

## RELIGIÃO FAMILIAR E DIREITO ROMANO: O AMPLEXO DAS ORIGENS E DA EVOLUÇÃO

Jamerson Marques da Silva <sup>1</sup>

**Resumo:** Sob a tutela de Fustel de Coulanges, acompanhamos no presente trabalho o tino jurídico de Roma amalgamado às concepções religiosas intrínsecas ao conteúdo prescritivo do antiquíssimo culto familiar. Pondo-nos a perscrutar o elementar fator religioso que inoculava nas veias do senso jurídico pregresso as leis das XII tábuas a substância que, com pujança catalizadora, assegurava a saúde e a observação dos direitos fixados pela religião doméstica e, de forma eficientemente contínua, abonados por ela mesma.

**Palavras-chave:** Direito romano, Religião familiar, Fontes do direito romano.

**Abstract:** Under the tutelage of Fustel de Coulanges, in this work we follow the legal acumen of Rome amalgamated to the intrinsic prescriptive content of family worship in the ancient Roman Religion. Putting us to peer the elementary religious factor that inoculated into the veins of the legal sense preceding the laws of the twelve-tables the substance that, with catalyst strength, ensured the health and the observation of rights secured by domestic religion, and efficient and continuously subscribed by itself.

**Keywords:** Roman Law, Family Religion., Sources of Roman Law.

O direito Romano é, no dizer de Marky, um complexo de normas vigentes em Roma, desde sua fundação (séc. VIII a. C.) até a codificação de Justiniano (séc. VI d.C.) (MARKY, 1995. pág. 05). Ora, em verdade, o *Ius Romanum* não redundava em ser uma peculiar instituição de outrora cujos fulgores estiveram fadados a emitir luz ao seu tempo de forma circunscrita e intransponível. Não poderíamos nos escusar de admitir categoricamente com Cretella Júnior (2007, pág. 57) que a perenidade do direito romano é fato evidente e sua atualidade não pode ser negada (sic.) ao passo que em inúmeros institutos jurídicos de nossa época é patente sobremaneira a marca secular do direito romano. É preciso garantir estas coisas, a guisa de introdução, para fazer-se imprimir, de antemão, o senso de importância *sine qua non* de que goza o direito Romano na História do *Ius*.

Destarte, interessar-nos-ia problematizar um aspecto particular do direito romano que na opinião de muitos autores parece ter sido o elemento catalizador constitutivo do conjunto deste direito primitivo: A Religião. A isso acorreremos

---

<sup>1</sup> Estudante de História na Universidade Federal de Pernambuco. Jamersonm34@gmail.com

incansavelmente à tutela do afamado historiador francês Fustel de Coulanges. *La Cité Antique* (1864) – *magnum opus* do célebre autor – nos leva a compreender o crivo determinante do fator religioso no processo de evolução do direito Romano e nos leva, outrossim, à admitir *a fortiori* que o sustentáculo dele não está em alhures a não ser na antiga religião de Roma. Na verdade, a origem do direito remonta a antiga religião familiar. Ora, não estamos falando da religião de Júpiter ou da religião estatal, mas duma época pregressa, deveras anterior. Cícero no *De legibus* fizera sua nossa mesma tarefa de regressar a este passado de Roma mais longínquo ainda e descortinar nele as faces do direito nascente. Quiçá sobressaltemo-nos com a mesma surpresa de Ático: “*Deuses imortais! Quão longe buscas as origens do direito.*” (CÍCERO, Das Leis. Pág. 44<sup>2</sup>).

Decerto, o Direito nascera da antiga Religião familiar. Antes de problematizar a validade efetiva deste corolário, é preciso esboçar a estreita e indissociável relação entre a Religião e a Família. Ora, os laços familiares, testemunha Coulanges (2006. Pág. 45) não nasceram do sentimento, sequer da natureza. A despeito disso, nasceram do culto, uma vez que é a religião que cristaliza a família e fá-la um organismo concatenado.

Para Mommsen o que é a família senão “*uma comunidade com uma ascendência comum (...) unida por cerimônias religiosas*”? (MOMMSEN; *Römische Forschungen*, Berlim, 1864. Apud ENGELS, 2009. Pág. 154). Ora, parece que a família e a religião se coadunavam de tal maneira que formavam um organismo impartível, de modo que a religião se não é ela quem *cria* a família é seguramente ela quem *fixa* suas regras (COULANGES, 2006. Págs. 46). Com efeito, é nesta comunhão simbiótica que se endurecem os alicerces do direito.

O parecer dalguns autores, dentre eles Coulanges, parece sempre nos apresentar a religião familiar prenhe do direito. Sabendo que a família é um princípio ativo (MORGAN apud ENGELS, 2009. Pág. 45) e a religião, de per si, lhe governa, regula e sustenta, com isso compreenderemos, inclusive, o porquê dos antigos julgarem o direito e as leis não como meras construções humanas, mas como dádivas propostas pelos próprios deuses para serem observadas com deferência. Sobre a sacralidade do direito e sua gênese divina atesta Coulanges que para os antigos as leis tinham uma *origem*

---

<sup>2</sup> Disponível em (<http://pensamentosnomadas.files.wordpress.com/2012/04/das-leis.pdf>).

sagrada. “Não é afirmação vã a de Platão de que desobedecer a lei é desobedecer aos deuses.” (COULANGES, 2006. Pág. 2009). Até porque o Direito é *presente dos deuses ao gênero humano* (CÍCERO, Das Leis. Pág. 64); *vínculo que devemos reconhecer entre Deuses e Homens* (Ibid. Pág. 40).

No que concerne ao nascimento e, com ele, o direito romano a hereditariedade, parecem ter nascido tão-somente das práticas religiosas familiares. No dizer de Valerie M. Warrior, os rituais ao redor do nascimento, etc, eram realizados no recôndito da religião familiar (WARRIOR, 2002. Pág. 26). Beard, North e Price não se escusam de admitir, outrossim, que o nascimento e a inserção da criança na comunidade estavam imbuídos de responsabilidade religiosa junto à admissão do jovem na vida adulta, o casamento, a morte e o sepultamento, de modo que todos estes estágios da vida estiveram marcados por rituais religiosos<sup>3</sup> (BEARD, NORTH & PRICE, 1998, Pág. 49). Com efeito, pode-se reiterar, com Coulanges que, de fato, o direito arcaico nascera para *satisfazer a religião* (sic.). É patente que este mesmo *Ius antiquum*, não derivando da lógica e da razão, mas das crenças e da religião<sup>4</sup>, se amoldava a esta mesma *regula religiosa*<sup>5</sup>.

Tratando das estruturas e instâncias da evolução do antigo Direito, nascido para satisfazer a pujança das crenças familiares, ser-nos-ia apropriado urdir, outrossim, sobre o caráter gentílico-religioso do direito de Roma no que diz respeito à evolução do *Ius matrimoniale*. A vista de Coulanges é o casamento, com efeito, a primeira instituição da religião doméstica que servia, sobretudo, na manutenção do culto. (COULANGES, 2006. Pág. 46, 47). É bem verdade, que o casamento não pertencia a esfera da Religião pública e é por isso que esta instituição nasce do culto doméstico. Somente depois, com a evolução do culto dos deuses celestes, que o casamento precisa ser preludiado com uma série de sacrifícios públicos aos deuses supremos, como testemunha Pólux<sup>6</sup>. Antes não carecia dos templos. Bastava o lar comum. (WARRIOR, 2002. Pág. 28).

Quando a mulher abandona obrigatoriamente a sua gens para casar (ENGELS, 2009. Pág. 152. 156), ela rompe com a religião dos *manes* de seus genitores e passa a honrar os *Lares* de seu cônjuge<sup>7</sup>. Deste modo, o ciclo matrimonial era mantido e, com

<sup>3</sup> “Within the family also the stages of life were marked by religious rituals: the acceptance of the baby into the Family, the admission of the child into adulthood, marriage, death and burial all fell within the sphere of familiar religious responsibility” (BEARD, NORTH & PRICE; 1998. Pág. 49)

<sup>4</sup> COULANGES, 2006. Pág. 80

<sup>5</sup> Ibid. Pág. 86

<sup>6</sup> Pólux III, 38. Apud. Ibid. Pág. 48

<sup>7</sup> Dicearca. Apud. Estevão de Bizâncio. Apud. COULANGES, pág. 46-47.

ele, a religião familiar se perenizava. Por isso Dionísio de Halicarnasso afirma, inclusive, que encontrara nos antigos anais de Roma uma lei que obrigava o casamento<sup>8</sup>. Destarte, os direitos conjugais romanos, em grande parte, tem sua gênese no mais remoto costume gentílico. Daí se entende a proscrição do celibato<sup>9</sup>, uma vez que este causava prejuízo ao culto por estagnar a prole que deveria perpetuar diligentemente a devoção a seus deuses familiares. Sem a prole, quem vai conservar a memória de seus antepassados? Com efeito, testifica Dionísio<sup>10</sup>, que a lei romana deveria zelar pela ininterrupção do culto doméstico. Cícero, por sua vez, enfatiza a importância de manter a integridade dos tradicionais cultos da família<sup>11</sup> (WARRIOR, 2002. Pág. 25). Ele mesmo alvitra que *os sagrados ritos da família devem perdurar para sempre* (Das Leis II, 19; 22). Estes ritos cingiam as bases da família Romana, a saber: o nascimento, o casamento e as exéquias<sup>12</sup>.

As obrigações em torno do casamento tomaram corpo em vista do caráter religioso que ele gozava. O direito, por conseguinte, absorve sobremaneira boa parte das prescrições da religião doméstica. No que concerne ao divórcio, conclui Coulanges que *só a religião podia desligar aquilo que ela mesma ligara* (COULANGES, 2006. Pág. 52). O laço do casamento romano – *confarreatio* – só podia ser desatado pela *difarreatio* – o ancestral primitivo do divórcio no direito romano. Longe de ser um simples desligamento jurídico conjugal, a ruptura matrimonial desligaria, outrossim, a esposa do culto doméstico de seu marido em que ela havia sido recebida. Noutras palavras, a *difarreatio* tinha por escopo não só destruir o laço marital jurídico, mas despojar a mulher da religião doméstica que havia contraído vínculo. Eis a raiz do *divorcium* no antigo direito romano que testemunha de per si a sua origem no culto doméstico.

Ora, lê-se nos jurisconsultos romanos: *“nuptiae sunt divini iuris et humani communicatio”*<sup>13</sup>. Apesar de esta sentença ser demasiado posterior, ela parece bem ilustrar o porquê dos divórcios serem raros na Roma Antiga a ponto de Dionísio de Halicarnasso testemunhar a favor da indissolubilidade do laço<sup>14</sup> e Coulanges disparar

<sup>8</sup> DIONÍSIO IX, 22 apud. COULANGES. Pág. 53

<sup>9</sup> CÍCERO. Das Leis; III, 2; *“De nada valeu o celibato (...)”* (Plutarco, Vidas. Sólon, 7)

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> “In prescribing laws for his ideal state, Cicero emphasizes the importance of maintaining the integrity of traditional family cults”

<sup>12</sup> “Birth, marriage and death for the Romans were essentially the concern of the family” (WARRIOR, 2002. Pág. 26)

<sup>13</sup> “O casamento é a comunicação do direito divino e humano” (Digesto, XXIII, 2. Código de Justiniano, IX, 32,4)

<sup>14</sup> DIONÍSIO II, 25. Apud. COULANGES. Pág. 52

que eram quase impossíveis<sup>15</sup>. Muito embora hajam inúmeros registros em Heródoto<sup>16</sup> e Aulo<sup>17</sup>, dentre outros, que parecem dizer que o divórcio não era visto como uma anomalia social, mas um direito comum ensejado especialmente por motivos de esterilidade. Seja como for, conclui-se, em suma, que foi a religião familiar quem endossou o direito nas uniões conjugais primitivas.

Ora, a sociedade romana era profundamente patriarcal. Esta marca advém senão das prescrições antigas da religião familiar. No que diz respeito à mulher, o culto doméstico lha submetia à tutela do marido. Isso decorria da posição que o homem gozava na religião doméstica. O *pater familias* era a cabeça de sua estirpe e o primeiro responsável pela manutenção do culto de seus deuses familiares e pela transmissão do mesmo à sua prole<sup>18</sup>. Sob seu controle (*potestas*) estavam todos os membros da casa<sup>19</sup> (WARRIOR, 2002. Pág. 26). Isso é evidente, inclusive, no prólogo do *Pote de ouro* de Plauto (Plautus, *Pot of gold* 1,7).

É patente que a primazia do *pater familias* obumbrava o papel feminino, subjugando-a a sua *auctoritas* na família e no culto. A discrepância fomentada no primado masculino em detrimento da sujeição da mulher, por seu turno, produzira a disparidade dos direitos entre o filho e a filha, como bem observou Coulanges<sup>20</sup>. O próprio direito de herança, conforme prescreve a Lei das XII tábuas, pertencia em primeira instância aos filhos, não os havendo, herdavam os agnados do sexo masculino, nunca as fêmeas (ENGELS, 2009. Pág. 152). Não seria de balde dizer que para a mulher contemporânea estes costumes jurídico-religiosos parecem deveras inferiorizantes. Ora, talvez as mulheres da antiguidade romana também assim julgassem, todavia outrora vigia de forma eficiente o provérbio *dura lex, sed lex*.<sup>21</sup>

Que o *pater familias*, só ele, estava incumbido de administrar e guiar a família e, para citar um grego, diz Homero<sup>22</sup>, que a ele compete dirigir a todos e impor as leis, já o sabia Dante na sua *Monarquia*<sup>23</sup>. Destarte, daqui procederemos sobre o direito à adoção

<sup>15</sup> COULANGES. 2006. Pág. 52

<sup>16</sup> HERÓDOTO, V, 39; VI, 61 apud. COULANGES. Pág. 56

<sup>17</sup> AULO GÉLIO, IV, 3 apud. Ibid.

<sup>18</sup> “The *paterfamilias* was responsible for maintaining the traditional rites of his family, the worship of the *Lares* and penates and the other *sacra* inherited from his ancestors and destined to be passed on to his descendants” (BEARD, NORTH & PRICE, 1998. Pág. 49)

<sup>19</sup> “The male head of the family (*pater familias*) was responsible for maintaining the worship of the family gods (...) Under his control (*potestas*) were all members of his household”

<sup>20</sup> COULANGES, 2006. Pág. 52 “III - (...) desigualdade entre o filho e a filha”

<sup>21</sup> A Lei é dura, mas é lei

<sup>22</sup> HOMERO, Odisséia, IX, 114

<sup>23</sup> DANTE, Monarquia, I, V

no âmago da religião familiar. Ora, no entendimento de Coulanges, a necessidade de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. (sic.) (COULANGES, 2006. Pág. 58). Em casos de morte prematura ou infertilidade o direito romano arcaico consentia que o pai, justificado, procedesse a *adoptio*. Esta permissão não parece ter sido uma mera invenção. As fontes nos levam a crer que este direito surgira da necessidade de salvaguardar o culto dos *Lares*, preservando-o para que ele não esmaecesse. Esta imprescindibilidade de zelar pela religião familiar e garantir sua continuidade cultural que outrora obrigava o casamento como um contrato de perpetuação cultural-familiar<sup>24</sup>, garantia o direito patriarcal, etc, agora assegurava o direito adotivo. Muito embora Coulanges nos evidencie isto, ele mesmo admite que são poucas as informações no antigo direito de Roma que respaldem esta bem provável dedução<sup>25</sup>. Contudo, na opinião de Cícero *adotar é pedir a Religião e a lei aquilo que não se pode obter pela natureza* (*Pro domo* 13, 14). O famoso orador romano em seu *Pro Domo* reitera ainda que adotar um filho significa introduzi-lo na religião doméstica. Por isso que Valério<sup>26</sup> conhece a adoção *in sacra transit*, quer dizer, aquele que fora recebido nas coisas sagradas de sua nova família. Está escrito ainda no *Pro domo* que o adotado deveria renunciar ao culto dos *manes* de sua antiga casa para contrair o novo vínculo cultural familiar. O direito romano religioso chamou isto de *sacrorum detestatio*<sup>27</sup>. Para satisfazer a religião doméstica o adotado precisava despojar-se de qualquer *vinculum* com seus antigos *Lares*, uma vez que, no dizer de Platão, para o direito antigo configura parentesco não a consanguinidade, mas o fato de ter os mesmos deuses domésticos<sup>28</sup>. É claro que, no caso de adoção, o filho rompia absolutamente com todos os laços familiares pregressos, mas, é preciso dizer, que naturalmente, a partir de um ponto de vista legal, os filhos não conseguiam obter independência de seus pais, mas permaneciam sob o controle dele até sua morte<sup>29</sup> (WARRIOR, 2002. Pág. 26-27). Este controle faz parte das prerrogativas do poder paternal (*patria potestas*) encontrado, inclusive, nas prescrições das leis das XII tábuas<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> COULANGES, 2006. Pág. 55

<sup>25</sup> Ibid. Pág. 59

<sup>26</sup> VALÉRIO MÁXIMO, VII, 7.

<sup>27</sup> AULO GÉLIO XV, 27

<sup>28</sup> PLATÃO. Leis, V, p. 729. Apud. COULANGES, ibid. Pág. 61

<sup>29</sup> “From a legal point of view, sons did not attain Independence from their father but remained under his control until his death”

<sup>30</sup> Rol. 3, 440-441; Rol. 3, 442-443. Apud. WARRIOR, 2002. Pág. 27

É sob a ligação entre homens e antepassados deificados que nasce muito dos direitos de propriedade e sucessão. Quer dizer: a necessidade de conservar o *vinculum* entre as divindades domésticas e o grupo comum justificam a demarcação do solo e a posse primitiva dele. Este direito é a manifestação tangível da comunhão intrínseca e insolúvel entre a religião e a família. É claro que em face do homem que se torna sedentário é preciso admitir *a fortiori* que isto implica na fixação natural do homem ao solo de modo que ele possa dizê-lo “*meum*”. Isto não significa que as crenças religiosas familiares em nada tenham contribuído para o fomento da propriedade privada e do direito que a cinge. Coulanges é categórico em dizer que *a idéia de propriedade privada está implícita na própria religião* (COULANGES, 2006. Pág. 66). Ora, para os antigos romanos eram os seus *manes* quem conferiam à família o direito sobre a terra, de modo que não fora a lei quem primeiramente prescreveu o direito a propriedade privada, mas ele já estava garantido pelos costumes do culto (COULANGES, 2006. Pág. 71-72). É ao redor da família congregada junto ao altar e ao túmulo de seus antepassados que nasce a noção particular de posse de modo que Cícero se perguntando sobre a morada do homem conclui que *ali está o altar, aí brilha o fogo sagrado aí estão às coisas sagradas (Res sacra) e a religião*<sup>31</sup>. Veja-se a estreiteza da relação do culto com a moradia estabelecida, por isso que os gregos já haviam dito que sob a égide da religião os familiares edificavam a casa<sup>32</sup>.

Em nome da memória dos *manes* os antigos romanos puderam demarcar o solo e chamar uma porção de terra de sua. Não bastava aos deuses domésticos serem venerados tão-somente na memória, eles deviam velar pela família que estava fixa ao solo e conservava junto de si a religião e os restos de seus antepassados<sup>33</sup>. O culto familiar emprestara ao direito romano muito de suas disposições atinentes à propriedade. Seguramente, fora com a intervenção da religião que se fixara de forma imprescritível o inescusável *vinculum* da família e de seus *manes* com a terra. Esta inalienabilidade requeria, pois, que o direito de permanência no solo fosse garantido e assegurado da forma mais eficiente. Nasce aí o direito a propriedade e, em seu amplexo, as leis que salvaguardavam a perenidade da casa (*domus*) e da área que ela compreendia (*locus familiae*) junto de seus *manes*. Este laço indissolúvel estava protegido pela antiga lei romana. Cícero escreve no *De Legibus* que se uma família vendesse o campo onde

<sup>31</sup> CÍCERO, *Pro Domo*, 41. Apud. COULANGES, 2006. Pág. 69

<sup>32</sup> COULANGES. *Ibid.* Pág. 69

<sup>33</sup> CÍCERO, *De Legibus* II, 1

está o túmulo, ela deveria conservar o direito de poder cruzar o terreno sempre que queira para poder cumprir as necessidades do culto<sup>34</sup>, direito este garantido inclusive no *Digesto* dos jurisconsultos<sup>35</sup>. Preservando o domínio da terra, arregimentado através da religião doméstica, satisfazendo a ligação do lar com os *manes* e o solo, as leis antigas de Roma asseguravam, outrossim, a imprescritibilidade da propriedade familiar<sup>36</sup>. Ora, sem este direito a propriedade seria dissolvida, o lar seria errante, as famílias se confundiriam e seus mortos ficariam abandonados. (sic. COULANGES, 2006. Pág. 72).

É a partir da preservação da propriedade onde a família edificava o lar sob a proteção de seus deuses domésticos<sup>37</sup> que a lei romana logo tutelou a inviolabilidade da posse particular proscurendo a penetração indevida do solo alheio. Ovídio em seus *Fasti* diz que quando o arado de outrem sulca a terra alheia causa aborrecimento aos deuses familiares da propriedade daquele campo (*Fasti*. II, 677). Coulanges menciona uma antiga lei de Roma que tratava a violação da terra doutra família como um sacrilégio infernal<sup>38</sup>. Outrossim, leis antigas também detestavam aqueles que atentassem contra a propriedade deslocando-a de seus limites, chamados *termos*. Uma antiquíssima lei herdada dos etruscos se exprimia com severos impropérios contra aquele que vilipendiava a imobilidade da terra<sup>39</sup>. Na verdade, é a um grego, o célebre Platão, que podemos recorrer para melhor examinar o caráter inamovível da propriedade também em Roma. Em seu *tratado das leis* está registrada a proibição antiga que o proprietário devia observar não vendendo seu campo<sup>40</sup>. É preciso admitir com Coulanges que a propriedade em Roma era tão inalienável ante o *Ius* quanto na Grécia de Platão (COULANGES, 2006. Pág. 76) e em tantas outras cidades, como garantira Aristóteles<sup>41</sup>. É intrigante o modo como algumas destas leis se suprimiram ao longo do tempo. Já nas leis das XII tábuas não há nenhuma proscrição referente à mobilidade da terra. Parece que, entretanto, esta mudança não fora introduzida a bel-prazer no curso dos séculos. É por isso que, com Coulanges<sup>42</sup>, é preciso admitir *a fortiori* que estas modificações foram-se introduzindo paulatinamente com o consentimento da religião familiar, de forma alguma sem ele.

<sup>34</sup> CÍCERO, De Legibus, II, 24.

<sup>35</sup> Digesto. Livro XVIII, título I, 6.

<sup>36</sup> CÍCERO, De Legibus, I, 21

<sup>37</sup> *Lares agri custodes*. TÍBULO I, 1, 23

<sup>38</sup> Script. Rei agrar. Ed. Goez. Pág. 258. Apud. COULANGES, 2006. Pág. 74

<sup>39</sup> Festo. Ed. Müller. Pág. 363. Apud. Ibid.

<sup>40</sup> PLATÃO, Tratado das Leis. Apud. Ibid. Pág. 75

<sup>41</sup> ARISTÓTELES, Política, IV, 2, 5. Apud. Ibid.

<sup>42</sup> COULANGES, 2006. Pág. 76



Posto a inalienabilidade da terra particular de determinada família, nasce, destarte, o direito de herança e sucessão profundamente vinculado ao direito paterno vigente na gens romana (ENGELS, 2009. Pág. 152) e ao privilégio masculino. Esta mesma religião, no dizer de Cícero, prescrevendo a inseparabilidade dos bens e do culto, confiava ao cabível herdeiro à continuação das cerimônias familiares<sup>43</sup>. Uma vez que, como vimos, era o varão o pontífice máximo da casa, só ele estava incumbido de gerir a família e presidir o culto. Devido esta exigência da religião doméstica, o princípio da hereditariedade elegera exclusivamente o filho homem como *heres necessarius* (herdeiro necessário), como se lê no *Digesto*<sup>44</sup>. De fato, o filho era o primeiro herdeiro legítimo. Mas não se pense que este herdava como que através duma doação do pai. Ora, nos primórdios, disse Coulanges, o próprio testamento não era conhecido (COULANGES, 2006. Pág.86-89), embora as Leis das XII tábuas já o admitisse, sua origem no direito pregresso é deveras obscura talvez porque, para a lei antiga, ao herdeiro era automaticamente transmitida a responsabilidade do culto e da propriedade mediante o simples princípio de continuidade (*continuitas*) comum. Por isso que o juriconsulto escrevera em suas *Institutas* “*morte parentis continuatur dominium*”<sup>45</sup>. Deste modo o direito a herança era visto não como um simples legado, mas como a justa continuação. Tal é a influência das convicções que se esteavam na religião doméstica que muitas delas não se esmaeceram com o tempo, mas foram preservadas pelos costumes jurídicos. Um exemplo disso é o direito estritamente masculino de herança conservado na Lei das XII tábuas que Engels lista como o primeiro direito de constituição da gens romana (ENGELS, 2009. Pág. 152).

O direito religioso que assegurava a propriedade e garantia a perpetuação desta parecia não conhecer o direito testamentário porque este, no dizer de Coulanges, estava em conflito com os princípios da religião doméstica, sustentáculo basilar dos direitos de posse e sucessão. (COULANGES, 2006. Pág. 87) É bem verdade que o direito de legar bens através de um testamento nas leis antigas de Roma é algo que só a muito custo podemos especular a respeito. Podemos supor que o caso romano é similar ao que ocorria em Atenas até a época de Sólon onde, de acordo com Plutarco (*Vidas, Sólon*, 21), o direito proscovia peremptoriamente o uso de testamentos porque muitas vezes confrontavam o direito de parentesco e hereditariedade cristalizado pela religião. Não

<sup>43</sup> CÍCERO, De Legibus, II, 19-20.

<sup>44</sup> Digesto, XXXVIII, título 14, 16.

<sup>45</sup> *Com a morte do pai continua a propriedade*. GAIO, Institutas, III, 9, 7. Apud. COULANGES, 2006. Pág. 79

parece estultícia, supor que em Roma os costumes eram análogos. Decerto, é bem provável que o direito de testar fora penetrando gradativamente nos costumes jurídicos com o assentimento da religião. O que nos leva a crer que o testamento antes, se não era proibido, obtê-lo era sobremodo complicado, é um testemunho do jurista Ulpiano que registra o tamanho da burocracia antiga necessária para obter a validação-aprovação de um testamento<sup>46</sup>. A controvérsia em torno da legalidade jurídica do testamento em tempos antigos ainda se estende. Em contrapartida ao que foi dito por Coulanges, o jurisconsulto Gaio garante que na antiguidade longínqua de Roma o uso do *testamentum* era conhecido inclusive sob três modalidades. (GAIO, Institutas 2, 10, 1) Se Gaio encontrara na antiguidade disposições de uso dele, garante Coulanges<sup>47</sup>: Cícero parece desconhecê-las<sup>48</sup>. Em suma, na opinião de Modestino, discípulo de Gaio, a evolução do direito testamental é um fenômeno positivo. (Modestino. In *Digesto* XXVIII, 1, 1).

Coulanges admite que em Roma, não há indícios de leis pregressas a das XII tábuas que se referissem ao direito de primogenitura (COULANGES, 2006. Pág. 91). Ora, Engels parece não admitir a existência deste direito nas disposições jurídicas primitivas. Para ele o direito de sucessão era recíproco entre os filhos da gens romana, de modo que a posse da propriedade era-lhes comum (ENGELS, 2009. Pág. 152-153). Alguns podem julgar, a vista disso e da religião doméstica, que a *successione secundum ius primogeniturae* não era conhecida nos costumes antigos de Roma, porque não era congruente com o culto familiar. Esta afirmação parece não se sustentar porque, no dizer dos hindus *o filho mais velho é o que satisfaz a dívida para com os antepassados, deve, pois, herdar tudo*<sup>49</sup>. Coulanges, entretanto, acredita que a organização da gens romana nos leva de forma consequencial a acreditar que o direito a primogenitura vigeu em Roma de fato, de modo que a estrutura gentílica sequer se explicaria sem ele (COULANGES, 2006. Pág. 92). Na verdade o *privilegium primogeniturae* significa não mais que o desfrute dos bens comuns por todos os irmãos sob a autoridade do primogênito (*cum et sub*) (COULANGES, 2006. Pág. 92), de modo que o patrimônio era destarte indivisível. (ibid.) Desta forma, podemos entender o primogênito como *primus inter pares*.

<sup>46</sup> ULPIANO XX, 2. Apud COULANGES, 2006, Pág 89.

<sup>47</sup> COULANGES, 2006. Págs. 88, 89

<sup>48</sup> CÍCERO, De oratore, I, 53. Apud. Ibid. Pág. 89 (nota de rodapé)

<sup>49</sup> Leis de Manu, XI, 105-107. Apud COULANGES, 2006. Pág. 90

É, pois, com razão, que, na opinião de Szmodis, o direito romano tem uma raiz religiosa tão antiga que chega a remontar aos próprios etruscos.<sup>50</sup> As leis das XII tábuas apresentam-se para nós como a primeira compilação escrita das normas vigentes em Roma que se sustentaram através dos séculos anteriores mediante a ação catalizadora da religião doméstica que, de per si, assegurava a observação dos códigos que ela mesma estabelecera. Esses costumes evoluídos tornaram-se o clássico *Ius Romanum*. Deste modo fora o culto familiar quem primeiro dispôs o direito.

## BIBLIOGRAFIA

- COULANGES, Fustel de Coulanges. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JUSTO, António Santos. Evolução do Direito Romano. *Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, 2003.
- LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Atlas, 1999.
- D'ORS, Álvares. *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona: Studium generale, 1960.
- CÍCERO. *Das Leis*. Tradução Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.
- ENGELS, F. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Escala, 2009.
- WARRIOR, Valerie M. *Roman Religion: A sourcebook*. Newburyport: Focus, 2002.
- BEARD, Mary; NORTH, John; PRICE, Simon. *Religions of Rome*. Vol. I – A History. Cambridge: University Press, 1998.
- PLUTARCO. *Vidas*. São Paulo: Cultrix, 1963
- GAIUS, *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. São Paulo: Editora RT, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ARISTOTLE. *The Politics*. Penguin classics, 1992.
- SZMODIS, J. *The reality of the law: From the Etruscan religion to the postmodern theories of Law*. Ed. Kairosz. Budapest, 2005.

---

<sup>50</sup> SZMODIS, J. The reality of the law: From the Etruscan religion to the postmodern theories of Law. Ed. Kairosz. Budapest, 2005. Disponível em <http://www.jogiforum.hu/publikaciok/231>