

Fontes do Direito Romano

Fonte de Direito – modo de formação e revelação de normas jurídicas.

Mores Maiorum e Costume

Mores maiorum: são um conjunto de referências padrão para elaborar regras de Direito

- A noção de *Mores Maiorum* em Roma é muito diferente da nossa noção actual de costume:

- Enquanto que o **costume** é uma prática reiterada com convicção de obrigatoriedade, e apareceu depois do *mores maiorum*.

- O ***Mores Maiorum*** pode-se definir como **uma tradição moralmente comprovada**. Era uma tradição inveterada que se impunha aos cidadãos como norma e fonte de normas.

Isto significa que os Romanos viam os *Mores Maiorum* como uma **entrega dos antigos aos novos das vivências dos seus antepassados**. São valores concretizados num momento (fundação da cidade), que se mantém ao longo do tempo.



São, por isso, **uma forma consuetudinária de fazer Direito** e necessitam de uma *interpretatio* da *iurisprudencia* – todo o *ius civile* assenta nessa *interpretatio* que opera sobre os *Mores Maiorum*.

- Têm também um carácter religioso, pois os Romanos viam o cumprimento dos *Mores Maiorum* como condição para ganhar o favor dos deuses. Para os Romanos, esse cumprimento levou Roma à glória, e é preciso perpetuá-lo.

O costume propriamente dito – *consuetudo* – é uma expressão posterior à expressão dos *Mores Maiorum*, e é destinada a designar o costume no sentido moderno.

Antes da Lei das XII Tábuas, os *Mores Maiorum* eram considerados a fonte única do direito romano. , parcialmente formalizados na Lei das XII tábuas. Estava tudo lá contido, só era preciso descobrir, função reservada aos sacerdotes Pontífices.

O *mores maiorum*, antes do *ius Flavianum*, poder ser definido como um conjunto de regras fundadas na tradição que expressavam a moralidade aceite e de aplicação comprovada, desenvolvidas e adaptadas na resolução de casos concretos pelos sacerdotes romanos, pela invocação da intervenção divina que “interpretavam” caso a caso.



Pode assim dizer-se, que a *interpretatio* pontifícia constituiu uma fonte de Direito ao lado das outras fontes de *ius civile* aceites: a lei e o costume.

De 753 a. C. – 242 a. C. , maior parte da época arcaica (753- a. C – 130 a. C.):

- Antes da Lei das XII Tábuas (450 a. C.), os *mores maiorum* eram a única fonte de Direito do *Ius Romanum*, interpretada pela *interpretatio* dos sacerdotes pontífices.

- Depois da Lei das XII Tábuas (450 a. C.), o *mores maiorum* ainda continuam como fonte importante do *Ius Romanum*, sobretudo no que diz respeito a matérias de *Ius publicum*. Quanto ao *Ius civile*, agora a fonte principal era a Lei das XII Tábuas.

De 242 a. C – 130 a. C. (resto da época arcaica)

O *mores maiorum* como fonte de *Ius Romanum*, em Direito Privado, reduz-se ao mínimo. No Direito Público ainda prossegue.

Na época clássica (130 a. C. - 230)

Os *mores maiorum* quase desapareceu por completo como fonte autónoma, para se sumirem nas outras fontes de *Ius Romanum*.

Na época post-clássica (230 – 530)

O *mores maiorum* desaparece e surge o “costume” como fonte de Direito a enfrentar as *constitutiones imperiales*.

- Na época do Principado:

O *Ius Flavianum* é considerado como o primeiro e principal momento de racionalização do *Ius Romanum*. A solução deixa de ser aplicada apenas pela intervenção divina revelada pela mediação dos sacerdotes e passa a ser explicada com argumentação fundamentada. A aceitação deixa de estar no plano da obediência divina para passar para o plano da compreensão humana.

- Na época do Dominado: os imperadores começam a impor a solução legislativa, isto é, a sua vontade, sobre todas as fontes de Direito.

- O costume passa a ser fonte subsidiária da lei

Em suma:

A lei das XII tábuas surge no momento de ruptura, contudo a sua fundamentação é da autoria dos *mores maiorum*.

Depois da lei das XII Tábuas, os *Mores Maiorum* continuaram importantes, especialmente no domínio do direito público. Quanto a direito privado, a Lei das XII Tábuas torna-se a fonte por excelência. No século I a.c. e século I d.c., a influência dos *Mores Maiorum* torna-se mínima.

Os juristas não contestavam a *magna auctoritas* dos *mores maiorum* na definição das regras a aplicar na busca de soluções que lhe eram submetidos.

Lex

Segundo a lenda, Rómulo, primeiro Rei de Roma instaurou as leis curiais, que foram reunidas num livro chamado *Ius Papirianum*.

Após a abolição da monarquia, essas leis perderam o seu valor, e as leis só voltaram com a Lei das XII Tábuas. **No entanto, considera-se que essas leis (do *Ius Papirianum*) não são verdadeiramente leis**, mas sim prescrições de natureza religiosa.

-Existiam três tipos de leis:

- as ***leges rogatae***: emanam de uma assembleia popular mediante a iniciativa dum magistrado;
- as ***leges datae***: emanam directamente do magistrado.
- as ***leges dictae***: também emanavam dos magistrados e tinham carácter puramente regulamentar.

Há também uma diferença entre leis propriamente ditas ou *plebiscita*:

- A assembleia constituída por todo o povo romano – *comitium*- que emana a ***lex***
- as assembleias da plebe – *concilia*- emanam **os *plebiscitos***.

É natural que, sendo os plebiscitos deliberações da plebe, que as suas decisões se aplicassem só à plebe. No entanto, a partir de 286 a.C. o poder vinculativo dos *plebiscita* tornou-se geral.

O Processo Legislativo:

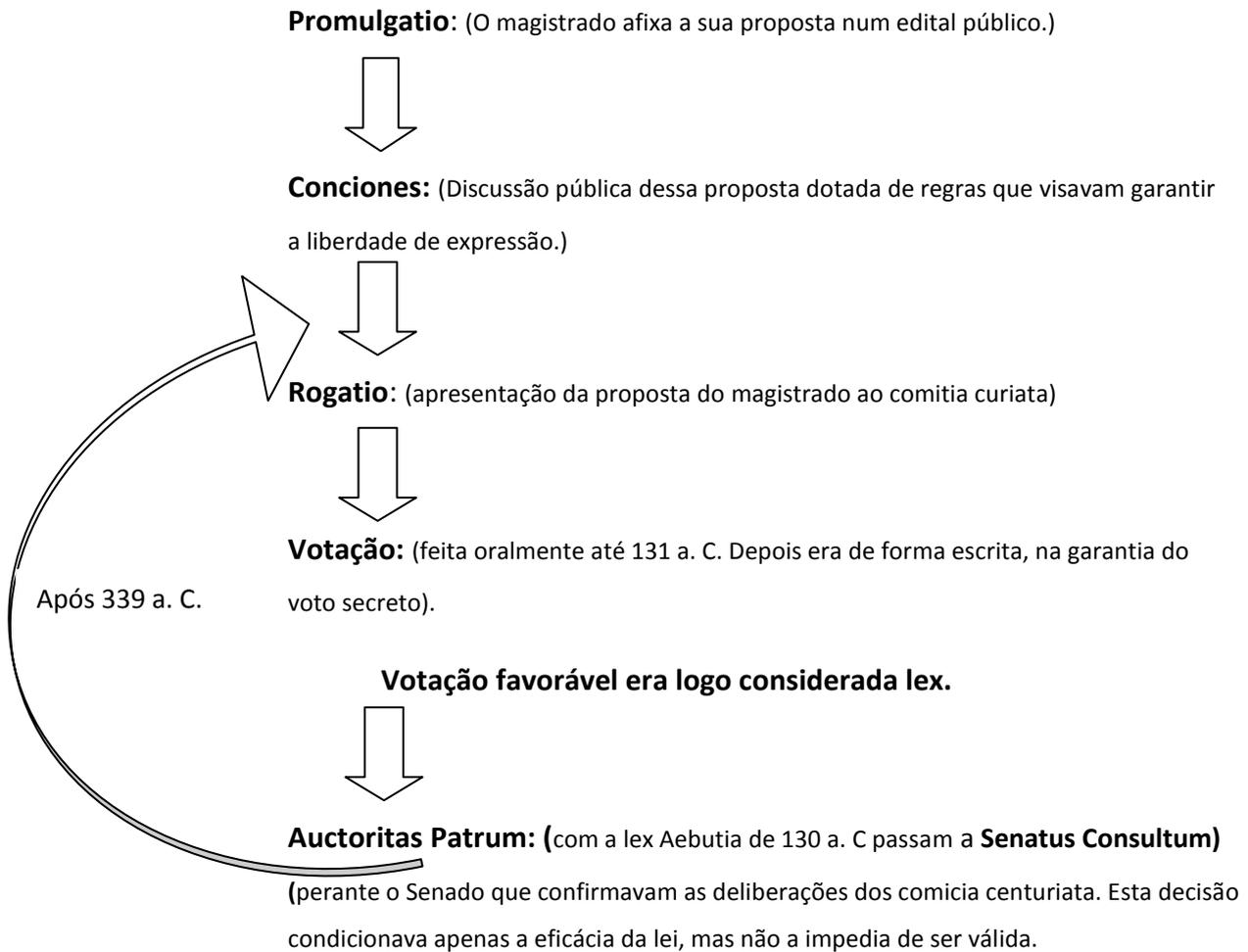
As *lex Rogatia*- são uma lei por iniciativa de um magistrado com *ius agendi cum populus* ao *comitia centuriata* e o *ius agendi cum patribus*. Têm sobretudo conteúdo político e são regars de *ius civile*. Têm validade.

Após 339 a. C. o processo legislativo altera-se com a *lex Pblilia Philonis*.

O Senado ganha mais poder político, porque mediante a sua decisão, a proposta de lei podia ou não podia chegar ao *comitia centuriata* para discussão.

Mesmo não tendo um valor imperativo, o poder de consulta do Senado influenciava as decisões dos magistrados.

O Processo:



A estrutura da Lex:

- **Index** – Título da lei (com o nome ou cognome do magistrado)
- **Praescriptio** – Continha a radicação das circunstâncias da elaboração da lei.
- **Rogatio** – Texto propriamente dito
- **Sanctio** – Última parte da lei e consequências do seu incumprimento

A lei não podia ser desprovida de *sanctio*, senão era imperfeita.

A Lei das XII Tábuas

Por obedecer a esta estrutura, a Lei das XII Tábuas é considerada uma *lex rogata*. É ainda considerada a primeira lei, já que as *leges regiae* não são consideradas verdadeiras *leges* por serem meros costumes compilados pela jurisprudência pontifícia.

O projecto da Lei das XII Tábuas teve origem nas reivindicações plebeias de paridade jurídica em relação aos patrícios, já que se consideravam iguais em termos de cidadania, mas eram tratados de modo desfavorável. Esta reivindicação vem a ser concretizada em 452 a.C., quando é enviada à Grécia uma comissão que deveria estudar as Leis de Sólon. No ano seguinte, o *Populus* reunido nos comícios nomeia um *decenviri*, comissão composta por 10 patrícios, gozando de plenos poderes durante um ano, deveria elaborar o código que se materializou nas XII tábuas de leis que foram aprovadas pelos *comitia curiata*. A insuficiência destas XII Tábuas determinou que, em 450 a.C., se nomeasse um novo *decenvirato*, já composto por patrícios e por plebeus, que apresentou mais 2 tábuas, que não foram aprovadas pelos comícios em virtude do desagrado do com o governo do segundo *decenvirato*. Este descontentamento não foi tido em conta pelos cônsules Valério e Horácio que mandaram afixar as XII tábuas.

A Lei das XII Tábuas está internamente dividida em 12 partes que tratam diferentes aspectos jurídicos do foro privado. De facto, são principalmente aspectos privados que são regulados pela lei das XII tábuas, naquilo que se pode considerar uma codificação dos *mores maiorum*, fonte primária do *Ius Romanum* antes da Lei das XII Tábuas.

Isto provoca que, estando praticamente toda a matéria privada regulada nesta lei, aquilo que esta aos *mores maiorum* inclui-se na esfera pública, e que reduz consideravelmente a sua área de intervenção, que era maioritariamente privada.

Pode pensar-se que, com a codificação dos *mores maiorum* e a promulgação do código decenviral, a actividade criadora dos *iurisprudentes* terminou. Tal não é verdade, apenas se transitou de uma realidade de revelação dos *mores maiorum* para uma descoberta do conteúdo da Lei das XII Tábuas que acabava muitas vezes por ser uma criação de Direito novo, sob a aparência de interpretação que visava colmatar as falhas e inadequações da Lei das XII Tábuas.

Senatusconsultum

De início, uma deliberação/consulta feita ao Senado; depois uma deliberação/decisão do Senado.

Os magistrados da República eram obrigados, em certas questões, a consultar o Senado, mas não a seguir a sua deliberação. Ao abrigo da «Constituição» da República, o Senado não exercia qualquer função legislativa. Era um órgão consultivo e por isso as suas deliberações tinham a natureza de pareceres ou consultas, estando a sua abrangência limitada à pessoa que fazia a consulta.

Assim, a sua participação no processo legislativo estava limitada:

- a conceder ou não a *auctoritas patrum* às *leges rogatae* votadas nos comícios;
- a dar conselhos aos magistrados com *ius agendi cum populo* para os projectos normativos que estes apresentavam nos comícios.

Quando a *lex Aebutia de Formulis* permite ao pretor criar *actiones* próprias, e assim criar direito, o Senado que aconselha o pretor, com intervenção crescente pelo reforço do seu prestígio, passa a ser fonte mediata de direito, através do seu *edicto*.

Com a deslocação material do poder legislativo do *Populus* para a aristocracia, as suas deliberações adquiriram valor de lei.

Esta valoração dos *senatusconsulta*, como fonte legislativa resultou da lenta afirmação da *auctoritas patrum* dos senadores que passou, pela *lex Publilia Philonis*, de 339 a.C. de uma expressão formal posterior à deliberação pelos *comitia* que aprovava a proposta do magistrado, logo sobre a proposta a apresentar aos comícios.

A força da *auctoritas patrum* e o *interregnum* a constituírem excepções à natureza consultiva do Senado, só com o Principado se coloca a questão da natureza das decisões do Senado como fontes legislativas autónomas de direito.

Não se pode equiparar, sem mais, os *senatusconsulta* às *leges* como fonte de *ius Romanum*, nem se pode dizer que a ambas era atribuído idêntico poder vinculativo. Até porque só os *senatusconsulta* com valor normativo poderiam ser considerados idênticos às *leges*.

A causa explicativa do valor legislativo dos *senatusconsulta* aparece limitada a uma desadequação da legislação comicial ao novo cenário socio-político. Daí, as hesitações dos *jurisconsultos* quanto à substituição das *leges* pelos *senatusconsulta*, num ambiente clássico, de tradição republicana ainda fortemente marcado pela construção *jurisprudencial* do *ius*.

Com a queda da República e o início do Principado, a afirmação «constitucional» do legislativo próprio dos *senatusconsulta* foi efémera, servindo apenas para cobrir aquilo que já era um domínio político asfixiante do *Princeps* sobre as formas de criação do *ius*.

O expediente de *oratio principis*, sempre aprovada de forma unânime e repetida ao longo do tempo, com aclamação do autor, levaram à ideia de que o Senado não queria ter iniciativa, legitimidade e competências legislativas. Só aprovava como lei as propostas do *princeps*, daí que durante o século II as deliberações do Senado com força de lei fossem designados, indiferentemente, *senatusconsulta* ou *orationes principis*.

As Constituições imperiais

Quando elas não passam na fonte e no conteúdo de uma negação dos processos criadores de ius consolidados até ao Principado.

A vontade do princeps, expressa nas constituições imperiais, era seguida, no século I, porque se tratava de uma determinação do imperador, logo tinha valor jurídico resultante da sua aceitação pelos destinatários; no século II passou a ser acatada por ser tratada como fonte mediata de Direito, como valor de lei; e no século III por ser a lei.

Na Constituição política do Principado, o princeps não tinha poder legislativo, mas a evolução política determinava uma deslocação do centro de exercício dos poderes legislativos do Senado para o princeps, com aceitação dos jurisprudentes da situação de facto criada pela astúcia de Augusto e a força de Adriano.

A constante aceitação sem resistência pelo Senado das propostas legislativas do imperador levou a um processo de substituição idêntico ao que se havia verificado entre os comícios e o Senado. Passou a ser aceite que o texto da proposta do imperador ao Senado valesse como lei, prescindindo-se da votação porque inútil.

Com uma legitimação fundada numa *lex regiae* pela qual o *Populus* de Roma confere ao princeps todo o seu poder, o imperador exerce o poder legislativo de forma exclusiva. Só mais tarde, com o imperador a ser considerado *dominus et deus* de Roma, a força da legitimidade legal para exercer o poder legislativo cede a uma investidura dos deuses nessa função.

As constituições imperiais tinham três partes:

- **Inscriptio**: primeira parte, contém o nome do imperador/imperadores, autor (es) da Constituição que a assina (m) e da pessoa a quem a mesma é dirigida;
- **Corpus**: corpo normativo da constituição, ou seja, parte dispositiva;
- **Subscriptio**: parte final, contém data e indicação do lugar.

A doutrina habitualmente divide as constituições imperiais em quatro espécies:

- I. Edictum;**
- II. Decretum;**
- III. Rescriptum;**
- IV. Mandatum.**

I. O Edictum

É um acto normativo produtor de normas de carácter genérico, que representa a transposição para o imperador de *ius edicendi* do magistrado republicano; ou é o conjunto de decisões gerais do imperador ao abrigo do seu *ius edicendi*.

Eram os actos legislativos mais frequentes do princeps e não tinham, em regra, inovações legislativas, mas apenas uma sistematização de regras vigentes e de práticas já observadas.

Os edicta partem do *ius edicendi* dos magistrados; e a sua vigência estava, de início, limitada ao período de vida do imperador que os colocava em vigor.

Gaio incluiu os edicta dos imperadores na designação genérica «constituições imperiais», referindo os edictos dos magistrados de forma diferenciada.

O edictum mais citado como exemplo é a constitutio Antoniniana de 212, de Caracala, que estendeu a cidadania romana a todos os habitantes do Império.

II. O Decretum

Os decreta são decisões judiciais do princeps com valor preceptivo. São sentenças do imperador nos processos extra ordinem.

Embora só vinculando no caso a ser julgado foram muitas vezes aplicados a situações idênticas, logo com uma valia de precedente ou até de regra para julgar. No Principado, o iudex não era obrigado, na formalidade constitucional, a seguir os decreta, mas na prática tinha poucas possibilidades de descurar a sentença do princeps.

Os decreta continham inovações normativas, quer resultantes da forma como as regras eram interpretadas, quer pelas excepções inovadas.

Os decreta resultam do poder jurisdicional do imperador, actuando enquanto juiz no âmbito do sistema da cognitio extra ordinem (forma extra ordinária de processar).

O novo tipo de processo penal, a cognitio extra ordinem, foi introduzida logo nos primeiros anos do Principado, para compatibilizar o papel jurídico-institucional do princeps com a sua participação adjectiva na resolução de conflitos que afectavam a comunidade.

A instalação do sistema da cognitio extra ordinem e a intervenção crescente do princeps e dos seus funcionários resultavam num claro prejuízo para a criação de direito pela intervenção dos magistrados, bem como para o exercício das residuais funções penais do Senado e dos comícios.

Apesar de se manterem por todo o século II, as instâncias permanentes de exercício de justiça foram sendo substituídas de forma inexorável pelo novo sistema processual assente na intervenção do imperador e na sua administração.

Foi neste contexto que o princeps passou a interferir directamente na aplicação do aos conflitos levados a juízo, fazendo de magistrado e de juiz, quer em primeira instância, quer em tribunal de recurso ou de apelação (era ele que organizava o processo; apreciava as provas; e proferia a sentença).

As três principais características da cognitio extra ordinem tinham o princeps no centro:

1. **Avocação** do poder do tribunal pelo princeps;
2. **Recurso** da sentença para o princeps;
3. **Delegação** ou possibilidade de delegar as competências de jurisdição nos seus funcionários e delegados.

III. O Rescriptum

Os rescritos são respostas dadas pelo imperador por escrito a questões jurídicas controversas a ele dirigidas, sob a forma de pareceres.

Os rescripta dividem-se em:

- **Epistulae**: correspondem a consultas feitas ao imperador por uma entidade oficial, normalmente um juiz, com a resposta do imperador a ser expressa em documento separado da consulta.
- **Subscriptiones** são respostas do imperador a consultas feitas por particulares, as partes do processo. São apreciadas por colaboradores do imperador, que se limita a concordar com o parecer daqueles, no próprio documento.

O rescriptum tem a sua eficácia limitada ao caso a que responde, não podendo ser aplicado a casos diferentes daquele em que foi proferido. Só vinculava o juiz que o solicitasse e, na condição dos factos expostos serem verdadeiros, as suas disposições não valiam contra as normas fixadas num edictum.

Com o tempo, os rescripta passaram a aplicar-se a casos idênticos.

IV. O Mandatum

Os mandatos, primeiro como instruções dadas aos governadores das províncias e aos funcionários, depois como regulamentos gerais, visavam a subordinação administrativa dos funcionários do imperador.

O princeps baseava-se no seu imperium proconsulare para emanar estas instruções, fundamentais para o governo uniforme do império e para a igualdade de procedimento face a todos os administrados.

Destinavam-se a vigorar apenas em vida do imperador. Todavia, com o correr do tempo, foram ganhando estabilidade e, como aconteceu com o edicto do pretor, tornaram-se translaticios. Partes dos mandata eram aceites pelo imperador que se sucedia, constituindo um corpus normativo que deu uniformidade e institucionalizou as regras da administração romana. Com o tempo, os mandata são substituídos por leges generales ou por epistolae.

As Constituições Imperiais

Habitualmente definidas como leges em que se manifesta directamente a vontade unilateral do imperador, as constituições imperiais tornaram-se fonte única do direito romano porque, no plano político, foi possível vencer as resistências do ius, num processo de burocratização/funcionalização de magistrados e jurisprudentes e de concentração nas mãos do princeps da totalidade dos poderes públicos.

A Iurisprudencia

A iurisprudencia é o ius criado pela auctoritas dos iurisprudentes, e que pertencia, no início de Roma, exclusivamente aos sacerdotes pontífices, situando-se – portanto – no âmbito religioso.

A separação entre a iurisprudencia e a esfera religiosa faz-se num processo de dita laicização (racionalização) com início no século III a.C. e que passou por três etapas.

A **primeira etapa** associa-se à publicação da Lei das XII Tábuas, na sequência do reconhecimento das injustiças permitidas pela interpretação que os patrícios faziam do direito consuetudinário não escrito, usando de arbítrio na resolução de litígios entre patrícios e plebeus e em que aqueles eram sempre favorecidos em relação a estes.

O código decenviral acaba, pela publicidade, com o segredo do direito, até aí nas mãos dos pontífices, por permitir que todos tivessem conhecimento das normas a aplicar. Os pontífices mantiveram, contudo, o monopólio da interpretação dos preceitos da Lei das XII Tábuas e daqueles que se mantiveram fora do seu conteúdo.

A **segunda etapa** corresponde à revelação de regras e fórmulas mantidas em segredo até aí. Trata-se do *Ius Flavianum*. Em 304 a.C., o escriba do pontífice Appius Claudius, Cneu Flávio, revelou uma colecção de fórmulas processuais das *legis actiones*, dando a conhecer um dos segredos pontíficos. Esta colecção ficou conhecida como *Ius Flavianum* e Cneu Flávio veio a ocupar altos cargos do *cursus honorum*.

Esta revelação, em conjunto com outros feitos por Cneu Flávio, já enquanto magistrado (calendário religioso), fez desta etapa uma das mais importantes para o fim do monopólio pontifício e do domínio do sagrado no âmbito da jurisprudência.

A **última etapa** considerada neste processo é o ensino de Direito. Esteve teve início com Tiberius Coruncanius, em 253 a.C. Tibério foi o primeiro pontifex maximus de origem plebeia e considerou importante transmitir os conhecimentos que havia adquirido, começando então a ensinar Direito em público.

No século II a actividade dos iurisprudentes é estabilizada e concretizada em três Momentos (actividades): **cavere, agere e respondere**.

- **Cavere** era a actividade de redigir formulários para os negócios jurídicos. Tratava-se de conselhos dados às partes em litígio quanto às palavras e fórmulas que deveriam usar ao longo do processo.

- **Agere** consistia na explicação às partes dos trâmites do processo e dos actos a praticar na presença dos magistrados.

- **Respondere**, consistia em aconselhar aqueles que procuravam os iurisprudentes quanto à possibilidade de intentarem uma *actio* e do seu êxito, e em dar pareceres em casos que envolvessem a interpretação de normas de *Ius civile*. Era a actividade de maior importância dos iurisprudentes.

Foi, no entanto, na actividade de *agere* que os iurisprudentes foram aproveitados pelo pretor, que inscrevia no *edictum repentinum* uma nova fórmula que, no início do processo, fosse redigida pelo iurisprudente. Esta integraria depois os *edicta perpetua* dos pretores seguintes. Aquilo que de inovador consta nas formas processuais do *edicto* do pretor deve ser atribuído à acção de *agere* dos iurisprudentes, no início do processo formulário.

A actividade dos jurisperitos caracterizava-se essencialmente pela sua gratuitidade e publicidade, isto é, por não serem remunerados pelos pareceres e conselhos que davam e por responderem em público, contrastando com o segredo pontifício.

Surgem, com o desenvolvimento da jurisprudência, para além das actividades de agere, cavere e responder, a **actividade docente, a actividade polémica e a actividade literária.**

A actividade docente inicia-se em 253 a.C. com Tibério, quando inicia a sua prática de responder em público às questões dirigidas ao colégio pontifício. Deste modo, esta actividade era inerente e interna à actividade jurisprudencial, já que ensinar consistia em responder em público às questões colocadas aos jurisperitos.

A laicização traz consigo uma maior subjectividade que, por sua vez conduz a uma crescente diversidade de opiniões e respostas e origina a discussão e argumentação das questões jurídicas suscitadas na busca da solução que em cada caso fosse justa.

A actividade literária inicia-se com o ius flavianum, no entanto, só se pode falar numa verdadeira literatura jurídica quando a iurisprudencia atinge a maturidade, na época republicana. Só aí ela assume uma valia doutrinária, transmitindo um saber constantemente adaptado às realidades a que se applicava.

As primeiras obras apresentam um estilo casuístico, que expõe a questão, a discussão e as soluções, demonstrando bem a actividade jurisprudencial. Só mais tarde, por influência grega, surge a narrativa do ius civile e praetorium. Apesar da influência grega, a literatura romana, já bem consolidada, não perde o seu carácter casuístico e prático.

As **institutiones, epistolae, digesta e tratados** são os tipos de obras apontadas:

- **As institutiones** eram manuais elementares para o ensino do Direito; em que o autor expõe as suas opiniões e fundamenta, relativamente a um caso concreto, conjugando todos os aspectos utilizados na estruturação de uma resposta.

- **As epistolae** são colectâneas de pareceres, que se aproximam dos digesta,

- **Os digesta:** eram grandes obras casuísticas onde eram também reunidos pareceres próprios e alheios.

- **Os tratados** eram exposições sistematizadas do ius civile, cujo conteúdo era um comentário de obras anteriores, sem que houvesse censura ou fosse tida como ofensa a repetição de passagens de obras de outros autores.

A iurisprudencia, enquanto «ciência do justo e do injusto», teve várias fases e variou consoante os diferentes períodos.

A primeira época a apresentar é a **época arcaica**, que vai desde a fundação de Roma em 753 a.C. às Leges Licinae Sextiae, em 367 a.C. Neste período, o direito é rudimentar, de base consuetudinária e interpretação religiosa. Pelo processo de laicização/racionalização atrás descrito, a iurisprudencia passa a desenvolver-se com bases racionais como uma actividade nobre.

Segue-se, até 27 a.C., a **época pré-clássica**. É neste período que, muito derivado da alargada extensão do Império, surgem o ius gentium e o ius honorarium. No fim deste período, a iurisprudencia começa a ser organizada e sistematizada numa actividade mais teórica e preocupada com o método, a forma, a organização.

A **época clássica** é a que se estende entre 27 a.C. e 285 e corresponde ao regime do Principado. Neste período, a actividade legislativa intensifica-se e estende-se a todo o império, na sequencia do edicto de Caracala. É também neste espaço de tempo que o poder político tenta controlar a iurisprudencia através do ius publice respondendi. (ex: autoritate principis).

De facto, assiste-se ao fim da actividade autónoma dos iurisprudentes, que integram o conselho do princeps. São assessores dos funcionários imperiais e ainda se dedicam à literatura jurídica.

O formalismo e a identificação da lei com o Direito que se verificam neste processo são a razão de se centrar na época clássica o ensino da jurisprudência romana.

Na época pós-clássica estende-se até ao fim da unidade geopolítica do Império e caracteriza-se por uma grave crise institucional, com um ius controlado pelo poder político. Neste contexto, os iurisprudentes perdem toda a sua autonomia e liberdade criadora, pois a única forma de sobreviver é ao serviço do princeps. O ius é codificado por jurisprudentes escolhidos pelo imperador e o Direito torna-se impositivo e controlado pelo poder político.

Ius Praetorium

Os edictos do pretor

O **Edictum** era o programa das actividades a desenvolver durante o mandato pela pessoa que se apresentava para exercer a magistratura do pretor (ideia própria ou transcrição dos edictos dos pretores anteriores).

- O edictum era afixado publicamente na apresentação da candidatura, logo antes do início das funções.

A promessa política tem uma formulação normativa que vincula o pretor e os destinatários.

O edicto do pretor cria o ius praetorium, parte do ius honorarium que se identifica com ele.

Partimos do princípio que, na evolução do ius praetorium, o edictum era uma das fontes de direito objectivo em Roma, sobrepondo-se ao seu carácter pragmático, o seu carácter normativo.

Vinculado, pela Lex Cornelia de 67 a.C., ao seu edictum e ainda à intercessio do seu colega, o pretor urbano era um magistrado que dispunha de meios coercitivos para obrigar as partes a pôr-se de acordo sobre o iudicium (procedimentos através do qual o iudex decidia um litígio).

A relação entre magistrados e jurisconsultos, e daqueles com o princeps, deve ser colocada sob uma premissa fundamental: não é o pretor que dá poder normativo às decisões do Princeps, nem é ele que permite a exequibilidade das opiniões dos prudentes.

Fases da actividade do pretor:

1ª Fase - Séc IV a.C. – meados séc III a.C.:

O pretor tinha como função administrar a justiça, fundada no ius civile, e a sua actividade era essencialmente interpretativa.

2ª Fase: fins séc III a.C. – 130 a. C.:

O pretor, baseando-se no seu imperium – poder de soberania a que os cidadãos não se podiam opor – usa expediente próprios para criar direito (ius praetorium) mas de uma forma indirecta, ou seja, decidia o que deveria estar sobre a alçada do ius civile e o que não merecia essa protecção.

3ª Fase: Após 130 a. C.:

A partir da lex Aebutia de formulis (130 a. C.), o pretor baseado na sua iurisdictio – poder específico de administrar a justiça de um modo normal - mediante expedientes adequados, cria também direito de forma directa (ius praetorium). Nos casos não previstos no ius civile, o pretor concede uma **actio** própria, denominada actio praetoria.



Cria directamente Direito

Nota:

O **ius publice respondendi** permite aos prudentes dar pareceres vinculativos, obscurecendo o prestígio do pretor e diminuindo o seu poder, e a cristalização do edictum, possibilitando a codificação, nada acresce ao poder normativo do princeps.

O princeps faz as leis, o jurisprudente cria, de forma directa, ius com as suas response e o poder do pretor define no plano das fontes de direito.

Os expedientes do pretor

Os expedientes do pretor baseados no seu imperium destinavam-se a interpretar, completando e até corrigindo o *ius civile*.

1 - A stipulatio praetoriae é uma *stipulatio* imposta pelo pretor com o objectivo de proteger uma certa situação social (não prevista nas regras de *ius civile*) que, no seu entender, merece protecção.

A **stipulatio** é um negócio jurídico entre presentes que cria uma obrigação a partir de uma pergunta feita pelo credor e uma resposta imediata dada pelo devedor. Da *stipulatio*, nasce uma *obligatio* para o devedor, e uma *actio* para o credor. A *actio* serve para obrigar o devedor a cumprir com a sua *obligatio* (obrigação).

2- O Restitutio in integrum cria um efeito oposto ao das *stipulationes praetoriae*. Aplica-se a casos em que o negócio jurídico, válido pelas regras de *ius civile*, resulta desequilibrado e injusto quando efectivado. Assim, um credor que tem *actio* a seu favor pode ser privado dela pelo pretor, se a obtenção do crédito for injusta.

O pretor, para evitar uma aplicação injusta do *ius civile*, baseado no seu *imperium* e fundamentando-se nos factos, determina que as partes se vinculam ou obrigam nas *restitutiones in integrum*, desobrigando-se da *stipulatio* que criou a *actio* e a *obligatio*.

Esta acção do pretor que consiste em anular os efeitos de um negócio jurídico com a celebração de um outro negócio jurídico, pela via dos seus poderes de *imperium*, acaba com o tempo por ser simplificada com a mera declaração de resistência da *stipulatio* criadora de injustiça. Logo, existe uma restituição integral da situação à *stipulatio*.

A partir da **lex Aebutia de Formulis de 130 a.C.**, o pretor, através de um *decretum*, concede:

- **Uma exceptio** ao devedor, inutilizando à cabeça os efeitos do pedido do credor;
- **Uma denegatio actiones**, impedindo o credor de usar a *actio* contra o devedor e, assim, obter um resultado injusto.

3 - A missio in possessione é um embargo de bens que é determinado pelo pretor como meio de coacção justo. O pretor autoriza uma pessoa a autorizar-se ou a deter certos bens de outra pessoa durante um determinado período de tempo, com possibilidade de administração e fruição.

- **Missio in rem**: ordem destinada a uma coisa determinada.
- **Missio in bona**: ordem recaía sobre o património de uma pessoa ou sobre um conjunto indeterminado de bens.

Quanto à sua finalidade podiam ser:

- **Missio in possessionem rei servandae gratia**: visava garantir a preservação de bens
- **Missio in possessionem ex secundo decreto**: após o não cumprimento do 1º decreto que o destinatário não tinha cumprido, então o pretor força-o a cumprir com este 2º *decretum*.
- **Missio in possessionem executionis**: ordena uma *missio in bona* sobre todo o património do *confessus* ou do *condemnatus*.

4 - Interdicta

O **interdictum** é uma ordem dada pelo pretor, com base no seu imperium e tomando como fundamento uma aparência jurídica, para proteger uma certa situação jurídica que carece dela. A ordem do pretor, tendo efeitos imediatos, fica condicionada a reapreciação a qualquer momento.

Normalmente, o interdictum é concedido pelo pretor a pedido de um particular interessado na tutela assim obtida. Pode ser concedido a pedido de qualquer cidadão, quando é de interesse público.

Os interdicta podiam ser:

- **exibitórios**: quando se destinavam a apresentar ou exhibir alguma coisa.
- **restitutórios**: se a ordem é a de devolver alguma coisa.
- **proibitórios**: se destinavam a impedir que uma pessoa perturbe o gozo de um direito de outra.
- **possessórios**: interditos destinados a proteger a posse. Podiam ser:
 - **retinendae possessionis**: quando destinados a manter a posse pacífica e legítima de alguém que está a ser perturbado por outrem.
 - **recuperandae possessionis**, destinados a recuperar a posse ilegítimamente perdida por outrem.

Os expedientes do pretor baseados no seu imperium:

1- Exceptio e denegatio actiones

No **sistema das legis actiones**, em que o processo era oral, o pretor tinha a intervenção de dar ou não dar actiones civiles, isto é, fundadas no ius civile.

Depois da lex Aebutia de Formulis: (que introduziu no modo de processar o sistema de ager per formulas), a forma do processo e a sua tipicidade é que determinam a forma e o tipo de Direito. A actio é o ius. Quem tem a actio tem a fórmula, que é uma ordem escrita que o pretor dava ao iudex para condenar ou abolver, consoante os factos que fossem aprovados ou validados como prova.

Assim, depois da **lex Aebutia de Formulis**, o **pretor podia**:

- Anular os efeitos da actio civilis: sempre que a justiça assim exigisse, ou através da denegatio actionis ou pela exceptio que retirava a eficácia da actio civilis;
- Criar actiones próprias.

A partir daqui o pretor pode usar a via processual para alterar, corrigir e integrar o ius civile. A denegatio actionis nega a actio civilis, porque embora possível face ao ius civile, no caso concreto a possibilidade de usar a actio redundaria numa injustiça. A exceptio, que assenta na inderrogabilidade do sistema do ius civile, é outorgada directamente a favor do devedor e torna sem efeito a pretensão do credor.

2- Actiones praetoriae

O pretor, após a lex Aebutia de Formulis, pode criar actiones próprias.

Logo, se cria actiones, cria ius. As actiones praetoriae integram:

- **As actiones in factum conceptae**, que serviam para tutelar certas situações ou factos que carecendo de protecção jurídica não estavam previstas no ius civile;
- **As actiones ficticiae**, que serviam para ficcionar como existente um facto ou situação que não existia ou o inverso, visando a justiça no caso concreto.

- **As acciones utiles** , criadas pelo pretor por analogia com as acciones civiles , para casos idênticos;

- **As acciones adiecticiae qualitatis**, que se destinavam a responsabilizar solidariamente os pater familias pelas dívidas de filius e servus seus , no âmbito contratual.