

Os binómios fundamentais

Ius/faz

Na antiguidade clássica, o Direito estava normalmente confundido com a Religião, como vontade divina.

Fas (compreende as regras, os rituais e as fórmulas ditadas pelos deuses aos reis e aos sacerdotes para serem cumpridas pelos romanos como actos sagrados.

O fas representa, por isso, uma regra ideal de vida, que não é discutida ou contestada porque foi criada pelos deuses para a felicidade dos homens.

Fas envolve a religião, os sacerdotes e os romanos no cumprimento de regras sagradas – **lex divina**.

A norma jurídica é uma interpretação humana do **fas**, logo é uma **lex humana**.

Fas era um direito divino que norteava a interpretatio humana por sacerdotes, aceite pela comunidade e expressa nos **mores maiorum** (constituíam uma espécie de direito natural originário em Roma e eram concretizados, caso a caso, em processo idêntico, através do ius).

Ius:

- Resulta do **fas**.
- Corresponde a um conjunto de convenções humanas cuja legitimidade e obrigatoriedade assentam no fas.
- É de construção progressiva e busca no mores maiorum a inspiração e critério para a interpretatio do fas que está na sua base criadora.

O ius foi separando-se entre **ius civile e ius honorarium**

Ius Publicum / Ius Privatum

A distinção entre ambos só se começou a preocupar verdadeiramente os iurisprudentes na época de Adriano. Nessa altura, instalou-se a controvérsia doutrinária.

O ius publicum só ganha importância em Roma quando as relações tuteladas pela família são maioritariamente transferidas para o “Estado”. A entidade dotada de maiestas designada res publica, aparece cada vez mais na vida das pessoas e nos seus litígios, não só nessa qualidade e com imperium, mas também como uma pessoa jurídica com relações negociais disciplinadas pelo ius privatum.

A distinção entre ambos, teve primeiramente um intuito didáctico, e é nesse campo que deve ser estudada e considerada.

Para Ulpiano, a distinção faz-se pela utilitas (utilidade):

- o ius publicum é criado e aplicado para servir a utilidade pública;
- o ius privatum é o que é útil para as pessoas singulares.

Este critério é insuficiente, pois o Estado deixou de ter apenas intervenção soberana e passou a agir também como particular.

Parece ser mais plausível a adopção da iurisprudentia de um conceito de ius publicum como o conjunto de normas que os particulares não podem afastar, por ter natureza imperativa, sustentado no seu interesse social e geral.

Ius civile/ ius honorarium

O ius civile era o conjunto de regras resultantes da interpretatio feita pelos sacerdotes das regras divinas e dos mores maiorum, antes da expansão romana.

O ius civile aparece ao lado do ius naturale , do ius gentium, como elemento constitutivo, que integra o ius Romanum. Mas quanto às fontes de criação, dentro da civitas, contrapõe-se ao ius honorarium, ou direito criado pelos magistrados (o ius praetorium, criado pelos pretores).



- No ius civile, os actos legislativos e a interpretatio dos jurisprudentes; e no ius honorarium, nomeadamente no ius praetorium, os actos do pretor no exercício da sua iurisdictio e do seu imperium.

O ius honorarium é todo o ius Romanum não civile, isto é, o direito criado pelo edictos de pretores urbanos, pretores peregrinos, edis curuís e governadores de província. O ius civile vem do Populus na interpretação dos jurisprudentes.

Inicialmente, os iurisprudentes, não aceitavam a actividade do pretor como criadora de ius. Com o tempo, acabaram por aceitar essa actividade como criadora de preceitos jurídicos (ius).

A dialéctica entrecruzada entre pretores e iurisprudentes é uma constante na aplicação do ius e no desenvolvimento doutrinário do ius Romanum.

Com o tempo, as contradições normativas e de solução entre o ius civile e o ius honorarium (praetorium) vão sendo desfeitas. O ius civile, matem, no entanto, como corpo normativo separado, a sua vivacidade e prestígio, como fiel repositório de romanidade e de identidade jurídica assente numa tradição constantemente adaptada, até ao fim do império no Ocidente.

Ius naturale/ius gentium

Segundo Ulpiano o ius naturale era um direito comum a todos os animais, incluindo os homens, no sentido de que não era um direito exclusivo dos homens. Era um direito que se aplicava a homens e animais e regulava aquilo que ambos têm em comum.

Na época clássica, os iuristas aproximaram os preceitos do ius naturale das regras do ius gentium. Normalmente a contraposição era feita entre ius civile, como direito próprio de cada povo e ius gentium, como o direito comum a todos os povos.

Na época dos compiladores justinianeus, voltaram a separar os dois conceitos:

- O ius gentium como um direito positivo comum a todos os povos;
- O ius naturale como um direito ideal comum a todos os homens.

O trabalho do pretor peregrino (necessário enquanto se manteve a distinção entre cidadãos e peregrinos e o princípio da personalidade que se imponha ao da territorialidade na aplicação do ius) revelou a necessidade de adaptar o ius civile às novas realidades sociais e ao comércio frequente que colocava os cidadãos e os estrangeiros em confronto e discordância nas relações privadas.

Esta abertura progressiva do ius civile a uma disciplina jurídica das relações negociais completamente nova e surgida da influência de direitos estrangeiros, via ius gentium, e o reconhecimento da cidadania a todos os habitantes do império permitem pensar numa integração que remete o ius gentium para a história do ius Romanum.

O ius naturale é aquilo que permanece, que fica no tempo, porque é bom e equitativo.

Ius singulare/ ius commune

O ius singulare seria integrado por normas cujo conteúdo jurídico, por exigência regulatória, correspondia à antítese de princípios jurídicos gerais de ius,

Logo: o ius singulare era o oposto de tenor rationis (o ius commune).

A diferenciação entre ius singulare e ius commune assentaria, respectivamente, nas **oposições entre utilitas e ratio**; e entre exceção e regra. Com o fundamento comum de prevenir e resolver conflitos pelo ius.

Ius Scriptum/ ius non Scriptum (escrito ou não escrito)

De início o direito não estava escrito, mas vigorava através de regras a observar na vida em sociedade, que passavam de geração em geração.

A interpretatio dos mores maiorum é sempre designada nas fontes como ius non scriptum.

O monopólio do conhecimento da lei e dos critérios e das formas da sua interpretação criam a suspeita e a injustiça. Ora a escrita permite a publicidade e a generalidade das leis e, assim, a possibilidade de tratamento igual para todos. O processo inicia-se em Roma com a Lei das XII Tábuas.

Gaio separa o direito escrito do Direito não escrito.

- O ius scriptum integra a lei, o plebiscito, o senatusconsulto, as constituições imperiais, o edicto dos magistrados e as respostas dos jurisperitos - Facto material da escrita.

- O ius non-scriptum integra as determinações divinas e os costumes.

Em Roma, a distinção ganha importância quando as fontes de produção política de Direito monopolizam todas as fontes de criação jurídica aceites, o que faz corresponder a lex ao ius scriptum. O ius non scriptum como expressão designativa do costume aceite pelo ius, isto é, o direito consuetudinário.

Justiniano, torna a distinção mais clara e mais útil à ideia de que o Imperador (Estado) cria Direito e este deve ser a lei, por ele feita, e aceitar normas de criação consuetudinária. – Ideia que vigora até agora nos Estados constitucionais com o nosso.

Ius vetus/ ius novum (direito velho / direito novo)

Esta dictomia foi introduzida nas fontes dos séculos IV – V, como terminologia didáctica destinada a explicar as diferenças entre 2 períodos bem distintos na História do ius Romanium: a pluralidade de fontes criadoras de ius; o monopólio da sua criação pela vontade do imperador.

ius vetus: Todo o acervo normativo integrado pelas leyes, os senatusconsultos e as constituições imperiais, até finais do século III, além dos edictos do pretor e do direito dos jurisprudentes – (literatura jurídica clássica de Roma).

ius novum: Quando as constituições imperiais (leis) passam a ser a única fonte de Direito, isto é, a única forma aceite pelo poder político de criar e interpretar o Direito.

Iustitia/ aequitas

Em Roma, quando uma norma de direito positivo era considerada injusta, a iurisprudentia invocava, para afastar, uma regra de ius que dissesse in casu, concretizando, a iustitia.



Essa regra, estabilizada pela história e com plena vigência, recoloca a iustitia como finalidade do ius para criticar fundamentalmente a opção normativa do legislador, que dela se afasta.

Hoje Direito e Justiça são palavras diferentes.

A diferenciação entre ius e iustitia, e mais marcante à medida que o tempo decorre, a resolução dos casos se institucionaliza e burocratiza e a iurisprudentia se aproxima do poder político.

Como interpretes criadores do ius os jurisprudentes não podem prescindir da iustitia, mas têm de tomar como meta na criação de uma solução para o caso concreto que seja de ius.

Auctoritas/ imperium

O ius é uma vis (força) que necessita de auctoritas, para poder ser válido e eficaz. Tal auctoritas é necessária tanto na criação como na aplicação. O imperium está em Roma mais ligado ao momento da aplicação. Assim, o ius é criado pela auctoritas dos jurisprudentes e aplicado com imperium dos magistrados (pretor).

Os jurisprudentes, conhecedores do ius e experientes a dar soluções justas, tinham auctoritas, isto é, um saber socialmente reconhecido fundado na experiência que era a base da aceitação pelas partes e pela comunidade das soluções propostas nos responsa prudentium.

A **auctoritas prudentium** não se deve confundir com qualquer outra auctoritas. Esta resulta e é sustentada unicamente pelo exercício da actividade jurisprudencial.

O **imperium** é um poder de soberania e, nesse sentido, um poder absoluto a que os cidadãos não podem opor-se porque é exercido em nome e para o bem da comunidade.

O imperium detido pelo rei – chefe político – é depois, na república, distribuído pelos magistrados.

Imperium continha os poderes de:

- poder militar de comandar os exércitos;
- os poderes de convocar as assembleias populares e o Senado;
- o poder de declarar o direito para efeitos de aplicação.

Enquanto a potestas (poder de representar o populus romanum) é comum a todos os magistrados, o imperium só foi conferido a cônsules, pretores e ditadores.

O triunfo da lex sobre o ius, isto é, o triunfo do imperium sobre a auctoritas, acaba por introduzir um discurso que confunde autoridade com poder.

Estas distorções conceptuais e de sentido, introduzidas pelo monopólio das fontes de criação de Direito pelos detentores do poder político tem permitido sustentar uma campanha anti-ius, o que invoca e instrumentaliza ao serviço do não-direito, expressa na maioria das leis.

Nota: o ius é criado pela auctoritas dos iuriprudentes, que só existe se houver uma aceitação social da sua intervenção.

Iurisdictio/lex

A iurisdictio passou a ser o poder supremo de declarar a existência de um direito que podia ser exercido perante um juiz, ou negar a sua existência tal como era invocado pelo interessado.

Essa era a actividade principal do pretor.

O edil curul também podia exercer a iurisdictio nos processos para resolver litígios, no âmbito das suas funções de fiscalização de limpeza e conservação das vias e edifícios públicos; na fiscalização de mercados e intervenções em espectáculos públicos.

Também os questores podiam exercer a iurisdictio, nos processos criminais.

A lex, era toda a norma jurídica escrita que podia ser lida., logo, era uma declaração solene com valor normativo emitida por um órgão “constitucional” com competência e legitimidade para o fazer, baseado num acordo (expresso ou tácito) entre a entidade emitente e os destinatários.

A lex privata (acto de disposição solene de uma coisa sua com valor normativo) cria o ius privatum.

A lex publica ou lex rogata, cria ius com base num acordo entre o magistrado que propõe (rogatio) e o povo que aprova em comum, com base numa prerrogativa pública, uma norma solenemente declarada (sponsio).

A lex pode ainda ser considerada uma sponsio communis, que vincula o magistrado e o Populus.