

MISCELANEA

I

NOTA SOBRE A LEX VISIGOTHORUM II, I, 23 (JURAMENTO SUBSIDIARIO)

O papel subsidiário atribuído ao juramento está expressamente enunciado, como principio geral, na lei II, I, 23 (*antiqua*), a qual dá a primazia às provas directas *ne ad sacramentum facile veniatur*. Só quando faltem aquelas provas é que se recorrerá ao juramento ¹.

O contraste entre este preceito e os principios do sistema probatório germânico, sobretudo se entendermos (com a generalidade dos autores) que a *antiqua* se refere ao juramento purgatório, explica que aquele preceito tenha sido objecto de especial lucubração por parte de vários tratadistas alemães, cujas opiniões vale a pena recordar.

Não conhecemos o teor exacto do dispositivo euriciano, porque esse dispositivo não nos foi conservado pelo palimpsesto parisiense, mas tem-se procurado reconstitui-lo pelo confronto da citada lex antiqua com *L. Baiuv.* 9, 17 ² e *L. Alam.* 42 ³.

1. ANTIQUA. *Quid primo iudex observare debeat, ut causam bene cognoscat.*

-- Iudex, ut bene causam agnoscat, primum testes interroget, deinde iscripturas requirat, ut veritas possit certius inveniri, ne ad sacramentum facile veniatur. Hoc enim iustitie potius indagatio vera commendat, ut scripture ex omnibus intercurrant et iurandi necessitas sese omnimodo suspendat. In his vero causis sacramenta presententur, in quibus nullam scripturam vel probationem seu certa indicia veritatis discussio iudicantis invenit.

2. *Ut sacramenta cito non fiant.* Iudex causam bene cognoscat et prius veraciter inquirat, ut eum veritas latere non possit nec facile ad sacramen-

Zeumer hesitou na reconstrução ⁴, acabando por adoptar o cap. 9, 17 da *Lex Baiuw.*, mas suprimindo-lhe a parte intercalar (Hoc... exsolvi).

Beyerle, pelo seu lado, entende que este capítulo da lei dos Bávaros reproduz essencialmente o texto euriciano perdido — texto que, segundo ele, teria influenciado ainda outros direitos germânicos ⁵.

Quanto a Ureña ⁶, supôs ver no capítulo «Volumus ut sacramenta», conservado em alguns códices da *Lex Visigothorum* ⁷, a reprodução do original euriciano.

Que o texto da *antiqua visigótica* não pode ser preferido de modo algum ao texto bávaro, parece-me indiscutível, mas não julgo admissível ver neste texto, tal como chegou até nós, a transcrição pura e simples da fonte euriciano. Quanto ao capítulo «Volumus ut sacramenta», já mostrôu Gama Barros que não é, como supunha Ureña, uma extravagante visigótica, mas sim a cópia literal do cap. 349 da colecção de Bento Levita, no Liv. I ⁸.

tum veniatur. Hoc autem volumus inter Baiuvarios in perpetuum custodiri, ut causam investigatam et veraciter inventam apud iudicem et iudicatam nulli liceat iurare, sed sicut iudicatum est, cogatur exsolvi. In his vero causis sacramenta praestentur, in quibus nullam probationem discussio iudicantis invenerit.

3. *De eo qui saepe interpellatus est ante iudicem de qualicumque evidenti causa et convictus fuerit, ne ad iuramentum permittatur.* — Si quis interpellatus ante iudicem (var. iudicem) de quacumque causa, quod iam manifestum et tribus vel quattuor testibus, aut de homicidio aut de furto aut de aliquo neglecto, quod illi testantur, qui boni testimonii sunt in plebe, non periuratores nec fallaces nec pecuniarum acceptores, sed veraces, cognoscat hoc iudex: tunc licentiam ille homo, qui mallatus abante iudicem de causa illa, potestatem iurandi non habeat, sed, sicut lex habet, in hoc iudicio persolvat.

As relações entre os tres textos são objecto de discussão Vide ZEUMER *N. Archiv.*, XXIV, pág. 109, n. 2; BRUNNER, *Berliner S Ber.*, 1901, página 950 ss.; e *Rgeschichte*, I², pág. 453; SCHWIND, *N. Archiv.*, XXXI, página 416 ss.

E. MAYER, *Geschworenengericht und Inquisitionsprozess* (1916), pág. 11, entende que a *Lex Alam.* representa o núcleo primitivo e que nada tem que ver com a *antiqua visigótica*.

4. Compare-se o que ele escreveu no *Neues Archiv.*, XXIV, pág. 78 (pág. 162 da trad. esp.), con a ed. dos MGH de 1902, pág. 30.

5. *Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang*, I, Heidelberg, 1915, pág. 174 e segs.

6. *La legislación gótico-hispana*, 2.^a ed., Madrid, 1906, págs. 72-74, 292, 373 e 560.

7. *De sacramentis leviter non iurandis.* Volumus ut sacramenta cito non fiant, sed unusquisque iudex prius causam (var. rem) veraciter cognoscat, ut eum veritas (var. ut veritas) latere non possit, ne facile ad sacramentum veniant.

8. *Hist. da Administração Pública*, III, pá, 15 (nota). O texto de Bento Levita pode ler-se em Walter, II, pág. 573. Foi por nos ter escapado

Resta a reconstituição definitiva de Zeumer, que, á falta de melhor, adoptaremos como a mais próxima da verdade:

«Iudex causam bene cognoscat et prius veraciter inquirat, ut eum veritas latere non possit nec facile ad sacramenta veniatur. In his vero causis sacramenta praestentur, in quibus nullam probationem discussio iudicantis invenerit.»

Vários autores têm visto neste preceito um como que enxerto de direito germânico num tronco romano. Assim, Zeumer não vacila em considerar o juramento a que estas fontes se referem como sendo o juramento de inocência característico do direito germânico, no que é seguido por Mayer e por Beyerle⁹.

O argumento capital de Zeumer é que ainda no tempo de Chindasvindo o juramento tinha o character de juramento de inocência, como se vê do teor da lei II, 2, 5, que reproduz e esclarece o dispositivo da *antiqua*, falando explicitamente em juramento do réu (*sacramentis se expiet*)¹⁰.

Mayer, interpretando do mesmo modo a lei II, 1, 23, reforça a sua opinião com dados extraídos do direito da Reconquista¹¹.

Temos pois, em resumo, que todos hoje aceitam: 1.º, ser o juramento da lei euriciana o juramento de inocência prestado pelo réu¹²; 2.º, ser esta uma instituição germânica que o legislador euriciano enxertou no sistema probatório romano, deter-

este ponto, que inserimos o capítulo «Volumus ut sacramenta» a pág. 24 dos *Textos de Direito Visigótico*, I (Coimbra, 1923).

Além disso, nunca este capítulo poderia considerar-se uma reconstituição completa do texto euriciano: note-se a coincidência da última parte da lei bávara—desde «In his vero causis»—com a parte correspondente da *antiqua* II, 1, 23.

9. BEYERLE, *loc. cit.*, acentua que se trata duma inovação de Eurico, pois antes dele vigoraria o direito germânico puro e simples.

10. Eis o texto da lei II, 2, 5: *Quod ab utraque causantium parte sit probatio requirenda. Quotiens causa auditur, probatio quidem ab utraque parte, hoc est tam a petente quam ab eo, qui petitur, debet inquiri, et que magis recipi debeat, iudicem discernere competenter oportet. Tamen si per probationem rei veritas investigare nequiverit, tunc ille, qui pulsatur, sacramentis se expiet, rem, vel si quid ab eo requiritur, neque habuisse neque habere nec aliquid de causa, unde interrogatur, se conscium esse vel quidquam inde in veritate scire nec id, quod dicitur, et illi parti, cui dicitur, commisisse; et postquam ita iuraverit qui pulsatus est, quinque solidos ille, qui pulsavit, ei cogatur exolvere.*

A fórmula do juramento—“rem neque habuisse, etc.”—é talvez anterior a Chindasvindo, visto que a Lei Sállica foi provavelmente buscá-la ao Código Euriciano. Vide RUTH, *Zeugen und Eidshelfer*, Breslau, 1922, página 30, nota 1.

11. *Ob. cit.*, págs. 89 e 90.

12. Antes de se distinguir a forma ervigiana da forma leovigildiana, parecia evidente que a *antiqua* se referia ao juramento do autor ou do réu consoante o prudente arbitrio do juiz. Vide ДАВН, *Westgothische Studien*, pág. 279.

minando que só se recorresse a este meio quando o autor não pudesse provar directamente o seu direito¹³.

Suponho que ainda ninguém aproximou o preceito euriciano da *interpretatio* às *Pauli Sententiae*, II, 1, 1—«Quum de repetitione pecuniae agitur, et probatio debitae pecuniae nulla proferatur, iubet (sententia) huius rei ambiguitatem sacramentorum interpositione finiri»; e, no entanto, a relação afigura-se-me patente, até na contraposição de *sacramentum* a *probatio*.

Não conhecemos senão muito imperfeitamente as vicissitudes do juramento nas províncias ocidentais do mundo romano, mas o Paulo visigótico é—conforme já foi observado—indício suficiente da transformação sofrida por este instituto¹⁴. Assim, é de notar que a citada *interpretatio* altera o sentido do texto, pois, enquanto este se limita a dizer que deve ser ouvido o litigante a quem o adversário deferiu o juramento¹⁵, aquela diz que só quando se não produza nenhuma prova substancial (*probatio*) se poderá recorrer ao juramento (*sacramentum*).

A *interp.* II, 1, 2, insiste na mesma ideia, modificando igualmente o sentido do respectivo texto¹⁶. Ainda que o autor

13. In quibus (causis) nullam probationem discussio iudicantis invenerit. Em alguns lugares do Código Visigótico a palavra *probatio* designa exclusivamente a prova testemunhal (v. g., II, 1, 23; VI, 1, 2...); mas em regra abrange a prova por documentos ou outros meios «directos» (racionais), em contraposição ao juramento (*sacramentum*). Este era provavelmente o alcance de *probationem* no texto euriciano (cfr. Lex Baiuw. 9, 17).

14. O texto das *Sententiae* II, 1, 1-2 e respectiva *interpretatio* foram objecto de comentário por parte de vários autores, nomeadamente Bethman-Hollweg, Demelius, Conrad e (mais recentemente) Ernesto Levy. O próprio texto das *Sententiae*, se por um lado alarga o campo de aplicação do *iurjurandum necessarium*, por outro lado mostra que o sentido do juramento de *calumniia* já não era compreendido. Quanto à *interpretatio*, é evidente que ela encara o *sacramentum* como um meio de prova, e não como um juramento desisório; que desse meio de prova só deva lançar-se mão na falta doutros; que o juramento não é deferido por uma das partes à outra, mas sim «oferecido» por uma ou outra das partes (*offerre sacramentum*); finalmente, que perante a «oferta» de juramento do autor, o réu tem o direito de jurar a falta de justiça da pretensão. Vide sobretudo CONRAD, *Der Westgoth. Paulus*, pág. 229, e LEVY, *ZRG, Germ. Abt.*, XLIX, 245. Este atribui a influencia germânica a substituição do juramento «deferido» pelo juramento «oferecido» e o juramento de calúnia prestado pelo réu. Reconhece, porém, que o próprio texto das *Sententiae* II, 1, 2, já «ins unrömisch abbiegt». É também por influencia germânica que, segundo Levy, se explica o preceito do Cod. Eur. (278-280, 284), segundo o qual o depositario ou comodatario se liberta pelo juramento de inocência (cf. Schwerin, in .AHDE, I, pág. 47-48).

15. In pecuniariis causis si alter ex litigatoribus iusiurandum deferat, audiendus est: hoc enim et compendio litium et aequitatis ratione provi-sum est.

16. *Sententia*: Deferre iusiurandum prior actor potest: contrarium autem de calumniia iusiurandum reo competit. *Interpretatio*: Licet prior pe-

- se tenha prontificado a jurar, pode o réu, uma vez que não haja prova da dívida, demonstrar por juramento a sua boa fé.

Como se vê, também aqui o juramento (por vezes designado pela palavra: *sacramentum*) é um meio a que se recorre só na falta de prova racional da obrigação, mas com a particularidade de que se concede ao réu a prerrogativa de se salvar, ele, da acusação, jurando a sua inocência.

Tudo isto se explica.

É muito natural que no Ocidente, como no Oriente, a época post-clássica se assinale por uma tendência para usar e abusar do juramento, e de aí os esforços da jurisprudência para conter essa prova indirecta dentro dos justos limites, relegando-a para um plano secundário ¹⁷.

Quanto, propriamente, ao juramento purgatório, é certo que o seu uso no Ocidente romano é mal conhecido; no entanto, a menção que dele se faz na *interpretatio* vem juntar-se ao que nos diz a anedota contada por Macróbio e que forneceu matéria para um saboroso comentário de Esmein ¹⁸.

A impressão, pois, com que se fica é de que o legislador euriciano teve presente a *interpretatio*, ou qualquer outro texto perdido de direito romano vulgar, e que nessa fonte se inspirou para redigir o capítulo em questão, no qual, de resto, se não dizia claramente que o juramento (*sacramenta*) aí referido era o juramento purgatório.

Pode, efectivamente, entender-se que o legislador quis visar o juramento em geral, e não apenas o juramento de inocência, ou então dar como bom que o mesmo legislador julgou desnecessário especificar. Seja como fôr, não pode verosimilmente negar-se que o juramento de inocência fosse o mais frequente, e nada tem de estranho que a própria população romana a ele recorresse.

titor offerat sacramentum, tamen quum nulla probatio debiti est, is, qui calumniam se pati dicit, potest fidem suam iurisiurandi religionē firmare.

17. Não pude consultar SEIDL. *Der Eid im röm. ägypt. Provinzialrecht*, nem CHIAZZESE, *Il iusiurandum in lite*.

18. *Mélanges d'histoire du droit* (1886), pág. 240. (O texto são as *Saturnales*, t. I. cap. 6 in fine). Cfr. SOLME, *Storia del dir. italiano*, pág. 94; «L'onere della prova... continua a incombere all'attore; ma già questa regola non viene sempre rigorosamente rispettata, e in qualche caso, quando risulta evidente che si può giungere alla definizione immediata della lite, si accoglie in primo luogo la prova del convenuto».

A fórmula Visigótica n.º 40 confirma, como já notou Zeimer, a prática do juramento purgatório como meio subsidiário¹⁹. Não pode, portanto, pensar-se em que fosse Chindasvindo quem primeiro atribuiu ao juramento aquela índole²⁰.

PAULO MEREIA

19. Segundo esta fórmula, que é o modelo da acta dum juízo arbitral, o réu, tendo falhado outros meios de prova, é intimado a jurar, sob pena de o autor ganhar a demanda: «Cunque illi (refere-se au réu) imperatum a nobis fuisset, ut, iuxta quod locutus est, pro rem illam et illam sacramentum redderet, ipse illud iuramentum reddere non ausavit. Tunc nos decrevimus hoc et illud».

20. Era a opinião de DAHN (*Westgothische Studien*, pág. 279), a quem a alteração ervigiana da lei II, 1, 23, induziu naturalmente a equívoco. De aí ver na lei II, 2, 5 de Chindasvindo uma manifestação da tendência deste monarca para limitar o arbitrio do juiz, conformemente às tradições germânicas. Na realidade, foi Ervigio quem, modificando o teor da *antiqua*, admitiu que o juiz pudesse exigir o juramento do réu ou do autor.