento a juízo. Em ambos os casos, a submissão temporária é a mesma. Em ambos, o indivíduo submetido é *abductus*, sem qualquer restrição de sua capacidade pessoal, de seu *status*, ainda mais porque a *capitis deminutio*, uma vez caracterizada, era irrevogável, sem retorno.

Os antigos romanos sempre foram muito zelosos no emprego das *verba iuris*. E os que se dão ao afanoso trabalho de escutar-lhes o direito e de manter a pureza de sua história não se podem omitir nesse zelo, embora para muitos isto não passe de *lana caprina*.