**INTRODUÇÃO**

1. Após a lendária fundação no ano 753 a.C. Roma irá afirmar-se progressivamente como potência, primeiro à escala itálica, depois europeia, norte-africana e medio oriental, até formar no século II d.C. a maior entidade política unificada conhecida na época.

No final do século III irá dividir-se em duas entidades, formalmente mantidas em ligação mas de facto autónomas. Em 476 a parte ocidental, usualmente referida como Império Romano do Ocidente, após longa agonia iniciada no século IV face à emergente pujança dos povos germânicos, cessa a existência dando lugar aos embriões dos futuros reinos medievais, muitos deles matriz de Estados actuais. Encerra-se então o primeiro capítulo da romanidade e inicia-se a época denominada como Idade Média.

A parte correspondente à metade oriental, usualmente referida como Império Romano do Oriente ou Bizantino permaneceria ainda pujante, até no século VII, face à emergência muçulmana e de outros povos envolventes, entrar por sua vez também em lenta erosão, cessando definitivamente a existência política em 1453. Assim se encerrou o segundo capítulo da romanidade e com ele a Idade Média iniciada quase mil anos antes. Encerra-se também definitivamente um decurso da história europeia, médio oriental e asiática ocidental com duração aproximada de 2206 anos e múltiplos matizes, de fundas repercussões no futuro do continente europeu e mundial.

2. Preliminarmente é importante fixar quadros cronológicos de apoio à sequência evolutiva a estudar.

Tratando-se de um Estado na respectiva delimitação a perspectiva política é sem dúvida útil. Todavia, tendo a exposição como objectivo a formação de jurístas, interessa igualmente a perspectiva jurídica. Em última análise será da associação de ambas que resultará a visão mais adequada.

São possíveis várias sistematizações [[1]](#footnote-1). Aludiremos apenas a algumas.

Na perspectiva política (critério político) atende-se aos diferentes regimes que sucessivamente enquadraram ao longo do tempo, a entidade política em observação. Uma das sistematizações mais usuais identifica quatro períodos ou épocas principais:

1 - Monarquia ou época monárquica (753 aC. - 510 aC.)

2 - República ou época republicana (510 aC. - 27 aC.)

3 -Principado ou época imperial (27 aC. - 284)

4 - Dominado ou época absoluta (284 - 476)

Na perspectiva jurídica (critério jurídico) atende-se à vida do próprio direito romano. Valorizando características exteriores do direito podem distinguir-se três períodos:

1 – Direito quiritário ou nacional (753 aC. - ...aC.)

2 – Direito universal ou das gentes (... aC. - 284)

3 – Direito oriental ou helénico (284 – 565).

Valorizando características internas podem distinguir-se quatro épocas:

1 – Arcaica (753 aC. - 130 aC.)

2 – Clássica (130 aC. - 230)

3 – Pós-clássica (230 – 530)

4 – Justinianeia (530 - 565)

Por parecer de apreensão mais simples guiar-nos-emos pelo critério político, sem prejuízo de recorrer também aos demais em certos momentos.

# CAPÍTULO I

# EVOLUÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA

# § 1. Monarquia.

Começaremos por observar aspectos de ordem geral relativos à época em que a época monárquica se insere.

A emergência da entidade política identificável com Roma, nas suas fases iniciais, em especial para os momentos anteriores ao século IV aC. comporta muitas dúvidas. Para além das naturais dificuldades de acesso a dados inquestionáveis relativos a momentos tão antigos, em especial de natureza escrita, acresce o facto de, no ano de 387 aC., a cidade ter sido invadida e incendiada pelos gauleses. A memória escrita existente foi então destruída e não obstante em tempos posteriores muitos elementos terem sido parcialmente reconstituídos [[2]](#footnote-2), o resultado desse esforço nem sempre é fidedigno [[3]](#footnote-3), em especial para momentos anteriores a 367 aC., altura em que surgem os pretores urbanos.

As fontes disponíveis para tais momentos são portanto, geralmente indirectas, pois resultam de reconstituições posteriores a 387 aC. [[4]](#footnote-4). Entre as de maior relevo, duas assumem importância especial: as listas dos nomes dos consules que sucessivamente foram eleitos pelo povo, reconstituídas por ordem sequencial após o incêndio gaulês [[5]](#footnote-5) e descrições sumárias de acontecimentos feitas por ordem cronológica, elaboradas por autores que viveram entre o século III e I aC.[[6]](#footnote-6), apoiando-se na tradição, nas listagens referidas e em fontes posteriormente desaparecidas [[7]](#footnote-7). A partir do século I alguns historiadores procuraram igualmente reconstituir o passado da cidade deixando dele descrições mais elaboradas[[8]](#footnote-8). Contudo, nas suas obras a matriz literária ou política sobrepõe-se frequentemente à objectividade histórica, nem sempre tudo o que nelas se contém podendo ser aceite com segurança.

Segundo a tradição, Roma foi inicialmente fundada por Rómulo em 754-753 aC.[[9]](#footnote-9) numa das colinas da margem do rio Tibre, na região designada *Latium*, hoje Lazio [[10]](#footnote-10).

Chefe dos Latinos (*latini*), povo que a habitava desde tempos anteriores, ou de uma tribo deles integrante, Rómulo associa-os então aos Sabinos (*sabini*) ou a parte deles [[11]](#footnote-11), etnica e culturalmente próximos, igualmente habitantes da mesma região, e após um breve período de partilha do poder [[12]](#footnote-12) ficaria como chefe único do conjunto assim constituído, inaugurando uma monarquia com a duração de dois séculos e meio.

Porém, muito antes do fim da monarquia, este conjunto humano teria de ceder o poder aos Etruscos (*etruschi*), um outro povo entretanto chegado à região a partir dos finais do século VII, ao qual muito do futuro quadro jurídico e político romano ficaria a dever-se[[13]](#footnote-13). Em conjunto seria a estes três povos que o substrato populacional romano se reconduziria no limiar da época histórica

Para além de ser o primeiro *rex,* o advento de Rómulo representa portanto, no plano politico, o momento de passagem entre uma fase na qual não existe formalmente cidade no sentido de cidade-estado, na qual povos habitantes da região organizados segundo os modelos tradicionais estabeleciam entre si ligações de dimensão política e religiosa de baixa intensidade integrativa, e uma fase em que alguns desses povos ou parte deles acedem a um novo patamar, criando uma cidade-estado certamente de dimensão populacional mais elevada e com um grau de integração muito superior.

Enquanto chefe a ele se deve, ainda segundo a tradição, a organização básica inicial da cidade em torno de um conjunto de medidas nas quais sobressaem pelo menos quatro principais:

a) distinção entre patrícios (nobres) e plebeus (não nobres);

b) divisão do povo em três tribos, divididas cada uma em dez cúrias;

c) criação dos comícios curiais, ou seja de uma assembleia na qual a população se reunia com base nas cúrias a que pertencia;

 d) criação do Senado enquanto órgão político.

A fundação da cidade correspondeu portanto à emergência de uma cidade-estado. Todavia, sendo aparentemente imputáveis à influência etrusca muitos dos elementos jurídico-politicos presentes em época histórica na organização e no ordenamento da urbe, uma leitura possível vai no sentido de que a organização inicial da cidade só adquiriu solidez após este povo ter tomado o poder.

Existiria pois na vida política da própria cidade uma fase anterior ao domínio etrusco e outra posterior, sendo a organização obtida nesta última a que serviu de apoio determinante ao futuro expansionismo romano[[14]](#footnote-14). Do mesmo modo não é também impossível que alguns dados tradicionalmente ligados à própria fundação de Roma apontem afinal para o período estrusco, tendo sido feitos recuar no tempo até às origens da cidade pelos autores que os referem, influenciados, eventualmente de modo inconsciente, pela ideia de que a antiguidade das instituições correspondia a uma marca de perfeição.

No que tem de lendário e de verídico frequentemente misturado, a fundação da cidade alude portanto apenas uma etapa na evolução política de povos que habitavam o local desde há muito. Por tal razão subsistem dúvidas sobre a articulação entre instituições de provável origem antiga - mas que não se integram claramente na intervenção primordial levada a cabo por Rómulo, e a organização jurídico-política de Roma em tempos históricos, na qual ocupavam ainda lugar de relevo, como é o caso, por exemplo da *família* e da *gens* ou gentilidade.

Sobre a primeira, extraordinariamente relevante até um certo momento, enquanto organismo estruturante de um sector importante do ordenamento romano, a dúvida está essencialmente em saber se desempenhava já papel análogo na cidade inicial ou se apenas mais tarde o veio a obter, bem como se a natureza política desvalorizadora dos laços de sangue em benefício dos jurídicos era também original.

Quanto à segunda, enquanto grupos alargados de marca aristocrática que em época histórica identificam conjuntos de famílias de provável ascendente comum, no seio dos quais durante muito tempo se jogava verdadeiramente o exercício do poder político, a questão a colocar é a sua relação com a família bem como o momento em que possa ter adquirido posição de relevo.

Por sobre estas questões, coloca-se ainda a compreensão da sequência evolutiva e do papel em geral desempenhado pelas instituições em causa e outras, na estruturação da sociedade política, sendo a questão fundamental a de saber se a organização evoluiu do grupo menor para o maior, sendo a cidade o resultado político da associação de grupos políticos, ou se a cidade enquanto entidade política surgiu a partir da de alguém ou de alguns organizando internamente em grupos menores como modo de subsistir no tempo.

Ainda que as notícias referentes a Roma anteriores ao ano de 387 aC. comportem frequentemente dúvidas, não sofre geralmente constestação a crença tradicional de que entre a sua remota fundação e o ano 510 aC. Roma foi governada em monarquia [[15]](#footnote-15), mesmo que com características algo diferentes das que preenchem o tradicional entendimento do conceito, como veremos.

A mesma tradição permite conhecer um conjunto de reis dos quais o nome de alguns chegou até nós.

a) O rei (*rex*) participava de carácter sagrado, talvez derivado de uma eventual origem sacerdotal, estando-lhe cometidas funções militares, religiosas e judiciais. Investido do *imperium* ou poder de mando supremo, era o chefe máximo do exército. Enquanto sumo sacerdote presidia a rituais religiosos designadamente à indagação dos auspícios divinos que condicionavam a actuação política. Ainda enquanto chefe do colégio sacerdotal presidia à tomada de decisões no colégios dos pontífices, com o qual aparece de início relacionada a actividade judicial.

Ocupava o cargo vitaliciamente, mas na sua investidura participava o Povo organizado em assembleia (*comitia*), votando a *lex de imperio*, através da qual o poder lhe era formalmente entregue.

b) O poder político não era apenas exercido pelo rei, já que também o Senado (*Senatus*) e o Povo (*Populus*) reunido em assembleia detinham uma parcela.

O Senado (*Senatus*) ou assembleia dos velhos, inicialmente era constituído apenas por membros da classe aristocrática (patrícios), tendo funções essencialmente consultivas em relação ao *rex.* Estava-lhe ainda cometida a nomeação do *interrex* que substituía o rei durante a vacância do trono e a ratificação das deliberações do Povo tomadas em certo tipo de assembleias.

c) O Povo (*Populus*) funcionava organizado em assembleias (*comitia*), as quais podiam ser por cúrias (*curiata*), centúrias (*centuriata*) ou tribos (*tributa)*, conforme a organização subjacente. Apenas as duas primeiras devem ter funcionado no período ora considerado.

Dos comícios curiais, os mais antigos que Roma conheceu, havia ainda vestígios em época histórica mais avançada, reunindo então apenas com um número restrito de representantes por cada cúria e não com a totalidade dos membros. Embora, justamente pela sua antiguidade e ulterior desaparecimento, sejam imperfeitamente conhecidos, no período agora observado teriam como funções mais relevantes, votar a *lex curiata de imperio* através da qual o novo rei era investido nos seus poderes e decidir da guerra e paz. Seria igualmente perante estes comícios que se realizavam as principais solenidades religiosas e alguns actos civis aos quais era conferida dignidade especial, como a *adrogatio*.

Os comícios centuriais estavam ligados à organização militar de Roma sendo tradicionalmente atribuídos a uma reforma desencadeada por Sérvio Túlio um dos últimos reis de Roma, mas possivelmente serão posteriores. Com o decorrer do tempo, já no período republicano, transformar-se-ão na mais importante assembleia popular de Roma, pelo que mais à frente serão referidos com maior detalhe.

# § 2. República

Com a queda da monarquia, segundo a tradição ocorrida no ano 510 aC., desapareceu o predomínio etrusco que nos últimos anos se fazia sentir.

a) No começo ainda de modo algo incipiente, esboça-se então a divisão dos poderes por magistrados de eleição popular, no início geralmente dois cônsules, os quais detêm o *imperium* antes apanágio do rei.

Se bem que a plena divisão apenas tenha tido lugar a partir do ano 367 aC. com as *leges Liciniae Sextiae*, desde o início da República que o poder dos magistrados aparecia condicionado por algumas limitações, progressivamente fixadas, enunciáveis como temporalidade, colegialidade e responsabilidade, o que em termos práticos significava que cada magistrado ocupava o cargo apenas durante um período de tempo definido, geralmente um ano e que em cada magistratura o poder era exercido não apenas por um, mas por diversos indivíduos que mutuamente o limitavam, cabendo-lhe a responsabilidade pela conduta adoptada enquanto tal.

As magistraturas principais de carácter ordinário eram a dos cônsules, censores, pretores, questores e edis, às quais se podem juntar os tribunos da plebe que, sendo inicialmente os chefes políticos dos movimentos populares do século V aC., se transformaram depois em detentores da *potestas tribunitia,* capaz de se opor às decisões daqueles que se integravam no *cursus honorum*.

Excepcionando estes últimos, que nunca se integraram na carreira das magistraturas (*cursus honorum*) os magistrados romanos detinham como poderes principais o *imperium* ou poder supremo, que compreendia às diversas faculdades características da soberania e ao qual se ligava a *iurisdictio* e a *potestas* ou poder de representar o povo romano. Individualmente porém, nem todas as magistraturas detinham estes três poderes, sendo o *imperium* unicamente detido pelos principais e, sucessivamente, a *iurisdictio* e a *potestas* em maior ou menor grau pelos restantes.

No campo jurídico, particularmente importante era a pretura e o tribunado.

Os pretores, criados em 367 aC. tinham a seu cargo especificamente a administração da justiça intervindo na fase processual designada *in iure*. Inicialmente era apenas um, mas devido ao desenvolvimento das relações de Roma com outros povos, a partir de 242 aC. surge um segundo, encarregado de zelar pela aplicação da justiça nos casos em que um dos intervenientes não fosse cidadão romano, designando-se então, respectivamente, *urbanus* e *peregrinus*.

O tribuno da plebe, como magistrado extarordinário, era considerado inviolável na sua integridade e gozava do privilégio da *intercessio* no âmbito da qual podiam anular quaisquer decisões tomadas anteriormente pelos magistrados ordinários.

b) O Senado, gozando agora de posição de maior relevo, era constituído em grande parte por antigos magistrados já fora de funções.

Como anteriormente, competia-lhe decidir no *interregnum*, se ambos os cônsules tivessem desaparecido, mas o aumento da sua importância como órgão político vinha-lhe das decisões que tomava (*senatusconsulta*), formalmente simples pareceres mas na realidade verdadeiras fontes de direito, pelo menos no período final da República e na fase inicial do Principado.

Nesta posição de particular relevo há ainda a considerar a mudança que se operou através da *lex Publilia Philonis* de 339 aC. quanto à aprovação pelo Senado das decisões comiciais, que deixaram então de ser concedidas *a posteriori* para serem requisito prévio à sua propositura naquelas assembleias.

c) Enquanto assembleias congregantes do povo romano, observa-se no período republicano a continuação do que já no anterior se verificava.

Os comícios curiais representados agora por trinta lictores simbolizando igual número de cúrias da antiga Roma, continuavam a reunir-se, particularmente para votar a *lex curiata de imperio*.

As assembleias principais eram porém, as centuriais, as tribais e os concílios da plebe, que embora envolvendo alguns problemas na respectiva delimitação, particularmente quanto às duas últimas, existiriam como assembleias separadas.

Da competência das assembleias centuriais fazia parte a eleição do cônsules, censores e pretores e do magistrado extraordinário designado ditador, bem como a votação das leis propostas pelos magistrados sob aprovação prévia do Senado. Particularmente importante no campo judicial era a *provocatio ad populum* ou recurso de última instância das decisões de alguns magistrados, que a *Lex Valeria de provocatione* criara no ano 300 aC.

Aos comícios por tribos, possivelmente constituídos pelo povo na sua totalidade, tanto patrícios como plebeus, competia principalmente a eleição dos magistrados sem *imperium,* edis curuis e questores.

A assembleia da plebe, organizada também sob base tribal, mas excluindo o patriciado, possuía competência eleitoral e legislativa. No âmbito da primeira elegia os tribunos e os edis da plebe, votando no âmbito da segunda os plebiscitos que vinculando a partir do ano de 449 aC. apenas a plebe, se estendem a partir da *lex Hortensia* de 287 aC. a todo o povo romano, compreendido o patriciado.

# § 3. Principado

Após as guerras civis do século I aC, Roma conhece o governo de Octávio que inaugura o período geralmente denominado de principado.

Os romanistas são unânimes em salientar a dificuldade em definir rigorosamente este período, do ponto de vista politico-jurídico, pela inadequação das tradicionais formas de govemo quando aplicadas à sua caracterização, constatando-se o aparecimento de títulos novos ligados à pessoa de Octávio, sem no entanto designarem cargos então criados, pois caracterizam principalmente a posição de particular prestígio de que o *princeps* então gozava.

Este ascende a tal qualidade após a batalha de Accio sobre Marco António, no ano 31 aC. Em 27 aC recebe do povo romano o consulado bem como aquele título, sem tal significar a criação de um novo cargo, ou que Octávio deva ser considerado um magistrado numa Roma formalmente ainda republicana. Em 23 aC. recebe a *tribunitia potestas* sem ser tribuno da plebe e o *imperium proconsulare* separado do consulado. Como alguns autores salientam[[16]](#footnote-16) “*Augusto recebe poderes sem os cargos e dispõe de uma auctoritas que não é poder*” construindo a sua posição à imagem do prestígio de que gozava como fautor da *pax romana,* num regime onde coexistiam instituições republicanas e outras, características já de uma monarquia.

Esta situação eminentemente pessoal, tende com o tempo a fixar-se de modo estável na sua pessoa, determinando a concentração de poderes habilmente retirados aos antigos órgãos, e exercidos através do Império através de um corpo de funcionários que dele dependem directamente. Os seus sucessores, beneficiando da institucionalização deste novo órgão govemativo, vão por sua vez construir a imagem na base dos poderes que tinham sido detidos por Augusto, subaltemizando cada vez mais o Senado e os comícios, sem contudo os abolirem formalmente.

É assim que o Senado vê a sua *auctoritas* sucessivamente restringida, até as suas decisões não representarem mais do que a vontade do *princeps* inelutavelmente aprovada pela assembleia e de igual modo os comícios totalmente subalternizados nas suas funções, terminam por desaparecer.

# § 4. Império

 A partir da ascensão de Diocleciano à chefia do Império em 284 aC. desapareceram os últimos vestígios da antiga República que ainda subsistiam, agora claramente substituída por uma monarquia onde o Imperador ocupava o lugar de Deus e senhor ao modo oriental, exercendo o poder sem quaisquer limites. O poder deixa por isso de aparecer ligado, ainda que formalmente, à *lex de imperio*, para ser emanção do carácter divino que assistia ao soberano e que fez dele objecto de adoração num ritual pleno de complexidade

O Imperador e o estado identificam-se de igual modo que o património do estado se designa por *res privata* [[17]](#footnote-17), distinguindo-se do património do Imperador meramente para finalidades administrativas que não traduzem qualquer subtracção à sua plena disponibilidade.

Concentrando todo o poder nas suas mãos, o Senado deixa de ter qualquer influência no govemo do Império ou intervenção na actividade legislativa, sendo mesmo a aclamação do Imperador no seu seio, uma formalidade destituída de significado político [[18]](#footnote-18). A sua vontade exerce-se assim essencialmente através da burocracia que desde os tempos de Augusto não cessara de se aperfeiçoar, e do exército que igualmente desde o principado se substituira aos concilios centuriais em decadência.

Particularmente importante é a atenção que os Imperadores vão dedicar à administração territorial dum Império de tal modo extenso, que diversas vezas é dividido e reunificado de novo, atéque Teodósio em 395 o separa definitivamente em duas partes, distribuindo-o pelos seus dois filhos.

Mas a breve trecho as invasões germâni­cas aliadas a diversas outras causas impõem a queda da parte ocidental, quando em 476 o ultimo Imperador de Roma, Romulo Augusto é deposto. Subsiste então unicamenite a parte oriental com a capital em Bizâncio que finalmente no ano de 1453 também desaparecerá, às mãos do expansionismo turco então no seu apogeu.

**CAPITULO II**

**FONTES DO DIREITO**

Roma, ao longo da sua vida milenária, soube aperfeiçoar o sistema jurídico como nenhum povo da antiguidade o conseguiu, surgindo face às múltiplas exigências que sucessivamente se foram fazendo sentir, novas fontes do direito adaptadas quer às necessidades, quer às diversas formas de governo, constituindo o seu estudo o objectivo deste capítulo.

 Mas antes, convém precisar alguns pontos que embora não sendo directamente objecto de estudo, são úteis à localização das diversas fontes que depois se analisarão.

 1 — Precisamente devido à sua milenária duração o direito romano alterou-se significativamente desde os primórdios da cidade até ao momento da sua codificação, já no sec. VI dC. Costuma por isso falar-se em épocas históricas dentro da sua evolução, e entre os diversos critérios possíveis, está bastante difundida a quadrivisão em época arcaica, clássica, post-clássica e justinianeia, dentro das quais ainda surgem por vezes divisões menores [[19]](#footnote-19).

Segundo este critério, na época arcaica (até 130 aC.), o direito romano observa um processo evolutivo que o há-de levar ao período de esplendor que ceracterizará o classicismo. De uma fase inicial em que os pontos de contacto com a religião são numerosos, o direito vai-se laicizando, adquirindo autonomia. É o *ius civile*, exclusivo dos cidadãos romanos ao qual a partir de 242 aC. se vem juntar o *ius gentium* que porá em contacto romanos e estrangeiros através do pretor peregrino.

A este período sucede-se o apogeu do direito romano que numa fase já tardia atingirá os inicios do sec. III, em que o direito apa­rece na sua maior perfeição, associado aos grandes jurisconsultos que depois através do Digesto da Justiniano se imortalizarão.

Mas antes de chegar a esse período último, o direito romano vai passar por uma fase de dacadência, particularmente no Ocidente, vivendo em grande parte à custa das obras dos juristas classicos que sucessivamente são resumidas e simplificadas, adaptando-se às necessidades locais num mundo onde se chocavam já duas culturas distintas, a romana e a germânica.

Por fim, entre 530 e 565, se bem que outras compilações tivessem já sido feitas antes, o direito romano entra na fase da codificação, quando Justiniano, Imperador de Bizâncio, manda compilar todo o direito no *Corpus* justinianeu, ficando assim a valer como repositório único do direito vigente.

 2 - Sem tomarmos como base esta periodização, mas tendo-a presente, vamos de seguida caracterizar as fontes do direito romano, entendidas estas no seu sentido formal, isto é, como formas de criação e revelação das normas jurídicas

 Antes porem, impõem-se algumas palavras sobre a genese do direito nos primórdios de Roma.

O primitivo direito da cidade, de acordo com os limitados testemunhos fiáveis que chegaram à época histórica, aparece intimamente correlacionado com os conceitos de *ius* e *fas.*

 A partir de textos tardios foi ideia dominante entre os romanistas a separação inicial de dois ordenamentos na cidade primitiva, um criado pelo homem e identificado com aquele primeiro conceito, e o outro identificado com a lei divina, portanto de origem supra-humana.

 Um novo equacionamanto dos dados veio no entanto a alterar substancialmente o ponto da vista de que se partia, já que parecia mais consentâneo não os colocar em campos diversos, pois o *ius* parecia apresentar na sua origem características nitidamente religiosas ou mesmo mágicas, apontando neste último caso para uma fase pré-deística [[20]](#footnote-20). Contudo, apesar do peso que tomou então a defesa de religiosidade inicial do *ius*, não se estava perante doutrina pacificamente aceite, já que diversos investigadores vieram depois recusar esta origem nos termos em que era proposta. Não se tratava, no entanto, de voltar à separação inicial em campos completamente separados, pois a rejeição desta equivaleência era praticamente dado aceite por todos. Prestava-se agora especial atenção ao processo visto em estreita relação com o desenvolvimento do *ius*, defendendo mesmo alguns autores a sua estrita natureza profana, embora passível de ter sido pe­lo campo religioso influenciado [[21]](#footnote-21).

 Actualmente o problema de génese do primitivo direito romano, está longe da perfeitamente resolvido, procurando-se uma linha de força que possa ser comum às diversas utilizações do conceito *ius,* mantando-se no entanto como dado a ter em conta a possível articulação entra este conceito e o *fas*.

**§1. Costume**

O costume como fonte do direito, traduzia-se em Roma essencialmente pelas expressões *mos* e *consuetudo.*

Desde os tempos primeiros que os *mores maiorum*, apareciam como o substrato de onde o *ius* brotava, mediante o esforço dequeles que se dedicavam ao seu estudo, isto é, os jurisprudentes. Sucessivemente restringido na sua importância, até na época post-classica ser substituido pela noção de *consuetudo*, por contraposição à *lex,* os *mores maiorum* eram assim a tradição, onde no início o direito público e o direito privado deviam ser procurados.

Mais tarde, o costume (*consuetudo*) aparece explicitamente qualificado como fonte de direito não escrito, em virtude da repetição de condutas durante largo espaço de tempo acompanhada de convicção de obrigatoriedade que o caracterizava, e que o fazia aproximar da lei como fonte do direito.

 Como modalidades do costume, nas suas relações com a lei, encontram-se já, embora sem utilizar esta terminologia, as noções de cos­tume *contra legem*, *praeter legem* e *secundum legem* [[22]](#footnote-22).

**§2. A lei**

 § 1

 a) Definindo *lex* como uma declaração solene com valor normativo, baseada num acordo entre quem a emitia e o destinatário[[23]](#footnote-23) os romanos conheceram duas especies, conforme tinham carácter privado ou público.

*Lex privata* era a declaração normativa que alguém emitia incidindo sobre um objecto colocado na sua disponibilidade. *Lex publica* era aquela que provinha de um orgão detentor do poder politico e emitida nessa qualidade.

 Como sabemos, antes de o Imperador ter chamado a si esta função, os orgãos legislativos por excelência, eram em Roma os comícios do povo, particularmente os centuriais e a partir de determinada época também as as­sembleias da plebe.

 Mas nem sóas assembleias como orgãos colectivos tinham poder para emitir *leges* já que também os magistrados no uso de um poder genericamente concedido para tal, ou no uso dos seus próprios poderes o podiam fazer.

 Costuma assim classificar-se a *lex*, conforme o órgão de que provinha em *rogata*, *data* e *dicta*.

b) A *lex rogata* era aquela que era votada pelos comicios do povo romano que em epoca histórica eram já sem qualquer dúvida os centuriais.

 Na sua feitura a iniciativa partia de um magistrado que apresentava à assembleia a sua proposta (*rogatio*) pedindo-lhe a respectiva aprovacão. A votação, de inicio oral, passou depois a ser feita por escrito e caso a proposta fosse aprovada, e se todos os requisitos considerados essenciais tivessem sido cumpridos, considerava-se a lei válida. Posteriormente a *lex* ficava sujeita à sua aprovação pelo Senado, aprovação esta que após a lei *Publilia Philonis* de 339 aC. passou a ser requisito prévio que a *rogatio* devia possuir quando da apresentação ao comicio.

 c) Os plebiscitos eram de início decisões da assembleia da plebe que não possuiriam caracter jurídico.

O seu trajecto até conseguirem valor vinculativo em relação a todo o povo romano tanto patrícios como plebeus, oferece algumas dúvidas dado ser posta em causa por diversos romanistas a existencia de algumas leis que tradicionalmente se ligavam a esta questão.

No entanto, sem entrarmos neste ponto, é opinião difundida que desde um momento inicial em que não possuiam valor jurídico, vêm depois a obtê-lo unicamente para a plebe através da *Lex Valeria Horatia* de 449 aC para a partir da *Lex Hortensia* de 286 aC passarem a vincular a totalidade do povo romano, tanto patricios como plebeus, ficando desde então equiparados às leis comiciais.

 c) As *leges datae* eram, segundo a opinião tradicional, as que emanavam de um magistrado, no uso de uma autorização legislativa concedida pelo povo. Contudo há quem ponha hoje em dúvida a existencia destas *leges* como categoria, a par das rogatae e *dictae*.

 d) As *leges dictae* provinham de um magistrado no uso dos seus próprios poderes como tal, isto é dentro da sua competência a através delas regulamentava-se essencialmente a utilização dos bens do Estado.

§ 2

 a) A tradição romana guardou a ideia da existencia de leis desde tempos muito antigos. As primeiras, ainda do período monárquico, ficaram conhecidas pela designação de *leges regiae,* e teriam sido votadas nos comícios curiais sob proposta dos reis, tendo depois sido recolhidas por um pontifice no chamado *Ius**Papirianum*, na transição da Monarquia para a República.

 Duvida-se hoje da existência destas leis, ou pelo menos que possam assim ser qualificadas, propendendo os romanistas para as qualificar de simples prescrições religiosas sem qualquar intervenção comicial na sua realização.

 b) A mais antiga lei romana seria assim a chamada *Lei das XII Tabuas,* aproximadamente do ano 450 aC.

 No entanto tambem a crítica não tem poupado este texto legal, que não chegou à actualidade na sua versão original, mas apenas em parte muito limitada através de referências de autores cronologicamente muito posteriores, que por sua vez tambem apenas as conheciam pela tradiçãooral.

 Estas leis teriam surgido na sequeência do período inicial ou República, depois de uma fase de acesos conflitos entre patrícios e plebeus, em que após contactos com as leis de Sólon, teriam sido votadas pelo povo nos comicios centuriais, numa primeira fase apenas as dez primeiras tábuas, às quais no ano seguinte se juntaram mais duas.

 Identificam-nas alguns romanistas com outros corpos legais que a tradição igualmente menciona, como o *Ius Flavianum* e o *Ius Aelianum*. O primeiro da autoria de Cneu Flavio, teria sido a divulgação pelo povo nos finais do sec. IV aC. das fórmulas rituais indispensáveis à propositura das acções até então mantidas no sigilo pelos sacerdotes, guardiões do saber jurídico. O segundo, da autoria do jurista Sextus Aelius, identificar-se-ia com a primeira parte da sua obra *Tripertita*, esta conhecida, onde se encontrava uma reconstrução e comentário da lei das XII Tábuas.

 Independentamente da pertinencia destas críticas hoje geralmente rejeitadas, em época histórica, as XII Tábuas eram entendidas em Roma como o texto jurídico fundamental tanto para o direito público como para o privado e como tal devem ser consideradas apesar dos posssíveis exageros de que a tradição rodeou a sua história.

**§3. Senatus-consultos**

 a) As decisões do Senado designavam-se *senatusconsultos* e tambem eram consideradas fontes do direito.

 O Senado, era como vimos, um orgão cujas origens vinham já da antiga organização citadina gizada, segundo a tradição, por Rómulo, o lendário fundador de Roma no sec. VIII aC.

 A composição deste órgão variou bastante com o decorrer dos tempos, tanto quanto o número de senadores que o integravam como quanto as classes sociais onde os seus membros deviam ser escolhidos.

De início o Senado era provavelmente integrado pelos *patres* das diversas gentes ou das famílias, em número fixo ou variável, mas em qualquar caso apenas pertencentes à classe patrícia. Mais tarde, ja na epoca republicana a plebe consegue fazer a sua entrada neste orgão após a *Lex Olivia* de 312 aC. e a escolha dos senadores antes feita pelos consules de entre os antigos magistrados, reverte para os censores que os escolhiam entre os magistrados patricios e plebeus que tivessem exercido as suas funções nos cinco anos anteriores.

 Com o início do principado altera-se de novo o processo de preenchimento deste orgão, sendo agora os titulares escolhidos entre os membros da classe senatorial, desde que tivessem exercido uma magistratura igual ou superior à questura.

 b) 0 valor normativo dos senatus-consultos variou tambem ao longo de uma linha ascendente que tem o ponto máximo na época clássica para logo perderem força autónoma, transformados na simples expressão da vontade do Imperador, traduzindo igualmente esta evolução uma correspondente perda da importancia das assembleias populares e um progressivo incremento do poder do *princeps.*

Até ao sec I aC. tinham apenas caracter consultivo em relação ao rei e aos magistrados. Para lá desta função, o Senado intervinha na feitura das leis apenas através da sua ratificação, num período antigo feita *a posteriori,* depois transformada em aprovação prévia da *rogatio* do magistrado.

 A partir desta data, o Senado dispõe de influencia cada vez maior, intervindo jun­to do pretor na redacção do édito, a partir do ano 4 aC. tomando decisões que se impunham por si próprias com força de lei.

 Coincide esta época precisamente com a decadência dos comícios que se viam assim substituidos pelo Senado nas suas funções, simultaneamente com o govemo de Augusto, cujos poderes não mais cessariam de aumentar nos séculos seguintes, através dos seus sucessores.

 A partir dos finais do sec. II d.C. as decisões do Senado, não representam nada mais que a própria vontade do *princeps,* nem sequer apresentada como proposta ainda que meramente formal, mas simplesmente como *orationes principis* que por si mesmas faziam lei.

**§4 . Edictos dos magistrados**

a) Como se havia referido, com o advento de República a jurisdição passa a ser exercida pelos magistrados do povo romano.

Embora nos seus alvores os únicos fossem os cônsules, cabendo-lhes portanto o seu exercício, cedo tem início a divisãode poderes por outras magistraturas sucessivamente criadas, particularmente quanto à administração da justiça, já que coincidindo esta fase com a expansão de Roma através do solo itálico, o afastamento dos cônsules por períodos cada vez maiores, ocupados com operações militares, impunha o aparecimento da funcionários especificamente encarregados da aplicação do direito na cidade. Nesse sentido, através das *Leges Licinia Sextiae* de 367 aC. foi criada a magistratura ordinária denominada pretura, de início talvez associada ao consulado, mas em breve totalmente autóno­ma, encarregada de aplicar a justiça nas cau­sas civis.

Contudo aplicando-se o *ius civile*, apenas a cidadãos romanos, rapidamente o contínuo relacionamento com os estrangeiros que, particularmente no exercicio da actividade comercial, afluíam a Roma impôs o aparecimento de um outro magistrado voltado especificamente para as relações dos estrangeiros (peregrinos) entre si, ou entre romanos e estrangeiros. Assim em 242 aC. surgiu um segundo pretor designado de *peregrinus* em virtude das suas funções, e que coincide com o aparecimento do *ius gentium* ou direito das gentes, cuja jurisdição foi a sua fonte imediata [[24]](#footnote-24).

 A partir do ano 242 aC. existiam assim em Roma dois pretores com jurisdições distintas ficando o mais antigo e por oposição ao *peregrinus,* designado *urbanus*. Posteriormente o número desses magistrados aumentará à medida que as necessidades impuseram a especialização de funções encontrando-se mesmo pretores à cabeça do governo de algumas províncias romanas, como foi por exemplo o caso da Espanha.

 b) Dentro dos poderes do pretor encontrava-se o de enunciar publicamente o modo como exerceria a sua jurisdição (*jus edicendi*), designando-se por edicto do pretor o texto em que tal anúncio era proposto ao público, quando da sua eleição. Mas tambem outras magistraturas para além da pretura, possuiam o *ius edicendi.* Estavam neste caso os edis curuis e os governdores das províncias, designando-se genericamente-te de *ius honorarium* todo a direito introduzido através dos seus edictos, sendo rigorosamente o *ius praetorium* apenas o constante do edicto do pretor. No antanto a importancia deste última sobrepõe-se da tal modo a todas as restantes, que se utilizam normalmente as duas expressões (*praetorium* e *honorarium*) para significar o *ius* que tinha na sua base a actividade daquele magistrado.

 c) O edicto do pretor era assim um texto escrito, que o magistrado apresentava publicamente, onde estava contido o programa jurídico que nortearia a sua actuação durante o mandato.

Como já daqui se deduz, a possibilidade de propor um conjunto de actos ou atitudes a praticar futuramente no campo da aplicação da justiça, pressupõe a possibilidade de este magistrado se eximir às soluções que o *ius civile* previa pois a não ser assim não teria sentido a apresentção dum programa deste tipo.

Efectivamente o *ius praetorium* afirmava um sistema jurídico diverso do *ius civile*, que o completava e adaptava às necessidades, mas que em qualquer caso o não derrogava como sistema mantando-se perfeitamente validas as soluções por ele apresentadas, servindo-se o pretor de vários processos para atingir esse resultado quer baseando-se no seu *imperium* - numa fase mais recuada - quer simplesmente na sua jurisdição - a partir do momento em que as acções processuais passaram a ser determinadas por fórmulas escritas por volta do ano 130 a.C.

Deste modo este magistrado tinha meios para colocar uma situação concreta sob a alçada do ius civile, ou retirá-la, se em face dos seus criterios de justiça entendesse que devia ou não devia ser por ela abrangida, e is­to independentemente de na realidade essa situação ser contemplada pelo *ius civile* duma ou doutra forma. Mais tarde quando as acções processuais se baseiam já em fórmulas escritas o pretor concede ou denega acção conforme entende que a situação deve ser protegida juridicamente e como no direito romano, possuir acção era ter *jus*, campreende-se que nunca se poderia efectivar uma actuação processual se para ela fosse concedida uma acção ou fosse concedida ao opositor uma outra que neutralizasse a pretensão do autor como estava na disponibilidade do pretor, através da sua intervenção na fase processual *in iure* [[25]](#footnote-25), a actuação de qualquer daquelas formas, existia na realidade uma actividade que integrava ou corrigia os preceitos do *ius civile* que de alguma forma não devessem ser aplicados.

 d) O edicto do pretor, era portanto o texto onde se enunciava quais os expedientes jurídicos que o público poderia esperar ver aplicados durante a vigência do seu mandato.

Consoante o momento em que era anunciado, o edicto podia ser *perpetuum* e *repentinum*. O primeiro era aquele que no inicio do seu mandato o pretor anunciava, contendo o programa de actuação e destinado a vigorar durante o seu mandato, isto é durante um ano. Os *edicta repentina* eram aqueles que em virtude de circunstâncias excepcionais surgidas durante aquele espaço de tempo, o pretor se via obrigado a emitir.

 O conjunto de preceitos que transitava de um edicto para o seguinte, apresentado pelo seu sucessor, denominava-se edicto *traslatitium*, e materializava-se no conjunto de soluções que a prática tinha demonstrado serem eficazes e que não havia vantagem em alterar.

As inovações que cada pretor entendia dever introduzir no seu programa era o *edictum no­vum*, a parte verdadeiramente original que ia enriquecendo o *ius honorarium*.

Com o decorrer do tempo uma grande massa do edicto do pretor fixa-se aparecendo sempre nos novos edictos. Devido a este facto, mas tambem em virtude da progressiva concentração de poderes na pessoa do princeps, Adriano mandou redigir cerca do ano 130 dC. um modelo que fixasse o edicto dos diversos magistrados que possuiam o jus edicendi, encarregando dessa tarefa o jurisconsuito Salvio Juliano.

A partir deste momento deixou de poder ser considerado uma fonte autonoma do direito, mas continuou a publicar-se até cerca dos finais do século III, deixar mesmo de ser publicado.

**§5. Constuituições imperiais**

 a) As constituições imperiais são as decisões de carácter jurídico proferidas unilateralmente pelo Imperador.

Já atrás foi referido o aparecimento do *princeps*comofigura de primeira grandeza da constituição de Roma, e da progressiva concentração de. poderes que ao longo de cerca de três séculos se foi operando, até se tomar Imperador absoluto.

Desde o primeiro momento, beneficiando do prestígio de que dispunha, Augusto começou a intervir na vida publica romana à semelhança do que os magistrados faziam. No entanto a natureza juridica da enunciação da vontade do Imperador, através das diversas modalidades que podia revestir, não foi sempre a mesma, já que acompanhou em certa medida a trajectória do próprio *princeps* como cerne da vida política. É assim que no sec. II as constituições imperiais são equiparadas às leis embora ain­da se não identifiquem, e a partir do sec.IV são totalmente equiparadas e mais. do que isso, são mesmo as únicas fontes capazes de criar direito novo, o que se compreende se nos recordarmos de posição que então ocupava o Imperador.

b) As constituições imperiais podiam revestir diversas modalidades, algumas características apenas do Baixo Imperio.

1. Os editos eram a forma ordinária de produção normativa generica por parte do imperador, equiparáveis quanto a este sujeito, ao ius edicendi dos magistrados. Todavia não contêm um programa geral, como aquela fonte do direito perfigurava e dirigem-se menos às matérias do direito privado. Também se não limitavam a vigorar apenas durante a vida do Imperador, a menos que fossem especificamente revogados.

 2. Os *mandata* eram ordens ou instruções dadas aos funcionários, inicialmente da um modo individualizado a destinados a vigorar durante o tempo que ocupassem o cargo. Depois, com a estabilização administrativa, passaram a ser dadas impessoalmente transformando-se em regulamentos abrangendo os diversos cargos de idêntica natureza, tendo sobretudo importância no âmbito do direito penal e administrativo.

3. Os *decreta* eram as decisões judiciais proferidas pelo Imperador nos casos que lhe fossem submetidos, no âmbito de um tribunal espe­cial por ele presidido a no qual o processo, ao contrario dos tribunais ordinários, tinha apenas uma fase (*cognitio extra-ordinem*).

 As decisões deste tribunal, que podia fun cionar em prineira instância ou como apelação, não eram de inicio vinculantes em geral. Tadavia, com o progressivo reconhecimento do poder judicial do Imperador, acabaram por ser entendidas como fontes de direito.

 4. Os *rescripta* eram igualmente decisões do Imperador e podiam ser *epistulae* ou *subscriptiones*

As primeiras, eram respostas a consul­tas que lhe eram fomuladas por uma entidade oficial, elabaradas pals chancelaria imperial *ab espistalis* e que versavam sobre questões estritamente jurídicas, independentemente da existência ou não de um processo judicial subjacente, do qual em qualquer caso o Imperador não tomava conhecimento.

As segundas eram respostas a consultas feitas por particulares, igualmente versando apenas sob aspectos jurídicos contro­versos, que a chancelaria *a libellis* elaborava e à qual o Imperador dava o seu acordo.

Estas decisões, justamente porque não pressupunham a existencia de um litígio processual, não se substituíam à futura sentença. Simplesmente, se a enunciação dos pressupostas estivesse correcta na consulta realizada, o juiz estava vinculado pela decisão do Imperador. Com o tempo os *rescritas* adquirem mesmo valor normativo genérico, sendo utilizados na resolução de casos identicos.

 5. Podem ainda ser equiparados às constituições imperiais as *orationes* do Imperador [[26]](#footnote-26) que de início era simplesmente a proposta que o *princeps* dirigia àquele orgão, a fim de por ele ser votada e transformada em senatus-consulto. No entanto, à medida que o império absoluto se aproxima, a intervção do Senado na aprovação da mesma torna-se uma mera formalidade [[27]](#footnote-27), pelo que a *oratio* se identifica verdadeiramente com o proprio texto final com valor normativo.

 c) A partir do sec. IV d.C. já em pleno dominado, a vontade do príncipe torna-se na única fonte capaz da criar direito novo identificando-se portanto com as constituições imperiais, ficando o *ius* restrito ao direito antigo materializado na obra dos juristas classicos.

 Para criar esse *ius novum* identificável com as *leges*, mantêm-se sensivelmente as mesmas modalidades de constituições que já antes existiam, às quais se acrescantem todavia algumas: as *adnotationes* a as *pragma­ticae sanctiones*, sendo as primeiras uma modalidade de *rescripta* e as segundas uma modalidade, segundo alguns autores, situada entra os *edicta* e os *rescripta*.

 d) O fundamento do poder legislativo do Imperador aparecia numa fase jáavançada do principado, ligado à lex de imperia, que no início do gavemo atribuía ao princeps os poderes que depois exerceria. E apesar do texto dessa lei, que é conhecida em alguns casos, não apoiar claramente esta ideia, juristas como Gaio, Pompónio e Ulpiano, eram unânimes em defender tal interpretação.

Na entanto, quanto à época de Augusto, duvidam bastante os romanistas que a convicção que aqueles juristas do sec. II e III traduziam, fosse efectivamente o fundamento do poder legislativo absorvido pelo primeiro *princeps,* que, como sabemos, era até então essencialmente da competencia dos comícios do povo romano particularmente atraves da votação das *leges rogatae*. O professor Sebastião Cruz [[28]](#footnote-28) defende a ideia de que o prestígio de Augusto foi aqui a elemento principal [[29]](#footnote-29), tendo o povo tacitamente aceite entender como dotado de valor legislativo, aquilo que o príncipe ordenasse. A partir daqui a progressiva institucionalização do facto teria sido uma mera consequência da prática então iniciada.

 É no entanto oportuno salientar as observações que o professor R. Ventura acrescenta quanto à genese de cada uma das modalidades de constituições [[30]](#footnote-30), que ajudam a compreender essa transformação.

 Assim, enquanto os *decreta* decorriam do próprio poder jurisdicional do Imperador, dentro da *cognitio* que atrás se referiu, os *mandata* ligam-se à subordinação administrativa do funcionalismo, que a partir de Augusto se institucionaliza por todo o Império.

 Quanto aos *edicta*, sendo uma manifestação particular *do ius edicendi* dos magistrados, tendo o *princeps* recebido o *imperium proconsulare* e a *tribunitia potestas*, entender que nessa concessão não iria incluído o *ius edicendi*, era considerar que esses poderes lhe foram concedidos não na sua plenitude, ou que a sua detenção não chegava para legitimar a enunciação do edito, ao contrário do que sucedia com os outros magistrados.

 Quanto aos *rescripta* tanto se poderia entender que as consultas eram feitas ao Imperador como a qualquer outro jurisconsulto, como pelo simples raciocinio de *“quem pode o mais pode o menos*”, pois se o *princeps* podia decidir de um litigio na sua totalidade dentro da *cognitio,* também poderia pronunciar-se somente sob o aspecto jurídico, em abstracto. A actividade do Imperador encontrar-se-ia assim legitimada na sua base, sem haver necessidade da concessão específica do poder de legislar. A transformação destes poderes numa normal actividade legislativa seria então consequência da sua institucionalização ao largo dos anos que se seguiram.

**§ 6. Jurisprudencia**

 a) A jurisprudeência era entendida pelos romanos como um misto de ciencia e de técnica, tendo por objecto o direito.

Como ciencia (*prudentia*), ensinava a distinguir o que devia ser feito em oposição ao que devia ser rejeitado. Como tecnica (*ars)*, ensinava a conseguir, a obter, o que através da *prudentia* se entendia ser justo ou injusto. Por isso se dizia que era a *ars boni et aequi*.

 Jurisprudentes eram assim aqueles que se dedicavam ao estudo do direito, através da descoberta do que era o *ius.* Deles se distinguiam totalmente aqueles outros designados *oratores*, que tinham por missão intervir directamente nas questões de facto, defendendo uma ou outra parte, na tentativa de obter uma sentença favorável.

 Nos períodos mais antigos da história romana a jurisprudência pertencia exclusivamente aos sacerdotes, que como seus guardiões a reservavam ciosamente, não permitindo a sua divulgação pelo povo.

 Depois, lentamente foi-se laicizando e simultaneamente divulgando, até estar ao alcance de qualquer um que a ela se quisesse dedicar, sendo mesmo numa fase já avançada considerada uma carreira profissional à qual alguns se dedicavam exclusivamente.

Entre estes dois momentos em que, o segundo pode ser localizado no século I aC., duas fases importantes são definidas pela Lei das XII Tábuas e pelo *Jus Flavianum*, já atrás referidos, traduzindo particularmente o segundo, a passagam do secretismo formular dos tempos mais recuados, para a difusão fora do extracto social que até então a retinha como privilégio seu.

 b) As funções da jurisprudência eram essencialmente três: *cavere,* *agere* e *respondere*. *Cavere* era a actividade destinada a aconselhar os particulares a praticar actos jurídicos válidos dentro do que se costuma designar por direito substantivo. *Agere* como o nome indica, incidia particularmente nos aspectos processuais, isto é no modo da actuar em processo a fim da obter os efeitos jurídicos desejados. *Respondere,* era a actividade de dar pareceres (*responsa*), em questões jurídicas que lhes fossem submetidas. Era uma actividade consultiva, e justamente por isso era através dela que os jurispru­dentes tinham maiores possibilidades de desenvolver a ciência do direito através da exposição dos seus próprios pontos da vista.

 c) Antes do principado, a jurisprudência não criava direito, na medida em que as *responsa* não vinculavam os juízes que deci­diam do litígio.

 A partir de Augusto, a actividade jurisprudencial beneficiou do marcado interesse que o *princeps* lhe tributou, nomeadamente concedendo a alguns dos seus cultores o *ius publice respondendi* que mais à frente se abordará com detalhe. As *responsa* tendiam já a ser consideradas vinculantes, particularmente aquelas que provinham de juris­prudentes que beneficiavam daquele privilégio.

 A partir de Adriano [[31]](#footnote-31) a jurisprudência era considerada fonte de direito desde que houvesse unanimidade nas raspostas. Em caso contrário o juiz seria livre de decidir.

d) Como atrás se referiu, Augusto concede o *jus publice respondendi*, a alguns jurisconsultos [[32]](#footnote-32). Discute-se bastante qual o verdadeiro conteúdo desta medida, tanto quanto à sua extensão como quanto ao seu conteúdo, várias interpretações tendo sido propostas para os textos que se referem a este instituto.

 A opinião corrente, interpreta o âmbito da sua concessão do seguinte modo: Augusto concede a alguns jurisconsultos o poder de responder *ex auctoritate principis*, isto é, as *responsa* daqueles que tivessem recebido este benefício, ficavam imbuídas de uma dignidade especial que lhes conferiria tanto valor como se o seu autor fosse o próprio Augusto. Os restantes jurisconsultos poderiam continuar também a dar pareceres, mas o seu valor seria considerado infe­rior por comparação às provenientes daqueles que possuíssem o *ius publice respondendi*.

Face aos pareceres que viessem revestidos desta dignidade, o juiz embora formalmente livre de julgar, encontrar-se-ia de facto vinculado pelo seu conteúdo, pela especial força de que participavam, pelo menos quando existisse unanimidade de opiniões. Quando as respostas fossem divergentes, o juiz seria livre de optar por aquela que considaresse preferível.

 Em qualquer caso, esta vinculação existiria de início apenas para o caso concreto que tivesse obtido o parecer, já que apenas para a época posterior ao Imperador Adriano, se pode concluir que também no caso de unanimidade, possuíssem valor genérico, desligando-se assim do caso concreto para entrarem na categoria das fontes imediatas do direito.

 e) Com o decorrer dos séculos, os pareceres e opiniões dos jurisconsultos foram-se multiplicando, surgindo frequentemente pontos de vista diversos sobre as mesmas questões.

 Para obviar às dificuldades que esssa acumulação provocava, aliada à frequente infidelidade das cópias das obras jurídicas que na épo­ca pós-clássica circulavam, vai ser no ano de 426 promulgada uma constituição imperial da autoria de Teodósio II e Valentiniano III, que fi­caria conhecida como a Lei das Citações.

O seu conteúdo incidia sobre os seguintes pontos:

 1. Eram confirmadas todas as obras dos juristas Painiano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino [[33]](#footnote-33).

 2. Eram também confirmadas as obras dos restantes jurisconsultos desde que:

 a) As suas obras tivessem sido citadas por qualquer dos acima indicados

 b) Que fosse possível garantir a autenticidade das citações feitas, em face de documento digno de crédito.

 3. Se existissem opiniões divergentes relativas ao mesmo ponto:

 a) Prevaleceria a que recolhesse o maior numero.

b) Em caso de empate, prevaleceria aquela onde figurasse Papiniano.

c) Se este jurista não se referisse ao ponto em estudo e existisse empate entre os restantes, o juiz seria livre de decidir.

Embora se discutam diversos aspectos relativos a esta lei, nomeadamente a possibilidade de interpolações em época tardia, o seu conteú­do veio consignar “*de jure*” um processo de obviar a algumas das dificuldades com que a aplicação do direito se dabatia então. Contudo é possível que ela não tenha sido na realidade inovadora, mas que apenas tenha vindo dar cobertura legal a uma prática que já era corrente.

 **CAPÍTULO IV**

 **OS CONCEITOS DE *IUS***

O conceito de *ius* foi entendido em Roma com diversos significados, conforme a este termo se acrescentaram outras expressões que lhe precisavam o sentido fazendo apelo a aspectos particulares a ter em conta, estando neste caso entre outros os conceitos de *ius quiritium*, *ius civi1e*, *ius honorarium*, *ius gentium*, *ius naturale*, *ius publicum* e *ius privatum* [[34]](#footnote-34).

1. Políticas, normativas, jurídico externo e interno, etc. [↑](#footnote-ref-1)
2. As próprias Leis das XII Tábuas originais foram então destruídas. Mais tarde reconstituídas, essa versão também não chegou à actualidade, embora se tenha uma ideia muito aproximada do respectivo conteúdo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Não raro ocorreram manipulações, por razões políticas ou de prestígio familiar. [↑](#footnote-ref-3)
4. Exceptuam-se as fontes arqueológicas de natureza epigráfica que não sendo muitas, não obstante existem, como é o caso da “*lapis níger*”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Após 510 aC. (advento republicano) os magistrados passaram a ser eleitos anualmente. Os nomes dos consules eram gravados em lugares públicos para conhecimento de todos, já que na inexistência de outro critério eram utilizadas para a contagem e identificação dos anos. Designam-se *Fasti Capitolini* ou consulares. Reconstituídos eventualmente no século I aC., segundo alguns autores por Tibério Pomponio Atico, estavam gravados no arco de Augusto. Recolhidos no Renascimento foram então guardados por Miguel Ângelo. A veracidade desta lista é duvidosa, em especial para os anos anteriores a 367 aC. justamente pelas razoes indicadas. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Annali Maximi* (descrições de factos relevantes feitas pelo *pontifex maximus*); *Fasti Triumphales* (referencias aos vencedores de provas desportivas). Entre os autores que deixaram listagens de eventos contam-se Fabio Pictor, Cincio Alimento, Ennio. Porcio Cato, Postumio Albino, C. Acilio, Calpurnio Piso, Cláudio Quadrigario, Licínio Macro, Valério Anziate, Aelio Tuberon e Celio Antipater. [↑](#footnote-ref-6)
7. Vg. os “*Libri Lintei*”, referidos em época histórica, mas entretanto desaparecidos, enquanto possíveis fontes das listagens de magistrados e das descrições cronológicas feitas por escritores antigos. [↑](#footnote-ref-7)
8. Entre os historiadores contam-se Polibio, Salustio, Diodoro de Sicília, Tito Lívio e Dionísio de Halicarnasso. [↑](#footnote-ref-8)
9. Após ter eliminado Remo, seu irmão gémeo e rival, ambos criados por uma loba que os encontrara abandonados. [↑](#footnote-ref-9)
10. As principais colinas eram sete (Palatino, Esquilino, Celio, Aventino, Quirinal, Capitólio e Viminal) sendo provavelmente a Roma antiga fundada na primeira. Associando-se em seguida aos povos habitantes das duas seguintes, igualmente habitadas por latinos, viria ainda a associar-se aos povos habitantes das restantes quatro, talvez sabinos, formando uma confederação de índole religiosa chamada do *Septimontium* (sete montes) da qual havia ainda vestígios em época histórica através de festividades religiosas. [↑](#footnote-ref-10)
11. Tanto latinos como sabinos eram de origem indo-europeia, chegados a solo itálico eventualmente por volta do início do primeiro milénio aC., com traços culturais e étnicos próximos. Traçando uma comparação com a realidade ibérica, estariam entre si como os Lusitanos estariam em relação aos Vetões. [↑](#footnote-ref-11)
12. Segundo a tradição o governo foi durante algum tempo partilhado com o rei sabino, Tito Tazio. [↑](#footnote-ref-12)
13. Os Etruscos não eram indo-europeus. De origem obscura seriam eventualmente provenientes do médio oriente, tendo chegado à península itálica relativamente cedo. Expandem-se progressivamente chegando a dominar toda a região entre o norte da Itália e o Lácio. A esta região teriam chegado cerca de 625 aC. passando a partir de então a integrar a história romana. Para além do domínio territorial exerceram ainda domínio marítimo no mediterrâneo ocidental. [↑](#footnote-ref-13)
14. De facto, só após o dominio etrusco se inicia a expansão romana em solo itálico. [↑](#footnote-ref-14)
15. São diversos os elementos fidedignos nesse sentido. Em época posterior subsistiam ainda vestígios indirectos de tal instituição só compreensíveis se correspondessem a um facto anterior verídico: a terminologia QRCF “quando rex comitatiavit fas” utilizada no calendário, relacionada com os dois dias anuais em que reuniam os comícios curiais (24 de Março e 24 de Maio); a terminologia republicana “*rex sacrificulus*”; a denominação “*regia*” dada á casa ocupada ainda no período republicano pelo “pontifex maximus”; a terminologia “interrex” e “interregnum” alusiva ao pater substituto do “rex”, na sua vacancia e ao período durante o qual ocorria. A própria palavra “rex” parece ser de raiz indoeuropeia, estando em conformidade com a origem latina e sabina da monarquia, mas não com a origem etrusca, posterior no tempo. [↑](#footnote-ref-15)
16. Raul Ventura, *Manual.*.., p. 75 [↑](#footnote-ref-16)
17. Max Kaser, *ob cit.,* p. 225 [↑](#footnote-ref-17)
18. *Idem*. [↑](#footnote-ref-18)
19. Pode ver-se este e outros critérios com maior desenvolvimento em Sebastião Cruz, *Direito Romano*..., p. 43 e s. [↑](#footnote-ref-19)
20. De Francisci, *Storia del Diritto Romano*, Roma, 1943; Orestano, *Del ius al fas*, in BIDR 46 (1939), etc. [↑](#footnote-ref-20)
21. De Francisci, *Arcana Imperii*, III, Milão, 1946; M. Kaser, *Das Altromische ius*, Gottingen, 1949, etc. [↑](#footnote-ref-21)
22. Raul Ventura, *Manual.*..., p. 23. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sebastião Cruz, *Direito Romano*..., p. 201. [↑](#footnote-ref-23)
24. Raul Ventura, *Manual*..., p. 247. [↑](#footnote-ref-24)
25. O processo em Roma dividia-se em duas fases: *in iure* e *apud iudicium*. Na primeira, a unica em que intervinha a pretor, debatiam-se os aspectos jurídicos da questão. Era aqui que este magistrado decidia se a situação concreta era digna *de* protecção jurídica, ou não. Na segunda fase, perante um *iudex* que não era magistrado, mas um simples particular, debatia-se a questão de facto, fazia-se a respectiva prova e dava-se a sentença. [↑](#footnote-ref-25)
26. Raul Ventura, *Manual...,* p. 80. [↑](#footnote-ref-26)
27. Grosso, *ob.cit*., p. 385. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Op.cit*., p. 212. [↑](#footnote-ref-28)
29. Max Kaser, *ob cit*., p. 197 e Grosso, *ob.cit*., p.386, fazem notar a particular situação de Augusto no contexto político-social de Roma [↑](#footnote-ref-29)
30. *Ob. cit*. p. 85 e s. [↑](#footnote-ref-30)
31. Sebastião Cruz, *Direito Romano*...., p. 295 [↑](#footnote-ref-31)
32. Raul Ventura, *Manua*l....., p. 109 e s. [↑](#footnote-ref-32)
33. Papiniano, falecido no ano 212, foi considerado o mais brilhante junista romano. Era originário da África ou Próximo Oriente e ocupou diversos cargos políticos em Roma, para lá da actividade jurídica que exerceu. Entre outras obras escreveu umas Responsa e um Digesta. Paulo, jurista ainda de primeira grandeza faleceu por volta de 226, depois de ter exercido cargos políticos e de ter escrito um elevado numero de obras jurídicas. Gaio, jurista do séc. II d.C., deve ter falecido por vo1ta do ano 180, e a sua vida é muito mal conhecida, havendo mesmo quem defenda que sob o seu nome se compreendem obras de diversos juristas. Seria talvez originário do Oriente e escreveu entre outras umas Institutiones. Ulpiano, de origem fenícia, faleceu em 228, depois de uma carreira política ejurídica notável. Foi essencialente um compilador e entre outras escreveu umas Regulae e umas Responsa. Modestino era natura1 da Da1mácia e faleceu cerca do ano 240. De todos estee juristas é considerado o menos importante.(Por todos, Sebastião Cruz, *Direito Romano*..., p. 393 e s. [↑](#footnote-ref-33)
34. Torrent, *Conceptos fundamentales de derecho romnano*, Salamanca, 1973, p. 51 e s. [↑](#footnote-ref-34)