

A EXPRESSÃO “*HUMANUM EST*” COMO FUNDAMENTO DA PROTEÇÃO CONFERIDA À PARTE CONTRATUALMENTE DÉBIL

*Eliane Maria Agati Madeira**

1. Aspectos preliminares

É nosso objetivo esclarecer o emprego da expressão *humanum est* no rescrito que criou a *laesio enormis* e verificar em que medida o conceito de *humanitas* interveio para disciplinar o instituto em questão.

A *humanitas*, que como recorda SCHULTZ, é sentimento de dignidade e sublimidade próprios da pessoa humana que põe a criatura humana acima de todas as outras do mundo, foi também utilizada pelos juristas e imperadores para legitimar a função exercida pelo poder com a finalidade de unificar os diversos componentes humanos e culturais do Impérios e inovar a tradição jurídica.

A doutrina interpolacionista, entretanto, defende que tal expressão revele princípios inerentes à época justinianéia.

No entanto, diferentemente do que a doutrina interpolacionista sempre supôs, a invocação pelo direito romano de argumentos de humanidade não é exclusiva do período pós-clássico e necessariamente indicadora de influência cristã. Adicione-se a isso que o próprio estilo dos rescritos dioclecianeus é caracterizado pela utilização de amplas e detalhadas justificações, procurando exaltar o fundamento moral e a sabedoria da decisão.

Pareceu-nos assim apropriado selecionar todos os textos do Digesto e todas as constituições imperiais do *Codex* que contivessem tal expressão (ou seus possíveis desdobramentos: *humanum fuerit, esse* etc.) para verificar se esta tenha sido uma construção que já anteriormente a Justiniano pudesse expressar valores humanitários e precipuamente para compreender e justificar a presença da expressão *humanum est* no corpo da decisão imperial de Diocleciano.

2. *Humanum est* no Digesto

1) D.5.1.36 pr (Callistratus 1 *Cogn.*)

Interdum ex iustis causis et ex certis personis sustinendae sunt cognitiones: veluti si instrumenta litis apud eos esse dicantur qui rei publicae causa aberunt: idque

* Doutora em Direito Romano e Civil pela USP. Especialista em Direito Romano pela Universidade de Roma “La Sapienza”. Profa. Titular de Direito Romano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Divi Fratres in haec verba rescripserunt: **Humanum est** propter fortuitos casus dilationem accipi, veluti quod pater litigator filium vel filiam vel uxor virum vel filius parentem amiserit, et in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri.

Às vezes, por justas causas e em atenção a determinadas pessoas, há de ser suspensa a cognição dos juízos; por exemplo se alegar que os documentos da lide estão em poder daqueles que estão ausentes por causa da res publica e assim responderam por rescrito os imperadores de consagrada memória Marco Aurélio e Lúcio Vero nos seguintes termos: é humano que se conceda dilação por casos fortuitos, por exemplo, porque o pai que litiga perdeu um filho ou uma filha, ou a mulher o marido, ou o filho seu pai ou sua mãe e em tais casos suspender por algum tempo a cognição do juízo.

Neste caso a expressão foi empregada em um rescrito dos *Divi Fratres* (161 a 169 d.C.) relatado por Calístrato onde se recorre à *humanitas* como fundamento da necessidade de *sustinere* a *cognitio* em determinadas situações. Com efeito, seja no exemplo elencado pelo jurista (documentos necessários ao processo em poder daquele que está ausente por causa da *res publica*), sejam naqueles relatados pelos imperadores (pai que perde o filho ou filha, a mulher que perdeu o marido, o filho, o pai ou a mãe) ou em outras situações que caracterizem o caso fortuito, será possível a dilação do litígio.

Assim, por razões fundadas na *humanitas* opera-se a repercussão de um dado de fato na esfera jurídica.

2) D.24.1.13.1 (Ulpianus 32 *ad Sab.*)

Proinde et si mortis causa uxori donaverit et deportationem passus est, an donatio valeat, videamus. Et alias placet in casum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in causam divortii. Cum igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur et nihil vitium mulieris incurrit, **humanum est** donationem, quae mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari, tamquam si mortuo marito rata habebatur, ita tamen, ut non adimatur licentia marito eam revocare, quia et mors eius exspectanda est, ut tunc plenissimam habeat firmitatem, quando ab hac luce fuerit subtractus, sive reversus sive adhuc in poena constitutus.

Por consequência, se o marido houver doado mortis causa algo a sua mulher e depois houver sido deportado, vejamos se vale a doação. E agrada fazer valer a doação no caso da deportação, como quando se faz por causa do divórcio. Como o matrimônio não se dissolve por deportação e a mulher não incorreu em falta, é humano que a doação, inicialmente feita mortis causa, se confirme com o sobrevir do exílio, como se houvesse sido confirmada pela morte do marido, de modo porém a não retirar do marido a faculdade de revogá-la, já que deve esperar sua morte para que tenha a firmeza definitiva ao ser subtraído desta luz, tanto se houvesse regressado da deportação como se seguisse cumprindo tal pena.

Neste fragmento inserido no título *De donationibus inter virum et uxorem* Ulpiano cogita da validade de uma doação *mortis causa* do marido à mulher, na hipótese de sobrevir deportação do mesmo.

Sabe-se que entre o final da República e início do Império surge a proibição de doação entre cônjuges. No entanto, as doações *mortis causa*, *divortii causa* e as feitas em função de exílio ou deportação, entre outras, não estão compreendidas nesta restrição. Além disso, de acordo com o senatusconsulto de Septímio Severo e Caracala de 206 d.C. (do qual Ulpiano certamente tinha notícia uma vez que a maior parte de seus escritos foram compostos sob o reinado único de Antonino Caracala, de 211 a 217), as doações entre cônjuges (feitas em vida) seriam confirmadas se o doador morresse sem revogá-las.

De acordo com Bonfante, a *capitis deminutio media*, decorrente da deportação, "scioglieva il vincolo coniugale" e só no direito justinianeu é que esta orientação teria mudado. Desta forma, considera que tanto este fragmento como a constituição constantina inserida no *Codex* (a qual em síntese considera que o matrimônio sobreviva à deportação), sejam interpolados.

No entanto, a parte esta posição de tendência interpolacionista, a afirmação ulpinianéia *cum igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur* adicionada à concepção romana da *affectio maritalis* nos leva a seguir caminho diverso, mais especificamente aquele de Palma ao afirmar que a *humanitas* da decisão residia no reconhecimento da possibilidade de equiparar a doação *mortis causa* àquela efetuada para o caso de exílio e deportação assim como na preservação da faculdade de revogação do marido deportado, faculdade que atenuava a incapacidade decorrente da deportação.

Portanto, conclue-se que por intermédio da *humanitas* foi possível atenuar o rigor do *ius civile*.

3) D.24.3.22.7 (Ulpianus 33 ad ed.)

Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus. Et illud quidem dubio procul observatur eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. An autem illa repudianda est, considerandum est. Et si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, sciente ea persona, quae, cum compos mentis esset, ita furenti quemadmodum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas: quid enim tam **humanum est**, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse? Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet, procreandae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat.

....pois o que é tão **humano** como o marido participar das eventuais desgraças de sua mulher e a mulher das do marido? Mas se a loucura for tal, se é tão agressivo e perigoso que não haja esperança de cura e resulta temível para os servos e o outro cônjuge está atemorizado pela gravidade da loucura ou, não tendo descendente vive obcecado pelo desejo de ter prole, deverá permitir-se ao que está em seu cabal juízo que envie o libelo do repúdio ao que está louco de maneira que seja dissolvido o matrimônio sem prejuízo de uma ou outra parte.

O caso contemplado diz respeito à possibilidade de ser repudiado o marido ou a mulher que durante o matrimônio enlouqueceu. Ulpiano, em fragmento inserido sob o título *Solutio matrimonii dos quemadmodum petatur*, faz distinção entre um tipo de loucura agressiva que apresenta remota chance de cura (caso em que poderá haver dissolução do matrimônio sem culpa de nenhuma das partes) e outro de loucura contínua, mas tolerável ou sujeita a intervalos de lucidez. Nestes casos não deve ser dissolvido o matrimônio, pois *humanum est* que a mulher participe do caso fortuito do marido ou vice versa.

No entanto, é interessante notar que se o cônjuge mentalmente são, contrariando os valores inerentes à *humanitas*, enviar repúdio aquele que apresenta loucura sujeita a intervalos de lucidez, dará ensejo à dissolução do matrimônio por culpa sua, o que leva a concluir que, apesar de juridicamente possível o repúdio, este não é conforme à *humanitas*.

4) D.40.5.37 (Ulpianus 6 Fideic.)

Si pure data sit fideicommissa libertas et is servus rationes administrasse dicatur, Divus Marcus rescripsit moram libertati non esse faciendam, ex continenti tamen arbitrum dandum esse, qui computationem ineat. Verba rescripti ita se habent: “aequius videtur Trophimo ex causa fideicommissi praestari libertatem, quam sine condicione reddendarum rationum datam esse constat, **neque humanum fuerit** ob rei pecuniariae quaestionem libertati moram fieri. Qua tamen repraesentata confestim arbiter a praetore erit dandus, apud quem rationem, quam administrasse eum apparuit, ex fide reddat”. Tantum igitur rationes reddere cogetur. Sed an et reliqua restituere debeat, nihil adicitur, nec puto cogendum: nam de eo, quod in servitute gessit, post libertatem conveniri non potest. Corpora plane rationum et si quas res vel pecunias ex his detinet cogendus est per praetorem restituere: item de singulis instruere.

....As palavras do rescrito são as seguintes: “Parece mais equitativo que se dê a liberdade a Trophimus em virtude do fideicomisso, pois consta que esta lhe foi concedida sem a condição de prestar contas e **não seria humano** retardar a liberdade por uma questão pecuniária. Mas uma vez manumitido o escravo o pretor, sem tardar, deve nomear um árbitro diante do qual preste fielmente as contas do que administrou....”

Novamente (assim como em D.5.1.36 pr em que Calístrato mencionava rescrito dos *Divi Fratres*) encontramos a expressão no corpo de um rescrito imperial ao qual o jurisconsulto se refere.

Ulpiano, em tema de *fideicommissariis libertas*, na hipótese de ser dada liberdade por meio de fideicomisso ao servo que administrava negócios do patrão, observa que segundo o imperador Marco Aurélio *neque humanum est* causar retardo na concessão de liberdade ao servo por questão pecuniária. Assim, tendo em vista que a manumissão não estava subordinada à condição de prestar contas, esta deve ser posterior à atribuição da liberdade, o que leva a concluir que a conduta reprovada não está de acordo com a *humanitas*, tampouco com o direito.

5) D.50.1.24 (Scaevola 2 Dig.)

Constitutionibus Principum continetur, ut pecuniae, quae ex detrimento solvitur, usurae non praestentur: et ita Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt his verbis: «**Humanum est** reliquorum usuras neque ab ipso, qui ex administratione honoris reliquatus est, neque a fideiussore eius, et multo minus a magistratibus, qui cautionem acceperint, exigi». Cui consequens est, ut ne in futurum a forma observata discedatur.

Ordena-se nas constituições imperiais que as quantias que são pagas em indenização (à cidade) não sejam passíveis de juros: e assim declaram em um rescrito os imperadores Augustos Antonino e Vero: é humano que não se reclamem juros das quantias devidas, nem de quem as deve por consequência da gestão de seu cargo nem do fiador tampouco dos magistrados que aceitaram a garantia. Com o que é consequente que não se altere no futuro esta observância.

Cévola, anterior a Ulpiano e Calístrato, também faz menção a um rescrito dos *Divi Fratres*, em que a *humanitas* aparece como um dos elementos justificadores de decisões imperiais de geral valor normativo.

Trata-se da proibição, decorrente de não ser de acordo com os preceitos da *humanitas*, de exigirem-se juros relativos a uma soma paga *ex detrimento*.

Este fragmento apresenta particular interesse por deixar claro que a *humanitas* possa alcançar valor jurídico, uma vez que nenhum argumento de cunho técnico foi invocado para justificar a decisão imperial. Adiciona-se a isso o respeito que o jurisconsulto reconhece a esta posição: *ut ne in futurum a forma observata discedatur*.

Da análise destes fragmentos contidos no Dígesto conclue-se que *humanum est, esse, fuerit* etc. são expressões mais familiares aos imperadores que aos juristas. Com efeito, é significativo que tais expressões constem em sede de três constituições imperiais transcritas pelos jurisconsultos (duas delas atribuídas aos *Divi Fratres*) e apenas em Ulpiano, em outros dois fragmentos, é que encontramos a expressão empregada pelo próprio jurista.

Tendo em vista que Ulpiano, jurista da “última jurisprudência”, exerceu relevantes funções administrativas na corte dos Severos parece ser natural que recorra ao conceito de *humanitas* já que ele próprio deve ter contribuído para seu uso por parte do imperador.

Conforme assevera MASCHI, quando a jurisprudência usa a expressão, o faz na medida em que o jurista do Império é normalmente colaborador do príncipe, inspira e até formula decisões imperiais. Como consequência não é possível que o jurista, ao escrever seus livros, nos quais muitas vezes comenta aquelas decisões, prescindia deste fator, ignorando o vocabulário utilizado como conselheiro do príncipe.

Com relação ao uso de *humanum est* pelos imperadores é possível explicá-lo se levarmos em consideração “la latitudine della potestà imperatoria” que permite a atuação de princípios eqüitativos em conformidade com as novas exigências sociais.

Em todos estes fragmentos, a expressão analisada serve a justificar assistência a pessoas necessitadas, em posição de desvantagem, ou que passam por momento difícil (como em D.5.1.36 pr em que a perda de parentes próximos leva a suspender a *cognitio*, D.24.3.22.7 em consideração ao louco, D.40.5.37 em proteção ao escravo e D.50.1.24 em consideração ao devedor). Pode também justificar uma interpretação mais ampla que possa flexibilizar o rigor do *ius civile*, como aquela que permitiu a equiparação da doação *mortis causa* àquela por deportação; mas ainda aqui está presente o sentido de proteção, neste caso, à mulher.

3. *Humanum est* no *Codex*

1) C.1.14.8pr.(Theodos. et Valentin. AA. ad Senatum)

Humanum esse probamus, si quid de cetero in publica vel in privata causa emerserit necessarium, quod formam generalem et antiquis legibus non insertam exposcat, id ab omnibus antea tam proceribus nostri palatii quam gloriosissimo coetu vestro, patres conscripti, tractari et, si universis tam iudicibus quam vobis placuerit, tunc allegata dictari et sic ea denuo collectis omnibus recenseri et, cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri numinis consistorio recitari, ut universorum consensus nostrae serenitatis auctoritate firmetur [a. 446].

Aprovamos ser humano que se quanto ao demais surgir qualquer coisa necessária à pública ou privada causa que requeira uma norma geral e não inserida nas antigas leis, esta, ó pais conscritos, seja tratada por todos, primeiramente pelos magnatas tanto do nosso palácio como da gloriosíssima vossa assembléia e se agradar tanto a todos os juizes como a vós então seja colocada em forma de lei e assim, reunidos todos os pareceres, seja de novo revisada e tendo todos consentido então seja finalmente lida no nosso consistório a fim de que o consentimento dos universais seja confirmado com a autoridade de nossa serenidade.

Por meio desta constituição imperial inserida no título *de legibus et constitutionibus principum et edictis*, os Imperadores Teodósio e Valentiniano, dirigindo-se ao Senado, descrevem o procedimento de criação de nova lei. *Humanum esse probamus* refere-se à necessidade, se surgir algo necessário para a pública ou privada causa que

requeira uma norma geral e não inserida nas antigas leis, de criar a nova lei de acordo com os preceitos descritos.

Observe-se que a expressão *humanum est*, foi utilizada pelos imperadores sem se revestir de qualquer aspecto ético.

2) C.3.33.12.1 (Iust.)

Sin autem talis fuerit incerta condicio, 'donec in furore filius vel alius quisquam remanserit', vel in aliis similibus casibus, quorum eventus in incerto sit, si quidem resipuerit filius vel alius, pro quo hoc dictum est, vel condicio extiterit, usum fructum finire: sin autem adhuc in furore is constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto manere usum fructum apud eum. Cum enim possibile erat usque ad omne vitae tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem vel condicionem impleri, **humanissimum est** ad vitam eorum usum fructum extendi. Quemadmodum etenim, si decesserit usufructuarius ante completam condicionem vel furorem finitum, extinguitur usus fructus, ita **humanum est** extendi eum in usufructuarii vitam, etsi antea decesserit furiosus vel alia condicio defecerit [a. 530].

...Pois sendo possível que se tenha considerado todo tempo da vida do usufrutuário e não o retorno do louco ao seu juízo ou o cumprimento da condição, é muito humano que o usufruto se estenda à vida daqueles. Porque assim como se extingue o usufruto se o usufrutuário houvesse morrido antes de cumprida a condição, ou de cessada a loucura, é humano que se estenda à vida do usufrutuário ainda que antes tenha falecido o outro ou houver faltado outra condição.

Trata-se de constituição de usufruto em favor da mulher ou de outra pessoa, com extinção subordinada ao advento de uma condição resolutiva.

A referência ao prazo de duração do usufruto subordinado à cessação da loucura do filho ou de outra pessoa ou subordinado ainda ao advento de um fato futuro e incerto semelhante, é o pano de fundo para o raciocínio desenvolvido pelo imperador.

Justiniano afirma que se o louco morrer antes do usufrutuário *humanissimum est* considerar o usufruto como vitalício, já que seria possível que a loucura persistisse por toda a vida do usufrutuário.

De acordo com nosso modo de entender, a orientação do imperador está relacionada ao grau de previsibilidade da duração do usufruto, e portanto, à expectativa do usufrutuário.

É preciso cautela para compreender a afirmação justinianéia no tocante à continuidade do usufruto por toda a vida do usufrutuário, na hipótese do evento futuro e incerto não se realizar. Isto só ocorrerá *in aliis similibus casibus*. Deste modo, distingue o imperador (ainda que não claramente) dois tipos de situações: (que são identificadas a partir da leitura de toda a constituição): uma na qual, embora sempre

incerto o advento do fato futuro, possa ser previsível a data máxima da cessação do usufruto, caso em que este poderá ser prorrogado não até a morte do usufrutuário, mas até este momento (como ocorre se o usufruto for constituído em favor da mulher ou outro até o advento da puberdade do filho e este morrer antes de alcançá-la) e outra na qual, como na loucura, haja total imprevisão quanto à data de sua cessação.

A expressão *humanum est* foi empregada em uma construção correlativa, na qual Justiniano afirma que assim como o usufruto se extingue com a morte do usufrutuário antes do advento da condição, é também humano ser prorrogado por toda a vida do usufrutuário na hipótese elencada.

As considerações acima feitas permitem concluir que o recurso a *humanum est* justificou a interpretação do direito realizada pelo imperador, na medida em que considerar o usufruto como vitalício é o mesmo que integrar autoritativamente a vontade de seu instituidor por meio de uma interpretação mais benéfica ao usufrutuário.

3) C.5.13.1.14A (Iust.)

Quod non erat in ex stipulatu actione: ibi enim et solus exactionem habebat consensu filiae non expectato et, si decedebat, ad suos heredes transmittebat. Sed rei uxoriae ius et in ex stipulatu actionem transponere satis **humanum**, satis pium, satis utile matrimonii **est** [a. 530].

O que não ocorria na actio ex stipulatu na qual tinha sozinho o pai ação sem necessitar do consentimento da filha e se morresse a transmitia aos seus herdeiros. Mas transferir o direito da actio rei uxoriae para aquele da ex stipulatu é altamente humano, pio e útil aos matrimônios.

“*Satis humanum est*”, além de ser pio e útil ao matrimônio, transpor o antigo direito da *rei uxoriae actio* para a ação *ex stipulatu*. Assim o Imperador justifica ao povo da cidade de Constantinopla e a todos os moradores das províncias, a inserção no âmbito da *actio ex stipulatu* do regime inerente à *actio rei uxoriae*, retomando a necessidade do consentimento da filha para que se intentasse a ação e reforçando a não transmissibilidade desta aos herdeiros do pai.

Novamente a intervenção imperial se dá no âmbito de um instituto que dava margem à interpretações controversas, já que seu desenvolvimento em época romano-helênica não foi claro.

Sabe-se que enquanto no direito clássico duas eram as ações que se prestavam à restituição do dote em caso de ruptura do vínculo conjugal (*actio ex stipulatu* e *actio rei uxoriae*), em época pós-clássica, no entanto, a *actio rei uxoriae* foi abolida por Justiniano, sendo transferidos os princípios desta à *actio ex stipulatu*, que passou a prescindir de uma *stipulatio* literal.

Conforme observa Justiniano, no regime da *actio rei uxoriae*, em tendo sido dissolvido o matrimônio, o pai da mulher só poderia intentar a referida ação com o

consentimento da filha e se antes de intentá-la morresse e se já houvesse tido lugar a *litiscontestatio*, o dote retornava à filha. Já na *actio ex stipulatu* não era exigido o consentimento da filha e se o pai morresse transmitia-se o direito de restituição do dote aos seus herdeiros.

Não se pode olvidar que a *actio rei uxoriae* foi concebida em favor e em garantia da mulher.

Somamos assim mais uma aplicação da *humanitas* na legislação do Baixo- Império para introduzir na legislação uma proteção à mulher.

4) C.6.30.22.1 (Iust.)

Ex omnibus itaque istis unam legem colligere nobis apparuit **esse humanum** et non solum milites adiuuare huiusmodi benefício, sed etiam ad omnes hoc extendere, non tantum si improvisum emerit debitum, sed etiam si onerosam quis inueniat esse quam adierit hereditatem. Ita enim nec satis necessarium deliberationis erit auxilium, nisi hominibus formidolosis, qui et ea timent, quae nulla digna sunt suspicione [a. 531].

Assim, pois, nos pareceu ser humano formar de todas estas uma só lei e não somente favorecer aos militares com este benefício, mas estendê-lo também a todos, não somente se houver surgido uma dívida imprevista, mas também se um descobrir que é onerosa a herança à qual adiu. Porque deste modo não será necessário o auxílio da deliberação, senão para os homens temerosos que receiam até do que não é digno de suspeita alguma.

A expressão *humanum est* foi utilizada por Justiniano (ao fundir constituições anteriores de modo a formar uma só lei) para justificar que não se limite apenas aos soldados um benefício anteriormente introduzido. Em sendo assim, por razões de humanidade, Justiniano estende a todos a possibilidade de responder somente até o valor dos bens que compõem a herança aceita, de forma que os credores do defunto não tenham direito sobre os bens daqueles que, após a aceitação, descobrem dívidas imprevistas ou julgam excessivamente onerosa a herança.

5) C.6.37.23.2 (Iust.)

(1) Sed et aliam disceptationem iuris antiqui non absimilem constitutam decidere nobis **humanum esse** apparuit. Agitabatur enim, si quis agrum Cornelianum vel forte alium vel quandam rem cuidam legaverit et postea iterum vel saepius ei eandem rem per legatum vel fideicommissum dederit, post talia autem verba testamenti Sempronio eundem agrum vel aliam rem legaverit, ut saepius quidem Titii fuisset mentio, semel autem Sempronii, quid statuendum est? et quid iuris sit, si coniunctim an separatim eis relinquatur, sive in legato hoc consistat sive in hereditate? [a. 530].

Mas a nós parece ainda ser humano decidir uma outra controvérsia do direito antigo, não dissimile. Discutia-se se um legou a alguém o campo Corneliano ou

talvez um outro ou uma outra coisa e depois, de novo ou várias vezes, lhe desse a mesma coisa por meio de legado ou de fideicomisso; e depois de tais palavras de testamento legasse a Semprônio o mesmo campo ou a outra coisa, de modo a mencionar várias vezes Tício e uma só vez Semprônio, o que deve ser dito? E qual será a solução se for deixado conjuntamente ou separadamente, se ou per legato ou por herança isto se faça?

Justiniano, ao prefeito do pretório, em tema *De legatis*, expõe novamente seu ideal de dirimir outra questão do direito antigo. A expressão *humanum esse* refere-se à necessidade de solucionar a controvérsia atinente à interpretação da vontade do testador que legou uma coisa a alguém e depois a atribuiu por meio de outro legado ou fideicomisso à mesma pessoa e em seguida, faz legado da mesma coisa a outra pessoa. Ordena o imperador mais adiante que, na ausência de manifestação expressa do testador, seja dividida a herança de modo a cada qual ser chamado a receber a metade.

Semelhantemente à C.1.14.8pr, a expressão *humanum est* foi empregada sem revestir-se de qualquer atributo inerente a *humanistas*.

6) C.6.38.5.1 (Iust.)

Et si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos, sed etiam his deficientibus generum et nurum. Et hos enim nobis **humanum esse** videtur ad fideicommissum vocari, ita videlicet, si matrimonium morte filii vel filiae fuerit dissolutum. Nullo etenim modo possint gener vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari, cum hi procul dubio eos antecedant: et hoc videlicet gradatim fieri, ut post eos liberti veniant [a. 532].

E se alguém em seu testamento houver instituído fideicomisso em favor de sua família, não tendo feito nenhuma especificação de pessoas, compreende-se não somente os parentes próximos mas, na ausência destes também o genro e a nora. Porque a nós parece ser humano que aqueles sejam chamados a fideicomisso se pela morte do filho ou filha tenha sido dissolvido o matrimônio, posto que de modo algum podem o genro e a nora serem chamados a tal fideicomisso estando vivos os filhos, enquanto que aqueles sem dívida lhe precedem e isto deve ocorrer por graus de modo que após estes venham os libertos.

Após ter esclarecido o sentido do vocábulo “família” (C.6.38.5pr), ordenando que com esta denominação se designe ascendentes, descendentes e todos os parentes, bens, libertos, patronos e escravos, Justiniano dá orientação ao Prefeito do Pretório a respeito de como interpretar a vontade do testador que se utilizou deste vocábulo sem qualquer especificação para instituir um fideicomisso de família.

Assim, a expressão *humanum esse* constitui o fundamento para que sejam chamados ao fideicomisso o genro e a nora, caso o matrimônio tenha sido dissolvido por morte do filho ou da filha.

7) C.8.37.14pr. (Iust. A. Iohanni PP.)

Optimam quaestionem et frequenter in iudiciis versatam satis **humanum est** saltem in praesenti dirimere, ne diutius nostram rem publicam molestare concedatur. In multis etenim contractibus et maxime in feneratiis cautionibus solitum est adscribi, stipulationes per certos servos celebrari. Sed quidam indevotione tenti ex hoc materiam altercationis acceperunt: et alii quidem non esse servum adhibitum contendebant, alii vero non eius esse servum, ad quem pertinere scriptura protestabatur: et si non per servum, sed inter praesentes celebratam esse rem fuerit scriptum, et hoc iterum dubitabatur, debere ostendi partes esse praesentes [a. 531].

É bastante humano dirimir ao menos no presente uma optimam quaestionem frequentemente versada em juízo para evitar que a res publica seja molestada. Em muitos contratos e principalmente nos usurários foi costume acrescentar que as estipulações seriam celebradas por meio de certos servos. Mas alguns, movidos pela desafeição daí tiravam matéria para discussões e outros sustentavam não ter intervindo o servo ou que este não pertencia aos contratantes e caso fosse escrito ter sido celebrada a estipulação entre presentes e não mediante servos, na dúvida convinha provar que as partes estiveram presentes.

Por meio deste rescrito o Imperador Justiniano, mais uma vez dirigindo-se ao Prefeito do Pretório, afirma ser *humanum* dirimir uma questão importantíssima com freqüência versada em juízo, a fim de que não se permita que por mais tempo seja molestada a *res publica*.

A *optima quaestio* refere-se ao costume inerente principalmente às estipulações relativas aos contratos de empréstimos a juros de inserir cláusula afirmando que as estipulações se celebraram por meio de escravos. Com freqüência aqueles a quem a anulação do negócio possa aproveitar tiram daí pretextos, por exemplo, alegando que o escravo não era de quem reclamava a observação da estipulação ou que desta não teria efetivamente participado. Além disso, se o contrato não tivesse sido celebrado por meio do escravo, mas entre presentes, duvidava-se da necessidade de ser feita a prova da presença das partes.

Justiniano que, em síntese, quer evitar delongas advindas de tais indagações, afirma que deve ser dada fé primordialmente ao que está escrito, a não ser que sejam líquidas e manifestas as provas em contrário.

MARRONE, discorrendo sobre a prática de atestar por escrito a celebração da *stipulatio*, afirma que Justiniano, em C.8.37.14 “stabilisce infatti l’efficacia in sè del relativo documento, salvo prova che le parti non fossero presenti nella stessa località quando il documento era stato redatto”.

Mais uma vez *humanum est* não é atributo da decisão a que se chegou, mas da necessidade prática de solucionar controvérsias.

8) C.8.39.4.1 (Iust.)

Nobis pietate suggerente videtur **esse humanum** semel in uno eodemque contractu qualicumque interruptione vel agnitione adhibita omnes simul compelli ad debitum persolvendum, sive plures sint rei sive unus, sive plures creditores vel non amplius quam unus [a. 531].

A nossa piedade sugere parecer ser humano que uma vez interrompida a prescrição ou reconhecido o débito proveniente de um mesmo contrato todos sejam obrigados ao pagamento tanto se forem vários devedores como se for apenas um.

Justiniano trata de possíveis questões decorrentes da solidariedade eletiva, seja ela passiva ou ativa. Nestes casos, se alguns dos *rei promittendi* reconhecer a dívida a certos credores ou a apenas um deles, ou ainda, em havendo um único devedor, este reconhecer a dívida a um só credor ou a alguns, seja por meio do adimplemento da prestação ou por outro modo que dê ensejo à interrupção da prescrição, discutia-se da possibilidade de dirigir-se contra os demais pelo não cumprimento e de coibir a cobrança com fundamento na prescrição.

É significativa a referência à *pietas* na convicção de Justiniano ao considerar *humanum esse* que o ato do devedor que implicar em interrupção da prescrição ou reconhecimento da dívida gere a obrigação de pagar juntamente a dívida pelos demais. Portanto, a *solutio* ou a citação de um devedor prejudica os demais e aproveita aos credores. Conforme assevera Marrone, com Justiniano os efeitos “dell’atto interruttivo della prescrizione si estendevano a tutti, concreditori e condebitori solidali”.

Constatou-se que no *Codex*, a expressão *humanum est* foi empregada uma vez por Diocleciano e Maximiniano (em C.4.44.2 que será objeto de análise a seguir), uma por Teodósio e Valentiniano e sete por Justiniano. A maior frequência da expressão nas constituições justinianéias não autoriza concluir que o rescrito criador da *leais enormis* tenha sofrido interpolação. Afinal, como observamos a partir dos fragmentos do Digesto, imperadores anteriores a Diocleciano já tinham empregado *humanum est*. Além disso, diferentemente do que poderia se imaginar a partir da distinção entre *humanitas* romana e *humanitas* cristã, em várias constituições emanadas por imperadores cristãos (C.1.14.8pr, C.6.37.23.2 e C.8.37.14pr) verifica-se que o recurso à *humanum est* não traz consigo idéia de proteção a determinadas pessoas ou situações, mas de necessidade de eliminar interpretações duvidosas para o bom andamento da *res publica*, desprovida a expressão de qualquer conteúdo ético.

2. *Humanitas* e o *Edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium*.

Apesar do termo *humanitas* ser infrequente na legislação “privatística” de Diocleciano, conforme observa Amelotti “nell’atteggiamento di Diocleziano si manifesta ripetutamente una nota di umanità”.

No entanto, é no âmbito do chamado direito público, no *Edictum de pretiis* de 301 d.C. que encontraremos a mais interessante expressão da “humanidade” de Diocleciano.

Diocleciano assinala ser o desenfreado desejo de auferir lucros reprovável, referindo-se a quem a pratica por: *inprobus, immodestus, depraedator rei publicae, diripiens*, sustentado por *quaestus detestandi*. A pena de morte é a sanção prevista não só aos vendedores que desobedecessem a fixação dos preços mas também aos compradores que contrariassem as disposições agindo com a “avidez do vendedor”.

Interessante notar que a opção pelo preço máximo adveio de reconhecimento por parte do imperador de que não poderia ser fixado preço fixo de cada mercadoria de modo justo, já que numerosas províncias gozavam de abundância nas colheitas e de preços baixos.

Os preços indicados deveriam ser observados em toda a extensão do Império. Frequentemente, porém, as partes não respeitavam os preços estabelecidos, comprando e vendendo acima do limite estabelecido. Como conseqüência, o encarecimento prosseguia e, sendo grande o temor da punição prevista, as mercadorias desapareciam dos mercados. Os preços permaneceram em vigor até 306 d.C., quando Diocleciano renunciou ao trono.

A conexão lógica e cronológica desta fonte com o instituto da *laesio enormis* já foi ressaltada por vários autores. No entanto, nenhum deles ocupou-se de estabelecer talvez o mais relevante ponto de contato com a célebre constituição de 285 d.C. a partir das referências à *humanitas* e ao gênero humano contidas no edito, as quais, segundo nosso ponto de vista, vislumbram a mesma paternidade destes documentos jurídicos.

É no prefácio ao edito, no qual Diocleciano expõe as razões que o levaram a adotar esta medida, que encontramos interessantes utilizações do conceito de *humanitas*.

O imperador reconhece que sua intervenção nas relações entre comprador e vendedor faz-se necessária dada a gravidade da situação. Afinal, não pode fugir deste compromisso uma vez que como *parentes generis humani, arbitram rebus intervenire iustitiam*. Ainda, tendo em vista ser raro que a índole humana esteja espontaneamente disposta ao bem (*quod rarum admodum est humanam condicionem sponte beneficam...*) faz-se necessária a imposição de medida fundada no interesse público (*ex commodo publico*).

Ao referir-se à avidez desenfreada e ilimitada dos vendedores menciona que esta é exercida *sine respectu generis humani*.

A intervenção imperial faz-se necessária para, por uma *arbitra iustitia*, trazer o *temperamentum speratum que humanitas ipsa praestare non potuit*.

O imperador justifica o retardo na adoção da medida pela esperança, como era de se supor *per iura naturae* que os homens por si mesmos pudessem se corrigir.

Aos praticantes do aumento de preço são atribuídas *atrocissimae inhumanitates*. Apenas quem for *a sensu humanitatis extorris* ignora que o arbitrário aumento de preços chegou a tal ponto que o desenfreado desejo de auferir lucros não é mitigado nem pela abundância de colheitas e produtos. A *communis humanitatis ratio* persuade o imperador a adotar um *modus* à avareza dos vendedores.

A partir do exposto é possível afirmar que Diocleciano, por meio de seu *edictum de pretiis* manifesta valores inerentes a *humanitas*, de modo a buscar a proteção da parte economicamente mais frágil, em clara harmonia com os princípios inerentes à *laesio enormis*. Com efeito, há razão Maschi quando, discorrendo sobre a maior frequência do emprego de *humanitas* nas fontes pós-clássicas em relação às clássicas, afirma: “l’espesso richiamo alla humanitas è inversamente proporzionale -nella frequenza- alla effettiva e spontanea osservanza della *humanitas* nella coscienza sociale”.

3. C.4.44.2 e *humanum est*

C.4.44.2 (Diocl. et Maxim. AA. Aurelio Lupo)

Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, **humanum est**, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit [a. 285].

Ao buscar corrigir a iniquidade proveniente de uma relação jurídica contratual Diocleciano deve ter tido em mente o quadro gerado pela crise econômica e financeira responsável pela progressiva concentração da terra nas mãos dos *potentiores*.

Neste ambiente social, devem ter sido freqüentes os reclamos aos imperadores por parte daqueles que venderam sua terra a preço ínfimo.

Assim, *humanum est* refere-se à possibilidade, não abarcada até então pelo *ius civile*, do devedor rescindir um ato jurídico danoso pelo simples desequilíbrio objetivo entre as prestações, sem indagar de qualquer elemento subjetivo. Ainda no âmbito do *humanum est* está a escolha dada ao comprador entre devolver o bem ou pagar o complemento, de modo que seus interesses também sejam levados em consideração. Poderíamos ir além: *humanum est* assegurar o equilíbrio contratual.

Apesar do instituto da *laesio enormis* constituir uma novidade até certo ponto revolucionária, o exame do direito clássico por nós realizado permitiu concluir que a idéia de equivalência das prestações e de justo preço inspiradoras da proibição à *laesio enormis*, já estavam presentes em época clássica, embora não de modo sistemático. Diocleciano, ao utilizar a expressão *humanum est* procura justificar, no plano ético, sua inovação.

Tudo isso comprova a tese de CATALANO segundo a qual o *ius Romanum* tal qual concebido pelo imperador Diocleciano constitui um sistema no qual *religio, mos* e *ius* estão em profunda inter relação.

De qualquer modo, a *humanitas* constitui inspiração e explicação para a solução dioclecianéia que buscou garantir a preservação da liberdade contratual.