

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO

DOUTORAMENTO EM CIÊNCIAS HISTÓRICO-JURÍDICAS

DIREITO ROMANO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

ALUNO: LUIS FILIPE DE MELO E SILVA

# O IUS E A MAGISTRATURA DE ROMA

---



2008

*"A verdade não se impacienta porque é eterna" ...  
para que o mundo faça sentido....*

**Rui Barbosa (adaptado)**



## SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>aC.</b>	Antes de Cristo
<b>a.e.c.</b>	Antes da Era Comum
<b>dC.</b>	Depois de Cristo
<b>e.c.</b>	Era Comum
<b>D.</b>	Digesto
<b>Jo</b>	João
<b>Mt</b>	Mateus

# índice

## ⊗ ius e a magistratura de roma

	Apologia	5-7
	<b>PARTE I</b>	
	<b>⊗ IUS DE ROMA</b>	
I.	<i>Caracterização Geral</i>	8
I.I.	A actualidade do tema do “ <i>ius</i> ”	8-13
I.II.	A periodização da história jurídica romana	13-15
I.III.	A “ <i>iusprudentia</i> ” como fonte do Direito Romano	16-23
I.IV.	A classificação trinária das acções: - “ <i>legis actiones</i> ”, “ <i>per formulas</i> ” e “ <i>cognitio extra ordinem</i> ”	23
I.IV.I.	As “ <i>legis actiones</i> ”	24-27
I.IV.II.	As “ <i>per formulas</i> ”	27-29
I.IV.III.	As “ <i>cognitio extra ordinem</i> ”	30-32
I.V.	Do “ <i>Ius</i> ” à “ <i>Lex</i> ”	32-39
I.V.I.	A tópica “ <i>versus</i> ” a axiomática	40-47
	<b>PARTE II</b>	
	<b>A MAGISTRATURA DE ROMA</b>	
II.	<i>Caracterização Especial</i>	48
II.I.	A magistratura romana	48-51
II.II.	Dos pontífices da “ <i>interpretatio iuris</i> ” à Laicização da “ <i>iusprudentia</i> ”: - os autores do percurso	51-57
II.II.I.	Os sabinianos e os proculianos	57-60
II.III.	Características, distinção e competências das magistraturas	60-63
III	⊗ “ <i>Imperium</i> ” versus “ <i>potestas</i> ”	63-67
IV.	A “ <i>sententiae</i> ” judicial	67-70
IV.I.	⊗ processo paradigmático de um Homem	70-78
IV.II.	Uma condenação sem julgamento público	78-82
IV.III.	As vicissitudes processuais	83-87
	<b>PARTE III</b>	
V.	<i>Conclusão</i>	88-96
	<i>Bibliografia</i>	97-101

## Apologia

Apesar do título, este trabalho não visa o tratamento do “*ius*” como objecto, pelo menos na definição de Celsus, dada a conhecer através de Ulpiano, “*ius est ars boni et aequi*”, ou daquele filósofo da moral e do direito, um político e um orador – não propriamente um jurisconsulto – que foi Cícero, “*ius ... est aequitas constituta*”.

É verdade notória, e por isso não necessita de alegação, que no título deste trabalho consta, além do mais, “... *ius* ... “ porém vamos tratá-lo ou relacioná-lo com um significado que CASTRO MENDES considerava aberrante “*ius ... local onde o magistrado instalava o seu tribunal*”.<sup>1</sup>

Versarei sobre o tribunal, no que tem de mais solene, que é julgar, e de mais nobre, que é sentenciar, precisamente no espaço que lhe está reservado, ou seja “*ius*” em fase “*in iure*”, partindo de Roma para assistir a um julgamento na Judeia, mais precisamente em Jerusalém. Local no qual da máxima do Digesto “*jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia*”, apenas foi observada a parte final.

Seguimos a máxima da velha sentença romana, “*o mar não se agita sem vento*” e para não sermos apanhados desprevenidos, quando ele chegasse, munimo-nos de um timoneiro habituado a estas andanças em alto “*mare romanum*” para orientar quem tem de sair da barra nesta iniciática viagem a partir da “*terra de Santa Maria*”.

Por isso, naturalmente em vão, atenta a fase da caminhada em que nos encontramos, procurámos respeitar o aviso à navegação “*o percurso narrativo, para ser problematizador e não meramente descritivo, tem de tentar equilibrar estrutura e conjuntura, tempo curto e tempo longo, facto e acontecimento, opinião e conclusão lógica, síntese e análise, continuidade e ruptura, informação e interpretação. O comprometimento do autor do texto tem de ser explicado, os pressupostos das conclusões e os critérios que determinaram as escolhas apresentados com clareza, pois a história não é factologia, sucessão cronológica ou exposição acrítica e neutra de factos do passado*”.<sup>2</sup>

A tarefa não é fácil e por quatro motivos.

O primeiro porque omnisciente, mas sempre omnipresente, manifesta-se no facto de *o direito romano não é, e não pode ser, um direito como os outros; se estas palavras*

<sup>1</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, p. 504.

<sup>2</sup> Pinto, Eduardo Vera-Cruz. “*Terra de Santa Maria – terra mãe do primeiro Portugal*”, Comissão de Vigilância do Castelo de Santa Maria da Feira, 1.ª edição, Outubro de 2005, p. 59.

*tivessem um sentido, dir-se-ia de bom grado que não foi só um direito jurídico, mas sim também um direito político.*

O segundo motivo entronca na opção que fiz em apreender o “*ius*” que “*como geralmente acontece com as coisas difíceis, ainda hoje não se sabe concretamente a origem da palavra (...) autores não estão de acordo quanto à sua “etimologia”. E, como se não fosse suficiente, “há autores que falam da enumeração de 26 acepções”.* <sup>3</sup>

O terceiro prende-se com o que se denomina “*magistratura*”. Tanto significa “*o cargo de governar, como a pessoa que governa (magistrado)*”. Aliás “*província*” significou originariamente “*cargo confiado a um magistrado.* <sup>4</sup> Esta assumiu diversas formas, tocou as mais variadas relações jurídicas e categorias presentes no “*cursus honorum*” até à sua transformação em funcionários executivos, nomeadamente, os pretores e os cônsules.

Quanto ao último, como iremos ver de seguida, a imbricação dos problemas é uma constante na realidade de que se curou e na sua consideração teórica. *O objecto* deste trabalho e a consideração das suas componentes parecem gerar uma “*forma mentis*” necessariamente inseparável da consideração conjunta de todas as implicações, derivações e relacionações. Impõe, portanto, um *método*.

Como postulado de base, o método seguirá uma interpretação, que se quer exaustiva, compreensiva e inter-relacionadora dos problemas. Dentro e fora do Direito Romano em particular e do Direito em geral, do mundo do espírito, não se fugiu a nenhuma similitude, procurou-se qualquer fio relacional sugestivo ou relevante.

Depois, o método pode desdobrar-se em dois aspectos: o de investigação, e depois, o de exposição. Mais uma vez eles se imbricaram, na medida em que o trabalho foi sendo escrito e reescrito à medida que os estudos e as consultas prosseguiam. Na investigação utilizou-se muito o método descritivo, ou seja, procurou-se a resposta à hipótese através da verificação, cruzando-se as diversas opções feitas em cada época, com especial incidência na jurisprudência, para a sua confirmação ou infirmação e, estando na exposição, pode dizer-se que houve uma certa componente exponencial na progressão dos conhecimentos, fazendo-se acompanhar os sucessivos estadios do que será tido por um gradual atingir da “*verdade*”. Também perguntarei o que é a verdade.

Na I.<sup>a</sup> parte investigarei a figura do “*ius*”, nomeadamente a sua periodição, os tipos de acções e processos aplicados em cada época, e o seu confronto com a “*lex*”.

---

<sup>3</sup> Sebastião Cruz, “*Direito Romano*”. I. Introdução, Fontes, 3.<sup>a</sup> ed., ed. do autor, Coimbra, 1980, págs. 17 e 21.

<sup>4</sup> Sebastião Cruz, “*Direito Romano*”. I. Introdução, Fontes, 3.<sup>a</sup> ed., ed. do autor, Coimbra, 1980, p. 64 e 76.

Na II.<sup>a</sup> parte irei perscrutar a figura da “*magistratura*”, nomeadamente quanto às suas características, distinção e competências, como “*imperium*”, “*potestas*” e “*iurisdictio*”, e do julgar à sentença através da análise de um processo paradigmático.

Na III.<sup>a</sup> parte, na síntese conclusiva, deixarei impressa a relatividade e a parcialidade dos conhecimentos adquiridos, para além de uma proposta de síntese de conjugação e aplicação cruzada das duas figuras, anteriormente tratadas. Embora nem a problemática nem a sistemática existam no estado puro em lugar algum, sobressairá porém, o que se deve expressamente referir, que as características próprias deste tipo de trabalho geram algumas das suas alegáveis imprecisões e deficiências.

No entanto, desde já se tem como adquirido, que o “*Direito assemelha-se a uma esfera: nunca podemos ter ao mesmo tempo a visão de toda a superfície da esfera*”.<sup>5</sup>

Embora se não tenha descurado a interdisciplinaridade, trata-se de um trabalho *jurídico* e feito na perspectiva de um jurista. Pelo que, as realidades e contributos alheios são sopesadas na óptica interessada e com o fim confessado de utilização pelo universo mental do jurista.

Em deradeira instância, veremos que “*o Ius Romanum venceu. Não falta, mesmo, quem fale na “metáfora do pato” utilizada por Goethe, e compare o Direito Romano às árvores que, resistindo “ao vento, ao frio, à chuva e às tempestades”, parecem “mortas, desfolhadas, mas reflorescem e reverdecem aos mais ténues raios de Sol*”.<sup>6</sup>

Por isso mesmo, acompanho VON IHERING quanto à importância e à missão de Roma na história universal, que se resume a uma frase: - “*Roma representa o triunfo da ideia de universalidade sobre o princípio das nacionalidades*”.

“*The last but not the least*”. Ao longo deste trabalho são citados e sufragadas posições de proeminentes professores-doutores e jurisconsultos. O tratamento pelos dois nomes pelos quais são mais conhecidos no meio académico/judiciário, não pretende de modo algum subestimar o seu valor ou questionar a sua importância mas, ao invés, ao citar, com a devida vénia, reconhecer a relevância do seu saber.

Mas esperando que o “*labor nunquam caret suo fructu*” (o trabalho nunca fica sem o seu fruto. Trabalha e terás, madrugada e verás).

---

<sup>5</sup> Otero, Paulo, citando Gomes da Silva, in “*Direito Administrativo*”, Relatório, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, pág. 365.

<sup>6</sup> Justo, A. Santos. “*A crise da Romanística*”, vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, p. 65.



## ◉ IUS E A MAGISTRATURA DE ROMA

### PARTE I

## ◉ IUS DE ROMA

### I. CARACTERIZAÇÃO GERAL

#### II. A actualidade do tema do “*ius*”

“... o problema do direito é a realização da justiça...”<sup>7</sup>

A justificação para abordar um tema como a “*o ius e a magistratura de Roma*”, conforme DUARTE NOGUEIRA, levar-nos-ia a parafraseá-lo quando a propósito do mesmo direito terá dito “*a ciência do Direito Romano, para os que se dispõem a conhecê-la não necessita de auto-justificação*”.<sup>8</sup>

*Sub qua lege vivis?*

Inquirição sacramental que durante séculos precedeu todo o conclave que concitava a presença de Homens oriundos de paragens diversas. E conta Agobardo, Bispo de Leão, que em Concílio realizado no Séc. IX, na “*professio júris*”, em resposta que foi dada, cinco leis diferentes foram invocadas pelos Príncipes da Igreja em oratório, criando situação conflitual de estatutos pessoais, que só a unidade do “*latim*”, usado como língua universal, lograva superar, proporcionando entendimento.

---

<sup>7</sup> Justo, António Santos. “*Jornadas Romanísticas*”, Colloquia II, Stvdia ivridica 70, Coimbra Editora, 2003, p.

<sup>8</sup> Nogueira, José Artur Anes Duarte. “*Direito Romano*”, Relatório, Revista da FDUL, 1999, pág. 19.



Era o tempo em que o "direito" acompanhava a pessoa "*sicut lepra cutis*" identificando a lei de estirpe com o estatuto definidor da personalidade.

Só assim se compreende o grito desesperado atribuído a S. Paulo, ao contestar a legitimidade da condenação à morte aviltante pela Cruz, como havia sofrido o Mestre, no Golgota: - "*Civis romanus sumi*". Como cidadão romano não podia ser pregado no madeiro, morte injuriosa reservada a peregrinos. Grito que, se na circunstância não poupou o Apóstolo aristocrata da voracidade das feras, em Circo aberto, soou, no entanto, no Coliseu dos tempos, como a mais veemente afirmação, alguma vez ouvida, do orgulho de origem! Sou Cidadão romano!

Ser "*cidadão*" é pertencer à civitas, mas sobretudo — na sentença de Solon — é estar sujeito às suas leis e delas receber os direitos e os deveres que tornam possível a existência humana, que só em colectividade floresce, por tal forma que, onde sociedade houver, aí estará também o direito.<sup>9</sup>

Dizem os antigos "*Ubi jus, ibi societas*".

Pergunta e responde ORLANDO DE CARVALHO "*donde vem o jus, donde vem o seu carácter vinculativo ? Da societas, da sociedade concreta*".<sup>10</sup>

E, como é salientado por VON IHERING "*três veces Roma dictó leyes al mundo y servió de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado romano en la plenitud de su poderío; luego, por la unidad de la Iglesia a la caída del Império; finalmente, por la unidad del derecho al ser adoptado ele en Roma en la Edad Media*".<sup>11</sup>

Efectivamente, ainda hoje se mantém actual que o direito é, conforme o DIGESTO, a "*constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*" (*constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu*).<sup>12</sup> Por seu lado, FERREIRA DA CUNHA reforça que as "*Instituições respondem logo no início do seu Livro I, sob a epígrafe inicial, que é "De iustitia et iure", desde logo ligando os dois conceitos e as duas realidades: "iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere"*.

---

<sup>9</sup> Proença, José João Gonçalves de. "A 5.ª Liberdade Comunitária" (oração de sapiência), sessão solene, Dia da Universidade Lusíada, 22 de Março de 1992, pág. 5.

<sup>10</sup> Carvalho, Orlando. "*Ius – Quod Iustum?*" vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, pág. 5.

<sup>11</sup> Von Ihering, R.. "*Abreviatura de El Espíritu Del Derecho Romano*", por Fernando Vela, Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires, 1947, pág. 13.

<sup>12</sup> (D. 1.1. 10 pr.)Ulpiano in Aristóteles," *Obra Jurídica*", col. Resjuridica, s/d, pág 44.

*“luris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia”*.<sup>13</sup>

GIOVANNI PACCHIONI atribui a CELSO a afirmação *“definiva il diritto come l’arte dele bene e del giusto: ius est ars boni est aequi, e com questa sua definizione non solo metteva in evidenza i fini supremi del-’ordinamento giuridico, ma qualificando il diritto come “arte”*.<sup>14</sup>

Para os juristas romanos, como é sabido, *“o direito pode e deve sempre ser procurado, mais do que nas prescrições das leis, no seu fundamento e na natureza intrínseca das coisas, fonte perene e inesgotável. Este princípio vale ainda e especialmente para guiar a obra do juiz. É justamente nesse fundamento filosófico que está a superioridade da jurisprudência romana, em confronto com as modernas escolas positivas”*.<sup>15</sup>

Ainda hoje é através da interposição da acção, como *“faculdade abstracta de estar em juízo para defender o próprio direito (o ius perseguendi iudicio quod sibi debetur), ou um certo meio e modo de obter essa defesa, encadeando por assim, a actividade jurisdicional de certos órgãos do Estado para, com a sua intervenção, chegar à tutela do interesse jurídico”*.<sup>16</sup>

Tal como ontem, também hoje os sujeitos do processo são aquelas pessoas integrantes da relação processual. Como já se expressava no direito comum o processo constitui-se pela actividade de três sujeitos (*“Iudicium est actus trium personarum”*), *“iudicis”, “actoris” et “rei”*. Isto é, são sujeitos do processo o juiz, sujeito imparcial, e as partes, sujeitos parciais, que, necessariamente, se constituem de pelo menos duas: autor e réu. Conforme FERREIRA DA CUNHA *“são três, como os lados ou ângulos do triângulo”*.<sup>17</sup>

Ou seja, conforme dá conta MICHEL VILLEY *“depois de Gaius o manual de Justiniano faz uso dum plano muito simples, ainda hoje praticado. Três coisas devem ser examinadas sobre o vasto teatro, que é o mundo do direito: primeiramente, quais são os actores, os homens que negoceiam, litigam, exercem direitos (personae). Em*

---

<sup>13</sup> Cunha, Paulo Ferreira Da. *“Anagnose Jurídica”*, Releitura de três brocardos de Ulpianus e de outros textos clássicos, Separata da Revista «O Direito», ano 126.º, 1994, pág. 1-175.

<sup>14</sup> Ulpianus, *Libro primo institutionum: «Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat; est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definir, ius est ars boni et aequi.»*, e Fr. 1, pr. Dig. 1,1, citado por Giovanni Pacchioni, *“Corso di Diritto Romano”*, vol. Secondo, UTE, Torino, 1920, pág. 1.

<sup>15</sup> Del Vecchio, Giorgio. *“A Justiça”*, s/editora, nem data, p. 120 e 121 (disponível na biblioteca do CEJ).

<sup>16</sup> Cabral de Moncada, Luís. *“Elementos de História do Direito Romano”*, Vol. II, Coimbra Editora Lda, 1924, pág. 348.

<sup>17</sup> Cunha, Paulo Ferreira. *“Tópicos jurídicos”*, Edições Asa, 1995, pág. 9.

*seguida, o cenário da cena, os objectos, materiais ou não, de que podemos fruir ou traficar (res). Finalmente, em terceiro lugar, as acções que as pessoas podem praticar, as palavras e os gestos dos actores, as fórmulas de que se utilizam num processo, um acto jurídico (actionis). Omne autem jus, quo ultimur, vela d personas attined, vela d res, vela d actiones”.*<sup>18</sup>

À época do Direito Romano concebia-se a sentença (*sententiae*) como acto que, acolhendo, ou não, a demanda deduzida em juízo, colocasse fim à litigiosidade existente em torno do bem da vida almejado pelos contendores. A “*sententia*” romana pressupunha, portanto, a solução do litígio material.

Qualquer acto praticado no transcorrer do processo e que fosse emitido pelo juiz recebia a alcunha de “*interlocutiones*” (aduzam-se como exemplos: a determinação da citação do réu; a decisão que rejeita a apelação). Não se falava, dessa forma, em sentença interlocutória porque essas palavras, consideradas isoladamente (*sententia*; *interlocutoriae*), significavam actos distintos. Enfim, “*sententia*” contrapunha-se a “*interlocutoriae*”.

Essa não é, entretanto, a única distinção entre esses actos jurisdicionais no processo romano. Tem que se salientar, ademais, que somente as “*sententiae*” eram sujeitas ao recurso de apelação, isto porque transitavam em julgado.

As “*interlocutiones*”, por outro lado, não estando a coberto pelo caso julgado, não eram sequer recorríveis. Além do facto de não transitar em julgado, as *interlocutiones*, no Direito Romano, tinham como característica o facto de não acarretarem prejuízos às partes. Ausente o prejuízo, não havia porque tornar o acto recorrível.

Acresçam-se a essa distinção que caracterizava o processo romano duas outras notas importantíssimas:

A) Tratava-se de um processo preponderantemente oral, significando que o juiz era orientado (por meio dos éditos) a colher todas as provas pessoalmente, mesmo porque, prova coletada sem a participação direta do juiz recebia, quando de sua valoração para a formação da convicção do julgador, menor importância. Essa situação reflete-se, claramente, no édito de Adriano, mencionado por CHIOVENDA: "(...): “*Alia est auctoritas*” diz ele, “*praesentium testium, alia testimoniorum (atas) quae recitari solent*” (*fr. 3, § 3.º, Dig. de test.*): “o valor das testemunhas que depõem em pessoa é

---

<sup>18</sup> Villey, Michel. “Direito Romano”, (*Le Droit Romain*), Col. Resjuridica, s/d, pág. 82.

*muito diferente do valor das actas que se costumam ler.*". Em função da oralidade surgiram outros subprincípios, a saber: subprincípio da imediação (segundo o qual o juiz que julgasse o processo deveria ser o mesmo que o acompanhasse desde o seu começo); subprincípio da publicidade (todos os actos praticados no processo deveriam se dar com a participação das partes); princípio da concentração;

B) Ainda no tocante às provas algumas considerações precisam ser feitas. No processo romano a "*sententiae*" era declaratória, isto é, a função do juiz era, analisando as provas produzidas no processo e valorando-as conforme sua consciência, a de subsumir a situação fáctica apresentada em juízo a uma das fórmulas editadas pelo pretor. Assim, conquanto se tratasse de um acto vinculado às fórmulas já existentes, ao juiz era resguardada a faculdade de "encaixar" a situação fáctica na fórmula que melhor se lhe adaptasse.

Enfim, apesar de o juiz se assemelhar, nessa época, nos dizeres de Montesquieu, à boca que pronuncia as palavras da lei, resguardou-se-lhe uma esfera de discricionariedade aquando da colheita e valoração das provas produzidas, facto que se reflectia nas sentenças.

Importa, neste momento, fazer uma ressalva.

Conquanto se tenha mencionado nos parágrafos acima que a discricionariedade do juiz romano se materializava aquando da valoração das provas produzidas, não se pode afirmar, só por este facto, que a sentença romana era um acto volitivo e intelectual, contrapondo-se, dessa forma, ao facto de ser a sentença um acto com cunho declaratório, onde, por coerência, a sentença deveria ser um acto intelectual.

Assim sendo, e reforce-se, por coerência, a "*sententiae*" romana era somente um acto de inteligência e não de vontade. Isso porque o juiz apenas applicava a fórmula ditada pelo pretor sem poder influir no conteúdo da mesma, que já era definido. Portanto, a vontade do juiz manifestava-se apenas sobre a valoração das provas. Por meio deste acto, ele poderia tão somente decidir qual a fórmula que melhor se applicaria ao caso concreto. Assim, a vontade do juiz era pré-sentencial, porque a sua vontade não se estendia até a elaboração da sentença.

Finalmente, porque é também de "*sententiae*" que trata este trabalho, quem não se lembra na Roma Antiga, no século III que o padre Valentim lutou contra as ordens do imperador Cláudio II, que havia proibido o casamento durante as guerras, acreditando que os solteiros eram os melhores combatentes. Além de continuar a celebrar casamentos, casou-se secretamente, apesar da proibição do imperador.

Tendo-se recusado a renunciar ao Cristianismo, Valentim foi condenado à morte. Considerado mártir pela Igreja Católica, a data de sua morte, 14 de Fevereiro, também marca as festas anuais celebradas na Roma antiga em honra de Juno (Deusa da mulher e do matrimônio) e de Pã (Deus da natureza). Um dos rituais desse festival era a “*passseata da fertilidade*”, em que os sacerdotes caminhavam pela cidade batendo em todas as mulheres com correias de couro de cabra para assegurar a fecundidade.

E, assim, sem mais delongas, passaremos a abordar o tema, até porque os magistrados não têm boas recordações quanto a corrupções colaterais pois o “*juiz acusado de corrupção era punido, pela Lei das XII Tábuas, com a pena de morte. Mais tarde, ficou sujeito á pena estabelecida pela Lex Cornélia de sicariis*”.<sup>19</sup> Ou seja (*de sica, poignard*).<sup>20</sup>

Em qualquer dos casos, sempre pedindo, “*in iure*”, ao Pretor, uma fórmula nova para o momento “*apud iudicem: Aequitas iudex esto si paret auctorem probabiliter de ea re disseruisse absolvito. Si non paret condemnato*”.

## I.II. A periodização da história jurídica romana.

“...As ideias humanas avançam num continuum histórico...”

Claus-Wilhelm Canaris<sup>21</sup>

Conforme Vera-Cruz trás à colação, para Alberto Martins “*periodicizar é já interpretar*”, salientando que a questão da periodificação torna-se fundamental nas opções feitas, nos factos seleccionados, nas hierarquias interpretativas assumidas, nos significados expostos e nas soluções a que chegámos. E acrescenta que “*a extrema complexidade da realidade histórica tratada não permite cortes lógicos, no espaço e no tempo*”.<sup>22</sup> Como veremos adiante, não poderia estar mais de acordo.

Desde a fundação de Roma até ao tempo do imperador Justiniano, podemos dizer que na divisão dos períodos, “*têm procedido conforme critérios diversos*,

---

<sup>19</sup> Justo, A. Santos “Direito Privado Romano” – II, *Stvdia Ivridica* 76, 2.ª ed., Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006. pág. 137 e rodapé.

<sup>20</sup> Lagrange, E. “*Manuel pour Les Aspirans au grade de candidate n droit*”, Bruxelles, 1835, pág. 481.

<sup>21</sup> Canaris, Claus-Wilhelm. “*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, pág. LXXXI.

<sup>22</sup> Pinto, Eduardo Vera-Cruz. “*Terra de Santa Maria – terra mãe do primeiro Portugal*”, Comissão de Vigilância do Castelo de Santa Maria da Feira, 1.ª edição, Outubro de 2005, p. 59.

*baseando-se uns em factos de ordem política e outros em factos de ordem jurídica*". E EDUARDO VERA-CRUZ acrescenta que é "muito frequente dividir em três épocas: - *"direito antigo, direito clássico e direito do baixo-império"*.<sup>23</sup>

Corresponderam a estas fases três sistemas de processo civil, a saber, "*legis actiones*" foi utilizado no direito pré-clássico, compreende o período entre a fundação de Roma (753 a.e.c. (aC.) até o ano 149 a.e.c. (aC.), o "*agere per formulas*" no direito clássico, vai do ano 149 a.e.c. (aC.) até o século III da e.c. (dC.), e o "*cognitio extraordinária*" no direito pós-clássico, vigorou no governo do imperador Diocleciano, no ano 294 e.c. (dC.) até à codificação de Justiniano (528 – 534 e.c. (dC.)).<sup>24</sup>

No entanto, para SANTOS JUSTO este entendimento não é partilhado por todos os autores, havendo aqueles que sustentam "*Ius Romanum terá conhecido as seguintes épocas (históricas): a arcaica (de 753 a 130 a.C.); a clássica (de 130 a.C. a 230); a pós-clássica (de 230 a 530); e a justinianeia (de 530 a 565)*".<sup>25</sup>

Como também sustenta EDUARDO VERA-CRUZ, em aparente mudança de perspectiva ao que já sustentou supra (uma vez que a primeira posição remonta a 1991 e a segunda a 2002) a divisão das épocas históricas do Direito Romano deve encontrar-se na Fundação de Roma: a cidade quirítaria; na Monarquia; na República; no Principado e no Dominado: a codificação.<sup>26</sup>

Como sintético enquadramento do que trataremos durante o presente trabalho, e que irá desenvolver-se num hiato temporal em que o período em referência tem o seu "*terminus a quo*" com a fundação de Roma e o "*terminus ad quem*" da evolução do direito romano em 565 e.c. (dC.), com a morte de Justiano.

Em traços gerais no período Monárquico - da fundação de Roma (753 a.e.c. (aC.) até à República (510 a.e.c. (aC.) existiu um governo monárquico patriarcal, com o direito baseado no costume (*mores*) - ...consuetudinário. O direito sagrado (*fas*) encontrava-se ligado ao direito humano (*ius*). O colégio sacerdotal dos pontífices vigia o culto particular (*sacra privata*) e intepreta o direito privado (*ius privatum*).

No período Republicano - de 510 a.e.c. (aC.) até a instauração do Principado com AUGUSTO em 27 a.e.c. (aC.) – o "*ius*" distingue-se do "*fas*" e formou-se uma

---

<sup>23</sup> Pinto, Eduardo Vera-Cruz. "*Estudos de Direito Romano*", vol. 2, AAFDL, 1991, pág.109 e (rodapé).

<sup>24</sup> Alves, José Carlos Moreira. "*Direito Romano*", vol. I, 13.<sup>a</sup> ed. Revista, Editora Forense, 2002, pág. 182.

<sup>25</sup> Justo, A. Santos. "*Fases do Desenvolvimento do Direito Romano*" – Coimbra, 1997. pág. 9(nota prévia).

<sup>26</sup> Pinto, Eduardo Vera-Cruz. "*Programa de Direito Romano, ano lectivo 2002/2003, 4º Ano - Dia e Noite*", Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

classe de juristas leigos. Vigorou a Lei das XII Tábuas, de 450 a.e.c. (aC.) e Roma era governado por dois cônsules.

Quanto ao Período do Principado - de Augusto até ao Imperador Dioclesiano (284 e.c. (dC.) - foi o período de maior poder de Roma. A obra dos juristas manifestou-se na órbita do poder imperial. Caracala estendeu a cidadania romana a todos os homens livres, habitantes do Mundo Romano.

Finalmente no período do Dominato - de Dioclesiano até a morte do Imperador Justiniano, em 565 e.c. (dC.) - O centro de gravidade do império deslocou-se para Constantinopla. O imperador (*Dominus et Dei*) era o único órgão revelador do Direito. O Estado burocratizou-se. Faltaram grandes juristas e a evolução realizou-se como resultado do conhecimento jurídico dos períodos anteriores.

Também há quem considere, como DANIEL-LACOMBE com referência a Gaius, utilizando uma sistematização diferente que “*la division des choses en res divini juris et res humani juris* semble avoir été à l’origine la division essentielle. *Gaius la presente encore comme la plus importante: “summa”. On a remarque avec raison qu’en cela il céde à tradition plutôt qu’il n’obéit à la logique. Il est incontestable, en effet, qu’à l’époque classique, cette distinction a perdu beaucoup de son intérêt”*.<sup>27</sup>

Independentemente de qual a divisão mais correcta ou de que lado está a razão concordamos que “... *parte dela (da razão) ficará de certeza com aqueles que tiverem a coragem de remar contra as ideias feitas, contra os lugares comuns e contra o sentimento de indiferença...*”<sup>28</sup>. No entanto, verdade insofismável, “o *ius romanum*” não foi um Direito igual nos seus 13 séculos de vida, durante os quais sofreu “*alterações profundas*” para corresponder às transformações sociais dos tempos daí a necessidade de uma periodização a fim de o captar, e naturalmente, a concepção e o papel das magistraturas e do “*ius*” não se manteve estático.

O direito Romano oferece o ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Roma é tida como a síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o mundo moderno.

---

<sup>27</sup> Daniel-Lacombe, Henri. “*Droit Funéraire a Rome*”, citando Gaius, *Instit, II, § 2*, Alphonse Picard, Éditeur, Paris, 1886, pág. 5.

<sup>28</sup> Barroso, José Manuel Durão. *Prefácio ao livro de Dusan Sidjanski, “O Futuro Federalista da Europa”, Gradiva Publicações, 1996*

### I.III. A “*iurisprudentia*” como fonte do Direito Romano.

© “Direito sem o legado histórico-espiritual e metodológico do *Ius Romanum* é já outra coisa”.<sup>29</sup>

A expressão “*fons iuris*” admite diversos entendimentos, ou conteúdos. Um substancial respeita à origem e à razão vinculativa das normas, outro formal, abrange os revestimentos pelos quais os preceitos jurídicos se revelam, são enunciados, que se apresentam aos seus destinatários.

Para PEDRO MARTINS a história do direito romano começa em “753 antes de Christo, data da fundação de Roma, segundo a *chronologia de Varrão e de Cícero e geralmente aceita, e acaba com as compilações de Justiniano, falecido em 565 da era cristã*”.<sup>30</sup>

Em BRAÚLIO CALDAS, num opúsculo de 1893/1894, encontra-se uma definição de Direito Romano como sendo “*o complexo de leis reguladoras das relações do povo romano*”.<sup>31</sup>

Este mesmo autor sustenta que, quanto à jurisprudência, há duas disciplinas: “*uma legal, outra doutrinal. A legal como conhecimento das cousas divinas e primeiras, ciência do justo e do injusto. A doutrinal é a ciência do direito e da aplicação aos factos. Nesta definição há dois elementos: um theorico e outro practico, e só se considera verdadeiro jurisconsulto aquele que reúne estes dois elementos*”.<sup>32</sup>

Abordando esta temática BRAGA DA CRUZ considera que “*o ius romanum, é formado, em primeiro lugar, pelo “ius civile”. Depois, a par deste – para o interpretar, integrar e corrigir – surgiu o “ius honorium”, que é sobretudo, uma criação, e genial, do pretor urbano; tanto assim que o ius praetorium absorve e concretiza todo o ius honorarium ... o ius romanum, praticamente, equaciona-se: ius civile mais ius praetorium*”. Acrescentando que “*a jurisprudência é, pois, também uma fonte do ius civile*”.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Cunha, Paulo Ferreira Da., op. Cit., pág. 184.

<sup>30</sup> Martins, Pedro. “*História Geral do Direito Romano, peninsular e português*”, Coimbra, 1907, pág. 51.

<sup>31</sup> Caldas, Braulio. “*Resumo de Direito romano*”, Coimbra, Lith. Marco da Feira, 1883-1884, pág. 3.

<sup>32</sup> Caldas, Braulio. *Op. Cit.* pág. 9 e 10.

<sup>33</sup> Sebastião Cruz, “*Direito Romano*”. I. Introdução, Fontes, 3.<sup>4</sup> ed., ed. do autor, Coimbra, 1980, p. 13, n. 4 da pág. 161 e 280.



O citado autor reconhece a existência de três fontes do “*ius romanum*” como sendo as fontes “*existendi*” que caracteriza como “*os órgãos produtores das normas jurídicas através do “o populus, os “comícios”, o “senado” os “magistrados”, o “imperador” e dos “iurisprudentes”, estes, sobretudo a partir do séc. II d.c., data em que oficialmente é reconhecido carácter normativo às suas decisões*”. As fontes “*manifestandi*” que caracteriza como “*modos de produção ou formação de das normas jurídicas através do “costume; a lei, num sentido muito amplo, compreendendo não só as “leges sensu stricto”, mas também as “leges sensu lato”; e sob certo aspecto, a “iurisprudentia” enquanto não foi recoinhecida como fazendo parte das fontes existendi*”. Finalmente as fontes “*cognoscendi*” que caracteriza como sendo “*os textos onde se encontram as normas jurídicas*”.<sup>34</sup>

Conforme RICARDO PANERO GUTIÉRREZ,<sup>35</sup> o direito romano na fase arcaica é composto pelos “*mores maiorum*”, pela Lei das XII Tábuas (e outras houve, sobretudo de direito público como a “*Lex Aquilia de damno iniuria dato*”) e pela “*interpretatio*” que sobre elas recai por parte dos pontífices.<sup>36</sup> No entanto, a função e o poder legislativo são da competência dos comícios centuriais e tribuários, servindo-se de instrumentos como as “*leges rogatae*”, e após a “*Lex Hortensia*” de 287 a.e.c. (aC.), começa a participar dessa função e poder, a plebe, “*reunida em concilia e emitindo plebiscita*”.<sup>37</sup>

Para LEOPOLD WENGER todos os povos primitivos começam a reger-se pelo costume, entendido este como um complexo de usos praticados pelos antepassados e transmitidos às gerações pela tradição, que se desenvolve de forma espontânea, independentemente da existência de órgãos que o elaborem.<sup>38</sup>

Tudo leva a crer que Roma não fugiu a essa regra: os “*mores maiorum*” (*costume*) foram fonte de direito, na realeza. Nos tempos mais primitivos, os costumes eram os *modos de viver* dos grupos familiares. Mas, para RICCARDO ORESTANO à medida que a “*civitas*” se vai afirmando, surgem os seus costumes (*mores maiorum*,

---

<sup>34</sup> Sebastião Cruz, “*Direito Romano*”. I. Introdução, Fontes, 3.<sup>4</sup> ed., ed. do autor, Coimbra, 1980, p. 13, n. 4 da pág. 164.

<sup>35</sup> Gutiérrez, Ricardo Panero. “*Derecho Romano*”, 2a Edición, Tirant lo Blanch, Valência 2000, p. 49.

<sup>36</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 259: - Em sentido contrário quanto à “*iurisdictio*” por parte dos pontífices, considera de todo o caso mais curial a afirmação de que a “*potestas iurisdictionis cabia aos côsules, sucessores dos reis*”.

<sup>37</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 257.

<sup>38</sup> Wenger, Leopold. “*Die Quellen des römischen Rechts*”, Vienna 1953, § 65,111, p. 328 e segs.

*mores ciuitatis, ou, simplesmente, mores*), nascidos do uso pacífico ou da reiteração de decisões judiciais.<sup>39</sup>

Para PAUL FRÉDÉRIC GIRARD a tradição dá notícia, também, da existência, nessa época, de leis régias,<sup>40</sup> atribuindo-as, na sua maior parte, a Rómulo, Numa Pompllio e Tulo Hostílio. E esclareceu que essas leis régias, por proposta do rei, foram votadas pelos comícios e por cúrias, e compiladas, nos fins da realeza ou no início da república, por Sexto Papirio.<sup>41</sup> Essa compilação foi denominada “*ius civile papirianum*” em homenagem a este.<sup>42</sup>

No entanto, os autores modernos negam a veracidade da tradição, pois tudo indica que a compilação é apócrifa (*Cícero, Varrão e Tito Lívio não aludem a Sexto Papirio*); os fragmentos das leis régias que conhecemos são principalmente regras religiosas que, segundo as idéias romanas, não eram objecto de voto popular; os comícios e as cúrias não votavam leis abstratas e de carácter geral, apenas se manifestavam sobre casos concretos (*ad-rogações, testamentos etc.*); e a própria tradição afirma que não havia direito escrito antes da Lei das XII Tábuas.<sup>43</sup>

Segundo tudo leva a crer, as leis régias não eram mais do que regras costumeiras, sobretudo de carácter religioso, que foram compiladas nos fins da república ou no início do principado.

Na fase do direito romano pré-classico, impõe-se fazer referência ao já citado instrumento legislativo que foi a “*lei das XII Tábuas*”. Não pode deixar de se comungar do entendimento de PAUL FRÉDÉRIC GIRARD “*la période qui va de la confection des XII tables à l’établissement du Principat est peut-être la plus importante de l’histoire romaine non seulement pour l’histoire politique, mais pour l’histoire prive. (...) où se réalise, à l’intérieur, l’émancipation de la plebe, où, à l’extérieur, la domination romaine s’étend d’abord sur l’Italie, ensuite sur le plupart des provinces*”.<sup>44</sup>

Na Roma republicana, a “*Lex Duodecim Tabularum*” ou Código Decenviral “*decem viros*”, porque se “nombraron los decenviri legibus scribundis, presididos por Ápio Cláudio”, porém “una Valeria Horatia que renovaba o poder de los tribunos

---

<sup>39</sup> Orestano, Riccardo “*Fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*”, Giappichelli, Torino, 1967, n° 27/28. p. 134 e segs.

<sup>40</sup> Girard, Paul Frédéric. “*Manuel Élémentaire de Droit Romain*”. Paris, 1911, 6ª ed., p. 3 e segs.

<sup>41</sup> Pompónio(Titus Pomponius Atticus (110 a.C./109 a.C. – 32 a.C.)in(D. 1, 2, 2, § 2, e § 35) ora atribui a Papirio o prenome Sexto, ora Públio.

<sup>42</sup> Pompónio in (D. 1, 2, 2, § 2).

<sup>43</sup> Orestano, Riccardo. “*Fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*”, Giappichelli, Torino, 1967, n° 17, pág. 72.

<sup>44</sup> Girard, Paul Fréeric. “*Manuel Élémentaire de Droit Romain*”, Arthur Rousseau, Éditeur, Paris, pág. 27.

declarando inviolable su persona. Estos cónsules grabaron en bronce las XII Tablas”,<sup>45</sup> que em geral se aceita (malgrado importantes discussões) como datada de 453 a.e.c. (aC.).

Esta lei foi considerada a “*fons omnis publici privatique iuris*” (*fonte de todo o direito público e privado*), conforme SANTOS JUSTO.<sup>46</sup>

O latim da Lei das XII Tábuas é dos mais arcaicos, aliás, mais arcaico do que se admite geralmente, o que acarreta, por vezes, dificuldade na sua tradução.

Assim, e como tem sido entendimento “*las tablas VIII y IX contenían una serie de preceptos de índole penal de características muy particulares. Eran normas que reflejaban una sociedad que podríamos calificar de muy supersticiosa (...) el Estado no intervenía más que en los casos en que se atacaba a la organización social, como en los de perduellio (atentado contra la seguridad del Estado), hostis concitatio (traición), infrequentia (no concurrir a la orden de movilización dada por el magistrado) y parricidium (dar muerte a una persona livre)*”.<sup>47</sup>

Por isso, esta lei “*contém na forma primitiva e lapidar que é típica dos tempos primitivos, uma ordenação processual em que um magistrado intervém não para dirimir o litígio, mas para impedir o livre exercício da justiça privada, impondo a celebração de pactos entre as partes, prescrevendo uma multa em substituição da vingança e estabelecendo o recurso obrigatório a uma arbitragem sobre a justiça ou injustiça das reclamações.*”.<sup>48</sup>

É natural que, para MICHEL VILLEY pouco tempo depois da república, “*os plebeus tenham pedido esta redacção, a fim de se assegurarem de que uma justiça igual se aplicaria a todos. Roma teria seguido o exemplo das cidades gregas, que possuíam as suas leis escritas, Atenas as de Sólon, Esparta as de Licurgo, também sucedia o mesmo às cidades da grande Grécia, da Sicília, colonizada pelos Helenos, e tão próxima de Roma*”.<sup>49</sup>

Tal como aconteceu no passado - “*era em verso a parte mais importante do código de Manu; eram em verso as leis de Ísis; eram em verso as leis dos Turdetanos; eram igualmente em verso as leis de Esparta; cantavam as suas leis os atenienses;*

---

<sup>45</sup> Garcia, César Rascón. “*Manual de Derecho Romano*”, Tecnos, 3.ª ed., 2000, pág. 52.

<sup>46</sup> Justo, A. Santos. “*Nótulas de História do Pensamento Jurídico*” (História do Direito), Coimbra Editora, Dezembro 2003, pág. 12.

<sup>47</sup> Garcia, César Rascón. “*Manual de Derecho Romano*”, Tecnos, 3.ª ed., 2000, pág. 55 César Rascón Garcia, manual de Derecho Romano, Tecnos, 3.ª ed., 2000, pág. 55.

<sup>48</sup> Justo, A. Santos Justo, “*Direito Privado Romano*” – I, Stvdia Ivridica 50, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 232 e 233.

<sup>49</sup> Michel Villey, “*Direito Romano*” (Le Droit Romain), Resjuridica, s/d., pág. 43.

*Orfeu e Anfião, os primeiros entre os legisladores gregos, fizeram compreender a lei com a sedução do Carme; Pitaco, de Mitilene, um dos famosos sete sábios da Grécia, redigiu em verso as leis... - os decênviros, como lembra Revardo e repete Vico, começaram as duas primeiras leis das XII Tábuas em verso heróico”.*<sup>50</sup>

Na Roma dos primeiros reis e dos primeiros tempos da república, não se vive o regime da vingança privada. “*O litigante, se persegue ele próprio e pela sua força pessoal o objecto da sua reclamação, se age pessoalmente, deve pelo menos submeter-se a certas regras. O Estado obriga-o a fazer controlar a regularidade da sua acção; são estabelecidos magistrados, a fim de presidirem à boa ordem da justiça*”.<sup>51</sup>

Esta Lei constituiu um significativo avanço esforçando-se por humanizar o processo concedendo ao devedor algumas moratórias, uma vez que “*o direito romano antigo organiza com uma dureza rígida a perseguição das dívidas; o credor não satisfeito pode chegar a mandar matar o seu devedor; se há vários credores, o cadáver seria dividido em pedaços. Partes Secanto, diz uma lei das XII Tábuas. Coube aos costumes a função de temperar o rigor próprio do direito*”.<sup>52</sup>

No entanto não se pode deixar de ter presente que “*o dano cometido pelo juiz que dolosamente proferisse uma sentença era ressarcido através duma actio in factum da categoria in bonum et aequum*”. Porém se se tratasse de juiz acusado de corrupção “*era punido, pela Lei das XII Tábuas, com a pena de morte. Mais tarde, ficou sujeito à pena estabelecida pela Lex Cornélia de sicariis*”.<sup>53</sup>

Para CÍCERO, de igual modo, as doze tábuas indicam, em várias leis, que é lícito apelar de qualquer julgamento e condenação “*(...) e uma lei consular de Lúcio Valério Potito e de Marco Horácio Barbado (...) determinou que não fosse criado nenhum magistrado sem sujeição ao direito de apelo*”.<sup>54</sup>

No entanto, o sistema romano apresentou-se como um característico “*direito de juristas*” a partir de determinada altura. Quer dizer, a participação deixada aos juristas na criação do direito era significativamente muito mais vasta do que nos nossos dias.

Efectivamente tanto as leis votadas nas “*assembleias populares*” como os “*senatus-consultos*” sobre matérias de direito privado e processual não foram frequentes

---

<sup>50</sup> Albuquerque, Ruy de. “*Poesia e Direito*” – I – Poesia e Lei, Revista da FDUL, Coimbra Editora, 2007, pág. 11.

<sup>51</sup> Villey, Michel. “*Direito Romano*”, (Le Droit Romain), Col. Resjuridica, s/d, pág. 40.

<sup>52</sup> Villey, Michel “*Direito Romano*”, (Le Droit Romain), Col. Resjuridica, s/d, pág. 48.

<sup>53</sup> Justo, A. Santos. “*Direito Privado Romano*” – II, Stvdia Ivridica 76, 2.<sup>a</sup> ed., Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006. pág. 137 e rodapé.

<sup>54</sup> Cícero, “*De Re Pvblica*”, tradução de Francisco Oliveira, (Tratado da República), Temas & Debates, ARD-COR, Março 208, ponto 2.54, pág. 153-154.

e que, aliás, contemplavam meros aspectos parcelares ou de pormenor dos respectivos regimes jurídicos.

Assim, apenas os éditos dos magistrados, mormente o “*édito do pretor*”, configuram uma extensa fonte de “*direito legal*”, no entanto essa cristalizou na revisão de Sálvio Juliano. E verificou-se também neste âmbito uma forte intervenção dos juristas.

Será contudo à jurisprudência clássica, que se deve o contributo de maior relevo quanto ao direito romano. Mas será também com a burocratização da jurisprudência romana que a ciência jurídica irá transformar-se. Conforme TERESA LUSO SOARES “*assiste-se à necessidade de compilar tanto os iura (escritos dos juristas clássicos) como as leges (constituições imperiais) e de assegurar e controlar com rigor a sua aplicação e execução*”.<sup>55</sup>

O Principado alterou notavelmente a forma de encarar a lei comicial e o direito pretório extinguindo-os. Sucedem-lhes uma diarquia estabelecida por Augusto, em que as fontes da lei estão no senatus-consulta – também amável à proposta imperial de epístola ou de oração - e nas constituições do príncipe – edito, rescrito, decreto, mandado.

Desenvolveu-se a cognição extraordinária: em lugar da escolha arbitral republicana, um juiz imposto, *iudex datus*, elemento da magistratura oficial.

A genialidade romana e a força tradicionalista salvaram o direito, asilado na jurisprudência, entre a frieza clínica da vontade popular inanimada e a prepotência volitiva do soberano.

A substância do arbítrio, no príncipe, vai ganhando as aparências da orientalização, desarmando-se, na marcha, a estrutura vazia de certas formas ainda romanas. Percebe-se o progresso da aceitação, através do exame semântico de duas traduções jurídicas do princípio da legitimidade – uma em Gaio, outra no Digesto.

A respeito da vontade do príncipe, Gaio escreveu nunca ter havido dúvida de que ela “*faz as vezes da lei*” – *nec umquam dubitatum est quin id legis vicem optineat*, no sentido de que ele, querendo legislar, e possuído de consciência governativa, exara em decreto, edito ou epístola.

Vejamos agora o que está no Digesto 1.4.1: “*Quod principi placuit legis habet vigorem*”. O que agrada ao príncipe tem força de lei.

---

<sup>55</sup> Soares, Teresa Luso. “*Em torno do Direito Romano Vulgar*”, revista jurídica, n.º 5, Jan/Mar., AAFDL, 1986, p. 120.

Também as “*constituições imperiais*” que continham normas formuladas em termos genéricos (*éditos e mandatos*) mostraram-se esporádicas e quanto às que consistiam em decisões judiciais do príncipe (*decrete*) ou respostas suas a consultas (*rescritos*), afinal, representavam direito casuístico, como que análogo ao dos juristas e por estes influenciado, que só através de evolução lenta obteve vigência geral.

Talvez não seja grande o valor testimonial das duas expressões: o autor da segunda é um contemporâneo de Gaio, pois é Ulpiano. Mas a verdade é que ela parece mais harmonizada com o período em causa e encontra-se no Digesto. Aliás, o slogan sobre a vontade do príncipe, historicamente recursivo, é mais velho e mais novo do que o tempo de Gaio.

Compreende-se agora a razão porque FERREIRA DA CUNHA salientou que “*os adágios ou brocardos jurídicos, decantações da sabedoria de séculos em fórmulas sintéticas, lapidares* (<sup>3</sup>), *são sempre actuais*”. Exactamente porque “*a ciência jurídica, a velha ciência dos Romanos, não é uma dessas técnicas fugazes a que estamos tão habituados, que amanhã se volvem já obsoletas*”. E isto porque “*essas sentenças que ecoam na memória dos juristas quase como slogans da consciência e memorandos da metodologia, encerram em si profunda sabedoria e sintetizam admiravelmente a cosmovisão jurídica das épocas clássicas. Não podem, por isso, deixar de surpreender, na densidade dos seus ensinamentos, os tempos barrocos, em que a essência se arrisca a perder-se na profusão decorativa de um sobrecarregado “horror vacui”*”.<sup>56</sup>

Até porque, se mais não fosse, conforme MAX KASER, “*o seu saudável sentido prático preservou os Romanos de exageros e de teorizações infrutíferas e alheias à realidade*”. E porque a jurisprudência romana adquiriu assim um carácter tipicamente romano, conclui que “*... o seu engenho jurídico conseguiu conduzir esta ciência jurídica ocidental a tal elevação que criou princípios de direito e instituições jurídicas de valor imperecível*”.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Cunha, Paulo Ferreira Da. “*Anagnose Jurídica*”, Releitura de três brocardos de Ulpianus e de outros textos clássicos, Separata da Revista «O Direito» Ano 126.º, 1994 1-11: - “*Muitos brocardos apresentam-se com autoria declarada. Contudo, pelo menos em relação à sua grande maioria, poderá afirmar-se que o seu autor foi apenas o último burilador de um trabalho laborioso e paciente de muitos que o precederam, cabendo-lhe a decantada formulação, mas não tanto a doutrina, nem a originalidade, nem mesmo boa parte dos materiais, que facetou. cf., para os “tria praecepta iuris”, Sebastião Cruz, “Direito Romano”. I. Introdução, Fontes, 3.ª ed., ed. do autor, Coimbra, 1980, p. 13, n. 4 da pág. 12*”.

<sup>57</sup> Kaser, Max. “*Direito Privado Romano*”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999, pág. 19.

Em conclusão, a “*iurisprudentia*”, de início, foi praticamente a única fonte do direito, através da “*interpretatio*”. No entanto, na época republicana não foi considerada oficialmente fonte imediata de direito, uma vez que os *responsa* não vinculavam os juízes, ficando apenas como fonte inspiradora e material. De Augusto a Adriano assiste-se, no tempo do primeiro, à concessão do “*ius respondendi ex auctoritate principis*” (equiparáveis ao valor das constituições imperiais no século I) aos juristas de maior valor, para a defesa da sua política; No tempo do segundo, a “*iurisprudentia*” é considerada fonte imediata de direito, de carácter geral.

Finalmente, e apesar dos cuidados linguísticos de SEBASTIÃO CRUZ, referindo-se ao tempo de Augusto, e uma vez que “*esses responsa não eram já pura doutrina (dos particulares, dos iurisprudentes)*”, considera que “*deve estar aqui, certamente, o primeiro ponto de partida para a iurisprudentia (doutrina) passa a jurisprudência (decisões de pessoas com soberania, decisão de órgãos com soberania, decisões dos tribunais)*”.<sup>58</sup>

Em função dos ensinamentos do autor citado e de EDUARDO VERA-CRUZ “*iuris-prudentia*” deve de ser entendida como a ciência prática do Direito, no fundo a ciência do justo e do injusto (*iusti atque iniusti scientia*).

#### **I.IV. As acções e os processos: - “*legis actiones*”, “*per formulas*” e “*cognitio extra ordinem*”.**

Ⓢ processo civil romano apresenta-se como um conjunto de regras que o cidadão romano deveria seguir para realizar e efectivar seu direito material.

Conforme nos é dado conta, para Cícero, há duas espécies de causas, “*honestas e torpes – genere causarum sunt honestum, turpe*”<sup>59</sup>, no entanto, impende destacar que o direito romano sofreu profundas transformações e evoluções durante os doze séculos em que vigorou, sucedendo-se três sistemas de processo: o das “*legis actiones*”, “*agere per formulas*” e o da “*cognitio extra ordinem*”.

---

<sup>58</sup> Sebastião Cruz, “*Direito Romano*”. I. Introdução, Fontes, 3.<sup>4</sup> ed., ed. do autor, Coimbra, 1980, pág. 294.

<sup>59</sup> Ribeiro, Luís da Silva, *Cícero Advogado, citando Ad. Heren.*, I,3, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1930, pág. 37.

#### **LIV.I. As “*legis actiones*”.**

Ⓢ sistema das acções da lei ("*legis actiones*") representa o ponto inicial do, lento mas contínuo, desenvolvimento histórico do processo romano, cujos traços mais remotos se encontram na Lei das XII Tábuas. É, sem dúvida, o mais antigo dos sistemas de processo civil romano, tendo vigorado do século VIII ao século V a.e.c. (aC.).

Conforme sistematizou CASTRO MENDES, estribando-se em Gaio, haviam na ordem jurídica cinco "*legis actiones*": - “*Acções declativas – sacramentum; iudicis postulatio; condictio. Acção executiva – manus iniectio. E, caso especial – pignoris capio*”.<sup>60</sup>

Julga-se que a denominação de acções da lei decorreu do facto de as "*legis actiones*" se originarem da lei, ou então, da circunstância de elas se conformarem de forma estrita com as palavras da lei.

O processo das acções da lei é marcado por um extremo formalismo, as partes dirigiam-se ao tribunal num “*dies fastus*” e o magistrado informava-se do que pretendiam, através de rituais imutáveis e de palavras solenes, pré-determinadas. Os litigantes não podiam expor as suas pretensões, empregando palavras próprias. Deviam empregar o verbo certo, pronunciando oralmente os termos já definidos pela lei. Uma troca de palavras neste sistema (actos do tipo dos “*actus legitimi*” ) conduz à nulidade do acto praticado e pode implicar a perda do processo. Daí a denominação "*legis actiones*".

Ou seja, as acções são marcadas pela tipicidade, conformando-se às palavras das próprias leis. Em decorrência deste rigor formal, as "*legis actiones*" eram extremamente escassas.

O processo das "*legis actiones*" é dividido em duas fases distintas: a primeira perante o magistrado, que é órgão público (fase no Tribunal, “*in iure*”); a segunda perante o juiz popular, que é um particular indicado pelas partes ou pelo magistrado (fase “*apud iudicem, in iudicio*”). A principal distinção que se apresenta é o facto de o Estado assumir apenas uma parte da função judiciária. Esta separação é de suma importância para a identificação do caso julgado neste processo.

---

<sup>60</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 269.



Com efeito, na primeira fase, o magistrado jurisdicional, órgão estatal, tem como papel fiscalizador do procedimento, determinando qual é o direito que se deve aplicar na espécie, cabendo, exclusivamente ao juiz popular, na segunda fase, analisar as provas trazidas pelas partes e respeitar os limites jurídicos fixados anteriormente pelo magistrado. *A sentença final, portanto, será proferida por um particular, não possuindo sequer motivação e poder de comando.*

Importante ressaltar que a fase "*in iure*", perante o órgão estatal, só se realizava na presença das duas partes litigantes. Assim, cabia ao demandante citar o demandado, levando-o à presença do magistrado, inclusive por meio da força.

Era um acto essencialmente privado, sendo certo que aquele que pretendia fazer valer o seu direito em juízo devia assegurar pelos seus próprios meios a presença do demandado, sob pena da não instauração do processo.

Feita a referida citação, as partes compareciam perante o magistrado (fase "*in iure*") e debatiam formalmente e oralmente a causa, conforme os rigores das "*legis actiones*" já referidos anteriormente: - Se ocoresse a confissão do réu (*confessio in iure*) – o réu apesar de confessar é tratado como se tivesse sido julgado e condenado – "*in iure confessus pró iudicato*", portanto o processo morre "*in iure*" pela sua condenação pelo pretor. Se o réu negasse as afirmações do autor, procedia-se a escolha do juiz popular, privado (o "*iudex*").

Ou seja, conforme MICHEL VILLEY "*o pretor, doravante, após receber no tribunal os cidadãos prontos a fazer-se-lhes justiça, escuta as suas pretensões, autoriza-os, ou não, a prosseguirem a acção, impõe-lhes ordinariamente cessar com toda a violência antes de ter feito verificar a exactidão das suas afirmações por um árbitro, que em Roma usa o nome de juiz*".<sup>61</sup>

Neste momento (não se sabe se antes, ou depois, da nomeação do "*iudex*"), com a fixação do litígio e instauração do contraditório, as partes tomavam como testemunhas os assistentes da audiência com o magistrado (fase "*in iure*") ou as pessoas que eventualmente os acompanharam até ali, firmando o acto solene denominado de "*litis contestatio*".

A "*litis contestatio*" fixava a lide que seria objecto de decisão pelo juiz popular ("*iudex*") na segunda fase do procedimento.

---

<sup>61</sup> Villey, Michel. "*Direito Romano, (Le Droit Romain)*", Col. Resjuridica, s/d, pág. 40.

É certo que os romanos também se preocupavam com a estabilização e pacificação dos litígios, não podendo admitir a repetição de determinada "*legis actio*" já proposta pelas mesmas partes. Daí a relevância do estudo do caso julgado no processo romano.

Com efeito, no processo das "*legis actiones*", os juristas romanos fixaram na "*litis contestatio*" o momento processual de exaurimento do exercício de determinada "*legis actio*", asseverando que um direito não podia ser submetido a novo juízo desde que já deduzido em processo anterior, mesmo que ainda não julgado pelo juiz privado escolhido pelas partes.

A "*litis contestatio*" de um processo anterior apresentava-se, assim, com efeito consumptivo, possibilitando que o Estado, por meio do magistrado (órgão estatal), indeferisse a nova "*legis actio*" cujo direito fosse idêntico a outro já fixado por aquela. É neste ponto que se vislumbra a presença histórica dos traços característicos do caso julgado, sendo certo que já desde os romanos a "*res iudicata*" está relacionada com a autoridade estatal. Ou seja, se não há actividade do Estado, não há caso julgado para os romanos.

Ressalta-se, por derradeiro, que o caso julgado não é representado pela sentença final do procedimento de determinada "*legis actio*", uma vez que tal decisão, conforme dito acima, é emanada de um particular (*iudex*), tendo apenas carácter de mera opinião, desprovida de motivação, comando e força mandamental. O caso julgado antecede, pois, a sentença final no processo das "*legis actiones*".

Assim, o princípio "*bis de eadem re ne sit actio*" que remonta ao período das "*legis actiones*" e está na base da teoria romana do caso julgado, actuava, no período clássico, de ofício, nos chamados "*iudicia legitima in personam*", dependendo, nas acções "*in rem*" e nos "*iudicia quae imperio continentur*", de provocação do interessado, através da "*exceptio rei iudicate vel in indicium deductae*". Não se ligava, entretanto, à sentença ou ao "*iudicatum*", porque dependia do julgamento da causa, constituindo efeito da "*litis contestatio*". A esse negócio jurídico bilateral que vincula o réu ao autor (...) é que se liga o princípio da unicidade da acção, de que decorre a "*exceptio*", destinada a ressalvá-lo. Não importava ter sido, ou não julgada a acção. Menos ainda, a "*fortiori*", o conteúdo da decisão. O conceito não era, ainda, o de caso julgado no seu sentido actual.

Este primitivo formalismo das *legis actiones*, incompatível com o subsequente desenvolvimento do direito romano, levou pouco a pouco ao desprestígio do sistema processual, que acabou por ser substituído pelo processo formular.

#### **LIV.II. As “*per formulas*”.**

⊕ formalismo exacerbado do processo das “*legis actiones*” foi conduzindo à sua extinção e à sua superação por outro sistema processual. Mesmo porque aquele antigo processo era voltado exclusivamente para a tutela dos direitos dos cidadãos romanos, não atendendo aos interesses das partes que fossem peregrinas.

Além disso, ressalta-se que o momento histórico exigia novo sistema processual, uma vez que a expansão mediterrânea de Roma e os problemas gerados pelo comércio internacional intensificaram os litígios entre romanos e estrangeiros, agora fundados também no “*ius gentium*” e não mais nas normas do “*ius civile*”.

Como nos é dado saber sem esconder o orgulho com que se reviam nas suas leis, e que os levava ao exagero de considerar ridículos os direitos dos outros povos, incluindo as leis gregas, afirma Cícero, na “*De Oratore*”, ao comparar o direito romano com o de Licurgo, Dracon e Solon — “*Incredibile est quam sitomne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum*” — não obstante isso, não hesitaram os romanos em criar, para o convívio com os outros povos, que com eles coabitavam no Império, um direito especial, destinado a facilitar as relações, como então se dizia, entre cidadãos e peregrinos ou destes entre si, no âmbito das fronteiras imperiais — o famoso “*ius gentium, ou ius peregrinorum*”.

Era o primeiro passo dado na história do direito, no mundo ocidental, para a aproximação e entendimento entre os homens de diversa origem, a apontar para a uniformidade da protecção que a todos deve ser concedida pelas leis. Passo que os próprios romanos depois consolidaram, ao alargar, pelo Édito de Antonino Caracala, no Séc. II, a cidadania a todos os habitantes do Império, na primeira afirmação comunitária jamais vista, ela também gerada à sombra do Castelo de Sant'Angelo, nas margens do Tevere.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Proença, José João Gonçalves de. “A 5.ª *Liberdade Comunitária*” (oração de sapiência), sessão solene, Dia da Universidade Lusíada, 22 de Março de 1992, p. 9.

Dentro deste contexto, surgiu o processo formular que nasce como alternativa mais moderna, menos formalista, mais ágil e mais abrangente do que as “*legis actiones*”.

Esta forma de processo, sem dúvida, assinala um momento culminante na história da vida judiciária romana, porque só agora a figura do pretor se impõe, para resolver com auxílio da equidade os casos concretos, antes submetidos ao frio e desumano rigorismo das formalidades.

Quanto à sua origem encontra-se no processo que se desenrolava diante do pretor peregrino<sup>63</sup>: não podendo, nesse caso, ser aplicado o sistema das “*legis actiones*” (que só se empregava para dirimir conflitos de interesse entre cidadãos romanos), o pretor peregrino – diante das pretensões expostas livremente pelos litigantes, nem sempre em latim – redigiria instruções aos “*recuperatores*” (e nisso estaria o ponto de contacto com a fórmula do processo formulário), nas quais se baseavam para julgar a causa.

O processo formulário desenvolve-se segundo um rito padrão, passando a ser parcialmente escrito, com a presença da fórmula, como sua principal característica.

A fórmula trata-se de um documento escrito onde se fixa o ponto litigioso e se outorga ao juiz popular o poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique, ou não, provada a pretensão do autor. Ou seja, a fórmula constitui a delimitação da forma segundo a qual a controvérsia será examinada pelo juiz; para este é uma indicação do seu poder.

Apesar das diferenças com o sistema das “*legis actiones*”, vistas no número anterior, principalmente no que se refere à actuação mais intensa do magistrado (órgão estatal-pretor), este deixa de ser um mero fiscal do procedimento, continuando o processo formulário inserido na órbita do “*ordo iudiciorum privatorum*” (carácter privado da justiça, com actuação apenas parcial do Estado).

O procedimento divide-se, como acontecia no sistema das acções da lei, em dois momentos: o primeiro perante o magistrado (pretor – órgão estatal, agora com mais

---

<sup>63</sup> Em 242 a.e.c.(aC.) foi criada a magistratura especial do estrangeiro, o pretor peregrino, *qui inter peregrinos aut inter cives et peregrinos ius diceret*. Junto a ele, em vez da solenidade *per aes et libram*, valia a simples transacção; em vez da *mancipatio* ritual, a simples tradição; em vez da *sponsio* sacramental, a estipulação. Havia de influir no romano esta influência do direito gentio. Além disto, ao que parece, não passava de um direito romano aplicado a peregrinos ou de uma interpretação romana do direito estrangeiro.

poderes de actuação), a fase “*in iure*”, e o segundo perante o juiz popular (cidadão comum indicado pelas partes), a fase “*in iudicio*”.

Na primeira fase (*in iure*), o demandante comparece perante o pretor (magistrado) levando o demandado, agora sem haver a necessidade do emprego da violência, já que o pretor tem o poder de dar ordem ao demandado (réu) para que compareça, sob pena de multa e ainda de cometimento de delito.

Presentes as partes, podendo inclusive ser representadas por terceiros (o que não se admitia no sistema anterior), o demandante expõe as suas pretensões do modo que achar necessário, requerendo a fórmula para o seu direito. É a chamada “*postulatio*”. Após, o demandado manifesta-se, podendo confessar ou recusar as alegações do demandante.

Em caso de recusa, haverá a nomeação do juiz popular e a redacção da fórmula para a espécie. Por fim, celebra-se a “*litis contestatio*”, que, segundo a doutrina dominante, é um contrato judicial, pelo qual o autor e o réu concordavam em submeter o litígio, nos termos da fórmula, ao julgamento de um juiz popular. Esse acordo manifestava-se com a leitura da fórmula pelo autor ao réu, que a aceitava.

A partir daí, inicia-se a segunda fase, perante o juiz privado (*apud iudicem*), que agora, diante das provas apresentadas, tem o poder de condenar ou absolver o réu, segundo os limites traçados pela fórmula, o que não ocorria no sistema anterior.

Enfim, a fórmula, neste sistema processual romano, delimita o objecto da controvérsia e os limites do caso julgado, possibilitando que a sentença final tenha poder de imposição, com carácter publicístico, criando uma nova obrigação entre demandante e demandado, a “*obligatio iudicati*”.

No fundo, poder-se-à dizer, como GIOVANNI PACCHIONI, “*a procedura “in iudicio” sí chiudeva normalmente com una sententia, la quale poteva essere assolutoria o condannatoria, ma doveva, in ogni caso, essere corrispondente alla intentio della formula. Il giudice, in altri termini, poteva assolvere o condannare solo a seconda che risultassero esistenti, nel momento della emissione della formula*”.<sup>64</sup>

É a fase de transição da justiça privada para a pública, na qual o Estado vai monopolizar a prestação da tutela jurisdicional.

---

<sup>64</sup>Giovanni Pacchioni, *Corso di Diritto Romano*, vol. Terzo, UTE, Torino, 1922, pág. 617.

### **LIV.III. As “*cognitio extra ordinem*”.**

Este sistema processual denomina-se “*cognitio extra ordinem*”, porque os magistrados se afastam das regras impostas pela antiga “*ordo*” (a “*ordo judiciorum privatorum*”). Ou seja, não há mais a divisão de fases como nos sistemas anteriores de carácter privado, tendo apenas um julgador, órgão público.

O processo romano veio, aos poucos, a perder os seus traços de feição privatística, caminhando num sentido cada vez mais publicístico que vai levar à estatização do processo.

A antiga divisão da instância romana em duas fases desaparece, deixando de se falar e praticar a “*ordo judiciorum privatorum*”, esquecem-se as regras de competência, de lugar e de dia (ligadas à noção de dias fastos e nefastos). Agora, o mesmo titular reúne os atributos de magistrado e juiz, antes repartidos entre duas pessoas que actuavam, respectivamente, na primeira e na segunda fases processuais.

A modalidade até aqui utilizada e baseada na oralidade do processo vai dar lugar a um novo sistema em que irá prevalecer a formalização dos actos sobre a forma escrita, redigidos pelos auxiliares da justiça e pelos advogados. Neste período, os advogados constituem uma classe prestigiada, numerosa, reunida em corporações e com prerrogativas especiais, ou seja qualquer comparação com a actualidade não é mera coincidência mas pura realidade, talvez com a excepção do prestígio. Enfim, a pratica de actos gratuitos desaparece, havendo, então, custas processuais que serão pagas aos serventuários da justiça e aos advogados.

Situa-se o período da “*cognitio extra ordinem*” no direito romano pós-clássico, constatando-se a ampliação, nessa época, ainda mais, do poder dos pretores que, nesse período pós-clássico, também chamado período do Principado e da monarquia absoluta (284 e.c. (dC) – 565 e.c. (dC), agiam num sistema jurídico paralelo à ordem vigente, conhecendo e julgando directamente os litígios sem interferência de árbitros, não podendo os particulares, utilizar a arbitragem, em qualquer das suas formas.

Atentas as suas específicas características, vai ser determinante para, de uma vez por todas, o modelo romano evoluir da justiça privada para o exercício da justiça pública.

O decisor da causa, na tríplice veste de magistrado, funcionário público, mas também de juiz, passa a ser o titular do poder-dever de examinar as provas produzidas

pelos que litigam e proferir uma decisão de mérito, a qual, pela primeira vez na história do processo civil romano, deixará de consistir num acto exclusivo do cidadão romano, por perda do seu carácter arbitral (privado), passando a manifestar a expressão de vontade soberana do estado, “*ex auctoritate principis*”.

Neste tipo de procedimento de que temos vindo a curar, a citação de iniciativa privada vai cedendo passo àquela onde já se vislumbrava a participação da autoridade pública. A “*evocatio*”, como agora vem denominada a citação, realizava-se então por meio de um convite verbal, após fiscalização pelo magistrado, dirigido ao demandado.

Após a realização com sucesso da citação, iniciava-se o processo perante o magistrado, cabendo ao demandante expor sua pretensão (“*petitio ou persecutio*”). O julgador da causa tem competência e legitimidade para a sua apreciação livre, uma vez que a figura da fórmula está arredada do rito processual. Ao réu, caberia apresentar sua defesa.

Assim, e em conclusão, o processo civil romano dividiu-se em três períodos distintos: um mais antigo, o procedimento das “*legis actiones*” (acções da lei), que surgiu com a fundação de Roma (754 a.e.c. (aC.) e foi até a “*lex aebutia*” (149 a.e.c. (aC.); outro intermédio, de maior duração, que coincidiu com o mais amplo desenvolvimento do povo romano, denominado “*per formulas*” (formulário), que se estendeu do advento daquela lei até o século III (e.c. dC.) e, finalmente, a chamada “*cognitio extraordinária*”, que teve o seu início no tempo do imperador Diocleciano alcançando a codificação de Justiniano. Os dois primeiros períodos compreendiam o denominado “*ordo iudicium privatorum*” (procedimento civil ordinário), em oposição à já referida “*cognitio extraordinária*”, que dizia respeito ao procedimento diverso do procedimento civil ordinário.

Com a “*Lex Aebutia*” teve início o período “*formulário*”. Em lugar das fórmulas sacramentais orais que caracterizavam o sistema anterior, o novo procedimento identifica-se pela redacção de uma fórmula escrita, obtida pela cooperação do pretor com as partes. A apresentação da fórmula pelo pretor encerrava o procedimento “*in iure*”. A fórmula, como se percebe, era uma instrução escrita com a qual o pretor nomeava o “*iudex*” ou “*arbiter*” (juízes particulares) e fixava os elementos sobre os quais esse mesmo iudex ou arbiter deveria fundamentar seu juízo, condenando ou absolvendo.

A principal característica do período da “*cognitio extraordinária*” foi a unificação do processo, pondo fim às duas fases do procedimento (*in iure* e *in*

*iudicium*). Observa-se que o juiz deixa de ser um mero expectador, intervindo no processo como um representante do Estado. O mesmo magistrado que conhecia da demanda, exarava a sentença e fazia-a cumprir. Esta última etapa do processo civil termina com as publicações ordenadas por Justiniano, mercê das quais se tornou conhecida a definição da “*actio*”, elaborada por Celso, quase quatro séculos antes.

Entretanto, é importante recordar que se trata de uma definição do século II, logo, do período “*formulário*”.

E como “*errarre human est*” dá-nos conta SANTOS JUSTO que “*a partir do Principado surge um novo expediente contra a sentença: a apelação (appellatio) dirigida a um magistrado superior ao que proferiu a sentença ... é provável que a appellatio tenha sido também aplicada nas sentenças do iudex privatus.*”.<sup>65</sup>

#### IV. Do “*ius*” à “*lex*”.

A experiência dos romanos desenvolveu-se primeiro nas relações intrafamiliares, onde o *pater* é chefe, sacerdote e juiz. Como sacerdote, comunica-se com os deuses, rendendo-lhes as miúdas satisfações que sempre querem. Juiz e chefe, aplica o “*ius*” e rege a família, que tem sob poder, sob mão, sob “*mancipio*” – *in potestate, in manu, in mancipio*: os filhos, os clientes, os libertos e os servos; a mulher; o nexo ou adicto, o “*in loco servi*” – um devedor insolvente. A sua alçada vai até ao direito de vida e morte, “*ius vitae et necis*”.

Assim, nos tempos primitivos de Roma, o que predomina é o espírito de ordem e de disciplina. O romano de então é sobretudo um soldado. O cidadão submete-se à regra de direito instintivamente, por reconhecê-la como útil às relações sociais.

Tal obediência, porém, nunca foi irracional. O romano é essencialmente prático e submete-se à lei na medida de sua utilidade. A utilidade é para o espírito romano a fonte verdadeira e suficiente para justificar o direito. Os métodos irracionais do Direito são logo abandonados nos tempos primitivos, surgindo o Estado como soberano.

A sociedade dos primórdios de Roma é essencialmente do campo. Há uma noção religiosa que auxilia o habitante dos tempos primitivos a suportar as adversidades da natureza.

---

<sup>65</sup> Justo, A. Santos. “*Direito Privado Romano*” – I, *Stvdia Ivridica* 50, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000. pág. 232 e 380.



No entanto, não deixam de compreender e reagir a “contaminações” do exterior. Em 161 a.e.c. (aC.) foi proibido que houvesse na cidade filósofos. Em 154 a.e.c. (aC.), Marco Pórcio Catão, o “*Censorino*”, octogenário e duro, exigiu do Senado que despachasse imediatamente, recambiando à origem, uma embaixada ateniense que fora a Roma pleitear interesses e permaneceram na cidade a ensinar filosofia. Eram eles o estóico Diógenes Babilónio, o peripatético de nome Critolau Faselita e o académico chamado Carnéades Cireneu.

Aquele rude que, havia cinquenta anos, trouxera Énio para Roma, via em Sócrates um charlatão e em toda a espécie grega gente inútil e odiosa. Havia declarado, com muito de profeta, que Roma estaria perdida se alguma vez aquela raça lhe transferisse as suas letras.

Entretanto, os pontífices, juristas canónicos, interpretam o direito divino, o “*fas*”, enunciando fórmulas e indicando os ritos de sacrifício aos deuses. Mais tarde, os juristas leigos vão interpretar o direito dos homens, o “*ius*”, para tratar do relacionamento entre eles.

Sem qualquer menção ao “*ius*” JOSÉ TAVARES considera que “*o direito primitivo dos povos arianos, o dharma dos Índios, o Thémis dos Gregos, o fas dos Romanos, estava ainda confundido com a religião e a moral, fundando-se na fé divina, na crença de que os Deuses protegiam o justo e puniam o injusto*”.<sup>66</sup> Posição diferente a de FERREIRA DA CUNHA, para quem “*...no Direito Romano, nos seus primórdios, é inegável uma origem religiosa do jurídico. Isto, porém, não deve fazer-nos cair no sincretismo parificador. Hoje, cada vez mais vai ficando claro tratarem-se de realidades diversas, embora relacionadas*”.<sup>67</sup>

Efectivamente, após as guerras púnicas começou uma revolução intelectual que se iria repercutir no direito. A unidade teocrática ia cedendo à franca distinção do humano e do divino, criando-se a oposição a que chegou Sérvio, e depois Isidoro, nos conceitos de “*fas*” e “*ius*”. Escreveu o primeiro que o lícito pertence à religião e o direito aos homens – “*ad religionem fas, ad homines iura pertinent*”. O segundo repetiu o mesmo, com outras palavras: o lícito é lei divina, o direito lei humana – “*fas lex divina, ius lex humana est*”.

---

<sup>66</sup> Tavares, José. “*Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*”, vol. I, Coimbra Editora, 1922, p. 9.

<sup>67</sup> Cunha, Paulo Ferreira da. “*Introdução à Teoria do Direito*”, Resjuridica, s/d, p. 68.

Entende-se que o direito não é infalível nem imutável, devendo atender às necessidades sociais. No princípio, o direito não é dirigido ao indivíduo, ao cidadão, mas ao grupo, às gentes e às famílias, cuja reunião forma a cidade. O direito da cidade é o direito próprio do cidadão romano.

De qualquer modo, sempre foi um traço marcante do Direito Romano primitivo o conservadorismo e o formalismo. É um direito dirigido a uma sociedade agrícola, com poucas necessidades jurídicas. Em razão disso, o direito primitivo é, em princípio, pobre em instituições.

O formalismo, que é próprio das civilizações primitivas, perdurou em Roma mais tempo; estendendo-se também a outras actividades, como à religião, sobreviveu sem muita atenuação dentro do progresso da civilização romana, modificando-se apenas lentamente.

É a forma que confere vida ao direito, mas isso explica razoavelmente o espírito dos romanos.

As fontes dessas épocas mais antigas, como já vimos, são os costumes e a Lei das XII Tábuas.

Os costumes são as normas que jamais foram escritas, mas que são seguidas inconscientemente pelas pessoas. O costume extrai a sua essência do consentimento tácito dos cidadãos. Roma parte para a lei escrita quando percebe que a incerteza do costume já não satisfaz as suas necessidades.

Denomina-se lei, “*lato sensu*”, toda a disposição obrigatória, tanto a “*lex privata*”, a convenção que liga dois particulares, como a “*lex publica*”, direito proclamado pela autoridade pública. As leis são aprovadas pelos comícios e tornam-se obrigatórias.

A transformação do costume em lei é uma sequência natural em toda evolução dos povos. A codificação procura consolidar o direito empregado no passado, mas nunca a codificação foi responsável por uma estagnação no direito, isso não ocorre.

As fontes donde decorrem o direito costumeiro são a “*responsa prudentium*” e os “*éditos*” dos magistrados.

A “*interpretação*” ou “*responsa prudentium*” vem em socorro da norma que não pode atender a todos os casos particulares. Essa é a tarefa do intérprete (*interpres*). É um intermediário entre a norma e as necessidades sociais do momento. O seu trabalho, no entanto, não é aprovado legislativamente. O seu trabalho é de direito costumeiro.

Desde os primórdios, foram os pontífices os principais intérpretes, como aliás iremos ver. Formam eles um colégio de teólogos. Cabia aos pontífices não só orientar a religião do Estado, o relacionamento do “*fas*” e do “*ius*”, como também o culto familiar.

Essa interpretação pelos pontífices permanece por muito tempo secreta, enquanto o direito teórico era do conhecimento de todos, prova disso é a existência da Lei das XII Tábuas. A propósito desta lei DUCOS MICHÈLE considera que “*la législation décémvirale marque un moment important dans l’évolution du droit romain et plus précisément dans l’histoire de la notion de lex*”. E, em conclusão, “*elles contribuent à donner une place nouvelle à la notion de lex publica qui deviendra peu à peu la lex par excellence au point d’éclipser tout les autres leges*”.<sup>68</sup>

A partir de certo período, a jurisprudência deixa de ser secreta para ser aplicada pelos pretores, por meio das fórmulas a serem proferidas perante o magistrado.

Ao lado dos pontífices, encontravam-se também os juristas leigos que, igualmente, exerceram grande influência na formação do direito nessa época. A eles se deve, verdadeiramente, o nascimento da ciência do Direito.

Os éditos dos magistrados eram programas de conduta publicados para demonstrar como agiriam durante o seu exercício no cargo. Esses magistrados eram os “*pretores*” e os “*edis curuls*”. A princípio, há apenas o pretor da cidade, “*praetor urbanus*”, que tratava do direito dos cidadãos. Depois, quando se cria um direito para as relações entre cidadãos e peregrinos ou entre peregrinos, surge o “*praetor peregrinus*”.

Os “*edis curuls*” eram investidos de jurisdição relativa à venda de escravos e de animais. O direito criado por esses magistrados são os “*éditos*”, que têm particular importância como fonte do Direito Romano.

Aos poucos, o novo “*pretor*” que assumia o cargo, passava a copiar o “*édito*” de seu predecessor, pois a experiência havia demonstrado ser útil. Assim, o “*édito*” foi-se tornando uma fonte de direito estável. Em princípio, como o “*pretor*” não tinha o poder de criar o direito, o édito não criava o “*ius civile*”, mas é por meio das normas processuais que o pretor acaba por supri-lo e corrigi-lo.

O direito que se foi formando mediante o trabalho pretoriano, ainda é “*ius*” e denomina-se “*ius honorarium*”, que é a formação de um corpo homogêneo e coerente de fórmulas procedimentais, com a função de ajudar, completar ou corrigir o Direito Civil.

---

<sup>68</sup> Michèle, Ducos. “*L’influence grecque sur la loi des douze tables*”, Presses Universitaires de France, 1.ª edição, 1978, pág. 75.

Também os “*éditos*” dos magistrados, a exemplo dos costumes, extraíam a sua obrigatoriedade da vontade tácita dos cidadãos. Contudo, o direito honorário tinha a vantagem sobre o costume de ser conhecido por todos. O direito honorário prepara o terreno para uma modificação no direito, o “*ius gentium*”.

É notável, entre os romanos, que a lei não lhes tenha surgido em bloco, num código, ou expressão abrangente inicial, por alguma revelação divina, como entre povos orientais. O seu direito não provém de uma previsão geral, colocada à porta de entrada da consciência colectiva. Não teve Mano, Sólon ou Moisés que de algum modo lhe recebesse tábuas de lei. Foi seu destino conformá-la devagar, na longa experiência aditiva da estratificação.

O “*ius civile*” convinha a uma cidade de estreitos confins. À medida que o Estado romano se expandia e entrava em contacto com outros povos, aumentando os contactos com os estrangeiros, o excessivo formalismo do “*ius civile*” torna-se insuficiente e inconveniente.

Roma deixa de ser uma cidade essencialmente agrícola para tornar-se um centro de actividade comercial. No campo das obrigações, principalmente, as modificações na técnica do direito tornam-se uma necessidade.

Ao mesmo tempo, o velho direito nacional transforma-se sob a influência dos acontecimentos que ameaçam a proeminência da aristocracia.

Os magistrados romanos, governadores de províncias ou pretores peregrinos foram insensivelmente influenciados pelos costumes locais. Costuma, assim, opor-se a um direito mais formalístico um direito mais flexível, talhado para os estrangeiros e o comércio, um direito sem formas, mas praticado por todas as nações estrangeiras civilizadas, o “*ius gentium*”, o direito das gentes, expressão até hoje empregada para designar um direito internacional.

Ao que tudo indica, esse direito empregado indistintamente aos estrangeiros na sua relação com Roma, tinha muito do direito natural, “*ius naturale*”, imposto à humanidade pela natureza, inspirado eternamente no bom e no equitativo. Os juristas latinos passam a admitir essa concepção, seguindo o que já era proposto pelos filósofos gregos.

Essa invasão do “*ius gentium*”, porém, não faz desaparecer o “*ius civile*” nem o suplanta. Passa a existir um dualismo do “*ius civile*” perante o “*ius honorarium*”. Doravante, a história do Direito Romano passa a ser a coexistência das duas formas de

direito, que se interpenetram. Ao contato com o *ius gentium*, o *ius civile* ameniza-se, torna-se menos formalístico, apesar de que a sua essência permanece intacta. Essa transformação foi obra, contudo, de muitos séculos.

Importa referirmos aqui a influência dos “*senatus consultum*”, que “*é a deliberação do senado mediante proposta do magistrado*”. Apenas no período do principado têm força de lei e são, portanto, fonte do direito. Ao lado deles, as constituições imperiais, deliberações do imperador, têm força legislativa, como vontade do imperador.

Do fim do terceiro século até Justiniano, prossegue a unificação dos direitos sob a acção de várias influências.

O direito das gentes pouco a pouco invade o domínio do “*ius civile*”, não só pela extensão da cidadania romana a todos os habitantes do império por Caracala, generalizando a aplicação do Direito Romano que tende a universalizar-se, como também pela divisão do Império em duas partes, com a fundação de uma segunda capital, Constantinopla, para rivalizar-se com Roma. O centro político do Império transfere-se para o Oriente, enquanto Roma cai nas mãos dos povos bárbaros.

Graças ao triunfo dos trabalhos pretorianos, que atendiam à equidade e ao direito natural, desaparecia gradualmente a diferença entre direito civil e direito das gentes. O que precipita a fusão dos dois sistemas, porém, é a abolição do procedimento formular feito por Diocleciano; desapareciam assim os resquícios de diferença entre os dois sistemas.

Temos então que os termos “*ius*” e “*lex*” aparecem usados nos textos jurídicos e designam inicialmente coisas diferentes, embora dentro de universos de sentidos próximos. “*Lex*” é usada nos textos jurídicos romanos para indicar qualquer tipo de norma, de qualquer valor ou conteúdo, qualquer regra emanada de uma pessoa física ou jurídica e ditada a qualquer um, tem um significado não apenas concreto, mas também abstracto.

“*Ius*” denota o direito, tomado positiva e objectivamente, e não apenas como ideal. Não pelo preceito ou comando. “*Lex*” e “*ius*” distinguem-se inicialmente não pelo facto de “*lex*” ser preceito mas pelo facto de “*lex*” dizer respeito às coisas da cidade e “*ius*” às relações entre os cidadãos e pelo facto de ser independente do Estado.

“*Lex*” e “*ius*” têm a sua especificidade. “*Lex*” não é fonte exclusiva, primária ou hierarquicamente superior; costumes, práticas, razão, tudo isso declara o que é devido a cada um e tudo isso precisa ser interpretado de modo que tenha algum sentido.

Não há no texto de Gaio um contraste entre “*direito objectivo*” e “*direito subjectivo*”. Direito é uma regra, um sistema de sentidos: algumas eram próprias de cada cidade, outras eram comuns. Havia uma distinção simples e clara: “*ius proprium*” e “*ius gentium*”, que iremos abordar de seguida; fruto das conveniências e dos costumes e fruto da razão universal.

Já em Instituições, não parecia haver confusão entre “*ius*” e “*lex*”. A lei é uma manifestação objectiva do “*ius*”, deliberada por qualquer uma das autoridades mencionadas (*imperador, magistrados, prudentes*). Assim, o “*ius*” não era a primeira palavra adequada para se referir ao direito objectivo dos modernos. O “*ius*” era o método de descobrir o juízo adequado para cada caso, o “*ius*” era algo objectivamente encontrável.

A primeira distinção feita por Gaio e pelo Digesto não era a distinção entre regra e faculdade, mas de “*ius civile*” e “*ius gentium*”. Não era relevante, mas sim distinguir o direito próprio do direito universal e ter uma noção da razão natural que fazia o segundo.

A propósito dá conta TERESA LUSO SOARES que “*a interpretatio prudentium é um conceito que engloba a criação e a renovação do “ius civile”; a interpretatio prudentium abarca a interpretatio iuris e a a interpretatio legis, uma vez que no jurista romano fundem-se ambas as modalidades na unidade inseparável da sua actividade de respondente*”.<sup>69</sup>

Em conclusão, criando o Direito, não lhe criou o romano a teoria duma ciência,<sup>70</sup> isto é, aquela coisa mais do que o simples conhecimento pragmático e empirico. Ele criou o direito “*fazendo*” e não “*especulando*”.

Poderá ter sido uma falta de imaginação contudo, foi um elemento catalítico para o bom senso com que resolveu as situações apresentadas, dominando empiricamente o mistério de relações injuntivamente apresentadas como de origem divina.

O “*ius*” nasceu da “*actio*”, do procedimento que a realidade social admitia.

Direito e acção regeneram-se e apoiaram-se reciprocamente, como verso e anverso da mesma moeda: a acção legal é projecção do direito e o direito é projecção daquela, numa linha correlativa em que avulta a “*actio*”, pois ela é quem revela o direito, puro sistema, entre os romanos, puro sistema de “acções” concedidas e que já

---

<sup>69</sup> Soares, Teresa Luso. “*Interpretatio Prudentium*”. *Objecto e Natureza* em Estudos de Direito Romano II, Lisboa, 1991, p. 5-64, máxime 57.

<sup>70</sup> Como reflexão sobre a sua identidade e a sua autonomia científica.

passámos em revista. Não se determinava que o autor podia usar de tal direito, mas que tal acção lhe era concedida.

O “*código*” do direito privado não é um código de direitos, mas um código de acções, desde aquele celebrado “*liber actionum*” de Cneio Flávio. O postulado de que a cada direito corresponde uma acção pode ser interpretado, por um espírito de hoje, como significando que existe tal direito, logo deve estar armado da sua acção. Para a mentalidade do romano, na altura, seria de inverter, dizendo que existe esta acção, logo deve existir o direito correspondente.

“*ius*” e “*lex*” interpenetraram-se reciprocamente ao longo dos tempos, no entanto a prevalência desta última dá-se quando “*o desumanizado mundo positivista prefere a segurança da força à virtude da justiça*”.<sup>71</sup>

Mas não se procurou sempre a Justiça com o “*ius*” ou com a “*lex*”. Naturalmente que sim, mas “*o que procuramos não é a mera justiça que cada um recebe, quando os seus direitos e deveres estão determinados pela lei, tal qual é. O que procuramos é a justiça, com a qual a lei se deveria conformar*”<sup>72</sup> ... mas isto não “*ius*” ?

Em conclusão, parafraseando SANTOS JUSTO, citando diversos autores, “o Direito Romano opõe-se frontalmente ao positivismo jurídico. Recusa ideologias apriorísticas ou “*verdades científicas*”. *Concilia o tradicionalismo mais tenaz com as inovações mais ousadas*”. Vê na *lex* “*una necesidad para la libertad*”. A sua ciência é essencialmente popular, porque “*emana del pueblo, se dirige al pueblo, y el pueblo la comprende plenamente*” e, por visar exclusivamente satisfazer as necessidades da vida em relação com a *iustitia*”, não se preocupa com a construção de sistema de conceitos nem se perde em definições, abstrações e discussões meramente teóricas.

Para concluir que “*considera o “ius” antes e acima da “lex”, de modo que as normas venerandas ou inderrogáveis do ius não podiam ser (directamente) alteradas “ex lege*”. *Esse “ius” é constituído por um verdadeiro “código superior” que espelha “una firme y sana moralidade social” e “tiene su mejor expresión en el officium” que, relacionado com um conjunto de valores éticos – a pietas, a humanitas, a bonitas, a virtus, a fides, a utilitas, a aequitas e a veritas -, permite que a IUSTitia se realize*”.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Justo, A. Santos. “*In Memoriam*” ao Doutor Sebastião Cruz, vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, p. 381.

<sup>72</sup> Vecchio, Georgio Del. “*A Justiça*”, ENP., s/data, nem editora, p. 73 (*encontra-se na biblioteca do CEJ., cota: -FRS-137*).

<sup>73</sup> Justo, A. Santos. “*A crise da Romanística*”, vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, p. 50-54.

## IV.I. A tópica “versus” A axiomática.

“o direito não começa nem acaba na lei; que o pensamento jurídico não é só lógica, mas essencialmente *“iustí atque iniustí scientia...”*.”<sup>74</sup>

¶ Parecendo querer contrapor ao que se tem vindo a dizer, efectivamente, ENGISCH não deixou de enfatizar que *“havendo uma ciência jurídica, esta há-de ser uma ciência prática. Os romanos, aos quais cabe o inesquecível mérito de terem fundado esta ciência, sabiam muito exactamente o que nela lhes importava. Eles celebrizaram-na como a “divinarum atque humanarum rerum notitia”, considerando-a, por consequência, como a mais viva de todas as ciências...”*.<sup>75</sup> Mas a contradição é meramente aparente e, ao invés, corrobora o que se tem vindo a expôr.

Mais do que uma obra de carácter teórico e sistemático, o direito assumiu, com os romanos, uma índole eminentemente prática, tendente à solução dos problemas que a vida, nos seus múltiplos sectores, suscitava. O fulcro da actividade dos juristas centrava-se, pois, nos "casos", cuja solução não estava previamente fixada num corpo de regras, mas era encontrada pela ponderação em concreto dos problemas.

Ao contrário do que sucede hoje em dia, a actividade do jurista visava não a mera subsunção lógico-silogística das várias situações da vida real, mas sim encontrar no próprio problema os "conceitos guias" ou *“princípios”* que permitissem chegar a uma solução. Mais do que algo de estático, cristalizado num sistema fechado de conceitos, o direito romano surgiu deste modo como uma obra sempre incompleta, em que as soluções, os princípios e as regras, posto que nunca definitivos, se iam afirmando, num permanente diálogo com a realidade material.

Remontando à classificação aristotélica que contrapunha a tópica à axiomática pretenderam certos autores reconduzir o método dos juristas romanos à primeira daquelas categorias. Assim, a axiomática tende a assentar a mecânica do pensamento num sistema fechado de normas e conceitos, encadeados entre si numa relação coerente de género e espécie, de onde as soluções são extraídas dedutivamente, através de raciocínios de pura lógica, formal. Ao invés, a *“tópica”* parte, não de um sistema

---

<sup>74</sup> Justo, António Santos. *“Jornadas Romanísticas”*, Colloquia II, Stvdia ivridica 70, Coimbra Editora, 2003, p.

<sup>75</sup> Engisch, Karl. *“Introdução ao pensamento jurídico”*, 8.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 12.



acabado de normas, mas da própria situação em concreto, na intenção de nesta encontrar as premissas, ou "conceitos guias" ("*topói*") que permitam chegar à solução - por outras palavras, a tópica consistiria na arte do, pela análise dos "*casos*", atingir aquelas "*directrizes gerais*".

A esta corrente, que procura assimilar o método dos juristas romanos à "*tópica*", costuma opor-se a ideia de que, em Roma, o objectivo principal era a solução do caso concreto, não constituindo a descoberta dos "*topói*" mais do que um mero efeito secundário. E bem se compreende que assim fosse: ao realismo e sentido prático dos Romanos, mais do que a preocupação teórica da busca de "*conceitos guias*" ou "*directrizes gerais*", interessava sobretudo a dilucidação dos problemas decorrentes da vida social. Segundo este ponto de vista, o pensamento jurídico romano seria, assim, jurisprudencial - quer dizer, caracterizado por se orientar a partir do caso concreto -, mas não tópico.

Contudo, este entendimento não é consensual, havendo quem sustente ter existido um pensamento tópico romano.<sup>76</sup>

Será no exame de uma obra de Vico, a qual se refere como interesantíssima "*dissertatio*" que THEODOR VIEHUNG irá considerar, não só quanto "*a los scientiarum instrumenta*", es decir, a los métodos científicos, calificando al antiguo como retórico (tópico) y al nuevo como crítico. El primero es una herencia de la Antigüedad transmitida sobre todo por Cicerón. El segundo es lo que usualmente se denomina cartesianismo (...) El método antiguo (tópica) tiene, en cambio, el siguiente aspecto: el punto de partida lo forma el *sensus communis* (sentido común, common sense), que manipula con lo verosímil (verisimilia), intercambia puntos de vista de acuerdo con los cánones de la tópica retórica y trabaja principalmente con un tejido de silogismos."<sup>77</sup> Contudo, para CANARIS "... a tópica tem, de facto, essencialmente mais a oferecer ao legislador – e, por consequência a uma disciplina como uma politologia normativamente entendida – do que ao juiz".<sup>78</sup>

E concretizando o seu pensamento, este citado autor, adianta que "*El ius civile tiene claramente como objetivo principal una de estas colecciones. Las proposiciones directivas, que se emplean como tópicos, constituyen como los frutos de todo el esfuerzo. Resaltan más en unas épocas dei derecho romano y menos en otras. En ias*

---

<sup>76</sup> Viehung, Theodor. "*Tópica y Jurisprudência*", Taurus Ediciones SA, 1986.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>78</sup> Canaris, Claus-Wilhelm. "*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*", 3.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 262.

*épocas de mayor acentuación aparecen catálogos de tópicos bajo la forma de las colecciones de regulae, que fueron usadas por los eruditos bizantinos, aunque, según la doctrina dominante, habían existido también con anterioridad (regulae veterum). Este fenómeno fue denominado jurisprudencia regular' y de él procede la tantas veces citada regula catoniana. La jurisprudencia clásica romana limitó las viejas regias recibidas".*

79

Para concluir que “*todo este fenómeno se comprende muy bien contemplándolo desde el ángulo de la tópica*”.<sup>80</sup>

Ora o método dos juristas romanos não impede que em certos e determinados sectores eles tenham chegado à formulação de regras (*regulae*) e à definição abstracta de determinadas figuras (*definitiones*). Só que, nem por isso o seu pensamento deixou de se guiar por critérios de lógica material, na solução dos "*casos*".

Com efeito, não só as “*regulae*” mais não eram do que a expressão de uma jurisprudência constante e a consagração, em abstracto, da solução que para determinados tipos de problemas constituía ponto assente mas também não vinculavam em absoluto o jurista. A prática demonstra que este, sempre que o conteúdo da norma fosse desajustado à situação material, proferia solução diversa.

Por outro lado, igualmente as “*definitiones*” encontravam a sua raiz na jurisprudência, em ordem a uma mais perfeita conformidade com a realidade material. Era perante os casos concretos da vida que as “*definitiones*” permanentemente aferiam a sua operacionalidade, numa tarefa de incessante reajustamento. E desta dificuldade do abarcar numa formulação abstracta a totalidade das notas caracterizadoras de determinada figura jurídica, bem como da inevitável fluidez de contornos que para aquela resultava tiveram os romanos consciência ao consagrarem a célebre máxima, de que “*toda a definição em direito civil é perigosa*” (“*omnis definitio in iure civili periculosa est*”).<sup>81</sup>

Decorre do exposto que, mesmo nos casos em que chegou à elaboração de regras e conceitos abstractos, o direito romano não perdeu o seu carácter jurisprudencial.

---

<sup>79</sup> Ibidem, p. 84

<sup>80</sup> Idem: - “*Paulo indica cómo, a su juicio, deben ser entendidas estas regias: “non ex regula ius summatum, sed ex iure, quod est, regula f iat” (Dig. 50, 17, 1). Sus contemporáneos y los autores posteriores fueron, por lo general, muy aficionados a estas regias. Entre los anteriores es digno de cita, como coleccionista de regias, Gaio, tan interesante por otra parte desde el punto de vista didáctico*”.

<sup>81</sup> Digesto., 50, 17, 202. Esta máxima atribuída a Javoleno, jurisconsulto do tempo de Trajano. Deve considerar-se, na sua época, como o chefe da escola sabiniana, numa altura, porém, em que começam a esbater-se as diferenças relativamente à escola proculeiana. Javoleno teve como discípulo Sálvio Juliano, jurisconsulto encarregado por Adriano de proceder à revisão definitiva do “*Edito perpétuo*”.

Ainda aqui as soluções se impunham, não por decorrerem dedutivamente de uma norma vinculativa, mas pelo facto de melhor corresponderem à justiça da situação em análise.

Não se pense com isto que os juristas romanos se perderam num casuísmo caótico, em que os problemas eram tratados individualmente sem qualquer perspectiva de conjunto. Na verdade, embora estivesse ausente toda e qualquer ideia de sistema fechado, intercedia, por dentro do complexo de soluções concretas, uma relação de coerência que constituía, por assim dizer, o fio condutor da actividade jurisprudencial.

Esta harmonia interna (*sistema interno aberto*), porém, não resultava duma procura intencional ou de qualquer imposição, mas das próprias condições que rodeavam a criação do direito. Se para tal facto terá contribuído o alto grau de mestria dos juristas romanos, que através duma aperfeiçoada técnica torneavam as dificuldades evitando possíveis incongruências, a razão fundamental da unidade da jurisprudência romana, parece-nos dever ser encontrada numa outra ordem de factores.

Com efeito, a sociedade romana constituía uma colectividade integrada, no sentido de que todos os seus membros participavam de uma única tábua de valores, que, por vezes, funcionava como o "*filtro*" mediante o qual as situações da vida eram ponderadas. Daí que a jurisprudência surgisse como concretização, para todos e cada um dos casos controvertidos, de conteúdo específico dos valores da comunidade, sendo votada aos juristas a tarefa dos seus intérpretes. Mostra-se expressiva, por isso, a conhecida afirmação de que o direito foi a "*poesia*" do povo romano no duplo sentido da sua criação mais espontânea e, sobretudo da correspondência ao sentimento da colectividade a que estava destinado; este último traduzido na interpretação que dele faziam os juristas, com a enorme autoridade que, de direito ou de facto, se lhes reconhecia.<sup>82</sup>

Contrariamente ao que hoje se afirma a respeito de uma certa dificuldade de conciliar as exigências da justiça e da segurança, em Roma, dava-se, pois, uma perfeita harmonia entre esses dois valores. Por um lado, o carácter jurisprudencial do direito garantia a sua adequação à multiplicidade de situações da vida - justiça material. Por outro lado, como concretização de um núcleo axiológico comum a toda a comunidade, proporcionando a previsibilidade das soluções, prosseguia o valor da segurança.

---

<sup>82</sup> A partir de Augusto, foi concedido aos juristas mais destacados o direito de responder com a autoridade do príncipe ("*ius respondendi ex auctoritate principis*"). Porém, mesmo antes da atribuição deste privilégio, a interpretação dos juristas encontrava uma força vinculativa de facto, que assentava na respeitabilidade ou autoridade ("*auctoritas*") social de que os mesmos gozavam.

O característico modo de discurso jurídico romano que descrevemos verificou-se nas épocas arcaica, pré-clássica e clássica, tendo atingido o apogeu nesta última. E nem se pretenda que a influência da cultura grega durante a fase pré-clássica, com todas as suas preocupações teóricas e especulativas, mudou o cariz que temos vindo a assinalar à jurisprudência romana. Bem pelo contrário, atribuiu, com a sua dialéctica, ao casuismo do direito romano, um processo intelectual extremamente valioso. É que, traduzindo-se a dialéctica platónica (na sua vertente socrática) pela procura da "verdade", através de um método marcadamente indutivo que vai do geral ao particular e do particular ao geral, do concreto ao abstracto e do abstracto ao concreto, na tentativa de uma sempre maior correspondência entre os elementos da realidade material, ela apresenta-se como o instrumento privilegiado da solução dos "casos", assim como da respectiva fundamentação.

Por outro lado, a retórica, igualmente introduzida em Roma mercê da influência grega, como arte da palavra que sensibiliza e convence, inspirada por uma lógica formal, nunca veio a ter relevância no mundo dos jurisconsultos, sendo relegada para os políticos e oradores. Apenas se utilizava a nível do processo pelos advogados - que mais não eram do que oradores -, não interferindo, portanto, na criação do direito. No âmbito do direito romano apresentava-se nítida a distinção entre o jurisconsulto e o advogado. Por exemplo Cícero foi advogado e não propriamente jurisconsulto.

Finalmente, também não alcançaram qualquer influência relevante às tendências que, levando a dialéctica às últimas consequências, reduziam o direito a um sistema fechado de conceitos. Conhecemos, de resto, os principais tipos de obras da literatura jurídica romana. Entre estas ocupam posição de relevo as obras de carácter elementar e didáctico, bem como as de casuística. E as exposições sistemáticas abrangiam aspectos limitados e não operavam numa ampla estruturação de grandes áreas jurídicas. Assim, os referidos comentários sobre direito civil e direito pretório de forma alguma representavam uma construção sistemática acabada desses sectores jurídicos, mas tão-só a reunião de matérias aproximadas, portanto, ainda em obediência a um método ou estilo de pensamento casuístico que opera por associação.

Foi só nas obras e no ensino dos juristas pós-clássicos que a aplicação do método dialéctico ao direito se desenvolveu. Nem mesmo estes, porém, chegaram à construção de um verdadeiro corpo jurídico fechado, em que as regras e os conceitos encontravam um valor sistemático invariável. Mais rigorosamente se poderá talvez dizer que apenas o prepararam.

É verdade, como nos dá conta KARL LARENZ que “no procedimento de um discurso vinculado ao caso ... são considerados relevantes os diversos pontos de vista (topoi) que se mostrem aptos a servir de argumentos pró ou contra a solução ponderada. De entre eles, o argumento sobre as consequências (o que é que ocorreria se fosse adoptada esta ou aquela solução) desempenha um papel de particular importância”.<sup>83</sup>

Naturalmente que se suscitam questões, nomeadamente, que o juiz tem que alcançar uma decisão, logo como pode ou deve dar por concluído o diálogo (forçosamente consigo mesmo).

No entanto não se pode deixar de ter presente, conforme o autor ora citado e no lugar referido enfatiza, que “a passagem de uma jurisprudência da valoração, a crítica ao modelo da subsunção e, por último, a preponderância da justiça do caso, bem como do procedimento “argumentativo”, levaram a uma nova discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito”.

É que o direito não é o alfa e omega da existência, melhor, a lei e o regulamento esgotam a sua experiência mítica, e não devem ser venerados com fervor até ao absurdo. Deve é conhecer-se o sentido profundo do justo, acolhendo-se diferentes versões e interpretações, mesmo do que se julgava uno.

O juízo decisório não poderá ter uma solução metodológico-hermenêutica que se realizaria mediante a interpretação da lei seguida de uma sua também aproblemática (porque lógico-subsuntiva e portanto logicamente necessária) aplicação, já que, considera-se que a concreta aplicação jurídica não é uma operação que actue em termos puramente lógico-dedutivos, pois tem verdadeiramente uma índole prático-valoradora de constitutiva concretização normativa.<sup>84</sup>

Observa-se que há dois enfoques em questão: a “solução” a dar e o “prévio questionamento”. As duas abordagens estão relacionadas, no entanto as consequências são diferentes. No primeiro caso temos um enfoque dogmático, no segundo uma abordagem zetética. Ambos os prismas não se excluem, mas a sua diferença é importante.

O enfoque dogmático tem o escopo de opinar. Já o prisma zetético decompõe as opiniões colocando-as em dúvida. Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma

---

<sup>83</sup> Larenz, Karl. “Metodologia da Ciência do Direito”, 3.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pág. 170.

<sup>84</sup> Neves, A. Castanheira in “O Princípio da Legalidade Criminal – o seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, Coimbra, 1988, p. 97.

coisa, ou seja, o ser. Por outro lado, a dogmática preocupa-se em direccionar uma decisão e nortear uma conduta, ou seja, o dever-ser.

A investigação zetética é "*aberta*", porque as suas premissas são mais flexíveis. Já a dogmática é "*fechada*", pois está presa a conceitos fixados, obrigando-se a uma interpretação capaz de conformar os problemas às premissas. Hoje o aplicador do Direito, ao utilizar a zetética jurídica, fá-lo também com auxílio de outras ciências, por exemplo, a psicologia do testemunho ou a medicina. Terei presente Sello, reportando-me a 1908: - (*Die Han-Prozesse und Ihre Lehren*), "*o juiz, o promotor ... que considere suficientes os empíricos conhecimentos psicológicos diários, faria melhor se abandonasse o seu trabalho*".

É possível distinguir três momentos no processo de decisão: a produção da prova (*que visa reconstituir os factos na sala de audiência*); a análise crítica dos meios de prova (*que visa extrair a verdade, do confronto e até da contradição da prova produzida*); a formação da convicção (*que só se pode alicerçar na prova produzida, traduzindo-se no entanto na "leitura" dessa prova à luz da lógica, das vivências pessoais e das regras da experiência comum*).

A decisão do Tribunal há-de ser sempre uma "*convicção pessoal – até porque nela desempenham um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (v.g. a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais*".<sup>85</sup>

A propósito deste princípio e porque ele é indissociável da oralidade com que decorre o julgamento, ensinava a doutrina que "*a oralidade, entendida como imediação de relações (contacto directo) entre o juiz que há-de julgar e os elementos de que tem de extrair a sua convicção (pessoas, coisas, lugares), é condição indispensável para a actuação do princípio da livre convicção do juiz, em oposição ao sistema de prova legal*". E concluía, citando Chiovenda, que "*ao juiz que haja de julgar segundo o princípio da livre convicção é tão indispensável a oralidade, como o ar é necessário para respirar*".<sup>86</sup>

Hoje, é indicado um limite à discricionariedade do julgador: as regras da experiência comum e da lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica.

Em conclusão os práticos romanos encontravam-se mais próximos da realidade e do justo que hodiernamente. Compreenderam que o direito não é só um conjunto de

---

<sup>85</sup> Dias, Figueiredo. "*Direito Processual Penal*", vol. I, ed.1974, pag. 204.

<sup>86</sup> Reis, Alberto dos. "*Código do Processo Civil Anotado*", vol. IV, pags. 566 e ss.

regras racionalmente deliberadas, racionalmente interpretadas e racionalmente classificadas. O argumento, a controvérsia, o sentimento e o irracional ocupam nele e na história da civilização um lugar único.

Como adianta FERREIRA DA CUNHA “... a justiça romana era mais virada para a prudência, o equilíbrio entre a abstracção e a aplicação. Importava aos romanos ouvir as partes ... preocupava-se principalmente com a solução jurídica, deixando o pretor ao judex (que não era um jurista) a aplicação, a execução e a prova...”.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Cunha, Paulo Ferreira da. “Introdução à Teoria do Direito”, Resjuridica, s/d, p. 104.



## PARTE II

# A MAGISTRATURA DE ROMA

## II. CARACTERIZAÇÃO ESPECIAL

### II.1. A magistratura romana

“O *“principium sapientiae”* para aceder ao conhecimento do Direito reside em não ficar prisioneiro dos dogmas do tempo”.<sup>88</sup>

No período da realeza, em Roma, tudo se concentrava nas mãos do rei, chefe supremo e vitalício, o único depositário da “*potestas publica*”, reunindo por força de seu “*imperium*”, além dos poderes militares e religiosos, poderes civis, legitimando-o a julgar em primeira e última instância. Esse facto explica a razão de a estrutura jurídica do mais antigo sistema processual romano o da “*legis actiones*” ser por demais formalista. A casta de sacerdotes, auxiliando o rei, ditava o comportamento dos cidadãos. Deprendendo-se daí, que nesta conjuntura havia um íntimo relacionamento entre direito (*ius*) e religião (*fas*).

Na República, primeiro, a magistratura foi posta nas mãos de dois cônsules, que apesar de não terem funções religiosas, eram magistrados “*cum imperio*” e como chefes

---

<sup>88</sup> Cunha, Paulo Ferreira Da. “*Anagnose Jurídica*”, Releitura de três brocardos de Ulpianus e de outros textos clássicos, Separata da Revista «O Direito» ano 126.º, 1994, 1-172.



militares, dava-se-lhes por vezes o nome de “*praetores*” (de “*prae ire*”, ir à frente, comandar) e como chefes a exerciam alternadamente: um num mês e, o outro, no mês seguinte, numa espécie de “*magistratura rotativa*”. Mas a partir de 367 a.C., os cônsules limitaram-se a exercer a jurisdição graciosa, passando a jurisdição contenciosa a ser exercida pelo pretor; e as questões de venda de animais e escravos eram julgadas pelos “*edis curuis*”.

No início, a jurisdição do pretor estendia-se a todos os territórios submetidos a Roma.

Posteriormente, em certas “*civitates*”, os magistrados locais (*duumviri iure dicundo*) passaram a exercê-la; e em determinadas regiões da Itália o pretor delegava poderes aos “*praefecti iure dicundo*”.

A grande afluência de estrangeiros a Roma levou à criação do pretor peregrino, incumbido de julgar os litígios entre cidadãos estrangeiros ou entre estes e os romanos. Com o aparecimento das províncias (territórios conquistados fora da Itália), quem nelas exercia a jurisdição eram os governadores e seus questores, que aí desempenhavam as mesmas funções que, em Roma, eram atribuídas aos “*edis curuis*”.

No Principado, o “*princeps*” o primeiro entre os cidadãos, concedeu a cidadania romana a todos os habitantes da Itália, no século I a.e.c. (aC.), desapareceram os “*praefecti iure dicundo*”. Assim, quanto aos litígios de menor importância ocorridos na Itália, processavam-se eles diante dos magistrados municipais; quanto aos de maior importância, a jurisdição era do pretor, devendo, em consequência, as partes deslocarem-se para Roma. Mas, no tempo dos imperadores Marco Aurélio e Lúcio Vero, surgiram, na Itália, os “*iuridici*”, magistrados com jurisdição civil em determinadas circunscrições.

Ainda no *Principado*, em relação às províncias, é preciso distinguir: as senatoriais, cuja jurisdição era exercida por um “*legatus*” (*legado*) que actuava como mandatário do governador (o *procônsul*), e por um questor que tinha a mesma função dos “*edis curuis*” em Roma; e as imperiais, cuja jurisdição era delegada pelo Imperador nos “*legati iuridici*”, ou nos próprios governadores delas (*os propretores*), que a exerciam com a assistência dos assessores.

Conforme tem sido salientado pela doutrina, designadamente por PAULO MÊREA “*o príncipe não renunciara à sua qualidade de fonte de toda a jurisdição, introduziu-se a prática de impetrar dele a revisão das decisões dos prefeitos, sendo este recurso encarado como súplica e a anuência do imperador como uma mercê. No caso*

*da súplica ser atendida, a sausa era de novo examinada no tribunal do “prefeito”, devendo intervir no julgamento o “quaestor sacri palatti” se o “perfeito” ainda era o mesmo, que sentenciara da primeira vez”.*<sup>89</sup>

O facto de o príncipe não renunciar à sua qualidade de fonte de toda a jurisdição, leva CASTRO MENDES a sustentar que “*os magistrados continuam a desempenhar as funções que já possuíam na época anterior, simplesmente, deixam de ter qualquer autonomia na vontade que exprimem. Subordinados ao veto imperial – o mesmo é dizer, seguindo só a linha de conduta que lhes é traçada pelo próprio príncipe*”.<sup>90</sup>

No Dominato, o imperador não se encontra sujeito às leis (“*legibus obnoxius*”), mas desligado delas (“*legibus solutus*”) é, por assim dizer, seu senhor. Ao mesmo tempo, ele é o supremo juiz do império e é ele quem nomeia os magistrados...”.<sup>91</sup>

Com o processo extraordinário, a justiça passa a ser da competência dos juízes, como funcionários do Estado.

Surge, nesse período, a hierarquização dos juízes, classificando-os em inferiores, que julgavam, normalmente, em primeira instância e se denominavam “*iudices ordinari*”, e eram em Roma e Constantinopla, o “*praefectus urbi*” (que substituiu o pretor urbano, nessas funções, a partir do século II d.C.), nas províncias, os litígios mais importantes processavam-se diante do governador (*praeses, rector*), ou dos “*iudices pedanei*”, por ordem do governador; os litígios menos importantes (os de valor inferior, a princípio, a 50 solidi - moedas de ouro - e depois, a 300) desenrolavam-se diante de funcionários municipais, os “*duumviri iure dicundo*”, e nos fins do dominato, o defensor “*civitatis*”. E em superiores, em cujo cimo da escala hierárquica se encontravam os Imperadores do Oriente e Ocidente; abaixo deles, os “*praefecti praetorio*”, que representavam os imperadores (razão porque as suas decisões eram inapeláveis para aqueles), como as do próprio imperador; e mais abaixo, os “*uicarii*”, de cujas decisões se podia recorrer para o imperador, “*dominus*”, “*sacratissimus dominus*”, até mesmo “*dominus et deus*”.

Ainda no Dominato, Constantino reconheceu que os bispos tinham jurisdição quando um dos litigantes, durante o processo, pedisse a suspensão deste, a fim de que passasse a correr diante de um bispo, cuja sentença, nesse caso, teria força executória. Mas essa jurisdição foi revogada nos fins do século IV, ou durante o século V e.c. (dC.).

---

<sup>89</sup> Mêrea, Paulo. “*Estudos de História do Direito*”, I, Direito Português, INCM, Lisboa 2007, pág. 277.

<sup>90</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 321.

<sup>91</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 422.

Roma não conheceu o princípio da separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Por isso, os magistrados judiciários romanos, além da função de distribuir justiça, desempenhavam também atribuições administrativas, e, muitas vezes, militares.

Todo o magistrado judiciário estava investido do poder denominado “*iurisdictio*” (jurisdição), que se irá ver mais desenvolvidamente, e que, segundo o Digesto, se dividia em “*uoluntaria*” (graciosa) para a realização de negócio jurídico, querido pelas partes, por meio de um processo fictício; “*contentiosa*” (contenciosa) para a solução de litígios através do emprego das seguintes palavras: - “*do*” (*termo usado pelo magistrado para ratificar a escolha pelas partes do juiz popular que irá julgar a lide*); - “*dico*” (*palavra empregada pelo magistrado quando atribui a um dos litigantes a posse provisória da coisa litigiosa*); e “*ddico*” (*vocábulo utilizado pelo magistrado para adjudicar ao autor a coisa litigiosa ou mesmo o próprio réu, quanto este não se defende convenientemente*).

Além disso, em certos casos, o magistrado poderia “*denegare iurisdictionem*”, isto é, recusar aos litigantes o direito de iniciar um processo diante dele.

A “*iurisdictio contentiosa*” não se exercia livremente pelo magistrado. Ao contrário, ela era limitada pela competência que pode ser conceituada como a faculdade de exercer a jurisdição num caso determinado. Esta competência dividia-se em dois tipos. A competência dos magistrados, que era determinada em função de vários factores: território, natureza e valor das causas, condição das pessoas, grau hierárquico de jurisdição e a competência do foro (lugar onde a ação deve ser intentada) que, em regra, era determinada pelo domicílio do réu (*actor sequitor forum rei* = o autor segue o foro do réu), mas esse princípio comportava algumas excepções.

**II.II. Dos pontífices da “*interpretatio iuris*” à Laicização da “*iurisprudentia*”: - os autores do percurso.**

*“Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”*<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Ulpiano, “Digesto” 1,3, citado por Kaufmann e Outro, A. “Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 73. E Etienne, L. “Institutes de Justinien”, Tome Premier, Deuxième Tirage, AIX, 1847, pág. 54.

Nos tempos primitivos a jurisprudência romana era monopolizada pelos pontífices e foi sendo quebrada por um movimento gradual de laicização da doutrina romana, derivado da pressão de duas tendências, por razões diferentes: - a republicana e a plebeia. Ou seja desde o início e até ao século IV a.e.c. (aC.) só os pontífices é que podiam ser prudentes.

Antes de avançarmos torna-se imprescindível precisar o conceito de jurisprudência, uma vez que ele é basilar para a compreensão do que a seguir se dirá.

Hoje, mantendo-se válida a concepção de CASTRO MENDES, a jurisprudência é entendida como “o conjunto das decisões dos tribunais ou, talvez melhor, o conjunto de orientações gerais que, em matéria de interpretação das leis, ressalta das decisões dos tribunais”. É aquilo que os antigos chamavam “*auctoritas rerum perpetue similiter iudicaturum*”<sup>93</sup>

Para os romanos, a jurisprudência era a actividade dos juristas voltada para a interpretação das normas de Direito e constituía uma fonte de Direito. Os juristas desenvolviam e adaptavam o Direito existente às necessidades sociais, que continuamente se transformavam, criando novo direito.

Aliás, o autor citado acaba por reconhecer que “*verifica-se aqui um fenómeno terminológico curioso: “iurisprudencia”, para os romanos, era a actual doutrina, isto é, não era a actividade dos tribunais, mas a dos jurisconsultos particulares*”.<sup>94</sup>

Recuperemos o monopólio para o apreender como corolário do rigoroso formalismo que caracterizava o direito arcaico e que consistia em deterem os pontífices o conhecimento, não só dos dias em que era permitido comparecer a juízo (“*dies fasti*”, em contraposição aos “*dies nefasti*”, em que era isso proibido), sendo eles que elaboravam o calendário judicial, como também das fórmulas com que se celebravam os contratos ou com que se intentavam as acções judiciais. Essas formas eram guardadas “*in arcanis pontificum*” nos arquivos dos pontífices.

Dessa época longínqua e de alguma penúmbra, o único nome que nos resta é o de Papírio, a quem a tradição atribui a compilação das leis régias.

O monopólio dos pontífices na interpretação e aplicação do direito prolongou-se até ao final do século IV a.C., uma vez que quem quisesse utilizar as fórmulas tinha de os consultar. Ora isto passava-se assim porque, conforme MÁRIO BRETONI, “os

---

<sup>93</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 161.

<sup>94</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 162.

*pontífices não agem como homens dotados de um poder carismático, como magos, adivinhos ou profetas, são mais peritos e técnicos*".<sup>95</sup>

A situação veio a alterar-se. Primeiramente, com a publicação da Lei das XII tábuas, veio a quebrar-se o exclusivo do conhecimento do direito privado romano, que deixa de ser totalmente "*ius non scriptum*" para passar a ser "*ius scriptum*" e segundo a tradição, com verdadeiro "ataque" contra esse exclusivismo pouco antes de 300 a.e.c. (aC.) quando Cnaeus Flavius, escriba de Appius Claudius Caecus (censor no ano 312), publicou os formulários processuais das acções coleccionados por este: essa obra é conhecida como "*ius civile Flavianum*". Para além deste, SEBASTIÃO CRUZ vê um terceiro factor "*o ensino público do direito, em meados do séc. III a.C. de Tibério Coruncâneo*".<sup>96</sup>

Além disso, sabe-se do papel político e ambicioso de Ápio Cláudio insinuando-se junto do povo a fim de ascender ao poder supremo, pelo que não causa admiração se tivesse ajudado à publicação pelo seu escriba, para além do relato tradicional que atribui a Appius Claudius Caecus outro escrito do qual só conhecemos o título: "*O liber de usurpationibus*", que talvez fosse apenas uma colecção de formulários negociais de uso frequente.

A literatura jurídica romana começou, pois, com simples colecções de formulários jurídicos adaptados aos actos jurídicos, tanto processuais como negociais.

É costume dizer-se que Appius Claudius Caecus não fez parte do collegio de pontífices, o que não é completamente seguro, uma vez que Pomponio (D. 1.2.2.36) refere acerca dele que «*maximam scientiam habuit*», o que não parece fácil de explicar num momento histórico tão antigo se se excluir que tenha pertencido ao collegio de pontífices, pelo menos durante algum tempo. Em relação ao "*liber de usurpationibus*", além de que é inverosímil que versava sobre a interrupção da usucapião, deve descartar-se também tanto a hipótese hoje em boa medida superada dos que negam o carácter histórico da obra, como a conjectura, cada vez mais generalizada, que tende a identificá-lo com o *ius Flavianum*, ainda que esta seja muito mais razoável, possivelmente tratava-se, como se indicou, de uma colecção de formulários negociais.

Por outro lado, deve ter-se em conta que ainda quando de forma mais ou menos mecânica se dizia e a isso dá origem o próprio Pompónio, pela forma como narra a

---

<sup>95</sup> Bretonne, Mário. "*História do Direito Romano*", Editorial Estampa, 1998, pág.88.

<sup>96</sup> Sebastião Cruz, "*Direito Romano (Ius Romanum), I, Introdução. Fontes*", 4.ª ed., rev. e act., Coimbra, 1984, pág 290.

tradição que com o “*ius Flavianum*” começa a “*secularização*” ou “*laicização*” da Jurisprudência romana, a realidade é que uma publicação desse tipo (*os simples formularios das actiones e o calendario pontifical dos dies fasti*) afectava muito pouco a actividade jurisprudencial de interpretação e de conhecimento da técnica do raciocínio jurídico, que se mantinha algo exclusivo dos pontífices.

Em rigor, deve reconhecer-se sem reservas a importância do “*ius Flavianum*” radicava na publicação dos formulários processuais, o que acrescentava a certeza do direito, de tal forma como não sucedia desde a Lei das XII Tábuas. Em contrapartida, maior importância tem nessa linha de secularização, a inovação, a que agora se aludirá, e que o relato tradicional atribui a Tibério Coruncânio.

Alguns decénios mais tarde, em meados do século III a.e.c. (aC.), Tibério Coruncânio, o primeiro plebeu que alcançou o pontificado máximo, por virtude da Lei Ogúlnia de 300 a.e.c. (aC.) deu pela primeira vez respostas públicas sobre as questões jurídicas que lhe eram colocadas, explicando oralmente o fundamento das mesmas. A explicação não importava somente aos que solicitavam o seu parecer, a quem realmente se destinava era aos que o acompanhavam, desejosos de conhecer a matéria e o método jurídicos, tendo aqui a sua origem o conhecimento do direito à margem do colégio pontifical.

Assim, ainda que as notícias de que dispomos sejam muito escasas, os últimos anos do século IV a.e.c. (aC.) e a primeira metade do III a.e.c. (aC.) marcam o momento crucial em que o conhecimento jurídico começa a deixar de ser algo exclusivo e secreto do colégio de pontífices, abrindo-se o processo gradual de secularização da Jurisprudência.

Atento o seu contributo, Tibério Coruncânio foi recompensado pelo povo com o consulado. Também Cnaeus Flavius, conforme CASTRO MENDES, adquiriu “*tal popularidade que teve logo acesso ás magistraturas do “cursus honorum”, tendo chegado a “edil curul”*”.<sup>97</sup>

A literatura jurídica propriamente dita começa, segundo os escasos dados que nos chegaram, com Sextus Aelius Paetus Catus, a quem se atribui uma obra da qual os autores não conhecem nenhum fragmento, intitulada “*Tripertita*” (também conhecida como “*ius Aelianum*”), escrita no decurso do ano 200 a.e.c. (aC.), que reunia um texto das XII Tabuas, a “*interpretatio*” posterior (incluindo também, presumivelmente, os

---

<sup>97</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 280.

formulários negociais) e o formulário das “*legis actiones*” (incluindo a da “*condictio*”, que havia sido criada pela “*Lex Silia de condictione*”).

Depois sabem-se os nomes de alguns outros juristas cuja obra se desconhece quase por completo, até que, na segunda metade do século II a.e.c. (a.C.) aparecem em cena os três juristas que, na expressão de Pomponio (D. 1.2.2.39), “*fundaram o direito civil*”: - Manio Manilio, Marco Júnio Bruto e Públio Múcio Escévola, de cujos escritos há um conhecimento muito reduzido.

Ainda que o qualificativo de “*fundadores*” tenha dado lugar a diversas interpretações, deve entender-se no sentido de que foram os primeiros a tratar o direito de forma “científica”. Com eles começa propriamente o período clássico da Jurisprudência romana, que alcança até ao primeiro terço do século III e.c. (d.C.) e que constitui modelo para toda a história da ciência jurídica.

O último século da República foi marcado no âmbito jurisprudencial por três grandes juristas: Quinto Múcio Ecaevola “*o pontífice*” (último jurista que foi pontífice máximo), o seu discípulo Aquílio Galo, e Servius Sulpicius Rufus. Todos eles estão à altura dos grandes juristas do Principado, pelo que cabe qualifica-los como “*clássicos*”.

Quinto Múcio Ecaevola e Servio tiveram muitos discípulos (*auditores*), e com eles começou, em particular com Servio, o ensino “organizado” do direito. Além disso, a Jurisprudência desse século, e também a do anterior, baseando-se na sua “*auctoritas*” pessoal, foi muito criadora no seu labor de interpretação.

A Quinto Múcio Ecaevola (cônsulo em 95 a.e.c. (a.C.), membro de uma importante família de juristas, deve-se sobretudo uma extensa exposição ordenada (segundo a afinidade das matérias) de “*Iuris Civilis Libri Duodeviginti*”, em 18 livros; essa obra foi comentada por juristas do Principado e graças a eles pode conhecer-se, embora de forma extremamente fragmentada. A ordem das matérias na exposição muciana era: direito sucessório, direitos pessoais, direitos reais e direito das obrigações; a esta se contrapõe a ordem de Sabino, discípulo seu foi Aquílio Galo (pretor em 66 a.e.c. (a.C.), amigo pessoal de Cícero, quando desempenhou a pretura introduziu no Édicto as fórmulas *de dolo* (da *actio* e da *exceptio*) e a ele se deve também a chamada “*stipulatio Aquiliana*”.

A propósito de muciana, mas não só, e numa incursão colateral para relembrar que a propósito da dicotomia proculianos e sabinianos, na esteira de Castro Mendes, dizemos que há “...*diversas hipóteses para a oposição entre ambas, como a teoria de Arnò, a teoria política, a teoria metodológica-jurídica, a teoria filosófica ou a teoria*

*da rivalidade entre dois estabelecimentos de ensino*”. Ora a teoria de Arnó sustentava precisamente que a escola proculiana não é mais do que a continuação da muciana, e a sabiniana uma continuação da serviana.

Mas o mais importante dos juristas republicanos talvez seja Servius Sulpicius Rufus (cônsulo em 151 (a.e.c. (aC.)). Há quem o queira considerar como precursor da escola proculiana, também amigo de Cícero - com quem compartilhou formação retórica de jovem— e a quem este dirige abundantes elogios. Era um homem respeitado, tranquilo e tímido, que se manteve neutral na disputa entre Pompeu e César; após a morte, foi-lhe dedicada uma estátua de bronze que ainda podia contemplar-se no fórum Augusto, dois séculos depois.

As suas obras também são conhecidas de forma muito fragmentada, ainda que em medida algo maior que as de outros juristas republicanos; de entre elas cabe recordar um breve comentário ao Edicto pretorio (talvez tenha sido o primeiro escrito por um jurista: (*Pomponio, D. 1.2.2.44*), um livro sobre os dotes, e umas notas a Quinto Mucio nas quais discorda de algumas opiniões deste. Servius Sulpicius Rufus, naturalmente foi o fundador de uma escola oposta à muciana, a escola serviana teve uma grande quantidade de discípulos (*Pomponio, D. 1.2.2.44*) entre os quais Pacuvio (ou Paconio) Labeón, pai de um grande jurista da época “*augustiana*”, mas os seus dois discípulos mais notáveis foram Alfenio Varo, autor de uma vasta obra de “*digesta*”, e Aulo Ofílio, que escreveu o primeiro comentário extenso ao Edicto pretório.

Aos últimos anos republicanos pertencem também Aulo Cascelio, criador do chamado “*iudicium Cascellianum*” na tramitação “*ex interdicto*” dos *interdictos prohibitorios*, e Trebacio Testa, amigo de Cícero que lhe dedicou a “*Topica*”, assessor de César e depois de Augusto.

Acresce que os juristas republicanos pertenciam quase todos à nobreza senatorial; entre as famílias nobres considerava-se uma honra contar entre os seus membros juristas, e algumas delas tiveram uma verdadeira tradição jurídica, como sucede no caso paradigmático dos Mucios. Só no momento final da República, que coincide também com uma aparente e transitoria “*crise*” na ciência jurídica, aparecem alguns juristas pertencentes à ordem equestre, como os já citados Aulo Ofílio o Trebacio Testa.

Face ao papel inicial de Cnaeus Flavius e de Tibério Coruncânio, em particular deste último, os pontífices começaram, daí em diante, a sofrer a concorrência dos jurisconsultos laicos, ficando a ciência do direito colocada ao alcance de todos.



Como primeiros jurisconsultos laicos, CASTRO MENDES, estribando-se em Pompônio (D.I.2.2.38), refere-se a “*Sexto Élio Peto Cato, Públio Élio Peto Cato, Públio Atílio ou Acílio (o primeiro que o povo honrou com o nome de sábio), Marco Pórcio Catão...Públio Múcio Cévola, etc. ...*”.<sup>98</sup>

A actividade do “*iurisprudentes*” era tríplice. Consistia no “*agere*” - a indicação das formas dos actos processuais feita tanto às partes como ao próprio magistrado, assistindo às partes no processo. “*Cavere*” - indicava a colaboração dos juristas na redação dos instrumentos jurídicos, como as “*cautiones*” e os testamentos, que devido ao formalismo do Antigo Direito, exigiam conhecimento especializado. E, finalmente o “*respondere*” - era a actividade que consistia em sentenças ou pareceres e soluções de questões (*responsa*), inclusive por escrito (*scribere*), a pedido dos particulares, dos magistrados e das pessoas investidas do poder de decidir controvérsias (*iudices*). Era a função mais importante dos *iurisprudentes*, já que nos “*responsa*” se concretizava a Ciência do Direito.

Em conclusão, tal como os verídicos dos pontífices, também mais tarde estes juristas laicos determinavam ou orientavam a administração da justiça.

A diferença mais profunda em relação ao período precedente foi o surgimento de pontos de vista contrastantes, todos sentidos como direito vigente, formando aquilo que se designava por “*ius quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*” ou seja “*ius controversum*”.

A laicização da jurisprudência determinou o surgimento das escolas jurídicas dos proculeanos e dos sabinianos.

### **III.1. Os sabinianos e os proculianos.**

No período denominado por época clássica, aproximadamente, em 27 a.e.c. (aC), os juriconsultos romanos criam uma clivagem originando o aparecimento de duas escolas, designadas por proculiana e sabiniana ou casiana.

A dicotomia sabinio-proculiana fora mais de verbalismo que de doutrina. Produzira uma divergência pormenorista, insubstancial, e colorida numa fluida subtileza inútil.

---

<sup>98</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 282-283.

Dizia, por exemplo, o sabiniano, que uma besta de carga era *res mancipi*, coisa de mancípio, desde o nascimento. Respondia o proculiano que só o era depois de amansada. Afirmava o sabiniano que a propriedade da coisa abandonada cessava no ato do abandono, “*re derelicta*”. O proculiano era de parecer que isto só acontecia na ocupação da coisa por alguém.

Doutrinava o sabiniano que a dação em pagamento, *datio in solutum*, extinguiu a obrigação *ipso iure*, por direito. Achava o proculiano que a eficácia extintiva era por força de exceção, *ope exceptionis*.

De uma maneira geral não há conhecimento de qual a base ou o fundamento das diferenças entre as duas escolas. Pelo que, CASTRO MENDES dá-nos conta de se aventarem diversas hipóteses para a oposição entre ambas, como a teoria de Arnò, a teoria política, a teoria metodológica-jurídica, a teoria filosófica ou a teoria da rivalidade entre dois estabelecimentos de ensino “*a adoptada...a oposição explica-se por espírito de emulação e de rivalidade, caracteres bem humanos e particularmente vincados no povo romano*”.<sup>99</sup>

As duas escolas não passaram de um partidarismo grupal, alimentado em simpatias pessoais, segundo o proselitismo das *stationes*, das estações ou pontos, desde os quais se ensinava publicamente o direito ou se dava consulta jurídica.

A divergência é historicamente assinalada como tendo avultado nos tempos de Labeão e Capitão, sob o regime de Augusto. São dois jurisconsultos igualmente famosos. Mas, se Caio Ateio Capitão é fundador da escola, o nome veio-lhe de Sabino. Se Marcos Antístio Labeão cria a outra, o batismo veio-lhe de Próculo.

Marcos Antístio era filho de Labeão, também jurisconsulto, partidário de Pompeu e de Bruto. Em 42 a.e.c (aC.), após a derrota de Filipos, o pai Labeão cavou na tenda uma cova e suicidou-se. O filho Labeão, fiel à severidade paterna, recusou o consulado que Augusto lhe oferecera. Vivia seis meses no campo, escrevendo, e seis meses na cidade, ensinando. Nascido em 50 a. C., morreu no ano 10 e.c. (dC), legando à jurisprudência uma obra de quatrocentos livros, que o tempo consumiu.

Horácio fez ao nome uma referência pejorativa: “*Labeone insanior inter sanos dicatur*” (*Sátiras*. I.3.82). Os comentadores do poeta endereçaram o golpe ao filho. Mas acontece que a sátira é do ano 36, quando Marcos tinha 14 anos. Cabe melhor ao pai, o que se matara, derrotado, na mesma batalha em que Horácio - também partidário de

---

<sup>99</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 379-383.

Bruto e seu tribuno militar - fugiu com muito pouca cerimónia, largando o escudo, confessa ele, desairosamente: “*et celerem fugam sensi, relictæ non pene parmula*”. (*Odes*, II.7).

Ateio Capitão era mais flexível, politicamente, do que o seu rival. Aceitou honrarias e o lugar de cônsul que o outro recusara. Morreu no ano 22 e.c. (dC).

O epónimo da escola, porém, foi Masúrio Sabino, que não ocupou altos cargos mas teve o “*ius respondendi*”, em tempos de Tibério.

Este “*ius respondendi*” fora instituído por Augusto, com aquela prudência digna de elogio, que também manifestou em outras sabedorias de seu governo, e consistia num poder, avalizado pelo imperador, de opinar em matéria jurídica. O legisperito emitia um parecer cuja sentença ia respaldada na autoridade do príncipe, “*ex auctoritate principis*”.

Masúrio Sabino deixou três livros sobre o direito civil, que vogaram bem, tempo fora, como provam os comentários “*ad Sabinum*” de Pompónio, Ulpiano e Paulo.

De que Próculo tenha sido influente é sinal o facto de a escola de Labeão chamar-se proculiana.

Ao longo de quase dois séculos, a historiografia registou alguns nomes nos dois quadrantes de opinião. E, mais do que nomes, coisa pouca. São sabinianos Masúrio Sabino, Caio Cássio Longino, Célio Sabino, Javoleno Prisco, Sálvio Juliano. Em matéria de apelidação, Javoleno quer paridade com Juliano e Celso, pois seu nome todo é Caio Otávio Tídio Tossiano Javoleno Prisco. São proculianos Coceio Nerva, chamado Nerva pai, seguido de Nerva filho e mais: Próculo, Pégaso, Juvêncio Celso pai, Juvêncio Celso filho, Nerácio Prisco.

Finalmente, Gaio é o último dos sabinianos. É um retardatário. Fala, a cada passo, em seus “*praeceptores*” e nos “*diversae scholae auctores*”, justamente num tempo em que Roma já não ouvia ecos de rebates e posições, entre os comandados de Masúrio Sabino e os de Semprónio Próculo.

No entanto diga-se, na esteira das dúvidas que os autores vêm suscitando que o nome de Gaio, no meio dos outros, é uma incógnita. É o tipo do ilustre desconhecido, com mais presença e fama do que seus contemporâneos e do que os juristas anteriores. É apenas Gaius, num tempo em que alguém se chamava Caius Octavius Tadius Tossianus Iavolenus Priscus ou Lucius Octavius Cornelius Salvius Iavolenus Aemilianus.

Floresceu no tempo suave dos Antoninos. Os romanistas aventam hipóteses como podem, no esforço de configurar alguém sob as quatro letras de tão rápido apelido: Gaio.

Acham que deve ter nascido e vivido em alguma província helenística, não em Roma. Não teve “*ius respondendi*”. É absolutamente ignorado pelos juristas seus contemporâneos. Revela grecismos linguísticos, frequentes referências a coisas provinciais. O seu nome, simples prenome, foi talvez adoptado ao receber cidadania.

Outro argumento a favor da hipótese é a sua fé sabiniana, reiterada e forte, num sectarismo fora de moda, quando já não existiam as duas facções. Só mesmo quem vivesse longe de Roma.

Em conclusão como sustenta CASTRO MENDES “*Gaio é o jurisconsulto mais enigmático de toda a história do direito romano*”.<sup>100</sup>

### II.III. Características, distinção e competências das magistraturas.

*“... as leis são corpos a que os juizes dão a alma e o entendimento: “Scire lega non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem”, advertia também CECIUS ...”*<sup>101</sup>

Falar de magistratura no direito romano, para SEBASTIÃO CRUZ, é ter-se presente que “*a palavra latina “magistratus” tanto significa o cargo de governar (magistratura) como pessoa que governa (magistrado)*).

*Na terminologia romana “magistrado” compreende todos os detentores de cargos políticos de consulado para baixo.*

*Inicialmente, os magistrados são os verdadeiros detentores do “imperium” que anteriormente tinham os reis. O “imperium”, era um poder absoluto. Um poder de soberania, os cidadãos não podem opôr-se ao “imperium”.*<sup>102</sup> No entanto, para CASTRO MENDES “*é o órgão singular de uma comunidade política, que a representa*

---

<sup>100</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 385.

<sup>101</sup> Justo, António Santos. “*Jornadas Romanísticas*”, Colloquia II, Studia iuridica 70, Coimbra Editora, 2003, p.

<sup>102</sup> Sebastião Cruz, “*Direito Romano (Ius Romanum)*, I, *Introdução. Fontes*”, 4.<sup>a</sup> ed., ver. E act., Coimbra, 1984, pág 64.

*directamente para o efeito de exercer funções de natureza predominantemente religiosa*".<sup>103</sup>

Os autores divergem na ordenação das magistraturas, privilegiando uns a importância relativa de cada uma delas, e outros a ordem cronológica do seu aparecimento.

Assim, para SEBASTIÃO CRUZ, "*as magistraturas importantes eram: a dos cônsules, a dos censores, a dos pretores, a dos questores, e ados edis curúis (as extraordinárias eram o tribunado da plebe e a ditadura). (...) a ordem hierárquica a contar do cargo inferior, estava instituída desta forma: 1.º o questor; 2.º o edil curuil; 3.º pretor; 4.º cônsul; 5.º censor, que era, portanto, o grau supremo da "cursus honorum"*".

104

Por seu lado, para CASTRO MENDES, "*pela ordem cronológica do seu aparecimento, "cônsules", "questores", "censores", "pretores", "edis curuis", e entre os extraordinários "interreges" e "ditadores"*".<sup>105</sup>

Antes de entrarmos nas características normais das magistraturas romanas, como a *temporalidade*, a *electividade* e a *colegialidade*, caracterizemos, sumariamente, cada uma das magistraturas ordinária e extraordinária.

Quanto aos "*cônsules*" como magistrados "*cum imperio*" pertencem-lhes todos os poderes, sem excepção.

Já os "*questores*" começaram como meros auxiliares do rei e dos cônsules, designados por eles, e exercendo funções públicas sob responsabilidade deles, induziram a república a transformá-los de promagistrado em magistrado verdadeiro e próprio, autónomo e eleitos anualmente pelos comícios tribuários.

Os "*censores*" eram uma das mais interessantes, senão importantes, magistraturas romanas, uma vez que o censo constituía a base do recrutamento militar e da tributação, agindo de uma maneira totalmente arbitrária no exercício das suas funções.

Em relação ao "*pretor*", criado pela "*Lex Licínia Sextia*" para obviar à sobrecarga dos cônsules, como um novo magistrado "*cum imperio*", detendo em princípio todos os poderes dos cônsules, com o exercício da "*jurisdictio*" civil, a administração da justiça em Roma quanto às questões civis (esta função específica de

---

<sup>103</sup> Mendes, João de Castro. "*História do Direito Romano*", AAFD, Lisboa, 1958, pág. 183.

<sup>104</sup> Sebastião Cruz, "*Direito Romano (Ius Romanum)*, I, *Introdução. Fontes*", 4.ª ed., ver. E act., Coimbra, 1984, pág. 65 e 66.

<sup>105</sup> Mendes, João de Castro. "*História do Direito Romano*", AAFD, Lisboa, 1958, pág. 197-206.

pretura torna-a a magistratura mais importante de todas), como “*praetor urbannus*” e, para dirimir os conflitos as relações privadas entre cidadãos e peregrinos, o “*praetor peregrinus*”.

No que diz respeito aos “*Edis Curuis*”, não possuíam o “*imperium*”, mas tinham a seu cargo uma série de funções importantes que os romanos agrupavam em 3 designações, como sendo a “*cura urbis*”, “*cura annonae*” e “*cura ludorum*”.

Quanto às magistraturas *extraordinárias*, existia o “*interreges*”, situação “*excepcionalíssima*”, uma vez que, para ser accionada pelo Senado, tinham de ter falecido os 2 cônsules, para ser nomeado um senador por 5 dias com as funções de cônsul único.

Finalmente quanto ao “*ditador*” emergia em situações de emergência grave, que não estavam taxativamente fixadas, dependendo unicamente da apreciação dos cônsules a designação de pessoa idónea, na qual eram depositados todos os poderes políticos, administrativos e judiciais de Roma, ficando as magistraturas suspensas ou pelo menos subordinadas a essas pessoas.

Quanto à *temporalidade*, os magistrados desempenhavam o cargo durante um ano; somente no caso de as necessidades militares assim o exigirem, um magistrado com *imperium* podia ver prorrogada a sua chefia militar (*prorogatio imperii*). Limites distintos de tempo tinham os ditadores, eleitos para circunstâncias excepcionais, não podiam ocupar o cargo durante mais de seis meses, e os censores, que se elegiam cada cinco anos e cessavam a sua actividade no máximo em ano e meio.

Quanto à *electividade*, ao serem eleitos pelo povo, os magistrados prestavam um juramento com o compromisso de garantir uma correcta actuação no desempenho do seu cargo. Ao finalizar o mesmo, asseguravam ter actuado honestamente e com respeito pela legalidade vigente.

Eventualmente, ao concluir a sua magistratura podia seguir-se um proceso criminal público contra eles. Duas ou mais magistraturas não se podiam exercer de forma simultanea, e também não era admitida a reeleição ou alcançar uma magistratura superior em anos seguidos. A carreira política (*cursus honorum*) começava com a questura, seguia-se o edilado (ou, no seu caso, o *tribunado da plebe*), e depois a pretura, o consulado a a censura; esta ordem aparecia na “*lex Villia*”, de 180 e.e.c. (aC.), mas havia uma prática anterior.

A idade mínima para optar pelas distintas magistraturas sofreu com o tempo algumas variações; nos fins da República exigiam-se 31 anos para ser questor, 37 para ser edil, 40 para a pretura e 43 para o consulado.<sup>106</sup>

Quanto à *colegialidade*, se exceptuarmos a ditadura, as magistraturas romanas foram colegiais, pois simultaneamente investia-se com idêntico poder a varios cidadãos, quase sempre em número par. Cada magistrado tinha o poder proprio do seu cargo, mas limitado por idêntico poder do seu colega (ou dos seus colegas), o qual podia vetar ou paralisar (*intercedere*) qualquer decisão sua. A *intercessio* podia ser oposta tambem por um magistrado superior e, como se indicou, os tribunos da plebe.

Como é observado por D'Ors “*los senadores no son colegas entre sí, ni respecto a los magistrados, pues solo hay colegas en la potestad (D.50,16,173pr.), en la autoridad puede haber collegium, pêro no colegas*”.<sup>107</sup>

Por último, os magistrados não eram remunerados pelo desempenho do seu cargo, que era uma *honra*, e daí que ninguém sem suficientes recursos económicos podia aspirar na prática aos cargos públicos. Na realidade, as magistraturas não só eram gratuitas como frequentemente comportavam enormes gastos: sufragar obras de utilidade pública, jogos, etc., prometidos ao apresentar a candidatura (*pollicitationes*). Apesar disso, como é compreensível, os cargos eram muito ambicionados, pelo que, a corrupção eleitoral dos candidatos foi reprimida por distintas “*leges de ambitu*”.

### III. “*Imperium*” versus “*potestas*”<sup>108</sup>

Os magistrados em Roma podiam distinguir-se em “*magistratus cum império*” e “*magistratus cum potestate sine império*”.

Assim, ao poder de representar a “*civitas*” romana e de exteriorizar a sua vontade davam os romanos o nome de “*potestas*”, da qual eram titulares todos os magistrados sem excepção.

Porém, acima da simples “*potestas*” havia um poder muito mais alargado chamado “*imperium*”.

Há no entanto uma precisão a assinalar. Uma coisa era o estatuto de magistrado da comunidade romana (“*Magistratus populi romani*”) e outra, os magistrados próprios

<sup>106</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 209.

<sup>107</sup> D'Ors, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, novena edición, revisada, 1997, pág. 53.

<sup>108</sup> sobre este período pode ver-se *La Philosophie Politique a Rome d'Auguste a Marc Auréle*, colectanea de textos coevos, apresentados por Alain Michel, Paris, A. Colin, 1969, em especial no que se refere à teoria política do Principado.

da plebe, nos quais os mais antigos parecem ter sido os “*aediles*”, e que eram designados por “*magistratus plebeii*” ou “*magistratus plebis*”. No entanto “*os romanos só consideravam verdadeiramente como magistrado aquele em cuja esfera de competência estivesse compreendida Roma*”.<sup>109</sup>

Conforme ensinava CASTRO MENDES, estribando-se em Pompônio “*expulsos os reis foram criados dois cônsules, e foi estabelecido por lei que entre eles detivessem o poder supremo. Chamaram-se “cônsules” porque decidiam (“consulere”) da quase totalidade dos negócios públicos*”. E conclui que “*o principal efeito da revolução de 510 foi o de substituir o rei, magistrado único, vitalício e dotado da plenitude de poderes em todas as ordens por 2 cônsules, eleitos por um ano...*”.<sup>110</sup>

No regime político republicano o poder residia nos magistrados que eram eleitos pelas assembleias populares.

O poder supremo era designado *imperium* e era detido pelos cônsules; próximo deles figuravam os pretores, que se encarregavam da jurisdição e eram os juízes mais importantes no âmbito do direito.

Os restantes juízes (excepto os ditadores, que tinham carácter extraordinário) careciam de *imperium* e só detinham poderes em áreas específicas.

O conteúdo do *imperium* era muito amplo: além do comando militar supremo, compreendia também a possibilidade de convocar os comícios e o Senado (*ius agendi cum populo e ius agendi cum patribus*), a jurisdição (*iurisdictio*) - que pouco depois ficou reservada aos pretores - a possibilidade de emitir editos (*ius edicendi*) e um amplo poder disciplinar (“*coercitio*”) que pressupunha o poder de emitir ordens e punir aqueles que as violavam com multas e sanções, incluindo a morte.

Contudo, desde o início da época republicana, o poder coercitivo dos juízes ficou limitado quando se tratava de impor penas severas aos cidadãos, especialmente a morte; em tais casos, o cidadão ameaçado podia chamar em seu auxílio o povo (“*provocare ad populum*”) para que prosseguisse contra si um juízo comicial.

A origem da “*provocatio ad populum*” é obscura, mas talvez não provenha necessariamente das lutas patricio-plebeias (quer dizer, que um plebeu ameaçado por um magistrado patricio chamava a massa plebeia em seu auxílio) mas talvez tenha surgido como um mecanismo originário do patriciado para se precaver ante possíveis abusos dos seus magistrados. A tradição refere três *leges* “*Valeriae de provocatione*” (dos

---

<sup>109</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, p. 188.

<sup>110</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, p. 179-180.



anos 500, 449 e 300 a.e.c. (aC.), respectivamente); costuma considerar-se como histórica somente a última, mas existem motivos para suspeitar que também o poderiam ter sido as outras duas. A possibilidade de “*provocare ad populum*” só existia originariamente em Roma, e não em campanha militar; também não existia nos períodos excepcionais em que era nomeado um ditador. Segundo parece, embora também isto tenha sido muito discutido, la “*provocatio ad populum*” não teve o carácter técnico de uma apelação.

Todos os magistrados têm potestas, no sentido de poder de agir por conta da Republica.

A “*potestas*” comporta mais especificamente o sentido de poder funcional de dar ordens no exercício da função do magistrado e para assegurar esse exercício. Por exemplo: o magistrado usa da potestas para concluir um contrato, em nome da Republica, com um particular v. g. nos actos de administração do domínio público ou na cobrança de impostos.

Por outro lado, o magistrado usa da potestas como poder de representação (ou apresentação) perante os deuses v.g. para fazer votos.

O mesmo é válido, quanto às e nas relações internacionais, - v. g. nos actos preparatórios dos tratados.

Finalmente, a potestas comporta aqui dois elementos, a saber:

- a “*intercessio*”: o magistrado pode opôr-se a um acto de outro magistrado, através “*do exercício deste direito, ou seja a oposição do veto, e ainda o veto, em si*”.

111

– o poder de nomear funcionários, quer sejam seus sucessores (v.g. o consul), seus colegas de magistratura(v.g. na cooptação dos consules e dos tribunos) ou seus auxiliares (v.g. os subalternos em quem possa delegar a potestas).

Alguns magistrados têm o “*auspicium*”.

O “*auspicium*” é o direito de indagar a aprovação ou desaprovação dos deuses, maxime de Jupiter, relativamente ao acto público praticado através da consulta de certos sinais.

É certo que todos os cidadãos podiam indagar os auspícia: a diferença específica está em que o magistrado o fazia em nome da Republica.

---

<sup>111</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, p. 196.

Excepcionalmente, podia um magistrado sem imperium como o Questor ou os Edis - indagar os auspícia, que, entretanto, eram obrigatoriamente feitos no caso de convocação dos comícios ou na partida de tropas para a guerra.

Alguns magistrados têm o “*Imperium*” entendido como o poder público mais elevado, e em cujo conteúdo funcional CASTRO MENDES incluía “*o poder supremo e em princípio ilimitado de comandar, de dar ordens aos livres cidadãos romanos, poder que já competia aos reis “imperium regium” e deles transitou para os magistrados supremos da república. Falando-se dos ordinários para os cônsules (“imperium consulare” e para os pretores (“imperium praetorium”), para além das, extraordinárias, para os ditadores”*.<sup>112</sup>

O imperium compreende, também, o “*imperium militare*” e a “*iuris dictio*” e por outro lado:

-o “*imperium domi*”, que se exerce na urbs e uma milha em redor e compreende actos civis e alguns militares, como a formação do exercito.

-o “*imperium militiae*”, que se exerce fora dos limites da urbs e compreende actos civis e militares, como a jurisdição e a administração dos territórios.

Como se observou, conforme o magistrado estava dentro ou fora da “urbs” assim tinha o “*imperium domi*” - que interditava a condenação à morte e por isso não o tinham os tribunos da plebe - ou o “*imperium militiae*” - que permitia já a condenação e era próprio dos pretores provinciais, dos questores provinciais, que não tinham poder em Roma.

Todos os magistrados superiores têm iurisdictio, “*maxime*” o pretor e o edil.

Elemento do imperium, a “*iuris dictio*” define-se “*como o poder de aplicar o direito aos casos concretos em que há litígio e dar realização efectiva ao direito assim definido*”<sup>113</sup> e compreende um tríplice poder, relativo respectivamente à jurisdição criminal (cognitio), à jurisdição administrativa e à jurisdição civil.

A *iurisdictio* só pode ser exercida nos termos e limites da lei.

Estamos agora em condições de concluir sobre o conteúdo da potestas, enquanto qualidade ou poder do magistrado, esta compreende: - O “*auspicium*”; O “*ius edicendi*” (direito de promulgar edictos (“*edicta*”) “*repentina*” ou “*perpetua*”, ou seja, providências em matérias da sua competência para resolução de situações concretas especiais); O “*ius multae dictionis*”; O “*contiones habere*” (direito de convocar o povo

---

<sup>112</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, p. 193.

<sup>113</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, p. 195.

para lhe falar, em Roma) e o “*agere cum populo*”. E, finalmente o “*senatum vocare*”, o “*referre ad senatum*” e o “*cum patribus agere*” (direitos relativos à convocação e presidência do Senado).

No período posterior à República, são profundas as transformações operadas.

Com a época do Principado, advém o domínio romano sobre o mundo, no Império ao qual Augusto deu a paz, e em que a ciência jurídica subiu aos mais altos cumes, a base legal dada por Augusto ao Principado é a da delegação de soberania do povo.

O povo é o unico soberano: mas, se na Res publica ele delegava o seu imperium aos magistrados, no Principado, delega a sua potestas e o seu imperium no Principe.

É o momento em que surge, na sua pujança, a noção de “*tribunitia potestas*”, com caracter pessoal e perpétuo, embora anual, enquanto função pública.

É este o momento da confusão num único titular da “*auctoritas*” e da “*potestas*”, mantendo-se embora a estrutura básica da ordem jurídica derivada da tradição republicana. Bastará dizer que a legislação e a jurisprudência conservam âmbitos normativos distintos e continua a ser prevalente a posição da jurisprudência.

#### IV. A SENTENÇA JUDICIAL

*“Quem acerca de mim nada mais diz nem sabe senão que  
“eu sou ...”, diz e sabe o mesmo que nada. [...] A questão  
do ser ou não-ser de Deus é justamente para mim a questão  
do ser ou não ser do homem”.*<sup>114</sup>

A linguagem não é um fluxo de palavras indiferenciadas, as palavras devem ser agrupadas a fim de formarem sentenças. A frase é composta de palavras que têm diferentes funções, algumas palavras são substantivos, outras são verbos, ou adjectivos. Alguns desses elementos são estruturalmente indispensáveis, outros são opcionais, decorativos, dependentes. A frase deve ter um sujeito e um predicado, um adjectivo pode modificar um substantivo ou um pronome, e não pode estar sozinho.

---

<sup>114</sup> Feuerbach, Ludwig. “A Essência do Cristianismo”, 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XXII.

Assim, não se pode deixar de ter presente que, sentença traduz-se em latim por “*sententia*”, “*sentiendo*”, gerúndio do verbo “*sentire*”. Nela, o juiz declara através das palavras o que sente, com respeito pelo direito das partes, pois, como os romanos diziam, “*traditio nihil amplius transfere ... potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit*” (*quer dizer: numa transferência de propriedade ninguém pode transferir mais do que aquilo que tem; se se não é proprietário, também se não pode transmitir a propriedade*).<sup>115</sup>

Quanto à função de julgar, PAUL RICOEUR escrevia “*digamo-lo antes de mais, é separar, esta primeira finalidade deixa o acto de julgar, no sentido judiciário da palavra*”.<sup>116</sup>

Naturalmente por isso, para ALVARO D’ORS, “*la “sententia” es la opinión personal que debe dar el juez (o los recuperadores, por mayoría) acerca de la cuestión planteada en la fórmula, después de haber recibido y valorado las pruebas en su propia “cognitio”; pero esta opinión del juez autorizado por el magistrado decide el litigio: es un “i u d i c a t u m”. La sentencia no requiere una forma determinada. En las acciones con cláusula arbitraria, el juez debe anticipar su decisión (pronuntiatio) para que el demandado elija entre restituir lo reclamado o ser condenado a la cantidad jurada por el demandante. Cuando el poseedor vencido en el proceso prefiere pagar la “litis aestimatio”, puede defender con los interdictos posesorios la posesión del objeto que retiene, pero, si pierde la posesión, necesita una acción, de la que carece hasta que Juliano extiende a su favor la posesión civil a título “pro emptore”, de modo que disponga provisionalmente de la acción Publiciana (como propietario bonitario), y pueda alcanzar la propiedad civil por medio de la usucapión.*

*Esta posibilidad de restituir “apud iudicem” para evitar la condena se da también en todas las acciones de buena fe, por su misma naturaleza “arbitral”, y los juristas de la escuela Sabiniana, y quizá todos desde Juliano, la extendieron a todos los otros juicios de derecho estricto (regia: «omnia iudicia sunt absolutoria»), como si después de la litis contestatio subsistiera aún la obligación antigua a modo de obligación «natural», que puede ser objeto de pago.*

*El juez, al fijar la estimación del asunto litigioso, no debe excederse de la “taxatio” que pueda contener la “condemnatio” de la fórmula. En algunos casos, deberá*

---

<sup>115</sup> Engisch, Karl. “Introdução ao pensamento jurídico”, 8.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, citando Ulpiano, Digesto 41.1, 20, p. 12.

<sup>116</sup> Ricoeur, Paul. “*O Justo ou a Essência da Justiça*”, Instituto Piaget, 1997, pág. 163.

*reducir la condena al saldo que resulta de la compensación o deducción de deudas recíprocas entre los litigantes. En las acciones penales, en cambio, condenará ordinariamente a un múltiplo de la estimación.*

*Cuando la “condemnatio” contiene una “adiudicatio”, el juez puede atribuir derechos con efecto de derecho civil. En los “praeiudicia” la sentencia se limita a hacer constar lo propuesto en la “intentio”, sin condenar”.<sup>117</sup>*

No sistema das acções da lei, conforme exposto acima, a sentença final era mera opinião do juiz privado, sendo a coisa julgada representada pela “*litis contestatio*”, ocorrida na primeira fase (*in iure*).

Com efeito, a sentença no processo formular apresenta-se mais do que uma mera opinião do juiz particular, sendo dotada de poder de comando com respaldo na fórmula. É neste ponto que tem relevo o estudo do caso julgado no referido sistema processual. No processo formular, já mais evoluído, a sentença final pode consagrar a “*res iudicata*”, justamente porque neste sistema o juiz popular adquire o poder de comando que lhe é outorgado pela fórmula definida pelo pretor (órgão estatal).

Assim e uma vez feita a prolação da sentença, cessa o poder jurisdicional do juiz, deixando mesmo de ser juiz, mas a decisão vai produzir os respectivos efeitos jurídicos. Se o juiz pronunciou uma condenação contra o réu, a sentença substitui a obrigação condicional, ocorrida da “*litis contestatio*”, e nasce a obrigação de pagar o “quantum” fixado em sentença condenatória. Na ausência de execução voluntária do julgamento, o autor pode empregar as vias de execução. A sentença, quer condenatória, quer absolutória, é dotada de força jurídica, cujo objectivo é estabelecer uma situação de tutela jurídica e consagrar a “*res iudicata*”.

Temos então que na antiga “*legis actio*” sacramento, a “*sententia*” do “*iudex*” não é mais do que uma opinião. Não há, nela, nenhum comando, porque nenhum poder, seja decorrente do “*imperium*” do magistrado, seja da vontade das partes, se atribui ao “*iudex privatus*”.

No sistema formular, um novo elemento emerge no panorama judiciário, acrescenta-se à “*sententia*” o “*iudicatum*”, em virtude do qual se impõe às partes uma certa conduta activa ou passiva. Esse poder acaba por fundar-se no “*iussus iudicandi*” que, provindo do magistrado (*pretor*), interfere na essência mesma do juízo, ao introduzir o elemento de publicidade no carácter privado do antigo processo.

---

<sup>117</sup> D’Ors, Álvaro. “*Derecho Privado Romano*, tercera edición, revisada, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1977, p. 147-148.

Assim o resultado da actividade lógica, pela qual o “*iudex*” chega a uma determinada convicção, nada mais é do que uma “sententia” na verdadeira acepção corrente e comum da palavra, e que significa opinião. Mas o “*iussus*” do magistrado não condiciona ao juiz para simplesmente formar uma opinião, ao invés impõe-lhe uma apreciação de mérito com o respectivo corolário de condenar ou absolver, e assim subordinando a formação da “sententia” num ou noutro sentido.

PAUL RICOEUR pergunta “*porque é que não podemos ficar pela finalidade curta do acto de julgar, a saber, a que põe termo à incerteza ?*” E procurando a resposta justifica que é porque “*o próprio processo é apenas a forma codificada de um fenómeno mais lato, a saber, o conflito*”. E conclui que “*logo interessa recolocar o processo, com os seus procedimentos precisos sobre o pano de fundo de um fenómeno social de maior peso*”.<sup>118</sup>

Aceitemos observar um processo concreto da condenação à morte de um Homem e não de Santa Sabina (cerca 120 e. c. (dC.)), - uma aristocrata de Roma, nascida de uma família nobre, que muito jovem foi dada como esposa ao senador Valentino. Converteu-se ao Cristianismo e frequentou as catacumbas, onde se reuniam os cristãos perseguidos pelo Estado romano. Foi capturada durante uma missa e como não abjurou, o prefeito Elpidio condenou-a à decapitação - que não teve as repercursões do Cristo redentor.

#### IV.I. Um processo paradigmático de um Homem<sup>119</sup>

Começemos por uma sentença paradigmática, não só pelo condenado, como pelas irregularidades e bem assim, fundamentalmente pelo que significou na história da humanidade e perdura até aos dias de hoje: - “A sentença de Cristo”:<sup>120</sup> - “*De condenado anónimo, Jesus tornou-se a vítima de uma causa célebre de toda a história ocidental*”.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> Ricoeur, Paul. “*O Justo ou a Essência da Justiça*”, Instituto Piaget, 1997, pág. 166.

<sup>119</sup> As referências aos apóstolos encontram-se, entre outras, na “*Bíblia Sagrada*”, nova edição papal, Missionários Capuchinhos, Lisboa, MCMLXXIV.

<sup>120</sup> Cópia autêntica do teor da Peça do Processo de Cristo, existente no Museu da Espanha in “(Amaral, Jucid Peixoto, ‘Manual do Magistrado’, Ed. Forense, 4’ cd., Brasil, 1992). Trata-se de uma reconstituição da sentença de Cristo elaborado a partir dos vários relatos conhecidos sobre o julgamento de Cristo.

<sup>121</sup> Deleury, Guy. “*As Festas de Deus*”, Instituto Piaget, 1997, p. 104.

Assim pode ler-se que “no ano dezanove <sup>122</sup> de TIBÉRIO CÉSAR, Imperador Romano de todo o mundo, Monarca invencível na Olimpíada cento e vinte e um, e na Elíada vinte e quatro, da criação do mundo, segundo o número e cômputo dos Hebreus, quatro vezes mil cento e oitenta e sete, do progénio do Romano Império, no ano setenta e três, e na libertação do cativo da Babilónia, no ano mil duzentos e sete, sendo governador da Judeia QUINTO SÉRGIO, sob o regimento e governador da cidade de Jerusalém, Presidente Gratíssimo, PÔNCIO PILATUS; <sup>123</sup> regente na Baixa Galiléia, HERODES ANTIPAS; pontífice do sumo sacerdote CAIFÁS, magno dos Templos, ALIS ALMAEL, ROBAS ACASEL, FRANCHINO CEUTAURO; cônsules romanos da cidade de Jerusalém, QUINTO CORNÉLIO SOBLIME e SIXTO PÔNCIO PILATUS, aqui presidente do Império Romano, dentro do Palácio e arqui-residência, julgo, condeno e sentencio à morte, Jesus, chamado pela plebe - CRISTO NAZARENO e galileu de nação, homem sedicioso, contra a Lei Mosaica - contrário ao grande Imperador TIBÉRIO CÉSAR, Determino e ordeno por esta, que se lhe dê morte na cruz, sendo pregado com cravos como todos os réus, porque congregando e ajustando os homens, ricos e pobres, não tem cessado de promover tumultos por toda a Judeia, dizendo-se filho de DEUS e REI de ISRAEL, ameaçando com a ruína de Jerusalém e do sacro Templo, negando o tributo a César, tendo ainda o atrevimento de entrar com ramos e em triunfo, com grande parte da plebe, dentro da cidade de Jerusalém. Que seja ligado e açoitado, e que seja vestido de púrpura e coroado de alguns espinhos, com a própria cruz aos ombros para que sirva de exemplo a todos os malfeitores, e que, juntamente com ele, sejam conduzidos dois ladrões homicidas; saindo logo pela porta sagrada, hoje ANTONIANA, e que se conduza JESUS ao monte público da Justiça, chamado CALVÁRIO, onde, crucificado e morto ficará o seu corpo na cruz, como espetáculo para todos os malfeitores, e que sobre a cruz se ponha, em diversas línguas, este titulus: JESUS NAZARENUS, REX JUDEORUM. <sup>124</sup> Mando também, que nenhuma

<sup>122</sup> Têm sido levantadas dúvidas sobre a data exacta da sentença e morte de Cristo, A maioria dos investigadores conclui que tal acontecimento ocorreu no ano 30. Se usássemos o calendário actual, Cristo teria morrido no dia 7 de Abril do ano 30.

<sup>123</sup> Pilatos é apresentado nalguns textos como “Procurador” e noutros como “Governador”. No tempo em que Cristo foi julgado, Jerusalém pertencia ao legado da Síria cujo Governador era Vitélio. Pôncio Pilatos era um “magistrado romano”, ou “praefectus da Judeia”, e não propriamente Governador. Em Sanders, E.P. “A verdadeira História de Jesus”, Editorial Notícias, 2.ª edição, Outubro de 2004, p. 41: - “...a administração foi entregue a um funcionário romano de cavalaria, que correspondia a uma espécie de aristocracia inferior, abaixo das ordens dos cônsules e dos pretorianos. Uma epígrafe encontrada há pouco permite concluir que, no período entre 6 e 41 e.c., este oficial era um “prefeito”, enquanto de 44 a 66, tinha o título de “procurador”.

<sup>124</sup> Esta é a redacção do letreiro (titulus) descrito no Evangelho S. João (Jo 19,19). O titulus corresponde à parte decisória da sentença, e foi escrito em hebraico (Língua da Palestina), o grego (língua mais internacional e utilizada em geral no comércio na altura), e em o latim (por ser a língua do império de Roma.).

*pessoa de qualquer estado ou condição se atreva, temerariamente, a impedir a Justiça por mim mandada, administrada e executada, sob as penas de rebelião contra o Imperador Romano. Testemunhas de nossa sentença: Pelas doze tribos de Israel: RABAIM DANIEL, RABAIM JOAQUIM BANICAR, BANBASU, LARÉ PETICULANI. Pelos fariseus: BULLIENIEL, SIMEÃO, RANOL, BABBINE, MANDOANI, BANCURFOSSI Pelos hebreus: MATUMBERTO Pelo Império Romano e pelo Presidente de Roma: LÓCIO SEXTILO e AMACIO CHILICIO”.*

Pergunta-se, como se chegou a esta sentença ? Quais os procedimentos processuais observados, ou inobservados ? Que direito foi aplicado: - o do Sinédrio (mesmo sem Lei) ou o de Roma, ou de Pôncio Pilatos (*estou inocente do sangue deste justo: considerai isso “quando lavava as mão no pretório”*) ? <sup>125</sup> E, “*quem foi verdadeiramente responsável pela morte de Jesus: as autoridades saduceias do Templo ou o procurador romano ? Caifás ou Pôncio Pilatos ?*” <sup>126</sup>

*A verdade ! Que é a verdade ?* <sup>127</sup> Pergunta sacramental de Pilatos a Jesus após este ter respondido “*nasci e vim ao mundo para dar testemunho da verdade*”. <sup>128</sup>

Reflectindo sobre a verdade ROGER TRIGG questiona-se se “*a verdade religiosa é diferente dos outros tipos de verdade*” ? <sup>129</sup> E Toynbee asseverou que “*as civilizações eram as serviçais das religiões*”. <sup>130</sup> Já Platão utilizou a expressão “*techne tou biou*”, que significa a “*arte da vida*”, referindo-se ao acto de “*cuidar da alma*”. <sup>131</sup> Embora fascinantes as abordagens, ocupar-me-ei desta “*verdade*” “*em-si*”, no sentido de potência: - “*o ser-em-si e, ao mesmo tempo, a possibilidade de que surja uma realidade, como a realidade humana*”, <sup>132</sup> aquela que, naquelas circunstâncias de tempo, lugar e modo, fez um julgamento, lavrou uma sentença e lapidou uma vida humana.

Pese embora tudo o que se escreveu, discutiu, reflectiu e se filmou sobre Ele, o certo é que “*em boa medida, Ele permanece um mistério. Talvez o maior da Humanidade*”. <sup>133</sup> Até no seu julgamento e condenação.

---

<sup>125</sup> Ferlay, Philippe. “*Manual da Fé Católica*”, Edições Paulistas, Paris, 1986, p. 84.

<sup>126</sup> Deleury, Guy. “*As Festas de Deus*”, Instituto Piaget, 1997, p. 100.

<sup>127</sup> Ferlay, Philippe. “*Manual da Fé Católica*”, Edições Paulistas, Paris, 1986, p. 1: “*Aquele a Quem chamamos Deus – “Aquele, a Quem nunca alguém viu” (JO 1,18) é, antes de tudo, o Pai*”... pois, “*a vida do homem, é ver a Deus (Ireneu de Lião)*”.

<sup>128</sup> Roux, Jean-Paul. “*Jesus*”, Edições 70, 1992, pág. 369.

<sup>129</sup> Trigg, Roger. “*Racionalidade e Religião*”, Instituto Piaget, 2001, p. 14.

<sup>130</sup> Mische, Patricia M. e Outra (Melissa Merkling). “*Desafio para uma Civilização Global*”, Instituto Piaget, 2004, p. 15: - citando o autor in “*A Study of History*”, X, 1954, 3.

<sup>131</sup> Moore, Thomas. “*O sentido da Alma*”, Planeta Editora, 9.ª edição, 1997, p. 15.

<sup>132</sup> Sartre, J. P. “*A transcendência do Ego*”, Edições Colibri, Universal1994, p. 129.

<sup>133</sup> Chandelle, René. “*Para além do Código da Vinci*”, Editorial Estampa, Lisboa, 2005, p. 13.



Embora se concorde, ou não se possa deixar de concordar quando S. TOMÁS DE AQUINO escreve “*ser tentado é, de facto, coisa humana, mas consentir é coisa diabólica*”,<sup>134</sup> principalmente por “*alguma dose de imprudência, por debilidades próprias*”<sup>135</sup> e quando está em causa uma “*prova diabolique*”, como a do desafio que foi lançado, no entanto e, segundo uma velha sentença romana, “*o mar não se agita sem vento*”<sup>136</sup>, e como rezam as Escrituras (Bacon haveria de repetir e o nosso Poeta dos heterónimos haveria de parafrasear...) “*por maior esforço que faça, [nenhum homem]pode acrescentar um palmo à sua altura*”.

Uma das principais dificuldades para navegar em segurança reside na falta de documentação histórica segura da época sobre o processo.

Os evangelhos foram escritos algumas décadas após a morte de Cristo e inspirados numa perspectiva de fé. Não tinham por objectivo descrever os procedimentos jurídicos.

Alguns autores chegam mesmo a afirmar que é impossível que o julgamento de Cristo se tenha desenrolado tal como é descrito nos evangelhos.

A estas dificuldades, acrescenta-se que os manuscritos da época eram o papiro e o pergaminho, os quais se degradam com a humidade. Por ex. os textos originais dos evangelhos perderam-se. Os que se conhecem são cópias (a mais antiga é um fragmento em papiro do ano 130 com algumas linhas da Paixão de Jesus do Evangelho de São João).

Por outro lado, Jerusalém, no ano 70 e.c. (dC) foi completamente incendiada e arrasada pelo exército romano, pelo que certamente, muitos dos documentos se perderam.

Por outro lado, os escritores não cristãos das épocas próximas de Cristo (Flávio Josefo, Tácito, Suetónio e Plínio), além de pouco terem escrito sobre Cristo, a sua autenticidade histórica também é por vezes posta em causa.<sup>137</sup>

E finalmente como chama a atenção SANDERS “*... os judeus reclamavam para si a tão exaltada virtude da filantropia, “o amor por toda a humanidade”. Os mestres judaicos podiam resumir a Lei, citando Lv 19, 18, onde se encontra o mandamento do*

---

<sup>134</sup> Aquino, S. Tomás. “*A Luz da Fé*”, Berbo, Maio de 2002, p. 118.

<sup>135</sup> Pinto, Eduardo Vera-Cruz. “*A disciplina de Direito Romano em Portugal e nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa*”, vol. XLVI, n.º 1, Ver. FDUL, Coimbra Editora, 2005, p. 371.

<sup>136</sup> Jacobetty, Luisa. Ao Procurador-geral da República, Quinta-Feira, 2 de Outubro de 2003.

<sup>137</sup> Voltaire, no séc. XVIII, aponta várias imprecisões aos relatos dos historiadores da época de Cristo, in “*Dicionário Filosófico*”. Edição de Editorial Presença, 1966, pág.200 e ss. Idênticas dúvidas haviam sido feitas por Tannegui Lefevre, em 1655, e Pierre Daniel Huet em 1679.

*amor ao próximo ... a Lei proibia, por exemplo, ás tropas judaicas cortarem as árvores de fruto dos seus adversários*".<sup>138</sup>

Ora o Direito Romano tem, e sempre teve, uma função importante a desempenhar. Este entendimento é expresso por PAOLO GROSSI ao argumentar que *"el derecho romano desarrollará una función ejemplar mucho más allá de los términos históricos de la vida y de la expansión de la civilización romana."*<sup>139</sup>

Igualmente diz SANTOS JUSTO estribando-se em diversos autores, que ele *"ensina-nos que a vida não se pauta por um programa, mas é algo que se faz em cada dia, a que o direito deve acomodar-se que a justiça, conforme IGLESIAS, procura 'facere homines bonos', nas palavras de CELSUS; que o direito não começa nem acaba na lei; que o pensamento jurídico não é só lógica, mas essencialmente "iusti atque iniusti scientia"; que as leis são corpos a que os juizes dão a alma e o entendimento; "Scire leges rwn hac est verba earum tenere, sed vim ac potestatem", advertia também CELSUS; que, numa palavra, o problema do direito é a realização da justiça"*.<sup>140</sup>

Finalmente, mesmo na Judeia dever-se-iam sentir *"... os contributos de Roma para a formação de um "ius" que é commune, também porque junta o "ius fatiale", o "ius latinum", o "ius italicum", o "ius mediterranaeum" o "ius gentium", "o ius naturale" ... o "ius humanum"*.<sup>141</sup> Mas será que se viveu a *"humanitas com a grandeza das almas que preferem o perdão à vingança"*<sup>142</sup>? Era esta a *"lex mundi"* romana ?

Vejamos se assim foi ou não.

Conforme lembra JONATHAN SACKS *"em dois versículos do livro do Génesis, Deus especifica a missão que cabe a Abraão e aos seus descendentes"*, que se pode resumir a duas palavras *"tzedakah"* e *"mishpat"* e concretiza-as *"mishpat significa a justiça retributiva, ou seja, o domínio da lei. Uma sociedade livre deve ser regida pela lei, administrada com imparcialidade, através da qual os culpados são punidos, os*

---

<sup>138</sup> Sanders, E.P. *"A verdadeira História de Jesus"*, Editorial Notícias, 2.<sup>a</sup> edição, Outubro de 2004, p. 61.

<sup>139</sup> Ducos, Michèle. *"L'Influence grecque sur la loi des douze tables"*, Presses Universitaires de France, 1.ere édition, 1978, p. 49.

<sup>140</sup> Justo, António Santos. *"Jornadas Romanísticas"*, Colloquia II, Stvdia ivridica 70, Coimbra Editora, 2003, p. 10 e 11 (discurso proferido na sessão de abertura, citando Juan Iglesias, Estudios. Historia de Roma — Derecho Romano, Derecho Moderno 2 (Universidad Complutense de Madrid / Madrid, 1985), p. 61, 98, 03, 214, 314 e 356, o D. 1, 1, 1, 1., o D. 1, 1, 10, 2., e o D. 1, 3, 17.

<sup>141</sup> Pinto, Eduardo Vera-Cruz. *"História do Direito Comum da Humanidade"* – *ius commune Humanitatis ou lex mundi ?* vol. I, AAFDL, Lisboa, 2003, p. 15.

<sup>142</sup> Justo, A. Santos. *"In Memoriam"* ao Doutor Sebastião Cruz, vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, p. 379.

*inocentes absolvidos e os direitos humanos garantidos. Tzedakah, por seu turno, refere-se à justiça distributiva, uma ideia menos processual e mais substantiva*".<sup>143</sup>

Mas esta não era a lei processual e substantiva romana.

Nos inícios do império romano não existia compilação de leis, nem Código Penal tal como hoje o conhecemos. As leis penais gerais e escritas eram quase inexistentes “*Só as de particular importância recebiam uma afixação pública e perpétua*”.<sup>144</sup>

Aliás, nas civilizações mais antigas chegou mesmo a pensar-se que as normas não deviam ser escritas, porque, como princípios fundamentais, não tinham outro lugar senão na consciência dos homens. Assim pensava, por exemplo, Licurgo, fundador da Constituição de Esparta. Este dava prevalência às normas não escritas, segundo descreve Plutarco. Platão chegou também a dizer que “*as letras .... dispensam o exercício da memória, e deste modo, produzirão o olvido nas almas daqueles que a tenham apreendido*”.<sup>145</sup>

Na época de Cristo, o império romano estava numa fase de transição do direito arcaico para o início da fase clássica da “*Jurisprudência Romana*”.<sup>146</sup> No entanto, as leis penais continuavam a ser essencialmente verbais, aplicadas segundo os costumes e a tradição, e as penas dependentes do bom senso e arbítrio dos julgadores.

O pequeno número de leis penais escritas pode ver-se numas das primeiras grandes compilações de direito romano, o “*Digestum*”, publicado em 533 e.c. (dC), muito tempo depois da morte de Cristo. Esta compilação estava dividida em sete partes, com um total de cinquenta livros, mas destes apenas dois destes estavam reservados ao Direito Penal (*os Livros XLVII e XLVIII, conhecidos pelos dois livros tenibiles*).<sup>147</sup>

As leis gerais aplicáveis a todo o império romano eram escassas, por isso “as assembleias populares” regionais e locais desenvolvem um importante papel legislativo e judicial, a par dos poderes dos governadores romanos.

Na época em que Cristo foi julgado, Roma era governada pelo imperador Tibério, tido por alguns historiadores como “*tirano, pérfido e sanguinário*”. Foi este

---

<sup>143</sup> Sacks, Jonathan. “*A Dignidade da Diferença*”, Gradiva, Maio de 2006, pág. 153.

<sup>144</sup> Bretone, Mário. “*História do Direito Romano*”, Editorial Estampa, 1998, pág.134.

<sup>145</sup> Bretone, Mário op. cit., p. 63.

<sup>146</sup> Cronologia das fases legislativas no império Romano, neste trabalho e em Mário Bretone op. cit. p 299 a 314.

<sup>147</sup> Bretone, Mário op. cit. p.280.

quem nomeou Pôncio Pilatos governador da Província da Judeia, no ano 26 e.c. (dC).

148

No início do seu mandato, Pilatos não foi bem sucedido. Um dos primeiros conflitos deu-se quando este governador empregou a corbã (dinheiro sagrado do Templo dos Judeus) para a construção de um aqueduto com cerca de 74 Km para trazer água a Jerusalém. Os Judeus revoltaram-se contra tal profanação. Vários outros conflitos seguiram-se. Algumas pessoas chegaram a dirigir petições ao imperador contra o governador da Judeia.

Quando surgiu o “*processo de Cristo*”, a carreira política de Pilatos estava por um fio. Pilatos necessitava urgentemente de ganhar a confiança do povo da Judeia.

O império romano abrangia uma extensa área territorial, desde a Ásia Menor à Península Ibérica, do Norte de África à Bretanha, “*povos tão diferentes, cuja diversidade tornava difíceis de administrar e que não podiam ser incluídos num quadro jurídico único, aplicável a todos*”.<sup>149</sup>

Dada esta diversidade, o imperador César chegou a pensar reunir “*em pouquíssimos livros, da imensa e confusa abundância de leis, tudo o que fosse óptimo e necessário, mas César foi morto antes de o realizar*”<sup>150</sup>

Na Judeia, a assembleia suprema era o “Sanhedrin” (ou Sinédrio) e, noutro plano, encontrava-se o governador, representante de Roma. Este confrontava-se com a necessidade de impôr a ordem imperial, mas evitar hostilizar os povos, os seus costumes, religião e direitos locais, desde que estes não entrassem em conflito com a ordem do império.

Eis porque não pode passar ao lado deste trabalho a condenação mais polémica e condicionadora dos dois mil anos que se lhe seguiram por ter sido através da crucificação, a mais cruel pena de morte.<sup>151</sup>

Quando as procissões passavam pela via dolorosa em Jerusalém, no formato das cruzes e nas diferentes liturgias não se reconhecia apenas a grande variedade de cristandade mas também a riqueza inesgotável da imaginação religiosa. Se, porém, analisarmos a consumação desse tipo de pena de morte de maneira distanciada de todas as tradições eclesiásticas, uma fria e sóbria realidade arqueológico-científica apaga a

---

<sup>148</sup> Sanders, E.P. “*A verdadeira História de Jesus*”, Editorial Notícias, 2.ª edição, Outubro de 2004, p. 31: - “...era o prefeito da Judeia e da Idumeia (que naquela época, englobava três zonas geográficas (Samaria, Judeia e Idumeia) e José Caifás era o sumo sacerdote em Jerusalém”.

<sup>149</sup> Grimal, Pierre in “*O Império Romano*”, Edições 70, 1999, pág. 23.

<sup>150</sup> Bretonne, Mário op. cit. p.135.

<sup>151</sup> *Segue-se de perto o texto da revista Notícias de Israel Ano 19. nº 7.*

aura glorificada que estamos acostumados a ver ao redor da cruz, e ela passa a ser o que era nas suas origens - a mais cruel, "*mais terrível*"(Cícero) e "*mais miserável de todas as formas de pena de morte*"(Flávio Josefo <sup>152</sup>).

A crucificação como pena de morte chegou até Roma como "*morte de escravo*", através da Pérsia de Zoroastro, por meio dos gregos. Para os judeus a crucificação era desconhecida. Crimes especialmente graves eram castigados na antiga Israel com apedrejamento ou estrangulamento do condenado, sendo o mesmo depois pendurado no "*madeiro maldito*". <sup>153</sup>

Só pela influência dos gregos, que entraram para a História como "*helenistas humanísticos*", a crucificação de pessoas ainda vivas se tornou popular.

Antíoco Epifânio, o tirano greco-assírio (175-164 a.e.c. (a.C.)), proibiu aos judeus, sob ameaça de crucificação em vida, a prática da circuncisão que lhes era obrigatória. Em 7 e.c. (dC.) o romano Quintilius Varus mandou pregar na cruz 2.000 judeus revoltosos. A sentença romana soava: "*Ibis ad Crucem! - Subirás à cruz!*".

O condenado à morte na cruz era conduzido ao local da execução fora da cidade. Durante o trajecto, ele tinha que carregar a trave horizontal e no seu pescoço era pendurada uma placa com o seu nome, a sua origem e o crime de que era culpado. A viga vertical já se encontrava fincada no solo do local designado. O condenado, deitado no chão, tinha então as suas mãos pregadas na trave horizontal que havia trazido. Os cravos de 20cm de comprimento e de 2-3cm de espessura eram pregados nos pulsos para que o corpo esmorecido não desprendesse da cruz posteriormente. Depois, a trave horizontal com a pessoa pregada, era levantada e encaixada em um entalhe da viga, e os pés da pessoa eram pregados.

Os romanos deixavam os crucificados como alimento para as aves. Só os judeus conseguiram o direito especial de tirar os crucificados da cruz. Quando os romanos estavam de bom humor, permitiam que se desse de beber aos infratores uma bebida alucinógena – a fim de amenizar a dor – uma mistura de mirra e vinagre ou vinho. Em troca, entretanto, os romanos zombavam antes dos condenados e coroavam-nos como reis, colocando nas suas cabeças coroas de espinhos, trançadas com ramos novos do

---

<sup>152</sup> Sanders, E.P. "A verdadeira História de Jesus", Editorial Notícias, 2.<sup>a</sup> edição, Outubro de 2004, p. 31-32: - "...era filho de Matatias, nasceu no ano 37 e.c., pouco tempo depois da morte de Jesus ... grande conhecedor da lei e da história bíblicas (...) As exposições históricas que se seguem baseiam-se, em grande medida, em Josefo, visto que ele constitui a nossa única fonte para grande parte dela".

<sup>153</sup> Ob. cit. Deuterónio 21:22-23.

"*atad*" (*Zizipus lotus*), cujos espinhos alcançavam 12cm de comprimento e são terrivelmente dolorosos.

Devido à variedade de idiomas falados pela população que vivia em Jerusalém, uma placa era confeccionada em três línguas: em hebraico para os judeus, em latim para os romanos e em grego para o restante do mundo.

Até agora traduzia-se o texto hebraico colocado na cruz de JESUS como: "*JESUS, o nazareno, rei dos judeus*". Sendo essa a tradução interlinear do grego, não se trata do hebraico escrito naquela época, assim como se traduzia, por exemplo, a frase em inglês "*led him to be put to death*" de maneira tosca por "*conduzi-lo à morte*".

Por essa razão, o texto hebraico correcto deve ser "*Yeshua HaNozri WuMelech HaYehudim*" (*Jesus, o Nazareno e Rei dos Judeus*) [*Shalom Ben Chorin*], artigo e conjugação são colocados antes do substantivo em hebraico, razão do "e" (*waw*) hebraico antes da palavra rei. Assim como surgiu a abreviatura *INRI* da frase latina (*Iesus Nazareus Rex Iudaeorum*), os judeus também tinham o costume de fazerem acrônimos com os nomes de pessoas famosas. Por exemplo, "*rabi Shlomo ben Isaak*". Foi transformado em "*Rashi*", da mesma forma, o texto hebraico na cruz resultou no acrônimo *YHWH*, isto é, o nome mais sagrado de DEUS estava pendurado na cruz: "*eis o cordeiro de DEUS, que tira o pecado do mundo!*". Por essa razão, os escribas solicitaram a Pilatos que modificasse o texto.<sup>154</sup>

Sabendo-se as consequências, vejamos como tudo se passou segundo "*los Cuatros Evangelios nos hablan (dramáticamente) de la manifestación de una multitud judia que exige que se crucifique a Jesus*"<sup>155</sup> e se chegou até ao Gólgota.

#### IV.II. Uma condenação sem julgamento público

(Aquele tempo) "☉ nosso tempo encontra-se no mais profundo da noite do mundo e da penúria".

*M. Heidegger*<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Ob. cit. com. Jo 19:21.

<sup>155</sup> Winter, Paul. "*El Proceso a Jesús*", Muchnik Editores, Spain, 1983, p. 123. E acrescenta a fls. 141: - "*la crucifixión no era un procedimiento punitivo que pueda demonstrarse realmente que utilizasen los judíos, durante la época en que vivió Cristo ni después*".

<sup>156</sup> Morin, Edgar. "*As grandes questões do nosso tempo*", Notícias editorial, 5.ª edição, Outubro de 1997, p. 6.

Marcaram o seu tempo a profundidade das palavras de CASTANHEIRA NEVES, mas a bem dizer elas são imemoriais, quando argumentou e questionou “*não é dos pontos de menor importância – se é que não é mesmo o decisivo – a escolha da perspectiva por que havemos de considerar o Direito (...) o que queremos saber – a que deuses queremos sacrificar ? que papel queremos desempenhar com esse saber – que máscara queremos afivelar no palco da tragédia ?* “. <sup>157</sup>

Vêm estas palavras a propósito do Sinédrio, que era a assembleia e Tribunal Superior dos Judeus. Composto por sacerdotes, escribas e anciãos, num total de 23 membros ordinários, funcionava em pleno com 71 membros, <sup>158</sup> incluindo o presidente, que era o sumo sacerdote Caifás, no tempo de Cristo. No entanto e, para além daquele, havia mais dois tribunais: o *Tribunal dos Três*, referidos no Deuteronomio como criados por Moisés antes de sua morte, instituídos às portas das cidades, e que conheciam de alguns delitos, com recurso para o *Tribunal dos Vinte e Três*. Este Tribunal existia em todas as cidades cuja população fosse superior a 120 famílias, e tinha competência originária, além da recursal já referida, quando a pena imposta fosse a de morte. Do *Tribunal dos Vinte e Três*, podia recorrer-se para o *Sinédrio*.

Foi este Tribunal que ordenou a detenção de Cristo, com fundamentos essencialmente religiosos: “Os príncipes dos sacerdotes e os fariseus formaram conselho e disseram “*Que faremos, uma vez que este homem realiza tantos milagres? Se O deixarmos assim, todos crerão n’Ele, e virão os romanos e destruir-nos-ão o Templo e a Nação*”. <sup>159</sup> Caifás disse então que é preferível que morra um só homem, do que perder a Nação inteira. <sup>160</sup> Por estes motivos decidiram matá-lo.

Disto mesmo dá-nos conta SANDERS ao concluir que o “*sumo sacerdote desejava a sua morte ... : ele podia causar problemas. (...) O sumo sacerdote era o responsável pela ordem na Judeia, em geral, e em Jerusalém, em particular (...) se não mantivesse a ordem, o prefeito romano interviria militarmente...*” <sup>161</sup>

Talvez por isso mesmo os “*... conspiradores reunidos em casa de Caifás ... não se preocupam muito com o respeito por regras e costumes*”. <sup>162</sup>

---

<sup>157</sup> Neves, António Castanheira, “*Curso de Introdução ao Estudo do Direito*”, citado por Cunha, Paulo Ferreira da. “*Introdução à Teoria do Direito*”, Resjurídica, s/d, p. 180.

<sup>158</sup> Este número tem origem na passagem bíblica do Livro dos Números, Cap. XI, ver. 16: “*O senhor respondeu a Moisés: “Reúne junto a ti setenta homens entre os anciãos de Israel, que conheças serem anciãos do povo e sobre ele tenham autoridade...”*”

<sup>159</sup> Jo 11, 47-48.

<sup>160</sup> Jo 11, 50.

<sup>161</sup> Sanders, E.P. “*A verdadeira História de Jesus*”, Editorial Notícias, 2.ª edição, Outubro de 2004, p. 330.

<sup>162</sup> Duquesne, Jacques. “*Jesus*”, Círculo dos Leitores, Março de 1997, pág. 212.

Aliás, o Sinédrio, além de comportar-se como Tribunal de terceira instância, julgava originariamente os profetas, os chefes militares, as cidades e as tribos acusadas de rebeldia. Jesus de Nazareth, foi tido como falso profeta e acusado de heresia.

Com a dominação romana era permitido aos judeus utilizarem-se do processo vigente à época ou do processo hebreu.

Perante a fragilidade das acusações, os julgadores procuravam alguma prova mais substancial. O objectivo seria mesmo a obtenção de uma “*confissão*” do próprio acusado, ou depoimento falso.<sup>163</sup>

A prova plena foi conseguida quando Cristo confirmou ser “*Cristo, o filho de Deus*”. Esta frase foi considerada “*blasfémia*” e “*falso testemunho*” de tal modo incriminatório que nem seriam necessárias mais testemunhas: “*Blafesmou que necessidade temos de testemunhas? Acabais de ouvir a blasfémia. Que vos parece ?*”. Eles responderam: “*É réu de morte*”<sup>164</sup>

O Sinédrio não tinha poder para condenar à morte em casos de acusação de rebeldia,<sup>165</sup> uma vez que “os judeus já não dispunham do “*ius gladii*””.<sup>166</sup>

Apenas declarava se o réu merecia ou não tal castigo. A morte era pena que apenas podia ser promulgada pelo governador Romano, motivo porque Cristo foi presente a Pilatos.

Em matéria estritamente religiosa o Sinédrio tinha também poderes de condenar à morte. Foi por este motivo que Pilatos, numa primeira fase, considerou que a acusação a Cristo era de índole religiosa e disse para os judeus: “*Levai-O vós e julgai-O segundo a vossa Lei*”.<sup>167</sup>

Perante a insistência dos judeus Cristo acabou por ser julgado por Pilatos por ter sido acusado de causar “*rebelião pública*”, ou “*malfeitor*”<sup>168</sup>. Séculos mais tarde, como VERA-CRUZ nos dá conta “*o código recesvindo, pôde adaptar a legislação romano-cristã que pune a rebelião contra o príncipe como um crime contra a sociedade e contra Deus.*”<sup>169</sup>

---

<sup>163</sup> Mt 26, 59.

<sup>164</sup> Mt 26, 65-66.

<sup>165</sup> Jo, 19, 31: - Disseram os judeus a Pilatos: “*A nós não nos é lícito matar pessoa alguma*”.

<sup>166</sup> Duquesne. Jacques. “*Jesus*”, Círculo dos Leitores, Março de 1997, pág. 214.

<sup>167</sup> Jo 18, 31.

<sup>168</sup> Jo 18, 30.

<sup>169</sup> Vera-Cruz, Pinto Eduardo. “Terra de Santa Maria – terra mãe do primeiro Portugal, Comissão de Vigilância do Castelo de Santa Maria da Feira, 1.ª edição, Outubro de 2005, p. 430.



De qualquer modo, os poderes de condenação à morte pelo Sinédrio em matéria religiosa só eram admitidos desde que o tribunal tivesse sido convocado para o efeito, e com conhecimento do Governador (ou do *Praefectus*) Romano.

O Sinédrio, nos seus procedimentos processuais tradicionais, não era insensível à defesa dos acusados. Ao contrário do que se verificou no processo de Cristo, nos processos normais o Sinédrio preocupava-se em respeitar os direitos dos réus: - “*Se um discípulo (de algum rabino do Sanhedrin), presente na audiência, manifestava ter algo a dizer contra o réu, era mandado calar; se se propunha falar a favor deste, era admitido*”.

Até a confissão dos acusados tinha limites para ser aceite como prova. Por exemplo, em audiência de julgamento, “*o réu não podia pronunciar-se contra si mesmo*”.<sup>170</sup>

No processo de Cristo, pelo contrário, nenhuma destas regras foi respeitada e ignorou-se que “*melius est petere fontem quam sectari rivulos*” (vale mais buscar a fonte que seguir os regatos).

Parece resultar dos evangelhos que o Sinédrio teve uma posição tendenciosa, inquisitorial e arbitrária, sem a mínima preocupação de fazer um julgamento justo. O único objectivo do Sinédrio foi o de encontrar provas (testemunhas, falsos depoimentos ou mesmo a confissão) que legitimassem a morte de Cristo.

O “*juízo*”, por parte do Sinédrio, não foi mais do que uma formalidade jurídica para justificar a condenação política e religiosa.

Mas todos estes actos, desde o início, são, também, incompreensíveis, pois como chama a atenção CHAIM PERELMAN “*num sistema muito diferente, o do direito hebraico, em que a legislação foi dada por Deus, de uma vez para sempre e já não era permitido modificar, a natureza dos talmudistas soube adaptar, graças à interpretação, um direito imutável às circunstâncias mutáveis da vida em sociedade*”.<sup>171</sup>

A Pilatos, como representante do imperador de Roma, apenas lhe competia defender os interesses do império. Sendo pagão e indiferente a motivações religiosas, pensou até libertar Cristo.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> Bexiga, Valério. “*O Juiz e o Fariseu*”, Algarve em Foco Editora, 1989, p. 21.

<sup>171</sup> Perelman, Chaim. “*Ética e Direito*”, os lugares da argumentação jurídica, Instituto Piaget, 2002, pág. 383.

<sup>172</sup> Jo 19, 12 e MT 27,19. Cláudia, a mulher de Pilatos, chegou a tentar evita que Pilatos condenasse cristo “a mulher mandou-lhe dizer: «Não te imiscuas no caso desse Justo, porque muito sofri hoje em sonhos, por causa d’ Ele”). Por ter considerado cristo ‘Justo’ a mulher de Pilatos, Cláudia, foi tida como Santa por muitos cristãos.

Para Pilatos prevaleceram as motivações de natureza política, Cristo também se afirmara Rei dos Judeus. Este facto poderia pôr em causa a unidade do império Romano, “*Se o libertares, não és amigo de César; todo aquele que se faz rei é contra César*”.<sup>173</sup>

Uma outra acusação foi a subversão de Cristo ao império, ao proibir dar tributo a César. Os acusadores do Sinédrio assim interpretaram a frase: “*A César o que é de César e a Deus o que é de Deus*”. Pilatos, por outro lado, não podia desautorizar o Sinédrio. Entre Pilatos e os Judeus já tinham surgido demasiados conflitos.

A sobrevivência política de Pilatos estava em causa.

Segundo alguns historiadores (ex. Flávio José, e Filon), Pilatos era um dirigente sabido e matreiro, político terrível e perigoso.

Ao lavar as mãos dizendo “*Estou inocente do sangue deste Justo*” e “*não acho n’Ele culpa alguma*”,<sup>174</sup> é um gesto que pode ser interpretado como fazendo parte do político matreiro que era Pilatos.

Como é possível que um julgador romano diga que o acusado é inocente, mas condena-o à morte?

A condenação de Cristo é uma oportunidade única para captar a simpatia do povo e autoridades religiosas da Judeia. Por outro lado, Pilatos podia demonstrar ao imperador Tibério que afinal era um governador temível, capaz de repôr a ordem na sua Província.

Ao escrever o letreiro na cruz “*Este é o Rei dos Judeus*”, contra vontade dos sacerdotes, Pilatos quis afirmar o poder do império Romano sobre o povo da Judeia.<sup>175</sup>

A condenação de Cristo à morte foi, sem dúvida, por parte de Pilatos, uma decisão essencialmente política. Mas também foi devida porque “*a Lei de Deus não é nenhum código de relações humanas, tal como os Fariseus a pensam*”. É neste cruzamento, que o levará à cruz, que Jesus de Nazaré fica: “*não pensa a lei como um judeu; também não pensa a lei como um romano. A sua compreensão da lei não tem lugar no mundo...*”.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> Jo 19, 12.

<sup>174</sup> MT 27,24 e Jo, 18, 38.

<sup>175</sup> Após a morte de Cristo, a Bíblia não mais menciona Pilatos. Não há certezas sobre o seu destino. Uns dizem que corruído pelos remorsos, suicidou-se. Outros afirmam que acabou por converter-se ao cristianismo.

<sup>176</sup> Fernandes, João Alexandrino. “*Jesus de Nazaré e a Lei*”, vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, pág. 353.

Eis porque “*libertando o hebreu da Lei e o pagão da sabedoria, a cruz une os povos*”.<sup>177</sup>

#### IV.III. As irregularidades processuais

“*É preciso descobrir o erro, e não a verdade*”

Carlo Suares<sup>178</sup>

Da análise efectuada com base nos textos que chegaram aos nossos dias, a primeira impressão a extrair, segundo ALEXANDRINO FERNANDES, quanto a Jesus de Nazaré é “*um homem, sobre o qual não existem quaisquer documentos “oficiais”, inscrições, crónicas, actas de processos*”.<sup>179</sup> Ora tendo havido um julgamento e uma condenação, a falta da acta do acto só por si configuraria uma irregularidade no processo de Cristo. No entanto, há até quem considere, como JACQUES PATERNOT que não se tratou de um julgamento mas de um “*homicídio cometido e cuidadosamente organizado*”.<sup>180</sup>

Entre as irregularidades mais flagrantes, destacam-se as seguintes:

- O Tribunal reuniu à noite, contra o procedimento habitual e sem justificação legal.

- Na véspera do Sabbat, dia de descanso sagrado dos Judeus.

- O Grande Sinédrio reuniu sem a presença de todos os seus membros.<sup>181</sup>

Certamente devido, conforme OCTÁVIO PAULO, ao receio de possíveis tumultos dada a elevada presença de peregrinos, estimados entre 25 e 30 mil, que afluíam à Cidade Santa por alturas da Páscoa.<sup>182</sup>

- Antes de ser julgado, *Cristo foi espancado*, o que também contrariava a lei judaica.

---

<sup>177</sup> “*Bíblia Sagrada*”, nova edição papal, Missionários Capuchinhos, Lisboa, MCMLXXIV, pág. 1259.

<sup>178</sup> Morin, Edgar. “*As grandes questões do nosso tempo*”, Notícias editorial, 5.ª edição, Outubro de 1997, p. 147.

<sup>179</sup> Fernandes, João Alexandrino. “*Jesus de Nazaré e a Lei*”, vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, pág. 343.

<sup>180</sup> Paternot, Jacques. “*O Assassinato de Jesus*”, Editorial Inquérito, 1999, pág. 12 e 115.

<sup>181</sup> Grande Sinédrio era composto por 23 membros ordinários, e quando funcionava em pleno com 71 membros. Este número tem origem na passagem bíblica do Livro dos Números, Cap. XI, ver. 16.

<sup>182</sup> Paulo, Octávio “*O Processo e a Morte de Jesus*”, Edit. Hugin, 1999, p. 156: - Ao número de peregrinos haverá ainda que juntar-se a população de Jerusalém, o que dará um número aproximado de cerca de 180 mil pessoas por alturas da Páscoa.

- *Não houve julgamento público*, tal como era habitual para os crimes de rebelião de que Cristo foi acusado.

- *A sentença foi executada de imediato*, não se tendo observado o período de intervalo de um dia, ou pelo menos uma noite completa, entre a sentença e a morte, como o impunha o Direito Romano.<sup>183</sup>

- *Omissão de defesa*, uma vez que o Direito Judeu na época “*funcionava já segundo um modelo de tipo anglo-saxónico, garantindo ao acusado meios de defesa extremamente latos para a época*”.<sup>184</sup> São Paulo diz que “*não era costume dos romanos conceder a entrega de homem algum antes de o acusado ter os acusadores na sua frente e dispor da possibilidade de se defender da acusação*”.<sup>185</sup> No entanto, Cristo foi preso e só depois foi feita acusação no Sinédrio, e esta foi novamente alterada perante Pilatos.

- Apenas foram ouvidas testemunhas de acusação, representativas das doze tribos de Israel, dos fariseus e hebreus, e algumas em nome do Império Romano. Das personagens próximas de Jesus, até São Pedro negou conhecer Cristo.

- *Alteração da acusação*. A acusação inicial de blasfémia, por afirmar-se filho de Deus,<sup>186</sup> perante o Grande Sinédrio, foi alterada perante o Tribunal Romano, já que este inicialmente recusou julgar Cristo por não atender para matéria de índole religiosa. Cristo passou então a ser acusado de crime político, por promover a rebelião pública.<sup>187</sup>

- *Confissão como prova*. A confissão dos acusados tinha limites para ser aceite como prova no Direito Judeu. Na audiência de julgamento, “*o réu não podia pronunciar-se contra si mesmo*”. Com Cristo, pelo contrário, após ter respondido à pergunta de Anãs: “*És tu o Cristo, o Filho de Deus ? E Jesus: “Tu o disseste. Eu o sou*”,<sup>188</sup> tal “*confissão*” foi considerada suficiente como prova no Grande Sinédrio: “*Blasfemou! que necessidade temos de testemunhas ?*”<sup>189</sup>

- *Ausência de defensor ou advogado de defesa*. Nas várias descrições sobre o julgamento de Cristo, nunca aparece a figura do defensor, ou advogado de defesa.

---

<sup>183</sup> Mommsen, Théodore in “*Le Droit Penal Romain*”, Paris, 1907, (Secção 11, Livro V, pág. 246 e 55) – quanto à Pena de Morte no Direito Romano -.

<sup>184</sup> Paternot, Jacques “*in*” op.cit., pág. 114.

<sup>185</sup> Act, 25, 16.

<sup>186</sup> MT 26, 65-66.

<sup>187</sup> Este tipo de ilícito (*crimes contra a ordem e a tranquilidade pública*) esteve previsto no art.º 179.º (sedição) do Código Penal Português, anotado, Coimbra Editora, Lda, 6.ª edição, 1969, p. 382

<sup>188</sup> Roux, Jean-Paul. “*Jesus*”, Edições 70, 1992, pág. 367.

<sup>189</sup> MT 26, 65-66 e Bexiga, Valério “*in*” “*O Juiz e o Fariseu*”, Algarve em Foco Editora, 1989, pág. 21.

No Direito Romano já existia a possibilidade das partes constituírem advogado, quer em processo penal, quer em processo civil. Eram conhecidos pelos “*oratores*” ou “*patronus*” que apresentavam os factos aos “*recuperatores*” (*juizes de facto, que tinham o poder de julgar*). Tenha-se presente que Demóstenes em Atenas (384-322 a.e.c. (aC.) e Cícero em Roma (106-43 a.e.c. (aC.) foram dois dos mais ilustres advogados e oradores conhecidos da antiguidade.<sup>190</sup>

A *presença de defensor* era porém facultativa. O acusado podia defender-se por ele próprio, ou indicar alguém que o defendesse. Não consta que tenha sido dada essa possibilidade a Cristo.

- Muitas outras ilegalidades podem ser apontadas, por ex. a prisão de Cristo foi precedida de uma dádiva ilegal de dinheiro a Judas.<sup>191</sup> A flagelação só era aplicada a escravos, e Cristo era um homem livre; Não foram respeitados os prazos legais e as formas de processo romano, entre muitas outras irregularidades.<sup>192</sup>

Ora, de todas estas e muitas outras ilegalidades, ou irregularidades processuais sobressaem quatro, que à luz do direito hebraico e romano vigentes, dificultam compreender as reais motivações do acusador e do sentenciador.

A primeira prende-se com o facto de a prisão e julgamento de Cristo terem sido na véspera de Sábado de Páscoa. Ora, nos dias nefastos era proibido qualquer prisão ou julgamento.

A segunda tem a ver com o facto de, concluído esse interrogatório, por unanimidade proferiram o veredicto: É réu de morte. Ora, quando o veredicto é unânime pela condenação resulta em absolvição.

Mesmo que assim não fosse, por um lado, “*o interrogatório como qualquer testemunho, está sujeito à critica do juiz, que poderá considerá-lo todo verdadeiro ou todo falso, mas poderá também aceitar como verdadeiras certas partes e negar crédito a outras*”.<sup>193</sup> E, por outro, um testemunho não é necessariamente infalível nem necessariamente erróneo como salienta CARRINGTON DA COSTA, advertindo para que “*todo aquele que tem a árdua função de julgar, fuja à natural tendência para considerar a concordância dos testemunhos como prova da sua veracidade. Devem,*

---

<sup>190</sup> Bexiga, Valério. “*O Advogado e a História*”, Faro, 2000, p. 13 e ss – quanto à função de advogado no Direito Romano - .

<sup>191</sup> *A Lei Judaica proibia que alguém recebesse “presentes corruptores” ... a corrupção cega os olhos dos sábios e perverte a palavra dos justos* (Deut. 16, 19).

<sup>192</sup> Regattieri, Carlos Pre. “*O Processo de Jesus*”, publicado em 1921, Botucatú, São Paulo, Brasil - analisa, pelo menos, vinte e duas irregularidades jurídicas.

<sup>193</sup> Altavilla, Enrico in “*Psicologia Judiciária*”, vol. II, Coimbra, 3ª ed., pág. 12.

*antes, ter-se bem presentes as palavras de Bacon: «os testemunhos não se contam, pesam-se»*<sup>194</sup>.

A terceira reside no facto de, na “audiência de julgamento”, “*o réu não podia pronunciar-se contra si mesmo*”.

Estas ilegalidades são declaradamente praticadas pelo Sinédrio, mas no que diz respeito a esta última, muito menos se compreende, fase ao brocado latino “*nemo tenetur se ipsum accusare*” (ou *prodere*) que presta precisamente homenagem à lei talmúdica hebraica”, em que a liberdade de declaração do arguido ganha a estrutura de um autêntico “*abwehrrecht*” contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias e muito menos valoradas em desfavor do condenado.<sup>195</sup>

Finalmente, a quarta tem a ver com a competência de Pôncio Pilatos que se julgou-se incompetente em *ratione materiae* (crime de blasfémia) e *ratione loci* (Cristo sublevava o povo, ensinando-o domicílio diversos - Nazaré na Galiléia) e passa para Herodes (Governador da Galiléia) que também não vê culpa.

Considerando que “*provar é dar a conhecer em justiça a verdade de uma alegação pela qual se afirma um facto do qual decorrem consequências jurídicas*”,<sup>196</sup> se não há culpa como pode haver condenação ?

Porque razão tudo se passou assim ? A resposta encontra-a SANDERS louvando-se em Josefo “*aperceber-se-á que João descreve um tipo de processo que teria sido considerado adequado num caso sem grande importância: o sumo sacerdote ouviu conselheiros e fez uma recomendação ao prefeito, que agiu em conformidade*”.<sup>197</sup>

Finalmente, da reconstituição do julgamento resulta o facto de Cristo ter sido julgado segundo a forma do processo “*extra ordinem*”. Tratava-se de uma forma de processo simplificada, essencialmente verbal (logo, pouco documentada).

Sequencialmente, morreu um presumível inocente e morreu, para o exercício de funções públicas, um confesso culpado “*aliás, Pilatos acabou por ser demitido do seu*

---

<sup>194</sup> Carrington da Costa, “*Psicologia do testemunho*”, in *Scientia Iuridica*, pág. 337.

<sup>195</sup> Andrade, Manuel da Costa. “*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*”, Coimbra Editora, 1992, pág. 125.

<sup>196</sup> Perelman, Chaim. “*Ética e Direito - os lugares da argumentação jurídica*”, Instituto Piaget, 2002, pág. 530.

<sup>197</sup> Sanders, E.P. “*A verdadeira História de Jesus*”, Editorial Notícias, 2.<sup>a</sup> edição, Outubro de 2004, pág. 97.

*cargo devido a ter mandado fazer execuções mal avisadas em larga escala*”,<sup>198</sup> mas também o foi “pelo governador da Síria, após insurreição armada dos samaritanos”.<sup>199</sup>

A esta distância e ainda com ECO no ouvido, naturalmente, o de HUMBERTO, fica a interrogação sobre se sofreria o Sinédrio ou alguns dos seus membros de “*cogito interruptus*”, na perspectiva do “*típico de quem vê o mundo não habitado por símbolos, mas por sintomas: sinais indubitáveis de qualquer coisa que não está nem cá em baixo, nem lá em cima, mas que mais tarde ou mais cedo acontecerá*”.<sup>200</sup>

É no contexto exposto que entendemos as palavras de PAUL ROUX “... *mas, de tudo isto, só o homem, pelos seus actos e pelos seus pensamentos, é responsável e não Jesus*”.

E também as palavras de PAUL WINTER:

- “*No acabo todo, no.*

*Ni la sentencia de Pilatos, ni la disputa de los soldados que se repartieron sus vestiduras, ni siquiera el grito de la Cruz fue la última palabra.*

*Los ausadores antiguos murieron. Se fueron los testigos.*

*El juez abandonó la sala.*

*El juicio de Jesus sigue.*

*Su juicio es un juicio que nunca termina, um juicio en que los papeles de juez y de acusado estan extrañamente invertidos*”.<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> Sanders, ob. Cit., pág. 340.

<sup>199</sup> Duquesne. Jacques. “*Jesus*”, Círculo dos Leitores, Março de 1997, pág. 216.

<sup>200</sup> Eco, Humberto “*Viagem na Irrealidade quotidiana*”, 3.ª edição, Difel, 1986, pág. 220.

<sup>201</sup> Winter, Paul. “*El Proceso a Jesús*”, Muchnik Editores, Spain, 1983, pág. 284.



### PARTE III

## V. CONCLUSÃO

“Aqueles que não conseguem recordar-se da  
experiência estão condenados a repeti-la”.

Santayana <sup>202</sup>

Face aos desafios expressos na apologia, cheguei entusiasmado ao termo deste trabalho e, se calhar não devia, porque acumulei mais interrogações e temas para reflexão do que certezas concludentes. De certezas, apenas uma, não esgotei o tema, nem as duas valências que o compunham – o “*ius*” e a “*magistratura*”, nos seus diversos enfoques.

O objecto definiu o método. As questões suscitadas pelo Direito Romano, e o modo como foram abordadas, regeram-se pela natureza e função do mesmo.

Desde cedo aprendi que Direito é *regulamentação de condutas*. O que significa, partindo da distinção clássica entre teoria e prática, que as normas jurídicas não servem o conhecimento do mundo, mas sim a ordenação de comportamentos, redundando, afinal em normas práticas, ou seja, preceitos sobre condutas.

A distinção, aliás, entre teoria e “*praxis*”, ou seja, entre uma análise dirigida ao conhecimento e uma análise dirigida à ordem da acção, já era corrente na antiguidade.

A minha apetência histórico-jurídica impelia-me, ruidosa e persistentemente, para um apelo à história, no dizer de ANTÓNIO HESPANHA, “*como instrumento de crítica e de heurística. Como um instrumento de crítica, ela revela o carácter epocalmente situado dos paradigmas políticos e jurídicos actualmente dominantes (...). Como instrumento de heurística, ela sugere modelos alternativos de viver o direito e de o relacionar com outras "tecnologias disciplinares", patenteando, também, as condições sociais, culturais e políticas de que dependem*”. <sup>203</sup>

Mas o objecto deste trabalho balizava as suas fronteiras.

---

<sup>202</sup> Morin, Edgar. “As grandes questões do nosso tempo”, Notícias editorial, 5.ª edição, Outubro de 1997, pág. 11.

<sup>203</sup> Hespanha, António. “Justiça e litigiosidade: História e Prospectiva”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Setembro, 1993, p. 7 e 8.



É da análise feita que se constata que temos vindo a falar de um povo, latino, que sob a ameaça Etrusca, emergiu acantonado na “*vici*”, primeiro confederado sob a hegemonia da Liga Alba Longa e depois na Liga Septimancial, e que, das sete colinas de Roma (*Capitólio, Quirinal, Viminal, Aventino Esquilino, Célio, e Palatino*), ocupou as três últimas e deu lugar à “*civis/quiris*” ou “*cives/quirites*”.

Um povo que reconhece cinco direitos fundamentais; - o “*ius honorum*”, o “*ius suffragii*”, o “*ius connubi*”, o “*ius commercii*” e o “*ius actionis*”.

Começam aqui as admirações e interrogações positivas.

Que dizer então de um povo que instituiu uma monarquia, mas em que o rei não é um “*dominus*” (senhor absoluto), nem dispõe do território como património pessoal, mas ao invés, é investido pelo povo na chefia da “*civitas*”, apesar de ser um “*rex*” vitalício, pode indicar mas não impor sucessor, a que se sucederam as magistraturas republicanas temporárias e mesmo o cargo de ditador é semestral ? Apesar das excepções, tais como com Sylla “*dictator legibus scribundis et reipublicar constituendae*”, o 1.º triunvirato, César, o 2.º triunvirato ou o “*imperium proconsulare maius*”.

Que dizer de um povo que, no início, reconheceu três atribuições próprias dos comícios: - legislativas (*aprovar leis que lhe fossem propostas por magistrados competentes*), eleitorais (*elegiam os magistrados*) e judiciais (“*provocationes ad populum*”) ? Apenas esvaziadas formalmente no Principado.

Finalmente, o que dizer de um povo que cria um cargo e dota uma função criando a magistratura especial do estrangeiro, o pretor peregrino, “*qui inter peregrinos aut inter cives et peregrinos ius diceret*”. Junto a ele, em vez da solenidade “*per aes et libram*”, valia a simples transação; em vez da “*mancipatio ritual*”, a simples tradição; em vez da “*sponsio*” sacramental, a estipulação, “*encontrando-se os estrangeiros mais beneficiados em relação aos próprios “cives”*”. ?<sup>204</sup>

Verifica-se que falar de “*crise*” do “*ius*”, da “*lex*” das “*instituições*” é hoje, e sempre foi, um lugar comum e, *quiçá*, nomeadamente, acompanhado de suspeição do “*príncipe*”, relativamente ao aplicador/julgador. Claro que nem sempre se trata de um tópico assaz inocente, antes pelo contrário, nele se insinua um projecto jurídico reformador ou alternativo.

---

<sup>204</sup> Mendes, João de Castro. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958, pág. 349.

Por isso mesmo, o percurso não foi linear, ocorreram vicissitudes várias com formas de governo distintas desde a expulsão do “*rex*”, à criação de dois “*cônsules*” - mas mantendo um “*rex sacrorum*” -, à “*guerra*” de “*status*” entre os “*patrícios*” e os “*plebeus*” por estes não terem o “*ius honorum*”, o “*ius connubii cum patribus*” ou o conhecimento do direito que lhes era aplicável, contudo a “*iurisdictio*” (para além do “*imperium*” e da “*potestas*”) daqueles que deram nome à monarquia e à república, chegou aos “*pretores*” e aos “*edis curuis*”, embora se alterasse substantivamente no Principado e no Dominado.

Segundo as máximas de Pomponius: - “*ius civile in sola prudentium interpretatione consistit*” (D.I, 2,2,12.), o direito consiste apenas na interpretação dos juristas, a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios do sistema doutrinal (*ratio iuris*) e as leis estabelecidas contra estes princípios (*contra tenorem iuris rationis*) são excepcionais (ou mesmo *odiosae*). Tais máximas encontram-se efectivamente arredadas do direito contemporâneo em geral, e do direito romano em particular, a partir de determinada altura. Veja-se quando “*os juízes recusaram-se a aplicar nos tribunais as constituições (sacra principum constitutiones) sobretudo quando viam que eram injustas ... cometiam o crime de sacrilégio punido com pena de morte ... O Imperador acabou por vencer ... mas não convenceu.*”.<sup>205</sup>

Neste enquadramento, se compreendem as palavras de PROSPER WEIL, “*a existência de um direito é em alguma medida fruto de um milagre, mas causa admiração que o próprio Estado se considere “ligado” (vinculado) pelo direito [etimologicamente a lei é aquilo que liga (vincula)] ... Ainda com mais razão, deve considerar pouco normal ver as suas decisões submetidas á censura de um juiz.*”.<sup>206</sup> E de Cícero, autor do pós “*ius*” “*... et talis est quaeque res publica, qualis eius aut natura aut voluntas qui illam regit*” (cada estado é tal qual a natureza ou a vontade de quem rege).<sup>207</sup>

Estas posições, salvo a devida vénia, só são aceitáveis para quem não conheça, ou não compreenda, que as leis são corpos a que os juízes dão a alma e o entendimento: - “*Scire lega non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”, conforme advertia CELSUS, contudo, com a evolução de um “*ius*”, casuístico, directo, aplicado com base nas regras da experiência e do senso comum, sucedeu-lhe a “*lex*” que, numa

<sup>205</sup> Sebastião Cruz, “*Direito Romano*”. I. Introdução, Fontes, 3.<sup>4</sup> ed., ed. do autor, Coimbra, 1980, págs. 272 e 273.

<sup>206</sup> Weil, Prosper. “O Direito Administrativo”, Almedina, 1977, p. 7.

<sup>207</sup> Cícero, “*De Re Pvblica*”, tradução de Francisco Oliveira, (Tratado da República), Temas & Debates, ARD-COR, Março 208, ponto 1.47, (Cipião), pág. 43 e 102.

apreciação actualista, nas palavras de JOHN GILISSEN “*tornou-se a principal fonte de direito no séc. XIX. Ela é mesmo, segundo a teoria do positivismo legalista, a única fonte de direito positivo. (...) A lei invadiu o nosso século.*”.<sup>208</sup>

Em qualquer dos casos, o juiz romano, pela sua interpretação, adapta-se aos valores do meio. Esse esforço de adaptação poderia ter sido facilitado graças ao recurso frequente ao legislador, mas não. A figura do “*pretor*” impôs-se, para resolver com auxílio da equidade os casos concretos, antes submetidos ao frio e desumano rigorismo das formalidades, muito à semelhança do actual juiz na Common Law, apesar dos anglo-saxónicos terem sido os que menos aproveitaram o direito romano. A noção de conteúdo variável, tal como as de *bons costumes*, *ordem pública*, *interesse geral*, *razoável*, definem-se em cada caso particular por referência a valores, aspirações, usos e crenças que dominam num dado meio.

É neste contexto que aparecem as acções e os processos: - “*legis actiones*”, “*per formulas*” e “*cognitio extra ordinem*”.

A sentença do “*iudex*” supunha, via de regra, uma simples declaração que tinha o condão de pôr fim à controvérsia e de fazer nascer uma nova relação jurídica entre os litigantes. Essa nova relação, denominada “*res iudicata*”, iria servir de fundamento da “*actio iudicati*”, pela qual o autor com vencimento na causa podia exigir o cumprimento da sentença que lhe fora favorável.

A “*auctoritas rei iudicata*” como produto imediato da sentença condenatória, na célebre definição de Modestino, gerava então, para além dos demais efeitos, a “*obligatio iudicati*”. Da sentença, outrossim, emergia o efeito de permitir a inserção da “*exceptio rei iudicatae*” na fórmula de idêntica “*actio*” posteriormente apreciada.

Com esta forma processual, o principal efeito desta “*estatização*” do processo romano ocorre em relação à sentença. Esta jamais se identificará com um simples parecer jurídico de um cidadão investido no poder de julgar, ou ficará vinculada a alguma das fórmulas existentes no processo anterior, ao invés, impõe um comando soberano, imperativo e vinculativo para as partes, uma vez que é emanada de um órgão estatal, apesar da existência da dupla jurisdição para recurso a instância diferente e superior.

Isto acontece porque a “*sententiae iudicis*” corresponde ao exercício da “*iurisdictio*” entregue às magistraturas que detêm a função jurisdicional do Estado. Esse

---

<sup>208</sup> Gilissen, John. “*Introdução Histórica ao Direito*”, 4.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Setembro, 2003, p. 417.

modo de ser, inteiramente novo, assinala a eliminação dos resíduos da concepção arbitral e privada do antigo processo das acções da lei que permaneceram no processo formular e, como já foi assinalado, marca a última etapa da transição da arbitragem privada para o processo público.

O novo conceito de sentença – que passa para a codificação de Justiniano – nascido com as ”*cognitiones*” do período clássico (*processo formular*) e que se consolida nesta forma processual, imprime nova orientação ao sistema processual romano, interferindo no conceito de caso julgado.

Isto verifica-se nestes termos porque, quando a regra se deslocou da “*litis contestatio*” para a “*sententiae*”, esta já perdera o carácter de opinião arbitral privada, fundando-se no “*iussus iudicandi*” , que transmitia ao acto um carácter estatal, como fase de uma evolução que se vai completar nesta fase processual, em que a “*sententia iudiciis*” é expressão da actividade jurisdicional do Estado Romano, propiciando distinguir-se entre sentença e coisa julgada, através das vias de reexame que a tutela jurisdicional estatizada propiciou.

A “*res iudicata*” liga-se, assim, na concepção romana, à autoridade estatal, de início vinculada à “*litis contestatio*” enquanto encerramento do procedimento “*in iure*”, depois à “*sententiae*”, primeiro como acto pelo qual é solucionada a controvérsia, subjectiva e objectivamente fixada na fórmula e, por último, como via de entrega da prestação jurisdicional, quando subordinada ao monopólio do Estado, num longo percurso que teve o seu início nas “*legis actiones*”, chegou à “*extraordinaria cognitio*”, e terminou na condificação de Justiniano.

Extrai-se com segurança que, neste momento histórico de evolução do direito processual, o caso julgado passa a identificar-se com os efeitos da sentença, tendo como efeito negativo, a impossibilidade da instauração de um novo processo acerca do mesmo objecto, sendo oponível a “*exceptio rei iudicatae*” e, como efeito positivo, o sentido de que a sentença, nos limites do seu conteúdo, somente operava o seu comando entre as partes envolvidas, não podendo, em regra, prejudicar terceiros.

Recuperando as vicissitudes do percurso, detectaram-se idiossincrasias de processos, como aquele de que a história nos dá registo, sobre um reconhecido inocente, pela autoridade romana, ter sido por ela condenado à morte, apesar da passividade daquele que “*durante as idas e vindas de prisioneiro, torturado entre judeus e romanos, não procurará salvar a vida, tentará ir até ao fim da missão, evitar a falsificação do*

*processo, dar-se a conhecer. A morte é uma violência a que se submete mais vai transformar a paixão em acção*".<sup>209</sup>

Mas também a história nos deu relato de como um reconhecido culpado, pela autoridade romana, foi pela mesma ilibado *“malgrado a indignação pública e a raiva que se lhe tinha, Galba foi absolvido, deve-o, referia Rulilius, a estes efeitos patéticos (instituiu o povo romano tutor dos seus filhos destinados a serem órfãos). Era esta também a opinião de Catão, que diz na sua obra: “Sem filhos e as lágrimas a que recorreu Galba teria sofrido o castigo merecido”*.<sup>210</sup>

Não devia ter acontecido ? Se calhar não. No entanto, no ano 2008 da e.c. (dC.), *“na cadeia penal que conduz ao julgamento, a tendência dominante é depositar toda a confiança nos autores das decisões que vão sendo proferidas.”*.<sup>211</sup>

É verdade que hodiernamente *“dizer que alguém é capaz de julgamento é afirmar a sua capacidade de escolher ou de decidir de maneira não arbitrária, quer dizer de maneira racional e, de preferência razoável que não se opõe sem razão ao senso comum, que manifesta bom senso”*.<sup>212</sup>

E também se sustenta, conforme HENRIQUES GASPAR que *“as funções da justiça revelam-se, desdobraram-se e concretizam-se fundamentalmente em dois momentos e em duas fases substanciaias de uma mesma finalidade – a “jurisdictio” e o “imperium”*.

E concretizando as suas duas permissas considera que a *“jurisdictio” (dizer o direito) constitui a função de decidir, de definir a existência, a titularidade, o conteúdo e os modos de exercício de um direito e tem pressuposta a eficácia do sistema, das instituições e dos agentes que as servem*”.

O *“imperium” traduz a função de fazer respeitar a decisão; constitui a função pragmática da justiça, dando sentido efectivo, útil e prático às decisões*”.

Recuperando os exemplos de Cristo e de Galba só se poderia concluir que a eficácia do sistema deve supor respostas de qualidade – processual, substancial e de razoabilidade dos tempos de decisão. Quanto a Cristo só o último destes elementos foi observado.

No entanto, na altura, ao contrário dos tempos actuais, a confiança como *“instituição invisível”* não se erodia, e a justiça e as suas instituições não eram o centro

---

<sup>209</sup> Duquesne, Jacques. *“Jesus”*, Círculo dos Leitores, Março de 1997, pág. 208.

<sup>210</sup> Cícero. *“Do Orador”*, Livro I, IX.35, Res Jurídica s/d, pág. 60.

<sup>211</sup> Alt, Eric. *“A qualidade da decisão judicial”*, Revista Julgar, n.º 5, pág. 13.

<sup>212</sup> Perelman, Chaim. *“Ética e Direito”*, os lugares da argumentação jurídica, Instituto Piaget, 2002, pág. 530.

do julgamento, numa contradição entre uma “atribuição ex ante de confiança” e um “exercício ex post de desconfiança”.<sup>213</sup>

Eis me chegado da viagem à parte sempre mais desejada, por ser aquela em que se põe um ponto final ao labor desenvolvido, atracando-se em porto seguro. No entanto, perdoe-se a sinceridade, tal ponto final está longe de ser colocado, porque a vontade de continuar a prescrutar faz manter a motivação e a energia própria de iniciático.

Como se foi deixando expresso ao longo do percurso, a minha intenção, nestas páginas, não foi revelar beleza de estilo, flores de retórica, rasgos de sublime eloquência ou estas palavras “assumirem-se como a navalha tremeluzente cujo seu brilho continuará a iluminar a interminável narrativa (...)” da interpretação do “ius” em Roma.<sup>214</sup>

Não foram pretensões a ser literato, muito menos romanista, e se as tivesse, seria em mim comprometedor porque me faltam completamente as habilitações precisas, a ciência adequada, pois que mais se pode pedir de um “magistratus” de proximidade, que “segue a linha de conduta que lhe é traçada pelo príncipe”<sup>215</sup> (seja qual for o seu “nominem iuris”). Longe de mim as vestes de Pretor e, muito menos, a ambição ao pretório daquele, pretérito, ou de qualquer outro, presente, Pôncio Pilatos.

E não ambicionando os encómios do labor mas sim a consciência tranquila de um esforço cumprido no presente trabalho, de que ficou a determinação de não parar, procurei fazer jus a LATORRE quando dizia “nunca conheci um jurista que, tendo compreendido uma questão, não a tenha podido explicar”.<sup>216</sup>

Esta conclusão, intencionalmente longa, tem também por objectivo prestar homenagem aos eméritos romanistas, porventura dos maiores, como Ruy de Albuquerque que “não se considerava romanista”<sup>217</sup>, e Braga da Cruz que, com a humildade dos sábios, “não se considera nem tem pretensões a ser um romanista. E pede ao seu amigo (...) que venha...”.<sup>218</sup> Recompondo um conhecido apotagma de Leibniz, quem melhor do que os mais limos guardiões de uma memória, que tanto sublimaram, para me iluminarem o caminho e esclarecer o juízo?!...

---

<sup>213</sup> Gaspar, António Henrique. “O tempo judiciário e a qualidade da decisão – eficiência do sistema e eficácia da decisão”. Revista Julgar, n.º 5, 2008, pág. 19-20.

<sup>214</sup> Mendonça, José Tolentino. “As estratégias do Desejo”, 2.ª edição acrescida, Cotovia, 2003, p. 11.

<sup>215</sup> Mendes, João de Castro. “História do Direito Romano”, AAFD, Lisboa, 1958, p. 321.

<sup>216</sup> Latorre, Angel. “Justiça e Direito” in Cunha, Paulo Ferreira da. “Introdução à Teoria do Direito”, Resjuridica, s/d, p. 52.

<sup>217</sup> Pinto, Eduardo Vera-Cruz. “A disciplina de Direito Romano em Portugal e nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa”, vol. XLVI, n.º 1, Ver. FDUL, Coimbra Editora, 2005, p. 373.

<sup>218</sup> Justo, António Santos. “Jornadas Romanísticas”, Colloquia II, Studia Iuridica 70, Coimbra Editora, 2003, p. 9.

Eles fizeram compreender, assim como tantos outros inter-vivos, por um lado, que o Direito Romano deve a sua grandeza e a sua missão histórica universal à vocação jurídica inata do povo romano, à visão aberta da realidade da vida, bem como a uma sensibilidade jurídica herdada e formada no decurso dos tempos. E por outro, que pelas criações geniais dos juristas, em geral, e em particular da época da República e do Principado, sobretudo na época da jurisprudência clássica, o direito foi elevado a um patamar de desenvolvimento e de perfeição, anteriormente jamais atingido, nem pela especulação, e proporcionaram-lhe, no pensamento jurídico da humanidade, um prestígio intelectual que se continua a impor para além do tempo histórico de vida do povo romano, e sem dúvidas, deixaram um crivo indelével nos tempos de hoje.

E mesmo constatando-se que *“o direito pós clássico acusa fenómenos de vulgarismo ... a prática empobrece-se como consequência da falta daquela classe de jurisperitos a quem fora, em Roma, confiada uma missão proeminente: a de criar e de transformar o Direito mediante uma contínua indagação em torno de casos concretos. Através da “interpretatio prudentium” elaboram os juristas o “ius civile” e, dotados de grande prestígio pela sua “sapientia iuris” e popularidade, projectam a sua actividade em todo o campo do Direito”*.<sup>219</sup> Esta posição não a retira a razão com que os antigos chamavam à jurisprudência *“auctoritas rerum perpetue similariter iudicatarum”*.

Aproximadamente, no dia 7 de Abril do ano 30, Pilatos perguntou a Cristo: *“o que é a verdade ?”*.

Só saberemos responder pela negativa. Não será concerteza como está traduzida no velho axioma formulado por Hobbes e que foi a base de todos os sistemas totalitários: *“é a autoridade e não a verdade que faz a lei”*, escreveu aquele tratadista político. Pelo contrário: *“é a verdade e não a autoridade que faz a jurisdição”* (*“Veritas, non auctoritas facit iudicium”*).<sup>220</sup>

Afinal, como é a Verdade que nos torna livres - e, assim, parafraseando ISABEL FONSECA *“lembramos de Freiburg e da frase bíblica escrita a dourado na parede do edifício da sua Universidade: die Wahrheit wird euch frei machen - haverá função mais digna e haverá futuro mais interessante do que aquele que aguarda pelo juiz ?! Vamos esperar para ver como o juiz os agarra...”*.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> Soares, Teresa Luso. *“Em torno do Direito Romano Vulgar”*, revista jurídica, n.º 5, Jan/Mar., AAFDL, 1986, pág. 120.

<sup>220</sup> Carvalho, Orlando. *“Ius – Quod Iustum?”* vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, pág. 5.

<sup>221</sup> Fonseca, Isabel Celeste M. *“Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo”*, função e estrutura, Lex, Lisboa, 2004, p. 111.

“*The last but not the least*”. Eis chegado o tempo do ponto final. Mas ainda com o tempo – essa entidade que não tem corpo mas que só se percebe nos corpos, na imagem feliz de Proust – de olhar para trás e para cima. Para trás, como já foi dito, porque já foi passado “*il mezzo del cammin di nostra vita*” e entender – através dos filtros da memória que teimam, não poucas vezes, em introduzir espelhos de feira côncavos e convexos – o quanto aprendi e recebi de todos os autores citados, sem exceção, assalta-me de imediato o travo amargo de uma dívida de gratidão não cumprida. Para cima, também, para agradecer e negar a falta de apoio “*Elói, Elói, lama Sabachtani*”.

Por toda esta herança, não podemos concordar com JOSÉ SARAMAGO, “*Ele não está aqui, fui eu quem tocou o sino*”, respondeu o camponês. “*Mas então, ninguém morreu?*” Insistiram os habitantes; o camponês respondeu novamente: “*Não, ninguém que tivesse um nome ou a figura de uma pessoa, eu toquei o sino pela Justiça, porque a Justiça está morta*”.<sup>222</sup>

Se virmos as coisas assim, não compreenderemos que a justiça é “*caput e fundamentum de toda a civitas, o metro dos metros, o valor dos valores. E, repetindo Dante, “hominis ad hominem proportio”*. Em suma, “*aquele bem que não tem fim e a si consigo se mede*”.

Quando chegará essa hora, esse dia do “*regnum justitiae, amoris ac pacis*”?<sup>223</sup>

Fazendo minha a velha sentença romana: “*Ut desint vires, tamen est laudanda voluntas!*” (Embora faltem as forças — espirituais — a boa vontade é sempre digna de louvor!), lembro, com CELSUS, que “*o problema de direito é a realização da justiça...*”.<sup>224</sup>

E, como síntese do encontro entre “*ius*” e “*magistratura*”, como poderia ser do “*encontro entre o direito e a justiça, a bela frase final do Pickpocket de Bresson*”:

- *Oh! Jeanne, quel drôle de chemin pour arriver jusqu'à vous!*<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Saramago, José. “*Da justiça à democracia, passando pelos sinos*”. Le Monde Diplomatique, n.º 576, p. 3, Mars 2002.

<sup>223</sup> Carvalho, Orlando. “*Ius – Quod Iustum?*” vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, pág. 11.

<sup>224</sup> Justo, António Santos. “*Jornadas Romanísticas*”, Colloquia II, Studia Iuridica 70, Coimbra Editora, 2003.

<sup>225</sup> Carvalho, Orlando. “*Ius – Quod Iustum?*” vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996, pág. 121.



## Bibliografia

### - PRINCIPAL:

1. **ALTAVILLA, ENRICO.** in “*Psicologia Judiciária*”, vol. II, Coimbra, 3ª ed.
2. **ALVES, JOSÉ** Carlos Moreira. “*Direito Romano*”, vol. I, 13.ª ed. Revista, Editora Forense, 2002.
3. **ARISTÓTELES.** “*Obra Jurídica*”, col. Resjuridica, s/d.
4. **BARROSO, José Manuel DURÃO.** *Prefácio ao livro de Dusan Sidjanski, “O Futuro Federalista da Europa”*, Gradiva Publicações, 1996.
5. **BEXIGA, VALÉRIO** “in” “*O Juiz e o Fariseu*”, Algarve em Foco Editora, 1989.
6. **CABRAL DE MONCADA, Luís.** “*Elementos de História do Direito Romano*”, Vol. II, Coimbra Editora Lda, 1924.
7. **CALDAS, BRAULIO.** “*Resumo de Direito romano*”, Coimbra, Lith. Marco da Feira, 1883-1884.
8. **CANARIS, Claus-Wilhelm.** “*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.
9. **CARVALHO, ORLANDO.** “*Ius – Quod Iustum?*” vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996.
10. **CÍCERO, “De Re Pvblica”**, tradução de Francisco Oliveira, (Tratado da República), Temas & Debates, ARD-COR, Março 2008.
11. **COSTA, CARRINGTON** da “*Psicologia do testemunho*”, in Scientia Iuridica.
12. **CUNHA, Paulo FERREIRA DA.** “*Anagnose Jurídica*”, Releitura de três brocardos de Ulpianus e de outros textos clássicos, Separata da Revista «O Direito», ano 126.º, 1994.  
\*- “*Tópicos jurídicos*”, Edições Asa, 1995.  
\*\*- “*Introdução à Teoria do Direito*”, Resjuridica, s/d.
13. **DANIEL-LACOMBE, Henri.** “*Droit Funéraire a Rome*”, citando Gaius, Instit, II, § 2, Alphonse Picard, Éditeur, Paris, 1886.
14. **DEL VECCHIO, Giorgio.** “*A Justiça*”, s/editora, nem data (disponível na biblioteca do CEJ).
15. **Étienne, J.** “*Institutes de Justinien*”, Tome Premier, Deuxième Tirage, AIX, 1847
16. **FERNANDES, JOÃO** Alexandrino. “*Jesus de Nazaré e a Lei*”, vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996.
17. **GARCIA, César RASCÓN,** “*Manual de Derecho Romano*”, Tecnos, 3.ª ed., 2000.
18. **GIOVANNI PACCHIONI,** “*Corso di Diritto Romano*”, vol. Terzo, UTE, Torino, 1922.  
\*- “*Corso di Diritto Romano*”, vol. Secondo, UTE, Torino, 1920.
19. **GIRARD, PAUL** Frédéric. “*Manuel Élémentaire de Droit Romain*”, Arthur

- Rousseau, Éditeur, Paris, 1911.
- 20. GONÇALVES, JOÃO** Rodrigues Gonçalves. “*Julgamento de Cristo*”, Faro, 2002.
  - 21. GUTIÉRREZ, RICARDO** Panero. “*Derecho Romano*”, 2a Edición, Tirant lo Blanch, Valência 2000.
  - 22. JACOBETTY, LUISA**. Ao Procurador-geral da República, Quinta-Feira, 2 de Outubro de 2003.
  - 23. JUSTO, A. SANTOS** “*Direito Privado Romano*” – II, *Stvdia Ivridica* 76, 2.<sup>a</sup> ed., Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006.  
 \*- “*A crise da Romanística*”, vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996.  
 \*\*- “*Fases do Desenvolvimento do Direito Romano*” – Coimbra, 1997.  
 \*\*\*- “*In Memoriam*” ao Doutor Sebastião Cruz, vol. LXXII, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade Coimbra, 1996.  
 \*\*\*\*- “*Jornadas Romanísticas*”, *Colloquia II*, *Stvdia ivridica* 70, Coimbra Editora, 2003.  
 \*\*\*\*\*- “*Nótulas de História do Pensamento Jurídico*” (História do Direito), Coimbra Editora, Dezembro 2003.  
 \*\*\*\*\*- “*Direito Privado Romano – I*”, *Stvdia Ivridica* 50, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000
  - 24. KASER, MAX**. “*Direito Privado Romano*”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999.
  - 25. KAUFMANN e Outro, A**. “*Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas*”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.
  - 26. Lagrange, E**. “*Manuel pour Les Aspirans au grade de candidate n droit*”, Bruxelles, 1835.
  - 27. LARENZ, KARL**. “*Metodologia da Ciência do Direito*”, 3.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.
  - 28. LATORRE, ANGEL**. “*Justiça e Direito*” in Cunha, Paulo Ferreira da. “*Introdução à Teoria do Direito*”, *Resjuridica*, s/d.
  - 29. MARTINS, PEDRO**. “*História Geral do Direito Romano, peninsular e português*”, Coimbra, 1907.
  - 30. MENDES, João de CASTRO**. “*História do Direito Romano*”, AAFD, Lisboa, 1958.
  - 31. MENDONÇA, José TOLENTINO**. “*As estratégias do Desejo*”, 2.<sup>a</sup> edição acrescida, Cotovia, 2003.
  - 32. MISCHE, PATRÍCIA M. e Outra (Melissa Merklng)**. “*Desafio para uma Civilização Global*”, Instituto Piaget, 2004, p. 15: - citando o autor in “*A Study of History*”, X, 1954, 3.
  - 33. MOMMSEN, THEÁDORE**, in “*Le Droit Penal Romain*”, Paris, 1907.
  - 34. MOORE, THOMAS**. “*O sentido da Alma*”, Planeta Editora, 9.<sup>a</sup> edição, 1997.
  - 35. MORIN, EDGAR**. “*As grandes questões do nosso tempo*”, Notícias editorial, 5.<sup>a</sup> edição, Outubro de 1997, p. 6.
  - 36. NEVES, António CASTANHEIRA**, “*Curso de Introdução ao Estudo do Direito*”, citado por Cunha, Paulo Ferreira da. “*Introdução à Teoria do Direito*”, *Resjuridica*, s/d.  
 \*- “*O Princípio da Legalidade Criminal – o seu problema jurídico e o seu critério dogmático*”, Coimbra, 1988.

- 37. NOGUEIRA, José Artur Anes DUARTE.** “*Direito Romano*”, Relatório, Revista da FDUL, 1999.
- 38. ORESTANO, RICCARDO** “*Fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*”, Giappichelli, Torino, 1967.
- 39. OTERO, PAULO**, citando Gomes da Silva, in “*Direito Administrativo*”, Relatório, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.
- 40. PATERNOT, JACQUES.** “*O Assassinato de Jesus*”, Editorial Inquérito, 1999.
- 41. PAULO MÊREA**, Estudos de História do Direito, I, Direito Português, INCM, Lisboa 2007.
- 42. PAULO, OCTÁVIO.** “*O Processo e a Morte de Jesus*”, Edit. Hugin, 1999.
- 43. Pinto, Eduardo VERA-CRUZ.** “*A disciplina de Direito Romano em Portugal e nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa*”, vol. XLVI, n.º 1, Ver. FDUL, Coimbra Editora, 2005.
- \*- “*Estudos de Direito Romano*”, vol. 2, AAFDL, 1991.
- \*\* - “*História do Direito Comum da Humanidade*” – *ius commune Humanitatis ou lex mundi ?* vol. I, AAFDL, Lisboa, 2003.
- \*\*\*- *Programa de Direito Romano, ano lectivo 2002/2003, 4º Ano - Dia e Noite*”, Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.
- \*\*\*\*- “*Terra de Santa Maria – terra mãe do primeiro Portugal*”, Comissão de Vigilância do Castelo de Santa Maria da Feira, 1.ª edição, Outubro de 2005.
- 44. PERELMAN, CHAIM.** “*Ética e Direito - os lugares da argumentação jurídica*”, Instituto Piaget, 2002.
- 45. POMPÓNIO**(*Titus Pomponius Atticus (110 a.C./109 a.C. – 32 a.C.)*)in(D. 1, 2, 2, § 2, e § 35) *ora atribui a Papirio o prenome Sexto, ora Públio.*
- 46. PROENÇA, José João GONÇALVES DE.** “*A 5.ª Liberdade Comunitária*” (oração de sapiência), sessão solene, Dia da Universidade Lusíada, 22 de Março de 1992.
- 47. REGATTIERI, CARLOS** Pre. “*O Processo de Jesus*”, publicado em 1921, Botucatu, São Paulo, Brasil.
- 48. REIS, ALBERTO DOS.** “*Código do Processo Civil Anotado*”, vol. IV.
- 49. RIBEIRO, Luís da SILVA,** “*Cícero Advogado*”, citando Ad. Heren., I,3, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1930.
- 50. RICCARDO ORESTANO,** *Fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Giappichelli, Torino, 1967, n.º 17.
- 51. RUY DE ALBUQUERQUE,** “*Poesia e Direito – I – Poesia e Lei*”, Revista da FDUL, Coimbra Editora, 2007.
- 52. ROUX, Jean-Paul.** “*Jesus*”, Edições 70, 1992.
- 53. SACKS, JONATHAN.** “*A Dignidade da Diferença*”, Gradiva, Maio de 2006.
- 54. SANDERS, E.P.** “*A verdadeira História de Jesus*”, Editorial Notícias, 2.ª edição, Outubro de 2004.
- 55. SARAMAGO, JOSÉ.** “*Da justiça à democracia, passando pelos sinos*”. Le Monde Diplomatique, n.º 576, Mars 2002.
- 56. SARTRE, J. PAUL.** “*A transcendência do Ego*”, Edições Colibri, Universalia, 1994.
- 57. SEBASTIÃO CRUZ,** “*Direito Romano (Ius Romanum), I, Introdução. Fontes*”, 4.ª ed., ver. e act., Coimbra, 1984.
- \*- “*Direito Romano*”. I. Introdução, Fontes, 3.ª ed., ed. do autor, Coimbra, 1980.

58. SOARES, Teresa LUSO. “*Em torno do Direito Romano Vulgar*”, revista jurídica, n.º 5, Jan/Mar., AAFDL, 1986.
59. SOARES, Teresa LUSO. “*Interpretatio Prudentium*”. *Objecto e Natureza em Estudos de Direito Romano II*, Lisboa, 1991.
60. TAVARES, JOSÉ. “*Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*”, vol. I, Coimbra Editora, 1922.
61. TRIGG, ROGER. “*Racionalidade e Religião*”, Instituto Piaget, 2001.
62. VIEHUNG, THEODOR. “*Tópica y Jurisprudência*”, Taurus Ediciones SA, 1986.
63. VILLEY, MICHEL. “*Direito Romano, (Le Droit Romain)*”, Col. Resjuridica, s/d.
64. VOLTAIRE, in “*Dicionário Filosófico*”. Edição de Editorial Presença, 1966.
65. VON IHERING, R.. “*Abreviatura de El Espíritu Del Derecho Romano*”, por Fernando Vela, Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires, 1947.
66. WENGER, LEOPOLD.”*Die Quellen des römischen Rechts*”, Vienna 1953.
67. WINTER, PAUL. “*El Proceso a Jesús*”, Muchnik Editores, Spain, 1983.

**- COMPLEMENTAR DE REFERÊNCIA:**

1. CECCHERINI, Grazia. “*La protection aes interets generaux*”, in: “*Revue Internationale de Droit Contemporain*”, Bruxelles, (2), 1987.
2. CUENA BOY, Francisco. “*Por qué estudiar derecho romano?*” in: “*Anuario dela Facultad de Derecho*”, Vol. 10, 1992.
3. CURA, António A. Vieira, “*O vencimento das obrigações puras no direito romano clássico*” in: “*Boletim da Faculdade de Direito*”, Coimbra, 2005, V.81.
4. CRUZ, SEBASTIÃO. “*Temas de direito romano*” in: “*Boletim da Faculdade de Direito*”, Coimbra, 1968, V.44,
  - Temas de direito romano) Sebastião Cruz  
In: “*Boletim da Faculdade de Direito*”, Coimbra, 1965, V.41.
5. D’ORS, ÁLVARO. “*Derecho privado romano*” / 3.ª ed revisada. - Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977.
6. EMINESCU, Yolanda. “*Les juristes roumains et l’essor du droit comparé à l’ècole de droit de Paris*”, in: “*Revue Internationale de Droit Comparé*”, Paris, A. 41, (3), Juillet-Septembre 1989.
7. FONSECA, RUI Guerra da. “*Notas sobre o ensino do direito romano*”, in: “*Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*”, Lisboa, V. 44, n.º 1-2, 2003.
8. GIRARD. PAUL Frédéric. “*Mélanges de droit romain: histoire des sources*” - Paris : Librairie Sirey, 1912. - XII.
9. GONZÁLES-PALENZUELA Gallego, Maria Teresa. “*Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa*”, in: “*Anuario de la Facultad de Derecho*”, Vol. 17, 1999.
10. JORS, PAUL. “*Derecho privado romano*” - Edição refundida por Wolfgang Kunkel e traduzida por L. Pietro Castro - Barcelona: Editorial Labor, 1937-XII.
11. MENDES, PAULO de Sousa. Sobre a origem dos princípios jurídicos da causalidade e do domínio do facto a “*lex aquilia de damno iniuria datum*” in:

Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles.

12. **ORESTANO, RICCARDO.** “*Dei problema del diritto romano e della sua stoticità*”, in: “*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*”, Milano, A. 39, (3), Settembre 1985.
13. **REYMUNDO YANES**, Benito Maria. “*Raíces jurídico-romanas del problema del socio de industria*”, in: “*Anuario de la Facultad de Derecho*”, Vol. 7, 1989.
14. **ROBAVE**, René “*Incidence de la gratuité sur les obligations et la responsabilité du dépositaire en droit romain*” in “*Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques*”, Bruxelles, (15), 1985,
15. **SANTOS JUSTO, A.** “*As acções do pretor = actiones praetoriae*” in: “*Boletim da Faculdade de Direito*”, Coimbra, V. 64, 1988.
  - “*A locatio-conductio*” Rei (Direito Romano), in: “*Boletim da Faculdade de Direito*”, Coimbra, V.78, 2003.
16. **SERRÃO, FELICIANO.** “*Diritto romano e diritto moderno: comparazione diacronica o problema della continuità?*” in: “*Rivista di Diritto Civile*”, Padova, A. 28, (2), Marzo-Aprile 1982.
17. **SURGIK, ALOISIO** “*Lineamentos do processo civil romano*”, Curitiba, Livro é Cultura, 1990.
18. **THOMAS, YAN.** “*Le droit d’origine à Rome: contribution à l’étude de la citoyenneté*”, in: “*Revue critique de droit international privé*”, Paris, A. 84, (2), Avril-Juin 1995.
19. **VEIGA LÓPEZ**, “*Manuel en torno a la propiedad intelectual en Roma*” in: “*Anuario de la Facultad de Derecho*”, Vol. 6, 1988.

*“Porque o que me preocupa é fazer com que o mundo faça sentido...”*”.

**William Mc Neill**

