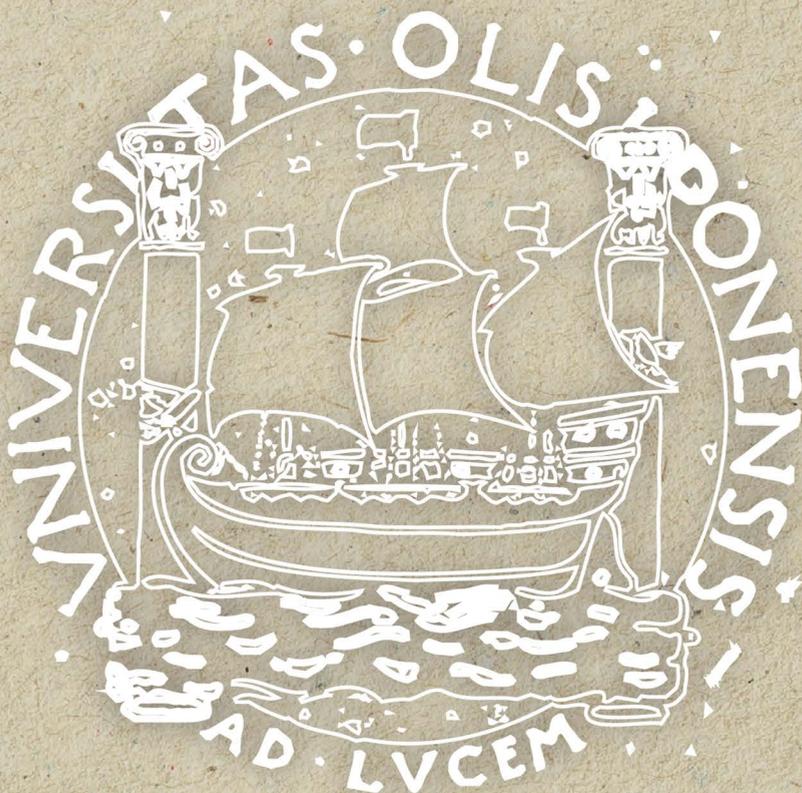


# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota  
Catarina Monteiro Pires  
Rui Tavares Lanceiro  
Francisco Rodrigues Rocha

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

## TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**  
11-17 Editorial

## ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**  
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil  
*Vulnerabilities and Civil Law*
- **Christian Baldus**  
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?  
*Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?*
- **José Tolentino de Mendonça**  
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade  
*On the Use of the Word Vulnerability*

## ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**  
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha  
*The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity*
- **Alfredo Calderale**  
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano  
*Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems*
- **Aquilino Paulo Antunes**  
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos  
*Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives*
- **Cláudio Brandão**  
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica  
*Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic*
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**  
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica  
*Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe*

- 
- Elsa Dias Oliveira**  
209-230 Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia  
*Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law*
- 
- Fernando Loureiro Bastos**  
231-258 A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros  
*Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states*
- 
- Filipa Lira de Almeida**  
259-281 Do envelhecimento à vulnerabilidade  
*From ageing to vulnerability*
- 
- Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**  
283-304 Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future  
*Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro*
- 
- Hugo Ramos Alves**  
305-339 Vulnerabilidade e assimetria contratual  
*Vulnerability and contractual asymmetry*
- 
- Isabel Graes**  
341-374 Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia  
*A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency*
- 
- Jean-Louis Halpérin**  
375-404 La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui  
*A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje*
- 
- João de Oliveira Galdes**  
405-489 Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013  
*On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform*
- 
- Jones Figueirêdo Alves**  
491-515 Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós pandemia  
*The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic*
- 
- Jorge Cesa Ferreira da Silva**  
517-552 A vulnerabilidade no Direito Contratual  
*Vulnerability in Contract Law*
- 
- José Luís Bonifácio Ramos**  
553-564 Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios  
*Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges*

- 
- Júlio Manuel Vieira Gomes**  
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)  
*The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)*

## TOMO 2

- 
- Mafalda Carmona**  
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco  
*“For our own good” – the tobacco matter*
- 
- Marco Antonio Marques da Silva**  
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro  
*Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law*
- 
- Margarida Paz**  
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo  
*The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations*
- 
- Margarida Seixas**  
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem  
*State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers*
- 
- Maria Clara Sottomayor**  
705-732 Vulnerabilidade e discriminação  
*Vulnerability and discrimination*
- 
- Maria Margarida Silva Pereira**  
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019  
*The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019*
- 
- Míriam Afonso Brigas**  
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões  
*Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections*

- 
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**  
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos  
*On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance*
- 
- Pedro Infante Mota**  
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC  
*From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body*
- 
- Sandra Passinhas**  
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha  
*Consumers' protection in digital markets*
- 
- Sérgio Miguel José Correia**  
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial  
*Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context*
- 
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**  
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas  
*The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies*
- 
- Valentina Vincenza Cuocci**  
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori  
*Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children*

## JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- 
- Maria Fernanda Palma**  
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico  
*The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good*
- 
- Pedro Caridade de Freitas**  
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021  
*Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021*

- 
- Rui Guerra da Fonseca**  
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,  
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021  
*Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.*  
*47621/13 and others, 08/04/2021*

## VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- 
- António Pedro Barbas Homem**  
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação  
*Doctoral degrees and research centers*
- 
- Christian Baldus**  
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da  
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao  
primeiro quartel do IV d.C.”  
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por  
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- 
- José A. A. Duarte Nogueira**  
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*  
*ao primeiro quartel do IV d. C.* (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas  
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)  
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century  
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in  
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

## LIVROS & ARTIGOS

- 
- Antonio do Passo Cabral**  
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel  
Teixeira de Sousa
- 
- Dário Moura Vicente**  
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- 
- Maria Chiara Locchi**  
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella



# Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?

## *Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?*

Christian Baldus\*

**Resumo:** A “vulnerabilidade” é, hoje em dia, um conceito muito discutido e controverso. Nele, espelham-se concepções várias da autonomia privada. Sem pretender encontrar soluções no direito romano, o romanista pode perguntar o que dizem as fontes romanas sobre a vulnerabilidade. Os resultados duma tal pesquisa lexical aconselham cautela.

**Palavras-chave:** vulnerabilidade – direito romano – autonomia privada – processo – *leges geminatae*.

**Abstract:** „Vulnerabilität“ ist ein juristisches Modewort und vielfach ideologisch besetzt. Die römischrechtliche Perspektive ist nicht dazu gedacht, in dieser Debatte die eine oder andere Position zu stärken. Eher muss es darum gehen, pauschale Annahmen über das, was wir heute Privatautonomie nennen, in Zweifel zu ziehen. Eine lexikalische Untersuchung legt Vorsicht nahe.

**Stichworte:** Vulnerabilität – Römisches Recht – Privatautonomie – Prozess – *leges geminatae*.

**Sumário:** I. Introdução; II. Vestígios lexicais; III. Uma fonte.

## I. Introdução

As metáforas usam-se onde seja difícil, indesejado ou impossível falar directamente. O debate filosófico sobre a metáfora começa na antiga Atenas (ou talvez antes) e não termina com Blumenberg;<sup>1</sup> tal debate ainda não foi plenamente aproveitado

---

\* Dr. iur. (Colónia); Director, Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft (Heidelberg); professor convidado na Universidade de Lisboa. Agradeço pela revisão linguística do texto ao Doutor Francisco Rodrigues Rocha. Ao pedir a Revista posições pessoais sobre o tema geral, e para limitar o espaço, permitimo-nos remeter com frequência para publicações anteriores nossas, nas quais pode ser encontrada ulterior bibliografia.

<sup>1</sup> Blumenberg morreu em 1996. Cfr. a edição póstuma e anotada de *Hans Blumenberg*, *Paradigmen zu einer Metaphorologie*. Kommentar von *Anselm Haverkamp* (Frankfurt a.M. 2013). De uma perspectiva jurídica, *Daniel Damler*, *Rechtsästhetik. Sinnliche Analogie im juristischen Denken*

pela ciência jurídica, especialmente quanto à “metáfora absoluta”,<sup>2</sup> que não tem correspondente exacto no discurso directo. Os juristas não podem evitar trabalhar com a língua geral, mas em muitas situações fazem uso da metáfora também onde não seja inevitável; e são estes usos que merecem a observação crítica por parte da ciência jurídica. Onde as metáforas são latinas, pode acrescentar-se a tentativa de fazer parecer “clássicas” ideias que não o são.

Quando hoje em dia se fala em “vulnerabilidade”,<sup>3</sup> usa-se um conceito linguisticamente romano, e amiúde é isto feito com intenção jurispólitica. Chamar “vulneráveis” certos grupos de pessoas serve em muitos casos para relativizar a ideia da autonomia privada e da auto-responsabilidade. É claro que existem pessoas que, na verdade, não são capazes de tomar autonomamente decisões por e para si e que, por isso, precisam de protecção jurídica. O problema é só o de saber se tem sentido constituir formalmente grupos de vulneráveis para aplicar colectivamente aos componentes destes grupos regras divergentes das normais. Já há problemas práticos e jurispóliticos com as regras tradicionalmente praticadas nos códigos sobre tais grupos (p.ex. os incapazes mentais e os menores de idade), e haverá mais se se estender o modelo a outros tantos (p.ex. “os” idosos).<sup>4</sup>

O romanista, em princípio, será cauteloso: não, todavia, porque o direito romano tenha sido uma ordem (ou experiência) jurídica ultraliberal do tipo *Manchester*. Isso é um mito.<sup>5</sup> Os romanos gostavam da liberdade (para si, menos para os escravos, mas isso também é um assunto a tratar de maneira diferenciada, com fontes à mão). Não postularam, porém, uma liberdade meramente fictícia. Diferenciaram, e assim também nós temos de diferenciar. A autonomia privada é uma ideia romana, mas, como quase todas as ideias romanas, não foi um “princípio” filosófico ou uma regra sem excepções; foi uma ideia cujos vestígios encontramos nalgumas fontes, onde fez sentido responsabilizar concretamente as pessoas concretas,

---

(Berlin 2016). Da recente literatura interdisciplinar em alemão, *non vidi*: Franz Josef Czernin / Thomas Eder (Hrsg.), *Zur Metapher. Die Metapher in Wissenschaft, Philosophie und Literatur* (Paderborn 2007); *Luzia Goldmann*, *Phänomen und Begriff der Metapher. Vorschlag zur Systematisierung der Theoriegeschichte* (Berlin 2018).

<sup>2</sup> Cfr. *Blumenberg* (nt. anterior), conforme o índice (p.531).

<sup>3</sup> Fundamental, em língua portuguesa, *Cláudia Lima Marques / Bruno Miragem*, *O Novo Direito Privado e a Protecção dos Vulneráveis* (2.<sup>a</sup> ed. São Paulo 2014).

<sup>4</sup> Para o direito alemão, cfr. NK-BGB (2021) / *Lena Kunz*, § 104 núm. marg. 7, 10s.

<sup>5</sup> Cfr. *Christian Baldus*, *Römische Privatautonomie*, em: *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 210 (2010) 2-31; versão portuguesa: *Autonomia privada romana*, em: *Revista dos tribunais* 100 (2011) 41-72. Ao procurar polémica, não quer perceber bem este artigo *Jakob F. Stagl*, *Die Bedeutung von leges publicae im Römischen Recht: Der Beitrag Mantovanis zur „legum multitudo“ und die Frage der Privatautonomie bei den Römern*, *SZ* 133 (2016) 445-458 (457).

e não noutras. Um campo paradigmático de tal orientação à autonomia real são os remédios do pretor para a tutela de pessoas enganadas ou compelidas a celebrar negócios: remédios casuisticamente desenvolvidos e ordenados só depois pelos juristas. Na ausência dum princípio codificador,<sup>6</sup> foi a maneira mais adequada de proteger os dignos de protecção: para a época. Os princípios filosóficos estavam na cabeça dos juristas romanos porque foram pessoas cultas, mas tais princípios nem formaram ideologia unitária ou radical (o romano culto foi comumente eclético), nem influíram directamente sobre muitas decisões jurídicas: os juristas eram, antes de tudo, juristas. Se, então, não era o direito romano ideologicamente liberal no sentido de certa pandectística (não “da pandectística”),<sup>7</sup> nem e ainda menos era ideologicamente “protector”. Houve um *favor debitoris*, mas como tendência interpretativa jurisprudencial utilizada em certos contextos e noutros não.<sup>8</sup>

O direito romano era um “direito de diferenças”,<sup>9</sup> sistema<sup>10</sup> não pré-fabricado mas nascente de caso em caso, um direito que nós, por conseguinte, temos de estudar no particularismo destes casos. Fazemos exegese<sup>11</sup> sobre a prática da época sem nos esquecermos da teoria que existiu na época; não fazemos um direito romano artificialmente sistematizado, teorificado ou ideologizado.

---

<sup>6</sup> Cfr. fundamental *Luigi Lombardi*, Saggio sul diritto giurisprudenziale (Milano 1967) e do debate recente *Gianni Santucci*, *Legum inopia* e diritto privato. Riflessioni intorno ad un recente contributo, in: SDHI 80 (2014) 373-393; *Benedikt Forschner / David Haubner*, Kein Volk der Gesetze: Anmerkungen zu Mantovanis These der legum multitudo im römischen Privatrecht, in: SZ 136 (2019) 322-344.

<sup>7</sup> Indicações úteis para o debate atual em *Joaquín Garrido Martín*, Fuentes, método y sistema en la Escuela Histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846) (Granada 2019).

<sup>8</sup> Permitimo-nos citar da literatura mais antiga *Christian Baldus*, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens (Frankfurt a.M. u.a. 1998) 727s. (síntese). Mais recentemente, cfr. *Tobias Kleiter*, Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz (München 2010) com rec. de *Ulrike Babusiaux* SZ 129 (2012) 745-764 e *Andreas Nitsch* *Annaeus* 10 (2013) 85-97 = Interpretatio Prudentium I, 2016, 1, 353-369. É controversa a aplicação política da ideia do *favor debitoris* que se encontra em Sandro Schipani (a cura di), *Debito internazionale. Principi generali del diritto – Roma e America –* (Padova 1995).

<sup>9</sup> Cfr. *Christian Baldus*, Desarrollar un derecho de diferencias. El aporte del Derecho romano a la orientación del jurista europeo, em: Seminarios Complutenses de Derecho Romano 29 (2016) 23-34; também em: Espacios de particulares, espacios de juristas. Estudios dogmáticos de derecho privado romano 2006-2016 (Madrid 2017 (XI 21) 21-30.

<sup>10</sup> O conceito é problemático: cfr. *Ferdinando Bona*, Il coordinamento delle distinzioni “res corporales – res incorporales” e “res nec mancipi – res mancipi” nella sistematica gaiana, in: *id. / Filippo Gallo / Lelio Lantella / Manlio Sargenti / Nevio Scapini / Pier Luigi Zannini*, Prospettive sistematiche nel diritto romano (Torino 1976) 407-454; *id.*, L’ideale retorico ciceroniano ed il

Assim sendo, que dizem as fontes sobre a vulnerabilidade? Ou melhor, o que dizem as poucas fontes que sobreviveram (talvez seja melhor não especular sobre as tantas que caíram no esquecimento, ao não terem sido escolhidas pelos compiladores de Justiniano, nem preservadas nos poucos manuscritos transmitidos por vias independentes da compilação justinianeia)?

## II. Vestígios lexicais

*Vulnerabilitas* (ou outra palavra similar) não existe. Quando as fontes jurídicas falam em *vulnerare* ou *vulnus*, “ferir” é normalmente pensado em sentido concreto: fala-se de pessoas livres, escravos ou animais fisicamente feridos, tipicamente em contextos como a responsabilidade aquiliana, a por *iniuria* ou o valor de um escravo. Assim sempre nas fontes clássicas.

Inícios de um uso metafórico parecem mostrar-se no direito pós-clássico, mas pontualmente apenas: aqui também o uso directo, referido p.ex. a lesões sofridas na guerra, domina. Temos duas fontes linguisticamente pertinentes<sup>12</sup> de Constantino<sup>13</sup> (isto é, do momento histórico em que o direito clássico já não

---

«ius civile in artem redigere», SDHI 46 (1980) 282-382; *Francisco Cuena Boy*, Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana (Santander 1998), com rec.: *Alejandro Guzmán* REHJ 20 (1998), <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54551998000200013>; *Mario Bretone* TR 68 (2000) 129-132 (agora em *id.*, Diritto romano e coscienza romana. Scritti nomadi, Madrid et al. 2011, 235-240); *Christian Baldus* Labeo 47 (2001) 122-134.

<sup>11</sup> Cfr. *Christian Baldus*, *Quae a philosopho desideretur* oder Die Digestenexegese als Kunst der Vorfrage, in: Dimitris Charalambis / Charis Papacharalambous (Hrsg.), *jus, ars, philosophia et historia*. Festschrift für Johannes Strangas zum 70. Geburtstag (Baden-Baden / Athen / Thessaloniki 2017) 789-807.

<sup>12</sup> Em mais do que uma das fontes que serão citadas nas próximas notas, há um contexto mais religioso e social do que tecnicamente jurídico.

<sup>13</sup> Const. C.Th. 11.30.15 (a. 329?): *Non recte iudices iniuriam sibi fieri existimant, si litigator, cuius negotium sententia vulneratum est, a principali causa provocaverit, quod neque novum neque alienum a iudiciis est. Ideoque post negotium principale discussum litigatori liceat litem iuris remedio sublevare; et iudices observare debebunt, ne appellatores vel in carcerem redigant, vel a militibus faciant custodiri*. Sobre a data da constituição, *Federico Pergami*, L'appello nella legislazione del tardo impero (Milano 2000) 62 nt. 28.

<P. IV. kal. Aug. Karthagine, Constantino A. VIII. et Constantino C. IV. cons.>

A *interpretatio* ao texto não usa a palavra. Texto idêntico à versão do C.Th. em Brev. Alar. 11.8.2. Porém, a fonte não foi integrada no Codex Iustinianus.

Lesado é, em todo o caso, o *negotium*, isto é o interesse económico que poderia ser juridicamente protegido, da parte processual. A fonte encontra-se no contexto da apelação.

Também metaforicamente fala Constantino (ExtraCod 333 Constantinus (1), Coleman-Norton no.67 = Epistola Constantini Ario et Arianis (a. 333) (Migne, Patrologiae cursus completus. Series

marcava o discurso jurídico),<sup>14</sup> uma de Arcádio e Honório,<sup>15</sup> uma de Honório e Teodósio<sup>16</sup> e algumas de Justiniano<sup>17</sup>.<sup>18</sup> Na maioria destes textos, é chamada

---

Latina, vol. 8 (Parisiis 1844), col. 509-518)) em *vulnerare* e *vulnera* no contexto de conflitos político-religiosos.

<sup>14</sup> Para uma imagem actual do período completo, cfr. *Lucio De Giovanni*, Istituzioni Scienza giuridica Codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia (Roma 2007).

<sup>15</sup> CTh. 9.38.9. (a. 396) onde se fala da boa reputação dos habitantes da *Lycia*: conforme à constituição, tal reputação não deve ser lesada (*ne quis posthac civem Lycium contumelioso nomine iniuriae audeat vulnerare*).

<sup>16</sup> ExtraCod 411 Honorius – Theodosius (2) Coleman-Norton no.328 = edict. cogn. (Weidmann, Collatio Carthaginensis anni 411. Gesta collationis Carthaginensis. Augustinus, Breviculus collationis. Augustinus, Ad Donatistas post collationem, Berlin/Boston (2018) 187-189): *putris est vulneris sanies reprimenda*, também aqui em sentido religioso.

<sup>17</sup> Em Iust. C. 2.40.5.pr./1 (a. 531) trata-se da protecção de menores de idade no contexto de créditos. Mas Justiniano não fala genericamente duma protecção do menor enquanto “vulnerável”; prefere apenas manter, com a sua interpretação, o direito do menor à alternativa de uma mera *in integrum restitutio*, isto é, não limita a protecção ao mecanismo clássico. Vulnerar refere-se neste contexto ao direito lesado: *melius etenim est intacta iura eorum servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere*.

Igualmente metafórico, e jurídico, é o *quasi vulnus* na sucessão em que fala Iust. C. 6.58.14.5 (a. 531).

Na Nov. 111 (a. 541) a metáfora do *vulnus* e da cicatriz serve para explicar um problema da prescrição: *iusseramus ad centum illis annos exceptionis propagari curricula, per cuius licentiam sanctionis negotia quidem multa commota sunt et velut antiquorum vulnerum obductae patuerunt iterum cicatrices, sed eorum sanitas provenire non potuit probationum scilicet difficultatibus impedita*.

Pelo contrário, é religioso o contexto de ExtraCod 520 Iustinus Coleman-Norton no.562 = Iustinus Avell. 196 (a. 520) (Günther, Epistolae imperatorum pontificum aliorum inde ab a. CCCLXVII usque DLIII datae. Avellana Quae Dicitur Collectio, vol. 2, Pragae et al. (1898) 655s.) (*ille namque medicus iure laudatur, qui veteres aegritudines ita sanare deproperat, ut ex eis nova vulnera non nascantur*). C. 6.58.14.5 é discutido por *Marcella Balestri Fumagalli* em *L'incapacità successoria delle adgnatae non consanguineae e la lex Voconia*, em: Studi in onore di Remo Martini, vol. 1 (Milano 2008) 157-181 (170s.); a inteira constituição C. 6.58.14 é tratada por *Maria Teresa Capozza*, *L'eliminazione di una 'non pia differentia' in materia successoria: a proposito di C. 6.28.4 e C.6.58.14*, em: Archivio giuridico Filippo Serafini 151 (2019) 669-698.

<sup>18</sup> A citação de Anastácio *ut in eadem carne dei filius mundum examinaturus adveniat oculis omnium vulnerum et clavorum indicia repraesentans, sicut scriptum est: et videbunt, in quem pupugerunt* <Ioh.19.37> em ExtraCod 515 Anastasius Coleman-Norton no.546 = Anastas. Avell. 125 (a. 515) (Günther, Epistolae imperatorum pontificum aliorum inde ab a. CCCLXVII usque DLIII datae. Avellana Quae Dicitur Collectio, vol. 2, Pragae et al. (1898) 537-540) aqui não interessa. Também quase fora do discurso jurídico se encontra Nov. 105 (a. 536) cap. 2: *si vero forsam spe lucri maioris etiam praeexpensis contigit, postea vero aut nihil aut minus excipiat, etiam damnum et debitum habebit, et plagis et vulneribus et ex hoc malis incurrere cogitur. Si autem mediocre sit quod spargitur, nec vehementer contendent nec quaestus expectantes abundantiam vulnera et plagas alterutris ultra mensuram dabunt*.

“lesada” uma posição jurídica ou um interesse jurídico, p.ex. no primeiro caso constantiniano um *negotium* de uma parte processual que, como confirma o imperador, tem direito a apelar contra a sentença,<sup>19</sup> no caso de Arcádio a honra e na primeira *constitutio* justinianeia um direito “material” de um menor de idade, parte num contrato de mútuo.

Fala-se em “vulnerar” os direitos da pessoa protegida no caso concreto (ou de um *vulnus* do direito), não numa “vulnerabilidade” generalizada ou generalizável da pessoa titular deste direito; menos ainda de uma “vulnerabilidade” que constitua uma categoria de pessoas frágeis e, por isso, merecedoras de especial protecção. Estamos, então, perante um uso do conceito que se ramifica no curso da Antiguidade tardia, mas que nunca chega ao que hoje se discute. Os fracos existem, e são protegidos com outros meios, mas não utilizando uma categoria que corresponda à moderna “vulnerabilidade”.

Para perceber esta atitude do direito romano, não ajuda muito referir as tantas fontes que empregam *vulnerare* em sentido imediato, físico, p.ex. quando se discute a relação causal entre ferida e morte. Muito mais interessante é a – única – fonte que cria expressamente uma contraposição entre o *vulnerare* e a pressão juridicamente relevante exercida sobre uma pessoa: esta fonte demonstra que, até na situação que hoje, tipicamente, pela teoria da vulnerabilidade é vista como paradigmática, a solução romana não corresponde ao uso desta categoria. Analisaremos esta fonte um pouco mais em detalhe (III.). Tal análise é facilitada pelo facto de se tratar de uma *lex geminata*, isto é, de um texto conservado no Digesto de Justiniano duas vezes; concretamente, esta *geminata* radica num *decretum* do imperador Marco Aurélio, alguém que certamente não desprezou a filosofia (o que não significa, porém, que tenha cegamente transposto ideias filosóficas para o direito)<sup>20</sup>.

Com isto, não é dito que o direito romano tenha sido um direito que desconhecesse a protecção do mais fraco; é apenas dito que tal protecção, onde existia, não funcionou por meio duma categoria generalizante. E poderia estar pre-

---

<sup>19</sup> Sobre Const. CTh. 11.30.15 (a. 329) cfr. *Umberto Vincenti*, “Ante sententiam appellari potest” (Padova 1986) 41-57 (55s.): o autor encaixa a fonte na linha de Constantino tendente a limitar o apelo à sentença final mas que protege a parte, nesta fase, contra a obstrução ilegal praticada por certos juízes. Cfr. também *Max Kaser / Karl Hackl*, *Das römische Zivilprozeßrecht* (2.<sup>a</sup> ed. München 1996) 619 nt. 18 e agora o capítulo sobre “L’ostruzionismo del *iudex a quo* e le relative sanzioni” em *Stefano Liva*, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie* (Torino 2017) 122-125 (no que diz respeito à fonte: 124s.).

<sup>20</sup> Não convém sobrestimar as repercussões da filosofia estoica: *Thomas Finkenauer*, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei* (Mainz und Stuttgart 2010).

cisamente nisto um resultado interessante para os nossos direitos modernos: eles têm de formular as suas valorações em forma legal e generalizada, mas isto implica que a valoração tenha de ser deveras generalizável, o que, no caso da “vulnerabilidade”, é, pelo menos, discutível.

### III. Uma fonte

As leis gémeas permitem distinguir os elementos textuais clássicos das interpolações justinianeias melhor do que os textos conservados somente numa versão: os trabalhos dos compiladores não foram tão bem organizados a ponto de ter sido cada intervenção nas dezenas de milhares de textos utilizados coordenada com as demais.<sup>21</sup> O texto duas vezes conservado é clássico-tardio, do jurista Calístrato, e mais precisamente do seu quinto livro *de cognitionibus*.

Call. 5 de cogn. D. 4.2.13

*Exstat enim decretum divi Marci in haec verba: “Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.” cum Marcianus diceret: “vim nullam feci”, Caesar dixit: “tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit”.*

Existe de facto um decreto do divo Marco com estas palavras: “Ótimo é que, se julgas ter pretensões tuas, lances mão de ações”. Ao dizer Marciano: “não usei força alguma”; o imperador disse: “tu julgas ser somente violência se os homens são feridos? Violência existe também sempre que alguém não pede por meio do juiz o que julga ser-lhe devido”. Logo, quem quer que me tenha provado possuir temerariamente ou ter recebido alguma coisa do devedor ou dinheiro devido mas não pelo próprio espontaneamente dado, sem intervenção do juiz, e tenha afirmado para si um direito a tal coisa: não terá direito de crédito.”

Call. 5 de cogn. D. 48.7.7

*Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente,*

---

<sup>21</sup> E foi eliminado, aproximadamente, um número de textos vinte vezes maior, conforme disse Justiniano (Const. Tanta 1).

*divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere. verba decreti haec sunt. “optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es”. et cum Marcianus diceret: “vim nullam feci”: Caesar dixit: “tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit”.*

Se os credores agirem contra os seus devedores, devem pedir através do juiz aquilo que julgam ser-lhes devido: de outro modo, se se apoderam dos bens do seu devedor sem isto ter sido permitido, o divo Marco decretou não terem eles direito de crédito. As palavras do decreto são estas: “Ótimo é que, se julgas ter pretensões tuas, lances mão de acções: ínterim ele deve manter-se na posse, tu és autor”. E, ao dizer Marciano: “não usei força alguma”; o imperador disse: “tu julgas ser somente violação se os homens são feridos? Violência existe também sempre que alguém não pede por meio do juiz o que julga ser-lhe devido. Não julgo corresponder nem à tua verecúndia nem dignidade nem sentido de justiça fazer algo que não seja de direito. Logo, quem quer que me tenha provado possuir temerariamente ou ter recebido alguma coisa do devedor ou dinheiro devido, mas não pelo próprio espontaneamente dado, sem intervenção do juiz, e tenha afirmado para si um direito a tal coisa: não terá direito de crédito.”

Seleccionamos alguns, entre os muitos problemas da fonte<sup>22</sup>. Discute-se a proibição da auto-defesa<sup>23</sup>: o credor tem de pedir em tribunal. Isto é evidente. As duas versões encontram-se nos dois contextos processais plausíveis, uma em D.

---

<sup>22</sup> Para algumas análises recentes, cfr. *Veronika Wankler*, *Der Kaiser als Richter: Überlegungen zu D. 4,2,13 / D. 48,7,7 (Call. 5 de cogn.)*, em: SZ 129 (2012) 577-587; *Julia Gaulhofer*, *Metus. Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt (Wien 2019)*, 133s.; e *Salvatore Puliatti*, *Callistratus. Opera em Scriptores iuris Romani 5 (Roma 2020)*, 275-277, onde pode encontrar-se ulterior bibliografia.

<sup>23</sup> Com razão fala do “famoso, ma in verità non ben precisato divieto di autotutela” *M. Migliaresi*, *Note sulla ‘Lex Scantinia’: legge comiziale?*, em: *Iura* 55 (2004/05) 164-196 (179 nt. 41). *Dietmar Schanbacher*, *Gefahrtragung im Pfandverhältnis, Lysias VIII, 10*, em: TR 74 (2006) 319-324 (323 nt. 17), frisa que foi necessária esta intervenção do imperador ainda no II séc. d.C.

4.2 *quod metus causa*, a outra em D. 48.7 *ad legem Iuliam de vi privata*. O livro 4.2 *quod metus causa* trata da acção específica<sup>24</sup> concedida pelo pretor para combater o uso de meios ilegais para conseguir interesses patrimoniais; a *lex Iulia de vi privata* teve, pelo contrário, carácter criminal. Os compiladores aproveitaram os livros *de cognitionibus* na dita massa edictal.<sup>25</sup>

Quando olhamos para as duas fontes, notam-se algumas intervenções compilatórias: em 4.2, o texto de Calístrato encontra-se integrado numa citação do comentário de Ulpiano *ad edictum*, precisamente do XI livro deste comentário, que serve de fio condutor para o livro 4.2 do Digesto. Esta concatenação (*enim – item*) não reveste aqui interesse; a versão de D. 48.7 em todo o caso demonstra claramente que não é clássica. No mesmo sentido, nota-se que D. 4.2.13 contém algumas generalizações, enquanto D. 48.7.7 fala de maneira mais específica da *possessio*. Com isso não é dito que o mesmo Calístrato no V livro *de cognitionibus* tratou a lei *de vi privata* e não o edicto *quod metus causa*: correctamente diz Lenel na *Palingenesia Iuris Civilis* que é praticamente impossível encontrar uma ordem nos fragmentos núm. 36-38 destes livros.<sup>26</sup> Por exemplo, é possível que os compiladores no momento de redigir o livro 48 já tivessem tão pouco tempo que tenham desta vez inserido o texto sem mudanças (e talvez já tivessem esquecido que o texto fora já uma outra vez utilizado). É melhor não imaginar como perfeito o trabalho dos compiladores, e nada sabemos sobre os mecanismos de organização e controlo.

<sup>24</sup> Esta acção apresenta algumas dificuldades sistemáticas; p.ex. foi supostamente possível concedê-la *in rem* e não apenas *in personam*. Sobre a relação entre ela e a *rei vindicatio*, cfr. Max Kaser, *Römisches Privatrecht I* (2.ed. Munique 1971) 244 c. nt. 20; Christian Baldus, § 59: Herausgabeklage des Eigentümers (*rei vindicatio*), em: HRPR (Tübingen 2021, no prelo) núm. márg. 128, 334, 353.

<sup>25</sup> Cfr. Dario Mantovani, *Digesto e masse bluhmiane* (Milano 1987) 96: núm. 160. Sobre a teoria das massas, cfr. agora os artigos de Christian Baldus, Juan Manuel Blanch Nougués, Matthias Ehmer, Lena Ehrenhard-Dickescheid, Magda Keller, Andreas Nitsch e Mario Varvaro em: *Interpretatio Prudentium II.2017.1*, 41-216; o tema será também objecto do IV Encontro Jurisromanístico de Lisboa 2021. Aqui seja apenas indicado que os autores da *editio minor* do Digesto vêem D. 4.2.13 como elemento da massa edictal (bem que deslocado nela) e em D. 48.7.7 sem deslocação, isto é, no título D. 4.2 a fonte não foi simplesmente utilizada na ordem normal das obras aproveitadas, o que reforça a suspeita de que a versão de D. 4.2 é a mais editada.

<sup>26</sup> Otto Lenel, *Pal. I Call.* 37 col. (89ff.) 90 com a proposta de subtítulo *De singulis delictis poenisque eorum*; o enunciado sobre a falta de sistema pode ver-se em col. 90 nt. 2.

Ulp. 11 ed. D. 4.2.12.2	
<p><i>Iulianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit: quamvis negari non possit in Iuliam eum de vi incidisse et ius crediti amisisse.</i></p>	
Call. 5 de cogn. D. 4.2.13	Call. 5 de cogn. D. 48.7.7
<p>Exstat enim decretum divi Marci in haec verba:</p> <p><i>“Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.”</i></p> <p><i>cum Marcianus diceret: “vim nullam feci”,</i></p> <p><i>Caesar dixit: “tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit.</i></p> <p><i>quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam</i></p> <p><i>sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit”</i></p>	<p><i>Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente, divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere. verba decreti haec sunt.</i></p> <p><i>“optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris:</i></p> <p><i>interim ille in possessione debet morari, tu petitor es”.</i></p> <p><i>et cum Marcianus diceret: “vim nullam feci”:</i></p> <p><i>Caesar dixit: “tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit.</i></p> <p><i>non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere.</i></p> <p><i>quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam</i></p> <p><i>sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit</i></p>
Ulp. 11 ed. D. 4.2.12.2pr. <i>Item si, cum exceptione adversus te perpetua tutus essem, coegero te acceptum mihi facere, cessare hoc edictum, quia nihil tibi abest.</i>	

Tanto mais significativa é, então, a identidade literal no passo que nos interessa: o credor, um tal Marciano,<sup>27</sup> a quem foi dito pelo imperador dever escolher a via dum pleito judicial, defende-se com as palavras *vim nullam feci*, “eu não apliquei a força”. O imperador afirma neste contexto que o conceito de *vis* não se limita a “força” ou “violência”: *tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit.*

A *vis* mais brutal, que conduz a que sejam fisicamente feridas pessoas, é apenas uma forma, a mais evidente. A auto-ajuda, par parte daquele que desta forma evita o juiz, é tratada do mesmo modo.

A fonte não diz expressamente o que tenha sido a actividade proibida ao credor. Mas temos um indício (e só na versão de D. 48.7): *interim ille in possessione debet morari, tu petitor es*”, disse o imperador. Trata-se, então, dum problema de posse. O devedor quer, e pode juridicamente, manter a posse, *interim*, i.e. até ao final do processo. É réu, provavelmente, numa *rei vindicatio*. Nesta situação processual, houve um meio legal para inverter a situação possessória e, com ela, o ónus da prova: um interdito. Parece que ou o credor não tenha estado em condições de pedi-lo (por falta de pressupostos) ou tenha preferido agir unilateralmente apesar de subsistirem tais condições. O imperador, em todo o caso, não tolerou tal comportamento.

O que nos interessa aqui é a terminologia. O imperador não disse: “o devedor está vulnerado por um atropelo que, porém, não chega ao limiar da força física”. Disse: Há várias formas da força, e o *vulnerare* é apenas uma delas. *Vulnerare* não é usado como metáfora jurídica. Talvez porque uma sociedade que teve de lidar quotidianamente com a força física conhecia o perigo que existe em metáforas inúteis.

---

<sup>27</sup> Não podemos discutir aqui se este nome seja casualmente idêntico ao do jurista contemporâneo ou se se trate dum caso de uso consciente de nomes doutros juristas na literatura romana.