

A Iurisprudencia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A **época clássica** é a que se estende entre 27 a.C. e 285 e corresponde ao regime do Principado. Neste período, a actividade legislativa intensifica-se e estende-se a todo o império, na sequência do edicto de Caracala. É também neste espaço de tempo que o poder político

tenta controlar a *iurisprudentia* através do *ius publice respondendi*. (ex: *autoritate principis*). De facto, assiste-se ao fim da actividade autónoma dos *iurisprudentes*, que integram o conselho do *princeps*. São assessores dos funcionários imperiais e ainda se dedicam à literatura jurídica.

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

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

Preferência pela época clássica para o ensino da *iurisprudentia*

Pela *iurisprudentia* da época clássica podemos estudar e compreender como os elementos de personalidade, liberdade, responsabilidade, opinião e justiça na criação e aplicação do direito se perderam para a certeza, a segurança, as instituições, o sistema, a obediência e o formalismo, ou seja, como a lei logrou uma identificação completa com o Direito, degradando-o na sua possibilidade de justiça para as pessoas, em cada caso concreto.

Começamos por compreender os elementos que, limitando a liberdade de criação pessoal, tornam a *iurisprudentia* oficial:

- o *ius publice respondendi* que, a partir de Augusto, torna as respostas de alguns *iurisprudentes* vinculativas para o juiz;
- o reconhecimento dos *iurisprudentes* mais prestigiados pelos *princeps*, a partir de Adriano, através da nomeação para o *consilium principis*.

Outra das características importantes desta época, é a expressão ainda livre da actividade dos *iurisprudentes* dirigida para particulares, a degradação do *agere* e do *respondere* e a relativa manutenção dos *causae*, muito aplicada a questões sucessórias.

Em contraposição, aumentam as actividades de conselho e assessoria aos magistrados e aos funcionários.

Também relevantes são os tratados que comentam o *ius civile*.

Formas de criar *ius* no método jurisprudencial:

1- A *Topica*

A *tópica* como *scientiarum instrumenta* que parte do *sensus communis* operando com base na verosimilitude para, na pluralidade de interpretações, permitir a criatividade necessária à solução justa de um conflito de *ius*.

Com a *atópica* qualquer problema é pensado na pluralidade de questões que suscita.

Pode-se assim dizer que a *atópica* se constitui como o coração do método jurisprudencial já que é um processo seguro (*topoi* como depósitos de argumentos) para encontrar as bases da argumentação jurídica formalizada em texto.

Esta reunião de máximas de carácter perceptivo (*topica*) permite excluir e adiar tópicos, hierarquizar-los e seleccioná-los, de forma adaptada ao tempo, à comunidade e ao caso.

A atópica como modelo de pensar o direito, apoiado na intuição e na prudentia, conduz à jurisprudência regular, que se esgota no caso. O pensamento dos jurisprudentes não se destina prioritariamente à construção de regras mas à solução de casos.

- 2 As regulae

No plano etimológico, definitio é “de-delimitar”, é explanatio do significado de um termo ou conceito, logo implica análise. Ao contrário, a regula é síntese, com forma ordenadora, comportamento a seguir (comando) na equação semântica definitória.

As regulae formuladas após a laicização da iurisprudencia são essências no esforço teorizador e sistematizador do ius civile, iniciado nos finais da república.

Na época clássica toda a regula é “regra de jurista” fundada na sua auctoritas e destinada à resolução de casos práticos, não regra legislativa, de formulação geral, abstracta e teórica e saída do imperium do poder político. O ius Romanum da iurisprudencia clássica não é um conjunto harmónico, sistematizado de regulae iuris.

Havendo mais que um jurisprudente, a regula iuris tem um valor próprio e substantivo, autónomo e além do jurisprudente que a formulou. Por isso, a regula iuris distingue-se da opinio ou do parecer jurídico. A regula iuris é geralmente anónima, com excepção da regula Catoniana.

Aceitando que podemos dividir, a partir das fontes, as regulae em:

- Regulae iuris: formuladas com precisão e natureza normativa
- dicta veteres: expressões metodológicas, de raiz literária, que operam de uma forma constante sobre uma casuística difusa, sem força obrigatória, não expressas como máximas, então todas as regulae são regulam iuris civilis.

No seu labor destinado a resolver o caso com justiça, os jurisprudentes clássicos não visavam formular regras para casos futuros, embora a regra pudesse ser útil para sustentar a decisão tomada. As regulae eram sempre resultados secundários ou efeitos colaterais da sua actividade centrada na solução justa a dar ao caso.

3 – As definitiones

Pode fixar-se que foi já próximo do fim da república que se inicia a elaboração dogmática sistematizada do ius civile, sobretudo com a obra libris XVIII iuris civilis de Quinto Múcio Cévola, livro esse que serviu de modelo para a literatura jurisprudencial posterior.

Em busca da origem das palavras para melhor explicar os conceitos, os jurisprudentes aprofundaram a etimologia, atendendo ao significado da palavra, no sentido de conseguirem uma definição.

A sua preocupação principal era resolver o caso prático.

Com a interpretatio prudentium e o ius honorarium, foi possível responder, pelo Direito, às exigentes condições conflituais vividas por Roma, mantendo o ius civile como referência.

A enunciação de definitiones e regulae iuris pelos jurisprudentes, em observância do método jurisprudencial assente na divisão genus/species, foi fundamental para o futuro da “ciência jurídica”. A precisão e clareza dos conceitos, das regras dos institutos e dos seus fundamentos e especificidades utilizados pelos jurisprudentes romanos constituem uma segurança e um conforto para os juristas posteriores.

A doutrina romanística divide-se sobre a aptidão dos iurisprudentes romanos para formularem definitiones.

Savigny, foi peremptório na negação dessa possibilidade, pois afirmou que as poucas definições que encontrou, eram imperfeitas e imprecisas.

Outros doutores, defendem a aptidão e a competência dos iurisprudentes romanos para classificar e definir. Seguindo esta segunda tese.

Diferença entre definitio e definire:

- a definitio em sentido lógico : explicação do sentido de uma palavra.
- a definitio em sentido formal: enunciação de um princípio ou máxima. = regula

4 – As rationis decidendi

Os jurisprudentes romanos fundamentam as suas decisões quanto ao caso concreto em certo tipo de valorações. Isto é, a interpretatio iuris pressupõe uma “política de direito” conhecida de todos, expressa nas motivações/razões que determinam as suas decisões (**As rationis decidendi**)

As rationes são inerentes à argumentação dos juristas integrando as matérias da ars inveniendi. Quanto mais o jurisprudente recorrer às rationes, mais se afasta da dialéctica legal e melhor pode construir uma solução justa, mesmo que contra legem. Logo, as rationes não podem ser consideradas como elementos interpretativos da própria lei. As rationes podem apoiar-se em citações de textos legais, mas não carecem de qualquer apoio da lei.

São as rationes dos jurisprudentes, expressas para sustentar a sua opinião, que constroem o Direito como um instrumento contingente e provável, no sentido plausível e aceitável.

As rationes são, por isso, não premissas racionais, mas postulados razoáveis.

As rationes, assim entendidas, na criação de ius pelo método jurisprudencial romano, credibilizam o Direito actual de base não legal (que, assim, as suas limitações e insuficiências numa sociedade que quer a perfeição, o certo, o indiscutível).

Notas:

A Iurisprudentia: forma de criação de direito, exercida por pessoas sem qualquer tipo de constrangimento (sem qualquer tipo de poder).

O **processo de laicização** da Iurisprudentia inicia-se com a publicação da lei das XII tábuas, e consistiu na libertação da esfera jurídica religiosa da interpretatio do ius, e culminou com o ensino público do direito por parte de Tibério.

Até ao séc II, a Iurisprudentia é fonte de direito mediata.

Após o séc II, a Iurisprudentia é fonte de direito imediata, devido ao edictum perpetuum do imperador Adriano