Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review

I, 2016, 1

THD ULisboa
Teoria e História do Direito
Centro de Investigação da ULisboa

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor.
Exceptuam-se as transcrições de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta excepção não pode, no entanto, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra.
Os infractores são passíveis de procedimento judicial, nos termos da lei.

Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review

I, 2016, 1

Ficha Técnica

Interpretatio Prudentium
direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review
I, 2016, 1

ISSN 2183-8194

Edição
Teoria e História do Direito – Centro de Investigação
da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (THD-ULisboa)

Direcção
Eduardo Vera-Cruz Pinto

Periodicidade
Semestral
Revisão de artigos submetidos para publicação
Arbitragem duplamente cega por pares académicos

Secretariado Editorial
Cláudia Elias Duarte

Apoio à Edição
FCT, Fundação para a Ciência e a Tecnologia
Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Direcção, Assinaturas e Distribuição
Teoria e História do Direito – Centro de Investigação da ULisboa
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária
1649-014 Lisboa, Portugal
interpretatio@fd.ulisboa.pt

Design e paginação
Cláudia Elias Duarte
Fotocomposição
Ilda Chasqueira – AAFDL

Tiragem
500 exemplares

Depósito legal
412109/16

COMISSÃO EDITORIAL . COMITATO EDITORIAL . EDITORIAL COMMITTEE

António Menezes Cordeiro | *Universidade de Lisboa*
António Pedro Barbas Homem | *Universidade de Lisboa*
António Santos Justo | *Universidade de Coimbra*
Christian Baldus | *Universität Heidelberg*
Eduardo Vera-Cruz Pinto | *Universidade de Lisboa*
José Artur Duarte Nogueira | *Universidade de Lisboa*

COMISSÃO DE REDACÇÃO . COMITATO DI REDAZIONE . EXECUTIVE COMMITTEE

Ana Caldeira Fouto | *Universidade de Lisboa*
Christian Baldus | *Universität Heidelberg*
Eduardo Vera-Cruz Pinto | *Universidade de Lisboa*
Filipe de Arede Nunes | *Universidade de Lisboa*
Francisco Rodrigues Rocha | *Universidade de Lisboa*
Jorge Silva Santos | *Universidade de Lisboa*
Margarida Seixas | *Universidade de Lisboa*
Rafael Longhi | *Universität Heidelberg*

COMISSÃO CIENTÍFICA . COMITATO SCIENTIFICO . ADVISORY BOARD

Adolfo Wegmann | *Pontificia Universidad Católica del Chile*
António Manuel Hespanha | *Universidade Nova de Lisboa*
António Vieira Cura | *Universidade de Coimbra*
Dárcio Roberto Rodrigues | *Universidade de São Paulo*
Emanuele Stolfi | *Università di Siena*
Francisco Andrés Santos | *Universidad de Valladolid*
Giovanni Luchetti | *Università di Bologna . Pontificia Università Lateranense*
Isabel Banond | *Universidade de Lisboa*
Javier Paricio | *Universidad Complutense de Madrid*
José Domingo Rodriguez Martín | *Universidad Complutense de Madrid*
José Isaac Pilati | *Universidade Federal de Santa Catarina*
Lena Kunz | *Universität Heidelberg*
Lihong Zhang | *East China University of Political Science and Law*
Marco A. Marques da Silva | *Pontifícia Universidade Católica – São Paulo*
Mario Varvaro | *Università degli Studi di Palermo*
Martin Avenarius | *Universität zu Köln*
Massimo Miglietta | *Università degli Studi di Trento*
Míriam Afonso Brigas | *Universidade de Lisboa*
Octávio Rodrigues Júnior | *Universidade de São Paulo*
Renato Beneduzi | *Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*
Rosanna Ortu | *Università degli Studi di Sassar*
Tommaso Beggio | *Universität Heidelberg*
Tommaso dalla Massara | *Università degli Studi di Verona*
Vivianne Ferreira Meşe | *Universität Heidelberg*

ÍNDICE . INDICE . CONTENTS

EDITORIAIS . EDITORIALI . EDITORIALS

11 A *Interpretatio Prudentium*. Apresentação
EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

15 O português como língua de um direito romano mundial
CHRISTIAN BALDUS

ARTIGOS . ARTICOLI . ARTICLES

21 De *verborum significatione* e *legal drafting* tra lingua e diritto
ADELAIDE CARAVAGLIOS

39 A Importância do Direito Romano e da Tradição Romanista para o Direito Português. Uma introdução para estudantes de direito
CHRISTIAN BALDUS

85 A Decretal *Saepe contingit* (X.2,13,18): a importância do IV Concílio de Latrão e do Papa Inocêncio III para a disciplina da tutela possessória
DAVID MAGALHÃES

139 Il secolo del *Theodosianus*. Riflessioni su materiali e metodo di studio
ELIO DOVERE

159 Brevi note su *interpretatio* e *auctoritas* fra tarda repubblica ed età dei severi
EMANUELE STOLFI

181 Escravidão e *Favor libertatis* no Brasil de oitocentos: Tradição Romanista na obra de Perdigão Malheiro
MARGARIDA SEIXAS

199 Teixeira de Freitas leitor de Savigny
Thiago Reis

251 Studio su un testo ulpianeo in tema di rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato
Tommaso dalla Massara

Leituras Romanísticas do Código Civil

265 O conceito romano de *obligatio* e a definição legal de *obrigação* no Código Civil português.
Eduardo Vera-Cruz Pinto

Páginas Escolhidas . Pagine Scelte . Selected Writings

295 Notas para a história do ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito de Lisboa
Ruy de Albuquerque

Recensões . Recensioni . Reviews

347 Herzog, Benjamin – *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung Aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive – Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering*
Mariana Melo Egídio

353 Kleiter, Tobias – *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz*
Andreas Nitsch

369 Seelentag, Anna Margarete – *Ius pontificium cum iure civili coniunctum. Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit*
Francisco Rodrigues Rocha

EDITORIAIS
EDITORIALI
EDITORIALS

A *INTERPRETATIO PRUDENTIUM*. APRESENTAÇÃO

I. A *Interpretatio Prudentium* é a primeira revista de Direito Romano e de Tradição Romanística em Língua Portuguesa a surgir no universo das publicações universitárias. Esse pioneirismo não pode deixar de ser assinalado pois constitui motivo de responsabilidade acrescida para os seus fundadores e editores.

Só agora foi possível concretizar um projecto antigo dos professores e investigadores de Direito Romano e dos direitos de Tradição Romanística da Faculdade de Direito de Lisboa (FDL). Um sonho que foi confiado pelo Professor Ruy de Albuquerque aos que acompanharam as suas aulas e seguiram as suas lições e exemplo; uma possibilidade que se começou a concretizar com o apoio do Professor Menezes Cordeiro à criação de uma disciplina obrigatória de Direito Romano no Plano curricular da licenciatura (1º ciclo) em Direito da FDL; uma iniciativa que se tornou necessária após a realização de dois Congressos internacionais de Direito Romano na nossa Escola de Lisboa e a aprovação dos cursos de mestrado e de doutoramento em Direito Romano na nossa Faculdade, criando a massa crítica indispensável à sustentabilidade do projeto editorial da Revista.

Mas foi a inestimável e entusiasta colaboração e cumplicidade do Professor Christian Baldus; o apoio dos professores Duarte Nogueira e Barbas Homem no centro de investigação; o trabalho empenhado de um grupo de jovens professores da Faculdade que integram a Comissão de Redação da Revista; e a dedicação da Mestre Cláudia Elias Duarte aos múltiplos desafios que a edição nos colocou – que me permitiu avançar com passos firmes para uma tarefa que muito me honra: a de co-dirigir, com o Professor Christian Baldus, de Heidelberg, a *Interpretatio Prudentium*.

Colhemos agora os frutos do processo de internacionalização iniciado anos atrás e efectivado com a participação dos professores portugueses em Congressos internacionais de Direito Romano; a sua participação em associações e academias de jurisromanistas sedeadas em diversos países; a criação de uma linha de investigação própria no *THD-ULisboa*; a colaboração com a Escola de Coimbra de Sebastião Cruz, António Santos Justo, Rui Figueiredo Marcos

e António Vieira Cura; os estreitos laços criados com os colegas brasileiros a leccionar nas mais prestigiadas Universidades da Nação irmã.

II. Sintetizado o processo que estabeleceu as bases académicas em que assenta a nossa Revista, importa referir a sua linha editorial. Numa época de crise do periodismo jurídico; de redução de tiragens e de desaparecimento de títulos consagrados; de contínuo declínio dos estudos universitários centrados no Direito Romano; e de recuo na oferta da disciplina de Direito Romano nas Faculdades de Direito espalhadas pelo Mundo, com efeitos conhecidos na deficiente formação universitária dos juristas diplomados por essas Escolas, a *Interpretatio Prudentium* enfrenta o desafio, em tempos assim, de revelar a incontornável presença do Direito Romano nos conceitos, nos institutos, nas construções dogmáticas, nas soluções normativas, nas respostas jurisprudenciais dos nossos direitos, enfim, na própria juridicidade da sua criação, interpretação e aplicação.

Face à crescente *desromanização do Direito* provocada por um processo globalizador que nega o universalismo do Jurídico e das suas regras protectoras da pessoa humana, ancoradas em Roma e mantidas pela tradição romanística; por uma degradação do ensino jurídico nas universidades e por um descrédito crescente nas instituições judiciárias a *Interpretatio Prudentium* publicará textos que enfrentem essa tendência pela demonstração das bases romanas inequívocas da nossa *forma mentis* como juristas que procuram a Justiça pelo Direito em cada caso concreto e para a vida em sociedade.

Se não o fizermos agora, na fuga das injustiças praticadas pelo estadualismo jurídico (agora também na forma do activismo judiciário), o nosso presente vai comprometer o futuro que queremos. A regra jurídica olvidada fará murchar a liberdade criadora do jurisprudente. Só restará a servidão humana perpetuada pela norma legal do poder forte e único de quem manda. Daí a urgência da *Interpretatio Prudentium*; e a emergência simbólica na sua publicação em ano de cinquentário do Código Civil português e de quadragésimo aniversário da Constituição da República Portuguesa.

Este primeiro número é bem o exemplo daquilo a que nos propomos, com uma profissão de fé nas inesgotáveis possibilidades investigativas, nas virtualidades pedagógicas e nas capacidades jurisprudências do Direito Romano e da tradição jurídica nele fundada. Querendo sempre mais, procurando sempre o melhor e visando sempre o justo pela regra do Direito estamos certos de contar com os autores para a missão a cumprir e com os leitores para a difusão destes ideias na *Interpretatio Prudentium*.

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Universidade de Lisboa

O PORTUGUÊS COMO LÍNGUA DE UM DIREITO ROMANO MUNDIAL

O projecto agora apresentado tem carácter inovador sob vários aspectos. Um destes aspectos é o linguístico. Com a *Interpretatio Prudentium*, a língua portuguesa reivindica o seu estatuto de língua do Direito Romano. Este aspecto merece ser especialmente destacado, e considero ser o papel de um estrangeiro fazê-lo.

A situação do Direito Romano é atípica. Neste campo, não é o inglês que domina os debates e ameaça os demais idiomas: assim como, antes, e ao invés do que sucedeu noutros sectores, não foi dominante o protagonismo do francês. O debate é dominado, e de maneira crescente, pelo italiano mas sem perigo para o alemão e o espanhol, os demais idiomas importantes; quem quiser ser romanista, tem, assim, de saber ler em todas estas línguas: italiano, alemão, espanhol e, para alguns temas, também em francês (parece iniciar-se uma revitalização, causada, entre outras razões, pela maior comunicação entre romanística e historiografia neste país), inglês e português. No Direito Romano, há então uma espécie de *exception culturelle*. O que explica, também, o típico interesse dos romanistas pelo Direito Comparado e pela linguística jurídica.

Qualquer mudança pretendida neste quadro tem de respeitar um ponto vital: que os tesouros literários da produção novecentista italiana não pereçam numa eventual ignorância linguística das novas gerações. A menos que se queira reinventar a roda.

Qual o papel para a língua portuguesa na perspectiva de possíveis mudanças futuras?

Neste contexto, a ascensão mundial do castelhano é, se bem entendida, de extrema importância para qualquer projecto realizado em português. O castelhano tem, hoje, mais falantes nativos que o inglês e é, com o português do Brasil, língua do país mais forte deste continente, a língua da dinamíssima América Latina. A ciência romano-civilística do Chile pode, de certo, competir e dialogar de forma muito viva, com a espanhola, italiana e alemã. O castelhano, cada vez mais, é estudado nas escolas francesas e alemãs. Até nos Estados Unidos, por força da forte emigração latinoamericana e com todas as limitações político-culturais que caracterizam o

estudo de línguas e culturas exteriores neste país, o espanhol está em expansão notável.

É este o contexto da iniciativa aqui apresentada. Quem sabe ler espanhol também sabe adivinhar e, com um pouco de estudo, cultura e inteligência linguística, ler italiano e... português. A ponte entre a primeira língua neolatina estudada e a segunda, terceira ou quarta é fácil; e é ainda mais fácil se a pessoa souber também latim: a derivação das formas linguísticas a cada nova língua neolatina torna-se mais facilmente compreensível. Com mais uma vantagem: quem sabe latim, notará que já possui também as estruturas gramaticais essenciais para aprender alemão.

Com isto, altera-se a situação de há 50 e, por maioria de razão, a de há 100 anos. Em Portugal, o ensino romanístico teve uma expressão reduzida, reservada aos centros mais tradicionais. Nos últimos decénios, assistiu-se a uma significativa alteração, podendo falar-se de expansão, em mais de uma Faculdade lusa. O projecto editorial agora objecto de apresentação pretende reforçar e ampliar esta tendência.

Uma das chaves para tudo isso é a boa relação de Portugal com as antigas colónias, especialmente com o Brasil. Delas muito se pode aprender hoje em dia: por exemplo, como lidar com os desafios, para a Europa relativamente recentes, do multiculturalismo; ou como a recepção criativa de ideias, normas e construções jurídicas exteriores pode conduzir a novas funcionalidades para tais ideias, normas e construções. Os objectivos, as formas e os conteúdos da recepção, da aparente e da real, os êxitos e os fracassos de processos chamados de recepção (ou *legal transplant* ou *Rechtstransfer*) são objecto de muitos estudos conduzidos por Brasileiros e europeus. Podemos facilmente imaginar processos semelhantes nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa, acompanhando o crescente progresso económico-social destes países e com o desenvolvimento das suas relações com Portugal, para os quais este país constitui a porta da Europa. O direito romano é a base de todo este processo. Permite fundamentar o diálogo transatlântico e, em geral, intercontinental, mas também precisa dum tal diálogo para desenvolver todo o seu potencial, isto é, todo o potencial dos direitos de hoje.

É neste espírito que foi concebida a Revista, e por isso tem o português como idioma-guia. Não é só uma nova ponte de Portugal para a Europa clássica do direito romano, com todas as tarefas que uma tal ponte pode ter. Essa é só uma parte da ponte, ainda que seja, actualmente, a mais utilizada. A outra parte dirige-se para fora, com Lisboa no centro geográfico. É uma inversão num futuro que não nos é dado saber com certeza mas que podemos esperar activamente. Esta é a lógica na qual se inscreve a Revista.

Para título da Revista escolhemos a expressão *Interpretatio Prudentium*. Sobre este aspecto, gostaria de propor uma breve observação, partindo de um aspecto de ordem gramatical. O genitivo, como se sabe, é insidioso. Pode esconder e desvelar muita coisa. Também neste caso é assim. A *Interpretatio Prudentium* pode ser, no sentido de um *genitivus subiectivus*, a interpretação do direito próprio feita pelos *prudentes* de uma dada civilização: a romana, por exemplo. Mas não só. Também pode ser a interpretação de um direito alheio, tipicamente o romano, feita pelos *prudentes* de uma civilização subsequente Em qualquer dos casos, os *prudentes* são fundamentais. Sem eles, nenhuma metodologia ou dogmática pode ser construida. Por isso, o genitivo também pode ser objectivo: para entender o direito romano e pós-romano, é fundamental entender os seus principais criadores, os juristas, e os seus modos – bem distintos – de fazer direito.

A Revista procura assim realizar os vários potenciais do direito romano como fenómeno histórico bimilenário: potenciais dogmáticos, metodológicos, filosóficos, etc.. A existência de dados potenciais não é uma novidade. Mas muitos romanistas na Itália e na Alemanha não se centram num destes aspectos: a projecção ultramarina, colonial e pós-colonial. Isso não pode surpreender em face da ausência de um passado colonial relevante em Itália e na Alemanha; na pequena parte do mundo que governámos (bem ou mal) não deixámos vestígios tão significativos, o mesmo se passando com os amigos italianos. Portugal, sim. E o Portugal actual trata com respeito as suas antigas colónias, o que pode abrir muitos espaços de diálogo.

Assim, a *Interpretatio Prudentium*, ao ser criada neste contexto, assume uma tarefa dupla: a de activar contactos europeus e a de desenvolver ou preparar novos contactos. Perceba-se: os *prudentes*

não são exclusivamente os romanos. São também os pós-romanos, no dia de hoje, nos países clássicos da romanística, em Portugal, mas também no Brasil, como esperamos, em medida crescente, e assim em cada país de língua portuguesa que deseje participar no diálogo polifónico do direito privado que hoje chamamos europeu e que, um dia, poderá identificar-se com a verdadeira essência do Ocidente. Ocidente que não é apenas um modelo económico-social; é também um modelo sociocultural matizado, fundado num individualismo socialmente sustentável e no respeito pela pessoa individual e responsável. Neste contexto, o impacto do direito privado romano e da sua interpretação é considerável. Portugal representa esta experiência e saberá introduzi-la também no diálogo ultramarino.

Para as demais ciências romanísticas europeias, isso não constitui nenhum perigo, pelo contrário. Para as forças políticas que sonham com um monolinguismo científico também na ciência jurídica, em especial na romanística, é uma clara advertência: o mundo é maior, mais complicado, mais multiforme; precisa de soluções desenvolvidas ao longo da história e verificadas em contextos alteráveis e em mutação, mas unidos por um fio muito comprido. Um fio que se inicia na Antiguidade Romana, que integra outros fios da Antiguidade, e que, depois de quase meio milénio, se prolonga também por outros continentes. Hoje em dia, a Europa espera conhecer novos usos deste fio, no diálogo com culturas que estão a redefinir a relação que mantém com a parte europeia da sua própria tradição. Um diálogo que só tem a ganhar se for conduzido em português.

Christian Baldus
Universität Heidelberg

ARTIGOS
ARTICOLI
ARTICLES

DE *VERBORUM SIGNIFICATIONE* E *LEGAL DRAFTING* TRA LINGUA E DIRITTO

Adelaide Caravaglios
Università degli Studi di Napoli, Federico II

Sommario

Scopo del presente contributo è quello di dimostrare come l'uso attento dei vocaboli ed il loro corretto impiego in ambito giuridico possano costituire, ieri come oggi, una valida metodologia d'insegnamento.

Parole chiave

De verborum significatione – legal drafting – ius – sermo

Abstract

The aim of this investigation is to compare how the careful use of words and their employ in the legal field may be considered, today as in the past, a valid teaching method.

Keywords

De verborum significatione – legal drafting – ius – sermo

1. Lingua giuridica e lingua comune: il diritto come discorso del legislatore[1] ...

Il rapporto tra lingua e diritto, *sermo* e *ius*, linguaggio comune e linguaggio giuridico, è un rapporto fatto talora di somiglianze, di natura funzionale[2] e strutturale[3], talaltra di interferenze, di punti di contatto che si rivelano quando questi due sistemi, apparentemente

[1] T. De Mauro, "Il linguaggio giuridico: profili storici, sociologici e scientifici", in *Linguaggio e giustizia. Nuove ricerche*, CEPIG – Centro pontino di iniziative giuridico-sociali, Ancona, 1986, p. 11.

[2] Cicerone, per esempio, attribuiva a *sermo* e *ius* la precipua funzione di vincoli sociali: *in Verrem* infatti egli sostiene che i cittadini romani sono stati uniti dalla condivisione della lingua, del diritto e di molte cose (Cic., *in Verr.* 2.5.167. ... *cives ... Romanos, qui et sermonis et iuris et multarum rerum societate iuncti sunt*).

[3] Sul punto, potrebbe rivelarsi interessante quanto riporta Orazio nel *De arte poetica* (v. 70-2. *Multa renascentur quae iam cecidere, cadentque / quae nunc sunt in honore vocabula, si volet usus / quem penes arbitrium est et ius et norma loquendi*), dove il poeta teorizza sul cambiamento di *ius* e *norma loquendi* lungo l'asse diacronico.

così distanti, si ritrovano vicini, entrando, appunto, in contatto[4]: il linguaggio del diritto, infatti, è sì un linguaggio settoriale, *sui generis*, molto stratificato – così come è stato definito da alcuni[5] –, ma è pur sempre il prodotto di una miscellanea di linguaggio comune e linguaggi settoriali; il diritto non è un fatto di lingua, ma è lingua[6]; il diritto non si limita ad usare la lingua ma linguisticamente si manifesta.

Ora, lo studio del rapporto tra questi due sistemi non è «una scoperta dell'ultimo secolo e nemmeno dell'Ottocento»[7], ma affonda le proprie radici già «nel pensiero antico»; si tratta di un problema avvertito ancora oggi a tutti i livelli, quindi non soltanto

[4] In particolare M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010 e P. Di Lucia, "Tre opposizioni per lo studio dei rapporti tra diritto e linguaggio", in U. Scarpelli-P. Di Lucia (curr.), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, pp. 9 ss. a parere del quale all'interno delle concezioni del diritto come linguaggio possono scorgersi le elaborazioni ontologiche (che rispondono alla domanda: "che cosa è una norma?") e quelle semiotiche (che, invece, rispondono alla domanda: "quando un'entità linguistica è normativa?").

[5] Tra gli altri: S. Cassese, "Introduzione allo studio della normazione", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1992, pp. 307 ss.; T. De Mauro, *Il linguaggio giuridico: profili storici, sociologici e scientifici*, *cit.*, pp. 11-20; Id., "Il linguaggio come tecnica dell'esprimersi", in A. Mariani Marini (cur.), *Il linguaggio, la condotta, il metodo* (Seminari dell'Avvocatura: Roma, febbraio-maggio, 2000), pp. 3 ss.; M.V. Dell'Anna, "Il lessico giuridico. Proposta di descrizione", in *Lingua nostra*, LXIX, 2008, pp. 98 ss.; P. Fiorelli, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, 2008; G. Gualdo, "Il linguaggio del diritto", in R. Gualdo-S. Telve (curr.), *Linguaggi specialistici dell'italiano*, Roma, 2011, pp. 411 ss.; Id., "Come cambia l'italiano giuridico nella tempesta delle lingue", in F. Bambi-B. Pozzo (curr.), *L'italiano giuridico che cambia*. *Atti del convegno (1 ottobre, 2010)*, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 195 ss.; B. Mortara Garavelli, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001; S. Ondelli, *La lingua del diritto: proposta di classificazione di una varietà dell'italiano*, Roma, 2007; F. Sabatini, "Dalla lingua comune al linguaggio del legislatore e dell'avvocato", in A. Mariani Marini-M. Paganelli (curr.), *L'avvocato e il processo: le tecniche della difesa*, Milano, 2003, pp. 5 ss.; J. Visconti, *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Milano, 2010; L. Schena, *La lingua del diritto*, Milano, 1997; L. Serianni, "Il linguaggio giuridico", in Id., *Italiani Scritti*, Bologna, 2012.

[6] In questi termini si esprime M. Cortelazzo, "Lingua e diritto in Italia. Il punto di vista dei linguisti", in L. Schena (cur.), *La lingua del diritto*, *cit.*, p. 36.

[7] D. Mantovani, "Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica", in G. Garrone e F. Santulli (curr.), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008, p. 17.

dalla comunità giuridica[8], sempre più legata, nello scrivere così come nel parlare, a termini ampollosi, involuti, pieni di appesantimenti e concrezioni inutili[9], ma anche e – forse soprattutto – dai cittadini, fruitori ultimi del diritto, i quali non sempre sono messi in grado di decifrare il messaggio contenuto nei testi delle sentenze[10], in alcune norme giuridiche e/o nei provvedimenti amministrativi. Insomma troppo spesso accade che la specialità del linguaggio giuridico finisce con il tradursi in un ostacolo insormontabile alla lettura e comprensione dei testi di diritto da parte di chi non sia del settore.

Gli esempi all'uopo potrebbero essere numerosissimi, ma per brevità ci si limiterà a citarne soltanto qualcuno.

a) Consideriamo un'espressione del tipo: «il difensore chiede applicarsi all'imputato la diminuzione della pena»[11], espressione che, in termini di analisi linguistica, viene definita come sovraestensione dell'infinito in frase completiva[12]: ebbene se essa può risultare familiare, pronunciata in un ambito specialistico come è quello giuridico, riprodotta in un contesto completamente diverso, per così dire "comune",

[8] Si pensi ai tecnici del diritto.

[9] Si vedano soprattutto: G. Alpa, "Il linguaggio dell'avvocato nella evoluzione dei metodi interpretativi, delle prassi e della tecnologia", in A. Mariani Marini-M. Paganelli (curr.), *L'avvocato e il processo*, *cit*., pp. 14 ss.; L. Breggia, "La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali", in F. Bambi-A. Mariani Marini (curr.), *Lingua e diritto*, cit., pp. 15 ss.; M.V. Dell'Anna, *In nome del popolo italiano. Lingua e testualità della sentenza in Italia*, Roma, 2013; Ead., "Profili discorsivi e argomentazione nel linguaggio del giudice", in F. Bambi-A. Mariani Marini (curr.), *Lingua e diritto*, *cit.*, pp. 149 ss.; P. Fiorelli, "Paradossi d'un linguaggio legale in crisi", in F. Bambi-B. Pozzo, *L'italiano giuridico che cambia*, *cit.*, pp. 225 ss.; G. Chiovenda, "Memorie difensive", in F. Cipriani (cur.), Bologna, 2005; F. Macario, "Metodologia e tecniche argomentative nella elaborazione di scritti difensivi", in A. Mariani Marini-F. Procchi, *L'argomentazione*, *cit*., pp. 51 ss.; F. Sabatini, "Dalla lingua comune al linguaggio del legislatore e dell'avvocato", in A. Mariani Marini-M. Paganelli (curr.), *L'avvocato e il processo*, *cit.*, pp. 5 ss.; L. Tria, "Il linguaggio e lo stile delle corti supreme", in F. Bambi-A. Mariani Marini, *Lingua e diritto*, *cit.*, pp. 177 ss.

[10] Vedi *infra.*

[11] B. Mortara Garavelli, *Le parole e la giustizia*, cit., pp. 156 ss.

[12] Il cd. infinito + accusativo.

e con un oggetto altrettanto diverso, potrebbe, viceversa, risultare meno familiare[13].

b) Ancora, si è detto che nelle prescrizioni tassative del codice penale il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: in questi stessi termini si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/88, pronunciandosi sull'*ignorantia legis*. A tal fine – ha spiegato il supremo organo di controllo costituzionale – «sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento». Ciò nondimeno a fronte di tali raccomandazioni, la stessa Corte ha finito con l'utilizzare in sede di dispositivo un linguaggio incomprensibile, rendendosi artefice di vere e proprie acrobazie linguistiche, perché nel dichiarare parzialmente illegittimo l'art. 5 c.p.[14], ha affermato – testuali parole – che tale illegittimità andava riferita «alla parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile».

c) Senza andare troppo lontano, sia consentito un ultimo esempio che ha ad oggetto le stesse decisioni dei giudici di legittimità, le quali possono risultare di difficile comprensione se ci si imbatte in affermazioni di questo tipo: «[...] Nella resistenza della s.p.a. Sorgenti S. Stefano [...] che aveva proposto anche appello incidentale circa la dinamica dell'evento, la Corte salernitana, con sentenza 10 ottobre 2001, accoglieva il primo e rigettava il secondo condannando [...]»[15]. Anche questo tipo di formulazione, infatti, pone qualche problema di interpretazione, visto che da quanto riportato bisognerebbe arguire che la s.p.a.

[13] Si pensi alla medesima frase pronunciata da una ragazza che, recandosi in una sartoria, si rivolge alla lavorante chiedendo "applicarsi una toppa ai suoi jeans" (la frase è stata pronunciata da F. Bambi durante una lezione tenuta in occasione del Corso di perfezionamento per l'anno accademico 2014/2015, *Professioni legali e scrittura del diritto. La lingua giuridica com'è e come dovrebbe essere*).

[14] Per maggiore chiarezza si riporta per intero la norma richiamata: «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale».

[15] L'esempio è tratto da Cassazione Civile n. 4662/2005.

> Sorgenti avrebbe resistito proponendo un primo appello, il principale, altrimenti risulta difficile, soprattutto per "chi non è del settore", comprendere cosa voglia dire con "il primo" (che si riferisce, appunto, all'appello principale). Proseguendo nella lettura della medesima sentenza si legge ancora che «[...] Quand'anche sia poi l'illegittimità dell'atto la componente essenziale dell'illiceità della condotta pubblica, appare ancora fortemente discussa la effettiva producenza del riconoscere risarcibili mere violazioni "procedimentali"».

2. (segue) ... a latere dei professionisti

Il problema della qualità del linguaggio, come si diceva, è sentito, va affrontato e coinvolge le diverse categorie dell'ambito giuridico, quindi non soltanto quella relativa al/ai destinatario/-i del provvedimento o della sentenza, o quella delle autorità (intendendosi per tali, per esempio, l'autorità giudiziaria, un collegio arbitrale o, comunque, un'entità investita di potere decisionale), ma anche quella propria dei professionisti[16] (avvocati, legali d'impresa, notai), legati a forme e modelli frasali che ostano ad una chiara comprensione del testo e lasciano che il lettore inesperto (sia pur interessato alla materia) si smarrisca nella "selva delle proposizioni". Anche a costoro è rivolto il monito della chiarezza e comprensibilità: di recente, per esempio, sono intervenuti i giudici della I Sezione del Consiglio di Stato[17], ammonendo gli avvocati che «la violazione del dovere di sinteticità e chiarezza degli atti processuali [...], ove si traduca nell'assoluta difficoltà di comprensione del contenuto del ricorso, delle censure nello stesso svolte e delle richieste del ricorrente, comporta l'inammissibilità del ricorso proposto»[18].

[16] Relativamente a questa categoria si potrebbero delineare tre diversi modi di atteggiarsi del medesimo linguaggio che, a seconda delle situazioni, può assumere: carattere "persuasivo" (in sede giudiziale); normativo (in sede contrattuale) e comunicativo (in sede di consulenza legale).

[17] Si tratta della sentenza 27 febbraio 2014, n. 346.

[18] Questo monito è stato rivolto ai liberi professionisti anche dal primo presidente della Corte di Cassazione, Santacroce, e dal presidente del Consiglio

Pare quasi, per ripetere le parole del sociologo tedesco, Jürgen Habermas[19], che l'attaccamento mostrato dai giuristi a certi modelli linguistici non faccia altro che perpetuare un conflitto irrisolto fra l'interesse del mittente (cioè il responsabile dell'atto giuridico) e quello del ricevente (il destinatario; nella maggior parte dei casi il cittadino interessato ad un dato testo giuridico): si ritiene, infatti, che da una parte, il mittente abbia tutto l'interesse a difendersi dalle possibili critiche che potrebbero essergli rivolte nell'esercizio autoritativo del potere[20]; dall'altra, invece, il ricevente abbia l'interesse, per così dire "contrario", a comprendere il testo per poterlo fare proprio o, eventualmente, criticare.

Ora, questo non deve significare – si badi – argomentare in assoluto contro la specialità del linguaggio giuridico (che deve esserci), ma distinguere tra una specialità necessaria (di cui il giurista non può fare a meno[21]) ed una specialità non necessaria,

Nazionale Forense, Mascherin, i quali hanno firmato, il 17 dicembre scorso, due protocolli (uno per la materia civile e tributaria; l'altro per quella penale), con il preciso obiettivo – si legge su un articolo apparso su *Il Sole 24Ore* (a firma di G. Negri, "Accordo Cnf-Cassazione sui modelli di ricorso", in *Il Sole 24Ore* del 19 dicembre 2015, n. 349, p. 21) – di «favorire il lavoro di amministrazione della giustizia». Nella prassi, accade spesso, infatti, che i ricorsi depositati dai legali presentano – per stessa ammissione dei giudici – un contenuto incomprensibile: onde evitare ciò, dunque, nei protocolli è stato indicato uno schema di redazione, attraverso il quale ne vengono definiti i limiti di contenuto ed agevolata la comprensione.

[19] *Teoria dell'agire comunicativo*, 1981. Sul tema si veda ancora E. Hemingway, *Death in the afternoon*, New York, 1932 (trad. it. F. Pivano, *Morte nel pomeriggio*, Milano, 1998, cap. V): «Se un uomo scrive con sufficiente chiarezza, chiunque può vedere se imbroglia. [...] Il vero misticismo non dovrebbe venir confuso con l'incompetenza a scrivere, che cerca di mistificare dove non c'è alcun mistero ma soltanto la necessità di imbrogliare per mascherare la mancanza di sapere o l'incapacità di esprimersi chiaramente».

[20] E qui non si intende soltanto il potere in senso istituzionale (che è quello del Legislatore quando emana testi normativi o dei giudici che emettono sentenze), ma anche quello in senso lato, in senso comunicativo: in qualsiasi situazione comunicativa, il mittente può scegliere di comunicare in modo "autoritativo", lasciando poco spazio alla facoltà di critica da parte del ricevente. In questi casi, l'uso di forme linguistiche speciali serve fondamentalmente a sottolineare l'appartenenza ad una determinata classe.

[21] Si pensi a termini quali usufrutto, comodato, enfiteusi, litisconsorzio, sinallagma: in tutti questi casi è l'innegabile complessità della materia giuridica a richiederne l'opportuna specializzazione linguistica.

tesa, quest'ultima, unicamente a rendere più complesso, artificioso ed incomprensibile il testo giuridico: in altre parole, promuovere una lettura più agevole dei provvedimenti[22].

3. Il problema in prospettiva europea

Un altro problema da affrontare prima di passare brevemente all'esame del modello proposto dagli antichi romani è quello che deriva dalla traduzione dei testi giuridici in lingue diverse dall'italiano, problema legato alla sempre maggiore influenza che i vocaboli stranieri, entrati di prepotenza nel nostro panorama giuridico, esercitano sul relativo lessico[23]: in alcuni casi, rilevanti soprattutto in un'Unione Europea multilingue[24] e plurigiuridica[25] come la nostra, può accadere, infatti, che non sempre il vocabolo italiano adoperato per rendere il corrispondente lemma di lingua straniera e spiegarlo abbia lo stesso suo significato[26].

a) Per fare qualche esempio, si potrebbe prendere in considerazione il termine "contratto", il quale – come

[22] Dove con il termine "provvedimenti" si vuole fare riferimento ai diversi testi giuridici, siano essi nella forma delle sentenze, delle leggi, delle norme, degli atti amministrativi etc.

[23] Il riferimento è sia a quelle parole intraducibili quali *trust*, *real property* and *personal property*, *leasing*, *factoring*, *leverage by out* che a quelle che in qualche modo debbono comunque essere recepite nel nostro ordinamento in quanto ormai entrate a far parte delle dinamiche giuridiche.

[24] Sono ben 24 le lingue europee nelle quali vanno tradotti i testi giuridici.

[25] Vi appartengono civiltà giuridiche differenti e soprattutto distanti tra loro come quelle di *Common* e *Civil Law.*

[26] Problema che si avverte in particolar modo quando si tratta di comunicare attraverso lingue differenti, «con buona pace per coloro i quali presumono (*iuris tantum?*) che oggi si sia tutti felicemente poliglotti. Narrava a tal proposito un collega, direttore legale presso una nota società americana, che essendo tale società produttrice di bevande, gli capitò di imbattersi in alcune improvvide traduzioni di direttive comunitarie del tipo "il condizionamento delle derrate alimentari", anziché – come sarebbe stato corretto e logico – "il confezionamento" delle derrate stesse (che in francese si traduce *conditionnement*), con ovvie imbarazzanti conseguenze»: sono parole di E. Cappa, *Prefazione* al libro *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, G. Garzone e F. Santulli (curr.), Milano, 2008, p. xvii.

noto – nell'ordinamento giuridico italiano è utilizzato per inquadrare non solo gli accordi negoziali[27], ma anche le promesse gratuite; purtuttavia "contratto" non è altrettanto valido per definire il matrimonio: ora, se si provasse a metterlo a confronto con il "corrispondente"[28] *contract* inglese, potrebbe notarsi come quest'ultimo non includa in sé (come significato prettamente giuridico) né le promesse gratuite, né tanto meno il matrimonio; si provi, ancora, a considerare il *contrat* francese: anche in questo caso il vocabolo di lingua straniera, corrispondente per assonanza, finisce con l'avere un significato differente, che è inclusivo del matrimonio[29].

b) Restando in tema, si potrebbe dare uno sguardo all'art. 2621[30] del codice civile tuttora in vigore: se lo si legge attentamente, infatti, si può notare da subito che vi è un chiaro errore di traduzione, dal momento che nel recepire una direttiva comunitaria, il legislatore italiano ha fatto espresso riferimento a "fatti materiali", alludendo a quei *material facts* di matrice comunitaria, senza tuttavia lasciarne intendere il significato.

c) Infine, altro errore sembra essere contenuto nella versione in lingua italiana della direttiva 93/13, resa in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, per l'applicabilità della cui normativa di protezione è necessaria la violazione del requisito della buona fede: rispetto ai testi

[27] Così come statuisce espressamente l'art. 1321 c.c. a norma del quale: «il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

[28] Si tratta, chiaramente, di una corrispondenza per assonanza. Lo stesso vale se pensassimo all'assonanza tra i *delicta* romanistici e quelli (diversi) previsti dal nostro sistema penale.

[29] Per completezza, si riporta l'impiego del *Vertrag* tedesco, utilizzato per definire pure le promesse gratuite.

[30] Così come sostituito dalla L. n. 262/2005, in tema di "disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari".

> inglese, tedesco e francese[31], infatti, quello italiano contiene il diverso ed errato inciso "malgrado la buona fede", a tal punto pericoloso da indurre la Corte d'Appello di Roma ad affermare che «malgrado [...] ha valore avversativo e quindi la buona fede in senso oggettivo non è elemento costitutivo della fattispecie, sicché in definitiva non occorre constatare che la buona fede è stata violata per irrogare la sanzione dell'inefficacia»[32].

Questi riportati brevemente sono solo alcuni dei casi nei quali una traduzione letterale, pedissequa[33], incidendo sull'intero testo giuridico, rischia che ne vengano compromessi significato e comprensione.

4. L'esempio degli antichi

> Vi è, allora, da chiedersi:
>
> perché rivolgere lo sguardo proprio all'antichità, al suo patrimonio linguistico ed alle proposizioni messe a punto dagli autori latini?[34] «[...] per tratteggiare grazie alla loro chiarezza una mappa dei rapporti tra lingua e diritto

[31] Correttamente le versioni inglese (*contrary to the requirement of good faith*); tedesca (*entegegen dem Gebot vom Treu und Glauben*) e francese (*en dépit de l'exigence de bonne foi*) si richiamano per l'applicabilità della normativa di protezione alla violazione della buona fede.

[32] Corte App. Roma, sentenza 24 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 332.

[33] In dottrina, c'è stato chi ha parlato di "traduzione traditrice": così F. Bambi, *Introduzione* a *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, *cit*., p. 13.

[34] Sul problema della "compatibilità" del diritto romano con quello moderno, si vedano, tra gli altri: A. Bellodi Ansaloni, *Scienza giuridica e retorica forense. Appunti da un corso di Metodologia giuridica romana*, Dogana (Repubblica di San Marino), 2012; G. La Pira, "La genesi del sistema nella giurisprudenza. 4. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica", in *BDR*, XLIV, 1936-1937, pp. 131-159; L. Vacca, *Casistica e sistema nel diritto giurisprudenziale. Alcune riflessioni con riferimento al "metodo" dei giuristi romani*, in *Europa e diritto privato*, 2 (2003), pp. 325-368; Ead., *Interpretazione e scientia iuris: problemi storici e attuali*, relazione svolta al convegno annuale della facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano – Bicocca, "*La fabbrica delle interpretazioni*", 19-20 novembre 2009.

e insieme per suggerire l'utilità di una perlustrazione sistematica del pensiero antico»[35], la qual cosa potrebbe finire con l'arricchire la discussione linguistica e giuridica moderna. Il giurista, invero, oltre ad essere un perfetto conoscitore di norme ed una persona capace di padroneggiare la tecnica per individuarle e applicarle, deve anche essere uno "storico del diritto", e questo perché lo stesso diritto non è sempre uguale, ma di volta in volta si correla a specifiche realtà socio-economiche: ne consegue che se volesse intenderlo dal profondo, riconoscerlo e renderlo effettivo, dovrebbe avere la coscienza sia della sua storicità che del metodo utilizzato per la sua applicazione.

Ancora:

perché proprio il *de verborum significatione*[36] ed il *legal drafting* come parametri di riferimento? L'accostamento, invero, è un po' azzardato: si tratta, infatti, di due sistemi lontani l'uno dall'altro (in particolare, il *legal drafting* rappresenta una sorta di guida pratica alla formulazione di testi giuridici più comprensibili per il largo pubblico e più precisi per gli interpreti, una guida cioè alla scrittura istituzionale, che sta prendendo sempre più piede nei corsi di formazione per pubblici funzionari, volta ad insegnar loro a produrre testi burocratici più comprensibili ed efficaci); eppure questo accostamento vuole fungere da esperimento per tentare di dimostrare come l'uso attento dei vocaboli, da un lato, ed il loro corretto impiego in ambito giuridico, dall'altro, possano costituire, ieri come oggi, una valida metodologia d'insegnamento.

[35] D. Mantovani, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, cit., p. 22.

[36] M. Marrone, "Osservazioni su D. 50.16", in O. Bianco-S. Tafaro (curr.), *Il linguaggio dei giuristi romani. Convegno Internazionale di Studi, Lecce 5-6 dic. 1994*, Galatina, 2000, pp. 37-52 (= G. Falcone (cur.) *Scritti giuridici*, I, Palermo, 2003, pp. 509-526); Id., "Nuove osservazioni su D. 50.16", in *SCDR*, 7, 1995, pp. 169--189 (= *Scritti giuridici*, *cit.*, II, pp. 561-583); Id., "Le significationes di D. 50.16 (de verborum significatione)", in *SDHI*, 60, 1994, pp. 583-596 (= in *Scritti giuridici*, *cit.,* I, pp. 527-542).

Non va dimenticato "che noi siamo in gran parte tributari ai Romani della nostra terminologia giuridica".

> Infine:
>
> perché prendere in considerazione proprio la giurisprudenza romana[37]? Perché con il suo metodo casistico, un metodo non rigido, ma imperniato sulla ricerca della soluzione più giusta, quantunque perfettibile, del caso concreto, è divenuta un fattore essenziale della storia del pensiero giuridico, antico e moderno, ponendo le basi del primo, grande, edificio scientifico del diritto e costruendo, altresì, le categorie fondamentali di ogni scienza giuridica.

La presenza di giuristi, l'utilizzazione da parte loro di un metodo casistico, la costruzione di una *scientia iuris*, cioè di un'autonoma forma del sapere, organizzata in modo razionale, secondo una propria logica, secondo regole e definizioni flessibili, secondo un linguaggio rigoroso rappresenta, infatti, l'elemento che ha reso l'esperienza giuridica romana un fattore propulsivo fondamentale nella costruzione della giuridicità dell'età medioevale e moderna.

5. Il *De verborum significatione* come modello di riferimento

Si consideri, dunque, il titolo 50.16 *de verborum significatione* dei *Digesta*, il quale contiene ben 246 frammenti di cui 56 sono composti da due o più §§ per un totale di 345 testi; esso fa espressamente riferimento alla *significatio*, termine corrispondente al nostro "significato"[38], alla *Bedeutung* dei tedeschi: si tratta, più precisamente, di dati linguistici, che talvolta, quando lo stesso vocabolo è adoperato in più accezioni (con più significati, appunto) è bene precisare.

[37] P. Cerami, s.v. "Giurisprudenza – Scienza giuridica nel diritto romano", in *Dig. Disc. Priv. (Sez. Civ.)*, IX, Torino, 1993, pp. 180-193; L. Raggi, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007.

[38] "Significato" è «uno [...] dei più controversi e ambigui in tutta la teoria del linguaggio»: R. Cardona, *Dizionario di linguistica*, Roma, 1988, p. 279.

L'eterogeneità di *significatio* deriva dal fatto che per i Romani poteva includere sia il significato puro e semplice della parola; sia l'interpretazione estensiva o restrittiva[39], sia infine le definizioni[40], cioè il frutto di operazioni mentali che comunque hanno per oggetto il significato.

Si cercherà di fare qualche esempio per ciascuno dei *tria genera*:

a) in D. 50.16.24 (Gai 6 *ad ed. prov.*) si legge una corretta definizione di *hereditas* secondo la quale: «nihil aliud est "hereditas" quam successio in universum ius quod defunctus habuit»;

b) in D. 50.16.49 (Ulp. 59 *ad ed.*) si dice che: «bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse»;

c) ancora, in D. 50.16.238.2 (Gai 6 *leg. XII tab.*) «pignus appellatum a pugno, quia res quae pignori dantur, manu traduntur».

Si tratta, come facilmente intuibile, di ipotesi nelle quali si ha una definizione chiara del significato del termine; ipotesi nelle quali, invece, lo stesso termine viene adoperato con significati differenti, si possono rinvenire, per esempio, in tema di:

a) *potestas*, *verbum* che può essere utilizzato ora per indicare l'*imperium* dei magistrati; ora la *patria potestas*; ora il dominio sugli schiavi; ora la disponibilità di fatto sullo schiavo stesso (*cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non*

[39] Che, alla fine, altro non è che il significato stesso del lemma ampliato o ristretto. Si ricorda all'uopo che anche per il nostro ordinamento, l'indagine dell'interprete non deve limitarsi all'esame letterale del testo, ma deve fondarsi sul «[...] senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore» (art. 12 delle Preleggi). G. Archi, "Intepretatio iuris – interpretatio legis – interpretatio legum", in *ZSS*, LXXXVII, 1970, pp. 1-49.

[40] Sul problema delle definizioni in diritto romano si veda in particolare B. Albanese, "Definitio periculosa. Un singolare caso di duplex interpretatio", in *Studi in onore di G. Scaduto*, 3, Padova, 1970, pp. 229-376.

defendit); ora, infine, la *potestas rei vindicandae* (nel contesto della *lex Atinia*) → D. 50.16.215 (Paul. 1 *sing. ad legem Fufiam Caniniam*)[41];

b) oppure di *familia*, puntualmente trattata nelle sue diverse accezioni in D. 50.16.195.1-5 (Ulp. 46 *ad ed.*)[42], laddove ora

[41] ***"Potestatis" verbo plura significantur: in persona magistratuum imperium: in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium. At cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.***

[42] ***1. "Familiae" appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis "adgnatus proximus familiam habeto". Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: "ex ea familia", inquit, "in eam familiam": et hic de singularibus personis legem loqui constat.***

2. Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

3. Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. Sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. Alia autem parte edicti omnes servi continentur: ut de hominibus coactis et vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae eius, et interdicto unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. Sed et filii continentur.

4. Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae.

deve intendersi come patrimonio dell'ereditando (nella legislazione decemvirale); ora è la *familia proprio iure* o *communi iure*, ora è la *familia servorum* con riferimento agli schiavi dello stesso padrone, ora, ancora la *familia Iulia* (intesa in senso socio-politico). A quest'ultimo proposito, sia consentito un parallelismo con l'attuale sistema giurisprudenziale italiano (chiaramente con tutte le precauzioni del caso), parallelismo volto ad evidenziare la stessa difficoltà che ancora oggi incontrano i giudici nel tentativo di qualificare giuridicamente la "famiglia di fatto", problema che, come facilmente intuibile, deriva dall'intervento codificatorio a seguito del quale alcuni concetti sono stati positivizzati: le sentenze sul punto sono numerosissime e vanno dal diritto penale[43] a quello civile, dove – a parte i recenti interventi legislativi in materia di filiazione naturale, negoziazione assistita e divorzio breve e la disputa politica sulle unioni civili e la *stepchild adoption* – il Supremo Collegio è intervenuto sul problema della attribuzione o meno dell'assegno divorzile, dopo che uno dei due ex coniugi (il beneficiario) si era costruito una nuova "famiglia di fatto"[44].

La varietà dei testi che possono rinvenirsi nel titolo 50.16 dei *Digesta* è molto ampia e spazia, come si è già detto e cercato di dimostrare, dalle "semplici", se si vuole, definizioni a veri e propri suggerimenti interpretativi. Si pensi a:

[43] Si pensi, per fare un solo esempio, alla sentenza n. 31121 del 2014, in tema di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), nella quale la Corte di Cassazione ha affermato che «la norma di cui all'art. 572 c.p. non riguarda solo i nuclei familiari costruiti sul matrimonio, ma qualunque relazione che, per la consuetudine e la qualità dei rapporti creati all'interno di un gruppo di persone, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi ed aspettative di assistenza assimilabili a quelli tradizionalmente propri del nucleo familiare».

[44] In questo caso, i giudici hanno stabilito che «l'espressione "famiglia di fatto" non consiste soltanto nel convivere come coniugi, ma indica prima di tutto una "famiglia", portatrice di valori di stretta solidarietà, di arricchimento e sviluppo della personalità di ogni componente, e di educazione e istruzione dei figli».

a) D. 50.16.123 (Pomp. 26 *ad Q. Mucium*)[45] nel quale si dice che talvolta può accadere che il verbo *erit* anziché al futuro debba essere riferito al passato (ragionamento analogo per la voce verbale *est*: *Troia capta est* = Troia è o è stata);

b) ancora al frammento 237 (Gai 5 *ad legem duodecim tabularum*), nel quale si precisa che due negazioni affermano: «duobus negativis verbis quasi permittit lex quam prohibuit: idque etiam Servius animadvertit»;

c) o, in ultimo, a D. 50.16.124 (Proc. 2 *ad ep.*)[46], nel quale viene proposta una ricca casistica che ha ad oggetto il metodo

[45] *Verbum "erit" interdum etiam praeteritum nec solum futurum tempus demonstrat. Quod est nobis necessarium scire et cum codicilli ita confirmati testamento fuerint: "quod in codicillis scriptum erit", utrumne futuri temporis demonstratio fiat an etiam praeteriti, si ante scriptos codicillos quis relinquat. Quod quidem ex voluntate scribentis interpretandum est. Quemadmodum autem hoc verbum "est" non solum praesens, sed et praeteritum tempus significat, ita et hoc verbum "erit" non solum futurum, sed interdum etiam praeteritum tempus demonstrat. Nam cum dicimus "Lucius Titius solutus est ab obligatione", et praeteritum et praesens significamus: sicut hoc "Lucius Titius alligatus est". Et idem fit, cum ita loquimur "Troia capta est": non enim ad praesentis facti demonstrationem refertur is sermo, sed ad praeteritum*.

[46] ***Haec verba "ille aut ille" non solum disiunctivae, sed etiam subdisiunctivae orationis sunt. Disiunctivum est, veluti cum dicimus "aut dies aut nox est", quorum posito altero necesse est tolli alterum, item sublato altero poni alterum. Ita simili figuratione verbum potest esse subdisiunctivum. Subdisiunctivi autem genera sunt duo: unum, cum ex propositis finibus ita non potest uterque esse, ut possit neuter esse, veluti cum dicimus "aut sedet aut ambulat": nam ut nemo potest utrumque simul facere, ita aliquis potest neutrum, veluti is qui accumbit. Alterius generis est, cum ex propositis finibus ita non potest neuter esse, ut possit utrumque esse, veluti cum dicimus «omne animal aut facit aut patitur: nullum est enim quod nec faciat nec patiatur: at potest simul et facere et pati». Il frammento – del quale si è molto discusso e si discute tuttora*** (si vedano fra gli altri: A. Mantello, "Della disgiunzione nel pensiero di Proculo", in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, 2001, pp. 173 ss. [= *Variae*, I, Lecce, 2012, pp. 517 ss.]; V. Venditelli Casoli, "L'operazione della disgiunzione nella logica stoica e nel diritto romano", in *Studi E. Betti*, IV, Milano, 1962, pp. 419 ss.; J. Miquel, "Stoische Logik und römische Jurisprudenz", in *ZSS*, LXXXVII, 1970, pp. 85 ss., spec. pp. 90 ss.; Ch. Krampe, *Proculi Epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe, 1970, pp. 82 ss.; S. Tondo, *Profilo di storia costituzionale romana*, II, Milano, 1993, pp. 470 ss. spec. pp. 475 s.) – **delinea diverse ipotesi interpretative della particella disgiuntiva *aut*, nel senso che essa può essere intesa sia come *oratio disiuntiva* (e, dunque, come alternativa netta tra due elementi: l'esempio riportato nel**

interpretativo di due *verba* collegati da una particella, *aut*, che può congiungerli o separarli.

Va detto che questi riportati sono solo alcuni dei numerosissimi esempi che possono rinvenirsi nel titolo 16 del libro 50 del Digesto: ne potrebbero essere menzionati molti altri, indicativi del metodo casistico-interpretativo adoperato dagli antichi.

6. Conclusioni

A fronte di un intero titolo dei *Digesta* dedicato alle *significationes*, oggi, invece, ci troviamo in una situazione nella quale il diritto è diventato d'*élite*, per pochi, dimenticando, invece, che la proposizione giuridica per essere veramente tale deve essere chiara e soprattutto concisa ed arrivare dritta al suo destinatario principale, il cittadino.

Probabilmente, se tutte le indicazioni contenute nel medesimo titolo (50.16) venissero fornite agli studenti del primo anno di giurisprudenza, i giuristi del domani «per aumentarne le competenze linguistiche, aiutarli ad acquistare la capacità di leggere con acume critico e interpretativo e di scrivere con chiarezza, forza ed eleganza»[47], si potrebbero evitare aberrazioni linguistiche – così come sono state definite – di questo tipo:

testo è indicativo in tal senso, dal momento che il giorno esclude sempre la notte e viceversa, *alterum non datur* – '*aut dies aut nox est*'), sia come *oratio subdisiuntiva,* quando, invece, l'alternatività tra essi non è poi così rigorosa. In quest'ultimo caso, è possibile altresì distinguere ipotesi nelle quali può esservi inammissibilità di entrambi gli elementi (si pensi, per esempio, al caso dell'*aut sedet aut ambulat*', nel quale tali azioni potrebbero risultare entrambe false, qualora venissero rapportate ad un determinato segmento temporale, probabilmente perché si sta attendendo a qualche altra attività), ed ipotesi nelle quali può esservi, invece, la contestuale ammissibilità di dette azioni (come accade per l'*aut facit aut patitur*', in cui non necessariamente una delle due deve per forza essere vera e l'altra falsa, potendo tranquillamente anche coesistere).

[47] D. Mantovani, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, *cit.*, p. 22.

STUDIO TECNICO
**
GIUDIZIARIO
**

SPETT.LE STUDIO LEGALE

RACCOMANDATA A./R.
Oggetto: Consulenza Tecnica Suppletiva, già espletata dall'Arch. **, inerente al sinistro del 04/06/2008.

CONTENDENTI**

INTRODUZIONE E PRECISAZIONE

Per traversie forzate, dovute all'indisposizione dell'Esimio Magistrato, che hanno dato avversità della fase accerta mentale, non dipeso da nessun interessato alla questione, ma addebitabile al fato, che domina sugli uomini e cose, fino ad oggi il Ctu non ha potuto proseguire e portar al soddisfo il mandato conferitogli.
Premesso ciò; Vi invita a pervenire presso il suo Studio il giorno 23/06/2011, alle ore 16:00, alfine di ricostruire in toto la dinamica che ha determinato la creatività del sinistro per cui è causa.
Come primordio: condurre gli autoveicoli coinvolti nel fatto storico o quanto meno similari, onde eseguire un esame di simulazione vettoriale e geometrico, sul luogo teatro del sinistro. Nell'attesa del prossimo incontro, distintamente saluta.

FRATTAMAGGIORE, LÌ 16/05/2011

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO ROMANO E DA TRADIÇÃO ROMANISTA PARA O DIREITO PORTUGUÊS. UMA INTRODUÇÃO PARA ESTUDANTES DE DIREITO*

Christian Baldus
Universität Heidelberg

Sumário

O texto é destinado a estudantes do primeiro ano do curso de Direito e procura, por isso, enquadrar sistematicamente, mas sem pretensão de exaustividade, a possível utilidade dos estudos romanísticos. O contributo começa a partir de uma constatação sob a qual se retorna ao fim, ou seja, a partir da particularidade de que Portugal, embora possuindo um excelente Código Civil, por longos períodos de tempo renunciou quase na totalidade a um ensinamento romanístico nas suas universidades. Nesta perspectiva, propõe-se uma descrição dos ramos da História do Direito (entendida *lato sensu*) com as respectivas funções (história interna, externa e do método) e das relações entre as várias disciplinas fundamentais para o Direito privado europeu e o Direito positivo vigente. Após alguns exemplos, evidencia-se a natureza da ciência jurídica como ciência das decisões transparentes e aceitáveis, assim como o valor do estudo do Direito romano como estudo das decisões dos *prudentes*: um estudo dos seus limites de valoração e do modo como se deu conta dos mesmos. A responsabilidade do jurista está precisamente, de Roma em diante, na consciência dos próprios espaços decisórios. É por esta razão que um

Sommario

Il testo è destinato a studenti del primo anno del corso di studi in giurisprudenza e cerca, perciò, di inquadrare sistematicamente, ma senza pretese di esaustività, la possibile utilità degli studi romanistici. Il contributo prende le mosse da una constatazione su cui si ritorna alla fine, e cioè dalla particolarità che il Portogallo, pur possedendo un eccellente codice civile, per lunghi periodi ha rinunciato quasi del tutto a un insegnamento romanistico nelle sue università. In questa prospettiva si propone una descrizione dei rami della storia del diritto (*lato sensu* intesa) con le loro rispettive funzioni (storia interna, esterna e del metodo) e dei rapporti fra le varie discipline fondamentali per il diritto privato europeo e il diritto positivo vigente. Dopo alcuni esempi si evidenziano la natura della scienza giuridica come scienza delle decisioni trasparenti e accettabili, nonché il valore dello studio del diritto romano come studio delle decisioni dei *prudentes*: uno studio dei loro margini di apprezzamento e del modo in cui di essi si è tenuto conto. La responsabilità del giurista sta appunto, da Roma in poi, nella consapevolezza dei propri spazi decisionali. È per questa ragione che un giovane alle prime armi, per poter stabilire se vuol studiare la scienza

jovem estudante, para poder decidir se quer estudar a ciência decisória por antonomásia, tem de lidar com os Romanos.

decisionale per antonomasia, deve fare i conti con i Romani.

Palavras chave

Estudos romanisticos – ramos da história do direito – ciência das decisões – *prudentes*

Parole chiave

Studi romanistici – rami della storia del diritto – scienza delle decisioni – *prudentes*

§ 1. O tema proposto foi concebido no âmbito de uma aula para o primeiro ano da licenciatura em Direito. Uma aula pensada para ilustrar a importância actual do estudo do direito romano e da tradição romanista aos estudantes. Trata-se de um tema muito amplo susceptível de ser abordado de diferentes formas e com diversas intenções.

§ 2. Partindo de uma especificidade do direito português, vou orientar-me em função da pergunta que em qualquer momento histórico julgo dever ser formulada perante qualquer norma ou ideia jurídicas: se atende, tecnicamente e segundo os valores aceites, àquilo a que a sociedade requer numa dada situação. É possível direcionar essa questão para elementos históricos com os quais trabalha o direito vigente; é possível aproximar-se da solução por meio de ponderações históricas; daqui resulta o sumário da minha conferência, a esclarecer de seguida.

§ 3. Por ora, veja-se a seguinte particularidade: Portugal tem o melhor Código Civil da Europa, pelo menos, o melhor que conheço; e Portugal não teve um ensino sistematizado de direito romano durante quase dois séculos.

§ 4. No curso dos estudos serão conhecidas as qualidades do Código Civil em detalhe. Em resumo: combina, na substância, o pragmatismo das soluções francesas com a exactidão da tradição alemã. Nisto se expressa uma aptidão tipicamente portuguesa, que é a capacidade de uma recepção doutrinária autónoma e criativa, de síntese e de reforma. Por isso, constitui um modelo para a Europa e merece mais atenção por parte dos juristas europeus.

Assim, é recomendável aprender francês e alemão, caso se queira compreender a fundo o direito civil português e também divulgá-lo no estrangeiro. Tal como tento fazer-me compreensível em português. Só quem conhece as influências estrangeiras pode reconhecer também o valor efectivo do próprio Direito.

§ 5. O papel comparativamente limitado que há 200 anos cabe ao direito romano em Portugal tem, como é sabido, motivos históricos. Surge a questão: se Portugal é o único Estado do sudoeste europeu sem uma grande tradição no ensino do direito romano e, a despeito disso, tem um excelente Código Civil, fica demonstrado não ser necessário o direito romano para um bom direito civil?

I. Curso da exposição

§ 6. A reflexão sobre esta questão será desenvolvida em oito passos. Em primeiro lugar, será indagado como o jurista deve ser formado e instruído, já que este é um tema importante para os estudantes (II.). Analisar-se-á, depois, o que na realidade quer dizer a expressão "direito romano" (III.). Terá de ser feita, em seguida, uma diferenciação entre os distintos objectivos da história do direito tanto para a ciência do direito em geral como para a formação e instrução dos juristas (IV.). Trata-se, sobretudo, da relação da história do direito com outras matérias propedêuticas do ensino jurídico (V.) e com a dogmática jurídica (VI.). Aspecto investigado mais aprofundadamente a propósito do direito romano (VII.), inclusive com exemplos (VIII.). Após essa reflexão – visto que devemos trabalhar sistematicamente em Portugal –, será possível indagar brevemente o que pode ser aproveitado do debate habitualmente referido concisamente sob o rótulo "um novo *ius commune* para a Europa?" (IX., X.). Após uma observação crítica sobre tal slogan programático, a análise será concluída com alguns testemunhos da presença actual do direito romano na cultura jurídica portuguesa e do que pode ainda ser alcançado no futuro. Isto, com o objetivo de os estudantes se tornarem mais conscientes do seu lugar na Europa e de aí actuarem de um modo mais autoconfiante.

§ 7. Diz-se, correctamente, que Portugal é a face com a qual a Europa olha para o oeste, ou, preferindo a metáfora, é um dos pilares da ponte para a América Latina. Um pilar, contudo, que tem a sua raiz no centro da Europa. É, todavia, necessário que alguns outros europeus se apercebam deste aspecto. Para estes, seria vantajoso ver o Atlântico, de passagem, através de um olhar desde Portugal. Nesse sentido, pretendemos ajudar esses outros europeus enquanto reflectimos sobre Portugal e o direito romano.

2. Ponto de partida

2.1 A tarefa do jurista

§ 8. Aproximando-nos das futuras tarefas dos estudantes de direito, é possível dizer, ainda que de forma bastante sintéctica: os juristas resolvem problemas que a sociedade não conseguiu resolver satisfatoriamente sem o Direito. Quando fracassam os mecanismos de solução privada de conflitos, o Direito vem em socorro da sociedade. Além disso, os próprios mecanismos sociais de solução de conflitos são reforçados, desde logo, mediante a mera consciência das partes sobre a existência de instrumentos jurídicos. Como exemplo disto, veja-se a frase: "se não chegarmos a um acordo, levarei o caso ao meu advogado".

2.2 A responsabilidade do jurista

§ 9. É evidente a responsabilidade que daí surge para o jurista que actua na prática. O futuro jurista deve preparar-se para um sem-número de possíveis responsabilidades e tarefas imagináveis, mas não tem como conhecer tudo de antemão. De qualquer forma, é certo que precisa de uma sólida base técnica e também de firmes conhecimentos além das fronteiras jurídicas, de maneira de conseguir trabalhar de imediato situações *standard* e de se adaptar, sem dificuldades, a situações diversas. Assim, o próprio interesse dos alunos em obter boas notas durante os estudos é combinado com o interesse da sociedade em juristas bem formados e instruídos.

2.3 Formação técnica e cultura geral

§ 10. Trata-se de conhecimentos para além de técnicos, mas justamente de conhecimentos para a técnica. O jurista não deve adquirir um saber extinto que sirva para uma "conversa fiada" em cerimónias, mas antes um conjunto de saberes que lhe possibilite avaliar que fenómenos extrajurídicos são um pressuposto de eficácia para os fenómenos jurídicos.

§ 11. Mas o jurista só poderá utilizar os seus instrumentos técnicos de uma forma ideal, se estiver bem orientado sobre a sociedade na qual pretende empregá-los. A sociedade tem uma história e é apenas a partir desta que poderá ser entendida – assim como um indivíduo só pode ser entendido se for conhecida a sua biografia; o direito tem também uma história; quem conhece ambas saberá aquilo que o direito pode ou não realizar em determinada situação.

§ 12. Nesta perspectiva, por que razões é que se deve estudar justamente o direito romano? E o que significam, realmente, os termos história do direito e direito romano?

3. O que significa "Direito Romano"?

3.1 Épocas e conhecimentos de interesse

§ 13. O direito romano não é um fenómeno uniforme. Como esteve em uso por mais de 2500 anos, servindo a diferentes sociedades, foi, necessariamente, sendo transformado. Ver-se-á de seguida que hoje são interessantes, por várias razões, as diversas fases da experiência histórica do direito romano. Também por esse motivo, é necessário diferenciá-las, inclusive, conceptualmente.

3.2 Direito romano antigo

§ 14. Entre o surgimento da comunidade romana no século VIII a. C. e o fim da Antiguidade, o direito romano evoluiu através de uma constante e crescente concatenação das singulares *actiones*,

protagonizada pelos juristas, numa actividade que se torna cada vez mais intensa até ao fim do período clássico (séc. III. d. C.). São as fontes desse período, na sua maioria, que, em função de critérios da sua época e para fins próprios desta, foram escolhidas e refundidas pelo Imperador Justiniano no séc. VI d. C. É sob essa forma que a Idade Média encontra os textos jurídicos romanos e, a partir do séc. XI, utiliza-os de modo mais intenso.

§ 15. Tudo o que ocorre depois da Antiguidade projecta-se, de um modo muito específico, nessas fontes. Por conseguinte, é igualmente impossível compreender essas épocas partindo-se da Antiguidade ou, inversamente, compreender a Antiguidade tomando como ponto de partida a sobrevivência do direito romano: em ambos os casos estar-se-ia perante um anacronismo. Contudo, não se pode compreender a relação entre essas épocas e sobre a qual se baseia afinal a produção dogmática do nosso direito privado, sem se saber que as fontes e certas ideias fundamentais sobre as mesmas caminham de modo diacrónico através da história. É preciso ter sempre em mente as mudanças de pano de fundo diante das quais as diferentes gerações se serviram dessas fontes. Tendo-as presentes no modo de lidar com as fontes, pode perceber-se como foi sendo criado o nosso direito e, em particular, os caminhos que não foram percorridos no curso do seu desenvolvimento.

3.3 *Ius commune*

§ 16. O direito romano da Idade Média e o do início da Idade Moderna são autónomos por muitas razões. Os pressupostos culturais tinham-se transformado, mas também a função económica do direito. Os juristas passam a compreender muitos textos de modo diferente do sentido que lhes era atribuído na Antiguidade e, além disso, criam novos institutos. No entanto, mesmo depois de todos os abalos sofridos – especialmente com o humanismo, a reforma protestante e a contra-reforma –, permanecem romanos, caso se permita a metáfora, o vocabulário e, em grande medida, a gramática do direito. O que se transforma de modo bastante significativo é a semântica. *O ius commune* une continuamente a Europa. Porém, as necessidades relativas à política-legislativa ainda só podem ser satisfeitas a custo de uma grande complexidade, por assim dizer, de uma incompreensibilidade do direito.

§ 17. É mais tarde, com o Iluminismo, que é provocada uma mudança – se bem que com base numa ilusão. O Iluminismo não é apenas *Encyclopédie*, uma convicção no saber. O Iluminismo é também a convicção na transparência, clareza, estrutura, em termos jurídicos: na lei nova, simples e clara que deve ser explicada essencialmente por si mesma. O Iluminismo reclama uma tal lei e, de facto, conhece tentativas de criar legislação que seja realmente escrita desse modo – inicialmente na esfera do domínio napoleónico (mais tarde verificar-se-á que, mesmo no caso de ser concebida a melhor lei possível, permanecem necessários a interpretação e o trabalho jurídico em geral; não obstante, perdurará como marca registada da Europa continental o ideal de uma lei abrangente e o mais clara possível). Neste contexto, mesmo após a queda de Napoleão, coloca-se para todos os Estados a questão da codificação. O *ius commune*, que se tinha tornado de difícil compreensão, não conseguia responder ao que a sociedade do século XIX exigia para o seu rápido desenvolvimento, e o *Code civil* demonstrou que a reforma não era uma utopia.

3.4 Construções pandectísticas

§ 18. O termo "Pandektistik" ("pandectística") é empregado muitas vezes de forma polémica. Esta forma polémica traduziria o facto de que a pandectística teria sido uma tentativa de fazer do Direito, mediante a ignorância do seu objetivo prático e valorativo, uma matemática conceptual. O Direito teria sido construído pela pandectística sem levar em conta a história.

§ 19. Essa polémica é, em si mesma, condicionada temporalmente e guiada por certos interesses. Remonta a Rudolf von Jhering e foi seguida no espaço linguístico alemão, sobretudo, por Franz Wieacker, sendo associada ainda, em muitos países, a tendências "antidogmáticas". Por trás dessa polémica, encontra-se em alguns autores uma recusa do conceito preciso e uma substituição da dogmática transparente por uma outra apta a ser aplicada por "Generalklauseln" ("cláusulas gerais") e outras fórmulas facilmente manipuláveis[1]. Este modo de proceder foi apoiado por regimes

[1] Não é claro para mim se por um lado temos a Pandectística, o direito claro, etc. – e por outro lado o "antiformalismo", as cláusulas gerais, enfim, o totalitarismo.

totalitários com a finalidade de destruir o próprio direito. Portanto, há motivos para estimar o conceito e a dogmática.

§ 20. A palavra "Pandektistik" ("pandectística") significa, historicamente, apenas o seguinte: os juristas do século XIX tentaram reelaborar o tradicional direito das pandectas (esta é a palavra grega para o Digesto, ou seja, para alguns textos escolhidos dos juristas romanos). Pensou-se que uma codificação só seria possível se esses textos fossem reelaborados e actualizados para os tempos históricos então vividos. Em primeiro lugar, isso significou o afastamento de muitos textos e argumentos face ao seu contexto do *ius commune*. Ao mesmo tempo, procuraram-se interpretações para além de uma pura reflexão histórica, que servissem o presente, quer dizer, o século XIX. Construiu-se. Na realidade, a construção não é necessariamente a-histórica: só pode construir de modo resistente quem conhece a origem e a qualidade dos materiais de construção.

§ 21. A tensão entre a redescoberta do antigo sentido dos textos romanos e a sua modernização por meio de uma interpretação, sistematizante conduziu, por fim, à elaboração de inúmeros tratados descritivo-reconstrutivos. Destes, sobretudo do manual de direito das pandectas de Windscheid (primeira edição: 1867), surgiram a arquitectura e quatro quintos do conteúdo material do BGB. Em que medida é útil aos futuros juristas saber isto?

4. Três aspectos da história do direito

4.1 Aspectos e ramos

§ 22. A seguir, não serão tratados os ramos da história do direito. Esses são determinados conforme o objecto, portanto, segundo as épocas e/ou segundo as áreas do direito: história do direito romano, a história do direito de cada país, história do direito privado, história do direito penal e assim por diante. Pelo contrário, indaga-se aqui sobre os aspectos estruturais a partir dos quais pode ser explorada a história do direito. Diferentes classificações são possíveis. De todo o modo, três são especialmente importantes: história interna do direito, história externa do direito e história dos métodos.

§ 23. A história externa do direito indaga sobre as condições de desenvolvimento da norma; a história interna do direito, sobre a sua evolução e os seus resultados; a história dos métodos, sobre como e por que motivos foram procurados certos resultados, sob determinadas condições, por certos aplicadores do direito.

§ 24. Raramente existem novas soluções; o material, praticamente de todas as normas, é reutilizado. Dessa forma, as indagações histórico-jurídicas partem, na maior parte das vezes, da história interna do direito. Esta é de suma importância para o direito vigente. Quando soluções técnicas e valorações jurídicas se tornam problemáticas para um ordenamento jurídico moderno, então é preciso compreender como surgiram essas soluções, bem como essas valorações, e recontá-las. Só é possível reconhecer as diferenças para as antigas soluções e valorações quando se sabe o que era distinto no passado; nalguns casos, tais novas regras foram introduzidas e provaram a sua eficácia no sistema moderno; noutros, constituiram um corpo estranho ao sistema e continuam a causar problemas. Pensamos e agimos conforme o caminho – isso ocorrerá tanto mais quanto o ignorarmos. Temos de olhar para trás a fim de identificar o caminho sobre o qual andamos e a fim de decidir se queremos continuar nesse caminho. Poderia imaginar-se que para isso seria melhor prever os próximos passos. Isso deve certamente, ser feito. Simplesmente, não é possível fazê-lo para além da próxima esquina. Assim, é necessário reflectir também sobre o percurso feito até aqui.

§ 25. No fim, existe um objectivo comum a todos os ramos e aspectos da história do direito. Seja-me permitido, através de dois exemplos, esclarecer brevemente o que quero dizer.

§ 26. Imagine-se que se pretende entender o que é uma "declaração negocial tácita" – para fins de estudo ou porque se tem um caso difícil para resolver que depende do facto de saber se alguém emitiu, ou não, uma declaração negocial tácita. O Código Civil português (art.° 217) esforça-se aqui de um modo exemplar na procura de clareza, mas mesmo ele deve ser interpretado; já o BGB, por não ter um preceito similar, exige de imediato uma interpretação sem específico apoio textual.

§ 27. Um exemplo trivial: um cliente diz a um relojoeiro para "pôr em ordem" o seu relógio defeituoso. O relojoeiro cobra-lhe, além do conserto, o tempo despendido com a limpeza do relógio.

§ 28. O homem deve pagar? O conserto? A limpeza? Ambos? Será que foi emitida de algum modo uma declaração equivalente à exigida para criar uma obrigação de pagar? Em caso afirmativo: foi emitida uma declaração expressa? Isso implicaria uma interpretação mais precisa do seu conteúdo. Além disso, será que foi declarada alguma coisa de forma tácita? Ou, porém: é imposto ao cliente um dever objectivo pelo ordenamento jurídico, ainda que este não tenha declarado de nenhum modo algo específico?

§ 29. Considere-se um outro exemplo, um pouco mais complicado, a ser esclarecido também do ponto de vista histórico: um homem foi instituído herdeiro por uma outra pessoa que veio a falecer, mas não declarou que queria tornar-se herdeiro. Será que, a despeito disso, deve mesmo ser considerado herdeiro (com a consequência de ter de pagar as dívidas do testador) e, em caso afirmativo, a partir de quando? Existem ordenamentos jurídicos que não exigem uma declaração expressa e/ou formal para que isso ocorra. Isso é, primeiramente, um problema de construção da transferência de património. Encontram-se novamente em Portugal regras precisas nos arts. 2.056 e s. do CC. e, ainda assim, colocam-se questões sobre a aplicação dessas normas[2]. De qualquer modo, quase todos os ordenamentos jurídicos se defrontam com o problema de uma pessoa instituída como herdeira pode fazer afirmações ou praticar actos que venham a ser entendidos como expressão da vontade de ser herdeira, mas apenas tacitamente, isto é, por via de uma inferência lógica.

§ 30. Em relação a esta questão, é bastante variada a situação jurídica na Europa. O motivo da diversidade de regimes encontra-se no facto de, ainda que assimilem elementos romanos, as categorias actuais de declaração terem sido concebidas através do ajustamento, sistematização e generalização de tais elementos, no

[2] Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Sucessões*. 5.ª ed., Coimbra, 2000, p. 434 e ss. , nr. 252.

decorrer do século XIX, não existindo, aqui, uma tradição comum e uniforme.

§ 31. A jurisprudência alemã admite, por exemplo, a requisição de um certificado sucessório como aceitação tácita da herança[3]. Existe uma vasta casuística sobre actos que podem ser interpretados como aceitação. Por vezes, chega mesmo a ser empregue o conceito romanístico *pro herede gestio*. Nalgumas ocasiões, os resultados coincidem com os dos casos romanos. Tal similitude, porém, não permite afirmar uma identidade com o direito romano, seja na construção da solução, seja na valoração da situação. Pretendemos examinar este aspecto mais detalhadamente.

4.2 História interna do direito

§ 32. O modo como um determinado ordenamento jurídico regula, através da lei, a declaração negocial, a forma como o conteúdo dessa lei é interpretado e a identificação das estruturas antigas a que remonta a regra ou a interpretação proposta – e assim por diante – são questões da história do direito interno. Investigam-se continuidades e descontinuidades no modo como foi visto o problema a ser regulado e nas tentativas pensadas para a sua solução. No caso da declaração negocial tácita, o direito romano será considerado possivelmente num extremo. Aí não se achará uma doutrina da declaração negocial, mas antes formas do *gerere*, da gestão de negócios em favor dos herdeiros, que antecipam materialmente elementos da nossa dogmática. Dessa forma, muitos pontos obscuros da dogmática actual poderão ser mais bem compreendidos.

§ 33. Uma fonte romana, documentando discussões do século primeiro depois de Cristo, demonstra de um modo plástico semelhanças mas também diferenças com o direito de hoje:

> Iavolenus 1 ex post. Lab. D. 29.2.62pr.
> *Antistius Labeo ait, si ita institutus sit "si iuraverit, heres esto", quamvis iuraverit, non tamen eum statim heredem futurum,*

[3] BGH NJW 2006, 3064, 3064.

antequam pro herede aliquid gesserit, quia iurando voluntatem magis suam declarasse videatur. ego puto satis eum pro herede gessisse, si ut heres iuraverit: Proculus idem, eoque iure utimur.

Javoleno no seu primeiro livro das obras póstumas de Labeão.

[Marco] Antístio Labeão disse que se alguém for instituído desse modo: "se houver jurado, seja herdeiro", ainda que houvesse jurado, não haverá de ser, contudo, desde logo herdeiro, antes de ter feito alguma coisa como herdeiro, porque se considera que jurando, mais do que de outro modo, declarou a sua vontade. Eu acho que obrou suficientemente como herdeiro, se houver jurado como herdeiro; igualmente Próculo, e desse direito usamos.

§ 34. O herdeiro[4] foi instituído sob condição. Essa condição era concretamente problemática[5]: Ele tinha de jurar fazer algo específico. O herdeiro tinha satisfeito, de qualquer maneira, a condição. Em Roma, porém, com a morte do testador e com a realização das condições eventuais, um herdeiro potencial que não fosse um familiar próximo não se tornava, de forma automática e de imediato, herdeiro. É diferente na Alemanha, conforme o disposto nos §§ 1922 I, 1942 I BGB – a pessoa chamada à herança torna-se herdeiro no momento (mas pode perder esta qualidade rejeitando a chamada). Com a morte, verifica-se apenas a vocacão do herdeiro.

§ 35. Só com um novo acto, a aceitação, é que o herdeiro adquiria os seus direitos. A aceitação podia ocorrer por meio de uma declaração formal (*cretio*) ou de um *gerere*. Não se diz "ser declarada de modo expresso ou tácito", pois os romanos não o afirmam dessa forma, pelo menos não antes do fim do século segundo depois de Cristo[6]. *Gerere* é, em geral, um fazer, uma gestão

[4] O chamado *heres extraneus*: Em relação a certos parentes próximos não era necessária a aceitação.

[5] Em detalhe Ulp. 50. ed. D. 28.7.8: O pretor desaprovou a condição do juramento e liberou dela os instituídos. No entanto, estes deveriam atender, de facto, ao que era objecto do juramento (D. 28.7.8.6). Portanto, se a situação jurídica ao tempo de Labeão e Javoleno era assim, o herdeiro não teria de prestar juramento.

[6] Com essa orientação, todavia, fontes mais recentes do que as aqui tomadas (Gai. 2.167; Gai. 2.169; Tit. Ulp. 22.26; PS 4.8.26), mostrando, portanto, possivelmente

de negócios, tipicamente um acto de tomada de posse; ele produz consequências jurídicas, a saber, a possibilidade de demandar. Quem lida com os bens da sucessão como se fosse um herdeiro, torna-se por meio disso um herdeiro. Exemplo: alguém conserta prédios numa quinta, compra novos utensílios e assim por diante. Os juristas romanos não precisam de interpretar tais actos como uma declaração, para alcançar a consequência jurídica – a aceitação da herança. Mas essa é justamente a nossa perspectiva: precisamos de uma declaração e subordinamo-la às regras da parte geral. Estas, ademais, não são nada mais do que direito sucessório romano generalizado pelo século XIX.

§ 36. A especificidade do caso situava-se no facto de o herdeiro, embora tivesse satisfeito a condição, não ter declarado formalmente a aceitação, nem tão-pouco realizado negócios com a herança. Labeão não considerava tal actuação suficiente, ainda que pensasse de modo evidente inteiramente na categoria da declaração de vontade: *quia iurando voluntatem magis suam declarasse videatur*. Portanto: visto que o herdeiro que prestou juramento "antes" (apenas) declarou (em vez de realizar essa vontade), o juramento significou, de acordo com a ideia do testador, tão-só a satisfação da condição e, com isso, a atribuição da herança, mas não a aceitação da herança (por ausência de forma) ou *gerere* (por ausência de um fazer). "Declarar a sua vontade" não significa para Labeão produzir com isso uma consequência jurídica. Portanto, o termo significa aqui exactamente o contrário do entendimento moderno.

§ 37. De forma patente, já Próculo não ficava convencido por esse resultado. Este, um jurista um pouco mais jovem e seguidor de Labeão, foi o líder de uma escola jurídica criada pelo último e chamada mais tarde Proculeiana. Próculo e, depois dele, Javoleno – o

os próximos passos do desenvolvimento. Gaius chega até ao ponto de afirmar a existência de uma aceitação por força de *nuda voluntas* (Gai. 2.167). É controverso o que isso significa. Labeão, ao menos, não considera ser suficiente uma tal *nuda voluntas* reconhecível. Sobre o problema, v. Javier Paricio, "¿Tres modos de aceptación de la herencia?", em *Labeo* 45 (1999) 244 ss. = Id., *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002, 569-584; Martin Avenarius, "L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio", *AUPA* 45 (2012) 9-40.

líder dos concorrentes, os sabinianos – pretenderam que o herdeiro fosse inserido na sua posição jurídica. Isso corresponderia à forma de pensar de um leitor moderno, ao considerar o *voluntatem declarare* como suficiente para a aceitação da herança, isto é, como uma declaração de aceitação tácita. E há ao menos algumas fontes nas quais esse termo designa algo que corresponderia à moderna declaração de vontade. Próculo e Javoleno não procedem assim, mas constroem sobre um *gerere*: o juramento foi um *gerere*.

§ 38. Dessa forma, mesmo os dois juristas mais jovens não escolhem o construtivo caminho do direito moderno para ler numa declaração expressa ("Eu farei X") simultaneamente a afirmação tácita ("Eu quero ser herdeiro"). Eles alcançam a finalidade da interpretação objectivamente razoável (também para o leitor moderno) através de uma figura que era admitida no seu tempo, *i. e.*, o *gerere*.

§ 39. Pouco depois, chega-se a uma discussão entre os juristas romanos sobre a aceitação da herança pela "mera vontade"[7].

§ 40. Em suma: continuidades e descontinuidades efectivas só podem ser encontradas se não se quiser ler, de modo irreflectido, nas fontes históricas os conceitos modernos. Portanto, é preciso saber alguma coisa sobre o contexto dessas fontes.

4.3 História externa do direito

§ 41. Muitas são as realidades subjacentes ao texto normativo e à sua aplicação – por exemplo, a teoria das fontes do direito e a organização de órgãos legislativos e judiciários, de todo o modo, o acto legislativo; também naturalmente a ciência jurídica da época. Se alguém pretender investigar, por exemplo, decisões no âmbito da prática ou reflexões teóricas sobre formas elementares de declaração tácita, então é possível indagar sobre a origem dos instrumentos linguísticos e dogmáticos recebidos pelos juristas, sobre qual a formação de que eles dispunham, assim como qual

[7] Vejam-se, de novo, os artigos de Paricio e Avenarius indicados na nota anterior.

a função e a posição em que as suas opiniões foram expressas – e assim por diante.

§ 42. Tais problemas podem constituir não apenas questões prévias para pontos histórico-dogmáticos, mas também ser investigados como um fim em si mesmos, autonomamente. Em qualquer dos casos, são aqui relevantes conhecimentos de história geral.

§ 43. Para retomar o exemplo anterior: é preciso saber como o pretor tinha disposto o procedimento para a aceitação da herança, assim como as necessidades sociais e económicas perseguidas com esse procedimento, mas também como se relacionavam as discussões práticas e científicas sobre as questões jurídicas. Tendo estes aspectos presentes, é possível, por exemplo, avaliar mais atentamente as hipóteses de determinados entendimentos prevalecerem ou quais os modelos relativos ao direito sucessório susceptíveis de serem transmitidos para o direito contratual. Como mostra o nosso exemplo, consegue atingir-se pontos muito específicos que vão além dos estritamente jurídicos: por que razão um ordenamento jurídico, se possível, pretende evitar o juramento? Isto relaciona-se com que circunstâncias culturais?

4.4 História do método

§ 44. A história do método pode contribuir para o nosso exemplo com observações sobre como a interpretação ocorre tecnicamente. Neste caso, se são aplicadas regras diferentes para a interpretação de declarações emitidas com base na autonomia privada do que as previstas para a interpretação de normas; se é possível compreender, ou não, textos jurídicos segundo o modelo pensado para outros textos. A história do método indaga também a origem das regras que regulam o método, os interesses por estas servidos e assim por diante. No nosso caso, as regras relativas ao método não são explicitadas (as fontes romanas apenas raramente as revelam). Mas é evidente que Labeão aborda o caso de um modo diferente do seguido pelos outros dois juristas, pelo que o *gerere* foi interpretado de forma diversa. Pretendendo compreender este aspecto com mais detalhe de modo que, então é necessário consultar

outros textos do mesmo jurista – desde que existentes – sobre a mesma questão, sobre questões dogmáticas afins, sobre questões de método. Como fazê-lo, particularmente por meio da exegese, será visto a seguir.

§ 45. Deste modo, o método não vem a ser examinado, primariamente, em termos teóricos, mas com a finalidade de se entender concretamente o modo como os aplicadores do direito, nossos predecessores, alcançaram as decisões a partir das normas: decisões das quais se ocupa a história interna do direito; pessoas e normas cuja situação é descrita pela história externa. É concebível também que a história externa do direito sirva para a identificação de campos da interna em quepossam ter ocorrido desdobramentos interessantes relativos ao método. Por exemplo, quando se souber que certas leis foram feitas contra a vontade de determinados grupos sociais aos quais pertencia a maioria dos juristas, então é compreensível suspeitar de uma interpretação dessas leis no interesse dos juristas e talvez contra a ideia do legislador – uma interpretação que decerto será realizada da forma mais subtil possível por um aplicador do direito inteligente, se ele a tomar por sensata. A partir da interacção entre a história interna do direito e a história do método é possível verificar se ocorreu, de facto, o diagnóstico mais provável segundo a história externa do direito. Exemplos clássicos são a interpretação da Lei das Doze Tábuas pelos *pontifices* (ou seja, durante muito tempo, juristas de ascendência patrícia) na chamada "reacção patrícia" ou a forma de lidar dos juristas do início do período clássico com as leis augustas impopulares como a *lex Iulia et Papia*[8].

[8] Para um quadro das relacões entre tradição, religião e direito na Roma antiga v. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *História do Direito Comum da Humanidade*. Ius commune Humanitatis *ou* Lex Mundi*?*, I, t. II, Lisboa, 2003, com ampla bibliografia. Sobre os pontífices, v. também Christian Baldus, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft* (Frankfurt a.M. et al. 1998): síntese para a comparação pontífices / *fetiales* nas pp. 732-734. Recentemente Anna Seelentag, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum*. Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit (Tübingen 2014); recensão em português: Francisco Rocha, *Interpretatio Prudentium*, I, 1, 2016, 289-302, recensão em italiano: Stefano Barbati*, Journal on Europ. History of Law* 2015, 176–183.

§ 46. Assim, a história do método combina os outros dois aspectos um com o outro, e devido às influências socioculturais sobre o método jurídico, com a história geral e também com outras ciências afins, como a filologia e a filosofia, a sociologia e a economia.

§ 47. Logicamente, é igualmente possível fazer ou estudar a história do método *principaliter*, assim como fazer da metodologia do direito vigente o centro das pesquisas. Isto, todavia, deve ser feito de modo a que o historiador dogmático ou o jurista dogmático possam compreender e aproveitar os resultados. Uma metodologia, que se esgote em teoria, perde o seu contacto com o direito configurado como uma ciência ordenada à aplicação prática e, com isso, o seu sentido.

5. Tarefas comuns

§ 48. Os aspectos mencionados asseguram, se conjuntamente considerados, que não se pode colocar o presente do direito de um modo absoluto. Relativizam o que está actualmente em vigor e mantêm o olhar desperto para variantes: tanto para o já experimentado como para o novo. Transmitem aos juristas de hoje uma tripla consciência crítica: o direito é condicionado pela história, limitado pela história e historicamente aberto. Uma dada solução não cai do céu: é construída no âmbito de contextos específicos nos quais certos modelos conseguiram impor-se, outros não. Por conseguinte, o direito não consegue responder a todas as questões de modo igualmente satisfatório, sendo obrigado a renovar antigas respostas ou a procurar outras novas. O jurista não necessita de reinventar a roda, mas deve conhecer as características das estradas para as quais aquela foi pensada.

§ 49. De volta ao nosso exemplo: casos complexos não são resolvidos com a fórmula usual, quiçá até falsa, de que uma declaração tácita é aquela que ocorre sem palavras. É possível manifestar-se explicitamente por palavras e, ao mesmo tempo, declarar-se algo diferente tacitamente; é possível declarar algo explicitamente sem qualquer palavra. Qualquer declaração

necessita de interpretação, só o ponto de partida e as dificuldades desta é que diferem. Assim, não se pode dizer nada *a priori*: nem se a declaração expressa é mais confiável do que o comportamento concludente, nem sequer as categorias de declaração "expressa" ou "tácita" devem ser diferenciadas em geral. Ademais, não se sabe como deve essa diferenciação ser feita nem se, para declarações que se enquadrem nestas duas categorias, devem ser aplicadas regras iguais ou distintas.

§ 50. Orientada pelo sistema e pelo problema a ser resolvido, a história do direito ensina a questionar conforme o sentido da figura e, a seguir, que problemas são resolvidos, ou não, pelo respectivo código civil valorando devidamente os interesses em jogo. A questão material mais importante – formulada em termos modernos – no direito da declaração de vontade é a relativa ao modo de configurar a comunicação no negócio jurídico e de como distribuir os riscos dessa comunicação. Isso conduz a outras questões de fundo, tais como as relativas à exigência ou liberdade da forma na conclusão do contrato – e assim por diante.

§ 51. Portanto, é necessário saber quais os factores que condicionam a doutrina actual da declaração conclusiva, por exemplo, as específicas raízes romanas e as sistematizações realizadas no século XIX. Tenho de saber o que, nos termos dessa experiência, essa doutrina não pode realizar. Desse modo, por exemplo, o direito supletivo não se torna supérfluo apenas por ser possível determinar no contrato o consenso entre as partes também de forma concludente. A relação entre expressividade, "concludência" e forma é, até hoje, pouco clara. É preciso ter sempre a consciência de que relações diferentes ou mesmo novas constelações de casos podem implicar uma revisão da dogmática. Nesta última hipótese, um método auxilia na diferenciação entre o que o juiz está autorizado a fazer e aquilo que é reservado ao legislador.

§ 52. Antes de determinar precisamente como a história do direito se relaciona com a dogmática, devemos focar outros fundamentos do direito em vigor. Estes reportam-se tanto ao seu conjunto quanto às suas diferenças no concernente à contextualização histórica do direito.

6. História do Direito e outros fundamentos do Direito

6.1 Considerações iniciais

§ 53. No cerne, trata-se sempre de encontrar o ponto arquimediano *fora* do direito em vigor a partir do qual esse direito em vigor se revela; o que permitiria observar, além das árvores isoladas, também a floresta e, assim, evitar que nos perdamos no seu seio. Por fim, alimentar-se em demasia com detalhes é uma experiência vivenciada por quase todos os estudantes de direito. Essa experiência tem a ver com o facto de os problemas jurídicos surgirem na *praxis* e não poderem ser abreviados de qualquer modo para fins didácticos. Um jurista precisa de ser capaz de resolver com as suas ferramentas, em princípio, todos os problemas jurídicos concebíveis. Assim, apenas de forma limitada é possível e sensato proceder a uma "redução da matéria".

§ 54. Esse ponto de Arquimedes não é o mesmo para todos os juristas. Cada estudante deve determiná-lo para si mesmo. A melhor forma de o fazer é mediante o trabalho em concreto com as perspectivas de cada uma das matérias propedêuticas. Por isso, e não por causa de ideias ilusórias no sentido de assim ser possível adquirir uma formação enciclopédica, é que fazem parte dos programas curriculares várias matérias propedêuticas e não apenas uma. De entre estas, conta-se, ao lado da história do direito e da filosofia ou teoria jurídica, também o direito comparado, a metodologia jurídica e a sociologia jurídica.

6.2 Matérias teóricas

§ 55. A filosofia do direito ajudará principalmente aqueles que se dedicam a questões relativas a proposições fundamentais, ao passo que a história do direito coloca problemas de aplicação primeiramente no seu contexto. Evidentemente existem conexões entre as duas disciplinas: teoria e *praxis* influenciaram-se mutuamente. E o prático deveria levar consigo para o seu futuro não apenas instrumentos de reflexão conceptuais, mas também instrumentos para reflectir sobre a ética jurídica: ele terá de tomar decisões com graves consequências.

6.3 Uma perspectiva externa do direito vigente

§ 56. Direito comparado, metodologia jurídica e sociologia jurídica operam com estruturas do direito vigente (razão pela qual não faz sentido aprender estas disciplinas sem um prévio conhecimento de dogmática jurídica). No direito comparado, a visão do próprio direito vem de fora, mas a partir de concretos ordenamentos jurídicos estrangeiros; na metodologia jurídica, aprofunda-se o que foi exercitado a partir do primeiro semestre nas disciplinas dogmáticas: a derivação de resultados razoáveis a partir de um trabalho consciente com o texto da norma; na sociologia jurídica, o mundo do normativo é julgado na sua relação com realidades sociais. Mais uma vez, é preciso aprender a encontrar a melhor saída, reconhecer trilhos dependentes, assim como traçar caminhos próprios a fim de que a floresta não apareça num certo ponto como um impenetrável matagal.

6.4 Especialmente: direito comparado

§ 57. Há vários pontos de contacto entre o direito comparado e a história do direito. Não por acaso, a questão sobre a relação das duas disciplinas entre si é um ponto central da discussão nos últimos vinte anos. Ambas perspectivam o direito vigente num determinado ordenamento jurídico com elementos que extravazam a dogmática dominante; e cada um desses elementos não é – como na filosofia do direito ou na teoria do direito –, em princípio, ilimitado. Aliás, trata-se constantemente de conteúdos de determinadas experiências que são definidos geografica ou historicamente.

§ 58. Com isso, colocam-se algumas questões: até que ponto os métodos das duas disciplinas mostram paralelos estruturais; em que medida poderiam eles ser compartilhados e até que ponto seria legítimo accioná-los separadamente um do outro. Certas diferenças resultam da distinta disponibilidade de dados – quem quiser estudar o direito dos EUA deve saber inglês e ocupar-se do sistema jurídico e económico respectivo; mas as informações necessárias a este fim são, em princípio, acessíveis. Quem investiga as fontes romanas deve ter conhecimento de latim, isto é, dum idioma que podemos

apenas reconstruir, e munir-se de informações sobre um sistema passado que não pode ser alcançado fisicamente nem por meio de uma viagem. Com isso, porém, não fica dito se a diversidade de uma barreira temporal e geográfica implica uma diferença metodológica fundamental.

6.5 A controvérsia sobre o método no direito comparado

§ 59. A história do direito não pode prescrever os seus métodos ao direito comparado. Assim, tem também de aceitar a primazia actual do chamado funcionalismo no direito comparado: uma estrita orientação aos problemas e às soluções e que, tanto quanto possível, seja livre de um olhar para específicos textos normativos e construções dogmáticas. Todavia, a crítica cada vez maior ao funcionalismo mostra que, também na doutrina do direito comparado, têm sido procurados novos caminhos.

§ 60. Do pensamento sobre a eficácia do direito é possível desenvolver uma posição da história do direito sobre essa questão. Por exemplo, se se trata de buscar soluções para a Europa que superem problemas comuns do modo mais uniforme possível, então será preciso um texto normativo. A redacção desse texto não é simples: deve ser compreensível em diversas línguas e para várias tradições metódicas e dogmáticas.

6.6 Processos de dogmatização como indicativos históricos

§ 61. Por isso, convém considerar, de todas as formas, texto normativo e doutrina de algumas tradições existentes: quanto mais as soluções accionadas na prática e na teoria se tiverem afastado da formulação da lei tanto mais problemática se mostra essa formulação. Uma lei, da qual não se pode extrair, de facto, sem um comentário ou manual, o direito a ser aplicado, necessita de reforma. No entanto, é detectável no processo de dogmatização a divergência entre, por um lado, a representação da situação pelo legislador e a sua formulação textual e, por outro, as exigências da *praxis*. É possível, por assim dizer, mensurar o que funciona, o que é, ou não, eficaz. Num segundo momento, consegue indagar-se se os problemas de uma certa tradição jurídica se prendem a

especificidades que lhe são próprias ou se o conhecimento em torno dessa observação, que também é histórico-dogmática, pode ser transferido. Portanto, trata-se de uma história dos dogmas, até como objectivo de um direito comparado que deva preparar a unificação do direito europeu de maneira suficientemente sólida.

a) Dogmática

§ 62. Dogmática não tem aqui o conceito negativo que lhe é associado de modo bastante controverso em certas culturas jurídicas não-europeias e em ideologias totalitárias. Para muitos ordenamentos jurídicos da Europa continental, antes de tudo, a dogmática tem a ver sobretudo com lógica, com sistema e interpretação sistemática, por fim, com um coerente equilíbrio de interesses: o sistema resolve problemas de aplicação e reduz o risco de que sejam tomadas decisões incoerentes com um fundamento na equidade.

§ 63. O risco reside na possibilidade de o jurista se inebriar com essa dimensão do direito: as soluções parecem resultar mecanicamente de conceitos. É evidente que isso, na verdade, não acontece, pois os conceitos, muito pelo contrário, concebem valorações, de tal forma que todos os casos mais simples podem ser decididos sem uma grande reflexão. É necessário o recurso consciente às valorações da lei na interpretação de conceitos na hipótese em que se esteja diante não de um caso comum, mas sim de um caso problemático. Uma boa dogmática tem este aspecto bem presente. De outro modo, uma mecânica pseudo-dogmática, que se autonomiza, não conduz a decisões passíveis de aceitação. Formulando a questão na perspectiva estudantil: o caso só será integrado no sistema quando a resposta puder convencer também aquele que não é jurista. Isso é tanto mais importante quanto aquele que não é jurista possa captar o problema e quanto mais graves forem as consequências da decisão. No nosso caso de aceitação da herança, o leigo deverá dizer provavelmente que a decisão de Próculo e Javoleno seria a correcta. É possível também que o juízo técnico-jurídico e o do leigo não coincidam. Se, dessa forma, uma parte considerável dos particulares duvidar da correcção da aplicação da norma, a aceitação da decisão estará em perigo. O que entender por aceitação?

b) Correcção e Aceitação

§ 64. Aceitação não é uma questão de validade, pois o direito também vigora ainda que não seja aceite. Também sem aceitação, o direito pode ser realizado. Porém, os fundamentos políticos do direito são postos, com isso, em risco. Torna-se mais difícil a sua imposição e, mais cedo ou mais tarde, os juristas rectificarão esse curso no interesse do próprio direito.

§ 65. Veja-se um exemplo muito discutido na Alemanha. Por razões de uma mal compreendida consideração familiar, uma pessoa maior de idade e com plena capacidade negocial presta uma fiança que para si é economicamente um absurdo, em favor de um parente. O fiador foi instruído na forma correspondente e regularmente sobre as possíveis consequências desse contrato. O devedor não paga o débito. O fiador vê-se coberto por dívidas tão elevadas que só dispõe do impenhorável mínimo existencial para sua subsistência e não tem interesse em ganhar mais dinheiro com um trabalho regular. Por muito tempo, a jurisprudência de direito civil deixou que os fiadores respondessem pelas dívidas mesmo em casos de uma verdadeira tragédia humanitária, com uma aplicação das normas bastante exacta tecnicamente e mediante a invocação do princípio da autonomia privada. As controvérsias cresceram.

§ 66. Em seguida, o Tribunal Constitucional interveio em protecção dos fiadores, apoiado na Lei Fundamental e seguramente de acordo com a apreciação de muitos leigos. Os juízes do Tribunal Constitucional tinham visto o problema de aceitação e intervieram com instrumentos constitucionais e já não com os do direito civil: "de cima", mas ainda assim com recursos próprios do direito.

§ 67. Os juízos cíveis tiveram, a partir de então, de buscar uma fundamentação na dogmática de direito privado para não permitir que os fiadores fossem responsabilizados pela dívida. Eles escolheram uma cláusula geral: em determinadas condições, o banco actua de modo contrário aos bons costumes (§ 138 BGB). Não se quer averiguar aqui se esse foi dogmaticamente o melhor caminho, mas apenas questionar sobre a interacção entre dogmática, aceitação e experiência histórica.

§ 68. Para o jurista que tem formação histórico-jurídica, uma certa atenuação da responsabilidade dos fiadores não é, necessariamente, uma ruptura com o princípio da autonomia privada: o rígido direito de seguro do crédito do BGB tem certamente raízes romanas, tanto tecnicamente como na sua valoração. Mas essas raízes foram desenvolvidas para uma classe social de hábeis negociadores e no interesse deles. Pessoas, tais como aquelas de cuja protecção se trata hoje, eram em Roma, de todo modo, escravos e, portanto, não seriam fiadores qualificados – ou tão pobres, que ninguém teria aceitado garantias pessoais por eles prestadas, mas apenas garantias reais relativamente inofensivas, como o penhor de coisas móveis, por exemplo. Muitos dogmáticos desconhecem esse facto. Assim, não é correcto afirmar, sem fazer qualquer distinção, que uma rígida responsabilidade na fiança é da tradição do nosso direito privado. Portanto, uma reflexão histórica aporta nesse caso um momento diferenciado. Esta confirma a impressão do leigo que não está disposto a aceitar e exige da dogmática jurídica o desenvolvimento de um resultado correctivo daqui por diante. Um que evite contradições e com o qual os casos futuros possam ser decididos correctamente desde o princípio. Quanto mais historicamente for orientada a dogmática, tanto mais cedo poderá fazer uso de adequados modelos históricos.

c) Experiência

§ 69. Em suma: trata-se de assegurar a validade do direito nos altos e baixos da história. O direito deve ser compreendido normativamente, mas não pode ser, digamos, ontologicamente mal-entendido. O direito prescreve algo à sociedade, apoia-se, em contrapartida, em fundamentos extrajurídicos. Ele não pode ser fundamento da sua própria validade, nem da sua possibilidade de realização. O jurista deve estar consciente disso ao lidar tecnicamente com o direito, ou seja, ao trabalhar de modo dogmático. Caso contrário, o direito perderá aceitação e eficácia reguladora *de facto*.

§ 70. Logo, o jurista tem de sustentar uma tensão: por um lado, a dogmática é um elemento do respectivo direito e serve os objectivos específicos deste, por outro, ela pode obter um peso

e uma dinâmica próprios, inclusive fazendo fracassar, na pior das hipóteses – como nos mostra a problemática da fiança –, os objectivos procurados pela lei. O jurista, na verdade, no seu próprio interesse deve sempre ponderar essa dinâmica própria. Quando a dogmática já não obtém aceitação, o jurista está a afectar as bases da sua própria posição. Com isso, o jurista precisa de experiência no lidar com a norma e também da experiência histórica relativa ao problema objecto de regulação. Ainda assim, não é necessário que seja historiador, apenas que consiga lidar apropriadamente com a história. De que forma é possível fazê-lo?

d) História

§ 71. A história não constitui uma reserva segura de factos do passado aos quais seja possível regressar. O jurista, por vezes, deseja tal possibilidade, porquanto, comummente, tem uma grande necessidade de segurança; mas esse favor não lhe é concedido pelo passado, nem pela história ou a ciência da história. A segurança não advém de uma estática actualização do que se passou, mas, na melhor das hipóteses, de uma reflexão hábil sobre o passado. Assim, é preciso separar estritamente os três conceitos, ainda mais como juristas dogmáticos:

§ 72. *Passado* é o material histórico. Não é acessível sem que tenha sido trabalhado antes, porque vivemos num tempo posterior e temos o olhar desse tempo sempre com a marca subjectiva de cada indivíduo. Não se sabe objectivamente o que ocorreu – muito depende da posição do observador. Isto projecta-se, desde o início e em aspectos muito simples como a possibilidade de equívoco quanto à exactidão da própria observação. Por esse motivo é que se deve reflectir sobre a própria perspectiva, para dela remover o máximo possível do que for subjectivo.

§ 73. *História* é um passado reflectido; para o jurista: um passado reflectido relativo a normas e à sua aplicação. A reflexão exige conhecimento do que se passou e conhecimento do específico modo de eficácia das normas. Por isso é que a história do direito só pode ser realizada por juristas. Eles deveriam trazer consigo, evidentemente, conhecimentos históricos e métodos. Todavia, o

jurista, mesmo aquele com formação em história, será influenciado por um factor: o direito deve chegar a soluções utilizáveis na prática. O jurista sabe disso pela própria experiência e, dessa forma, consegue entender experiências jurídicas passadas. O perigo para os historiadores do direito com formação jurídica resulta exactamente dessa mesma experiência: as soluções com as quais já se está familiarizado são consideradas, na dúvida, "normais". Mas é exactamente esse modo de ver que é problemático e deve ser controlado metodicamente.

§ 74. Mesmo a *ciência da história* não proporciona nenhuma segurança absoluta. Ela está mais fortemente marcada pela metodologia e pela crítica ao método do que a ciência do direito; ou melhor: onde a metodologia jurídica aspira obter da norma um resultado que tenha sentido prático, pressupondo aí, sem mais, a existência da norma, a metodologia da ciência da história problematiza desde logo a própria possibilidade de obtenção desse conhecimento. Além disso, a ciência da história esteve por longo tempo insegura na questão sobre até que ponto precisaria de investigar fenómenos individuais e estruturas. Para tanto, experimenta-se, pelo menos desde o fim do século XX, o recurso a modelos de outras ciências, por exemplo, da filosofia e da psicologia, da sociologia e da economia. Por sua vez, essa característica ligação de reflexão sobre o método com interdisciplinaridade restringe à maioria dos juristas o acesso aos debates históricos em geral; o historiador do direito deve conhecê-los tão bem que ele possa conduzir um diálogo com a ciência da história. Então, tem condições de traduzir em linguagem jurídica aquilo de que possa precisar a ciência jurídica.

§ 75. Considerados todos estes aspectos, como é que um jurista realiza uma boa dogmática, ou seja, uma que funcione praticamente e, ao mesmo tempo, esteja historicamente informada sobre os seus pressupostos, limites e possibilidades? A questão conduz-nos a um problema teórico-científico.

e) Teoria da ciência

§ 76. O dilema situa-se no facto de o jurista não poder tornar-se um historiador nem ter permissão para isso. A ciência do direito

deve obter dos textos resultados que sejam socialmente úteis. Com isso, situa-se entre uma ciência humana orientada para o texto e uma ciência social aplicada; é necessário que o seu próprio método atenda ao objectivo estabelecido e à posição que ocupa.

§ 77. Assim, o jurista deve conhecer, em qualquer caso, os *resultados* da ciência da história geral e atentar à sensibilidade fundamental desta para questões preliminares e meta-questões, para com isso aprender sobre as fronteiras que lhe traça o problema da sua própria disciplina. Caso pretenda transformar-se num historiador, o jurista tornar-se-á, num caso extremo, incapaz de decidir, já que passará apenas a observar e a reflectir sobre essa observação; em tal caso, já não é um jurista. Se quiser ter dados históricos apenas como componentes para as suas soluções de casos, não obterá nada que seja confiável. Se, pelo contrário, pensa ser possível aproximar-se da história por meio da renúncia do jurídico na história, tem, em primeiro lugar, ilusões sobre si próprio (pois ninguém pode sair da própria pele), e, em segundo lugar, renuncia à sua principal fonte de conhecimento. É uma informação importante saber que certos institutos e determinadas soluções de problemas existem ainda hoje, mesmo que tenham sido desenvolvidos por sociedades antigas noutros contextos económicos, sociais e culturais. Essa circunstância estimula a reflexão sobre a razão de ser da estabilidade do instituto (no seu todo ou em aspectos particulares).

§ 78. A maioria dos juristas activos na prática não tem nem tempo nem formação suficiente para investigações mais detalhadas. Mas a sua formação deve incluir história do direito de tal forma que possam absorver conhecimentos de historiadores do direito profissionais – assim como, inversamente, os historiadores do direito profissionais necessitam de ter contacto com o direito vigente para conhecer as respectivas questões actuais e dialogar com os juristas práticos.

§ 79. Assim, a história do direito está entre dogmática jurídica e ciência da história geral. Essa é a específica tensão que deve ser sustentada e que determina a sua identidade.

f) Estratégias práticas

§ 80. Infelizmente, a realidade parece bastante diferente. São observadas diversas formas de uma relação deficiente com a própria ciência, do primeiro semestre até os práticos de alto nível ou professores de direito. Esboçarei apenas quatro problemas nos seguintes tópicos: dogmática sem história, história sem dogmática (ou sob um mero pretexto dogmático), história como legitimação para a dogmática, ausência de coordenação.

§ 81. – Dogmática sem história

§ 82. Comum. Renuncia-se ao potencial do conhecimento histórico. Prefere-se inventar de novo a roda ou, com admiração, aceitá-la de um terceiro em vez de se ocupar com os fundamentos do próprio direito.

§ 83. – História sem dogmática

§ 84. Raro. Duas variantes. Primeira: o autor sabe que um problema pode interessar aos juristas directa ou indirectamente, mas concentra-se na parte histórica a fim de fornecer fundamentos para um trabalho crítico com o direito vigente. A depender do tema, isso pode ser valioso; mas é importante que o propósito seja comunicado correctamente.

Segundo: o autor nada sabe sobre a relevância da história para o direito vigente ou é-lhe indiferente, estabelecendo relações *pro forma* se preciso for, talvez deficiente em termos de dogmática. Dedica-se à história do direito como se fosse historiador, mas sem dispor, na maioria das vezes, de capacidade técnica específica para isso. Explica-se por si só o motivo pelo qual este modo de proceder é prejudicial para a história do direito e, com isso, para o direito como um todo.

§ 85. – História como legitimação para dogmática

§ 86. Muitos supõem que a história do direito serve para legitimar determinados resultados da dogmática ("isto esteve sempre certo"). Esse julgamento equivocado desconhece, em primeiro lugar, que a história apenas orienta (criticamente), mas não legitima, e, em segundo lugar, que no direito é preciso compor constantemente uma particular relação com o presente.

§ 87. – Ausência de coordenação

§ 88. Repetidas vezes encontram-se ponderações históricas ligadas – digamos fisicamente – com as dogmáticas, muito embora sem coordenação. As razões são quase sempre o tradicionalismo ou a irreflexão. É bastante típico encontrar em dissertações dogmáticas, no início, algumas páginas de conteúdo histórico jurídico – três páginas sobre Roma, quatro sobre "os germanos" e assim por diante. A conexão analítica com a questão de direito vigente objecto de análise raramente é encontrada, ou surge, eventualmente e com muito esforço, na conclusão – "Assim encontramos no § X do BGB novamente o antigo grande apreço pelo crocodilo e seus dentes, como já mostrava Justiniano nas suas instituições. Mesmo a notável excepção da acção das cáries é demonstrada no antigo direito costumeiro alemão."

§ 89. O valor de tais exposições é, na maioria dos casos, praticamente nulo. Até porque tais panoramas costumam orientar-se por uma ultrapassada literatura presente nos manuais, sem que as pesquisas mais recentes, especialmente em línguas estrangeiras, sejam procuradas e utilizadas com seriedade. Se o autor tivesse agido seriamente, então, possivelmente, teria que escrever novamente um capítulo inteiro, e isso teria posto em desordem o cronograma adoptado (por si e pelo orientador). Pela sua natureza, o conhecimento causa transtornos: questiona as coisas e retarda a empresa.

§ 90. Depois da exposição, por um lado, das tarefas da história do direito, por outro, dos desvios concebíveis, a pergunta: qual o contributo específico do direito romano?

7. A específica contribuição do antigo direito romano

7.1 Porquê exactamente Roma?

§ 91. Mesmo outros direitos que não o romano influenciaram fortemente o direito moderno, por exemplo, o direito francês ou o inglês, e o conhecimento destes tem também sem dúvida um valor cultural. É permitido supor ainda que as lições escolares ministram

mais elementos da história e da cultura francesa ou inglesa do que da Antiguidade, de forma a que fundamentos mais sólidos possam ser presumidos na universidade. E justamente uma perspectiva sensível à história intelectual – caso se pretenda explorar a Antiguidade – poderia ser direccionada preferencialmente para a Grécia antiga, como berço da cultura europeia do saber, assim como para as diversas recepções da ciência grega na Europa. Portanto, a resposta à pergunta – "Porquê exactamente Roma?" – não é trivial.

7.2 A figura do jurista

§ 92. A história do direito romano mostra como surge uma figura que não existia anteriormente, ou existia apenas de modo incipiente, mesmo na Grécia: o jurista. Este é o primeiro ponto essencial. O direito romano é, primordialmente, um direito de *prudentes*. O direito não é apenas aplicado por juristas, mas também criado pelos juristas. Estes desenvolveram não só conteúdos dogmáticos, mas também uma forma essencial de pensar e trabalhar que até hoje marca a cultura jurídica ocidental e deve ser estudada a partir do primeiro semestre. Aqui se situa o segundo ponto essencial: quem começa hoje um curso de direito deve familiarizar-se, desde o início, com essas formas de pensar e trabalhar, e especialmente com a sua transformação na história desde a época romana. Portanto, é preciso tornar-se íntimo das tarefas do jurista, que, no cerne, permanecem iguais, mas se referem a problemas que são repetidamente variados.

7.3 Os contextos históricos e os problemas actuais

§ 93. Para compreender o desenvolvimento dessas tarefas, é necessário saber alguma coisa sobre as especificidades de experiências jurídicas antigas e os respectivos contextos históricos. Assim, não é irrelevante se as funções judiciais são repartidas entre várias pessoas, como no processo formulário, ou se se concentram numa pessoa (como na maioria das vezes no processo moderno). E, sobretudo, não é irrelevante como o direito se apresenta em relação às realidades extrajurídicas: é possível e necessário prescrever à sociedade muitas coisas, mas existem diversos caminhos para o fazer.

§ 94. Um exemplo entre muitos: a ficção. O direito pode transformar um irreal extrajurídico num real jurídico, por exemplo, considerar uma declaração não dada como dada ou fazer com que uma criança nascida depois de um certo momento tenha juridicamente nascido antes. Com isso, o direito ganha determinados resultados que são desejados, ao mesmo tempo que se documenta um fenómeno de enorme importância: o direito não copia a realidade extrajurídica, mas define, para a sociedade, o que tem validade. Esta é a sua função. A palavra *fictio* – e também o assunto – é romana. Aliás, a monografia *standard* sobre a *fictio* romana foi redigida por um português[9]. Se quero saber exactamente como e para que os romanos simularam, devo saber primeiro o que ocorria tecnicamente perante o pretor no processo romano, que papéis tinham os juristas no exercício da actividade consultiva e qual seria o do *iudex*, que deveria julgar no final do procedimento. Em seguida, posso investigar as ficções transmitidas em particular e compará-las com os desenvolvimentos posteriores.

§ 95. Em certas ocasiões, verificar-se-á que técnicas, funções e campo de aplicação das ficções foram alterados. O direito vigente desconhece algumas ficções romanas importantes. Ao invés, simula onde o direito romano não o faria. Por exemplo, ele chega a simular uma aceitação da herança, se alguém não a recusar dentro de um certo prazo (§ 1943 BGB). Isso cria segurança, mas implica, todavia, um mecanismo de compensação para o caso de o aceitante, dessa forma, incorrer em erro (impugnação, §§ 1954 BGB e ss.). Este mecanismo não existe também com esta forma no direito romano. Portanto: o BGB exporta uma dogmática romana do direito das sucessões para a parte geral, mas complementa essa dogmática exactamente na parte do direito civil em que foi desenvolvida, ou seja, no direito das sucessões, em parte com elementos romanos, em parte com outros não romanos. Trata-se de um fenómeno típico nos processos de elaboração de sistemas do século XIX. Sempre que hoje em dia algo não funciona nos mecanismos transformados dessa maneira, recomenda-se uma reflexão histórico-dogmática.

[9] António dos Santos Justo, *A "fictio iuris" no direito romano ("Actio ficticia"). Época clássica,* I, Coimbra, 1988. V. ademais Ernesto Bianchi, *Fictio iuris*, Padova, 1997.

§ 96. Há muitas coisas que não se alteraram e, com isso, podem ser resolvidas de forma racional. Porém, há também novidades, novos problemas ou novas tentativas de solução e, sobretudo, há remodelações e novas combinações. Ambas devem ser reconhecidas como tais e enfrentadas com um método a ser reflectido. Isto pressupõe consciência histórica sobre qual pode (ou não) ser a realização dos juristas e como o podem conseguir. Os fundamentos para alcançar essa consciência vêm da cultura que os juristas e, por meio deles, o direito civil desenvolveram: a romana.

§ 97. A História tem justamente para o jurista um significativo valor educacional. Em cargos de responsabilidade, como em posição social de destaque, só são toleráveis pessoas que conhecem bem a própria cultura e as culturas alheias que sejam importantes para compreensão da primeira. A educação pertence à instrução. Mas toda a cultura europeia se baseia na Antiguidade e isso é determinante porque a Antiguidade greco-romana, por intermédio do direito romano, continua a exercer influência na actualidade. Quanto menos se sabe sobre a Antiguidade (e em geral sobre a história) tanto menos se sabe sobre as condicionantes do caminho em que o sujeito se encontra.

7.4 O tornar-se jurista

§ 98. O estudo do direito romano é propedêutico ao estudo do direito como um todo, no sentido de que é o estudo de uma matéria que não se pode delimitar e é impossível de dominar completamente. Aprender o que vigora hoje por memorização é desperdício de tempo e uma exigência excessiva de si mesmo; memorizar o porquê de algo ser válido é impossível. É apenas possível compreender.

§ 99. Para alcançar esse objectivo, o melhor caminho é, logo no começo do curso, enfrentar a pergunta que durante os estudos, perante a crescente pressão por resultados, se tornará sempre mais aguda: posso e quero tornar-me um jurista? Muitos dos que iniciam o estudo do direito (normalmente) não o sabem e também não têm como sabê-lo recém-saídos da escola. Um meio de responder à questão é indagar porque e como o jurista aparece na história europeia. O direito romano fornece, antes de mais nada, elementos para uma resposta.

§ 100. Finalmente, a pesquisa do antigo direito romano tem o seu próprio método: a exegese. Este termo tem mais de um significado. Aqui não se alude à *école de l'exégèse* francesa do século XIX (e até esta difere do que se lê em muitos livros). Pelo contrário, trata-se da maneira através da qual um romanista moderno lê um texto jurídico romano. Isso reflecte o modo de trabalhar dos próprios romanos, pois eles eram práticos, e a maioria dos nossos textos são soluções de casos formuladas de modo muito conciso e gravadas pelo seu carácter processual. Os textos foram modificados no curso da história do direito romano, na maioria das vezes comprimidos. São, por assim dizer, o caldo em cubo no qual se concentra a sopa romana. Caso eu pretenda saber qual era o sabor da sopa romana – por exemplo, porque o sabor das sopas de hoje já não me agrada ou porque preciso de cozinhar uma nova sopa europeia –, então terei de cozinhá-la. Como a água romana já não existe, é preciso ao menos tentar chegar o mais próximo possível das condições que marcaram o entendimento do leitor romano. Quanto mais êxito se tiver nessa tentativa, melhor se conseguirá comparar o problema romano e a sua solução com a situação actual.

§ 101. Assim, uma exegese consiste em refazer um único texto passo a passo, para o colocar em novas relações que se possam conceber, principalmente sob o aspecto processual, até que o caso seja compreendido – as circunstâncias de facto e, com isso, a solução. No nosso caso de aceitação da herança, questionar-se-á, palavra por palavra, por que motivo os juristas envolvidos formularam o texto de uma certa forma, e isto, na verdade, com a inclusão dos demais escritos deles, assim como daquilo que se conhece sobre as discussões da época. Isto pode durar semanas. Por exemplo, existe um texto de Labeão no qual o termo *gerere* vem integrado, aparentemente, num sistema maior; todavia, este texto é difícil de entender no seu significado e alcance[10]. Mas é assim que se aprende a pensar juridicamente, nomeadamente, em problemas concretos que continuam a influir na nossa dogmática.

[10] Ulp. 11 ed. D. 50.16.19.

§ 102. Raramente se encontram no direito romano princípios gerais ou sistemas perfeitos. Estes foram construídos pela pandectística para responder a uma necessidade moderna. Em Roma, trata-se, antes, de compreender aturadamente os casos individuais no seu contexto, como fundamento da dogmática posterior. E um jurista moderno precisa de levar a sério o caso individual do mesmo modo que o seu colega romano e decidir a partir desse contexto: justamente de forma dogmática.

8. Quatro exemplos do direito romano

§ 103. Pretende-se delinear apenas quatro exemplos – um aprofundamento exegético não é possível aqui. Todos têm de lidar com problemas resultantes do direito privado europeu. No decorrer do curso de direito, serão percebidas as dificuldades agora ocultadas nestes exemplos; mas as questões fundamentais podem ser compreendidas de imediato.

8.1 "Comportamento concludente"

§ 104. É possível aqui resumir brevemente. Como referido *supra*, existem em Roma modos de comportamento que podem ser lidos retrospectivamente como indicadores de uma vontade jurídica negocial. Apenas no curso do período clássico é que serão relacionados com a *voluntas*. Uma teoria completa da declaração de vontade expressa e tácita surge apenas na Idade Moderna. O material romano adaptado é introduzido numa teoria geral do negócio jurídico apenas no século XIX.

8.2 "Tipos contratuais"

§ 105. As obrigações contratuais são agrupadas em todos os ordenamentos jurídicos, mas, geralmente, segundo critérios diferentes: conteúdo típico, oneroso ou não oneroso, etc. Com tais categorias procura-se atender à vontade típica, ou seja, à típica situação dos interesses das partes: pontos, que não foram regulados de forma expressa ou concludente, podem tornar-se

problemáticos na execução do contrato; se depois o modelo legal estiver à disposição, este pode fornecer regras – desde que não se trabalhe individualmente com a interpretação complementadora do contrato.

§ 106. Não existem na Europa critérios uniformes para a formação dos grupos contratuais devido a razões históricas. O direito das obrigações romano não gira em torno do conceito de contrato, os grupos romanos de contratos aumentaram por razões históricas e não seguem nem no acto de formação um princípio uniforme[11]. Compreende-se a dogmática de cada tipo contratual em particular ao conhecer-se o respectivo desenvolvimento desde a época romana. Só se compreende a delimitação romana entre tipos de acções sabendo o que pressupõe em termos de processo a respectiva acção individual – não se podem colocar todos os contratos, de acordo com o seu conteúdo, simplesmente um ao lado do outro como se fossem modernos. E só é possível ordenar hoje os tipos novamente caso se tenha em evidência essa evolução.

§ 107. Para dizer algo mais detalhado (só para este exemplo): portanto, é preciso libertar-se da ideia de que devem existir tipos e, por exemplo, um tipo com o nome de contrato de compra e venda. Porém, é preciso igualmente tomar conhecimento como um facto que as sociedades mais diversas possuem um tipo como esse. Isso parece indicar tratar-se de um tipo que se tem por necessário e que talvez possa ser utilizado também no futuro. A tarefa específica da história do direito é examinar agora com as fontes existentes que experiências concretas ocorreram numa sociedade específica, em que circunstâncias e com que tipos contratuais. Ela tenta reunir essas experiências em modelos de desenvolvimento. Dessa forma, disponibiliza-se ao direito vigente e ao direito a ser criado (tanto nacional como no da União Europeia) fundamentos decisórios. No fim, é o próprio direito vigente que precisa de decidir.

[11] Javier Paricio, *Contrato. La formación de un concepto*, Cizur Menor, 2008; AA.VV., *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.

8.3 "Posse" e "Prescrição"

§ 108. Muitos ordenamentos jurídicos tomam a posse por um mero facto, outros elevam-na à faculdade normativa por detrás do ter de facto e muitos praticam sistemas mistos. Isto conduz a grandes diferenças práticas também no campo do direito de propriedade. Esta ambivalência da posse baseia-se no facto de Roma ter dois institutos diferentes da *possessio* que nunca evoluíram totalmente em conjunto. Apenas o século XIX é que construiu a posse como um instituto unitário – sem resolver todos os seus problemas. Quem tem isto presente, pode reflectir qualificadamente sobre as possibilidades do próprio direito de posse.

§ 109. Para muitos ordenamentos jurídicos, a posse tem algo a ver com a prescrição, pois a aquisição da propriedade do possuidor, por meio do decurso do tempo, chama-se assim nestes ordenamentos jurídicos ("prescrição aquisitiva"). Outros direitos, como o alemão, separam esse fenómeno denominado usucapião da prescrição da pretensão. Só se compreende a diferença sabendo que direito, pretensão e acção não se autonomizavam em Roma e que essas três categorias se diferenciam em intensidade distinta no direito moderno.

§ 110. Quando se autonomiza – como fez o direito alemão desde o século XIX – estritamente, então a perda de um direito de acção não tem praticamente nada a ver com a aquisição do direito material de propriedade. Perco a propriedade se um outro a possuir e a usucapir; perco a acção de propriedade se não accionar o outro tempestivamente, mas isso não significa, necessariamente, que o outro é agora o proprietário. Quando não se autonomiza, então coincidem a perda da pretensão e a do direito na pessoa do antigo proprietário.

§ 111. Diferentes modelos são concebíveis. É possível entendê-los quando se sabe: o antigo direito romano era estritamente orientado ao processo; o peso próprio do direito material surge apenas ao longo do tempo. A Europa precisa, por razões práticas, de um direito de prescrição comum, mas a questão fundamental sobre a relação da acção com a pretensão está, por motivos históricos, longe de ser resolvida de modo uniforme.

8.4 "Legado"

§ 112. Nem todo aquele que adquire algo por causa da morte é herdeiro. Na tradição romana, é denominada de legado uma mera atribuição de um ou mais bens a um indivíduo. Com a abertura da sucessão, torna-se imediatamente proprietário aquele que recebe um legado? Ou teria ele contra os herdeiros apenas uma pretensão à transferência da propriedade? Isto relaciona-se com todo o sistema do direito de propriedade e das sucessões que é seguido por um ordenamento jurídico. Ambos os modelos são possíveis, igualmente combinações; os dois têm raízes no direito romano. A maioria dos Estados da União deve ocupar-se de distintos modelos jurídicos de legado, pois o regulamento do direito sucessório da União obriga a partir de agosto de 2015 os juízes dos Estados a aplicar, na dúvida, o direito da *résidence habituelle* do *de cujus*.

§ 113. A palavra "legado" tem, como se sabe, também um lado metafórico (o direito como um todo é repleto de metáforas). Um legado do direito romano é os seus conceitos e as suas valorações; mas, naquela época, os conceitos serviram, primariamente, para soluções adequadas e discussão do caso concreto. Um legado, principalmente do século XIX (cujas raízes alcançam até a antiguidade grega), é o desejo de, a partir dos conceitos, criar um sistema jurídico, atribuindo-lhe a forma de uma codificação. Um sistema jurídico que "criptografa" as valorações correctas para a respectiva época, ou seja, que as reproduz de maneira a que o juiz possa desempenhar bem a sua função. O conceito torna-se uma componente do sistema (externo). Com isto, chega-se à Europa de hoje.

a) Motivo e projectos

§ 114. É seguramente sabido que a União Europeia também opera uma uniformização do direito privado. No cerne, isso serve à realização do mercado comum: cidadãos e empresas precisam de um quadro de acção que seja o mais unificado possível juridicamente para utilizar as respectivas liberdades fundamentais. Grupos organizados de pesquisadores trabalham em projectos para mais uniformização, patrocinados mais ou menos politicamente

e mais ou menos orientados a um aproveitamento imediato dos resultados para fins legislativos. Nestes, trata-se um aspecto que quero antecipar – a tradição romanista e a lusitana estão sub-representadas, ainda que excelentes autores portugueses tenham colaborado. Se apenas fragmentos dessas tradições são aproveitados numa outra língua, elas não são adequadamente valorizadas. Com isso, os ordenamentos jurídicos do Sul da Europa, possivelmente, não têm tido o interesse devido na adopção de muitas das soluções que actualmente são propostas por tais grupos como futuro direito privado da União Europeia.

§ 115. Por vezes, fala-se nesse contexto de um "novo *ius commune*". Neste conceito fácil de manejar, não se trata naturalmente da afirmação de rígidos paralelos históricos, mas sim da descrição de um fenómeno de grande importância para o presente. Com isso, qualquer jurista – e principalmente todo o futuro jurista – deve conhecer esse fenómeno e formar a sua opinião sobre ele. Seguem-se algumas ponderações sobre a questão de saber se uma organizada uniformização do direito privado pode prestar alguma contribuição no presente que seja comparável com as funções históricas do *ius commune*.

b) Preocupações de direito comparado

§ 116. A comparação de direitos precisa de tempo. Muito poucos pesquisadores trabalham em muito poucos problemas. Faltam a alguns estímulo ou interesse, a outros o necessário conhecimento linguístico e jurídico, a outros ainda o dinheiro. Grandes projectos podem guiar o olhar para estruturas possivelmente existentes, mas não substituem o trabalho individual de muitos, desenvolvido em profundidade.

§ 117. Daqui resulta um problema prático: a União exige frequentemente resultados rápidos: se existe uma necessidade económica de um direito comum e opções de acções forem conhecidas no âmbito político, as instituições não podem esperar uma década. Porém, as experiências feitas até aqui demonstram que, em situações de grande urgência, mesmo os resultados padronizados e simplificados oriundos de grandes projectos apenas pontualmente podem ser aproveitados.

§ 118. A União tem de viver com a tensão daí resultante. De qualquer maneira, qualquer acto jurídico que seja qualitativamente problemático traz em si o risco de acrescentar estruturas dogmáticas ao *acquis communautaire*, ou seja, o acervo jurídico comum, cuja eliminação posterior é de difícil implementação – decisões baseadas em valores duvidosos, conceitos pouco claros, procedimentos que não sejam práticos. Com tais soluções, fornece-se pedra, no lugar de pão, ao aplicador do direito. E não se alcança com a integração jurídica nenhum progresso, ou somente a custo de um direito muito deficiente quanto ao conteúdo.

c) Preocupações histórico-jurídicas

§ 119. Na actualidade, ao invés do afirmado por uma conhecida doutrina do século XIX, não é pressuposta a existência de um "espírito do povo" de cada país a suportar as respectivas leis. São conhecidos os limites da formação do direito nacional e a variedade de muitas nações. Depois das experiências dos séculos XIX e XX, a nação não é considerada como algo de absoluto. E, naturalmente, não se admite postular um "espírito do povo europeu", mesmo numa Europa que se vai integrando lentamente. Uma concebível preocupação histórica contra uma crença demasiado optimista num "*ius commune* europeu" não tem, portanto, nada a ver com construções nacionais ou supranacionais do "espírito do povo". Pelo contrário, deve ser destacado pelo historiador do direito algo que se afigura claro aos olhos do juscomparatista. Em todos os Estados existem campos do direito que se distinguem por meio de uma forte vinculação à tradição e outros que rapidamente se internacionalizam. É usual indicar-se, provavelmente com razão, o direito da família como exemplo do primeiro caso e o direito comercial como exemplo do segundo. Mas isso é apenas uma diferença gradual: é possível que *commune*, comum, seja, antes de mais nada, o instituto em particular, a solução jurídica isolada, e, nesse caso, não se refira necessariamente a algo comum a todos os Estados membros, mas talvez apenas a alguns de entre eles ou a algumas das suas regiões.

§ 120. O carácter distintivo do quadro esboçado é evidente para o historiador do direito, por se tratar de um produto da

história. É-lhe igualmente compreensível que a União Europeia seja um actor novo na história a perseguir outros objectivos do que os dos Estados: uma integração dinâmica da Europa no interesse dos cidadãos e das empresas, mas não uma regulação completa de todas as esferas da vida. Essa nova figura, diferentemente dos Estados, não se pode apoiar na extensão da sua competência legislativa, mas apenas em competências determinadas de modo funcional. O que é uniformizado pela União é uniformizado para a realização das liberdades fundamentais, do mercado comum, da protecção do consumidor. Uma unidade histórica, que seja um esboço para mostrar exactamente isso e da qual seja possível adoptar alguns modelos, não pode ser esperada por um observador que reflicta sobre a história.

§ 121. Numa perspectiva histórico-jurídica, é possível somente indagar de um instituto para o outro, de uma norma para a outra, o que se mostra ser eficaz. Um indício, como dito, reside no facto de as práticas jurisprudenciais e negociais se afastarem de um modo pouco significativo do texto da norma. Pensando apenas nos quatro exemplos anteriores, pode imaginar-se quanto trabalho, mas também quanto potencial de conhecimento, se encontra na investigação histórico-comparativa dos tipos contratuais, da posse, da prescrição e do legado na Europa.

§ 122. É bem possível que a história do direito possa fornecer à uniformização do direito ainda menos descrições gerais e válidas do que as resultantes da comparação jurídica. Consegue, porém, indicar as potenciais dificuldades de uma forma mais sólida do que a resultante da comparação puramente funcional. Seria anti-histórico e, por isso, equivocado se a União compreendesse o direito como um *ius commune*. Todavia, não pode renunciar a um olhar suficientemente profundo a todas as épocas do desenvolvimento do direito privado, pois, de outro modo, o novo direito não terá a qualidade *dogmática* necessária.

§ 123. Uma imagem desconsoladora? Talvez, caso se pretenda obter tudo imediatamente. Mas essa não é uma forma de pensar historicamente. O decurso do tempo exclui, decerto, possibilidades de acção, mas proporciona também possibilidades de conhecimento. O político que se ocupa do direito europeu deve

ponderar e decidir se precisa de uma rápida regulação comum, ainda que esta possa mostrar-se deficiente. O historiador do direito europeu pode dizer-lhe alguma coisa sobre preferências e deficiências das soluções anteriores, mas não pode oferecer mais do que esse auxílio.

9. Integração diferenciada

§ 124. Um último ponto. Talvez existam contextos nos quais os pressupostos para a integração do direito privado sejam mais favoráveis, por assim dizer, num círculo mais restrito, porque certos Estados estão mais próximos em termos socioeconómicos, ou segundo a tradição jurídica, do que outros. A aceitação para soluções comuns é maior em lugares onde esses elementos já são conhecidos, especialmente em razão de influências comuns, portanto, sobretudo romanas.

§ 125. A União já se abre lentamente para a ideia de que a integração jurídica não deve afectar em todas as áreas o conjunto dos Estados membros – tanto mais quanto de forma mais heterogénea ela for composta e quanto mais forte se tornarem as tendências centrífugas nalguns Estados membros. O termo técnico adoptado para identificar este fenómeno é o de integração diferenciada (*intégration à la carte*, *intégration à plusieurs vitesses*). Os mais importantes exemplos já realizados encontram-se no direito de família – e no direito monetário, palavra-chave: Euro.

§ 126. Muitos receiam a integração a várias velocidades por temerem a exclusão. Outros não querem participar em tais projectos, mas impedem, ao mesmo tempo, a disposição dos que se consideram preparados para incrementar a integração. Ainda assim, a integração diferenciada está aberta a todos os Estados membros; quem permanece em frente à porta fá-lo voluntariamente e não tem motivo legítimo para obstar aos outros. E serve àqueles que (provisoriamente) ficam de fora neste momento como um ensino de boas práticas: se a experiência funcionar, será sempre possível aderir.

§ 127. Muitos falam – de modo impreciso ou com um certo sotaque – de uma "Europa nuclear" em vez de "integração diferenciada". Caso se queira falar assim: Portugal pertence ao núcleo jusprivatístico da Europa. É suficiente um olhar para o Código Civil para o reconhecer.

Epílogo: Direito romano para o melhor Código civil e os melhores juristas

§ 128. Portugal é, em termos de dogmática e metodologia jurídicas, em tudo diferente de um pequeno país. Aqui, reflecte-se profundamente, lêm-se línguas estrangeiras, escreve-se preferencialmente uma nota de rodapé impecavelmente documentada do que uma tese da moda sem fundamento. Não é por acaso que se tem um Código Civil tão bom e uma discussão tão ponderada sobre o que, a despeito disso, deve ser reformado. O Código Civil mostra que momentos franceses e pandectísticos podem ser bem unidos – e como se deve fazê-lo. A actual revitalização dos estudos romanos em Portugal ajusta-se bem a este diagnóstico.

§ 129. E a quem quiser saber onde, digamos, vivem juristas europeus por natureza, terá de ser respondido: também em Portugal. A grande oportunidade de "países pequenos" está em que são imunes a uma falsa auto-suficiência. Não podem ignorar a sua própria dependência da via estrangeira tão facilmente como os grandes costumam fazer. Ilusões ou postulados de autonomia prosperam sobretudo onde não se conhece o mundo exterior. Portugal dispõe de experiência histórica de uma potência mundial e, ao mesmo tempo, da de um Estado europeu na periferia geográfica, que sempre teve de lutar tanto pela sua independência quanto pelo seu futuro, e que também teve de superar uma crise nos últimos anos. Tais experiências são oportunidades. Obrigam a explorar realidades estranhas e a trabalhar permanentemente na própria: também no direito.

§ 130. Quando Portugal retomar, de plena voz, o círculo das culturas jurídicas que trabalham com o direito romano, será obtido um ganho para todos e não menor para o emergente direito privado europeu. Precisa-se desse direito, mas, sobretudo, que seja bom.

Coimbra foi por mais de um século um centro da cultura jurídica europeia. Portugal como um todo pode tornar-se novamente num tal centro: se souber combinar a atenção para com o outro com a confiança em si próprio.

§ 131. Portugal tem a sorte de possuir uma tradição dogmática e de direito comparado tão fértil que deve ser continuada e comunicada para o exterior. Os mais importantes juristas portugueses das gerações precedentes são conhecidos em toda Europa pela qualificação linguística e jurídica, particularmente como pensadores profundos. É possível e necessário continuar exactamente a partir daqui.

§ 132. Isso é na essência uma questão de formação dos juristas – ou seja, daquilo que se fizer das possibilidades do vosso sistema. Há exemplos brilhantes. Estudem o vosso direito com profundidade e venham até nós, para que possamos conhecer-nos. Esforcem-se especialmente no conhecimento linguístico e façam publicidade do vosso direito e da vossa língua: o Direito, como fenómeno cultural e como fenómeno que afecta todos os cidadãos, independentemente do grau de instrução, é inseparável do respectivo idioma. Um direito que abdica do contacto com a própria língua perde o seu fundamento e a sua alma.

§ 133. Há bolsas suficientes para cursos de língua e de direito na Alemanha – mas muito poucos candidatos de mérito interessados. Quantos mais portugueses vierem para as universidades alemãs tanto mais alemães podem ter a experiência de um contacto pessoal percebendo assim quão conveniente é conhecer Portugal, a sua língua e a sua cultura.

§ 134. Aliás, o limiar para essa aproximação, a propósito, diminuiu na Alemanha por dois motivos, sendo que o primeiro irá surpreendê-los talvez: cada vez mais jovens alemães aprendem espanhol. Isso possibilita aos interessados ler textos em português, pelo menos de modo aproximativo, e muitos querem, em algum momento, conhecer este país e a sua cultura. Língua, também a língua até aqui de vizinhos complicados, é o primeiro passo para qualquer entendimento. Segundo, o Brasil exerce uma atracção enorme sobre muitos jovens alemães; o que pode ser um caminho proveitoso para Portugal.

§ 135. A Europa precisa desse entendimento. O vosso trabalho pessoal é necessário para a compreensão do direito, para o diálogo na Europa, entre esta e a América Latina, assim como com as antigas colónias portuguesas na África e na Ásia.*

* O texto agora publicado serviu de base a uma aula para alunos do 1.º ano de licenciatura em direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Tem apenas uma finalidade didáctica e não leva, por isso, notas de rodapé onde não se fale expressamente de debates concretos em pormenor; alguma bibliografia em alemão é referida no final. A versão inicial baseou-se parcialmente em trabalhos anteriores do autor publicados em alemão. A tradução do texto foi feita pelo Mestre Rafael Longhi; a revisão literária e adaptação ao português europeu coube à Professora Margarida Seixas e ao Mestre Jorge Silva Santos, aos quais agradeço. Agradeço também o convite para leccionar em Lisboa aos colegas Eduardo Vera-Cruz Pinto e Pedro Barbas Homem.

Referências bibliográficas gerais sobre o tema: Herzog, Benjamin – *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive. Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering*, Tübingen, 2014; Meder, Stephan – *Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, 5. Aufl, Köln u.a., 2014; Aa. Vv., Referate auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung in Würzburg im September 2013, abgedruckt in: AcP 214 (2014) 1-308. Referências bibliográficas do Autor sobre o tema: "Delimitação de fronteiras e definição de métodos: disciplinas fundamentais na formação jurídica e funções da História da Dogmática Jurídica", em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 2007 (Edição Especial Comemorativa do Intercâmbio Giessen-UFRGS: Cooperação Brasil-Alemanha), 124-140; "Interpretação histórica e comparativa no Direito Privado Comunitário: da concreção da "falta insignificante de conformidade com o contrato", em *Revista de Direito do Consumidor* 72, 2009, 235-262; "Autonomia privada romana", em *Revista dos tribunais* 100, 2011, 41-72; "Zur Aktualität von Systembildung in Europa: Wie konstruiert man ein Zivilgesetzbuch?", em: Lima Marques, Claudia / Benicke, Christoph / Jaeger Junior, Augusto (Hrsg.), *Diálogo entre o direito brasileiro e o direito alemão: Fundamentos, métodos e desafios do ensino em tempos de cooperação internacional*, Porto Alegre, 2011, 48-62; "O valor do precedente estrangeiro na aplicação do direito interno – um ponto de vista alemão do direito privado comunitário", em Grundmann, Stefan / Mendes, Gilmar / Lima Marques, Claudia / Baldus, Christian / Malheiros, Manuel (Org.), *Direito Privado, Constituição e Fronteiras. Privatrecht, Verfassung und Grenzüberschreitung* (Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil), Porto Alegre, 2012, 188–193; 2.ª d., São Paulo, 2014, 263–270; Baldus, Christian / Dajczak, Wojciech (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Erfahrungen und*

Perspektiven zwischen Deutschland, Polen und den lusitanischen Rechten, Frankfurt a.M., 2013; "Rechtsgeschichte, Privatrecht und Methode in der Union", em Stumpf, Cordula / Kainer, Friedemann / Baldus, Christian (Hrsg.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, 2015, 51-58; "Inconscientes ou incendiários?", em *Revista Electrónica de Direito*, 2016, 1, disponível em www.cije.up.pt/content/editorial-7.

A DECRETAL *SAEPE CONTINGIT* (X.2,13,18): A IMPORTÂNCIA DO IV CONCÍLIO DE LATRÃO E DO PAPA INOCÊNCIO III PARA A DISCIPLINA DA TUTELA POSSESSÓRIA[*]

David Magalhães
Universidade de Coimbra

Resumo

De acordo com o direito romano, os esbulhos violentos apenas permitiam ao possuidor reagir, através do *interdictum unde vi*, contra o próprio esbulhador, estando vedado o seu exercício face a um terceiro a quem o espoliador tivesse transmitido a *res*. As conclusões do IV Concílio de Latrão e, na sua senda, a Decretal "Saepe contingit" do Papa Inocêncio III (mais tarde contida em X.2,13,18), alargaram a legitimidade passiva àqueles que tivessem recebido a coisa com conhecimento do esbulho prévio, em oposição ao rigor do *ius romanum*.

A alteração foi adoptada pelos civilistas e, juntamente com a *actio spolii* derivada do cânone *Redintegranda* do Decreto de Graciano (C.3,q.1,c.3), possibilitou as soluções mais amplas adoptadas pelos modernos direitos, num impressivo exemplo da formação do *ius commune* de base romano-canónica que está na génese da nossa cultura jurídica. A profunda ligação entre o *ius civile* e o *ius canonicum*

Abstract

According to Roman law, violent spoliations allowed the possessor to react, through the *interdictum unde vi*, against the usurper himself but not against a third party to whom the spoiler had transmitted the thing. The conclusions of the Fourth Lateran Council and, subsequently, the Decretal "Saepe contingit" of Pope Innocent III (later contained in X.2,13,18) extended the passive legitimacy to those who had received the thing with knowledge of the previous dispossession, in direct opposition to the *ius romanum* strictness. The change was adopted by civilists and, together with the *actio spolii* derived from the canon *Redintegranda* of *Decretum Gratiani* (C.3,q.1,c.3), allowed the broader solutions adopted by modern legal systems. This constitutes an impressive example of the formation of the roman-canonical based *ius commune*, which is the foundation of our legal culture. The deep connection between *ius civile* and *ius canonicum*

[*] O presente trabalho serviu de base à nossa intervenção no Congresso Internacional "*Innocent III and His Time. From Absolute Papal Monarchy to the Fourth Lateran Council*", organizado pela Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III para la Investigación en Historia del Derecho, Derecho Común y Derecho Canónico (Institutum Utriusque Iuris – Pontificia Università Lateranense di Roma; Universidad Católica de Murcia) e que decorreu em Múrcia (Espanha) entre 9 e 12 de Dezembro de 2015.

(traduzida na expressão *Utrumque ius*) teve, pois, um reflexo decisivo na disciplina da tutela possessória, que nos ajuda a compreender as raízes do direito actual (nomeadamente do nº 2 do artigo 1281º do Código Civil Português) e a importância que nele teve a acção do Papa Inocêncio III.

(expressed by the formula *Utrumque ius*) has therefore a decisive influence in the present discipline of possessory protection, which helps us to understand its roots (namely, Portuguese Civil Code article 1281º/2) and the importance of Pope Innocent III's role.

Palavras chave

Tutela possessória – Direito Romano – Tradição Romanista – Direito Canónico, *Ius Commune*

Keywords

Possessory protection – Roman Law – Civilian Tradition – Canon Law – *Ius Commune*

1. A tutela concedida pelo direito romano ao possuidor violentamente esbulhado: a exclusiva legitimidade passiva do esbulhador no *interdictum unde vi*

No direito romano justinianeu, quem fosse violentamente esbulhado da posse de *res* imóvel era protegido pelo *interdictum* "De vi et de vi armata" (D.43,16)[1], concedido contra o esbulhador durante um ano após a expulsão, como deflui de D.43,16,1 pr.: «Praetor ait: "Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod

[1] O conservado em D.43,16,1,3 não deixa dúvidas de que este *interdictum* se aplicava unicamente como reacção contra situações de força expulsiva atroz dirigida contra possuidores de *res* imóveis: "Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione deiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui de solo deiciuntur, ut puta de fundo sive aedificio: ad alium autem non pertinet".

Sobre a protecção da posse através dos *interdicta* possessórios, vejam-se, em geral e a título ilustrativo: Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes*, 4ª edição, Coimbra, 1984, pp. 329 ss.; António dos Santos Justo, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, STVDIA IVRIDICA, nº 26, Coimbra, 1997, pp. 168 ss.; Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso de Direito Romano*, I, Lisboa, 2009, pp. 389 ss.; Alvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, 9ª edição, Pamplona, 1997, pp. 195 ss.; Manuel Jesus García Garrido, *Derecho Privado Romano (Instituciones)*, 16ª edição, Madrid, 2008, pp. 161 ss.; Antonio Fernández de Buján, *Derecho Privado Romano*, 7ª edição, Madrid, 2014, pp. 312 ss..

ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo"» («Diz o Pretor: "Onde tu o expulsaste ou a tua família o expulsou pela força, e por tudo o que ele ali teve, apenas concederei acção durante um ano; depois de um ano, concederei acção por aquilo que chegou a quem expulsou"»). Decorrido o prazo, restava ao espoliado a acção (perpétua) fundada no enriquecimento do esbulhador, referida no final da passagem[2].

Esta regra de legitimidade passiva era reforçada, *v.g.*, pelo que nos chegou através de D.43,16,1,11: «Ait praetor: "Deiecisti aut familia deiecit". Merito familiae mentio habita: nam cum "deiecisti" verbum refertur ad personam eius qui deiecit nec pertineat ad eum, cuius familia deiecit (nec enim ego videor deiecisse, si familia mea deiecerit), consequens fuit addere "aut familia tua deiecit"» («Diz o Pretor: "expulsaste ou a tua família expulsou". Merece ser mantida a menção à família: porque "expulsaste" refere-se à pessoa daquele que expulsou, não se relaciona com aquele cuja família expulsou (nem, na verdade, é entendido que eu expulsei se a minha família expulsou). Consequentemente, foi aduzido "ou a tua família expulsou"») Ambos os parágrafos reflectiam o carácter patriarcal da sociedade romana: se o esbulhador estivesse sujeito à *potestas* do *pater*, considerava-se que tinha sido o último a cometer o esbulho[3] [4].

[2] Por todos, Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª edição, Leipzig, 1927, p. 466, e Carlo Augusto Cannata, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, I, Turim, 2001, p. 231.

[3] Cf. Pasquale Voci, *Istituzioni di Diritto Romano*, 6ª edição, Milão, 2004, p. 344, e Lucien Masmejan, *La Protection Possessoire en Droit Romano-Canonique Médiéval (XIIe – XVe Siècles)*, Montpellier, 1990, p. 143.

[4] Analisamos em texto o direito da época justinianeia porque foi ele o recebido na Europa do século XI em diante e, deste modo, constituiu o objecto do estudo dos juristas medievais e modernos a que nos dedicaremos à frente. Mas as soluções que foram transportadas para o *Corpus Iuris Civilis*, no que diz respeito ao ponto que nos interessa (a exclusiva legitimidade passiva do esbulhador), já faziam parte do direito clássico.

O *interdictum unde vi* era concedido contra o esbulhador perante uma expulsão violenta sofrida pelo *possessor iustus*, como resulta de GAIUS 4,154: "Reciperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ex possessione ui deiectus sit. nam ei proponitur interdictum, cuius principium est VNDE TV ILLVM VI DEIECISTI, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is, qui deiectus est, nec ui nec clam nec precario ab eo possideret. namque eum, qui a me ui aut clam aut precario possidet, inpune deicio"

("O interdito de recuperação da posse é habitualmente concedido se quem possuir for expulso pela força, pelo que o interdito proposto, cujo início é ONDE TU O EXPULSASTE PELA FORÇA, significa que quem expulsa é obrigado a restituir-lhe a posse se quem foi expulso não possuir nem pela força, nem clandestina, nem precariamente. Por isso, posso impunemente expulsar quem de mim possui pela força, ou clandestina, ou precariamente"). Acrescente-se que a *possessio* era *iniusta* ou *vitiosa* quando fosse adquirida pela violência (*vi*), de modo clandestino (*clam*) ou a título precário (*precario*, ou seja, à luz de uma concessão livremente revogável), assim depondo GAIUS 4,151 ("... si uitiosam habeat possessionem, id est aut ui aut clam aut precario ab aduersario adquisitam").

O interdito devia ser requerido no prazo de um ano após o esbulho, o que terá sido mantido em D.43,16,1 pr. – cf. Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum.* cit., p. 466, Autor para quem o texto edital seria (p. 465): "Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas" ("Uma vez que o expulsaste durante este ano ou a tua família o expulsou, que o restituas por tudo o que ele ali teve, desde que possuísse de ti sem violência, nem clandestina, nem precariamente").

Já o *interdictum de vi armata* constituía uma variação do *unde vi* e era outorgado quando a posse tivesse sido esbulhada através de violência armada, isto é, com recurso a instrumentos ofensivos, como escudos, espadas, elmos, paus e pedras, o que mais uma vez era atestado pelas Instituições de Gaius (GAIUS, 4,155): "Interdum tamen etsi eum ui deiecerim, qui a me ui aut clam aut precario possideret, cogor ei restituere possessionem, uelut si armis eum ui deiecerim. nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem. armorum autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intellegemus, sed et fustes et lapides" ("Por vezes, contudo, ainda que eu expulse quem de mim possui pela força, ou clandestina, ou precariamente, sou obrigado a restituir-lhe a posse se o expulsei pela força das armas, pois dada a atrocidade do delito terei de suportar uma acção para lhe restituir a posse. Porém, é entendido que se denominam armas não só escudos e espadas, mas também paus e pedras"). Segundo Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, p. 467, não se exigia o prazo de um ano para requerer este *interdictum*, o que se infere, nomeadamente, do que escrevia Cícero nas *Epistulae ad Familiares*, 15,16,3 («'VI HOMINIBVS ARMATIS' deiectus sis, in eam restituare. in hoc interdicto non solet addi 'IN HOC ANNO'»), podendo reconstruir-se do seguinte modo a ordem dada pelo pretor: "Unde tu illum ui hominibus coactis armatisue deicisti aut familia tua deiecit, ei illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas" ("Uma vez que o expulsaste através de um grupo de homens armados, ou tendo-o expulsado a tua família, que o restituas por tudo o que ele ali teve").

Os compiladores justinianeus fundiram a disciplina dos dois *interdicta*, passando a proteger-se sempre a *possessio iniusta* (solução que tinha raízes pós-clássicas: *Codex Theodosianus* 9,10,3), mas estabelecendo-se, em todos os casos, o prazo de um ano para se exercer o direito ao *interdictum*.

Ou seja, só podia ser outorgado o *interdictum* contra aquele que esbulhara a *res*[5] e quaisquer terceiros que iniciassem a posse em momento posterior à usurpação não tinham legitimidade passiva, o que os textos presentes em D.43,16,7 e D.43,17,3,10 confirmavam[6]. Segundo eles, respectivamente, "Cum a te vi deiectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit, non possum cum alio quam tecum interdicto experiri" ("Quando eu tenha sido expulso por ti pela força e Titius tenha começado a possuir a mesma coisa, não posso exercer o interdito contra outra pessoa que não tu"), e "Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam" ("Não sou considerado possuidor pela força se receber um *fundus* de quem eu sabia que estava na posse pela força").

Se **A** fosse violentamente esbulhado por **B** e este transmitisse a posse a **C**, o *interdictum* era concedido a **A** contra **B**, mas nunca contra **C**. Logo, esfumava-se qualquer hipótese de recuperação da posse da *res* a partir do momento em que **C** se tornava *possessor*.

A solução explica-se pelo carácter penal do processo interdital, que implicava a intransmissibilidade da legitimidade passiva aos próprios herdeiros do esbulhador[7], atestada quanto ao *interdictum*

Sobre os pontos focados nesta nota, *vide*, ainda, ilustrativamente: Pasquale Voci, *Istituzioni*, pp. 344-345 e 348; Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2ª edição, Munique, 1971, pp. 399--400, e *Das Römische Privatrecht*, II, *Die Nachklassischen Entwickungen*, 2ª edição, Munique, 1975, pp. 257 e 259-260; António dos Santos Justo, *Direito Privado Romano – III*, pp. 168-170; Carlo Augusto Cannata, *Corso*, pp. 230 ss.; Eric Descheemaeker, The Consequences of Possession, in *The Consequences of Possession*, Edimburgo, 2014, pp. 18-19.

[5] Cf., por exemplo, Masmejan, *La Protection Possessoire*, pp. 140-141, e António dos Santos Justo, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, p. 169.

[6] Veja-se Lucien Masmejan, *La Protection Possessoire*, p. 147.

[7] A propósito intransmissibilidade passiva da *actio poenalis* (aquela em que se exigia o pagamento de uma pena) aos herdeiros de quem cometeu o delito, consultem-se, entre outras fontes, as Instituições de Gaius (GAIUS 4,112: "Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure conpetunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aeque conpetunt aut dari solent. est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec conpetere nec dari solere, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredi ****dem [uidelicet actoris] huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inueniatur actio") e de Justiniano (I.4,12,1: "Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt

unde vi por D.43,16,1,48 ("Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio competit in id quod ad eos pervenit") e D.44,7,35 pr. ("In honorariis actionibus sic esse definiendum cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus ...").

O primeiro parágrafo concedia uma *actio in factum* contra os herdeiros, o *bonorum possessor* e os restantes sucessores por aquilo que, do esbulho, até eles chegara (ou seja, os benefícios que haviam retirado da espoliação)[8].

No segundo texto, Paulus recordava a opinião de Cassius de que as *actiones* do *ius honorarium* que fossem reipersecutórias podiam ser concedidas depois de um ano, ao passo que as restantes só o poderiam ser dentro desse prazo. Mas as acções honorárias que não fossem concedidas após um ano não eram outorgadas contra os herdeiros, excepto quando tivessem a finalidade de recuperar os lucros obtidos pelos *heredes*; apontavam-se como exemplos a *actio doli* e o *interdictum unde vi*.

Em suma, como já se apontou a respeito de D.43,16,1 pr., o *interdictum unde vi* apenas podia ser exercido contra o usurpador,

aut a praetore dantur, et in heredem aeque competunt aut dari solent. est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredibus huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur. aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator dolose versatus sit et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit. poenales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur et contra heredes transeunt"), bem como D.47,1,1 pr. ("Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem sucessores...") e D.50,17,111,1 ("In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, iniuriarum").

Cf., por exemplo, Pasquale Voci, *Istituzioni*, pp. 344-345 e 479, Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, pp. 399 e 612, Max Kaser/ Karl Hackl, *Das Römische Zivilprocessrecht*, 2ª edição, Munique, 1996, p. 611, e António dos Santos Justo, *Direito Privado Romano – III*, pp. 244-245.

[8] Lucien Masmejan, *La Protection Possessoire*, p. 147.

durante um ano. Fora desses circunstancialismos, restava uma *actio in factum*, limitada aos benefícios que o esbulhador ou os herdeiros colhessem do esbulho, isto é, ao seu eventual enriquecimento[9]. Assim sendo, a *actio in factum* perdia qualquer cariz delitual[10].

Tratava-se, no fundo, de um problema cujas consequências acabavam por ser enquadradas delitualmente e, à vista disso, não passavam por mais do que uma reacção contra o autor do delito. O *interdictum* era puramente pessoal.

2. A recepção, pelos primeiros legistas medievais, da exclusiva legitimidade passiva do esbulhador no *interdictum unde vi*

Nos primórdios da Recepção do direito romano justinianeu na Europa medieval, em grande medida da responsabilidade da Escola dos Glosadores, em Bolonha, não se contrariaram as soluções constantes do *Corpus Iuris Civilis*.

Na *Summa Trecensis*, a mais antiga *summa* ao *Codex* de Justiniano, afirmava-se expressamente a legitimidade passiva de quem usurpou a posse, por si ou por intermédio de outrem, invocando-se em abono (e reconstituindo-se) as palavras constantes do *edictum* do pretor: "In eum datur qui [d]eiecit, sive per se, sive per alium, item et in eum qui dolo fecit. verba enim edicti ad hoc pertinent: 'Unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, vel aliquis tuo nomine et te sciente ratum habuisti, id illi restituas'")[11].

Outra *summa* ao *Codex*, *Lo Codi*, também assinalava que era o esbulhador da posse que estava sujeito ao exercício do *interdictum unde vi*: "Ille qui deiecit aliquem de possessionem quam tenebat tenetur per istam racionem..."[12].

[9] Cf., além dos Autores já referidos na nota[1], Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, p. 600, e Pasquale Voci, *Istituzioni*, p. 344, nota 19.

[10] Lucien Masmejan, *La Protection Possessoire*, p. 147.

[11] *Summa Codicis des Irnerius*, mit einer Einleitung, herausgegeben von Hermann Fitting, Berlim, 1894, VIII,4,4 – *Unde Vi*, p. 266: era dado o *interdictum* àquele que tivesse expulsado, por si ou por intermédio de outrem.

[12] *Lo Codi, Eine Summa Codicis in Provenzalischer Sprache aus der Mitte des XII Jahrhunderts*, herausgegeben von Hermann Fitting / Hermann Suchier, Erster Teil, Lo Codi, in der lateinischen übersetzung des Ricardus Pisanus, Halle, 1906, VIII,4,8, p. 282.

Placentino (1130/1192) não diferia ("In summa illud sciendum est, quod quaecumque sit varietatis ratio, interdictum unde vi debeatur invasori")[13].

Azo (c. 1150/1230) comentava que "Datur hoc interdictum contra eum, qui deiecit, vel eum, qui mandavit, vel iussit, ut alius deiiceretur. Item contra eum, qui ratam habet deiectionem ab alio factam nomine suo"[14]. Isto é, concedia-se o *interdictum unde vi* contra quem esbulhou, ou mandou esbulhar, bem como contra quem tivesse ratificado o esbulho feito por outra pessoa em seu nome, ideia já presente na reconstituição edital constante da *Summa Trecensis*.

Resulta claro, outrossim, que para Rofredo de Benevento (1170/ca. 1243) a expulsão violenta de quem possuía era pressuposto essencial da concessão do *interdictum*: "Si ergo aliquis expellatur de possessio rei immobilis quam ipse possidebat, succurritur sibi per interdictum unde vi per quod sit restitutio possessionis (...) [D.43,16,1 pr.-1]"[15].

Na Magna Glosa, a glosa *Ad eum* a D.43,16,1 pr. revelava o entendimento de que era contra quem usara a força que se podia recuperar a *res* ("...ad te qui deiecisti")[16].

3. O IV Concílio de Latrão e a Decretal "Saepe contingit" do Papa Inocêncio III: a reacção canónica contra o "*iuris civilis rigore*"

Paralelo ao renascimento do direito romano, o movimento de renovação do direito canónico verificado de 1140 em diante teve reflexos decisivos na questão da legitimidade passiva na recuperação da posse, visando obstar àquilo que se considerava ser a iniquidade do direito romano.

[13] Placentino, *In Summa Institutionum Sive Elementorum*, Moguntiae, 1535, *ad* I.4,15, p. 76.

[14] Azo, *In Ius Civile Summa*, Lugduni 1564, *ad* C.8.4, nº 12, fl. 216.

[15] Rofredo, *Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudiciarii Ordinis*, Coloniae Agrippinae, 1659, Pars II, *De Interdicto unde vi*, nº 1, p. 78.

[16] *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii* (...), Lugduni, 1627, col. 673.

O Papa Inocêncio III[17], através da Bula *Vineam Domini Sabaoth*, de 19 de Abril de 1213[18], convocou aquele que viria a ser o IV Concílio de Latrão. O § 3 da Bula é revelador da intenção subjacente à convocação:

> "(...) Concilium juxta priscam consuetudinem Sanctorum Patrum convocemus, propter lucra solum animarum opportuno tempore celebrandum: In quo ad extirpandum vitia, et plantandas virtutes, corrigendos excessus, et reformandos mores, eliminandas haereses, et roborandam fidem, sopiendas discordias, et stabiliendam pacem, comprimendas oppressiones, libertatem fovendam, inducendos Principes, & populos Christianos ad succursum et subsidium Sanctae Terrae, tam a Clericis, quam a laicis impendendum, cum caeteris, quae per longum esset per singula enumerare, provide statuantur inviolabiliter observanda circa Praelatos, & subditos regulares, quaecumque de ipsius approbatione Concilii visa fuerint, expedire, ad laudem & gloriam nominis ejus, ad remedium & salutem animarum vestrarum, ac profectum et utilitatem populi Christiani".

Tradução:

> "... [C]onvoquemos um Concílio de acordo com o costume antigo dos Santos Padres, a celebrar, no momento oportuno, apenas para benefício das almas. Para aniquilar vícios, semear virtudes, corrigir desvios e reformar os usos, eliminar a heresia e fortalecer a fé, apaziguar discórdias e estabelecer a paz, restringir opressões, incentivar a liberdade, persuadir os soberanos e povos cristãos a auxiliar e socorrer a Terra Santa, bem como o restante que é demasiado longo para ser enumerado, impende tanto sobre os clérigos como sobre os leigos que seja observado,

[17] Inocêncio III (nascido Lotario dei Conti di Segni) viveu entre 1160 e 1216. O respectivo pontificado estendeu-se de 1198 até à sua morte.

[18] Cf. *Bullarum Privilegiorum ac Diplomatum Romanorum Pontificum amplissima collectio*, III, Romae, 1740, pp. 160-161.

> inviolavelmente e de todos os modos que a aprovação pelo Concílio visar, o que se determinar a respeito dos prelados e dos regulares abaixo mencionados, para louvor e glória do Nome Dele, para auxílio e salvação das vossas almas e para proveito e utilidade dos povos cristãos".

Iniciado em 11 de Novembro de 1215, do Concílio resultariam setenta e uma constituições[19]. A *constitutio* 39 disciplinava a legitimidade passiva na recuperação da posse:

> "De restitutione danda contra possessorem, quae non rapuit ipse
> "Saepe contingit quod spoliatus iniuste per spoliatorem in alium re translata dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationis ius proprietatis amittit effectum. Unde non obstante civilis iuris rigore sancimus ut si quis de caetero scienter rem talem acceperit cum spoliatori quasi succedat in vitium eo quod non multum intersit praesertim quoad periculum animae detinere iniuste ac invadere alienum contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur".

Tradução:

> "Da restituição a conceder ao possuidor que não usurpou ele mesmo
> Acontece frequentemente que a coisa injustamente espoliada é transmitida a outra pessoa pelo espoliador e quem foi injustamente espoliado não é protegido pelo benefício da restituição face ao possuidor, perdendo-se a vantagem da posse devido à perda do efeito da propriedade, causada por dificuldades de prova. Por isso, não obstante o rigor do direito civil, se outros receberem tal coisa com

[19] Cf. os respectivos textos, por exemplo, em Josepho Alberigo *et alii* (ed.), *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, 2ª edição, Basileae/Barcinone/Friburgi/Romae/Vindobonae, 1962, pp. 203-247.

> conhecimento, determinamos que sucedam no vício como se fossem o espoliador. Porque não há muita diferença entre o perigo para a alma de deter injustamente e o de invadir o que é alheio, o espoliado pode socorrer-se do benefício da restituição contra quem possui desse modo".

Depois de ser coligida na *Compilatio* IV (2,3,3)[20], S. Raimundo de Penãfort recolheu a constituição nas Decretais de Gregório IX, de 1234, sendo conhecida durante longo tempo como Decretal "Saepe contingit" (X.2,13,18)[21].

Destarte, e de acordo com a Decretal, como o espoliado não gozava do *beneficium restitutionis* quando a posse da *res* fosse transmitida a um terceiro, a espoliação injusta acabava por ter frequentemente como efeito a perda da propriedade, dadas as dificuldades de prova – em sede de *rei vindicatio*, evidentemente. Assim, e apesar do rigor do direito civil (ou seja, do direito romano), determinava-se a concessão do *beneficium restitutionis* contra aquele

[20] Cf. *Quinque Compilationes Antiquae*, instruxit Aemilius Friedberg, Graz, 1956, p. 140. Trata-se de uma de cinco compilações de decretais posteriores ao Decreto de Graciano e anteriores às Decretais de Gregório IX (conhecidas como "Compilações Antigas" – *Compilationes Antiquae*) e incorporou os cânones aprovados pelo IV Concílio de Latrão. Sobre o ponto, Isaías da Rosa Pereira, *O Canonista Petrus Hispanus Portugalensis*, in Arquivos de História da Cultura Portuguesa II, nº 4, 1968, p. 4, nota 3, e Kenneth Pennington, Decretal Collections 1190--1234, in *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Washington, D.C, 2008, pp. 314-315.

[21] "Recipiens scienter rem invasam a spoliatore, tenetur eam spoliato restituere, licet non probet dominium.

Idem in concilio generali.

"Saepe contingit, quod spoliatus iniuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Unde, non obstante iuris civilis rigore, sancimus, ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, [praesertim] quoad periculum animae, iniuste detinere ac invadere alienum, contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succuratur".

Seguimos a edição do *Corpus Iuris Canonici* devida a Friedberg: *Corpus Iuris Canonici*, 2ª edição, *Pars Secunda: Decretalium Collectiones*, Lipsiae, 1879.

que, conhecendo o vício, recebia do espoliador a coisa, até porque não haveria diferença assinalável entre o perigo que sofriam as almas de quem detinha injustamente uma *res* e de quem a esbulhara.

O objectivo de salvação das almas que a Bula *Vineam Domini Sabaoth* atribuíra ao Concílio estava, portanto, muito marcado na Decretal. E, para o atingir, tal como também constava do § 3 da Bula, estatuía-se a correcção das falhas da vida terrena.

Ao aproveitar-se do *ius romanum* para receber uma *res* que sabia ter sido espoliada pela força, o novo possuidor estava conscientemente a contribuir para que o proprietário perdesse o que era seu: como não fora aquele quem usara a violência, o exercício do *interdictum unde vi* ficava excluído, restando ao *dominus* a muito difícil prova do direito de propriedade, que frequentemente acabaria por se frustrar. Resultado que o Concílio considerava idêntico ao do esbulho violento e, portanto, igualmente pecaminoso.

Neste ponto surge, a propósito, outro contributo decisivo do Papa Inocêncio III e do IV Concílio de Latrão, com a determinação do que era o pecado. Com efeito, a *constitutio* 41 dimanada do Concílio estabeleceu que era pecado o que não estava de acordo com a fé ("quod non est ex fide peccatum est") e, por isso, quer no âmbito do direito canónico, quer no do direito civil, eram derrogados quaisquer leis ou costumes que não pudessem ser observados sem cometimento de pecado mortal. Assim, em momento algum poderia aproveitar-se da prescrição (aquisitiva) quem não estivesse de boa fé, ou seja, quem tivesse a consciência de que a *res* era alheia[22].

O texto seria coligido nas Decretais de Gregório IX (X.2,26,20)[23] e, com o seu respaldo, a respectiva Glosa Ordinária[24]

[22] "De continuatione bonae fidei in omni praescriptione

Quoniam omne quod non est ex fide peccatum est synodali iudicio definimus ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis cum sit generaliter omni constitutioni atque consuetudini derogandum quae absque mortali non potest observari peccato. Unde oportet ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae".

[23] "Non in foro canonico nec civili valet praescriptio cum mala fide.

Idem in concilio generali.

Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis,

desenvolveu a noção de pecado como aquilo que era feito contra a consciência e que conduzia ao Inferno ("Quicumque facit contra conscientiam aedificat ad gehennam (...) quod qui facit contra conscientiam, peccat mortaliter")[25]. Ora, actuar contra aquilo de que se estava consciente reconduzia-se ao que já despontava e era combatido pela Decretal "Saepe contingit": uma intenção de agir injustamente que punha em risco a alma[26].

Em síntese, se o pecado era acolhido e incentivado pelos rigores do direito romano, urgia afastá-los (como também se indicava expressamente em X.2,26,20 a propósito da prescrição), permitindo-se a recuperação da posse contra quem conhecia a violência prévia, embora não a tivesse cometido. Simultaneamente,

quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae".

Sobre o ponto, podem consultar-se, ilustrativamente, P. Vaccari, Nota sul Diritto Canonico nei suoi Rapporti col Diritto Civile nei Secoli XII-XIV, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 27, 1938, pp. 354-355, e Hermann Lange / Maximiliane Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, II, *Die Kommentatoren*, Munique, 2007, p. 221.

[24] Organizada pelo clérigo Bernardo di Botone, conhecido como Bernardo de Parma (final do XII-início do século XIII/1263-1266).

[25] *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, II, *Decretales D. Gregorii Papae IX, Suae Integritati una cum Glossis*, Romae, 1582, *ad* X.2,26,20, *casus*, col. 874. *Vide* P. Vaccari, *Nota sul Diritto Canonico nei suoi Rapporti col Diritto Civile*, pp. 355-356.

[26] Para posteriores exemplos desta identificação entre o pecado e a intencionalidade, situações às quais era imputado um perigo para a alma, cf. P. Vaccari, *Nota sul Diritto Canonico nei suoi Rapporti col Diritto Civile*, pp. 356-358. A respeito do tratamento do perigo para a alma na doutrina canonística, especialmente em Hostiense, vejam-se também, por exemplo, M. Cuyas, *La Buena Fe en la Prescripción Extintiva de Deudas desde el Concilio IV de Latrán (1215) hasta Bartolo (†1357)*, Roma, 1962, pp. 123 e 175, Clarence Gallagher, *Canon Law and the Christian Community: The Role of Law in the Church According to the Summa Aurea of Cardinal Hostiensis*, Roma, 1978, p. 168, Giovanna Maria Colombo, *Sapiens Aequitas. L'Equità nella Riflessione Canonistica tra i Due Codici*, Roma, 2003, pp. 63 ss., ou Florence Demoulin-Auzary, L'Influence du Droit Canonique sur L'Emergence d'une Théorie de la Posséssion d'État, in Orazio Condorelli / Franck Roumy / Mathias Schmoeckel, *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, vol. I – Zivil- und Zivilprozessrecht, Weimar 2009, p. 299 (especificamente sobre a legitimação dos filhos).

evitavam-se as dificuldades da prova do *dominium* que afectavam os proprietários espoliados ("licet non probet dominium", nas palavras da introdução à própria Decretal "Saepe contingit"). Havia que salvar as almas, ainda que em prejuízo do *ius civile*[27].

4. A análise da Decretal "Saepe contingit" pela canonística medieval

Tal derrogação do direito romano pela Decretal "Saepe contingit" não suscitou dúvidas à canonística medieval. Seguem-se alguns espécimes ilustrativos.

Na Glosa Ordinária às Decretais apresentava-se peremptoriamente que "Spoliatus restitutionem petit ab illo, qui scienter rem a spoliatore recepit. Primo ponit factum corrigendo. Secundo corrigit"[28], pelo que exigir a restituição a quem sabia do esbulho e recebeu a *res* era a correcção de uma situação errada. O rigor do *ius romanum*, nomeadamente de D.43,16,7, não devia aqui ser obedecido ("iuris rigorem non est servandum in casu isto, propter vitium successionis"[29]; "illius legis [D.43,16,7] & ita secundum canones rigor rigor iuris civilis non est servandus")[30], até porque o excesso de subtilezas jurídicas era por vezes pernicioso ("... & nimias subtilitas iuris quandoque perniciosa est")[31].

[27] A propósito dos motivos subjacentes à Decretal, *vide*, *e.g.*, Carl Georg Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen, 1848, pp. 178 ss., Friedrich Maassen, Zur Dogmengeschichte der Spolienklage, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, 1859, pp. 242 ss., Francesco Ruffini, *L'Actio Spolii: Studio Storico-Giuridico*, Turim, 1889, pp. 346 ss.. Sobre a deliberada oposição do direito canónico ao direito civil quando houvesse *periculum animae*, cf. Charles Lefebvre, Natural Equity and Canonical Equity; Note, in *Natural Law Forum*, 8, 1963, pp. 129-130, e Cuyas, M., *La Buena Fe*, locs. cits..

[28] *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, II, *Decretales D. Gregorii Papae IX, Suae Integritati una cum Glossis*, *ad* X.2,13,18, col. 644.

[29] *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, II, *Decretales D. Gregorii Papae IX, Suae Integritati una cum Glossis*, *ad* X.2,13,18, *casus*, col. 644.

[30] *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, II, *ad* X.2,13,18, glosa *Rigore*, col. 645.

[31] *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, II, *ad* X.2,13,18, glosa *Rigore*, col. 645.

Os pressupostos em que assentou o comentário do Papa Inocêncio IV (Sinibaldo Fieschi – ca.1195/1254) às Decretais não induziam coisa diferente: a *condictio ex* X.2,13,18 estava sempre à disposição do esbulhado contra quem sabia da violência, ainda que a *res* tivesse passado por muitas mãos ("... quicunque rem raptam sciens eam raptam à quocunque coeperit condictione ex hac decretale tenetur, etiam si per multas manus res raptam fuerit"); não era concedido o *interdictum* contra quem recebia de boa fé a coisa, designadamente por acreditar que o vício já estava sanado ("dummodo vitium rapinae purgatum nescierit, quia si sciret, vel probabiliter crederet vitium purgatum: tunc nn habet haec decret. sicut apsaret ex verbis quae sequuntur (detinere) tunc enim detinere iniuste, si bonam fide haberent"); a solução constante de D.43,16,7 era diferente ("... si scienter accepit, quod tenetur restituere per conditionem ex hac constitutione, nam si ignoranter accepisset, secus esset [D.43,16,7]")[32].

Na sua *summa* à mesma compilação de normas da Igreja, Godofredo de Trano (ca. 1200/1245) afirmava que, não obstante D.43,16,7 não conceder o *interdictum* recuperatório contra quem recebera a *res* (pois tratava-se de um meio de defesa pessoal), o direito canónico, *maxime* a Decretal "Saepe contingit", tinha valor superior: "... non obstat [D.43,16,7] que dicit non dari interdictum adversus cum ad quem transacta fuerit res violenta. verum est. erum quod non datur interdictum que interdicta ut ipsa personaliza sunt (...) Sed datur conditiones ex canone vel ex [X.2,13,18] sicut superius dictum est"[33].

O Cardeal italiano sublinhava que assim era porque a alma do receptor consciente da coisa esbulhada estava tão em perigo como a do esbulhador: "... decre. illa "Saepe contingit" requerit scienciam successoris. ut cum quis sciente a spoliatore rem

[32] Inocêncio IV, *Super Libros Quinque Decretalium*, Francofurti ad Moenum, 1570, *ad* X.2,13,18, nºs 1 e 3, fls. 235 verso-236. Em sentido semelhante, o Cardeal Hostiense, *Lectura Sive Apparatus Domini Hostiensis Super Quinque Libris Decretalium*, I, Argentine, 1512, *ad* X.2,13,18, fls. 278 verso-279 e, quanto aos dois primeiros aspectos, João André, *In Secundum Decretalium Librum Novella Commentaria*, Venetiis, 1612, *ad* X.2,13,18, nº 3, fl. 89 verso.

[33] Godofredo, *Summa per Titulis Decretalium*, Neudruck der Ausgabe Lyon 1519, Aalen, 1969, *ad* X.2,13, nº 5, fl. 96.

receperit violentiam tunc quia spoliatori succedit in vicium quod non multum intersit quo ad periculum anime detinere iniuste ac invadere alienum. competit conditio contra talem"[34].

Esclareça-se que a *condictio ex canone* referida por Godofredo era a que se escorava no cânone *Redintegranda* do Decreto de Graciano (C.3,q.1,c.3)[35], cuja origem se encontra nas Decretais Pseudo-Isidorianas, falsamente atribuídas a "Isidoro Mercator", e do qual se desentranhou uma ampla tutela processual contra qualquer esbulho, ainda que a *res* se encontrasse no poder de terceiros: a *actio spolii*[36].

Hostiense indicava, como possíveis meios de recuperação da *res*, a *actio quod metus causa*, a *actio doli*, o *interdictum*, a *condictio ex canone Redintegranda* e o ofício do juiz. A propósito do *interdictum*, que era outorgado pelo direito romano contra o esbulhador, não se deixava de apresentar a sua extensão, imposta pela *Decretal* "Saepe contingit", aos detentores cientes da violência prévia: "Interdictum autem datur contra illum qui deiecit (...) condictio vero ex canone illo [X.2,13,18], locum habet contra successorem violenti, qui scienter rem detinet violentam"[37].

[34] Godofredo, *Summa per Titulis Decretalium*, cit. *ad* X.2,13, fl. 96.

[35] "Redintegranda sunt omnia expoliatis vel eiectis episcopis presentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco unde abscesserant, funditus revocanda, quacumque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, et per quascumque iniustas causas res ecclesiae, vel proprias, id est suas substantias perdidisse noscuntur".

[36] *Vide*, por exemplo, Carl Georg Bruns, *Das Recht des Besitzes*, pp. 168 ss., Friedrich Maassen, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, pp. 239 ss. Francesco Ruffini, *L'Actio Spolii*, pp. 326 ss., Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusets/Londres, 1983, pp. 240 ss., Lucien Masmejan, *La Protection Possessoire*, pp. 184 ss., James Gordley / Ugo Mattei, Protecting Possessio, *The American Journal of Conparative Law*, 44, 1996, pp. 307-308, e Hermann Lange / Maximiliane Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, II, pp. 921-922.

O tema revela-se vastíssimo e não é o momento oportuno para dele tratar, mas a *condictio ex canone Redintegranda* (mais tarde também designada *actio spolii)* surgirá amiúde neste trabalho, pois a delimitação de fronteiras entre ela e a Decretal "Saepe contingit" não foi pacífica ao longo da ciência do direito comum, dada a evidente sobreposição de que frequentemente foram objecto. Cf., numa primeira aproximação, James Gordley / Ugo Mattei, *Protecting Possessio*, cit, pp. 308-309.

[37] Hostiense, *Summa Aurea*, Augustae Taurinorum, 1579, *ad* X.2.13, nº 6, fl. 109.

João André (1270/1348) seguia a Glosa Ordinária: "Et primo ponit factum corrigendum. secundo corrigit ibi, unde [possessorem] illum in quem transata est res..."[38].

Não destoava o anticardeal Francesco Zabarella (1360/1417). É certo que X.2,13,18 estendia a protecção do *interdictum unde vi* contra o teor de D.43,16,7, mas tal tinha justificação, pois o direito canónico corrigia o direito civil que constituísse pecado e, na situação tratada pela Decretal, havia efectivamente perigo para alma ("Nota etiam quod ius canonicum corrigit civile cum agitur de pecato, ut pro hoc litera ibi periculum animo")[39].

Também de forma particularmente nítida, o Abade Panormitano (1386/1445) – discípulo de Zabarella – considerava que a matéria implicava perigo para as almas e, por isso, o direito canónico prevalecia sobre as disposições legais ("Quod in concernentibus periculum animae dispositioni iuris canonicis praefertur dispositioni legali")[40].

5. A Decretal "Saepe contingit" na obra dos civilistas

Se não constitui motivo de surpresas a aceitação da Decretal "Saepe contingit" pela doutrina do direito canónico, a verdade é que também os civilistas posteriores ao IV Concílio de Latrão acabaram por a acolher, alargando o âmbito de aplicação do *interdictum unde vi*, contra o disposto no *Corpus Iuris Civilis*. Procede-se a uma resenha exemplificativa.

Na Magna Glosa já despontava timidamente um certo desconforto com a falta de equidade da solução romana[41]. Pela pena de Acúrsio (1182-85/1260-63) sugeria-se, na glosa *Non possum* a D.43,16,7, a insolvência do esbulhador como excepção à regra

[38] André, J., *In Secundum Decretalium Librum Novella Commentaria*, *ad* X.2,13,18, nº 1, fls. 89-89 verso.

[39] Zabarella, F., *Lectura Super Secundo Decretalium*, Lugduni, 1517, *ad* X.2,13,18, nº 1, fl. 26 verso.

[40] Panormitano, *Commentaria Primae Partis in Secundum Decretalium Librum*, Venetiis, 1591, *ad* X.2,13,18, nº 4, fl. 195.

[41] Neste sentido, Lucien Masmejan, *La Protection Possessoire*, p. 147.

da ilegitimidade de terceiros: ("*nisi forte cum fueras non solvendo*": "a não ser, talvez, quando estivesse insolvente")[42]. O glosador lançava mão, em jeito de argumento, de D.47,2,12 pr.[43] e C.4,2,7[44]. Cremos que não é coincidência a Glosa de Acúrsio ter sido organizada nas décadas imediatamente posteriores ao Concílio.

É certo que não se vislumbra nem mesmo essa ténue matização da rigidez romana na obra de Odofredo (início do século XIII/1265), que, em comentário a D.43,16,7, seguia fielmente o teor do texto justinianeu[45]. Mas dava-se conta de que, no direito canónico, a solução era diferente[46].

O ponto de viragem chegaria com o dealbar da Escola dos Comentadores[47].

O ultramontano Pierre de Belleperche (ca. 1250/1308) não punha em causa que D.43,16,7 era "*iure nostro*", pois correspondia à regra geral de que ao sucessor a título singular não se transmitiam as obrigações do antecessor, dentro da concepção marcadamente

[42] *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, col. 687.

[43] "Itaque fullo, qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit: praestare enim custodiam debet. Si autem solvendo non est, ad dominum actio redit: nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est": era concedida a *actio furti* ao tintureiro porque ele respondia pela custódia das roupas; mas, se se tornasse insolvente, a *actio* revertia para o proprietário, pois aquele que (como o tintureiro insolvente) nada tem a perder, não tem qualquer risco a temer. Sobre este texto, por exemplo, Paul J. du Plessis, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE – 284 CE*, Leiden/Boston, 2012, pp. 64-65.

[44] "Non unde originem pecunia quae mutuo datur habet, sed qui contraxit si propriam numeravit, in huiusmodi obligationibus requiritur". Nesta constituição dos Imperadores Diocleciano e Maximiano, de 293, afirmava-se que não interessa a origem do dinheiro dado em mútuo, mas apenas que quem contratou o deu como próprio.

[45] Odofredo, *Praelectiones in Postremum Pandectarum Iustiniani Tomum, vulgum Digestum Novum*, Lugduni, 1552 (*Lectura Super Digesto Novo*, in *Opera Iuridica Rariora*, IV, selecta cura et studio Dominici maffei / Enii cortese / Guidonis rossi, Bolonha, 1968), fl. 101: "Si tu deiecistime de possessione (...) indubitanter tecum possum agere, sed cum alio, ad quem pervenit, non"; "lex ista specialis est in hoc quod comitantur personae".

[46] Odofredo, *Praelectiones in Postremum Pandectarum Iustiniani*, fl. 101: "Et hoc verum est iure novo: secus iure canonico: ut [X.2,13,18]".

[47] Cf. Carl Georg Bruns, *Das Recht des Besitzes*, pp. 256 ss.; Lucien Masmejan, *La Protection Possessoire*, pp. 157-158.

personalista do *interdictum unde vi* patenteada nas fontes romanas ("Istud verum est Iure nostro, quia obligationes personales non sequuntur singulares successorem...")[48]. Mas, logo de seguida, o Bispo de Auxerre contrapunha o teor da Decretal "Saepe contingit" (que contrariava o direito civil porque era iníquo ficar com o que era alheio) e afirmava que se devia obedecer ao direito canónico: "... istud immutatum est Iure Canonico, contra quemcunque competit, qui detinet, ut [X.2,13,18] hoc dicit, ibi contra regulas Iuris Civilis, quia iniquum est alienum tenere. Ideo, etc. istud servaretur"[49]. Esta foi, muito provavelmente, a introdução da tutela canónica contra os esbulhos da posse na disciplina interdital romana[50].

Eudes de Sens (ca. 1286/1335) também expunha que o *interdictum* era pessoal[51], mas acabava por seguir inteiramente a inovação canónica e os termos em que a doutrina canonística a interpretava: o esbulhado podia agir contra todos os sucessores singulares através da *condictio ex* X.2,13,18, desde que eles – por muitos que fossem – tivessem conhecimento da violência[52]. Apenas quem desconhecesse o carácter vicioso da posse não poderia ser

[48] Belleperche, *Commentaria in Digestum Novum, Vidilicet ad XLIII. XLIIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, Francoforti ad Moenum, 1571, *ad* D.43,16,7, nº 4, p. 41.

[49] Belleperche, *Commentaria in Digestum Novum, Vidilicet ad XLIII. XLIIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, *ad* D.43,16,7, nº 4, p. 41. É diferente a interpretação de Lucien Masmejan, *La Protection Possessoire*, p. 157.

[50] Neste sentido, Carl Georg Bruns, *Das Recht des Besitzes*, pp. 257, e Udo Wolter, *Ius Canonicum in Iure Civili*, Colónia/Viena, 1975, pp. 40-41. É diferente a interpretação de Lucien Masmejan, *La Protection Possessoire*, p. 157, para quem não foi dada qualquer prevalência ao direito canónico.

[51] Eudes de Sens, *Summa de Interdictis Iuditiisque Possessoriis, et Eorum Libellis Per Iustinum Goblerum evulgata. Accessit Praeterea Summa Cuiusdam Alterius Othonis de ordine Iudiciario unc denuo recognita atque a mendis repurgata*, Moguntiae, 1536, *De vi, et de vi armata*, p. 75: "...nunquam debet nec potest ferri sententia tunc contra singularem successorem, cum sit personale istud interdictum...".

[52] Eudes de Sens, *Summa de Interdictis Iuditiisque Possessoriis, De vi, et de vi armata*, p. 75: "Nam quicquid dicat ibi glosa, ibi terminatur iudicium contra successorem authoritate suarum literarum & pro novam litem, quae de novo inchoatur contra illum successorem in interdicto unde vi: imò alia actione, quae competit contra singularem successorem bene potest agi condictione ex [X.2.13.18]: si ille succcessor scienter rem talem receperit a spoliatore, & si per plures dolosas manus illa res transierit".

demandando pelo *interdictum* ou pela *condictio* concedida ao abrigo da Decretal, restando ao proprietário a reivindicação[53].

Jean Faure (século XIII/1340) ia mais longe. Se comentava que o direito romano não outorgava o *interdictum* contra terceiros, acrescentava que, pelo contrário, o direito canónico permitia actuar contra quem recebesse de má fé a coisa, através do benefício da Decretal "Saepe contingit", e até contra qualquer terceiro através do cânone *Redintegranda* do Decreto de Graciano[54].

De acordo com Alberico de Rosate (1290 /ca.1360), D.43,16,7 não autorizava o exercício do *interdictum* contra o sucessor singular, mas a solução era diferente no âmbito do direito canónico[55]. Contudo, em ambas as esferas seria aplicável o cânone *Redintegranda*, o que permitia a recuperação da posse contra quem a adquirira com a consciência do vício (embora não ante o possuidor de boa fé)[56]. Os resultados a que chegava o jurista natural de Rosate não eram distintos, pois, do que dimanava de X.2,13,18.

O *caput scholae* dos Comentadores endossou sem rebuços, por seu turno, os contributos canónicos. Bártolo (1313/1357) apontava a oposição de X.2,13,18 ao disposto em D.43,16,7 e defendia que,

[53] Eudes de Sens, *Summa de Interdictis Iuditiisque Possessoriis, De vi, et de vi armata*, p. 75: "Si ver ille sucessor singularis, receperit illam rem boa fidem ignoranter, tunc nullum interditum possessionem competit contra ipsum, nec conditio ex [X.2,13,18] (...) A contrario sensu, sed agi potest rei vendicatione...".

[54] Jean Faure, *In Quatuor Libros Institutionum Eruditissima Commentaria*, Venetiis 1572, *ad* I.4,15,6, nº 3, fl. 180 verso: "Item esset videndum contra quem? & est certum, quod contram deijcientem (...) sed contra tertium possessorem non competit, quamvis haberet causam a deijcientem [D. 43,16,7]. Sed de iure canonico competit beneficium [X.2,13,18] si scienter recepit, sed si ignoranter beneficium canone redintegranda".

[55] Alberico de Rosate, *In Primam Partem Digesti Novi Commentaria*, Venetiis, 1585 (*Commentarii in Primam Digesti Novi Partem*, in *Opera Iuridica Rariora*, XXV, selecta cura et studio Dominici maffei / Enii cortese / Guidonis rossi, Bolonha, 1979), *ad* D.43,16,7, nº 1, fls. 132-132 verso: "De violenta possessione seu hoc interdicto non agitur contra singularem successore. hoc dicit lex ista (...) sed iure canonico secus videtur (...) [X.2,13,18]".

[56] Alberico de Rosate, *In Primam Partem Digesti Novi Commentaria*, *ad* D.43,16,7, nº 1, fls. 132-132 verso: "utrobique de hoc nota & [C.3, q.1, c.3] (...) Verum est, tamen quod etiam de iure canonico non datur interdictum unde vi. sed officium iudicis vel conditio ex canone reintegranda, ut ex praedictis colligi potest. & hoc videtur verum si scienter recipit rem a violento. secus si bona fide".

segundo a *Decretal*, os terceiros podiam ser demandados com uma *condictio* para recuperação da *res*: "Opponitur [X.2,13,18] (...) condictione ex illa decretali, bene postest agi contra tertium"[57].

Ao comentar D.43,16,7, Ângelo de Ubaldis (1327/1407) limitava-se a constatar que no direito canónico a solução se afigurava diversa ("secus est de iure canonico. ut (...) [X.2,13,18]")[58]. Mas, num *consilium*, o irmão do célebre Baldo apelava à *condictio ex canone Saepe* como forma de agir contra aquele que possuía de má fé: "Quandocumque agitur contra talem singularem successorem & male fidei possessore & in vitium succedentem condictione ex canone Sepe [X.2,13,18] & hoc casu potest conveniri si habuit immediate causam a successore"[59].

Paulo de Castro (1360-62/1441) extraía da Decretal "Saepe contingit" um meio recuperatório geral, não limitado aos assuntos da Igreja e que tutelava possessoriamente situações que D.43,16,7 não abrangia: "... in rebus ecclesiasticis tantum, nam in aliis habemus etiam remedium [X.2,13,18] quod datur contra illum, qui succedit scienter in vitium, ut quia emit a spoliatore, contra quem non daretur interdictum unde vi [D.43,16,7] sed datur condictio ex illo canone non solum in rebus ecclesiasticis sed etiam quibuscunque"[60].

Já em pleno século XV, Alexandre Tartagna (1423-24/1477) considerava que a *condictio ex* Decretal "Saepe contingit" era, de *per si*, suficiente para se obter a restituição da posse no âmbito de uma causa laica[61]. Era invocada, nomeadamente, a autoridade de Paulo de Castro.

[57] Bártolo, *Digestum Novum Commentaria*, Basileae, 1572, *ad* D.43,16,7, nº 1, p. 359.

[58] Ângelo de Ubaldis, *Lectura Aurea Super Titulo de Interdictis Digesti novi*, 1498, *ad* D.43,16,7 (incunábulo).

[59] Ângelo de Ubaldis, *Consilia*, Francofurti, 1575, *Consilium* CLVII, nº 1, fl. 101. A exposição que se seguia, relativa ao requisito da boa fé dos possuidores intermediários, era tributária dos ensinamentos do Papa Inocêncio IV.

[60] Paulo de Castro, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis 1582, *ad* D.13,1,12,2, nº 6, fl. 63.

[61] Alexandre Tartagna, *Consiliorum Seu Responsorum*, V, Venetiis, 1610, *Consilium* XCIIII, nºs 19 a 21, fls. 100-100 verso.

A justificação da recepção de X.2,13,18 na esfera temporal não pode deixar de ser vista como uma manifestação da prevalência *ratione peccati* do direito canónico sobre o direito civil, regra presente, como se observou[62], nas Decretais de Gregório IX (X.2,26,20)[63] e que era aceite pela generalidade dos civilistas da época[64], como demonstram os escritos de Bártolo[65], Baldo (1327/1400)[66], Paulo de Castro[67], Alexandre tartagna[68], Jasão de Mayno (1435/1519)[69] ou Mariano Socino (1482/1556)[70].

[62] *Supra* 3.

[63] Ver, ainda, o que a propósito se comentava na Glosa Ordinária (*Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, II, *Decretales D. Gregorii Papae IX, Suae Integritati una cum Glossis*, *ad* X.2,26,20, *casus*, col. 874): "... per hanc constitutionem derogatur omni constitutioni iuris civilis & canonici, quae sine mortali peccato servari non potest".

[64] Sobre o ponto, cf., *e.g.*, P. Vaccari, *Nota sul Diritto Canonico nei suoi Rapporti col Diritto Civile*, pp. 360-361, e Hermann Lange / Maximiliane Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, II, pp. 220 ss..

[65] Bártolo, *In Ius Universum Civile, Commentaria*, Basileae, 1562, *ad* D.1,1,9, nº 22, p. 19 ("Aut causa legis vel statuti non excludit peccatum, & non vallet lex vel statutum derogans iuri divino (...) leges non valent, quia non excludunt peccatum"); *Digestum Novum Commentaria*, *ad* D.41,3,5, nº 9, p. 233 (a propósito da má fé do possuidor na usucapião): "Cui iuri Canonicum est standum, ideo quia tangit peccatum".

[66] Baldo, *Super Primo, Secundo & Tertio Codicis Commentaria*, Lugduni, 1539, *ad* C.1,2,12, nº 3, fl. 18: "... in foro civili servamus leges, nisi tali observantia induceret peccatum".

[67] Cf., por exemplo, Paulo de Castro, *Consiliorum Sive Responsorum*, I, Augustae Taurinorum, 1580, *Consilium* XCVIII, nº 3, fl. 50, onde se remetia para a já aludida lição de Bártolo: "... quod isti propter malam fidem non potuissent praescribere de iure canonum etiam ex forma statut, per ea quae not. [Bártolo] (...) de statuto inducente peccatum" (proibição da prescrição de má fé, ainda que permitida por estatuto, pois tal constituía pecado).

[68] Alexandre Tartagna, *Consiliorum Seu Responsorum*, I, Venetiis, 1610, *Consilium* LIX, nº 7, fl. 75 (a propósito do juramento): "... ubi tractatur de peccato, semper standum est iure canonico in omni foro".

[69] Jasão de Mayno, *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Lugduni, 1582, *ad* D.41,2,3,4, nº 5, fl. 65: "... hodie attenta dispositione iuris canonici quae servari debet in proposito nostro etiam in foro civili cum tractetur de materia peccati" (também se citando Bártolo).

[70] Mariano Socino, *Consiliorum sive Malis Responsorum*, Venetiis, 1580, *Consilium* CXXIII, nº 2, fl. 176: "... in materia, in qua cadit peccatum, ius civile, etiam si esset contrarium, cedit iuri canonico".

Ora, a Decretal referia expressamente o perigo para a alma decorrente da recepção de *res* anteriormente esbulhada por outrem, pelo que nenhuma dúvida podia haver de que se tratava de matéria de pecado. Consequentemente, prevalecia o direito da Igreja[71].

Os sequazes dos Comentadores que constituíram o *mos italicus iura docendi* do século XVI em diante não repudiaram a herança e continuaram a aceitar os ditames do direito canónico. Desde logo, o salernitano Roberto Maranta (1490/1530-1539) não hesitou em considerar que a *condictio ex* X.2,13,18 fora um *remedium* assaz necessário e que colmatara as deficiências de D.43,16,7[72].

Na sua muito influente obra sobre aquisição, manutenção e recuperação da posse, Giacomo Menochio (1532/1607) apresentava a Decretal como meio de tutela que, designadamente, actuava sobre os usos eclesiásticos e laicos, estendia a eficácia do *interdictum unde vi* e corrigia D.43,16,7[73].

A *condictio ex* X.2,13,18 também era acolhida por Próspero Farinácio (1544/1618), que citava profusamente Menochio[74].

Giovanni Battista Pontano (sécs. XVI/XVII) indicava como fundamento de X.2,13,18 a prevenção do pecado ("Cumque haec canonica sanctio [X.2,13,18] fundetur in evitatione peccati")[75] e

[71] Sobre o perigo para a alma entendido como fundamento da prevalência do direito canónico sobre o direito civil, vejam-se as remissões para Baldo, Paulo de Castro e Tartagna constantes da *additio* "*a*" ao já citado comentário de Panormitano, *ad* X.2,13,18.

[72] Roberto Maranta, *Praxis, seu de Ordine Judiciorum Tractatus*, Coloniae Agrippinae, 1628, VII *Distinctio*, nº 55, p. 112: "remedium condictio ex [X.2,13,18] quod fuit valde necessarium (...) Et per illud capitulum est provisum ad id, quod ante deficiebat, per [D.43,16,7]".

[73] Giacomo Menochio, *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, Coloniae Agrippinae, 1629, *De Retinendae possessione*, *Remedium* XVI [X.2,13,18], nºs 1 ("Innocentius tertius Pontifex Maximus inter multa decreta, quae, ut tam clericorum quam laicorum mores componeret (...) hanc unam sane quam utilem promulgavit constitutionem, qua consultum esse voluit adversus singulares vitiosos possessores, cum iure aliquo, praesertim ex interdicto, Unde Vi, hoc in casu sua possessione deiectio, seu spoliato succursum non esse animadverteret...") e 2 ("... hac constitutione interdictum, Unde Vi, ampliari, extendique, & per consequens [D.43,16,7] corrigi"), p. 337.

[74] Prospero Farinácio, *Repertorium Iudiciale*, Lugduni 1639, *Quaestio* XXII, nº 95, p. 75.

[75] Giovanni Battista Pontano, *Tractatus Absolutissimus de Spolio*, Coloniae Agrippinae, 1727, Lib. I, Cap. XIV, nº 6, p. 92.

reconhecia à Decretal um papel meritório na evolução da protecção do possuidor, dado o seu contributo para aliviar o rigor do direito romano, embora o posterior reconhecimento de uma genérica e mais ampla tutela possessória através do cânone *Redintegranda* a tivesse tornado dispensável[76].

O espanhol Antonio Pérez (1583/1672) apontava o carácter pessoal do *interdictum unde vi*, mas a isso contrapunha o direito canónico, para o qual quem recebia a *res* com consciência do vício sucedia neste ao esbulhador. O Professor de Lovaina pronunciava-se, nesse caso, pela outorga do *remedium* escorado na Decretal "Saepe contingit"[77].

Ao referir-se à reintegração da posse, Carlo Antonio de Luca (1613/1700) afirmava que a sua disciplina pelo direito canónico era mais perfeita, aplicando-se nas questões temporais: "Alterum est interdictum reintegrandae possessionis, qua possessor fuit spoliatus, & hoc antiquitus erat frequens, & proditum potius a jure Canonico, quam a civili, ubique tamen etiam in terris Imperii receptum"[78].

Em sentido idêntico pronunciou-se o Cardeal Giovanni Battista de luca (1614/1683), no último volume do monumental *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, num claro entendimento de que se justificava a aplicação do *ius canonicum* nos tribunais laicos[79].

[76] Giovanni Battista Pontano, *Tractatus Absolutissimus de Spolio*, cit, Lib. I, Cap. XIV, nºs 1 e 2, p. 89: "... remisso in hoc vigore juris civilis, de quo in [D.43,16,7]. Hoc decreto primum specifice fuit prospectum contra successores scientes vitium spolii (...) Nec dum etiam ante tempora Innoc. III. fuerat ex interpretatione DD. is sensus communiter receptus ad can. redintegranda. ut ejus beneficium veluti generale porrigeretur ad quoscunque casus licet, profanos, ac esset commune cunctis aliis remediis spolii (...) indeque evaserit non necessarium hoc remedium [X.2,13,18] quod antea merito necessarium videretur".

[77] "Est enim hoc interdictum personale, conceptum in eum qui vim fecit, saltem inspecto iure civile: sed canonicum ita temperatum est, quod in possidentem scienter rem a spoliatore agi possit condictione ex Innocentii tertii constitutione (...) [X.12,13,18] ex ratione quod talis succedere in vitium fui auctoris, & non multum intersit quoad animae periculum, injuste & scienter rem alienam detinere, aut invadere (...) [X.12,13,18] hoc remedium dari contra possessorem tertium, qui rem spoliatam scienter recepit...": Antonio Pérez, *Praelectiones in Codicem Justinianeum*, Amstelodami, 1645, *ad* C.8,4, nºs 18 e 19, pp. 186-187.

[78] Carlo Antonio de Luca, *Praxis Judiciaria in Civilem Divisa et Criminalem*, Genevae, 1686, Cap. II, nº 12, p. 6.

[79] "Quo vero ad aliud interdictum possessorium recuperandae; Istud, juxta probabiliorem sententiam (a contradictoribus tamen pro Juristarum consuetudine

Mesmo jurisconsultos de extracção humanista – e, portanto, mais apegados ao rigor do direito romano clássico – não ignoraram os desenvolvimentos canonísticos[80]. Nomeiam-se Corásio (Jean de Coras – 1515/1572)[81], Francisco Balduíno (François Baudouin – 1520/1573)[82], Cujácio (1522/1590) [83], o flamengo Matthew Wesenbeck (1531/1586)[84] e o espanhol Jose Fernández de Retes (†1675)[85].

non immunem) est remedium proditum potius a Jure canonico, quam a civili, quamvis ubique, in foro etiam seculari, sive (ut nostri dicunt) etiam in terris Imperii sit receptum ; Atque non inutilis a plerisque reputatur haec inspectio, an unius vel alterius Juris inventum sit ad effectum inspiciendi, an juxta unius, vel alterius juris dispositionem regulari debeat; Ac propterea retenta dicta opinione, quod sit potius proditum à Jure canonico, quodque cum istius dispositione regulandum sit, exinde de stricta censura resultare deberet, quod etiam in eo laicali foro...": Giovanni Battista De Lucca, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, XV, Venetiis, 1734, Disc. XLIV, nº 58, p. 74.

[80] Refira-se, porém, que um vulto da importância de Hugo Donelo (1527/1591), *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili*, IV, Florentiae, 1842, Lib. XV, Cap. XXXII, XVII, col. 298, expunha o direito romano sem qualquer alusão ao direito canónico; esta era feita apenas por Oswald Hilliger (1585/1619), em nota (22) ao trabalho do jurista francês.

Registe-se, ainda, que Fabro (1557/1624) distinguia entre os *remedia* outorgados pelo cânone *Redintegranda*, pelo fragmento conservado em D.43,16,7 e pela Decretal "Saepe contingit". O primeiro era concedido contra possuidores de boa fé, o segundo nem contra esses e o último apenas contra possuidores de má fé: António Fabro, *Codex Fabrianus Definitionum Forensium et Rerum in Sacro Sabaudiae Senatu Tractatarum, ad Ordinem Titulorum Codicis Iustinianei*, Genevae, 1659, *ad* C.8,4, *Definitio* VIII, nota 4, p. 954: " remedium dict can redintegranda (...) datur contra bonae fidei possessorem (...) interdicto unde vi, quod nunquam datur contra tertium quamvis malae fidei possessorem [D.43,16,7] quam a remedio [X.2,13,18] quod non competit nisi contra tertium malae fidei possessorem...". Todavia, o Autor afirmava a plena eficácia de D.43,16,7, pois o *interdictum unde vi* apenas podia ser concedido contra o esbulhador: "At interdictum Unde ut non datur contra titulum possidentem, [D.43,16,7]. Quod intellige nisi idem ille sit spoliator" (*Codex Fabrianus*, *ad* C.8,4, *Definitio* I, nota 7, p. 951).

[81] Corásio, *Opera Quae Haberi Possunt Omnia, Prior*, Witebergae, 1603, *ad* D.41,2,12,1, nº 41, p. 957: "Interdictum Unde vi non competit adversus singularem successorem, [D.43,16,7] (...) ratione prompta, quia interdictum Unde vi, personale est (...) Caeterum obstat huic regulae text. in [X.2,13,18]...".

[82] Francisco Balduíno, *Commentarii in Libros Quatuor Institutionum Juris Civilis: et Ejusdem Libri Duo ad Leges Romuli, & Leges XII Tab.*, Parisiis, 1554, *ad* I.4,15, p. 735: "Et cum iure Civili interdictum Unde vi non competeret adversus alium, quam qui vim intulerat: ne cui fraudi esset dolosa eius translatio, decrevit Pontifex Innocentius tertius, ut hoc interdicto experiremur adversus tertium possessorem: si modo isconscius esset vis illatae".

[83] Cujácio, *Ad Libros II. III. et IV. Decretalium Gregorii Noni Recitationes Solemnes*, in *Opera, Pars Posterior*, VI, Mutinae, 1780, ad X.2,13,18, col. 816:

No seio da Jurisprudência Elegante neerlandesa, não obstante também ela ter sido permeada por um forte apelo dos ideais do Humanismo jurídico, figuras como Zoesio (1570/1627) Johann Arnold Corvinus (Joannes Arnoldsz Ravens – 1582/1650), Vinnio (Arnold Vinnen – 1588/1657), Johann Jakob Wissenbach (1607/1665), Paul Voet (1619/1667), Johann Voet (1647/1714) ou Johann Ortwin Westenberg (1667/1737) expuseram e acolheram, a propósito do *interdictum unde vi*, a tutela conferida pela Decretal.

Assim, Zoesio assinalava a correcção do direito civil pelo direito canónico, à luz do qual se poderia agir conta os possuidores conscientes do esbulho porque as almas destes corriam tanto perigo como a do espoliador"[86].

Para Corvinus, se o interdito *unde vi* não era concedido pelo direito civil, já o direito pontifício permitia a recuperação da *res* contra quaisquer possuidores: "Non competit in singularem successorem de jure civili (...) Iuris Pontificii remedia in hanc rem prodita, quemcunque possessorem persequuntur [X.2,13,18;

"Hoc canone abrogatur juri civili, quo interdictum unde vi datur tantum adversus eum, qui vim fecit, qui vi dejecit possessorem, non adversus eum, ad quem res ab alio pervasa pervenit, [D.43,16,7]...". O Professor de Bourges surgia aqui nas vestes de canonista, mas ressalta a clara prioridade dada ao direito canónico sobre o direito civil.

[84] Matthew Wesenbeck, *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustinianei Lib. IIX Commentarii*, Basileae, 1593, *ad* D.43,16, nº 13, col. 802: "Minus tamen hodie hoc interdictum frequentatur, cum alia locupletiora remedia postmodum sint inventa: remedium canonis: quod in singularem successorem datur: [X.2,13,18]..." (o *interdictum* perdera importância para outros *remedia*, nomeadamente o contido na Decretal "Saepe contingit").

[85] Jose Fernández de Retes, *De Interdictis et Remediis Possessoriis, Scholastica Relectio, Dictata Anno MDCLX*, in Meerman, G., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, VII, Hagae-Comitum, 1753, *Pars* III, I, § XXV, p. 519: "Cum haec jure civili certa sint, successit utilissima Constitutio Innocentii tertii, quae extat in [X.2,13,18] quo cavetur, ut decur nostrum Interdictum contra singularem successorem, qui sciens violentiam & vitium rei illam comparavit, vel quovis alio titulo adquisivit, in quo est novum Remedium & correctorium juris civilis".

[86] Zoesio, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis Libros L*, Coloniae Agrippinae, 1736, *ad* D.43,16, nº 11, p. 923 ("jure civili. Qua in re jure Canonico quid emendatum, quo in possidentem scienter rem a spoliatore agi potest (...) ex ratione quod talis videatur succedere in vitium sui auctoris, & non multum intersit, quoad animae periculum, injuste vel scienter rem alienam detinere aut invadere").

C.3,q.1,c.3]"[87]. Sublinhe-se que se equiparavam os efeitos de X.2,13,18 aos do cânone *Redintegranda*.

Vinnio entendia que o direito da Igreja estendera a legitimidade passiva da recuperação da posse (que no *ius romanum* se cingia ao esbulhador) aos terceiros que conhecessem a violência espoliativa, que acabavam por ser cúmplices do delito[88], e Wissenbach referia-se a um *interdictum* concedido por X.2,13,18, em oposição ao *interdictum unde vi*, pois só o primeiro era concedido contra terceiros possuidores[89].

Paul Voet informava que o *remedium* baseado na Decretal "Saepe contingit" fora aceite consuetudinariamente[90]. No mesmo sentido, cite-se o seu filho Johann Voet[91].

A constituição conservada em C.8,4,7, bem como X.2,13,18 e C.3,q.1,c.3, eram apontados por Westenberg como meios de protecção com função semelhante à do *interdictum unde vi*, embora se considerasse que o mais completo deles era o do cânone *Redintegranda*[92].

[87] Johann Arnold Corvinus, *Digesta per Aphorismos Strictim Explicata*, Amsterodami, 1664, *ad* D.43,16, p. 477.

[88] Vinnio, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus & Forensis*[4], Amstelodam,i 1665, nº 6, *ad* I.4,5,6, nº 6, p. 876: "Jure civili hoc interditum tantum tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem postea possidere coepit [D.43,16,7]. Canones autem idem extenderunt etiam adversus tertium spolii possessorem, dummodo sciat vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delictum facit [X.2,13,18]".

[89] Johann Jakob Wissenbach, *Exercitationum ad Quinquaginta Libros Pandectarum Partes Duae*, I, 4ª edição, Lipsiae, 1673, *Disputatio* XXIII, *ad* D.43,16, nº 28, col. 887: "*Interdictum c. saepe de restitut. spoliat. ab interdictum Unde vi, eo maxime differt, quo datur contra tertium possessorem; contra quem non datur interdictum unde vi* [D.43,16,7]".

[90] Paul Voet, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, II, Gorichemi, 1668, *ad* I.4,15,6, nº 3, p. 535: "Moribus & Iure Canonico. De consuetudine, qui vi dejectus est, vel cui per vim ablata, quae est causa spolii, is duplici remedio ex jure canonico desumpto experiri potest. Unum est [X.2,13,18]. Quod etiam adversus eum datur, qui a spoliatore scienter rem vim ablatam accepit; vel aliter spoliatori successit".

[91] Johann Voet, *Commentarius ad Pandectas*, II, Colloniae Allobrogum, 1769, *ad*. D.43,16, nº 7, p. 705: "Praeter hoc interdictum unde vi, alia adversus invasores violentos sunt prodita remedia (...) Prae ceteris vero pinguiora juris Canonici remedia, moribus hodiernis fere passim comprobata, ex [X.2,13,18]...".

[92] Johann Ortwin Westenberg, *Principia Juris, Secundum Ordinem Digestorum, seu Pandectarum*, II, Viennae Austriae, 1755, *ad* D.43,16, § 25, p. 528: "Similia autem huic Interdicto sunt Remedia [C.8,4,7] [X.2,13,18] sed omnium est Remedium C. Redintegranda".

No espaço jurídico germânico foi adoptado, outrossim, o alargamento canónico da protecção possessória, como depõem os trabalhos de Melchior Kling (1504/1571)[93], Andreas von Gail (1526/1587)[94], Altúsio (1557/1638)[95], Fridero Mindano (Peter Frider [Mindanus] – 1560/1616)[96], Hermann Vulte (1565/1634)[97] ou Justus Meier (1566/1622)[98]. Atente-se que vários destes Autores denotavam influências da Escola culta.

Os préstimos da Decretal continuaram a ser requisitados em pleno contexto do *Usus Modernus Pandectarum*. Consultem-se, ilustrativamente, o que escreveram Johann Brunnemann

[93] Melchior Kling, *Enarrationes in Quatuor Institutionum Libros*, Lugduni, 1546, *ad* I.4,15, *De Interdictis Recuperandae Unde Vi*, nº 7, p. 504. O jurisconsulto quinhentista apresentava como meios de recuperação da posse o *interdictum unde vi*, a Decretal, o cânone *Redintegranda*, a constituição imperial conservada em C.8,4,7 e o *decretum divi Marci*, do Imperador Marco Aurélio, referido em D.4,2,3.

[94] Andreas Gail, *Practicarum Observationum, Tam ad Processum Iudiciarium Praesertim Imperialis Camerae*, Colloniae Agrippinae, 1616, Lib. II, Obs. LXXV, nº 9, p. 439: "... plura remedia recuperandae possessionis in iure nostro prodita sint, videlicet, utilis condictio ex [X.2,13,18] (...) condictio ex [D.43,16,7] ... ". De notar que eram colocados em pé de igualdade o direito romano e o direito canónico como fontes de protecção possessória. Observe-se, ainda, que na obra se reconhecia plena eficácia à *actio spolii* do cânone *Redintegranda*.

[95] João Altúsio, *Dicaelogicae Libri Tres, Totum & Universum Jus, Quo Utimur, Methodice Complectentes*, Herbonae Nassoviorum, 1617, Lib. III, Cap. XVIII, nº 20, p. 647. Como era frequente na época, citava-se Menochio.

[96] Peter Frider, *Commentarii Theorico-Practici de Interdictis*, Wetzlariae, 1731, *Commentarius* VII, nº 49, p. 108. O jurista de Minden referia-se a um *interdictum unde vi* "*directum*" (conferido por D.43,16,7) e útil (concedido, designadamente, por X.2,13,18).

[97] Hermann Vulte, *In Institutiones Iuris Civilis a Iustiniano Compositas Commentarius*, Marpurgi 1598, *ad* I.4,15,6, nº 4, p. 862: "Recuperandae possessionis interdictum est unicum, quod apellatur unde vi. Verum remedia ejus recuperandae partim jure civili, partim jure canonico prodita sunt longe plurima (...) Ex jure Canonico duo habemus: Unum ex famosissimo canone reintegranda [C.3,q.1,c.3]. Alterum ex [X.2,13,18]".

[98] Justus Meier, *Collegium Argentoratense*, III, Argentorati 1657, *ad* D.43,16, nº 23, p. 82: "Magis adhuc & pinguius prospicitur spoliatis de Iure Canonico per Canon redintegranda. [X.12,13,18] (...) quo Iure omnibus omnino vim passis, tam clericis quam Laicis, in rebus profanis succurritur". Note-se que para o Professor de Estrasburgo não havia diferença apreciável entre a tutela concedida pelo cânone *Redintegranda* e pela Decretal ("neque differentiam aliquam constituendam esse inter [C.3,q.1,c.3] & [X.12,13,18]").

(1608/1672)[99], Lauterbach (1618/1678)[100], Struvio (Georg Adam Struve – 1619/1692)[101], Johann Samuel Stryk (1668/1715)[102], Jakob Friedrich Ludovici (1671/1723)[103], Böhmer (1674/1749)[104], Heinécio (Johann Gottlieb Heinecke – 1681/1741)[105], Leyser (1683/1752)[106] e o português Mello Freire (1738/1798)[107].

De notar que vários Autores da época nem sequer referiam X.2,13,18, mas apenas o cânone *Redintegranda*, cujo *remedium* era oponível a terceiros de boa fé[108], ou reconheciam que, na *praxis*,

[99] Johann Brunnemann, *Commentarius in Quinquanginta Libros Pandectarum*, II, Friburgi ,1714, *ad* D.43,16,7, nºs 1 e 2, p. 305, onde também se reconhecia a concessão da protecção do cânone *Redintegranda*.

[100] Wolfgang Adam Lauterbach, *Collegi Theorico-Practici*, III, Tubingae, 1715, ad D.43,16, XIII, p. 490: "Adversus singulares vero possessores, vel tertium possessorem, sive bonae, sive malae fidei sit, hoc Interdictum non conceditur, quia est personale, & quidem ex delicto in vi dejicientem conceptum [D.43,16,7]. Si quis tamen scienter rem talem a Spoliatore receperit, quia quasi succedit in ejus vitium, Pontifex Spoliato contra hujusmodi possessorem per restitutiones beneficium succurrit in [X.2,13,18]".

[101] Struvio, *Syntagma Jurisprudentiae Secundum Ordinem Pandectarum*, Jenae 1709, *Exercitatio* XLV, *ad* D.43,16, nº 108, p. 496.

[102] Johann Samuel Stryk, *Fundamenta Iuris Iustinianei ad Ordinem Institutionum*, 4ª edição, Halae Magdeburgicae, 1714, *ad* I.4,15, §6, p. 157. A Decretal e o cânone *Redintegranda* eram apresentados, sem distinções, como fonte da *actio spolii* outorgada ao espoliado.

[103] Jakob Friedericih Ludovici, *Doctrina Pandectarum*, Halae Magdeburgicae, 1709, *ad* D.43,16, § III, p. 647.

[104] Justus Henning Böhmer, *Introductio in Ius Digestorum*, II, 9ª edição, Hallae Magdeburgicae, 1756, *ad* .43,16, nº 10, p. 431.

[105] Heinécio, *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Institutionum*, in *Operum*, V, Genevae, 1768, *ad* D.43,16, § CCCXVII, p. 639. Também aqui o cânone *Redintegranda* e a Decretal eram referidos sem mais como meios de tutela irmanados, derivados do direito canónico.

[106] Augustin Leyser, *Meditationes ad Pandectas*[3], VII, Lipsiae et Guerlpherbyti, 1744, *ad* D.43,16, *Specimen* DV, I, 692: "Namque interdictum unde vi contra tertium possessorem non datur, [D.43,16,7] bene vero actio spolii [X.2,13,18]". Ou seja, já não se distinguia entre terceiros conscientes da espoliação ou que estivessem de boa fé.

[107] Pascoal de Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum Publici tum Privati*, IV, *De Obligationibus et Actionibus*, Conimbricae, 1845, *Titulus* VI, § XXXI, pp. 90-91: "Jure Decretalium competit etiam contra tertium malae fidei possessorem, spolii conscium, [X.2,13,18]...".

[108] Neste sentido, *v.g.*, Josef Adam Ayblinger (1664/1722), *Commentarius ad Quinquaginta Libros Pandectarum*, Augustae Vindelicorum, 1726, *ad* D.43,16, nº 15, p. 981, e Johannes Balthasar Wernher (1677/1743), *Manuale Pandectarum*, Vitembergae, 1711, *ad* D.43,16, §3, p. 347.

aqueles efeitos mais amplos acabavam por absorver os da Decretal – como Kaspar Ziegler (1621/1690)[109], Joachim Hoppe (1656/1712)[110], Samuel Stryk (1640/1710)[111] ou Thomasius (1655/1728), que remetia, designadamente, para os ensinamentos de Stryk[112]. Tal *praxis* era registada por Mynsinger von Frundeck (1514/1588)[113] ou David Mevius (1609/1670)[114].

O jusracionalismo não pôs em causa o precipitado dogmático acumulado pelo *ius commune*. Um dos seus expoentes, Thomasius, afirmava que nenhuma dúvida havia quanto à recepção dos expedientes canónicos, mais vastos do que o interdito *unde vi* e que prevaleciam sobre ele[115].

[109] Kaspar Ziegler, *Ad Can. Redintegranda 3. q. 1. & ad tit. Decretal. de Restitut. Spoliator. Praelectiones Academicae*, Wittembergae, 1675, §§ 11 e 12.

[110] Joachim Hoppe, *Commentatio Succincta ad Institutiones Justinianeas*, Francofurti ad Viadrum, 1731, *ad* I.4,15,6, nº 2, p. 987: "Etsi vero ad id, contra tertium possessorem de spolio agi possit, in [X.2,13,18] require videatur, ut tertius ille spoliationis conscious sit; in Praxi tamen id ipsum non attenditur, sed indistincte contra possessors, etiamsi rei bona fide & justo titulo acceperint, de spolio agitur".

[111] Samuel Stryk, *Usus Moderni Pandectarum*, IV, 5ª edição, Halae Magdeburgiace 1729, *ad* D.43,16, § I, p. 344: "Iure Canonico tamen, quod in tamen sequimur, generaliter receptum est, quod contra quemvis rei nobis ablata, vel spolii possessorem ad restitutionem spolii agi possit, ob generalitatem [C.3,q.1,c.3] quam vis ob [X.2,13,18] potius dicendum videatur tertium illum violentiae conscium esse debere, sed tamen praxis illam decisionem generaliter admittit...".

[112] Christian Thomasius, *Dissertatio XX. de Usu Actionum Poenalium Iuris Romani in Foris Germanie*, in Thomasius, C., *Dissertationum Academicarum varii inprimis iuridici argumenti*, I, Halae Magdeburgicae, 1773, §XXXX, p. 798: "Deinde praxis Germaniae hoc in casu non sequitur illud iuris Romani remedium unde vi, sed remedium iuris canonici in [C.3,q.1,c.3] quod pinguius est iuri civili. Vid. Stryk ...".

[113] Joachim Mynsinger Von Frundeck, *Singularium observationum iudicii Imperialis Camerae centuriae quatuor*, Basileae 1563, *Centuria* III, *Observatio* LXXXV, p. 110: "Canon redintegranda datur contra titulo possidentem".

[114] David Mevius, *Decisiones Super Causis Praecipuis ad Praedictum Tribunal Regium Delatis*, II, Francofurti ad Moenum 1794, Pars VIII, *Decisio* CCCLXXXIII, p. 835.

[115] Christian Thomasius, *Notae ad Singulos Pandectarum Titulos*, Halae Magdeburgicae, 1713, *ad* D.43,16, pp. 322-323 ("Cum remedia juris canonici sint haud dubie pinguiora interdicto unde vi, quod ea contra quem vis possessorem rei sive immobilis sive mobilis alterum violenter dejicientem adhiberi possint (...) & jus canonicum per seculum receptum sit in foris Germaniae ante jus Romanum, patet, nullam subesse rationem, ut Germania postea reciperet usum hujus tituli in foro"). Observou-se, *supra*, que o Autor se referia ao cânone *Redintegranda*.

Acrescente-se, como curiosidade, que a ideia – que presidira à nossa Decretal – de que é tão pecaminoso possuir conscientemente o que outrem esbulhou como esbulhar foi invocada para lá da estrita disciplina da tutela possessória. Ao estudar as penas criminais, André Tiraqueau (1488/1558), pertencente à geração dos últimos bartolistas franceses[116], aproveitava X.2,13,18 como arrimo para a conclusão de que não ajudar os pobres é equivalente a furtar ou roubar[117]. O argumento era repetido pelo jurista luso Agostinho Barbosa (1589/1649), ao comentar as Decretais de Gregório IX[118].

No Reino de Portugal, contra a corrente, João Rodrigues Cordeiro (ca. 1651/1731), invocou o disposto nas Ordenações sobre o direito subsidiário (a aplicar na falta de lei, estilo da Corte e costume) para negar que se pudesse recorrer ao direito canónico[119].

[116] Cf., a propósito, Patrick Arabeyre, *Culture Juridique et Littérature Européennes Chez les Derniers Bartolistes Français (première moitié du XVIe siècle)*, in Clio@Themis, 2, (http://www.cliothemis.com/Culture-juridique-et-litterature).

[117] André Tiraqueau, *De Poenis Legum, ac Consuetudinum, Statutorumque Temperandis*, Lugduni, 1559, *Causa* 44, nº 9, p. 173 ("Non minus eos furtum commitere & rapinam, qui pauperibus non subveniunt, quam qui aliena furantur, & rapiunt. Et facit in eandem rem textum (...) quod habetur in [X.2,13,18]..."). No nº 10, expunha-se que aquele que estava em situação de penúria alimentar podia denunciar aquele que não deu.

[118] Agostinho Barbosa, *Collectanea Doctorum, Tam Veterum Quam Recentiorum, in Ius Pontificium Universum*, I, *Duo Priores Decretalium Libri Continentur*, Lugduni, 1647, *ad* X.2,13,18, nº 4, pp. 444-445.

[119] Já as Ordenações Afonsinas (2,9,1) haviam estatuído que, na falta de direito português, seria aplicável o direito canónico em matérias de índole espiritual ou nas matérias temporais em que a solução do direito romano conduzisse a pecado: "E acontecendo, que acerca de tal caso as Leyx Imperiaaes sejam contrairas aos Canones, mandamos que assy nas cousas temporaaes, como espirituaaes, se guardem os Canones, se o caso tal for, que guardando as Leyx Imperiaaes, traga pecado; pode-se poer enxemplo no possuidor de maa fe, que segundo as Leyx Imperiaaes per trinta annos possoindo sem titulo, prescreve a cousa alhea, e segundo Direito Canonico, o possuidor de maa fé nom pode prescrepver per nenhuum tempo: se em tal caso se guardassem as Leyx Imperiaaes, guardando-as, necessariamente trazeria pecado ao possuidor, o que nom devemos a consentir, maiormente que em tal caso devemos necessariamente obediencia ao Padre Santo, e aa Santa Igreja, de que os Canones procedem, a qual nom devemos em nenhuum caso aos Emperadores, de que as Leys Imperiaaes procedem; e por tanto convem que em tal caso, e em outro semelhante se guarde o Direito Canonico, e nom o Direito Imperial: e no caso temporal, que a guarda das Leyx Imperiaaes nom traga pecado, ellas devem seer guardadas, nom embargante que os Canones sejam em

O jurista beirão discordava expressamente daqueles Autores que defendiam a aplicação do cânone *Redintegranda* no foro secular, uma vez que tal seria proibido pelas Ordenações Filipinas [OF] 3,64 quando houvesse expressa solução para o problema no direito romano[120].

A isso não obstava a má fé do possuidor, e o consequente pecado apontado pelos "*Sagrados Cânones*"[121]. Isto porque, em matéria de

contraira desposiçom". Note-se a vincada influência da doutrina do *ius commune* sobre as relações entre o direito romano e o direito canónico, ao ponto de o exemplo oferecido a propósito do critério do pecado se identificar com a regra contida em X.2,26,20 – que, como vimos, obteve pleno acolhimento entre os civilistas, *maxime* Bártolo ou Paulo de Castro.

As Ordenações Manuelinas (2,5 pr.) deixaram de distinguir entre matérias temporais e espirituais, mas mantiveram o critério do pecado (já não exemplificado): "E quando o caso de que se trauta nom for determinado por Ley, Estilo, ou Custume do Reyno, Mandamos que seja julguado, sendo materia que tragua pecado, por os Santos Canones; e sendo materia que nom tragua pecado, Mandamos que seja julguado polas Leys Imperiaes, posto que os Sacros Canones determinem o contrairo, as quaes Leys Imperiaes Mandamos somente guardar pola boa razam em que sam fundadas". As Ordenações Filipinas (3,64 pr.) seguiram a solução: "E quando o caso, de que se trata, não for determinado por Lei, Stilo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, sendo materia que traga peccado, por os Sagrados Canones. E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os Sagrados Canones determinem o contrario. As quaes Leis Imperiaes mandamos sómente guardar, pela boa razão em que são fundadas".

Sobre o direito canónico como fonte subsidiária do direito português (ainda que, segundo opinião não unânime, as normas da Igreja tivessem prevalecido sobre ele numa fase inicial) e o critério do pecado, cf., entre outros, Guilherme Braga da Cruz, O Direito Subsidiário na História do Direito Português, *Revista Portuguesa de História*, Homenagem ao Doutor Paulo Merêa, III, 1974, pp. 188 (especialmente a nota 16), 218-220, 243-244; Ruy de Albuquerque /Martim Albuquerque, *História do Direito Português*, 12ª edição, vol. I, Sintra, 2005, pp. 188 ss. e 411 ss.; Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 5ª edição (com a colaboração de Rui de Figueiredo Marcos), Coimbra, 2012, pp. 284-285 e 345-346.

[120] João Rodrigues Cordeiro, *Dubitationes in Foro Frequentes More Juridico Disputatas et Secundum Jus Nostrum Resolutas*, Conimbricae, 1713, *Pars* II, *Tratatus* IV, *Dubitatio* XXXX, nº 14, p. 106: "Verum salva pace illius Senatoris, qui ita me edocuit, adhuc dubito, quod praedictum remedium juris canonici, de quo textum in [C.3,q.1,c.3] intentari possit super materia saeculari in Regio judicio, quando datur expressa resolutio juris civilis disponens in casu, & inducens actionem vis veteris, ut infra dicemus; vetat enim recurrere ad juris canonici dispositionem [OF 3,64]".

[121] João Rodrigues Cordeiro, *Dubitationes in Foro Frequentes*, *Pars* II, *Tratatus* IV, *Dubitatio* XXXX, nº 15, p. 106: "Neque obstat, quod possessionis spoliator

espoliação, não haveria que atender ao pecado, mas apenas ao facto espoliativo[122], e o direito romano (ao contrário da aceitação pelos Doutores dos *remedia* canónicos) não concedia o *interdictum* face a terceiros[123].

Cordeiro acabava por aventar como solução o exercício de uma *actio utilis* contra terceiros, com os efeitos do *interdictum unde vi*, o que se apoiava no parágrafo contido em D.43,16,1,20[124]: "In quo tamen obiter & suppositive loquuntur; quia, etsi contra tertium non detur directa actio Interdicti unde vi per textum in [D.43,16,7] datur tamen de jure civili utilis actio ipsius Interdicti contra tertium, quatenus ad eum pervenit res spoliata: ex [D.43,16,1,20]"[125].

Os praxistas portugueses aceitaram maioritariamente, todavia, o preceituado pela Decretal "Saepe contingit", evitando construções artificiosas como a de Cordeiro – que, no fundo, radicava numa relutância em aplicar nos tribunais nacionais o direito da Igreja.

Assim, Valasco (Álvaro Vaz – 1526/1593) saudava efusivamente o acertado e sadio contributo canónico[126]. Também Pedro Barbosa

sit in mala fide, & perconsequens in peccato esse dicatur; ex quo secundum juris canonici dispositionem judiciari debet in foro saeculari: [OF, 3,64 pr.] ibi: Sendo matéria, que traga peccado, por os Sagrados Canones".

[122] João Rodrigues Cordeiro, *Dubitationes in Foro Frequentes*, *Pars* II, *Tratatus* IV, *Dubitatio* XXXX, nº 16, p. 106: "In materia spolii non attenditur ad peccatum, ad hoc, ut decidenda sit per jus canonicum, sed solum attenditur ad ipsum factum dejectionis, quod erit decidendum per juris civilis dispositionem...".

[123] João Rodrigues Cordeiro, *Dubitationes in Foro Frequentes*, *Pars* II, *Tratatus* IV, *Dubitatio* XXXX, nº 17, p. 106: "Respondetur secundo remedia juris canonici in foro saeculari ideo admitere DD. in causa spolii, quia non datur remedium de jure civili; verbi gratia in casu tertii possessoris, qui non spoliavit, & Interdicto unde vi non tenetur: [D.43,16,7]...".

[124] "Si filius familias vel mercennarius vi deiecerit, utile interdictum competit": se um *filiusfamilias* ou alguém a soldo tiverem efectuado a expulsão pela força, é concedido um *interdictum* útil.

[125] João Rodrigues Cordeiro, *Dubitationes in Foro Frequentes*, *Pars* II, *Tratatus* IV, *Dubitatio* XXXX, nº 18, p. 106.

[126] Valasco, *Decisionum Consultationum ac Rerum Iudicatarum in Regno Lusitaniae*, I, Antuerpiae, 1621, *Consultatio* XCV, nº 14, p. 165: "... quod etiam si rea esset successoris particularis, adhuc poterat conveniri, qui ille textus in [D.43,16,7], est correctus iure canonico, quo inventum est saluberrimum illud possessorium remedium, ut conveniri possit etiam tertius possessor singularis, si sciens de spolio habuerit rem ab illo primo spoliatore. Et est ille textus notabilis, & saepe a nostris decantatus, in [X.2,13,18]".

(1530-1535/1606) vislumbrava na Decretal uma extensão do *interdictum unde vi* contra possuidores de má fé[127].

António Cardoso do Amaral (sécs. XVI/XVII) não divergia[128], tal como Belchior Febo (séc. XVI/1632)[129], Manuel Álvares Pegas (1635/1696)[130], Alexandre Caetano Gomes (1705/)[131] ou Manuel Gonçalves da Silva (†1748)[132].

[127] Pedro Barbosa, *De Matrimonius et Pluribus aliis Materiebus, in Tit. ff. Soluto Matrimonio*, II, Coloniae Allobrogum, 1737, *ad* D.24,3,11, nº 48, p. 81: "... remedium [X.2,13,18], etiam malae fidei possessoribus competit: nam extendit interdictum unde vi, ad casum, quo quis scienter successit in vitio".

[128] António Cardoso do Amaral, *Liber Utilissimus Judicibus, et Advocatis*, Ulyssipone, 1610, v. *Interdictum*, nº 25, fl. 184 verso: "Interdictum unde vi etiam datur contra singularem possessorem succedentem in vitio, si sciens de spolio habuerit rem ab illo primo spoliatore [X.2,13,18]".

[129] Belchior Febo, *Decisionum Senatus Regniae Lusitaniae*, II, Olysippone, 1625, *Decisio* CCXIII, nº 12, pp. 555-556: "Tandem quod ubi quis acquisivit dictam quasi possessionem iuris praestandi, si postea ab illa spolietur poterit uti remediis possessoris ad eam recuperandam contra ipsum spoliantem interdicto, unde vi, iuxta textum in [D.43,16,7] & supra comprobavi contra tertium possessorem sicentem de spolio, remedio [X.2,13,18]".

[130] Manuel Álvares Pegas, *Resolutiones Forenses Practicabiles*, II, Ulyssipone, 1682, Cap. XI, p. 948: "Et spolii actio, aut exceptio competit etiam contra tertium possessorem, [X.2,13,18]".

[131] Gomes, A. C., *Manual Pratico, Judicial, Civel e Criminal*, Lisboa 1766, Partigo I, Cap. 26, nº 56, p. 139: "Acçaõ, ou excepçaõ de espolio compete, ainda quando a cousa está já em terceiro possuidor" (remetendo-se para Pegas, Valasco e Febo).

[132] Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, II, Ulyssipone Occidentale, 1732, *ad* OF 3,48, nº 54, p. 9, que reconhecia a indisponibilidade do *interdictum* contra terceiros, mas apresentava, de seguida, a alternativa da *condictio ex* X.2,13,18: "Sed hic quaeritur an contra tertium possessorem, qui rem a spoliatore invasam scienter recepit, competat hoc interdictum unde vi? Et breviter respondetur, non competere; sed contra ipsum subvenitur spoliato per aliud remedium, quod appelatur condictio ex [X.2,13,18]".

No nº 60 (p. 10), Gonçalves da Silva voltava a debruçar-se sobre este *remedium recuperandae possessionis* (considerado profícuo e notável) que permitia uma tutela possessória contra terceiros cientes do esbulho, obviando às grandes dificuldades probatórias do direito de propriedade (o que fora, aliás, a intenção pontifícia e do IV Concílio de Latrão), pois tanto estava em risco a alma do que esbulhava como do que detinha coisa alheia: "Secundum remedium recuperandae possessionis habetur in [X.2,13,18]. Quod est valde proficuum, & notabile; siquidem per Interdictum unde vi non satis consulebatur spoliatis; quando enim res spoliata per spoliatorem in alium translata fuit sive ex titulo onerososive lucrativo; tunc possessori spoliato non subveniabatur per Interdictum unde vi,

Esta posição largamente dominante não constitui motivo de surpresa: de acordo com as Ordenações, se o direito canónico apontasse pecado à solução oferecida pelo direito romano ao caso omisso, era aplicável subsidiariamente o que dispusessem os "*Sagrados Cânones*". E, na verdade, segundo a Decretal "Saepe contingit", era pecaminoso receber uma *res* com o conhecimento de que ela tinha sido esbulhada, permitindo-se a sua recuperação perante os terceiros de má fé. Logo, na falta de direito português, a receptação consciente de uma coisa anteriormente espoliada pela força não era disciplinada por D.43,16,7, mas por X.2,13,18[133].

Apesar de o direito canónico ter sido afastado do elenco das fontes subsidiárias pela chamada "*Lei da Boa Razão*", que o relegou para os tribunais eclesiásticos com a justificação tipicamente iluminista de que aos "*Tribunaes, e Ministros Seculares não toca o conhecimento dos pecados*"[134], na primeira metade do século XIX a

utpote quod contra tertium non dabatur (...) ex quo "Saepe contingit", quod spoliatus amisso possessionis commodo, & post modo deficiens in probatione juris proprietatis, quos est dificillimae probationis, amiserit totam causam, ipsamque rei proprietatem; hisquae incommodis praecavere volens Romanus Pontifex una cum Concilio generali lateranensi sancivit in dicto [X.2,13,18]; ut siquis de caetero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multo intersit, quod ad periculum anima, injuste detinere, ac invadere alienum) contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succuratur...".

[133] Para uma crítica da opinião contrária, presente nas já examinadas *Dubitationes* de João Rodrigues Cordeiro, cf. Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, II, *ad* OF 3,48, nº 66-68, p. 11.

[134] Lei de 18 de Agosto de 1769 (in António Delgado da Silva, *Collecção da Legislação Portugueza Desde a Ultima Compilação das Ordenações, Legislação de 1763 a 1774*, Lisboa, 1829), § 12: "Havendo-me sido da mesma sorte presente, que se tem feito na prática dos Julgadores, e Advogados outra grande perplexidade, e confusão com as outras palavras do sobredito Preambulo da Ordenação do Livro terceiro, Titulo sessenta e quatro, que dizem: E quando o cazo, de que se trata, não for determinado per Ley, stylo, ou costume de Nossos Regnos, mandamos, que seja julgado, sendo materia, que traga peccado, por os Sagrados Canones. E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os Sagrados Canones determinem o contrario. Suscitando-se com estas palavras hum conflicto, não só entre os Textos do direito Canonico, e os Textos do Direito Civil, mas até com os das minhas mesmas Leis: E suppondo-se com erro manifesto para sustentar o mesmo conflicto, que no foro externo dos Meus Tribunaes, e da Minha Magistratura Temporal, se póde conhecer dos peccados, que só pertencem

Decretal continuava a ser invocada como parte integrante do *corpus iuris* vigente.

Tratava-se de um manifesto entendimento de que o "*Uso Moderno das Leis Romanas*" nas nações europeias (atendível subsidiariamente por força dos Estatutos Pombalinos da Universidade)[135] abrangia a correcção da disciplina possessória operada pelo IV Concílio de Latrão. Com efeito, observou-se a franca aceitação da Decretal "Saepe contingit" pelos coevos jurisconsultos europeus, o que demonstra que ela era determinante para o uso moderno que era dado às atinentes normas romanas. Ora, a hipótese de as simplificações e correcções canónicas fazerem parte do "*Uso Moderno*" do *ius*

privativa, e exclusivamente ao foro interior, e á espiritualidade da Igreja: Mando outrosim, que a referida supposição daqui em diante se haja por não escrita: declarando, como por esta declaro, que aos Meus sobreditos Tribunaes, e Ministros Seculares não toca o conhecimento dos peccados; mas sim, e tão sómente o dos delictos: E ordenando, como ordeno, que o referido conflicto, fundado naquela errada supposição, cesse inteiramente; deixando-se os referidos Textos de Direito Canonico para os Ministros, e Consistorios Ecclesiasticos os observarem (nos seus devidos, e competentes termos) nas Decisões da sua inspecção; e seguindo sómente os Meus Tribunaes, e Magistrados Seculares nas materias temporaes da sua competencia as Leis Patrias, e subsidiarias, e os louvaveis costumes, e estylos legitimamente estabelecidos, na fórma que por esta Lei tenho determinado".

Sobre o ponto, *e.g.*, Guilherme Braga da Cruz, *O Direito Subsidiário*, pp. 295-296, e Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, p. 408.

[135] O § 9 da Lei da Boa Razão mandava aplicar o direito romano que estivesse de acordo com a "*boa razão*", tal como este conceito aí era explicado, o que constituía um claro endosso do ideário jusracionalista. Como concretização do critério, o Livro II, Título V, Capítulo III, §§ 7-9, dos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 (roborados pela Lei de 28 de Agosto de 1772) determinaram que a aferição da conformidade do direito romano com a boa razão traduzir-se-ia em indagar o *Uso Moderno* que das leis romanas se fazia nas *Nações Modernas* – o que foi interpretado como um acolhimento das obras dos juristas europeus dos séculos XVII e XVIII que se dedicaram ao estudo e depuração do direito romano, *maxime* os da Jurisprudência Elegante e os da Escola do *Usus Modernus Pandectarum*.

Apesar de os Estatutos conterem directrizes para o ensino jurídico, foi unânime o entendimento de que os seus esclarecimentos em matéria de direito subsidiário eram aplicáveis à actividade forense.

Vide, ilustrativamente: Guilherme Braga da Cruz, *O Direito Subsidiário*, pp. 293-294 e 300-302; Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, pp. 407-408; Rui de Figueiredo Marcos, *A Legislação Pombalina. Alguns Aspectos Fundamentais*, 2ª edição, Coimbra, 2006, pp. 153-156.

romanum era expressamente prevista pelos Estatutos de 1772 – e, por essa via, certas normas do direito da Igreja acabavam por ainda ter aplicação nos tribunais civis portugueses, como apontava Côrrea Telles[136].

Destarte, Lobão (Manuel de Almeida e Sousa – 1744/1817) mostrava-se cristalino na aceitação da Decretal: "Se a acção do espolio compete contra o terceiro possuidor, que houve do espoliador a coisa espoliada? Por direito romano é certo que não (...) mas pelo direito canonico [X.2,13,18], compete sem duvida contra o

[136] José Homem Corrêa Telles, *Commentario Critico á Lei da Boa Razão em Data de 18 de Agosto de 1769* (1824), in Cândido Mendes de Almeida, *Auxiliar Jurídico – Apêndice às Ordenações Filipinas*, vol. II, reprodução «fac-simile» da edição feita por Cândido Mendes de Almeida (Rio de Janeiro, 1870), Lisboa, 1985, § 12, nº 187 p. 474: "Apesar do que determina este § a respeito do Direito Canonico, ainda se observa nos Tribunaes, e Juisos Seculares: (...) nos casos em que os textos do Direito Canonico corrigindo, ou simplificando o Direito Romano, forão adoptados pelo uso moderno das Nações civilizadas. Estatutos da Universidade liv. 2 t. 5, cap. 3 § 10 e 12".

Transcrevem-se os parágrafos referidos por Corrêa Telles:

§10: "Como porém a abrogação das ditas Leis Romanas pelo Uso Moderno, não só tem por principio a opposição, e repugnancia das mesmas Leis, e Direitos; mas tambem procede da Legislação humana positiva, ainda sobre muitos Artigos , que se não comprehendem nos objectos proprios dellas; e huma das Legislações, que mais geralmente tem influido para ella, he a do Direito Canonico, pelas innovações, e alterações, que tem feito os Summos Pontifices em muitos Artigos, e Pontos do Direito Romano; humas vezes com o fim de emendallo, e accommodallo mais aos collumes dos Christãos; ou mitigando, e temperando o rigor, e a dureza delle com equidade; ou simplificando a celebração, e expedição dos contratos , e negocios; e desterrando as muitas, e impertinentes formalidades, que para o valor dellas haviam prescrito os Romanos; outras vezes com a precisa intenção de interpretallo, e de declarallo tão somente, e sem animo algum de emendallo, nem de corrigillo: Confrontaráõ tambem os Professores as mesmas Leis romanas, que procedem nos casos omissos pelas Leis Patrias, com o Direito Pontificio".

§ 12: "Reconheceraõ o legítimo influxo, que as Decretaes establecidas para a correcção, e simplificação do Direito Romano tem tido sobre o Uso Moderna do mesmo Direito, que por ellas foi alterado. E ensinaráõ aos Ouvintes, que o dito Direito Romano não he já applicavel; depois que as correcções, e innovações das Decretaes havendo sido recebidas, e abraçadas pelas sobreditas Nações; fizeram pôr as disposições do mesmo Direito fóra do uso, e da pratica dellas".

Sobre a questão, cf. Guilherme Braga da Cruz, *O Direito Subsidiário*, pp. 296, nota 126, e Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, p. 408.

terceiro possuidor, que adquiriu a cousa com sciencia do espolio, e assim com má fé; porém não compete o remedio d'aquelle capitulo contra o terceiro possuidor de boa fé. N'esta conclusão concordam todos"[137].

Corrêa Telles (1780/1849) escrevia: "O esbulhado póde intentar a acção de espolio contra terceiro possuidor da cousa, que a houve da mão do esbulhador, se sabia, que este a tinha obtido por violência"[138]. Em nota (*e*)) citavam-se X.2,13,18 e o comentário de Manuel Gonçalves da Silva.

Coelho da Rocha (1793/1850), por seu turno, reconhecia uma tutela ainda mais ampla perante terceiros e que acabava por ser tributária da pluricentenária interpretação do cânone *Redintegranda*: "Se o possuidor porém foi espoliado da posse natural, e confessa ter-lhe sido tirada: 1º póde usar do interdicto recuperandae, tambem chamado acção de espolio, ou de força nova espoliativa, contra o espoliador, seus herdeiros, ou terceiro, para quem passou a cousa"[139].

A herança canónica impunha-se, assim, para desagrado de Augusto Teixeira de Freitas (1816/1883): "Os interdictos possessorios derivão de obrigações ex delicto, pertencentes á classe dos direitos pessoaes, e não podem sêr intentados contra todo o possuidor; posto que por Direito Canonico se-introduzisse o contrario, subvertendo-se os verdadeiros principios, que dominão esta materia"[140]. Mas a crítica mais não fazia do que confirmar que as modificações sofridas pelo direito romano não eram facilmente reversíveis.

Nem a atitude historicista prevalecente nos primórdios de oitocentos foi capaz de votar a Decretal ao esquecimento. Savigny (1779/1861), que fustigou a interpretação que desentranhava do

[137] Lobão, *Tratado Encyclopedico Compendiario, Pratico e Systematico dos Interdictos e Remedios Possessorios Geraes e Especiaes Conforme o Direito Romano, Patrio e Uso das Nações*, Lisboa, 1867, § 278, pp. 194-195.

[138] J. H. Corrêa Telles, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar e Administrar, e de a Transferir por Derradeira Vontade; Para Servir de Subsidio ao Novo Codigo Civil*, III, Coimbra, 1835, nº 698, p. 111.

[139] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, II, 3ª edição, Coimbra, 1852, § 453, p. 357.

[140] Augusto Teixeira de Freitas, *Legislação do Brasil. Consolidação das Leis Civis*, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1876, nota 18 ao artigo 811º do articulado proposto, p. 489.

cânone *Redintegranda* uma *actio spolii*[141], não colocou em dúvida a modificação operada por Inocêncio III no direito romano, embora afirmando que no restante ela não era particularmente importante[142].

A Pandectística em que desaguou a Escola Histórica também não ignorou a "Saepe contingit". Refiram-se os manuais de Holzschuher (1777/1861)[143], Mühlenbruch (1785/1743)[144], Puchta (1798/1846)[145], Arndts (1803/1878)[146], Windscheid (1817/1892)[147], Brinz (1820/1887)[148] ou Dernburg (1829/1907)[149].

O tratamento monográfico da questão na época seguiu a corrente. Citam-se, *v.g.*, Albert[150], Delbrück (1811/1852)[151], Ziebarth

[141] Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 7ª edição, Viena, 1865, VI, §50, pp. 512 ss..

[142] Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, VI, §50, pp. 515-516.

[143] Rudolf von Holzschuher, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, II, 3ª edição, Leipzig, 1864, § 90, p. 75, que aplicava X.2,13,18 à *actio spolii* concedida para recuperação da *res*.

[144] Christian Friedrich Mühlenbruch, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 3ª edição, Halle, 1839, § 134, pp. 250-251 (que também aplicava a Decretal à *actio spolii*).

[145] Georg Friedrich Puchta, *Pandekten*, Leipzig, 12ª edição, 1877, § 135, p. 201, nota c): depois de expor a solução da Decretal, o discípulo de Savigny lançava-se numa contundente crítica à "opinião destrutiva" dos praxistas alemães, que tinham estendido de tal modo a *Spolienklage* do direito canónico que todas as situações acabavam por ser abrangidas. Parece, pois, que os remoques não se dirigiam a X.2,13,18 mas à *interpretatio* das fontes canónicas que a *praxis* adoptara.

[146] Carl Ludwig Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, 9ª edição, Estugarda 1877, § 173, pp. 280-281.

[147] Bernhard Windscheid, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, I, 9ª edição, Frankfurt am Main, 1900, § 162, p. 731.

[148] Alois von Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 2ª edição, Erlangen, 1873, § 183, p. 751-752. Brinz não nomeava directamente X.2,13,18, mas criticava a extensão da *actio spolii* (nascida na *praxis* italiana e alemã) contra os possuidores de boa fé; em rigor, esta crítica deixava incólume a Decretal.

[149] Heinrich Dernburg, *Pandekten*, I, 5ª edição, Berlim, 1896, §189, que dava nota de X.2,13,18 (p. 446, nota 3) e apresentava como característica da acção de espoliação do direito comum a legitimidade passiva do terceiro que tivesse conhecimento do esbulho (p. 447).

[150] Carl Albert, *Ueber das interdictum uti possidetis der Römer, als die Grundlage zur richtigen Erkenntniß des heutigen, sogenannten possessorium summariissimum und possessorium ordinarium*, Halle, 1824, § 25, p. 26, nota 3.

[151] Berthold Delbrück, *Die dingliche Klage des deutschen Rechts*, Leipzig, 1857, §25, pp. 171-172.

(1833/1899)[152], Bruns (1816/1880)[153] ou Billeter[154], sem embargo de desencontros de opiniões, designadamente sobre a natureza possessória ou petitória da *Spolienklage* (acção de espoliação).

Não será motivo de estranheza que Jhering, dedicado à construção de uma concepção objectiva de posse e feroz crítico das teorias de Savigny e seus discípulos, aplaudisse o contributo do IV Concílio de Latrão ao alargar a disciplina possessória romana[155]. O Papa Inocêncio III conseguiu, pois, outro feito, concitando a Decretal "Saepe contingit" consensos difíceis: quer a linha de Savigny, quer Jhering, a aceitaram sem quaisquer reservas. O objectivo de "apaziguar discórdias e estabelecer a paz", determinado pela Bula convocatória do Concílio, cumpria-se ainda na centúria de oitocentos!

6. Os importantes reflexos da Decretal "Saepe contingit" no direito actual

A notável sobrevivência da solução saída do IV Concílio de Latrão assumiu forma de lei, constituindo direito vigente em vários

[152] Karl Ziebarth, *Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe*, Halle, 1866, §20, pp. 259 ss..

[153] Carl Georg Bruns, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar 1874, § 22 (p. 246).

[154] Attilio Billeter, *Der Begriff des Besitzes nach römischem und canonischem Recht in Vergleichung mit dem zürcherischen Recht*, Zürich, 1889, pp. 43-44.

[155] Referindo-se a X.2,13,18, Jhering considerava que "Il a comblé de cette manière une lacune incontestable que contient la théorie de l' interdit unde vi romain, du moins tell qu' elle se présente dans nos sources...", algo que comparava favoravelmente ante aquilo que cria ser a insistência de PUCHTA numa suposta correcção teórica, em detrimento das necessidades práticas: "Chez le pape, la vue claire de ce qu'il faut en pratique, non obstante juris civilis rigore, comme il ajoute lui-même; chez PUCHTA, le sacrifice complet de ces nécessités dans l' intérêt exclusif d' une prétendue correction théorique". "Le somme de ce que le moyen âge a fait pour le détenteur", continuava Jhering, " (...) au moyen du sumarissimum, de l' actio spolii et de leur extension contre le tiers possesseurs, il lui a donné une protection possessoire complète, et c' était là en tout cas un progrès considérable sur le droit roman". Cf. Rudolph von Jhering, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession. Critique de la Méthode Juridique Régnante* (*Études Complémentaires de l' Esprit du Droit Romain* – III), tradução de *Der Besitzwille* por O. De Molenaere, Paris, 1891, p. 393.

ordenamentos jurídicos actuais. Recorreremos a três exemplos, os dos códigos civis alemão, italiano e português.

Na Alemanha, o §861,1 BGB[156] prevê a pretensão de recuperação da posse esbulhada contra quem possui com vício, devendo tal preceito ser lido em conjugação com o §858,2[157], que exige o conhecimento do vício pelo transmissário para que também a sua posse se considere viciada[158]. Logo, se aquele a quem a posse foi transmitida pelo esbulhador não tiver conhecimento do esbulho, não tem legitimidade passiva na acção de recuperação. É, na sua plenitude, a *ratio* que presidiu à Decretal "Saepe contingit"[159]. Não é exagero afirmar, portanto, que a disciplina corresponde ao desenvolvimento canónico da protecção interdital romana[160].

No direito italiano, a *azione di reintegrazione* por esbulho violento ou oculto da posse (artigo 1168 do *Codice Civile* de 1942)[161]

[156] "Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt" ("Se o possuidor for privado da posse devido a uma interferência ilícita, pode requerer a restituição da posse contra aquele que em relação a si possui com vício").

[157] "Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muss der Nachfolger im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerb kennt" ("A pose obtida através de uma intervenção ilícita sofre de vício. A natureza viciosa da posse vincula quem sucede na posse se for um herdeiro do possuidor ou alguém que tenha conhecimento do vício que afectava a posse do antecessor").

[158] *Vide* Peter Bassenge, §861, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65ª edição, Munique, 2006, nº 7, p. 1345.

[159] Neste sentido, estabelecendo o paralelo entre a Decretal e o §858,2 BGB, Heinrich Dernburg, *Pandekten*, I, §189, p. 447, nota 11.

[160] Udo Wolter, *Ius Canonicum in Iure Civili*, p. 12.

[161] "Azione di reintegrazione.

Chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso può, entro l'anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso la reintegrazione del possesso medesimo.

L'azione è concessa altresì a chi ha la detenzione della cosa, tranne il caso che l'abbia per ragioni di servizio o di ospitalità.

Se lo spoglio è clandestino, il termine per chiedere la reintegrazione decorre dal giorno della scoperta dello spoglio.

La reintegrazione deve ordinarsi dal giudice sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione".

é concedida contra quem adquiriu a "título particular" a posse ao esbulhador, desde que tenha conhecimento da espoliação (artigo 1169)[162]. Mais uma vez, é indesmentível a herança do IV Concílio de Latrão[163].

O nº 2 do artigo 1281º do Código Civil português de 1966[164] também patenteia uma indelével marca canónica: a acção de restituição da posse pode ser intentada contra o esbulhador, seus herdeiros e, ainda, contra aquele a quem a posse tenha sido transmitida e que tenha conhecimento do esbulho.

Esta solução seguiu-se à do artigo 504º do Código Civil de 1867, que era mais lata, pois concedia a acção de restituição de posse contra terceiros a quem o esbulhador tivesse transferido a coisa a qualquer título. Era o que Coelho da Rocha já propugnara antes do Código, não se distinguindo entre transmissários de boa ou de má fé – e a doutrina coeva não levantou dúvidas[165].

[162] "La reintegrazione si può domandare anche contro chi è nel possesso in virtù di un acquisto a titolo particolare, fatto con la conoscenza dell'avvenuto spoglio".

[163] Assim, Francesco Silvio Gentile, *Il Possesso*, Turim, 1965, p. 515.

[164] "Legitimidade

1. A acção de manutenção da posse pode ser intentada pelo perturbado ou pelos seus herdeiros, mas apenas contra o perturbador, salva a acção de indemnização contra os herdeiros deste.

2. A acção de restituição de posse pode ser intentada pelo esbulhado ou pelos seus herdeiros, não só contra o esbulhador ou seus herdeiros, mas ainda contra quem esteja na posse da coisa e tenha conhecimento do esbulho".

[165] Cf., por exemplo, Guilherme Alves Moreira, *Instituições do Direito Civil Português*, 3, Coimbra 1907, p. 34, e Manuel Rodrigues, *A Posse. Estudo de Direito Civil Português*, 4ª edição revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soares, Coimbra, 1996, p. 345. Na dogmática da actualidade, vd. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, 5ª edição, Coimbra, 2000, p. 130, e António Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3ª edição, Coimbra, 2014, p. 114, nota 289.

É certo que Pires de Lima /Antunes Varela, *Código Civil Anotado* III, 2ª edição (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), Coimbra, 1987, artigo 1281º, nº 5, p. 55, afirmam que "o correspondente artigo do nosso Código de 1867 (...) parecia admitir a acção conta terceiros de boa fé", assacando à sua formulação um menor rigor do que a do Código actual. Mas tais dúvidas não se justificam e radicam no pressuposto erróneo de que a legitimidade passiva na *actio spolii* abrangia somente os terceiros de má fé ("Trata-se da *actio spolii*, admitida pelo direito canónico contra terceiros de má fé (...) A protecção deste [o terceiro], de

Sob o manifesto influxo do Código italiano de 1942[166], o Código de 1966 limitou a regra da legitimidade passiva, que passou a coincidir com a solução da Decretal "Saepe contingit"[167], numa via intermédia entre o carácter pessoal da protecção possessória do direito romano e a amplitude da *actio spolii*[168]. É a esta luz que deve ser lida a intenção legislativa identificada, por exemplo, por Santos Justo ("[a] legitimidade passiva do terceiro de má fé justifica-se por ser impossível, em muitos casos, reaver a coisa das mãos do esbulhador")[169].

Refira-se, igualmente, que o nº 2 do artigo 1281º permite que a acção de reintegração seja intentada simultaneamente contra o esbulhador e o terceiro de má fé, o que acaba por ser corroborado pelo uso do advérbio "*ainda*" ("... não só contra o esbulhador ou seus herdeiros, mas ainda contra quem esteja na posse da coisa e tenha

acordo com a doutrina canonística, só se justifica se não tiver conhecimento do esbulho", escrevem aqueles Autores). Na verdade, na *actio spolii* do direito canónico reconhecia-se legitimidade passiva a quem recebesse a coisa sem conhecimento do esbulho (neste sentido, com razão, Manuel Rodrigues, *A Posse*, p. 355), o que inspirou a solução consagrada pelo Código de Seabra e da qual se afastou a vigente lei civil.

[166] Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado* III, artigo 1281º, nº 5, p. 55; António Menezes Cordeiro, *A Posse*, p. 149.

[167] Segundo António Menezes Cordeiro, *A Posse*, p. 149, a limitação não tem antecedentes no nosso direito – afirmação com que concordamos, porque "*nosso*" é o direito pátrio. Mas, como se examinou no número precente, a solução há muito que era aceite a título subsidiário.

[168] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 4ª edição, Coimbra, 2004, p. 310, refere uma "solução moderada". Não se pense, porém, que o direito vigente ficou imune à influência da *actio spolii*: basta pensar na extensão com que se entende a privação da posse que consubstancia o esbulho, na linha das "quascumque iniustas causas" previstas no cânone *Redintegranda*, não se quedando o Código Civil pelo esbulho cometido pela força (ver, de novo, Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, p. 310).

[169] António dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 4ª edição, Coimbra 2012, p. 211. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, pp. 130-131, considera que a posse era um direito real à luz do anterior Código, mas deixou de o ser no Código vigente, pois, com a mencionada limitação da regra da legitimidade passiva, teria sido perdida a característica da inerência. Em todo o caso, a evolução histórica demonstra que a solução da Decretal "Saepe contingit" (seguida pelo legislador de 1966) foi um importante passo para fortalecer a posse ante terceiros, embora não com a latitude do artigo 504º do Código de Seabra.

conhecimento do esbulho")[170]. Tal assume importância para efeitos indemnizatórios pois, ao mesmo tempo que se pede a restituição, o autor do esbulho pode ser responsabilizado pelos prejuízos que causou (nº 1 do artigo 1284º)[171].

Não obstante, a solução adoptada pelo legislador português não escapa a críticas, que radicam na sua estreiteza.

Oliveira Ascensão considera que a opção do nº 2 do artigo 1281º não tem qualquer razão de ser para além do fascínio exercido pela codificação italiana[172]. No mesmo sentido, para Menezes Cordeiro, a restrição da legitimidade passiva aos terceiros de má fé não teria justificação conhecida e seria um "puro decalque" do artigo 1169 do *codice civile*[173].

Cremos, contudo, que os fundamentos e motivos subjacentes à Decretal "Saepe contingit", bem como a longa tradição com ela iniciada, não confirmam tal visão: a disciplina legal vigente, materializada na protecção dos terceiros de boa fé, tem uma notória justificação histórica e axiológica, bem longe de uma quase casualidade acrítica, sem prejuízo – obviamente – de reparos que lhe possam ser feitos, como os que se seguem[174].

[170] Para idêntica interpretação do artigo 1169 do *Codice Civile*, com apoio no vocábulo "anche" aí presente, consultem-se, por exemplo, Francesco Caringella / Francesca Della Valle / Sandra Della Valle, *Codice civile. Annotato con la Giurisprudenza*, Milão, 2006, artigo 1169, p. 1147, ou Giuseppe De Lucia, *Le Azioni Petitorie, Possessorie e Nunciatorie*, Pádua, 2011, p. 163.

[171] *V.g.*, Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado* III, artigo 1284º, nº 4, p. 60, António Menezes Cordeiro, *A Posse*, p. 149, e, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21 de Janeiro de 2003 (Processo nº 3285/02), com referência aos danos morais. Toda a jurisprudência nacional citada neste trabalho foi recolhida em www.dgsi.pt.

[172] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, pp. 130-131.

[173] António Menezes Cordeiro, *A Posse*, p. 114, nota 239.

[174] António Menezes Cordeiro, *A Posse*, p. 114, nota 239, indica uma "desconexão sistemática" da sua inserção num sistema que não segue a regra de que "a posse vale título" (consagrada no nº 1 do artigo 1153 do código transalpino para as coisas móveis): ao contrário do nº 2 do artigo 1281º, o artigo 1169 do *codice civile* justificar-se-ia por não fazer sentido reconhecer ao terceiro de boa fé a aquisição da propriedade e depois retirar-se-lhe a posse que baseou a aquisição.

Não se concorda com a crítica. Sendo certo que o nosso é um puro sistema de título no qual a aquisição do direito real não depende da posse mas apenas do negócio causal (cf., por todos, António A. Vieira Cura, Compra e Venda e

Com efeito, José Alberto Vieira censura a impossibilidade de se intentar uma acção de restituição da posse contra um terceiro de boa fé quando o mesmo é permitido na acção de reivindicação, o que obriga os titulares de direitos reais de gozo a recorrer aos meios petitórios, atreitos a maiores dificuldades probatórias. Ademais, os possuidores que não são titulares de direitos reais de gozo ficam, pura e simplesmente, impedidos de recuperar a posse contra terceiros que desconhecem a espoliação[175].

A reflexão merece duas notas. A primeira para assinalar que a solução preferível para o Autor também coincide com a da *actio spolii* do cânone *Redintegranda* e do Código de 1867. A segunda para observar que a preocupação com a dificuldade probatória na acção de reivindicação é a mesma que esteve na origem do que se critica: a Decretal "Saepe contingit" referia expressamente que era difícil aos proprietários provar os factos constitutivos do seu direito e, por isso, havia que alargar aos terceiros de má fé a legitimidade passiva na recuperação da posse[176]. Deste modo se demonstra que os quadros delineados pelo direito canónico continuam a ser decisivos em qualquer discussão do tema.

Procederemos agora – a talho de foice – a uma breve análise da disciplina legal portuguesa da legitimidade passiva dos terceiros na acção de restituição da posse.

Por um lado, apesar de tal não constar expressamente do nº 2 do artigo 1281º, aquele que esteja "na posse da coisa e tenha conhecimento do esbulho" é alguém a quem a posse foi cedida

Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003, pp. 70-72), na verdade tal aquisição não é prejudicada pela ilegitimidade passiva dos terceiros de boa fé na acção de restituição. Por outras palavras, o direito real não deixa de ser adquirido e não é perdido, apesar da falta do direito de exigir a restituição da posse. Claro que surgem, então, as desvantagens inerentes aos meios petitórios, que serão indicadas de seguida no texto. Mas não se vislumbra qualquer incoerência sistemática.

[175] José Alberto C. Vieira, *Direitos Reais*, Coimbra 2008, pp. 628-629. António Menezes Cordeiro, *A Posse*, p. 114, comunga destas preocupações ao apontar que há uma extinção da posse quando o esbulho é seguido da posse da coisa por um terceiro de boa fé.

[176] *Supra* 3.

ou, como define o artigo 1169 do código italiano, um adquirente a título singular da posse que anteriormente foi esbulhada. Já quem "cria uma posse por seu acto unilateral (...) é, pura e simplesmente, (...) um esbulhador"[177], que não tem de agir com *animus spoliandi*[178] ou má fé[179]. Esta é apenas erigida como requisito da legitimidade passiva dos terceiros – que para serem demandados têm de ter conhecimento, no momento da aquisição da posse, de que lesavam outrem, dentro de "uma concepção subjectiva ética de boa fé"[180] cujas raízes estão na Decretal "Saepe contingit".

Por outro lado, têm surgido interrogações sobre a legitimidade passiva de quem é mero detentor da coisa em nome do esbulhador – ou, acrescentamos, em nome do terceiro que possui a coisa tendo conhecimento do esbulho. São os casos do locatário, do comodatário ou do depositário a quem o possuidor (esbulhador ou terceiro cônscio da espoliação) entregou a *res*[181].

[177] Respiga-se Durval Ferreira, *Posse e Usucapião*, 2ª edição, Coimbra, 2003, p. 346.

[178] Cf, ilustrativamente, Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado* III, artigo 1278º, nº 2, p. 49, António dos Santos Justo, *Direitos Reais*, p. 210-211, e Durval Ferreira, *Posse e Usucapião*, p. 347.

[179] Durval Ferreira, *Posse e Usucapião*, p. 347.

[180] Como aponta José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit, p. 628, nota 1787. Sobre essa concepção, cf., por exemplo, António Menezes Cordeiro, *A Posse*, pp. 93 ss..

[181] A questão também não é pacífica quanto ao artigo 1169 do *Codice Civile*, que inspirou o nº 2 do artigo 1281º. Contra a legitimidade pronunciam-se, *e.g.*, Francesco de Martino, *Possesso*, in Scialoja / Branca, *Commentario del Codice Civile*, artigo 1169, Bolonha/Roma, 1984, p. 141, Ugo Natoli, *Il Possesso*, Milão, 1992, pp. 322-323, Antonio Gerardo Diana, *La Proprietà Immobiliare Urbana*, Milão, 2004, pp. 691-692, ou Antonio Masi, Le Azioni Possessorie, in Nicolò Lipari / Pietro Rescigno (dir.), *Diritto Civile*, vol. II (*Successioni, Donazioni, Beni*) – II (*La Proprietà e il Posssesso*), Milão 2009, p. 151. Manifestam-se favoravelmente, entre outros, Giuseppe Branca, Legittimazione Passiva dello Spogliatore che ha Perduto il Possesso della Cosa, *Il Foro Italiano*, 91, I, 1968, pp. 2156-2159, Massimo Cusatti, Azioni di Spoglio e Legittimazione Passiva, *Diritto e Giurisprudenza*, 42, 1986, pp. 833-837, ou Raffaele Caterina, Il Possesso, in Antonio Gambaro / Umberto Morello (dir.), *Trattato dei Diritti Reali*, I, Milão, 2008, p. 461. Como se pode constatar através destes contributos, a jurisprudência transalpina tem-se dividido – v., ainda, sobre esse desencontro de decisões, Matteo Magri, Azione di Reintegrazione, in Paolo Cendon (dir.), *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza. Proprietà e Diritti Reali*, III, Turim 2012, p. 602.

Em sentido negativo pronunciam-se, por exemplo, Pires de Lima / Antunes Varela[182], Santos Justo[183] ou Durval ferreira[184]: o nº 2 do artigo 1281º refere "quem esteja na posse da coisa", o que não abrange os detentores[185].

A legitimidade passiva do detentor é defendida por Rui Pinto Duarte[186] e, especialmente, por José Alberto Vieira: se o detentor é um representante do possuidor (artigo 1252º/1 do Código Civil), a acção de restituição da posse contra ele dirigida acaba por ser exercida contra o esbulhador (ou, acrescentamos novamente, contra o terceiro de má fé a quem a posse foi transmitida)[187]. Não nos parece, porém, que a argumentação possa colher.

Quando o artigo 1252º/1 estabelece que a posse pode ser exercida por intermediário, tal que significa que, durante a vigência da situação de detenção, a posse continua a produzir os seus efeitos na esfera jurídica do possuidor[188] como se fosse ele próprio a actuar "por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade

[182] Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado* III, artigo 1281º, nº 5, p. 55.

[183] António dos Santos Justo, *Direitos Reais*, p. 211.

[184] Durval Ferreira, *Posse e Usucapião*, p. 347.

[185] Assim, igualmente, e ainda *colorandi causa*, os Acórdãos dos Tribunais da Relação de Coimbra, de 11 de Maio de 2004 (Processo 469/04: "... como a lei fala em terceiro que esteja na posse da coisa, a acção não pode intentar-se contra quem seja mero detentor, por possuir em nome do esbulhador"), da Relação de Évora, de 3 de Junho de 2004 (Processo 546/04-3: "Servindo-nos, analogicamente, do que diz o artigo 1281º, nº 2 do Código Civil, constatamos que numa acção de restituição de posse estará do lado activo o esbulhado e do lado passivo o esbulhador ou o possuidor da coisa, com conhecimento do esbulho. Ora, nada vem alegado quanto ao ser a mulher do Requerido que detém a posse da construção duma futura garagem"), ou da Relação de Lisboa, de 20 de Abril de 2006 (Processo 3932/2005-6): "As anteriores conclusões tornam inaplicável a previsão constante do artigo 1281º, nº 2, do CC. A recusa de aplicação desse preceito decorre (...) da ausência de materialidade susceptível de qualificar o Requerido como "possuidor" relativamente à fracção".

[186] Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 2ª edição, Estoril, 2007, p. 291: "... quanto à legitimidade passiva, a lei atribui-a não apenas ao esbulhador e aos seus herdeiros, mas também a qualquer detentor que tenha conhecimento do esbulho ..." (a 3ª ed., de 2013, não patenteia alterações).

[187] José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, pp. 629-630.

[188] Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado* III, artigo 1252º, nº 1, p. 8 e artigo 1253º, nº 4, p. 10.

ou de outro direito real"[189]. Mas isso não implica que o detentor possa representá-lo em juízo: uma coisa é o exercício da posse por outrem, outra totalmente diferente é a intervenção em juízo nas acções possessórias. Só ao primeiro se refere a "representação" do possuidor pelo detentor e apenas nesse sentido é o detentor um "representante" do possuidor.

O nº 2 do artigo 1281º é muito claro ao determinar a legitimidade passiva do esbulhador ou do terceiro de má fé, o que se compreende: quem verdadeiramente prejudica a posse de outrem através dos seus actos, ainda que praticados por intermédio de outrem, é o novo possuidor e não um mero detentor a quem tenha entregado a *res*[190]. Parece-nos, pois, que a acção de restituição deve ser sempre intentada contra ele, até devido às questões indemnizatórias que se podem suscitar. E, como a evolução histórica demonstra cabalmente quanto aos terceiros que não esbulharam, o ponto fulcral da extensão da legitimidade passiva é o seu conhecimento do esbulho, não fazendo sentido que não fossem demandados.

O problema suscitado por uma mera detenção em nome do esbulhador ou de um terceiro consciente do esbulho é, basicamente, de cariz prático: quem tem o domínio material é o detentor (por um exemplo, alguém a quem a *res* foi dada em locação) e convém ao possuidor esbulhado uma restituição livre de pessoas ou bens. No fundo, o receio subjacente à teoria da legitimidade passiva do detentor é o de uma sentença condenatória proferida *inutiliter*, por não ser dirigida contra quem tem a faculdade de restituir a coisa[191].

O argumento não pode ser ignorado. Imagine-se a seguinte hipótese: a posse de uma casa de **A** é esbulhada por **B**; de seguida, **B** vende (e entrega) a casa a **C**, que tinha perfeito conhecimento do esbulho; posteriormente, **C** dá de arrendamento a *res* a **D**. À luz do nº 2 do artigo 1281º, **A** pode instaurar a acção de restituição da posse contra **B** e **C**. Mas, como o que se pretende primacialmente

[189] Cf. a noção de posse presente no artigo 1251º.

[190] Vd. Ugo Natoli, *Il Possesso*, p. 323.

[191] Cf., por todos, com referências jurisprudenciais, a exposição de Matteo Magri, *Azione di Reintegrazione*, p. 600, bem como os já citados trabalhos de Branca, *Legittimazione Passiva dello Spogliatore che ha Perduto il Possesso della Cosa*, e Cusatti, *Azioni di Spoglio e Legittimazione Passiva*.

é a restituição da casa ao possuidor esbulhado, surgiria um óbice – quem tem o domínio fáctico da *res* é **D**.

Pode atalhar-se, contudo, que uma decisão que ordene ao possuidor a restituição produz efeitos face ao detentor que possui em seu nome[192]. Na realidade, a detenção assenta, na melhor das hipóteses, numa relação de carácter obrigacional[193]. Se aquela é impedida, em virtude da sentença, o direito de crédito do detentor não deixa de existir nem é invalidado: a sua consistência jurídica mantém-se, apenas periclita a sua consistência prática (isto é, as condições de cumprimento pelo devedor). O detentor é, portanto, um terceiro juridicamente indiferente, que tem o dever de acatar o aresto[194].

Repare-se que a detenção depende da situação jurídica de quem a proporcionou e da sua possibilidade de disponibilizar a coisa. O detentor é um possuidor precário que está sujeito às vicissitudes da posse daquele em cujo nome possui (alínea c) do artigo 1253º), não tendo um interesse directo em relação ao objecto da causa (como o define o artigo 30º do Código de Processo Civil[195], a propósito da legitimidade das partes), ao contrário do autor ou do

[192] Neste sentido já se pronunciaram, aliás, várias decisões dos tribunais italianos: cf. Francesco Silvio Gentile, *Il Possesso*, p. 517 (que a pp. 511-512 endossa a solução, pois está em disputa a posse, ainda que exercida por intermédio de outrem, e não a simples detenção), e Matteo Magri, *Azione di Reintegrazione*, p. 602.

[193] Como nota Durval Ferreira, *Posse e Usucapião*, p. 347. Deixa-se de lado a velha polémica da natureza jurídica do direito do locatário, que exigiria desenvolvimentos não pertinentes nesta sede, até porque interessam, acima de tudo, as concretas soluções consagradas pela disciplina legal (por exemplo, os arts. 1032º e 1034º, adiante invocados).

[194] Os "terceiros juridicamente indiferentes" são os titulares de relações jurídicas afectadas pela sentença apenas na sua consistência prática (por exemplo, provocando uma menor solvabilidade do devedor), mas não na consistência jurídica, tendo o dever de acatamento da decisão. Já os "terceiros juridicamente interessados" consistem em titulares de um direito cuja consistência jurídica (existência, validade ou conteúdo) seria prejudicada pela sentença e, por isso, não têm de a acatar. Seguimos a lição de Manuel de Andrade, *Noções Fundamentais de Processo Civil*, com a colaboração de Antunes Varela, nova edição por Herculano Esteves, Coimbra 1993, reimpressão, pp. 312-313, ou Antunes Varela / Miguel Bezerra / Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição, Coimbra, 1985, pp. 726-727.

[195] Doravante CPC.

réu, que discutem a posse em nome próprio. Não há lugar, pois, ao litisconsórcio necessário, previsto no artigo 33º CPC e que permite suscitar os incidentes de intervenção principal espontânea (artigo 311º CPC) e de intervenção principal provocada (nº1 do artigo 316º/1 CPC)[196].

O simples detentor que possui em nome do esbulhador ou do terceiro de má fé tem, sim, um interesse jurídico (indirecto ou reflexo) em que a decisão do pleito seja favorável ao réu da acção de restituição[197] – o que permite suscitar o incidente de intervenção acessória previsto no artigo 326º CPC, relativo à assistência. Trata-se neste caso, e como se observou, de um interesse na "consistência prática ou económica" da relação jurídica em que se baseia a detenção (nº 2 do artigo 326º CPC), que fica em jogo se o possuidor for condenado a restituir a posse e, em consequência, não puder cumprir a obrigação de proporcionar o gozo da coisa.

Voltando ao nosso exemplo: **D** apenas pode intervir na causa como assistente de **C**, auxiliando-o na tentativa de evitar uma condenação, de molde a que a posse do último não se extinga e, com isso, continue a ser proporcionado ao arrendatário o gozo do imóvel (e salvaguardando-se assim a "consistência prática ou económica" do seu direito).

Em suma, a "consistência prática ou económica" do direito do detentor é afectada pela sentença que condena o esbulhador ou o terceiro de má fé à restituição, pois sem a posse poderá não conseguir cumprir a obrigação de proporcionar o gozo. Mas, ainda assim, o detentor tem de acatar decisão, sendo obrigado a respeitar a restituição da *res* ao possuidor esbulhado[198].

O elemento sistemático da interpretação apoia este resultado. A ilegitimidade do locador ou a deficiência do seu direito acarretam o não cumprimento do contrato de locação (artigo 1032º, *ex vi* nº

[196] Neste sentido, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Março de 1998 (Processo nº 0079192). Diferente será se o detentor tiver sido um cúmplice do esbulho, como alerta Ugo Natoli, *Il Possesso*, p. 324.

[197] Sobre o interesse jurídico indirecto ou reflexo, Antunes Varela / Miguel Bezerra / Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, pp. 135-136.

[198] Mesmo que não tenha intervindo como assistente na acção de restituição, pois, se o fez, a sentença já constitui caso julgado quanto a si por força do artigo 332º CPC.

1 do artigo 1034º) quando determinarem a privação, definitiva ou temporária, do gozo da coisa ou a diminuição dele por parte do locatário (nº 2 do artigo 1034º), mas não tornam a locação inexistente ou inválida; a consistência jurídica do direito do locatário não é beliscada. Além disso, mesmo a locação celebrada por quem tinha um direito ou poderes de administração para tal caduca quando eles cessem (alínea c) do artigo 1051º) – e não se compreenderia que ficasse em melhor situação de gozo da coisa aquele cuja detenção foi proporcionada por quem nunca foi titular de qualquer direito, como o esbulhador ou o terceiro de má fé vencidos[199].

Se durante a instância ocorrer uma "transmissão, por ato entre vivos, da coisa ou direito litigioso" (nº 1 do artigo 263º CPC), o nº 3 do mesmo preceito estabelece que "[a] sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, exceto no caso de a ação estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o registo da acção"[200]. Portanto, se até quando se verifica a transmissão da coisa a decisão judicial produz os seus efeitos em relação ao terceiro adquirente não presente em juízo, por maioria de razão assim é face a um mero possuidor em nome do réu, pois onde se admite o mais tem de se admitir o menos[201].

Esclareça-se, aliás, que o nº 2 do artigo 1281º tem como âmbito as situações em que a posse da coisa esbulhada é transmitida antes da instauração da acção de restituição ("[a] acção de restituição de posse pode ser intentada..."). Já se a transmissão se verificar no decurso da instância, é aplicável o mencionado artigo 263º CPC, que não permite ao transmissário a invocação do seu desconhecimento do esbulho. Consequentemente, a substituição processual do esbulhador pelo adquirente (nºs 1 e 2 do artigo 263º),

[199] Recorde-se que, segundo o artigo 1283º, é "havido como nunca perturbado ou esbulhado o que foi mantido na sua posse ou a ela foi restituído judicialmente".

[200] Trata-se de uma hipótese de eficácia do caso julgado perante terceiros expressamente consagrada na lei: cf., nomeadamente, Manuel de Andrade, *Noções Fundamentais de Processo Civil*, pp. 316-317, e Antunes Varela / Miguel Bezerra / Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, pp. 732-733.

[201] Sobre este argumento *a maiori ad minus* em que pode assentar a interpretação enunciativa da lei, vd., por exemplo, João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 2000, reimpressão, p. 187.

ou a produção dos efeitos da sentença em relação ao adquirente que não interveio no processo (nº 3), não são prejudicadas pela eventual boa fé daquele a quem a posse esbulhada foi transmitida[202].

O ónus da prova do esbulho e do conhecimento deste pelo terceiro compete ao autor da acção, pois trata-se de factos constitutivos do direito à restituição (artigo 342º/1 do Código Civil)[203].

Em jeito de uma brevíssima síntese conclusiva, aponta-se que a aceitação obtida pelo teor da Decretal "Saepe contingit" até aos dias de hoje constitui uma demonstração plena da base romano-canónica do direito actual e um exemplo de que o *Utrumque ius* ("ambos os direitos") medieval é ainda uma realidade que o molda[204].

Somos herdeiros da técnica (e não só) do direito romano, mas também da correcção e dos complementos canónicos que o acompanharam na formação do *ius commune* europeu. As raízes cristãs da nossa civilização surgem como que despercebidamente

[202] Neste sentido, por exemplo, referindo o art 111 do *Codice di Procedura Civile* (correspondente ao nosso artigo 263º CPC), as anotações concordantes com decisões da *Corte di Cassazione* por Francesco P. Luiso, presentes em Azione di Reintegrazione e Successione nel Diritto Controverso, *Giustizia Civile*, 1984, I, 1264 ss., e L'Efficacia della Sentenza che Accoglie la Domanda di Reintegrazione nel Possesso, *Giustizia Civile*, 2002, I, pp. 95 e ss., nº 4, (compulsado em http://www.judicium.it/old_site/archivio/pluiso1.html: "in tal caso, proprio l'art. 111 c.p.c. – ed a fortiori l'art. 2909 c.c. – imponga di sostituire all'elemento «conoscenza dell'avvenuto spoglio» l'elemento «acquisizione del possesso in corso di causa»"); Matteo Magri, *Azione di Reintegrazione*, p. 602; Francesco Caringella / Francesca Della Valle / Sandra Della Valle, artigo 1169, p. 1147; Cesare Ruperto, *La Giurisprudenza sul Codice Civile. Coordinata con la Dottrina*, LibroIII – Della Proprietà, Milão, 2011, comentário de Lorenzo Delli Priscoli ao artigo 1169, nº 4, p. 325; Giuseppe Cassano, *Proprietà e Diritti Reali. Questioni Pratiche-operative, Profili Processuali e di Mediazione, Sistemi di Tutela e Profili Risarcitori*, I, Pádua, 2001, p. 2551.

[203] Assim (e com arrimo na jurisprudência da *Corte di Cassazione*), Giuseppe Cassano, *Proprietà e Diritti Reali*, p. 2551. Sobre a susceptibilidade de prova de factos da vida psíquica, como o conhecimento de dadas circunstâncias, remete-se, *e.g.*, para Manuel de Andrade, *Noções Fundamentais de Processo Civil*, p. 194.

[204] Cf., por exemplo, Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, pp. 277 ss., Ruy de Albuquerque /Martim Albuquerque, *História do Direito Português*, pp. 152 ss., e E. J. H. Schrage, *Utrumque Ius. Über das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit in Vergangenheit und Zukunft*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 39, 1992, pp. 383 ss..

porque o fazem naturalmente. Não obstante a profunda crise relativista e auto-destrutiva que assola o mundo ocidental contemporâneo, até um tema aparentemente tão técnico como a legimitimidade passiva numa acção de restituição da posse é reflexo de que – por muito que alguns não queiram – aquelas raízes espirituais são aquilo para que nos voltamos quando se precisa de soluções justas e verdadeiramente pacificadoras.

O que procuram, hoje, normas como o §858,2 BGB, o artigo 1169 do *Codice Civile* e o nº 2 do artigo 1281º do Código Civil português, senão aquilo que o IV Concílio de Latrão, impulsionado por Inocêncio III, identificava como a salvação das almas[205]?

[205] Concluindo que o terceiro de má fé é como que um cúmplice do esbulho, também Ludovico Barassi, *Diritti Reali e Possesso*, II – *Il Possesso*, Milão, 1952, pp. 315-317, questiona retoricamente: "la consapevolenzza non coloca lo sfrutratore sul medesimo piano morale dello spoglio?".

IL SECOLO DEL *THEODOSIANUS*. RIFLESSIONI SU MATERIALI E METODO DI STUDIO

ELIO DOVERE
Università degli Studi di Napoli Parthenope

Sommario

L'autore lamenta l'assenza di studi generali sul diritto del sec. V. In questa prospettiva, egli sottolinea l'utilità dello studio degli *Acta* dei concili ecumenici e delle opere degli storici della chiesa; in particolare, grazie ad alcune significative esemplificazioni, egli evidenzia la necessità dell'esame accurato dei rapporti *ecclesia-imperium* nel secolo precedente Giustiniano.

Parole chiave

Secolo V – ordinamento giuridico – Codice Teodosiano – *Acta Conciliorum Oecumenicorum* – storia ecclesiastica – Credo cattolico

Abstract

The author reports the absence of general studies on V century law. In this perspective, he underlines the benefit of the study of ecumenical councils *Acta* and the works of the Church historians. In particular, thanks to some significant examples, he highlights the importance of an accurate examination of *ecclesia-imperium* relations in the previous Justinian's century.

Keywords

V century – Legal System – Theodosian Code – *Acta Conciliorum Oecumenicorum* – Ecclesiastical History – Catholic Creed

1. Queste pagine vogliono essere un momento di riflessione propositiva, un modo ragionato di addensare precisi spunti di ricerca intorno a un tema ben individuato.

Si tratta di uno sforzo vòlto a oggettivare, benché forse in maniera alquanto clastica ma con dati non incerti e comunque riscontrabili, più di un interrogativo all'origine di una personale esperienza ultratrentennale di indagine centrata su un esteso tratto temporale del Tardoantico: il V secolo. Un periodo di lunga durata, questo, che nell'indagine storico-giuridica generale rimane tuttora ancora alquanto negletto nonostante l'allargarsi "a macchia d'olio" delle iniziative scientifiche che, non sempre con eguale spessore –

dunque con risult spesso infruttuosamente ondivaghi[1] –, proprio al mondo tardoromano, e oggi in specie a quello d'Occidente, volgono interessi ripetuti e larghi mezzi[2].

In verità, dovrebbe essere davvero intenso l'imbarazzo di chi, notando la quasi febbrile attività di indagine che negli ultimi decenni è stata profusa sui più disparati problemi relativi alla realtà mediterranea dei due secoli successivi al principato dioclezianeo[3], volesse fermare la propria attenzione, appunto, sullo spazio ancora oggi scientificamente riservato al V secolo e al suo *ius* in una prospettiva per così dire "integrale". A dispetto di non pochi contributi parziali[4] – solo alcuni, tuttavia, apprezzabili per un impiego utilmente ricostruttivo della riflessione sugli eventi dei cent'anni pregiustinianei[5] –, la rappresentazione del diritto (e non solo) di tale epoca rimane assolutamente deficitaria[6]. Il *ius* storicamente rintracciabile dell'arco di anni a partire dal principato di Arcadio e Onorio e fino a quello di Anastasio I e al *regnum* italico

[1] Ho messo assieme qualche minima osservazione sull'implementato ma "azzardoso" interesse scientifico attuale degli studiosi di diritto romano per il mondo tardoantico; vd. *Prefazione* a F. Pergami, *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2014, IX s. Qui, per le ragioni da cui questo scritto è motivato, riduco all'essenziale il rinvio alla bibliografia specialistica, del resto ben nota ai ricercatori.

[2] È encomiabile, per esempio, non solo la più che quarantennale attività dell'Accademia Romanistica Costantiniana, ma anche il variegato impegno che l'Università bolognese sta profondendo ora sul tema di "Ravenna-capitale" e sui problemi di diritto a esso collegati: vicini sono i convegni su rilevanti questioni processuali riguardanti l'Occidente (ottobre 2014) e su alcuni problemi giuridici, occidentali, relativi all'uso della terra in età tarda (ottobre 2015).

[3] Io sono fra coloro che, sulla linea di stretto interesse giuridico, proprio non riescono ad abbassare la soglia del Tardoantico più indietro della Tetrarchia (vd. invece L. De Giovanni, *Diritto e storia. La tarda antichità*, Napoli, 2015); nell'ambito della vera e propria fioritura prodottasi sul periodo fino al sec. VII vd. ora, importante ma ancora solo per l'Occidente, P. Brown, *The Ranson of the Soul: Afterlife and Wealth in Early Western Christianity*, Harvard, 2015.

[4] Per es. A. S. Scarcella, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997.

[5] Vd. la miscellanea *Governare e riformare l'impero al momento della sua divisione: Oriente, Occidente, Illirico*. Atti dell'omonimo *convegno Roma 2011*, curr. U. Roberto-L. Mecella, ivi 2015 (= http://books.openedition,org/efr/2788).

[6] È importante, già solo per la scelta del materiale indagato riguardante Occidente e Oriente assieme, S. Pietrini, *Religio e Ius Romanum nell'epistolario di Leone Magno*, Milano, 2002.

di Teoderico continua ad attendere, non dico già un tentativo di sintesi ben articolata e precisa (comunque prima o poi finalmente auspicabile[7]), ma almeno più d'una vera linea di studio diretta a percorrere l'intero secolo: tanti, diversi e ampi tracciati, magari, tutti indirizzati a lumeggiare le varie facce del diritto teodosiano e di quello a esso successivo, come sappiamo in gran parte prodotto in Oriente, nell'intento di non consentire, ovviamente nei limiti della disponibilità e dell'attendibilità delle fonti, la permanenza di ombre troppo scure sull'ordinamento immediatamente precedente al grande riordino giustinianeo[8].

Constatare il protrarsi esteso di ben poca luce su segmenti importanti del sistema giuridico dei Romani e, non meno rilevante, sulla connessa pratica di governo, anche e soprattutto per quella parte dell'impero da sempre grecoloquente e, tutto sommato, sostanzialmente alquanto "tranquilla" nel V secolo perché davvero poco pressata dal problema barbarico[9], dovrebbe suscitare una vera e propria inquietudine nello storiografo-giurista. E questo specialmente in colui che, com'è giusto che sia, si dedica alla ricerca seria non solo delle differenze col presente di ciò che è stato ma, cercando di individuare gli elementi di continuità col passato, intende porsi pure all'esplorazione delle proprie radici: quelle possibili relazioni che tengono fortemente avvinto il nostro

[7] Un comodo strumento, intenzionalmente rivolto alla sola realtà non orientale, è O. Licandro, *L'Occidente senza imperatori. Vicende politiche e costituzionali nell'ultimo secolo dell'impero romano d'Occidente 455-565 d.C.*, Roma, 2012; vd. *infra* nt. 9, e *adde Derecho, Cultura y Sociedad en la Antigüedad Tardía*, cur. E. Osaba García, Bilbao, 2015.

[8] Più che apprezzabile per i risultati conseguiti e per la prospettiva prescelta è il bel volume *Civitas, Iura, Arma. Organizzazioni militari, istituzioni giuridiche e strutture sociali alle origini dell'Europa (secc. III-VIII)*. Atti Seminario Cagliari, 2012, curr. F. Botta-L. Loschiavo, Lecce, 2015; lavori giuridicamente interessanti sono in *New Perspectives on Late Antiquity in the Eastern Roman Empire*, curr. A. de Francisco-D. Hernández de la Fuente-S. Torres Prieto, Newcastle upon Tyne, 2014, cui *adde* A. Laniado, *Ethnos et droit dans le monde protobyzantin, V-VI siècle: fédérés, paysans et provinciaux à la lumière d'une scholie juridique de l'époque de Justinien*, Genève, 2014.

[9] Per l'Occidente si vd. ora O. Licandro, *L'irruzione del legislatore romano-germanico. Legge, consuetudine e giuristi nella crisi dell'Occidente imperiale (V-VI sec. d. C.)*, Napoli 2015.

"oggi giuridico" con le esperienze già completamente conchiuse e culturalmente acquisite.

E dunque, dall'angolo visuale del ricercatore che tiene storicamente d'occhio sia certe masse di materiale giuridico, e pensa al loro esatto contribuire alla formazione dell'ordinamento, sia i sottostanti fenomeni economici e socio-culturali, è senz'altro vero che gran parte della realtà pregiustinianea – o, a seconda della prospettiva, di quella teodosiana e post-teodosiana – rimane oggi fortemente disattesa. Di essa appaiono sottaciuti aspetti decisamente non secondari, spesso percepibili solo grazie a fonti "atecniche", almeno di solito concettualmente escluse *a priori*: veri e propri passaggi culturali rimangono di fatto ignorati, benché di certo essi siano strutturalmente essenziali per la definizione del sistema giuridico mediterraneo dell'epoca. Essi dovrebbero essere adeguatamente esplorati dal giusromanista che, fra gli studiosi dell'antichità, è il solo a possedere strumenti idonei a collocare nel preciso contesto storico-ordinamentale ogni materiale documentario ancora oggi fruibile, a "sistemarlo" cioè, sull'onda degli interrogativi più appropriati, adeguatamente traendolo fuori dalla sua storia particolare.

Per restare nell'arco temporale prescelto e non offrire che qualche esemplificazione, ma più che significativa come ben sanno molti specialisti del Tardoantico (e peraltro già ampiamente verificata da chi scrive nelle indagini svolte negli ultimi sei lustri), si pensi anzitutto, e con qualche attenzione, agli Atti dei primi concìli ecumenici e alle referenze giuridiche in essi reperibili.

L'estrema utilità di queste collezioni appare tranquillamente sperimentabile da parte dell'esegeta storico e giurista grazie all'agevole disponibilità, ormai da tempo, non più di invecchiati e per più versi obsoleti florilegi[10] – cui, tuttavia, ancora esclusivamente ci si rivolge finanche in parecchi – ma dell'affidabile edizione critica degli *Acta Conciliorum Oecumenicorum* meritoriamente

[10] Cfr. J. D. Mansi, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, Florentiae dal 1759 vari voll. Si serve ancora del solo Mansi finanche la recentissima utile raccolta *Latin imperial laws and letters (A.D. 306-565) not included in the Codes and Novels of Theodosius and Iustinianus*, cur. I. G. Maier, Melbourne, 2010-12 (rev.6): http://members.iinet.net.au/-igmaier/extracod.pdf.

avviata giusto cent'anni fa da Eduard Schwartz[11]. Andando ben oltre un generico collegamento tra regolamentazione canonica e taluni contenuti del tardo diritto romano – rapporto da più parti in qualche caso evidenziato, ma superficialmente indagato e raramente approfondito –, il serbatoio informativo rappresentato da tali documenti, mano a mano che la ricerca tende a emanciparsi da alcune poco condivisibili preclusioni metodologiche, si rivela vieppiù giovevole. E questo vuoi ponendo a confronto le decisioni dei Padri conciliari con i progetti di governo delle cancellerie imperiali (nella direzione che episodicamente è stata indicata da certa ottima giusromanistica[12]), vuoi, e secondo il mio parere soprattutto, per la possibilità di rintracciare un vero e proprio giacimento legislativo, in gran parte funzionalmente ancora inesplorato, proprio all'interno degli *Acta Conciliorum*[13].

Se è senz'altro vero che l'esame dei testi conciliari, in specie l'indagine su quella parte contenente i verbali di quanto dibattuto durante le sessioni dei sinodi spesso con l'ingombrante presenza del principe e dei suoi uomini, non può che farci apprezzare la gratificante verifica di certe relazioni per qualche verso osmotiche tra i disegni normativi civili e le conclusioni disciplinari canoniche – è il caso, a metà del V secolo, assai bene testimoniato dalle carte del concilio calcedonese[14] –, è altrettanto vero come la lettura di tutti gli *Acta*, ovvero anche dei numerosi testi preliminari come pure delle relative non modeste appendici, consenta di cogliere, in contemporanea, preziose informazioni tecnicamente giusromanistiche. I verbali dei sinodi, sia nell'originale stesura

[11] Cfr. *Acta Conciliorum Oecumenicorum*, ed. Ed. Schwartz (contin. J. Straub), Berolini-Lipsiae dal 1914 in più voll. e tomi; vd. ora *Crux interpretum. Ein kritischer Ruuckblick auf das Werk von Eduard Schwartz*, curr. U. Heil- A. von Stockhausen, Berlin-Boston, 2015 (e ivi spec. i contributi di E. Mühlenberg e H. Drecoll).

[12] Vd. G. Barone Adesi, *Monachesimo ortodosso d'Oriente e diritto romano nel tardo antico*, Milano, 1990.

[13] Per es., vd. i risultati che sono nel mio *Ius principale e catholica lex (secolo V)*, Napoli, 1999², spec. 286 ss.

[14] Vd. Barone Adesi, *Monachesimo* cit. 325 ss.; prima vd. L. Ueding, *Die Kanones von Chalkedon in ihrer Bedeutung für Mönchtum und Klerus*, in *Das Konzil von Chalkedon. Geschichte und Gegenwart* 2. *Entscheidung um Chalkedon*, curr. A. Grillmeier-H. Bacht, Würzburg 1979⁵, 569 ss.

in lingua greca sia nella successiva e parziale *latina versio*, sono referenti di numerosi dettati legislativi trascritti in quella che presumiamo essere stata la loro redazione originale: gli ecclesiastici raccoglitori protobizantini degli *Acta*, per avere in uno con i *verba* dei Padri conciliari molte delle contemporanee cogenti disposizioni imperiali di marca religiosa, avrebbero infatti messo assieme non poche *constitutiones* – o, comunque, altri documenti più o meno ufficiali come, per esempio, ordini di servizio, petizioni, relazioni, *epistulae*, discorsi[15] –, così fortunosamente pervenuteci e, in più di un caso, altrimenti sconosciute[16].

Queste leggi, alcune entrate non molti decenni apresso a far parte del *Codex repetitae praelectionis* con una veste estremamente ridotta (in qualche caso, per così dire, pressoché massimata[17]), conservano là le loro ampie motivazioni di fondo; esse trasmettono, oltre il dispositivo a noi giunto aliunde, sia la specifica occasione normativa sia, di frequente, le articolate ragioni politiche alla base delle scelte imperatorie. In qualche occorrenza, grazie alla provvida accuratezza dei compilatori ecclesiastici appunto motivata dall'opportunità di avere assieme ai *canones* pure certi "omogenei" interventi civili ufficiali, nelle raccolte conciliari è possibile rinvenire persino alcune *leges* a noi ignote per altre vie[18]. Tutte queste fonti, naturalmente, si rivelano più che utili per ricostruire con qualche soddisfazione i percorsi seguiti nel tempo dalle cancellerie, ovvero per riannodare quelle trame della politica di governo che, viceversa, talora appaiono smagliate, finanche

[15] È apprezzabile, per es., la massa di materiale ufficiale preconciliare che è negli Atti efesini; vd. comodamente *Ephèse et Chalcédoine. Actes des conciles*, tr. A. J. Festugière, Paris 1982, 27 ss.

[16] Cfr. per es. il testo che è in ACO 2, 1, 3 n. 25 (122-124 [481-483]); *adde* ACO 2, 3, 2 n. 108 (90-93 [349-352]); vd. E. Dovere, *Dissenso eutichiano e leggi repressive: aa. 452 e 455*, ora in Id., Medicina legum III. *Credo di Calcedonia e legislazione d'urgenza*, Bari, 2013, n. 7.

[17] Vd. G. G. Archi, *Sulla cosiddetta 'massimazione' delle costituzioni imperiali*, da ultimo in Id., *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano. Teodosio II e Giustiniano*, Cagliari, 1990², 101 ss.

[18] Significativo è un provvedimento di Teodosio II, emanato nel 449 e cancellato tre anni appresso per ragioni politico-religiose; esso è presente solo negli Atti calcedonesi: cfr. ACO 2, 3, 2, 88-89 (347 s.). Vd. il mio *Legislazione e sinodo ecumenico a metà del V secolo*, ora in Id., Medicina legum III cit. n. 5.

impalpabili, di sicuro lontane dall'apparire sezioni di un tessuto organico grazie solo alla lettura degli stringati, benché numerosi, provvedimenti raccolti e organizzati nel Codice del VI secolo.

Credo che si possa dire altrettanto, così come per gli *Acta* degli antichi concìli ecumenici, anche per la storiografia ecclesiastica e per i dati da essa traibili[19]. A dispetto dell'impegno da qualcuno profuso, e non solo di recente, nel mostrare l'estrema utilità per la ricerca giusromanistica delle risultanze di questo genere letterario specificamente tardoantico, esse continuano a rimanere generalmente misconosciute nell'ambito degli studi storico-giuridici salvo che essere impiegate, *more solito*, come occasionale ma solo residuale deposito cui attingere notizie curiose, se non anche soltanto sapide spigolature[20].

I *libri* degli storici della chiesa vissuti nei secoli dal IV al VI, per più di una ragione riboccanti di dati provenienti dall'esperienza giuridica, se letti con cura e sistematicità possono trasmettere al ricercatore qualcosa di diverso rispetto ai semplici, sebbene importanti, testi ufficiali presenti negli Atti dei primi sinodi ecumenici. Se non è affatto difficile verificare la quantità delle informazioni dal taglio giuridico reperibili nelle pagine delle *Historiae ecclesiasticae* (alcune notizie, peraltro, confrontabili con quelle a noi diversamente giunte), è del pari agevole constatare pure, e in via prodromica, la singolare qualità di molte tra queste opere, e dunque il pregio di ciò che esse trasmettono in una generale prospettiva di ricostruzione storico-giuridica.

Quasi sempre si tratta di Storie, oggi per fortuna fruibili in edizioni critiche davvero impeccabili[21] – anche se in tanti, purtroppo, continuano a insistere esclusivamente sulla vecchia

[19] Vd. ora *L'historiographie tardo-antique et la transmission des savoirs*, H. Car Ph. Blaudeau (cur.), Berlin 2015; *adde Antiquité tardive-Late Antiquity-Spätantike-Tarda Antichità* 22. *L'Orient chrétien de Constantin et d'Eusèbe de Césarée*, Turnhout, 2014.

[20] Con un minimo rilievo giuspubblicistico vd. A. Mastrocinque, "Due note elleniche II. L'imperatore Marciano e l'ombra dell'aquila", in *AIV* 138 (1979-80) 557 ss., su Evagr. *Hist. eccl.* 2, 1: Bidez-Parmentier 37, 33-38, 1-7.

[21] Basterebbe ricordare l'intensa attività svolta, per la Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, dal compianto Günther Christian Hansen sulle *Historiae* di Sozomeno (1960), Teodoro Anagnoste (1995²), Socrate Scolastico (1995), Teodoreto di Cirro (1998³), Gelasio di Cizico (2002).

collectio di Jacques-Paul Migne –, connotate da un'estrema serietà scientifica. E l'antica correttezza metodologica non solo si percepisce da parte dell'esegeta dotato di una particolare paziente acribia, talora essa risulta persino esplicitata con viva voce dai singoli autori ed elevata a preciso e riscontrabile codice narrativo[22]. Tale consapevole impostazione avrebbe riguardato non soltanto l'opzione preliminare concernente il pubblico prescelto come destinatario delle proprie pagine, ma anche un più ampio ventaglio di scelte, a iniziare dallo stesso filone letterario in cui inserire la *narratio* e fino alla cosciente selezione dello stile cui uniformare l'intero lavoro; tutto ciò, d'altronde, con indirizzo "modernamente" assai apprezzabile da parte di noi interpreti, scegliendo cioè di effettuare una rigida cernita del materiale documentario da mettere a contributo, incluso quello relativo ai temi giuridici preziosissimo per i giusromanisti[23].

Peraltro, questi autori tardi non ci appaiono solo come semplici relatori degli affari ecclesiastici e civili degli anni di Costantino, dei suoi successori e, essenziali per il nostro contesto, di molti dei prìncipi del V secolo. Essi, in maniera inequivoca, in qualche caso portano con sé pure la propria esperienza di coevi operatori di diritto – storiografi, infatti, ma in contemporanea talora pure avvocati –, trasfondendola tutta nell'impegno letterario: trascelgono con accuratezza per la narrazione, per esempio, taluni fatti dall'oggettivo spessore giuridico e offrono, senza risparmio, osservazioni e considerazioni giuridicamente rilevanti[24]. Ermia Sozomeno, Socrate di Costantinopoli, Zaccaria di Mitilene, Evagrio di Epifania, tutti referenti per il secolo del Teodosiano (per quanto operanti in periodi tra loro anche assai distanti[25]) e tutti *scholastikoí*, in quanto tali non potevano che essere vicini alla realtà culturale di coloro che col diritto vigente dovevano in qualche modo regolare

[22] Cfr., per es., Socr. *Hist. eccl.* 1, 1, 3 e 2, 1, 5 s.: Hansen 1, 10-14 e 92, 19-27.

[23] Di rilievo cfr. Sozom. *Hist. eccl.* 1, 1: PG 67, 854 ss.

[24] In merito a CI. 1, 1, 3 cfr. per es. Evagr. *Hist. eccl.* 1, 12: Bidez-Parmentier 20, 20 ss.

[25] Evagrio è l'unico di costoro che, benché accurato narratore per il V secolo, avrebbe scritto in epoca largamente postgiustinianea; vd. A. Jülicher, *s. v.* "Euagrios (Scholaticus) 7", in *PWRE* 6, 1 (1907) 833; A. de Halleux, *s. v.* "Évagre le Scolastique", in *Dict. hist. géogr. eccl.* 16 suppl. (1967) 1495-98.

quotidianamente i conti. Basti soltanto pensare a quanto i *libri* di Sozomeno riescono a rivelarci dell'impegno occorso allo scrittore per vagliare la documentazione a sua disposizione[26]: un'attività idonea a mettere a frutto sia le diverse capacità "professionali" dell'autore sia, e non per ultimo, il suo "pragmatismo di giurista nella ricostruzione storica"[27].

Come sfondo di tutto ciò non può non esservi la riflessione sui non secondari spunti contenuti nelle *Historiae ecclesiasticae* che oggi rimandano, quasi naturalmente, alle relazioni intessute fra i rispettivi autori e i membri della classe di cultura allora egemone. Sono gli stessi storiografi, di frequente, a rivelare in forme più o meno palesi quanto essi fossero intimamente partecipi delle esperienze del contemporaneo apparato burocratico o della parallela gerarchia della *ecclesia*[28]; una partecipazione sperimentata coi livelli più alti di entrambe le realtà istituzionali, e proprio per questo foriera di informazioni di prima mano e, dal nostro punto di vista, estremamente qualificate sul piano della restituzione dell'ampio *background* culturale dell'epoca e, in tale contesto, di tratti non irrilevanti delle ragioni delle scelte di governo e del modificarsi del "sistema" giuridico tardoantico[29].

E perciò, con esplicito riferimento ai decenni del V secolo, molto sfaccettati sotto l'angolo visuale delle esperienze culturali e ordinamentali, solo prescindendo da aprioristiche, convenzionali o, peggio, svogliate o dilettantesche delimitazioni documentarie, quella sorta di condizione separata in cui per più motivi versa tuttora lo studio storico del diritto pubblico e privato immediatamente pregiustinianeo potrebbe trovare un arricchimento tale da consentire il coinvolgimento positivo di nuovi e mai troppo numerosi apporti testuali e assieme, ma in una luce ovviamente diversa, delle ordinarie fonti giuridiche. I possibili

[26] Cfr. Sozom. *Hist. eccl.* 1, 1: PG 67, 862B.

[27] M. Mazza, "Lo storico, la fede ed il principe. Sulla teoria della storiografia ecclesiastica in Socrate e Sozomeno", infine in Id., *Le maschere del potere. Cultura e politica nella tarda antichità*, Napoli, 1986, 255 ss., qui 311 e 317.

[28] Evagrio, per es., che fu *quaestor* ed *ex praefectis*, fu anche avvocato di Gregorio, vescovo di Antiochia, in una non chiara vicenda giudiziaria: Evagr. *Hist. eccl.* 6, 24: Bidez-Parmentier 240, 29-33.

[29] Cfr. Socr. *Hist. eccl.* 2, 1, 5: Hansen 92, 19-27.

e rinnovati osservatòri suggeriti al giusromanista da opzioni metodologiche e documentarie "altre" da quelle strettamente tradizionali – diverse, giusto per esempio, da quelle uggiosamente distratte rispetto alla larga produzione legislativa della seconda metà del V secolo (si pensi, per esempio, alla costante indifferenza per l'abbondante ma sostanzialmente trascurata legislazione anastasiana) – potrebbero offrire il destro per lumeggiare i non pochi segmenti ancora davvero bui del "tardissimo" ordinamento giuridico dei Romani: di quel lungo momento, cioè, in cui esso con difficoltà continuava parzialmente a regolare, in Occidente, una realtà socio-antropologica e istituzionale che non sarebbe mai più stata solo romana e che al contempo, in Oriente, in una situazione di minore turbamento politico, si avviava a strutturare i prodromi del medioevo bizantino.

Non è pensabile che numerosi e corposi spunti ricostruttivi pur presenti nelle fonti, sia in quelle tecnicamente giuridiche sia nelle altre, letterarie, per esempio, ed ecclesiastiche, continuino a permanere infruttuosi sul terreno, consentendo il persistere di una nutrita serie di vuoti profondi e, ma solo da parte di qualcuno, di pressanti interrogativi.

Nel tanto che rimane da fare all'interno delle indagini sul Tardoantico, senza alcun dubbio lo storico del diritto ha il dovere di offrire la propria capacità di scavare nei vari risvolti del molto materiale normativo ordinatamente disponibile. Egli, però, ha anche l'obbligo di non sottrarsi alla lettura, resa poi accessibile pure agli altri specialisti, di ogni diversa referenza giuridica che riesca a individuare altrove: negli Atti dei concìli, nelle pagine degli antichi storici-ecclesiastici oppure, perché no, nella produzione letteraria (*epistulae*, sermoni, allocuzioni) delle tante personalità che con le corti costantinopolitana e ravennate ebbero contatti particolarmente intensi nei tormentati anni del V secolo. Insomma, solo l'esegesi dei più diversi testi effettuata dal giusromanista, e la conseguente ricostruzione storiografica, possono consentire un'adeguata esplorazione di taluni aspetti della realtà tarda tuttora considerati alla stregua di veri e propri territori di frontiera, perciò parzialmente ancora inesplorati.

Questi aspetti, spesso ritenuti estranei, almeno di solito, alle prospettive di fondo sia della storia del diritto, sia della storia

politica ed economica, sia, ancora, della storia della chiesa – a volte soltanto per pigrizia culturale oppure, ma tristemente, per conformismo disciplinare –, costituiscono invece l'oggetto concreto di un reale *mélange* di interessi. L'attenzione per essi non è altro che la manifestazione tangibile di come obiettivi interdisciplinari, perseguiti con una metodologia di fatto parimenti interdisciplinare, possano diventare la migliore chiave di lettura per la conoscenza più intensa e credibile dell'evo tardoantico. Un tempo, questo, e massime il V secolo con le sue accelerazioni ordinamentali, le addensazioni istituzionali, le destrutturazioni sociali e politiche – penso, qui, alla novità (di fatto sofferta) della realizzazione del Codice Teodosiano, all'affermarsi della primazia papale e dell'*auctoritas* dei concìli ecumenici[30], alla "contaminante" sistemazione dei Goti nel mondo italico – non proprio radicalmente estraneo al nostro presente: entrambi estremamente complessi eppure, bisogna riconoscere, fortemente esuberanti di lieviti di cambiamento.

2. Per andare al cuore della storia giuridica del V secolo appare assolutamente imprescinbile, e perciò non più rinviabile come fino a oggi, salvo che in poche occasioni[31], invece si è fatto, occuparsi del Codice Teodosiano e della sua funzione sistemica[32]. Occorre,

[30] Su questi due ultimi temi la letteratura è sterminata; vd., in coda a una lunga teoria di studi (basti ricordare i lavori di Sieben o quelli di Maccarrone), W. Klausnitzer, *Der Primat des Bischofs von Rom. Entwicklung-Dogma-Ökumenische Zukunft*, Freiburg, 2010; D. Salachas, "I criteri circa l'ecumenicità di un concilio nella prassi dei primi secoli", in *Iura Orientalia* 9 (2013), 180 ss.

[31] Vd. il "pionieristico" G. G. Archi, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976, massime 96 ss.; poi P. Cerami, in Id.- G. Purpura, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007, 331 ss. (ma pure 251 ss. e 334 s.), e già prima (seguito da G. Mancuso, *Profilo pubblicistico del diritto romano*, Catania, 2003, 136 s.) Id., *Potere e ordinamento nella esperienza romana*, Torino, 1996³, 212. *Adde* J. F. Matthews, *Laying Down the Law. A Study of the Theodosian Code*, New Haven-London, 2000 (con bibl.); con talune idee non proprio condivisibili vd. A. J. B. Sirks, *The Theodosian Code. A Study*, Friedrichsdorf, 2007. Spunti interessanti sono ora in più d'un contributo (Atzeri, Baldus, Falcone, Miglietta) presente nei *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 28 (2015), *En memoria de José María Coma Fort*.

[32] Vd. E. Dovere, "Sistema delle fonti e legge-Codice: il *Codex Theodosianus*", in *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, coord. F. Reinoso-Barbero, Madrid, 2014, 149 ss. (= in Koινωνια 37 [2013] 23 ss.).

cioè, per una volta trascurando i contenuti minuti di questi sedici *libri legum*, senz'altro guardare al ruolo stabilizzatore da esso rappresentato in un contesto ordinamentale costituitosi, per tradizione solida e antichissima, alluvionalmente.

Basta solo che si rifletta, giusto per esempio, sulla fama ancora goduta negli anni di Teodosio II, e bene al di fuori dell'ambiente degli operatori di diritto, non solo com'è noto dai grandi *prudentes* del secolo severiano – quelli pragmaticamente menzionati con Gaio nella legge in CTh. 1, 4, 3 e divenuti ancoraggio nell'attività dei tribunali[33] –, ma persino dal giurista dioclezianeo Ermogeniano, oggi generalmente ritenuto un autore minore, rispetto a tanti celebri predecessori, nell'ampia e sofisticata parabola della romana *scientia iuris*[34]: è il caso della testimonianza lasciataci dal poeta cristiano Celio Sedulio[35], probabilmente operante nella prima metà del V secolo[36]. Il tardo ma preciso ricordo delle speciali qualità scientifiche di questo "divulgatore giuridico" (*doctissimus iurislator Hermogenianus*), uomo che negli anni suoi era stato organico all'apparato burocratico e autore sia d'una raccolta di *responsa* imperatòri, sia di un singolare compendio giurisprudenziale forse redatto ad uso interno dell'amministrazione[37], fa oggi intuire perfettamente, anche ai non specialisti, quale fosse l'entità e la varietà dell'accumulo dei materiali di diritto fisiologicamente pervenuti ai Romani, nel Tardoantico, anche da epoche lontanissime. La Parafrasi gaiana di Autun, come

[33] In bibliografia vd. solo A. C. Fernández Cano, *La llamada "ley de Citas" en su contexto histórico*, Madrid, 2000 (ora vd. M. U. Sperandio, *"Gai scripta universa. Note su Gaio e la 'legge delle citazioni'"*, in *SDHI* 79 [2013] 153 ss.).

[34] Ma vd. F. Wieacker, "Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien" (235-284 apr. J.-C.), in *RD* 49 (1971) 201 ss., spec. 223.

[35] Cfr. *Pasch. op.*, *2 ep. ad Macedonium*: Hümer 172, 8-13 (= PL 19, 547B): [...] *cognoscant Hermogenianum, doctissimum iurislatorem, tres editiones sui operis confecisse, cognoscant peritissimum divinae legis Origenem, tribus nihilominus editionibus prope cuncta quae disseruit aptavisse.*

[36] L'opera di Sedulio risale a prima del 431; così C. Moreschini-E. Norelli, *Storia della letteratura cristiana antica greca e latina* 2, 2, Brescia, 1996, 646 (ma vd. M. von Albrecht, *Storia della letteratura latina* 3, tr. A. Setaioli, Torino 1996, 1374). Ora vd. R. Mori, *Sedulio: tra prosa e poesia*, Padova, 2013.

[37] Vd. il mio *Gli orizzonti dei* libri iuris *ermogenianei*, in *Römische Jurisprudenz-Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift Liebs*, cur. K. Muscheler, Berlin, 2011, 187 ss.

sappiamo bene, la cosiddetta *Epitome Ulpiani*, le *Pauli Sententiae*, la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, l'antologia dei *Fragmenta Vaticana*, con tanto tanto altro diritto sia autoritativo sia d'autore dei secoli precedenti, costituivano una parte della massa abnorme e disordinata, peraltro non sempre tutta e dovunque recuperabile, cui attingere – assieme ai molti materiali sovrani fruibili, laddove possibile, grazie ai servizi offerti dalle cancellerie e dagli archivi pubblici – per la pratica quotidiana del diritto da parte dei *cives*, ma anche per l'esercizio della didattica giuridica, lo svolgimento dell'attività forense, la costruzione della politica legislativa, la gestione di governo della cosa pubblica e, *a latere* di quest'ultima, l'amministrazione difficoltosa della giustizia[38].

Ebbene, l'impiego universale del Teodosiano a partire dal gennaio del 439[39] – davvero l'espressione politica pressoché compiuta di una mentalità irreversibilmente legalistica[40] – avrebbe completamente stravolto questo modo tardo di pensare al "sistema" del diritto come a un composto negativamente vastissimo, a dir poco complesso, assolutamente disomogeneo, più che spesso caliginoso[41].

La caparbia e operativamente consapevole progettazione del *Codex*, la sua altalenante gestazione compositiva (in qualche modo avviatasi, nei fatti, già nel lontano 426 con quella singolare consolidazione rappresentata dalla cosiddetta legge delle citazioni) e il senso politico a esso ufficialmente attribuito, con intenzione

[38] Insiste sulla *confusio* regnante nei tribunali L. De Giovanni, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2010 (rist. Pbk), 333 ss.; Id., *Il "problema giustizia" nel Tardoantico*, in *Istituzioni, carismi ed esercizio del potere (IV-VI secolo d. C.)*. Atti Convegno Perugia 2008, curr. G. Bonamente-R. Lizzi Testa, Bari, 2010, 171 ss.; Id., *Gli imperatori e la "giustizia"*, in *Società e diritto nella tarda antichità*, cur. Id., Napoli, 2012, 89 ss.

[39] In una dottrina sostanzialmente concorde vd. però Sirks, *The Theodosian Code,* cit.; *adde* ora S. Barbati, "Idee vecchie e nuove sull'entrata in vigore del Codice Teodosiano in occidente", in *IAH* 7 (2015) 11 ss. (che mi propongo di discutere in altra occasione).

[40] Vd. G. Purpura, "La compilazione del Codice Teodosiano e la Lex Digna", in *Studi Metro* 5, cur. C. Russo Ruggeri, Milano, 2010, 163 ss. (= in http://www.studitardoantichi.org/home/art1/0/1080/1227/La-compilazione-del-Codice-Teodosiano-e-la-Lex-Digna.html).

[41] Benché autocelebrativa, è in tal senso esplicita NovTheod. 1, 1-3 (cfr. le fonti, notissime, ora studiate da De Giovanni: vd. *supra* nt. 38).

specifica, dalle cancellerie delle due *partes imperii* – è esplicito, in tale direzione, già il momento stesso scelto per la pubblicazione occidentale, ovvero l'opzione per la significativa giornata del Natale 438 –, prima ancora che la sua strutturazione formale e i contenuti in gran parte obiettivamente nuovi, inducono oggi a valutarne senz'altro la modernità della funzione ordinamentale[42]: i materiali giuridici tràditi dal passato intanto rimanevano fruibili agli *utentes* in quanto "consentiti" dalle *leges* ordinate nel Codice, come per esempio avrebbe esplicitato Teodosio II, a chiare lettere, nella *novella de Codicis auctoritate* del febbraio 438[43].

Tutto ciò spinge a tenere conto, in qualche maniera, dell'accelerazione culturale rappresentata da questo prodotto della politica legislativa teodosiana in una storia giuridica consuetudinariamente fatta, con lentezza plurisecolare, di sedimentazioni veramente remote, talora finanche arcaiche (esemplare il caso delle norme decemvirali), e di continui, frastagliati, contraddittòri accumuli (le tracce dell'autonormazione pretorile, i resti degli interventi autoritativi del *senatus*, i risultati scientifici del *respondere* degli *auctores*, l'iperproduzione rescrivente dioclezianea, le *leges* di due cancellerie talora rincorrentisi): effettivamente, quasi sempre, veri e propri "dialoghi fuori del tempo"[44], ma dinamici e costruttivi solo grazie al vantaggioso lavorio, ormai disperatamente assente in epoca tardoantica, d'una colta e autorevole giurisprudenza d'autore.

E tuttavia, l'attenzione storicamente richiesta dall'apparire ufficiale e ormai tendenzialmente esclusivo del *Codex Theodosianus* nel quadro tardoantico delle tradizionali fonti del *ius Romanorum* non solo non distrae dall'affrontare altre urgenti questioni contemporanee, problematiche cioè proprie del V secolo, ma

[42] Vd. E. Dovere, "Epifania politica del Theodosianus: la pubblicazione romana del Codex", ora in *MEFRA* 125 (2013; http://mefra.revues.org/1742= *Codifications et réformes dans l'Empire tardif et les royaumes barbares.* Atti Tavola rotonda Roma 2009, cur. O. Huck).

[43] Cfr. NovTheod. 1, 6; ricorda ora questo passaggio anche S. Kerneis, "Rome et les barbares. Aux origines de la personnalité des lois", in *Civitas, Iura, Arma* cit. 103 ss.

[44] Così il titolo di un § di M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2004[10] (ML), 309.

addirittura sembrerebbe indurre il giurista a porsi per la stessa età anche interrogativi in un certo senso parzialmente nuovi.

Poiché in qualche misura è vero, come già si apprende con immediata evidenza dalla "logica" degli undici *tituli* dell'ultimo libro teodosiano (*De fide catholica*, [...] *De his, qui super religone contendunt*, [...] *Ne sanctum baptisma iteretur*, [...] *De religione*), che le "costituzioni imperiali [...] ricevono e impongono i dogmi, la *catholica lex*, segnando così il discrimine tra ortodossia ed eresia"[45], è altrettanto vero come non ci si possa sottrarre al difficile compito di individuare i modi della presenza della *formula fidei* cristiana all'interno dei testi giuridici dell'epoca. E questo non foss'altro perché, sul piano pratico, l'imponente esperienza mondana della *ecclesia*, com'è ovvio niente affatto indifferente agli atteggiamenti normativi dell'impero[46], quasi a metà del V secolo appariva ormai densissima, capillarmente distribuita a più livelli sia al centro sia in periferia, e definitivamente articolata in una ben precisa e robusta organizzazione gerarchizzata anche se non ovunque ugualmente compatta[47].

Solo grazie alla puntuale esegesi dei documenti disponibili, da quelli teodosiani e fino alla ricca legislazione anastasiana, dopo aver tentato di stabilire il rapporto esistente nel materiale normativo tra teologia, politica e diritto *stricto sensu*, potrebbe non essere difficile indicare efficacemente il reale spessore del preteso "orientamento religioso" del *ius* tardoromano[48].

[45] F. Casavola, *Prefazione* a Dovere, *Ius principale* cit. XIV.

[46] Vd. M. Mazza, *L'autorità della legge e la cristianizzazione dell'impero: qualche (breve) considerazione sul libro XVI del Teodosiano*, in *Governare e riformare l'impero* cit. (= http://books.openedition,org/efr/2828).

[47] In una letteratura sterminata vd. R. Janin, *La géographie ecclésiastique de l'empir byzantin* I. *Le siège de Constantinople et le patriarcat oecuménique*, Paris 1969²; W. de Vries, "Die Struktur der Kirche gemäss dem Konzil von Chalkedon", in *OCP* 35 (1969) 63 ss.; R. P. C. Hanson, "The Reaction of the Church to the Collapse of the Western Roman Empire in Fifth Century", in *VetChr* 26 (1972) 272 ss.; N.-V. Dura, "L'Église chrétienne aux quatre premiers siècles. Son organisation et ses fondements canoniques", in *Ortodoxia* 34 (1982) 451 ss.; S. G. Hall, "The organisation of the church", in *The Cambr. Anc. Hist.* XIV. *Late Antiquity*, curr. Av. Cameron-B. Ward-Perkins-M. Whitby, Cambridge 2000, 731 ss.

[48] Si tratta, come si sa, di un titolo divenuto "classico": vd. B. Biondi, *Il diritto romano cristiano* 1. *Orientamento religioso della legislazione*, Milano 1952; va qui

Soprattutto, al di là delle affermazioni politiche del legislatore medesimo che, quasi col timbro di un sermone chiesastico, dichiarava la *politeía* dei Romani fondata assai più sulla *religio* che sull'impegno civile e sul lavoro materiale[49], sarebbe necessario definire l'esatto collocarsi della normazione rispetto al nocciolo centrale della religione cattolica, ovvero il *Symbolum fidei*[50]. Non va dimenticato, infatti, come tutta la prima parte del V secolo, in certa misura idealmente a ridosso del sinodo costantinopolitano del 381, avrebbe visto fiorire una stagione conciliare davvero fondante per la riflessione teologica cristiana e in più sensi aggregante, in maniera definitiva, per le universali strutture istituzionali della *catholica ecclesia*[51]. I sinodi ecumenici di Efeso (a. 431) e di Calcedonia (a. 451), senza tralasciare il ricordo del sinodo generale di Efeso che Teodosio II, in ultimo pencolante per il monofisismo, nel 449 avrebbe cercato legislativamente di accreditare come concilio ecumenico[52], con le loro decisioni dogmatiche e con i canoni disciplinari avrebbero invero suscitato sentite adesioni e violente reazioni un po' dappertutto nel Mediterraneo: tutti atteggiamenti che sul lungo periodo, fino al principato di Giustino I all'inizio del VI secolo − non foss'altro che per le forti implicazioni d'ordine pubblico e, talora, per i connessi pericolosi rischi di erosione istituzionale o territoriale[53] −, avrebbero fortemente indirizzato buona parte delle opzioni normative delle cancellerie[54].

Anzi, per il secondo cinquantennio del V secolo, le scelte religiose del legislatore nei riguardi delle posizioni conciliari sarebbero state quasi da sole, a parere di certa coraggiosa

segnalata l'isolata attenzione manualistica per il contesto cristiano di S. Tondo, *Profilo di storia costituzionale romana. Parte terza*, Milano 2010, 204 ss.

[49] Cfr. CTh. 16, 2, 16 (non un *unicum*): [...] *scientes magis religionibus quam officiis et labore corporis vel sudore nostram rem publicam contineri*.

[50] Vd. gli interrogativi posti dal teologo A. Milano, Rec. in *Augustinianum* 37 (1997) 243 ss.

[51] Qui la bibliografia è impressionante; basti quella che, su una linea storico-giuridica, ho concentrato in *Ius principale* cit., cap. I. Vd. *supra* nt. 47.

[52] Cfr. la legge negli ACO: vd. *supra* nt. 18.

[53] Per es., cfr. CI. 1, 5, 8 e 1, 7, 6.

[54] Per ciascuno dei prìncipi del V secolo si potrebbero individuare scelte legislative connesse al Simbolo di fede cattolico; cfr., di Teodosio II, CTh. 16, 5, 66

pubblicistica protobizantina di matrice ecclesiastica, finanche la cifra caratterizzante la "legittimità" del principe costantinopolitano. Non altro avrebbe infatti testimoniato, alla metà del VI secolo, contro la pressione politico-ecclesiale giustinianea nell'affare dei Tre Capitoli lo sguardo retrospettivo vòlto ai decenni successivi a Teodosio II da Facondo, *sacerdos* di Ermiane, con la *Pro defensione trium capitularum*[55]: la posizione anticalcedonese del *basiléus* sarebbe stata quella che, a parere del vescovo africano, nella sostanza gli avrebbe impedito di apparire "*princeps verus reipublicae pater et verus Ecclesiae filius*"[56] agli occhi di chiunque tra i sudditi-*fideles*, come al contrario erano sembrati, perché perfettamente allineati al Credo dell'ultimo concilio ecumenico, e quindi all'ortodosso Simbolo calcedonese, una buona parte dei suoi predecessori[57].

Ed effettivamente, se davvero si vuole tener conto della ormai ineludibile esistenza, nell'inoltrato V secolo, della *catholica lex* conciliare nel più ampio contesto culturale giuridico − ovvero dell'attenzione sostanziale e formale del *ius* per la Formula di fede stabilita dal sinodo ecumenico −, è sufficiente che solo si guardi a quanto prodotto dal legislatore d'Oriente, e dunque a quanto realizzato ai livelli più diversi dell'ordinamento presso quei Romani ben poco distratti nella loro quotidianità, a differenza di quelli occidentali, dal preoccupante migrare e poi stanziarsi barbarico.

È più che significativo, per esempio, quanto richiesto con fermezza nel 468 dalla cancelleria di Leone I con un editto che noi

(*lectio* completa in ACO 1, 1, 3, 68) relativa agli Atti del concilio di Efeso (a. 435); CI. 1, 1, 4 di Marciano (a. 452), a difesa del Credo di Calcedonia; Evagr. *Hist. eccl.* 3, 4: Bidez-Parmentier 101 ss. (PG 86b, 2600-2604B) per l'Enciclica di Basilisco (a. 475), una vera e propria legge filomonofisita; CI. 1, 2, 16 di Zenone (a. 476), un provvedimento ortodosso a difesa della fede calcedonese.

[55] Sulla questione dei Tre Capitoli, ovvero la condanna imperiale e poi papale dei vescovi antimonofisiti Teodoro di Mopsuestia, Teodoreto di Cirro e Ibas di Edessa, ancora oggi oggetto di ricerca, appare qui sufficiente la breve monografia di C. Capizzi, *Giustiniano I tra politica e religione*, Soveria Mannelli-Messina, 1994, 97 ss.

[56] Cfr. Facund. *Defensio* 12, 2, 23 ss.: Clément-Vander Plaetse 381, 184 ss.

[57] Si vd. H. Rahner, *Chiesa e struttura politica nel cristianesimo primitivo. Documenti della chiesa dei primi otto secoli*, tr. M. Morani-G. Regoliosi, Milano 1990², 189 ss., spec. doc. 26.

leggiamo in due diversi luoghi del *Codex* di Giustiniano[58]: chi da allora in avanti avesse voluto esercitare la professione forense, oltre al rispetto di regole professionali altrove stabilite[59], avrebbe anche dovuto professare la *sacrosancta catholica religio*[60], quella centrata sul Simbolo in ultimo stabilito dal sinodo calcedonese e ufficialmente abbracciata dallo stesso legislatore sin dagli esordi del regno[61]. Le conseguenze gravissime che avrebbe incontrato colui che avesse contravvenuto a tale disposizione, fosse egli stato il privato interessato ad accedere al ruolo di avvocato come pure, per omessa sorveglianza, l'ufficio imperiale deputato al relativo controllo, fanno perfettamente intendere l'importanza attribuita dagli organi di governo al credo religioso degli operatori di giustizia: quasi che alle caratteristiche del complesso delle attività processuali non fosse aliena una sorta di patina di (benefica) religiosità sostanziale, una velatura positiva, questa, ovviamente assente nelle connotazioni morali di coloro che, invece, avessero professato una fede eterodossa, un Credo non conciliare[62].

Quasi la pervasività, all'interno dell'ordinamento giuridico del V secolo, delle decisioni dogmatiche e disciplinari assunte nel sinodo ecumenico di Calcedonia andrebbe dunque puntualmente verificata con gli strumenti tipici della ricerca giusromanistica[63]: finanche la prassi giuspubblicistica della successione imperatoria, per esempio, non sarebbe rimasta esente, per così dire, dalle prementi "influenze" della fede conciliare. Valgano come campione più che significativo le effervescenze costituzionali sviluppatesi alla morte di Zenone Isaurico, nel 491, a causa della scelta per il trono costantinopolitano dell'anziano silenziario

[58] Cfr. CI. 1, 4, 15 e 2, 6, 8.

[59] Sul punto vd. Scarcella, *La legislazione di Leone I* cit. 324 con fonti e letteratura.

[60] Cfr. pure CTh. 1, 55, 8 pr. (a. 409) e poi CI. 1, 55, 11 (a. 505).

[61] La consultazione epistolare effettuata da Leone sostanzialmente a favore dell'ortodosso Credo calcedonese ci è raccontata, per es., da Evagr. *Hist. eccl.* 2, 9-10: Bidez-Parmentier 59, 18-62, 33.

[62] Cfr. CI. 1, 5, 12, 8 (a. 527).

[63] La letteratura su "Calcedonia" è ricca; vd. ora in M. R. Pecorara Maggi, *Il processo a Calcedonia. Storia e interpretazione*, Milano, 2006; I. Petriglieri, *La definizione cristologica di Calcedonia nella cristologia italiana contemporanea*, Roma, 2007.

Anastasio, un candidato di fede non calcedonese, e anzi, a parere di autori fededegni, addirittura un fervente filomonofisita[64]. Per l'intronizzazione del nuovo principe non sarebbero bastati i consueti passaggi previsti dagli *exempla* costituzionalmente rilevanti ormai consolidatisi nel tempo: l'indicazione proveniente dalla vedova *Augusta*, l'approvazione manifestata da senatori e dignitari, le pressioni dei partiti cittadini riuniti nell'Ippodromo, l'esibizione di modestia e di scarso attaccamento al potere da parte del prescelto[65]. Sarebbe infatti occorso, come condizione necessaria e niente affatto eludibibile, il rilascio nelle mani del Patriarca della capitale di una dichiarazione autografa, un *chirographum*, attestante l'impegno esplicito del pretendente al principato, per il futuro, a una sostanziale difesa (forse il giuramento di una passiva "non offesa") dell'ortodossia calcedonese[66]: si sarebbe trattato, in buona sostanza, del prezzo pagato dal designato alla porpora per ottenere il consenso politico all'*adventus*, e quindi lo svolgimento di un ruolo attivo nell'incoronazione, da parte del massimo rappresentante locale della chiesa conciliare, il vescovo di Costantinopoli[67].

Insomma, e per recingere in qualche maniera questa sorta di rapsodico affastellamento di spunti di riflessione originato tutto e solo dalle sollecitazioni provenienti da problemi e fonti, giuridiche e non, relative a "questioni di V secolo" pare che effettivamente il cinquantennio del principato teodosiano e, visto l'odierno vivo interesse per l'Occidente romanobarbarico, forse ancor più l'estensione degli anni marcianei-anastasiani – e al suo interno i principati di Leone, Zenone e il breve intervallo di Basilisco – meritino quell'attenzione e quello spazio giusromanistici fino a oggi usualmente lesinati nel panorama scientifico internazionale.

[64] Cfr. Theoph. *Chron*. A. M. 5982: PG 108, 328A; *adde infra* nt. 66. Vd. L. Duchesne, "L'empereur Anastase et sa politique religieuse", in *MEFRA* 32 (1912) 22 ss.

[65] Cfr. Const. Porphyr. *De caerimon.* 1, 92: PG 112, 772A, 776A, 777B, 785A; *adde* Cedren. *Hist. comp.*: PG 121, 681B.

[66] Cfr. Theod. Anagn. 446 s.: Hansen 125 s.; Evagr. *Hist. eccl.* 3, 32: Bidez-Parmentier 130, 1-12; *adde* Vict. Tunn. *Chron.* ad a. 491, 1 s.: Placanica 22.

[67] Analisi storico-giuridica è nel mio *Percorsi della legittimità imperiale: il chirografo di Anastasio*, ora in Id., Medicina legum I. *Materiali tardoromani e* formae *dell'ordinamento giuridico*, Bari, 2009, n. 8.

In definitiva, non sono soltanto i molti e irreversibili accadimenti di quei cent'anni che sollecitano in tal senso (dalle speranze, tristemente deluse, di restaurazione culturale e politica esternate del pagano Rutilio, ancora regnante uno dei figli di Teodosio I, nel *De reditu suo*[68], fino al monarchico accesso romano, nell'anno 500, del goto Teoderico[69]; dalla separazione, per difetto di comunione sul Simbolo e per ragioni di "primato", dell'*ecclesia* romana di papa Felice da quella costantinopolitana del patriarca Acacio[70], fino all'oculata pratica di governo di Anastasio dei cui risultati avrebbe ampiamente beneficiato la grande politica giustinianea[71]), è l'evidenza stessa del ritmo sussultorio assunto dall'ordinamento – apicale in tal senso appare l'inusitata pubblicazione di un *Codex legum* ufficiale, il Teodosiano – che spinge a interrogare testi antichi con curiosità nuove.

Ciò che urge, in definitiva, per cogliere le feraci contraddizioni del mondo tardoantico e misurare, in qualche modo, le forme e la qualità del diritto del lungo tratto temporale individuato, è la necessità di lasciarsi coinvolgere anche da quesiti tradizionalmente eccentrici per la storia del diritto, di approfondire ogni tipo di materiale documentario rinvenibile, di osare nel tentativo di proporre ipotesi di lettura e con esse, magari con "prudente azzardo", finanche coraggiose congetture ricostruttive.

[68] È in *De reditu* 1, 161 (Fo) che il Namaziano, rassegnato sulle sorti della *Romanitas* di fronte a Goti e cristianesimo trionfanti, auspica solo di "posare infine la vita sulle terre dei [...] padri" suoi.

[69] Cfr. Anon. Vales. *Pars post.* [12] 65 s. (Mommsen).

[70] Nonostante recenti contributi (vd. Ph. Blaudeau, "Rome contre Alexandrie? L'interprétation pontificale de l'enjeu monophysite (de l'émergence de la controverse eutychienne au schisme acacien 448-484)", in *Adamantius* 12 [2006] 140 ss.), è forse ancora sufficiente Ed. Schwartz, "Publizistische Sammlungen zum acacianischen Schisma", in *ABAW* n. ser. 10 (1934) 209 ss.

[71] Cfr. Procop. *Anect.* 19, 7: Haury 3, 121, sull'enorme liquidità presente nelle casse dell'impero al momento della morte di Anastasio.

BREVI NOTE SU *INTERPRETATIO* E *AUCTORITAS* FRA TARDA REPUBBLICA ED ETÀ DEI SEVERI

EMANUELE STOLFI
Università di Siena

Resumo

Este artigo examina alguns argumentos relativos à *interpretatio* da ciência jurídica romana, e particularmente às especificidades que a mesma apresenta em comparação com o conceito moderno de "interpretação". O autor analisa a natureza livre e criativa da *interpretatio* na época dos *pontifices* (tal como anteriormente descrita, pelo menos em parte, por Pomponius no *Enchiridion*) e depois o papel da *auctoritas* e da *ratio* na investigação feita pelos juristas, no fim da República e no Principado, sobre a melhor regra para os casos e nas discussões subsequentes entre as diferentes soluções jurisprudenciais e argumentações afins.

Palavras chave

Interpretatio e interpretação – juristas e tradição jurídica ocidental – Direito Romano – *auctoritas prudentium*

Abstract

This article examines some arguments regarding the *interpretatio* of the roman legal science, and specially its peculiarities in comparison with the modern concept of "interpretation". The author analyzes the free and creative nature of the *interpretatio* in the age of *pontifices* (as already described, at least partly, by Pomponius in the *Enchiridion*) and then the role of *auctoritas* and *ratio* in jurists' research, in the late Republic and Principate, about best rule for the cases and in the subsequent discussions between the different jurisprudencial solutions and related argumentations.

Keywords

Interpretatio and interpretation – jurists and western legal tradition – Roman law – *auctoritas prudentium*

1. Peculiarità dell'*interpretatio prudentium*: percezioni antiche e recenti

"L'attività del giurista, comunque intesa, è sostanzialmente attività interpretativa": così leggiamo in apertura di uno dei più suggestivi contributi[1] della storiografia giuridica italiana in materia

[1] Si tratta di M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969, 3.

di ermeneutica giurisprudenziale[2], con specifico riguardo all'età dei Comuni, ma non privo di spunti valevoli per tutte le esperienze premoderne. Oggi, dopo decenni di positivismo giuridico e (pochi) secoli di visioni legicentriche – visibilmente fondate sul primato statuale nella produzione del diritto[3], secondo una delle più incisive e durature "mitologie giuridiche" della modernità[4] –, credo che a poter sottoscrivere queste parole non siano solo gli studiosi di stagioni più o meno remote, ma gli stessi cultori del diritto vigente, sempre più consapevoli del ruolo fondamentale, ineludibile e fecondo, del fenomeno interpretativo in campo giuridico[5], di cui esso è cifra (non esclusiva[6], ma certo) costitutiva, che ne orienta

[2] Ovviamente intendo qui (e in tutti i successivi riferimenti) 'giurisprudenza' nell'accezione romana (*iuris prudentia*) e della cosiddetta «tradizione romanistica», come scienza del diritto, e non già (come nell'accezione odierna) complesso dei giudici e delle loro pronunzie.

[3] Nel segno di quell'"assolutismo giuridico" più volte evocato da P. Grossi (cfr., in particolare, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998) e che non è ora possibile esaminare, anche se preme segnalare come una sua versione persino più drastica si realizzò ben prima della modernità, nell'ambito di quella *permutatio legum* (su cui ha opportunamente insistito F. Gallo, "La permutatio legum giuasstinianea rivoluzione giuridica ignorata dalla nostra tradizione", in *Estudios Jurídicos en Homenaje A. Guzmán Brito*, II, Alessandria, 2011, 527 ss.) con la quale Giustiniano inglobò la stessa scienza giuridica nel potere imperiale, riservando ad esso anche l'interpretazione del *Corpus iuris*.

[4] Nella portata che all'espressione ha attribuito – dopo S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 126 ss. – ancora Paolo Grossi (non solo nel libro del 2001, recante quel titolo). Per qualche riflessione circa l'orientamento di questo studioso – che mi sembra persista nell'individuare nello Stato la localizzazione esclusiva o privilegiata del potere (sul che, dopo Foucault, dovremmo tutti interrogarci) –, E. Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, 22 ss. ove bibl.

[5] Anche se indubbiamente – osserva G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996, 63 – "filosofi e giuristi hanno tardato ad assumere piena avvertenza del carattere strutturale e fondante del nesso che lega fra loro diritto e interpretazione".

[6] Coinvolgendo molte altre "scienze dello spirito", anche se sono note le obiezioni mosse a quanti hanno enfatizzato l'unitarietà del fenomeno interpretativo, come E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, nuova ediz. (a cura di G. Crifò), Milano, Giuffrè, 1990. Circa le reazioni suscitate dalla sua impostazione rinvio alla bibl. in E. Stolfi, "Alle soglie dell'intraducibile. Il nómos ateniese nell'elaborazione dei giuristi severiani", in C. Cascione-C. Masi Doria-G. Merola (a cura di), *Modelli di un muliculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico.*

(e arricchisce) la produzione non meno dell'applicazione, senza neppure ridursi all'apporto di pochi e privilegiati protagonisti[7].

Questa riconosciuta centralità induce a salutare come estremamente opportuna e stimolante l'iniziativa dei promotori della rivista "*Interpretatio Prudentium*"[8], tesa com'è a incoraggiare una nuova e variegata riflessione su questi temi in chiave storica e teorica; né in verità elide (ma piuttosto induce a problematizzare e approfondire) le differenze che corrono fra tecniche e modalità dell'interpretazione nei periodi a noi prossimi (diciamo, dall'età delle codificazioni in poi) rispetto a quelle più risalenti.

Proprio da quest'ultimo punto avevo trovato opportuno prendere le mosse, un paio d'anni fa, in un incontro di studi[9] in cui ero stato sollecitato a riesaminare alcuni profili dell'esperienza giuridica romana[10] nel contesto di un confronto scientifico che,

Diritto, prassi, insegnamento, I, Napoli, 2013, 283 nt. 1; ma cfr. anche F. Petrillo, *La decisione giuridica. Politica. Ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*, Torino, 2005 nonché, in chiave critica, R. Guastini, "Interpretare e argomentare", in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già dir. da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni), Milano, 2011, 4.

[7] Ho insistito su quest'ultimo aspetto in "*Quartum datur*. Note in tema di interpretazione 'diffusa'", in *Scritti in onore di Luigi Lombardi Vallauri,* II, Padova, 2016, p. 1335 ss.

[8] A cui sono perciò molto lieto di affidare queste brevi considerazioni, sul cui carattere meramente orientativo e senz'altro parziale neppure è il caso di insistere, tanto esso emergerà con evidenza. La loro prima formulazione, del resto, era stata suggerita dalla partecipazione – quale unico relatore chiamato a occuparsi di storia giuridica – al convegno interdisciplinare (dal titolo *Interpretazione. Tra storia culturale e storia intellettuale*) tenutosi a Modena nel giugno 2014. In forma più sintetica, con alcune variazioni (non solo formali) e un titolo lievemente diverso, queste mie riflessioni saranno edite anche negli *Atti* di quell'incontro, a cura di Carlo Altini, che desidero qui ringraziare anche per aver acconsentito alla presente pubblicazione.

[9] Ricordato alla nota precedente.

[10] Che avevo già affrontato in altre occasioni: le pagine che seguono presuppongono in effetti vari miei studi, a cui posso rinviare per ulteriori approfondimenti, anche bibliografici, in merito a prese di posizione qui talvolta solo enunciate in estrema sintesi. Cfr. almeno "A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica». L'elaborazione medievale in materia di '*pacta*'", in *Rivista di diritto romano*, 2, 2002, 441 ss.; *"Bonae fidei interpretatio". Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, spec. 79 ss.; "Die Juristenausbildung in der römischen Republik und

attraversando e integrando tempi e saperi diversi, assumeva a oggetto l'interpretazione. In tale prospettiva, infatti, avvertivo (e tuttora avverto) in primo luogo l'esigenza di chiarire come, rispetto a quest'ultima, l'*interpretatio* degli antichi giuristi denoti scarti ed eccedenze semantiche tali per cui non possiamo assumere le due operazioni come pienamente sovrapponibili. Già sul piano linguistico opterei quindi per conservare sempre la parola latina, con le specificità che essa evoca, in termini sia sincronici (*lato sensu*, ossia in confronto ad altre realtà classiche)[11] che diacronici – con la distanza che la separa dall'ermeneutica giuridica entro gli scenari moderni (nelle sue coeve rappresentazioni ancor prima che nella sua effettiva operatività), laddove al formante legislativo è stato attribuito, rispetto alla produzione sapienziale, un ruolo affatto prevalente, anche se, come avvertito, il divario tende oggi a presentarsi in termini meno drastici, nella (ri)acquisita consapevolezza della sostanza non solo ricognitiva e ancillare (ma piuttosto produttiva e *lato sensu* ideologica) dell'interpretazione stessa[12].

Davvero *interpretatio* e interpretazione possono essere considerati, per molti aspetti, "falsi amici"[13]. E ciò soprattutto se

im Prinzipat", in C. Baldus-T. Finkenauer-T. Rüfner (Hrsgg.) *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen, 2008, 9 ss.; "Citazioni e '*dissensiones prudentium*' nella tradizione dei testi giurisprudenziali in età tardoantica. Alcune riflessioni", in *Studi in onore di A. Metro*, VI, Milano, 2010, 197 ss.; "'*Argumentum auctoritatis*', citazioni e forme di approvazione nella scrittura dei giuristi romani", in A. Lovato (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica*, Bari, 2011, 85 ss.; "*Dissensiones prudentium*, dispute di scuola e interventi imperiali", in V. Marotta-E. Stolfi (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Roma, 2012, 287 ss.; "I casi e la *regula*: una dialettica incessante", in L. Vacca (a cura di), *Casistica e giurisprudenza*, Napoli, 2014, 1 ss.

[11] Pensiamo ad esempio alla radente analisi testuale (con scarsa "inventiva" scientifica) praticata ad Atene, anche riguardo ai dati legislativi (*tà nomizómena*), dagli *exeghetái*. Ne ho proposto un confronto – che però ne accentui, anziché attutire, i tratti distintivi – con l'impegno delle più risalenti figure romane di esperti di *ius* (i pontefici) in *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, 2006, 30 s. e *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 45 s. ove bibl.

[12] In tal senso, per tutti, M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto* cit., spec. 86 s., ma si veda già, ad esempio, B. Brugi, *Per la storia della giurisprudenza e della Università italiane. Nuovi saggi*, Torino, 1921, 17.

[13] Ho cercato di darne conto in *"Bonae fidei interpretatio"*, *cit*., 79 ss. ove bibl. Da ultimo cfr. C. Baldus, "Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Grundlagen

pensiamo alla funzione assegnata alla seconda (e, di conseguenza, a giuristi e giudici) negli ultimi secoli, fra l'Illuminismo e gli anni immediatamente anteriori a fenomeni quali (la "decodificazione" [14] e soprattutto) la "globalizzazione" (anche) giuridica[15]. Una sfasatura che si rivela tanto più significativa proprio in quanto l'ambito che ci riguarda, fra i molti coinvolti dall'attività ermeneutica, è quello del diritto: e ciò sia perché esso è caratterizzato da un rigore terminologico costitutivo del suo medesimo statuto (se non addirittura da dinamiche performative, con cui l'enunciazione di parole, o l'attribuzione a esse di un senso, crea e trasforma la realtà)[16], sia per lo snodo nevralgico che, come più volte ricordato, viene a giocarvi – sia che ne venga enfatizzato lo spazio operativo

und Bedeutung des 19. Jahrhunderts", in K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin-München-Boston, 2015³, 29 s. Sulla *interpretatio* anteriore all'età dei codici, la quale avrebbe "in comune con il concetto moderno soltanto il nome", A. Giuliani, "Dialogo e interpretazione nell'esperienza giuridica", in A. Giuliani-A. Palazzo-I. Ferranti, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, 8; circa alcuni tratti di tale difformità M. Sbriccoli, "Interpretazione come argomentazione nella esperienza giuridica intermedia", in G. Galli (a cura di), *Interpretazione e contesto*, Torino, 1980, 47 ss. e P. Chiassoni, "L'interpretazione dei documenti legislativi: Giustiniano e i glossatori", in *Scritti per U. Scarpelli*, Milano, 1997, 199 ss. Pur rilevando che "i significati di '*interpretatio*' dovrebbero essere investigati per conto loro rispetto ai significati di 'interpretazione'", ritiene che "tuttavia, da un punto di vista storico e culturale, è lecito gettare un ponte tra i due termini [...] che renda lecito interrogarsi *unitariamente* sul significato di '*interpretatio*/interpretazione'", L. Lantella, "*Dall'interpretatio iuris* all'interpretazione della legge", in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, 559. Si veda anche *supra*, nt. precedente.

[14] Su cui, per tutti, N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999⁴.

[15] In merito alla quale si è ormai stratificata una letteratura vastissima. Per qualche orientamento basti qui il richiamo a D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2006²; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006; EAD., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; G. Palombella, *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*, Bologna, 2012.

[16] Proprio il diritto – scrive Y. Thomas, "Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome", in *Archives de Philosophie du Droit*, 23, 1978, 93 – "de toutes les instances discursives, reste le seule à produire le monde qu'elle désigne". Cfr. anche M. Spanò, "Le parole e le cose (del diritto)", in Y. Thomas, *Il valore delle cose*, tr. it. Macerata, 2015, 87 ss.

sia che esso risulti in vario modo limitato – proprio il lavoro interpretativo.

La percezione di questo apporto fondamentale (e creativo, come vedremo) dell'*interpretatio prudentium* è già antica, esibita dagli stessi protagonisti di quella vicenda. Emerge nitidamente da più di un passaggio, in particolare, di quel manuale (*Enchiridion*), risalente agli ultimi anni di Adriano, in cui la storia giuridica di Roma – dapprima nel suo complessivo sviluppo, quindi nelle vicende di quelli che ne erano considerati gli autentici protagonisti, ossia magistrati e giuristi – venne tratteggiata da Pomponio (uno studioso e insegnante di diritto che probabilmente non ricoprì alcuna carica pubblica di rilievo, ma nel quale si incarnò un autentico "modello" della scienza giuridica dell'epoca) [17]. Nel raffigurare le vicende immediatamente successive all'emanazione, a metà del V secolo a.C., delle XII Tavole, e nel dar conto di come si era venuto formando quel complesso di regole che disciplinavano i rapporti privati fra cittadini (*ius civile*), così egli si esprimeva (D.1.2.2.5):

> *[...] his legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desiderat prudentium auctoritatem) necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur ... sed communi nomine appellatur ius civile*.

L'archeologia di Pomponio, con quell'assillante ricerca dei momenti di origine che caratterizza l'*Enchiridion*[18], combina la narrazione di eventi puntuali con l'individuazione di costanti di lungo periodo, quasi meccanismi inscritti nella logica stessa del *ius* e destinati a riproporsi nel tempo: l'esigenza dell'*interpretatio* (non scongiurata, ma anzi alimentata, dall'apparizione di un testo scritto); la difformità di risultati a cui essa inevitabilmente dà luogo,

[17] Nel senso illustrato in E. Stolfi, *Studi sui "libri ad edictum" di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*, Milano, 2002, spec. 24 ss.

[18] Su cui mi sono soffermato in *Immagini di "officia" e compiti magistratuali nell'elaborazione della giurisprudenza antoniniana*, in E. Stolfi (a cura di), *Giuristi e officium. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d.C.*, Napoli, 2011, 23 ss.

in un'incessante dialettica (*disputatio*); la necessità che a tutto ciò presiedano i giuristi, con la loro *auctoritas* (un termine chiave, su cui torneremo), l'apporto dei quali non può essere isolato entro una sfera e sotto una nomenclatura autonoma, ma è partecipe della (e fondamentale nella) tradizione più risalente e prestigiosa del diritto cittadino[19].

Al di là della pressione che su quest'immagine operavano le personali concezioni dell'autore e l'obiettivo che egli intendeva raggiungere presso i suoi allievi − esaltando, ai loro occhi, certe continuità del *ius*[20], nonché il ruolo dei giuristi nella sua produzione, sino a occultare o almeno ridimensionare l'impatto che più tardi vi ebbe il potere imperiale[21] −, appaiono senz'altro attendibili le notizie attorno a risalenza e incisività dell'*interpretatio* posta in essere (a quel tempo, e per alcuni secoli ancora, in forma esclusivamente orale) dai giuristi (i *prudentes* del passo riportato, allora identificati col collegio pontificale).

Proprio il lavoro, assai noto[22], condotto su una prescrizione delle XII Tavole dai pontefici consente di cogliere alcune peculiarità della loro *interpretatio*, e dello scarto, cui accennavamo, fra essa e l'interpretazione che, riguardo a una disposizione generale e astratta fissata dal legislatore, può realizzare un giurista entro un moderno "sistema giuridico chiuso"[23]. I decemviri avevano sanzionato l'abuso di uno dei poteri riconosciuti all'ascendente maschio (*pater familias*) sui suoi discendenti, quale il diritto di venderli (*ius vendendi*, tramite *mancipatio*), prevedendo la perdita della *patria potestas* a carico di chi

[19] Una penetrante lettura delle strategie espositive e delle ragioni ideologiche di questa rappresentazione pomponiana è in A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 333 ss.

[20] Sempre importante M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1984², spec. 224 ss.

[21] Sul punto, di recente, E. Stolfi, *Dissensiones prudentium* cit., 307 ss. ove bibl.

[22] Vi si sono ad esempio soffermati di recente, per cogliervi una manifestazione davvero paradigmatica del metodo dei più antichi sapienti di *ius*, C. Giachi-V. Marotta, *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, Roma, 2012, 126 ss.

[23] Circa la distinzione fra sistemi giuridici "chiusi" e "aperti" (e il diverso stile di lavoro che vi si delinea per i giuristi), per tutti, U. Vincenti, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, 73 ss.

per tre volte avesse ceduto il proprio *filius*[24]. I pontefici sfruttarono tale disposizione per conseguire – appunto in via di *interpretatio* – risultati rispondenti a tutt'altra *ratio* e lontanissimi dalla mera comprensione e applicazione di quel precetto, così da allestire due paradigmi negoziali in cui era conforme alla volontà dello stesso *pater* l'uscita del *filius* dalla *patria potestas*. Con una prima procedura (*emancipatio*), combinando tre *mancipationes*[25] del *filius* a un soggetto terzo (di fiducia, così che ogni volta lo avrebbe remancipato al *pater*), veniva estinto il potere personale e l'interessato acquisiva la qualifica di *sui iuris* (con vantaggi ovvi, ma anche inconvenienti, come la perdita del legame agnatizio e delle conseguenti aspettative ereditarie). Tramite una seconda procedura (*adoptio* in senso stretto, distinta cioè dalla *adrogatio*) si determinava non (solo) l'uscita del *filius familias* dalla *patria potestas* del *pater* (naturale), ma anche la sua soggezione al potere di altro soggetto (il padre adottivo). A tal fine era necessario integrare il congegno negoziale descritto per l'*emancipatio* con l'intervento dell'adottante, il quale rivendicava il figlio come proprio e, a fronte del silenzio del padre naturale, otteneva il riconoscimento formale di quanto enunciato (secondo una prestazione peculiare del linguaggio performativo arcaico).

La tipicità del sistema negoziale romano – per cui la volontà dei soggetti poteva conseguire effetti giuridici solo se incanalata ed espressa entro atti prestabiliti (in età arcaica autentici rituali) – rendeva indispensabile la messa a punto di simili procedure, e prezioso l'appiglio che esse mantenevano con una previsione legislativa. Ma, a fronte di tanto rigore rispetto agli intenti dei privati, spicca il carattere libero e creativo della rielaborazione sapienziale: lontana dal farsi, etimologicamente, mero tramite fra l'originaria portata della prescrizione decemvirale e i suoi destinatari, e quindi lontana dal risolversi in mera esegesi della lettera normativa, essa intendeva quest'ultima solo come punto

[24] *Lex XII Tab.* IV.2: *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.*

[25] Nel corso del tempo abbiamo notizia che per le figlie e i discendenti maschi diversi dai figli in senso stretto ne fosse necessaria una soltanto: anche questo un esito raggiunto tramite *interpretatio*, ma che apparirebbe – alla stregua dei criteri della moderna interpretazione giuridica – estremamente disinvolto, se non opinabile.

di avvio e di copertura formale, piegandone l'applicazione al raggiungimento di esiti nuovi, verosimilmente neppure immaginati dal legislatore del 451-450 a.C., in grado di soddisfare necessità solo successivamente avvertite dalla coscienza sociale.

Già si delineava, in tal modo, uno stile di lavoro che avrebbe accompagnato gli esperti di diritto – ormai incarnati in tutt'altre figure, con una maturità tecnica e un'attitudine concettuale ben diversamente consolidata – anche di fronte a un altro fondamentale testo giuridico[26]: quell'editto che, annualmente promulgato dai magistrati con *iurisdictio* (in primo luogo dal pretore), contemplava i mezzi processuali su cui, per l'anno della sua carica, tutti i consociati avrebbero potuto contare, e che i *prudentes*, a partire dalla tarda repubblica, sottoposero a serrati commenti. In questo tipo di opere (*ad edictum*) le scarne previsioni magistratuali erano sottoposte a una disamina puntuale, letteralmente avvolti dall'*interpretatio*, al fine di saggiare (e, se del caso, dilatare o restringere) l'applicazione di quelle forme di tutela nel vivo della casistica, in un fitto dialogo con le soluzioni dei propri predecessori (dal che, in quel genere letterario, l'accentuata presenza di citazioni giurisprudenziali).

Dopo che, sotto Adriano, l'editto assunse una forma immutabile, l'intera vicenda della sfera normativa (*ius honorarium*) che in esso trovava la propria fonte venne a coincidere con gli sviluppi delle rielaborazioni giurisprudenziali, rimaste le uniche in grado di mantenere quel complesso di regole al passo coi tempi, nel mutare di esigenze e soggettività (in specie nei settori economici più innovativi e dinamici). Possiamo limitarci, anche in questo caso, a un solo esempio. Certe previsioni edittali (come l'obbligo di produrre la documentazione contabile al cliente che ne facesse richiesta: *edere rationes*) erano espressamente rivolte, tra i vari operatori finanziari, ai soli *argentarii*, che ci appaiono – in quanto protagonisti di molteplici attività, dal deposito al prestito di denaro, alle intermediazioni nelle vendite all'asta fino a veri e

[26] Il confronto tra quei due complessi normativi, pur di per sé tanto diversi, era già in Cicerone (*De legibus* 1.5.17). Circa le analogie fra quanto l'*interpretatio* pontificale realizzò riguardo alle XII Tavole e ciò che quella dei commentatori determinò rispetto all'editto cfr. E. Stolfi, *Studi sui "libri ad edictum"*, II, cit., 64 ss. ove bibl.

propri rapporti di conto corrente – i più agevolmente accostabili ai nostri banchieri. Ma altre figure (come i *nummularii*, che si erano fino ad allora limitati al cambio di valuta e al saggio delle monete) dovettero assumere analoghe e più ampie funzioni nel corso del II secolo d.C. Divenuto impossibile, a seguito della consolidazione dell'editto, inserirvi la menzione di questi soggetti, l'iniquità di consentire che a essi fosse riservato un trattamento più favorevole rispetto agli *argentarii* (e a discapito dei clienti) fu scongiurata dall'*interpretatio* giurisprudenziale (ancora una volta, assai più libera e creativa della nostra interpretazione). Paolo, all'inizio del secolo successivo, ricorda infatti (senza dissentirne) che Pomponio aveva esteso il dovere di *edere rationes* agli stessi *nummularii*[27].

Ma anche nella tradizione di *ius civile* in senso stretto, cui prima ci riferivamo, l'*interpretatio prudentium* conservò per secoli, con la sua creativa flessibilità, uno spazio decisivo. Basti pensare, per tornare all'ambito dei rapporti familiari e della loro proiezione nel tempo, a livello patrimoniale (il campo delle successioni a causa di morte), a come una delle più durature e formanti palestre di *interpretatio* fu costituita (non solo dalle disposizioni legislative ma anche da quelle private, e in particolare) dai testamenti, coi problemi che poneva la corretta decifrazione di una manifestazione di volontà non più ripetibile. Vi emerge fra l'altro un grande motivo, collocabile fra elaborazione giuridica e prassi (e speculazione) retorica[28], quale

[27] Ne siamo informati da D.2.13.9.2: *Nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere Pomponius scribit: quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur*. Su questo passo, fra gli alri, E. Stolfi, *Studi sui "libri ad edictum"*, II, cit., 486 ss. ove bibl. e P. Cerami-A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010³, 197 s.

[28] Cfr., per tutti (anche riguardo a ulteriori declinazioni del tema), B. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhetorique*, Paris, 1968. Si vedano anche (oltre alla bibl. che sarà ricordata a proposito di D.33.10.7.2: *infra*, nt. 42) U. Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, 1967 nonché – in termini più generali, ossia per un quadro, anche storiografico, circa le composite relazioni fra *ius* e *ars oratoria* – G. Cossa, "I giuristi e la retorica", in C Baldus-M. Miglietta-G. Santucci-E. Stolfi (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento, 2012, 299 ss.

il rapporto fra *verba* e *voluntas* (o *mens*), già ampiamente presente, ad esempio, ai protagonisti repubblicani (Servio e Tuberone) che troviamo evocati, nei primi decenni del II secolo d.C., in un passo di Celso[29] sul quale avremo modo di tornare[30].

2. *Auctoritas* e *ratio*

Nel passaggio dell'*Enchiridion* che abbiamo letto affiora, da parte di Pomponio (che tra l'altro ben conosceva, e rimeditava, questa tradizione ermeneutica attorno agli atti *mortis causa*)[31], anche la percezione di un decisivo intreccio fra *interpretatio* e *auctoritas prudentium* – un elemento risalente all'età pontificale, quasi un tratto d'origine che si era inscritto nel codice genetico del proprio sapere.

Quest'aspetto torna con forza, nella parte del manuale dedicata alla sequenza dei giuristi (*successio auctorum*) laddove, in particolare, è tratteggiata la storia del *ius respondendi*, con cui il principe attribuiva ad alcuni *prudentes* la facoltà di emanare responsi avallati dalla sua *auctoritas*, così da sancirne la prevalenza in un eventuale processo[32]. Siamo di fronte alla prima ed eclatante manifestazione

[29] Conservato in D.33.10.7.2: *Servius fatetur sententiam eius qui legaverit aspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas et togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Id Tubero parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit. Nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur* ...

[30] *Infra*, § 2.

[31] Lo attestano soprattutto vari frammenti del suo *Ad Quintum Mucium*: un commentario ai libri di *ius civile* composti da Quinto Mucio (ai quali è dedicato un volume – a cura di Jean-Louis Ferrary, Aldo Schiavone e mia – che apparirà presto nella collana *Scriptores iuris Romani*).

[32] Si tratta di un passaggio celebre ed esaminato infinite volte, che meriterebbe un'analisi assai più circostanziata di quella che è qui proponibile. Circa il significato della trattazione del *ius respondendi* all'interno della terza sezione dell'*Enchiridion*,

– con un intervento invasivo di cui Pomponio tendeva poi a rileggere e attenuare le implicazioni – dell'aspirazione del potere politico a creare una gerarchia fra le concrete soluzioni prodotte dall'*interpretatio* dei giuristi. Leggiamo in D.1.2.2.49[33]:

> *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris<consultorum?> auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet.*

Vi spicca un duplice richiamo: alla *auctoritas* per l'età augustea – dapprima quella del diritto (o più probabilmente dei giuristi, secondo una plausibile ipotesi integrativa)[34], poi dello stesso principe (che di quella nozione, volutamente sfuggente, aveva fatto del resto, come noto, una parola chiave della propria politica)[35] – e alla *fiducia* (dei *prudentes* nei propri studi, o in sé) per il periodo anteriore e poi

dedicata alla sequenza dei giuristi (*successio auctorum*), e che a sua volta appare dominata da due diversi fili conduttori – quali la letterarizzazione del sapere giuridico (sino a Labeone, negli anni di Augusto) e poi, a partire dallo stesso Labeone, le divergenze interne alla *scientia iuris* (il cui modello, pur non esaustivo, veniva individuato nel fronteggiarsi delle *sectae* di Cassiani e Proculiani) – posso rinviare a E. Stolfi, *Dissensiones prudentium* cit., spec. 302 ss. ove bibl.

[33] Nella cui disamina tengo conto soprattutto di A. Schiavone, *Ius* cit., 335 s. Cfr. anche M. Brutti, "Il dialogo tra giuristi e imperatori", in V. Marotta-E. Stolfi (a cura di), *Ius controversum e processo* cit., 144 ss. ed. E. Stolfi, *Dissensiones prudentium, cit.*, 310 ss. ove altra bibl.

[34] Accolta, ad esempio, da M. Bretone, *Tecniche, cit.*, 243 ove bibl. e A. Schiavone, *Ius* cit., 484 nt. 94.

[35] Più in generale, la discussione attorno alle diverse accezioni assunte da *auctoritas* nel lessico giuridico romano è decisamente viva e complessa, e coinvolge non solo gli specialisti della materia (basti pensare a *Stato di eccezione* di Agamben): ne ho esaminato alcuni aspetti in *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 98 ss. ove bibl.

per il ripristino adrianeo dell'originaria portata del *ius respondendi* (un ripristino, in realtà, della stessa concezione repubblicana dell'attività giurisprudenziale). Sbaglieremmo, tuttavia, nel vedere il profilo dell'*auctoritas* – nelle autorappresentazioni, o almeno percezioni, di un giurista romano – solo all'insegna di interventi esterni, che dal potere politico vengano imposti alle dinamiche del diritto giurisprudenziale (e in quanto tale controversiale, anche se il sintagma *ius controversum* ricorre in fonti retoriche più che giuridiche) [36].

La "autorevolezza" del giurista – appunto la sua *auctoritas*, quale prestigio sociale, politico e scientifico, con declinazioni semantiche diverse a seconda del periodo e dei contesti di impiego[37] – partecipa, assieme alla oggettiva tenuta logica delle sue dottrine e delle argomentazioni che le sorreggono (la *ratio et auctoritas* del testo di Celso che abbiamo trascritto) [38], dell'ininterrotto agone fra soluzioni casistiche sviluppatosi per secoli. Non è peraltro agevole stabilire quali fossero, nel contestuale confronto e in quegli autentici "dialoghi fuori dal tempo" intrattenuti dai giuristi[39], forme e misura dell"incidenza di tale *auctoritas*.

Dai riscontri (pur inevitabilmente sommari) da me compiuti direi che essa abbia rivestito un rilievo significativo ma non sempre determinante né tantomeno esclusivo entro i meccanismi che

[36] Si soffermano su alcune delle più significative ricorrenze (ciceroniane e soprattutto) quintilianee del sintagma R. Martini-S Pietrini, "Casi di *ius controversum* nella testimonianza di Quintiliano", in V. Marotta-E. Stolfi (a cura di), *Ius controversum e processo* cit., 37 ss. L'assenza di esplicite formulazioni nella letteratura giurisprudenziale, tuttavia, non sembra rendere scorretto l'uso (ormai consolidato presso gli studiosi) di "*ius controversum*" per connotare una lunga e fondamentale stagione del diritto giurisprudenziale romano (almeno dal II secolo a.C. al III d.C.), né impone di assumere quell'espressione in senso più debole e limitato, allusiva solo alle disposizioni dalla portata così incerta da suscitare discussioni fra i *prudentes*: cfr. E. Stolfi, *Dissensiones prudentium* cit., 308 s. ove bibl. e P. Cerami, "Il '*ius controvesum*' nello sguardo dei moderni", in V. Marotta-E. Stolfi (a cura di), *Ius controversum e processo, cit.*, 394 e nt. 20.

[37] Per qualche orientamento in merito posso rinviare a E. Stolfi, *Dissensiones prudentium* cit., 295 ss. e nt. 30 ove bibl.

[38] *Supra*, nt. 29.

[39] L'espressione è di M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1993[8], 309 ss.

guidavano simili dibattiti. Trovo in effetti che solo per una stagione della giurisprudenza repubblicana – ancora legata al carisma e alle enunciazioni quasi oracolari che erano state dei pontefici, ma che probabilmente era già esaurita ai tempi di Servio e dei suoi *Reprehensa Scaevolae capita*[40] – sia (in parte) condivisibile il perentorio rilievo di Luigi Raggi[41], secondo cui proprio sull'*auctoritas* del giurista, e "non sulle motivazioni, poggia[va] la validità della sua attività".

L'esempio fornito dal brano di Celso (D.33.10.7.2) mi sembra di nuovo illuminante. Il giurista adrianeo, nel ripercorrere una disputa di I secolo a.C. in materia di legato di suppellettile – per la cui interpretazione veniva sollevato il problema del rapporto fra *mens* e *vox* e del possibile contrasto fra *communis usus* dei *nomina* impiegati dal testatore e le personali abitudini linguistiche di quest'ultimo (che Tuberone stimava sempre prevalenti, diversamente da quanto ritenevano Servio e poi Celso)[42] –, si diceva mosso (come ricordato) tanto dalla *ratio* che dall'*auctoritas* di Tuberone, ma senza che la seconda (l'*auctoritas*, già posposta, appunto, alla *ratio*, che era in realtà non di Tuberone stesso ma della sua argomentazione) gli imponesse di discostarsi dal difforme orientamento di Servio.

Tra le varie soluzioni cui era pervenuta la *scientia iuris* occorreva dunque orientarsi attraverso un'analisi puntiforme e pressoché inesauribile, condotta sui contenuti di ogni dottrina (in misura largamente prevalente, soluzioni casistiche) e sugli argomenti proposti a suo conforto. Anche per questo, in altra occasione[43], mi è sembrato di dover escludere che nelle dinamiche delle

[40] In cui le dottrine di Quinto Mucio erano sottoposte – in modo puntuale (probabilmente seguendone le scansioni in *capita*) – a un'analisi decisamente critica. Su questo lavoro serviano, per tutti, A. Schiavone, *Ius* cit., 158 s., 228 e A. Castro Sáenz, "*Notata Mucii*: contextualización de un problema", in *Estudios Jurídicos en Homenaje A. Guzmán Brito*, I, Alessandria, 2011, 655 ss.

[41] *Il metodo della giurisprudenza romana* (1968), rist. Torino, 2007, 43.

[42] Aderenti – almeno secondo P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963², 840 – alla dottrina stoica del linguaggio. Da tener presenti anche le ricostruzioni del passo celsino proposte da R. Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, 1969, spec. 168 ss.; F. Casavola, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 114 ss.; G. Negri, *Diritto minerario romano*. I. *Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano, 1985, spec. 84 ss.; M. Miglietta, *"Servius respondit". Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana – Prolegomena I*, Trento, 2010, 296 ss. ove altra bibl.

[43] Cfr. E. Stolfi, *"Argumentum auctoritatis"*, cit., 97 ss., spec. 104 ss.

citazioni giurisprudenziali siano da individuare, anche laddove esse si risolvessero in adesioni (il che non sempre accadeva, per dare largo spazio a contestazioni o accoglimenti solo parziali, con integrazioni e rettifiche), strategie pienamente assimilabili a quelli di un "argomento d'autorità" [44].

E ciò non tanto perché cercheremmo invano nella scrittura dei *prudentes* espliciti richiami a questa tecnica discorsiva, come quello che incontriamo in Cicerone[45], ove i *loci extrinseci* (che cioè non si colgono dall'oggetto della questione, ma dall'esterno della causa) erano collegati proprio all'*auctoritas*, che concorre "*ad faciendam fidem*", fornendone quale esempio proprio un intervento giurisprudenziale, con la definizione di *ambitus* messa a punto da Publio Mucio Scevola nel II secolo a.C. Alle spalle vi era ovviamente una risalente tradizione greca, un cui decisivo snodo è rinvenibile nelle osservazioni formulate da Aristotele[46], laddove venivano assunte come punto di partenza per l'argomentazione retorica o per l'attività dialettica, e il relativo sillogismo, le proposizioni probabili (*tà éndoxa*), ed erano ritenute tali quelle che possono "apparire vere a tutti o alla maggioranza, o ai sapienti, e di questi o a tutti o alla maggior parte, o ai più noti e più stimati" [47].

[44] Destinato invece a costituire un supporto teorico estremamente incisivo e frequente nel lavoro dei giuristi medievali (anche se ben lontano dal ridurre il loro impegno a una pedissequa osservanza di quanto rinvenibile nel *Corpus iuris* di Giustiniano, loro *auctoritas* per eccellenza): per qualche orientamento è qui sufficiente il rinvio a V. Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, spec. 80 ss.

[45] *Topica* 4.24: *Quae autem adsumuntur extrinsecus, ea maxime ex auctoritate ducuntur. Itaque Graeci talis argumentationes ατέχνους vocant, id est artis expertis. Ut si ita respondeas: Quoniam P. Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quantum parietis communis tegendi causa tectum proiceretur, ex quo tecto in eius aedis qui protexisset, aqua deflueret, id tibi ius videri.*

[46] In *Rhetorica* 2.1398b (ove un *tópos* è individuato nel giudizio [*krísis*] "condiviso da tutti gli uomini e costante nel tempo" o almeno espresso dai "sapienti [*sophói*], tutti o la maggior parte di essi", o dagli "uomini di valore [*agathói*]": non ha dubbi nello scorgere in questa testimonianza "il primo, ma anche il più calzante, precedente dell'argomento di autorità" R. Solaini, "L'argomento di autorità: fra l'autolegittimazione del dire e la verità del detto", in *Lingua e stile*, 35.2, 2000, 229) e in *Topica* 1.1.100b.20 ss.

[47] Sul punto, per tutti, T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza*, tr. it. Milano, 1962 (ed. or. 1953), 16 ss.; A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, 15 s.; E. Stolfi, *"Argumentum auctoritatis"*, cit., 99 s. ove altra bibl.

Ma nei testi giurisprudenziali, ancor più dell'assenza di enunciazioni analoghe, militano nel senso indicato altri elementi. Mi riferisco in primo luogo al rilievo secondo cui il ricorso a un'*auctoritas* propriamente non si realizza laddove "l'aderenza al precedente è imposta o in quei casi in cui l'opinione dottrinale è considerata fonte del diritto in senso formale" [48] (è la seconda eventualità che ovviamente ci riguarda, ma che richiederebbe ulteriori precisazioni per il caso romano, tenendo conto del carattere fluido e controversiale con cui si realizza questa creazione sapienziale del diritto).

Decisiva appare poi la circostanza che – a partire almeno dall'argomento *ad verecundiam* trattato e criticato da Locke nel *Saggio sull'intelletto umano* (egli non parlava di *argumentum auctoritatis*) [49] – siamo soliti collegare questo modo di procedere a una condizione di soggezione e a un dislivello cognitivo, col profano (o quasi) che attinge alle competenze dell'esperto, confortato dal suo prestigio, e confidando che quest'ultimo riesca determinante nei confronti dei destinatari, a loro volta sprovvisti di un'autorevolezza scientifica paragonabile a quella dell'autore richiamato. A connotare le citazioni giurisprudenziali a Roma è invece, a partire almeno dagli ultimi due secoli della repubblica, la coralità del lavoro che vi è connesso: una coralità selettiva ma tendenzialmente paritaria[50].

3. Una ricchezza problematica (in molti sensi)

In effetti, per una lunga stagione ci si confrontò con le dottrine precedenti con rispetto e spiccato senso della tradizione, ma con spirito critico, senza alcun condizionamento (neppure nei riguardi dei colleghi più in vista, membri di *consilia principum* o forniti di *ius*

[48] Così G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 372, che prosegue: "in questi casi, infatti, la motivazione in base al precedente o in base alla dottrina è da considerarsi applicazione normativa di enunciati già interpretati".

[49] Ulteriori ragguagli in E. Stolfi, *"Argumentum auctoritatis"*, cit., 112 s. ove bibl.

[50] Pur all'interno, è bene ricordarlo, della cerchia di coloro che si riconoscevano come *prudentes*, col loro (alto) livello scientifico e per molto tempo anche sociale.

respondendi) [51]: privi cioè di quei complessi di inferiorità che invece sicuramente segneranno gli esperti di diritto nell'età tardoantica – anonimi burocrati e insegnanti, incapaci di un dialogo alla pari coi maestri sotto il cui nome pubblicavano sillogi o compendi – e poi i membri delle cancellerie imperiali cui dobbiamo i richiami ai giuristi nelle costituzioni soprattutto di età giustinianea, segnate da autentica *reverentia antiquitatis*[52].

Fino alla dinastia severiana ogni giurista fu partecipe di un impegno collettivo, che si esprimeva nella costante verifica e nell'eventuale, frequente revisione delle soluzioni raggiunte sino ad allora: un impegno assiduo, condotto su una miriade di problemi puntuali (i casi, in biunivoca relazione con le direttive di più vasta portata, giacché i metodi messi in campo non erano certo di carattere deduttivo ma neppure solo, se non per un primo tratto, di natura induttiva) [53], in cui non sorprende trovare, ad esempio, "giganti" del pensiero giuridico come Giuliano corretti da "nani" quali Mauriciano – e col pieno assenso dell'ultimo referente, oltretutto in un contesto di estremo rilievo tecnico (la teoria degli accordi produttivi di obbligazione: un settore, delicatissimo, in cui proprio all'*interpretatio* giurisprudenziale era demandato il compito di aprire qualche breccia nella tipicità contrattuale) [54].

[51] Entrambe eventualità che non sembrano aver avuto un impatto decisivo nel merito dei dibattiti giurisprudenziali, e che comunque furono lontane dal comprimerne l'articolata complessità, che continuava a dispiegarsi sull'arco di più generazioni: cfr., per tutti, M. Brutti, *Il dialogo tra giuristi e imperatori* cit., spec. 126 ss. Tendeva a minimizzare – ma entro un'impostazione che solo in parte trovo persuasiva – il ruolo del *ius respondendi* e la sua "ripercussione sulla *disputatio fori* e sulle scuole", già N. Palazzolo, "Il *princeps*, i giuristi, l'editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto ad Adriano", in F. Milazzo (a cura di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 25-27 maggio 1994*, Napoli, 1996, spec. 320.

[52] In proposito si veda, di recente, S. Di Maria, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del Codice*, Bologna, 2010.

[53] Ho insistito sul punto in *I casi e la regula* cit., spec. 52 ss.

[54] Il testo cui mi riferisco è un brano, celebre ed estremamente discusso, tratto dal IV libro *ad edictum* di Ulpiano e conservato in D.2.14.7.2: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc*

Aspetti che non possiamo sottovalutare anche quando – opportunamente – ci interroghiamo sul se e quanto di questa luminosa attività scientifica potesse irradiarsi sulla prassi forense di Roma e, ancor più, delle remote periferie dell'impero[55]. Certo si vinceva o perdeva una lite anche fondando *in* (e *de*) *iure* la propria pretesa sulla *interpretatio* di questo o quel giurista: tale circostanza – che abbiamo visto escluderebbe, seguendo l'impostazione di Tarello, di vedere anche qui un ricorso all'argomento d'autorità – viene intesa diversamente da quanti tendono a superare l'idea che la controversialità romana si realizzasse essenzialmente al livello del confronto fra studiosi del diritto, per sottolineare il condizionamento esercitato dal responso sul *iudex* e il suo *iudicatum*. Un condizionamento che si sarebbe realizzato "unicamente in grazia della *iuris auctoritas* del respondente", poiché «non conseguiva tanto (o solo) in virtù della retta argomentazione *sub specie iuris*, quanto del prestigio personale, del "nome"» del *iuris consultus*[56].

synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio. Mi sono soffermato su di esso, nella prospettiva che qui più interessa, in *I casi e la regula* cit., 19, 36 s. ove bibl.

[55] Come ha scritto A. Schiavone, *Ius* cit., 37, "il diritto dei giuristi non fu mai davvero il diritto di tutto l'impero: né in senso geopolitico, orizzontale; né in senso sociale, verticale". Sul "diritto classico come uno strato, sottile e poggiante su una base personale estremamente esigua, del diritto romano ufficiale", cfr. già L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. Milano, 1975, 55, particolarmente attento (p. 36 ss.) alle interazioni, nella Roma (soprattutto) repubblicana, fra giurisprudenzialità del diritto e struttura aristocratica della società.

[56] Così U. Vincenti, *L'universo dei giuristi,* cit., 11 s. In una direzione non molto difforme già si muovevano Raggi (*supra*, § 2 e nt. 41), nonché S. Tondo, *Profilo di storia costituzionale romana. Parte seconda*, Milano, 1993, 409 s., secondo il quale "solo i giuristi [...], in quanto portatori d'un alto sapere tecnico (oltre che espressione dei ceti socialmente e culturalmente più qualificati), risultavano dotati, anche a fronte dei giudici, d'un prestigio incomparabilmente superiore (*auctoritas*), quindi, a conti fatti, d'una autorevolezza capace d'assorgere [...] a vera autoritatività". Sul rapporto fra giuristi e giudici nell'esperienza romana cfr. ora anche P. Giunti, "Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale e la sua narrazione", in V. Marotta-E. Stolfi (a cura di), *Ius controversum e processo,* cit., 213 ss.

Mi sembra una proposta interpretativa in sé legittima, e anzi arricchente, nel suo intento di abbracciare anche le dinamiche proprie del momento giudiziale, ma che forse, oltre a non essere facilmente dimostrabile (mancandoci puntuali testimonianze in merito), finisce col riflettersi anche sulle forme dei confronti fra giuristi e delle rispettive argomentazioni, alterandone non poco i contorni, e col lasciare poi nell'ombra le difformi relazioni che vennero a instaurarsi fra le dottrine giurisprudenziali e altri protagonisti della scena giuridica (come i magistrati muniti di *iurisdictio*, nei cui confronti le soluzioni dei *prudentes* venivano a esercitare[57] una valenza non iussiva ma suasoria, e non certo, o almeno non unicamente, *auctoritatis causa*).

Sviluppando in una diversa direzione i rilievi di Vincenti, direi così che se nell'empiria dell'argomentare forense l'*auctoritas* di un giurista poteva finire col pesare quanto o forse più della *ratio* del suo parere, quest'ultimo nella maggioranza dei casi doveva essere costituito da una soluzione interpretativa su cui, nel dibattito scientifico, si era sedimentata una certa convergenza, se non proprio era emersa come incontrastata e vincente: insomma, una di quelle dottrine di cui, soprattutto nei testi degli autori severiani, leggiamo che "*optinuit*" o "*placet*" o "*constat*" o "*hoc iure utimur*" – tasselli di un *ius receptum* a cui poi attingeranno i mosaici del tardo III secolo, come le *Epitomae iuris* di Ermogeniano e le *Pauli sententiae*[58].

Quanto dal lavoro scientifico giungeva al laboratorio della prassi era dunque un complesso e sapiente distillato di *interpretationes*,

[57] Secondo D. Mantovani, "Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi", in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli, 2003, 103 ss., da me seguito già in L. Lantella-E. Stolfi, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino, 2005, 210.

[58] Per un accostamento tra struttura, obiettivi e destinatari di queste due opere, fra gli altri, D. Mantovani, "Il diritto da Augusto al *Theodosianus*", in E. Gabba-D. Foraboschi-D. Mantovani-E. Lo Cascio-L. Troiani, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 1999, 513; E. Dovere, *De iure. L'esordio delle epitomi di Ermogeniano*, Napoli, 2005², 190 s. ove bibl.; V. Marotta, "Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III seclo d.C.", in *Studi Storici*, 48, 2007, 936; I. Ruggiero, "Il maestro delle *Pauli sententiae*: storiografia romanistica e nuovi spunti ricostruttivi", in C Baldus-M. Miglietta-G. Santucci-E. Stolfi (a cura di), *Dogmengeschichte,* cit., spec. 496.

esito di un'attività minuziosa condotta, con autonomia e creatività, su tutte le fonti che concorrevano dar vita a *ius civile* e *ius honorarium*, e di confronti argomentativi protratti per secoli in una forma che – come è tipico del vissuto romano[59] – coniugava libertà e autorevolezza, *dignitas* e spirito critico.

Una ricchezza di pensiero e scrittura che a noi spetta ricomporre e seguire sul campo, articolandone l'analisi per stagioni, generi letterari e giuristi, e che risulta problematico, se non impoverente, comprimere in formule rigorose e univoche, così come già doveva apparire non agevole, nell'esperienza contemporanea, gestirne le dinamiche. Solo finché si mantenne ad altissimo livello, la scienza giuridica fu in grado di sostenere, infatti, l'ambizioso onere di un'*interpretatio* assunta con *fiducia* nel proprio sapere e rivendicazioni (più o meno manifeste) di indipendenza, così come riuscì a presiedere al vaglio dei risultati, spesso confliggenti, di simili attività. Un vaglio che, nell'autoregolamentazione dei *prudentes*, non operava in ottemperanza a mere logiche di scuole (fossero pure le *sectae* di Cassiani e Proculiani, il cui impatto fu verosimilmente enfatizzato da Gaio e Pomponio, almeno nella loro produzione isagogica)[60] o a presunte, rigide gerarchie fra i protagonisti delle varie soluzioni. Una strada, quest'ultima, che sarà invece prescelta dal potere imperiale per intervenire, dall'esterno, nella selezione e nel riordino di questi innumerevoli contributi, sia quando era ancora vitalissima l'*interpretatio prudentium* sia (e a maggior ragione) quando ne era ormai esaurita la spinta innovativa, ma ancora valevoli e spendibili (anche in giudizio) i suoi concreti approdi: in una linea ideale che, pur con molte alterità e variazioni, congiunge idealmente l'istituzione augustea del *ius respondendi ex auctoritate principis* a vari interventi di Adriano, Costantino e Valentiniano III, sino al disegno (carezzato da Teodosio II e poi realizzato da Giustiniano) di raccogliere in un'opera unica e

[59] Vi ho insistito in *Concezioni antiche della libertà. Un primo sondaggio*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 108, 2014, 166 ss. ove bibl.

[60] Come già segnalavo in "Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio", in *Studia et documenta historiae et iuris*, 63, 1997, 1 ss., la cui tesi di fondo ho sostanzialmente riproposto in E. Stolfi, *Dissensiones prudentium, cit.*, 292 ss. ove altra bibl.

compatta, dall'evidente impianto sovrastorico, il meglio (o ciò che tale appariva) della letteratura giurisprudenziale dei secoli precedenti[61].

[61] Mi sono soffermato, in modo meno rapido, su questo punto in *Citazione* e "*dissensiones prudentium*", cit 216 ss. ove bibl. e in *Dissensiones prudentium* cit., spec. 336 ss.

ESCRAVIDÃO E *FAVOR LIBERTATIS* NO BRASIL DE OITOCENTOS: TRADIÇÃO ROMANISTA NA OBRA DE PERDIGÃO MALHEIRO[*]

MARGARIDA SEIXAS
Universidade de Lisboa

Resumo

O princípio do *favor libertatis* foi utilizado na obra de Perdigão Malheiro a propósito do regime jurídico da escravidão no Brasil, na segunda metade do século XIX, recorrendo principalmente às fontes romanas justinianeias para favorecer ao máximo a liberdade de escravos e libertos. Este princípio romano pode ser reinterpretado na sua ligação à liberdade enquanto princípio estruturante do nosso Direito. O tema tem especial interesse, pois o critério de interpretação pode ser discutido em diferentes áreas, quer enquanto tal (interpretação favorável à liberdade), quer como forma de proteger um sujeito concreto, nomeadamente no âmbito do Direito Constitucional, do Direito Penal ou do Direito do Trabalho.

Palavras Chave

Escravidão – Direito Romano – *Favor libertatis*

Abstract

The principle of *favor libertatis* was invoked in the work of Perdigão Malheiro in relation to the legal system of slavery in Brazil in the second half of the 19th century, using mainly Justinian Roman sources to favour the liberty of slaves and freedmen to the maximum extent. This Roman principle may be reinterpreted, in connexion to freedom, as a structuring principle of Portuguese law. The subject is particularly interesting as the criterion of interpretation may be discussed in different areas, both as such (interpretation favourable to freedom) and as a way of protecting a particular subject, mainly in the sphere of Constitutional, Criminal or Labour Law.

Keywords

Slavery – Roman Law – *Favor libertatis*

O tema do *favor libertatis* pode ser tratado sob diferentes perspectivas.

[*] Este texto corresponde, com alguns aditamentos, à comunicação da Autora, "Escravidão e *favor libertatis* no Brasil de oitocentos: a obra de Perdigão Malheiro", no *Seminário Permanente em Teoria e História do Direito*, organizado pelo THD-ULisboa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a 4 de Novembro de 2015.

Neste texto, aproveito a obra de Perdigão Malheiro sobre o regime jurídico da escravidão no Brasil de oitocentos para, por um lado, salientar a origem romana do princípio e a utilização das fontes do *CIC*, e, por outro, reflectir sobre a aplicação do *favor* na actualidade e sobre a sua ligação à liberdade enquanto princípio jurídico estruturante do nosso Direito.

Em primeiro lugar, cumpre dar apenas uma nota muito breve sobre o autor e a sua obra. Agostinho Marques Perdigão Malheiro era filho do Conselheiro do mesmo nome (este natural de Viana do Minho, em Portugal) e nasceu em Campanha (Minas Gerais) em 1824. Bacharel em letras pelo Imperial Colégio de D. Pedro II, no Rio de Janeiro, e Doutor em Ciências jurídicas e sociais pela Faculdade de São Paulo, foi advogado, procurador dos feitos da Fazenda, curador de africanos livres, sócio do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil e do Instituto dos Advogados Brasileiros (de que foi Presidente por várias vezes). Exerceu alguns cargos políticos. Faleceu em 1881[1].

Perdigão Malheiro escreveu, entre 1864 e 1867, os três volumes da sua obra mais conhecida – *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social* – livro que foi publicado pela Imprensa Nacional e com a proteção do Imperador D. Pedro II.

A obra de Perdigão Malheiro influenciou claramente os debates sobre a escravidão no Brasil nas últimas décadas do século XIX, nomeadamente no que diz respeito às propostas sobre abolição gradual[2], que incluíam a liberdade de ventre, só aprovada em 1871.

[1] Estas informações foram recolhidas em Augusto Victorino Alves Sacramento Blake, *Diccionario Bibliographico Brazileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883, I, pp. 18-19; Inocêncio Francisco da Silva *et alli*, *Diccionario bibliographico portuguez*: *Supplemento I*: *A-B*, Rio de Janeiro, [s.n.], 1867, vol. 6, pp. 14-15.

[2] Pode ver-se, por exemplo, Carlos Henrique Gileno, *Perdigão Malheiro e as crises do sistema escravocrata e do Império*, tese de doutorado apresentada ao Departamento de Sociologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP, Campinas/São Paulo, 2003, em especial nas pp. 74 e ss., consultado em file:///D:/EM%20CURSO/FAVOR%20LIBERTATIS_FDUL%20Nov_2015/GilenoCarlosHenrique_Perdigão%20Malheiro.pdf (28/01/2016). Embora a tese tenha sido publicada em 2013, não me foi possível obter essa versão.

Quanto ao tema que escolhi tratar, *favor libertatis*, o mesmo foi abordado *ex professo* pelo autor no I volume da sua obra, com a epígrafe "Regras de interpretação", nos §§ 42 e 43, embora com outros apontamentos ao longo de todo o texto.

Assim, afirmava o autor:

> "§ 42. Partindo da idéia capital de que o escravo é também um *homem*, uma *pessoa*, os Jurisconsultos Romanos, e as próprias leis pronunciárão sempre e recommendárão todo o favor e equidade a maior possivel na applicação do Direito. Começárão elles mesmos por desconhecer a *legitimidade* da escravidão, definindo ser contra a *natureza*[3], visto como por Direito Natural *todos nascem livres, todos são iguaes*"[4].

Parece-me que este tema tem especial interesse nos Direitos português e brasileiro, uma vez que o critério de interpretação indicado por Perdigão Malheiro no âmbito da escravidão – o *favor libertatis* – também pode ser discutido noutras áreas, quer enquanto tal (uma interpretação favorável à liberdade), quer enquanto *favor* que beneficia uma das partes da relação jurídica, nomeadamente no âmbito do Direito Constitucional, do Direito Penal ou Direito do Trabalho.

Alguma doutrina distingue, assim, entre um primeiro tipo de interpretação que se apoia em desenvolvimentos do princípio do *favor libertatis* para matérias específicas (por exemplo, no Direito

[3] O autor introduz aqui as seguintes referências latinas: "*Contra naturam. Florent. L. 4 § 1.º Dig. stat. hom. Inst. J. §2.º de jur. person.*". As mesmas correspondem a um passo do livro I do *Digesto* (D., 1.5.4.1: "*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis domino alieno contra naturam subicitur*", Florentinus) e um outro das *Instituitiones* (*I*, 1, 3, *De iure personarum*, 2: "*Servitus autem est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*") – utilizo a edição de Krueguer e Mommsen.

[4] Neste ponto, o autor remete para "*Omnes liberi nascerentur. Inst. J. pr. de libertin. I, 5; omnes æquales sunt. Ulp. L. 4.ª Dig. de Just. et jur. I,1*", referências que correspondem a uma passagem das Instituitiones (*I*, 1, 5, *De libertinis*, pr: "[...] *cum iure naturali omnes liberi nascerentur*") e a uma do último livro do *Digesto* (D. 50. 17. 32.: "*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: nom tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes hominis aequales sunt*", Ulpianus).

Penal[5]) e um segundo tipo que, tentando corrigir um desequilíbrio entre sujeitos (por exemplo, *favor debitoris* ou *favor laboratoris*/*favor pro operario*), não é considerado um desenvolvimento do *favor libertatis* mas antes um corolário da igualdade material.

Outra distinção pode ser gizada: aquela que distingue entre o *favor* interpretativo e o *favor* legislativo, a que Perdigão Malheiro não atendeu.

Apontando em primeiro lugar os textos de Direito Romano (como aliás foi fazendo ao longo de toda a obra), confronta-os depois com o Direito "luso-brasileiro", i.e., o Direito português que se aplicou no Brasil e que foi depois da independência largamente mantido em vigor, embora com alterações ditadas pela autonomia e/ou pela necessidade.

Quanto ao Direito Romano (de cujos trechos indico, em nota, a correspondência nas edições posteriores das obras do *CIC* por Krueguer e Mommsen, para facilitar a consulta), o autor formulava enunciados claramente sobre interpretação:

1. "Sempre que a interpretação é duvidosa, deve decidir-se a favor da liberdade"[6].

2. "No que fôr obscuro se deve favorecer a liberdade"[7].

[5] São extensíssimas a doutrina e a jurisprudência sobre esta matéria, mesmo que limitados ao Direito português: para uma síntese pode ver-se: J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007 (4ª Edição Revista), vol. I, art. 29º, pp. 491 e ss., com indicação de diversa bibliografia (p. 492). Para uma profunda reflexão sobre a liberdade e a sua relevância no Direito Penal, pode ver-se Jorge de Figueiredo Dias, *Liberdade, culpa, direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983 (2ª Edição).

[6] O texto referido é "*Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit. – Pompon. L. 20 de reg. jur.*", isto é *D.* 50, 17 *De diversis regulis iuris antiqui*, 20: "*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.*" (Pomponius).

[7] O texto referido é "*In obscura voluntate.... favendum est libertati – Paul. L. 179 Dig. eod.*", que corresponde a *D.* 50, 17 *De diversis regulis iuris antiqui*, 179: "*In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati*." (Paulus).

Os enunciados seguiam a formulação clássica, tal como fora recolhida no *Digesto* e depois repetida por inúmeros autores.

Concomitantemente, também mencionava outros postulados cujo conteúdo demonstra a consideração do *favor* pelo legislador e que, não sendo directamente sobre interpretação, poderiam facilmente ser utlizadas como *topoi* pelo intérprete, entre os quais:

a) "A liberdade é cousa sem preço, isto é, que se não póde comprar, nem avaliar em dinheiro"[8].

b) "Nada ha mais digno de favor do que a liberdade"[9].

c) "A bem da liberdade muitas cousas se determinão contra o rigor do Direito"[10].

d) "O favor da liberdade muitas vezes exprime a idéia mais benigna"[11].

e) "Nas questões de liberdade deve ser preferido o escrito mais favorável a ela, quando mesmo não seja o mais moderno"[12].

[8] Os textos referidos são "*Libertas pecunia lui non potest, nec reparari (emi) potest. – Ulp. L. 9 §2 Dig. de statulib.; – libertas inæstimabilis res est – Paulo L. 106 Dig. de reg. jur.; – infinita æstimatio est libertatis. Paulo L. 176 eod.*" que correspondem, respectivamente, aos três seguintes trechos: i) *D.* 40, 7 *De statuliberis*, 2: "*libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest*"; ii) *D.* 50, 17 *De diversis regulis iuris antiqui*, 106: "*Libertas inaestimabilis res est*" (Paulus); iii) *D.* 50, 17 *De diversis regulis iuris antiqui*, 176, 1: "*Infinita aestimatio est libertatis et necessitudinis*" (Paulus).

[9] O texto referido é "*Libertas omnibus rebus favorabilior est – Gaio L. 122 Dig. de reg. jur. L, 17*" que corresponde a *D.* 50, 17 *De diversis regulis iuris antiqui*, 122: "*Libertas omnibus rebus favorabilior est.*" (Gaius).

[10] Os textos referidos são "*Multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta – L. 24 § 10 Dig. de fideic. libertat.; Inst. § 4º de donat.*". Correspondem respectivamente a *D.* 40, 5 *De fideicommissariis libertatibus*, 24, 10 ("*nec enim ignotum est, quod multa contra iuris rigorem pro libertate sint constituta*") e a *I.*, 2, 7 *De donationibus*, 4 ("[...] *cuius favore et antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuisse manifestissimum est*").

[11] O texto referido é "*Favor libertatis saæpe benigniores sententias exprimit – L. 32 § fin. Dig. ad Leg. Falcid.*", ou seja, *D.* 35, 2 *Ad legem Falcidiam*, 32, 5: "[...] *favor libertatis saepe et alias benigniores sententias exprimit*".

[12] O texto referido é "*In libertatibus levissima scriptura spectanda est – L. 5.ª Dig. de manum. testam.*" que corresponde a *D.* 40, 4 *De manumissis testamento*, 5: "*In libertatibus levissima scriptura spectanda est, ut, si plures sint, quae manumisso facilior sit*".

f) "Em igualdade de votos, deve-se julgar a favor da liberdade"[13].

g) "Do mesmo modo, quando as testemunhas forem contrarias e favoráveis em numero igual"[14].

h) "Não póde a liberdade ser julgada por arbitros, e sim por Juizes de maior categoria"[15].

i) "No conflicto de um interesse pecuniario e da liberdade, prevalece esta" [16].

j) "A sentença a favor da liberdade é irrevogável"[17].

Ao lado destes textos romanos, Perdigão Malheiro também referia outros textos, das *Ordenações Filipinas* e de leis extravagantes portuguesas, que tinham alguma correspondência com os latinos.

Nos postulados enunciados, eram apontados os exemplos correspondentes, embora regulando por vezes aspectos muito específicos.

[13] O texto referido é "*Lege Junia-Petronia, si dissonantes pares judicum existant sententiæ, pro libertate pronuntiari jussum – L. 24 Dig. de manumis.*", isto é, *D.* 40, 1 *De manumissionibus*, 24, pr: "*Lege iunia petronia, si dissonantes pares iudicum existant sententiae, pro libertate pronuntiari iussum*".

[14] O texto referido é "*Sed et si testes, non dispari numero, tam pro libertate quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronuntiandum esse constitutum est – L. cit. §1.º*" que corresponde à continuação do referido na nota anterior: *D.* 40, 1 *De manumissionibus*, 24, 1: "*Sed et si testes non dispari numero tam pro libertate quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronuntiandum esse saepe constitutum est*".

[15] O texto referido é "*Favor libertatis est ut majores judices habere debeat – L. 32 § 7.º Dig. de recept. IV, 8*", ou seja, D. 4, 8 *De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*, 32, 7: "*De liberali causa compromisso facto recte non compelletur arbiter sententiam dicere, quia favor libertatis est, ut maiores iudices habere debeat*".

[16] O texto referido é "*Inst. J. § 1.º de eo cui libertat. caus. III, 12 – sciant commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam*", ou seja, *I* 3, 11 [e não 12, como indicado pelo Autor], *De eo cui libertatis causa bona addicuntur*, 1: "[...] *scient, commodo pecuniario praeferendam libertatis causam*".

[17] O texto referido é "*Semel pro libertate dictam sententiam rectractari non opportet – L. 24 Dig. de dol. mal.*" que corresponde a *D.* 3 *De dolo malo*, 24: "[...] *semel pro libertate dictam sententiam retractari non oportet*".

O autor referia que a "Lei autorizava mesmo a desapropriação de um escravo Mouro para trocar por um Cristão captivo em poder dos Infieis", que correspondia ao § 4.º do título XI, livro IV das *Ordenações*.

Contra a regra geral e "em favor da liberdade", estipulava-se a obrigação de o proprietário de "Mouro captivo" o vender, quando quem o queria comprar visasse servir-se dele para o dar de resgate em troca de um "Christão cativo em terra de Mouros"[18].

Afirmando que a lei reconhece que "muitas cousas são constituídas em favor da liberdade contra as regras geraes do Direito", remetia para título LXI do livro IV das *Ordenações* que "a bem da liberdade mantém a fiança prestada por mulher, contra a regra geral do S. C. Velleiano, pela mesma recebido o que também era consignado no Dir. Rom.", matéria que será referida *infra*.

Acrescentava ainda que a Lei também reconhece "em principio, que a escravidão é contrária à lei natural" e apresentava um trecho com antiquíssima origem, pois remonta a uma das leis da Cúria Régia portuguesa de 1211[19], no reinado de Afonso II, depois integrada nas *Ordenações Afonsinas*, e que chegou às *Filipinas* (livro IV, título XLII) com a seguinte redacção:

> "Por quanto somos informados, que em algumas partes de nossos Reinos eram constrangidas muitas pessoas, assi homens, como mulheres, descendentes, ou transversaes daquelles, que tomaram alguns casaes, ou terras, posto que seus herdeiros não fossem, que per força fossem morar e povoar essas terras e casaes pessoalmente, e se não queriam

[18] *Ordenações Filipinas*, livro IV, título XI, §. 4, edição fac-similada da edição de Candido Mendes de Almeida (Rio de Janeiro, 1870), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 790-791. Curiosamente, este título também constava de uma proposta apresentada pelo deputado brasileiro António Pereira Rebouças a 14 de Maio de 1830, na Assembleia Nacional, que pretendia actualizá-lo/adaptá-lo à sociedade brasileira para regular exactamente a compra de liberdade pelos escravos, cf. Keila Grinberg, *O fiador dos brasileiros – Cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças*, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2002, pp. 119-120.

[19] Cf. José Duarte Nogueira, *Lei e Poder Régio. I – As Leis de Afonso II*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, p. 298.

> ir, faziam que os prendessem, e sobreello lhe davam muita fadiga e oppressão, e os traziam em demandas [...] Porque queremos que em nossos Reinos não haja semelhante género de servidão, sem embargo de quaesquer Leis e Ordenações, que em contrario haja"[20].

O contexto da lei medieval era, obviamente, outro bem diferente daquele em que escrevia Perdigão Malheiro mas esta utilização algo anacrónica de textos não era sequer novidade entre os juristas brasileiros e portugueses, oitocentistas ou anteriores[21].

Escrevia, de seguida, que "são mais fortes e de maior consideração as razões que ha a favor da liberdade do que as que podem fazer justo o captiveiro" (referia a Lei de 1 de Abril de 1680[22]) e "a liberdade é de Direito Natural" (remetia para a Lei de 30 de Julho de 1609[23]).

[20] *Ordenações Filipinas*, livro IV, título XLII, *cit.*, pp. 821-822.

[21] O Pe. Manoel Ribeiro Rocha, *Ethiope resgatado, empenhado, sustentado, corrigido, instruido, e libertado. Discurso theologico-juridico, em que se propoem o modo de comerciar, haver, e possuir validamente, quanto a hum, e outro foro, os Pretos cativos Africanos, e as principaes obrigações, que correm a quem delles se servir*, Lisboa: Officina Patriarcal de Francisco Luiz Ameno, 1758, pp. 205-206, discutindo qual o número máximo de açoites que podia ser aplicado a um escravo, utilizava uma passagem das *Ordenações Filipinas*: o escravo fugido que não quisesse revelar o nome do seu proprietário podia, sem apelação nem agravo, ser sujeito a açoites até ao número de quarenta (livro V, título LXII). Desta norma (aliás apresentada com raízes bíblicas, dada o número fixado pelo Deuteronómio) extraía o Autor que era esse o número máximo de açoites que podia ser aplicado ao escravo pelo seu senhor como castigo. Este aspecto da obra de Ribeiro da Rocha é referido por Sílvia Hunold Lara, "Legislação sobre escravos africanos na América portuguesa", in José Andrés-Gallego (coord.), *Nuevas Aportaciones a la Historia Juridica de Iberoamérica*, publicação digital, Madrid, Fundación Histórica Tavera/Digibis, 2000, pp. 34-35, que me chamou a atenção para o mesmo.

[22] *Livro Grosso do Maranhão*, 1ª parte, vol. 66 dos *Anais da Biblioteca Nacional*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1948, pp. 57-59. Esta voltava a proibir o cativeiro dos Índios sobre qualquer pretexto, ordenando que fosse restituído à liberdade qualquer índio feito cativo e punido quem o cativasse.

[23] Diploma consultado em José Justino de Andrade e Silva, *Collecção Chronologica da Legislação Portugueza*, volume dos anos 1603-1612, Lisboa, Imprensa de J. J. A. Silva, 1854, pp. 271-273. Esta Lei (e não Alvará, como erradamente a identificava Perdigão Malheiro) ordenava que os Índios não fossem constrangidos a serviço nem a qualquer outra coisa contra a sua livre vontade e quem deles

Formulava ainda dois enunciados de âmbito processual:

1. Em primeiro lugar, "a prova incumbe aos que requerem contra a liberdade, porque a seu favor está a presumpção pleníssima de Direito" (invocando quer o célebre Alvará de 10 de Março de 1682[24] relativo a Palmares, quer a Lei pombalina de 6 de Junho de 1755 sobre a liberdade dos índios[25]);

2. Em segundo, "nas questões de liberdade não ha alçada, quer dizer, não há valor que inhiba de interpôr todos os recursos a seu favor" (referindo neste caso o Alvará de 16 de Janeiro de 1759[26], na sua versão da Consolidação das Leis Brasileiras).

se servisse, inclusive os religiosos a cuja tutela eram entregues, estava obrigado a pagar-lhes o seu trabalho, como a qualquer outra pessoa livre. Porém, a Lei permitia aos padres da Companhia de Jesus ir ao sertão para, assegurando a sua liberdade, "domesticarem" e dirigirem os Índios, dando parecer ao governador para atribuir aos que viessem terras para cultivarem. Nas povoações, a tutela dos Jesuítas também servia para apresentarem os Índios ao governador ou ao capitão-geral, quando fossem necessários ao serviço da Coroa, e para que fossem encontrados (recrutados) com mais facilidade pelas pessoas que deles precisavam nas suas fazendas.

[24] Inserido na edição das *Ordenações Filipinas* consultada, livro IV, *Aditamentos à Legislação Portuguesa*, *cit.*, p. 1045, sob o título "*Regula a liberdade e captiveiro dos Negros apprehendidos na rebelião dos Palmares, na capitania de Pernambuco; e a prescripção da escravidão*". Para um aproveitamento do Alvará pelos juristas brasileiros do século XIX, pode ver-se Sílvia Hunold Lara, "Legislação sobre escravos africanos na América portuguesa", cit., p. 46.

[25] In António Delgado da Silva, *Collecção da Legislação Portugueza desde a ultima compilação das Ordenações*, Legislação de 1750-1762, Lisboa, Typografia Maigrense, 1830, pp. 369-376. É a Lei de liberdade dos índios do Pará e Maranhão, com ordem de libertação de todos os índios cativos, vedando àqueles que os tinham em seu poder qualquer meio de reacção; revogava toda a legislação em contrário, nomeadamente a que permitira, ainda que excepcionalmente, a escravidão dos índios. O estipulado neste diploma de 6 de Junho de 1755 só foi publicado em 1757 mas foi alargado a todo o Brasil, juntamente com as disposições da Lei de 7 de Junho do mesmo ano, pelo Alvará de 8 de Maio de 1758. Neste último, se ordenava a aplicação integral daquelas normas a todos os Índios do Estado do Brasil, "sem restricção alguma", e a todos os seus bens, à sua "lavoura" e ao seu "comércio".

[26] António Delgado da Silva, *Collecção da Legislação Portugueza*, legislação de 1750-1762, *cit.*, pp. 645-646. Estabelecia que o valor da causa de liberdade limitava o recurso apenas nas sentenças "a favor da liberdade", conforme as regras gerais

Embora os §§ 42 e 43 analisados sejam especificamente dedicados ao *favor libertatis*, nos restantes 153 §§, o *favor* é referido em 59 §§. (2, 4, 28, 34, 37, 56, 74, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 108, 109, 110, 112, 113, 118, 119, 121, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 149), em especial nos dedicados à manumissão ou alforria e às acções judiciais de liberdade.

Novamente, encontramos textos expressamente dedicados e/ou úteis à interpretação e outros que apenas exprimiam a presença do *favor* no espírito legislativo/doutrinário.

Não os podendo enunciar a todos nesta sede, destaco os seguintes, sem deixar de salientar que são apenas uma pequena amostra dos muitos que a obra comporta.

Sobre os testamentos, o autor afirmava, para reforçar mais uma vez a aplicação do *favor*, desta vez na interpretação do negócio jurídico: "Era grave questão saber se o escravo ficava ou não livre quando o testador dizia — *O meu escravo F. servirá somente a Paulo*, — *ou* — *recomemndo que o meu escravo F. não seja vendido,* — *ou* — *recomendo ao meu herdeiro que conserve o escravo F.*, e em outros semelhantes casos. Em geral se decidia que se deve atender à mente ou intenção do testador, resolvendo-se na duvida a favor da liberdade"[27].

A propósito das acções de liberdade e escravidão, as afirmações são várias onde se refere o *favor*; transcrevo apenas duas:

> "Relativamente ao onus da prova, o Direito antigo incumbia-o áquelle que contestava a liberdade. Mais tarde, resolveu-se que incumbiria áquelle que demandasse contra a liberdade, se o individuo reclamado como escravo estivesse na posse della em boa fé (*sine dolo malo*), e ao que se pretendesse livre estando de facto no captiveiro. [§]

da alçada; nas causas com sentença contrária à liberdade, o recurso era sempre possível.

[27] Agostinho Perdigão Malheiro, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*, I, *cit.*, § 118, p. 148. Os trechos do Digesto invocados são, por esta ordem, de *D.* 40, 5 *De fideicommissariis libertatibus*, 24, 7 (Ulpianus); *D.* 40, 5, 10 (Marcellus); *D.* 40, 5, 20 (Pomponius); *D.* 40, 5, 12 (Modestinus).

> Na duvida, ou collisão, decidia-se a favor da liberdade. E a decisão era irrevogavel"[28];

> "A prova incumbe àquelle que reclama contra a liberdade, seja autor ou réo, se o individuo reclamado como escravo ou a cuja acção de liberdade se faz opposição, está na posse della, pois tem a seu favor a presumpção *juris* de que — *todo o homem é livre por natureza*. Não assim, se tal *posse de estado* não ha, e o individuo tem ao contrario vivido em captiveiro"[29].

Quanto à decisão favorável ou contrária à liberdade, encontramos também várias afirmações, entre as quais as relativas ao julgamento segundo o *favor* e à admissibilidade de recurso das decisões desfavoráveis à liberdade do escravo:

> "No julgamento sempre se deve decidir o mais favoravelmente que ser possa á liberdade. De modo que só se declare escravo e se mantenha como tal aquelle sobre quem houver um direito evidente de propriedade; e ainda assim, se não fôr possivel, em rigor ou ao menos por equidade e favor á liberdade, eximil-o do captiveiro, posto que por meio de indemnização ao senhor."[30];

> "Os recursos são facultados *todos* a bem da liberdade; de sorte que, seja qual fôr o valor da causa, é admissivel a appellação e a revista contra a decisão a favor da escravidão, sem attenção às alçadas pecuniarias.

[28] Agostinho Perdigão Malheiro, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*, I, *cit.*, § 127, pp. 171-172. Os trechos do Digesto invocados são *D.* 40, 12 *De liberali causa*, 24, 7, 5 (Ulpianus); *D.* 40, 1 *De manumissionibus*, 24 e *Codex* 7, 17 *De adsertione tollenda*, 1.

[29] Agostinho Perdigão Malheiro, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*, I, *cit.*, § 133, p. 177. Neste passo, é invocado o trecho *D.* 40, 12 *De liberali causa*, 7 e também a obra de Correia Telles, bem como os *supra* mencionados Alvará de 10 de Março de 1682 (§§. 2.º e 3.º) e a Lei de 6 de Junho de 1755 (§. 9.º).

[30] Agostinho Perdigão Malheiro, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*, I, *cit.*, § 137, pp. 179-180.

> O mesmo não acontece, se a sentença é favorável á liberdade."[31].

Encontramos, assim, o *favor* completamente omnipresente nos textos de Direito Romano e de Direto luso-brasileiro invocados pelo Autor, extrapolando muito as supostas "regras de interpretação" enunciadas nos §§. 42 e 43.

Não há dúvida que o legislador – ou o criador intencional de Direito – pode, quando cria o texto, ter em conta, por exemplo, o desequilíbrio na relação jurídica ou a fragilidade de certas pessoas ou a importância de certo valor/princípio para corrigir esse desequilíbrio ou conferir protecção ou fazer valer tal valor/princípio.

De modo diferente, aquele que aplica o texto pode interpretá-lo de forma a proteger uma das partes exactamente por considerar que se verifica um desequilíbrio ou uma especial fragilidade ou que existe um valor/princípio essencial que merece concretização.

Uma vez que a clareza ou obscuridade do texto é ela mesma um resultado da interpretação, o intérprete/aplicador pode escolher o sentido mais favorável à liberdade.

Não interessam tanto nesta sede o *modus operandi* ou os resultados da interpretação mas antes apurar se o intérprete pode escolher, à luz do *favor*, entre os diferentes resultados (as diferentes normas/sentidos que se podem extrair) e averiguar em que medida o *favor* interpretativo se pode cumular com o *favor* legislativo.

Ou seja, se o legislador já teve em conta o *favor* na elaboração da disposição, pode discutir-se se o intérprete poderá, ainda assim, interpretar através de um duplo *favor*.

No Direito do Trabalho, por exemplo, o *favor laboratoris* enquanto opção legislativa integra a génese histórica da sua criação:

> "As normas de Direito do Trabalho tiveram, assim, desde o início, a intenção assumida de firmar, na maioria dos

[31] Agostinho Perdigão Malheiro, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*, I, *cit.*, § 138, p. 180. Os textos para que o autor remete neste caso são o mencionado Alvará de 16 de Janeiro de 1759 (salientado que deve mesmo o juiz ser obrigado a recorrer *ex officio* em caso de decisão contrária à liberdade, cf. Alvará de 10 de Março de 1682 no § 3.º) e a *Consolidação das Leis Civis Brasileiras*.

casos, soluções mais favoráveis para os trabalhadores; doutra forma, o Direito Comum seria bastante"[32].

A questão é pertinente[33] e ainda hoje discutida, sendo o *favor* entendido como princípio jurídico, como "indicação legislativa" e como regra de interpretação[34], apesar do crescente abandono do *favor laboratoris* enquanto princípio interpretativo pelo legislador e até mesmo pelos juslaboralistas, como "um autêntico fantasma" ou "um mito, de existência tão improvável quanto o Minotauro, os sátiros e outros monstros da mitologia clássica."[35].

Na mais recente versão do *Código do Trabalho*[36] (*CT*, Lei n.º 7/2009, de 12/02, já com diversas alterações posteriores) fica bem claro que os instrumentos de regulamentação colectiva (IRCT) podem dispor de modo menos favorável do que a lei, excepto se da mesma resultar o contrário, ou seja, se as condições legais

[32] António Menezes Cordeiro, "O Princípio do Tratamento mais Favorável no Direito do Trabalho Actual", *Direito e Justiça*, III (1987-1988), p. 112.

[33] Para uma análise bastante desenvolvida do percurso do princípio na história do Direito do Trabalho e da sua aplicação no Direito Português anterior ao *CT*, pode ver-se Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 510 e 926-948, e, já posterior ao *CT*, *Direito do Trabalho*, Parte I, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 266 e ss. Pode também ver-se, entre outros, António Menezes Cordeiro, "O Princípio do Tratamento mais Favorável no Direito do Trabalho Actual", *cit.*, pp. 111-139; António de Araújo, "Princípio 'Pro operario' e Interpretação das Normas Juslaborais", *Revista Jurídica*, AAFDL, nº 15 (1991), pp. 29-48; Pedro Romano Martinez, "Interpretação e aplicação de normas laborais (Revisitação do *favor laboratoris*: ativismo jurídico *versus* segurança jurídica)", in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, edição especial de *Direito e Justiça*, Lisboa, Universidade Católica, 2015, vol. III, p. 227-254.

[34] Cf. formulação de António Menezes Cordeiro, "O Princípio do Tratamento mais Favorável no Direito do Trabalho Actual", *cit.*, p. 112. Enquanto regra de interpretação, António de Araújo, "Princípio 'Pro operario' e Interpretação das Normas Juslaborais", *cit.*, prefere designá-lo como princípio "pro operario".

[35] Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p 193.

[36] Nesta matéria do *favor*, numa perspectiva crítica quanto ao Código de 2009 (e ainda mais crítica quanto ao anterior Código, de 2003), pode ver-se José João Abrantes, "Sobre a constituição e a crise do *favor laboratoris* em direito do trabalho", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra, 2012, vol. 2, pp. 269-284.

forem mínimos imperativos (art. 3º, nº 1 do *CT*), embora o Código também estabeleça *ab initio* certas matérias em que os IRCT só podem dispor mais favoravelmente (art. 3º, nº 3 do *CT*). Quanto aos contratos de trabalho, as normas legais ou de IRCT só podem ser afastadas em sentido mais favorável, excepto se da lei resultar o contrário (arts. 3º, nº 4, e 476º do CT). Assim, ainda que mais residualmente, caberá ao intérprete/aplicador dos textos legais, em confronto com os IRCT e com os contratos ou destes últimos com os IRCT, estabelecer, em face dos mencionados artigos do *CT*, em que medidas as condições fixadas são mais favoráveis[37].

Por outro lado, uma vez que o *favor laboratoris* é ainda geralmente admitido como princípio orientador da política legislativa em matérias laborais[38], valerá a pena averiguar se a assimetria contratual entre o empregador e o trabalhador compensada legislativamente permite ao intérprete/aplicador voltar a optar por uma solução com vista ao reequilíbrio dessa mesma assimetria que, por acção do legislador, já deveria estar ultrapassada. Neste caso, estaríamos perante um *favor laboratoris* ou um favorecimento do trabalhador?

Transpondo a problemática para um exemplo do Direito antigo já brevemente mencionado *supra*: as Ordenações portuguesas (nas *Ordenações Filipinas*, livro IV, título LXI, §. 1[39]) consagravam o apelidado benefício veleiano (do *senatusconsultum veleiano*), ou seja, a invalidade da fiança prestada pela mulher ou de qualquer outra obrigação a favor de terceiro, com algumas excepções.

As *Ordenações* enunciavam como primeira dessas excepções o caso da mulher que se obrigava por dinheiro ou bem prometidos "pela liberdade de algum escravo", como por exemplo prestando fiança por homem que prometesse dinheiro para remir um cativo. Esta excepção era estabelecida "em favor da liberdade".

[37] Cf. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, I, *cit.*, em especial pp. 278-281. Sobre esta matéria, com desenvolvimento e perspectiva diversa, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, volume I, Coimbra, Almedina, 2015, pp 275-290.

[38] Pedro Romano Martinez, "Interpretação e aplicação de normas laborais (Revisitação do *favor laboratoris*: ativismo jurídico *versus* segurança jurídica)", *cit.*, p. 249. Do mesmo Autor, *Direito do Trabalho*, I, *cit.*, pp 219-220.

[39] *Ordenações Filipinas*, livro IV, título LXI, §. 1, *cit.*, pp. 858-859.

Face a esta norma, "imbuída" do *favor libertatis*, poderia ainda o intérprete/aplicador, em caso de dúvida concreta na aplicação, escolher uma interpretação favorável à liberdade?

O *favor libertatis*, visto actualmente como a interpretação favorável aos direitos, fundamentais e principalmente aos direitos, liberdades e garantias, integra alguns postulados e, em especial, a preferência por uma interpretação ampla ou extensiva dos enunciados que reconhecem direitos e liberdades fundamentais.

Aliás, isso mesmo resulta do art. 16º, nº 2 da CRP mas de forma ainda mais clara no art. 52, nº 3, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

> "Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla."

Podemos considerar que uma interpretação favorável à liberdade é uma interpretação constitucional e pode até constituir a única forma de interpretar constitucionalmente um determinado texto:

> "[...] em caso de conflito de normas que devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição, estas podem ceder na hipótese de se encontrarem em contradição com as normas e princípios reconhecedores dos direitos e liberdades jus-fundamentais. É este, designadamente, o teor do princípio «in dubio pro libertate» ou do «preferred freedom aproach» [...]"[40].

[40] Cristina M. M. Queiroz, "O princípio da interpretação conforme a constituição: questões e perspectivas", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, nº especial (2010), p. 321.

Independentemente da resposta que podem gizar-se noutras áreas, o *favor libertatis* traduz, na minha opinião, um verdadeiro princípio geral de Direito e um valor fundamental, mesmo no Direito antigo.

Na matéria em apreço, o *favor* traduz-se numa interpretação favorável não às liberdades mas à própria liberdade enquanto condição jurídica plena.

Como afirmava Perdigão Malheiro, já no *Digesto* encontramos que "por Direito Natural todos nascem livres, todos são iguaes".

De forma mais acentuada, o mesmo princípio está presente no Direito contemporâneo pois é essencial na ordem jurídica constitucional, é um valor primordial da democracia liberal e, numa perspectiva actual, do Estado Democrático de Direito.

Recuando ao século XIX, nas palavras de Dias Ferreira, a liberdade era a "verdadeira raiz da personalidade"[41].

Seabra declarava a existência imprescritível do primeiro de todos os direitos naturais, a "propriedade de si mesmo" a que usa chamar-se *liberdade*, de que o homem não pode abdicar sem se negar a si próprio e que tem o dever de defender e conservar. Assim, afirmava como consequência:

> "Daqui resulta que a privação da *liberdade*, desta primeira propriedade do homem, só póde ser obra de uma força maior, e nunca de um Direito estabelecido pela Natureza; – que o escravo não póde ter deveres para com o opressor, que desconhece, que despreza os seus direitos naturaes."[42]

Por seu lado, os textos constitucionais portugueses e brasileiro também demonstram a centralidade da liberdade, primeiro dos valores protegidos e garantidos pelas próprias constituições:

"Artigo 1: A Constituição política da Nação Portuguesa tem por objecto manter a liberdade, segurança, e propriedade de todos os Portugueses" (*Constituição Política da Monarquia Portuguesa*, 1822).

[41] José Dias Ferreira, *Noções Fundamentais de Philosophia do Direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1864, Lição 18.ª, p. 368.

[42] António Luiz de Seabra, *A Propriedade Philosophia do Direito. Para servir de Introdução ao Commentario sobre a Lei dos Forais*, vol. I, Parte I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1850, p. 16.

"Artigo 179: A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio [...]" (*Constituição Política do Império do Brasil*, 1824).

"Artigo 145: A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino [...]" (*Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa*, 1826).

A formulação que encontramos primeiro Código Civil português é mais rica que a dos textos constitucionais. Primeiro, porque o Código caracteriza o Direito de liberdade, juntamente com outros, como "direito originário", que resulta "da própria natureza do homem". Quanto a estes direitos, afirmava ainda que "a lei civil [os] reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros".

Por último, apresentava uma definição de liberdade como o "livre exercício das faculdades físicas e intelectuais", compreendendo três áreas: "o pensamento, a expressão e a acção":

"Artigo 359°: Dizem-se direitos originários os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros. Estes direitos são:

1° O direito de existência;
2° O direito de liberdade;
3° O direito de associação;
4° O direito de apropriação;
5° O direito de defeza."

Artigo 361°: O direito de liberdade consiste no livre exercício das faculdades physicas e intellectuaes, e comprehende o pensamento, a expressão e a acção."

Em terceiro lugar, parece-me muito relevante o *favor* processual, previsto na disposição citada por Perdigão Malheiro antes referida (*Que a prova incumbe aos que requerem contra a liberdade, porque a seu favor está a presumpção plenissima de Direito*).

Será este ónus da prova de quem requer contra a liberdade um reconhecimento de que o próprio *favor* legislativo pode revelar-se insuficiente?

O Direito português oitocentista acolheu um *favor libertatis* no plano processual e no plano procedimental, criando aliás a figura do curador de escravos e libertos para assegurar, entre outros fins, a representação judicial destas pessoas e prosseguir da melhor maneira possível a causa da liberdade, promovendo a libertação de escravos e a efectiva liberdade dos libertos, através das acções de liberdade competentes, da recolha de fundos para resgate, da preparação para a liberdade[43].

Afinal, ainda hoje um favor específico como o *favor laboratoris* parece poder apontar-se como pressuposto da atribuição legal do ónus da prova ao empregador na justa causa de despedimento[44].

Na obra que analisei, elaborada num tempo em que a escravidão subsistia ainda no Brasil, Perdigão Malheiro expôs um regime jurídico que, coexistindo com essa condição aviltante, permitisse favorecer ao máximo a liberdade de escravos e libertos – para tal conjugou os textos romanos do *CIC*, os textos luso-brasileiros das *Ordenações* e legislação extravagante e a legislação brasileira posterior à independência, intentando garantir que, na dúvida, os escravos seriam sempre manumitidos/alforriados ou declarados livres.

A defesa da liberdade pode e deve, na época como hoje, ancorar uma interpretação e uma aplicação do Direito que dignifique o ser humano, por antonomásia o ser livre e igual aos seus iguais.

[43] Com desenvolvimento, o meu *Pessoa e Trabalho no Direito Português (1750-1878): Escravo, liberto, serviçal*, Lisboa: AAFDL / Lisbon Law Editions, 2016 , pp. 224-263, 357-365, 458-583, 508-530, 575-628, 711-718759-767.

[44] Em sentido contrário, Pedro Romano Martinez, "Interpretação e aplicação de normas laborais (Revisitação do *favor laboratoris*: ativismo jurídico *versus* segurança jurídica)", *cit.*, pp. 250-251.

TEIXEIRA DE FREITAS LEITOR DE SAVIGNY

Thiago Reis
Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

Resumen

La circulación y recepción internacional de las obras de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) constituyen un aspecto distinctivo de la primera globalización del pensamiento jurídico. Abarcando académicos y prácticos del derecho de Brasil hasta Japón, las lecturas de la obra savignyana ofrecen una perspectiva prometedora para entender cómo culturas jurídicas al rededor del mundo reaccionaron a los desafíos de la modernidad. Centrándose empiricamente en la circulación de libros y analíticamente en la adaptación de textos a contextos locales, este trabajo intenta capturar los aspectos creativos de la difusión del conocimiento jurídico. Ocupase de los lectores brasileños de Savigny en el siglo XIX, especialmente de la figura conocida de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883). El artículo sostiene que la obra savignyana proveyó un marco argumentativo central para puntos de discussión importantes en la cultura jurídica brasileña del XIX. La obra de Freitas documenta una lectura bastante intensa y productiva de Savigny que ha amoldado su mentalidad tanto normativa (esclavitud) cuanto metodológicamente (codificación). Analizando su apropiación selectiva de la obra de Savigny, el texto concluye que Freitas pudo reproduzir y subvertir nociones savignyanas siempre que el contexto local o sus convicciones personales lo exigieran.

Abstract

The international circulation and reception of the works of Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) constitute one of the main features of the first globalization of legal thought. Reaching law professors and practitioners from Brazil to Japan, readings of Savigny's books offer a promising perspective for understanding how legal cultures around the world coped with the challenges of modernity. By focusing empirically on the circulation of books and analytically on the adaptation of texts to local contexts, the approach forwarded here tries to capture the creative aspects of the diffusion of knowledge. For this purpose, it concentrates on Brazilian readers of Savigny in the 19th Century, especially on the celebrated lawyer Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883). It argues that Savigny's works provided a decisive argumentative framework for some of the main issues discussed in Brazilian jurisprudence of the time. Freitas' work documents a productive reading of Savigny that shaped his views on both normative and methodological issues, from slavery to codification. By tracing Freitas' selective appropriation of Savigny's texts, the article concludes that he was able both to reproduce and to subvert Savigny's conception of private law, whenever the local context and his personal convictions demanded him to.

Palavras chave

História do Direito Privado – metodologia jurídica – Savigny

Keywords

History of Private Law – legal methodology – Savigny

I. Savigny internacional

1.1 Um legado global com implicações locais

A circulação internacional da obra de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e sua recepção em diversas culturas jurídicas ao redor do mundo constituem um elemento central de um processo global de comunicação identificado na literatura como a primeira globalização no pensamento jurídico[1]. Savigny fazia – e em muitos países ainda faz – parte das leituras fundamentais de qualquer jurista minimamente interessado em teoria do direito privado e metodologia jurídica[2]. Poucas obras europeias do direito moderno foram lidas e citadas com tanta frequência ao redor do mundo como a monografia *Das Recht des Besitzes* (O Direito da Posse) de 1803, o conhecido panfleto de 1814 contra a codificação *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Da Vocação do nosso tempo para a legislação e ciência do direito) ou o clássico *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema de Direito Romano Atual) de 1840-49. Às adaptações e traduções do "aparato de ideias gerais"[3] desenvolvido por Savigny nessas obras vinculam-se tendências intelectuais e projetos de modernização em culturas jurídicas tão distintas entre si quanto Brasil, Rússia, Índia e China[4]. Desde meados do séc.

[1] Veja-se a respeito Duncan Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000", in D. Trubek – A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge, 2006, pp. 19-73, cf. esp. p. 27 ss. sobre Savigny.

[2] Não por acaso, uma obra de reconhecida influência também sobre a literatura jurídica brasileira como Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin et al., 1960, inicia sua parte histórica justamente com Savigny.

[3] Na famosa expressão de Rudolf Jhering, „Friedrich Karl von Savigny", in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 5 (1861), pp. 354-376, aqui p. 364.

[4] Quanto a esses países, cf. as contribuições de Konstantin Gnitsevich, Stefan Vogenauer e Maiofen Chen no volume organizado por T. Duve – J. Rückert, *Savigny international?*, Frankfurt, 2015 (no prelo).

XIX, a articulação de pontos centrais da "modernidade jurídica"[5] na reflexão de juízes, advogados e professores destes e outros países passa, necessariamente, pela leitura de Savigny.

No entanto, *como* analisar a repercussão internacional da obra de Savigny é ainda uma questão em aberto. De fato, um breve olhar sobre a literatura revela que a forma mais adequada de se descrever o impacto global de Savigny, em especial no que diz respeito às perspectivas que devem orientar a pesquisa dos processos de recepção em diferentes contextos, não é nada óbvia. Mesmo para o enfoque do presente trabalho, que define a apropriação da linguagem savignyana como recorte metodológico, pode parecer natural que se tome como ponto de partida representações tradicionais do imaginário histórico-jurídico. Assim, pode parecer natural que se parta, por exemplo, da imagem de um *Savigny romanista*, tido como representante máximo e vetor da disseminação do direito romano ao redor do globo[6]; ou de um *Savigny pandectista* que se distinguiria, acima de tudo, pela preocupação com aspectos epistemológicos como, por exemplo, a construção do sistema jurídico[7]; ou ainda de um *Savigny idealista* refém constante, ainda que de monta incerta, dos sistemas filosóficos de Kant, Fichte, Schelling ou Hegel[8]. Não por acaso, basta passar os olhos sobre as interpretações existentes para se notar que, dependendo do interesse particular e da formação intelectual do(a) autor(a), a figura de Savigny projetada para além do continente europeu reproduz invariavelmente diferentes narrativas históricas acerca do desenvolvimento do próprio direito europeu.

[5] A ênfase no significado de "modernidade jurídica" como um aspecto central do pensamento savignyano é característico da interpretação de Joachim Rückert, ver e.g. "Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method and the Modernity of Law", in *Juridica International* XI (2006), pp. 55-67, agora in Rückert, *Savigny-Studien*, Frankfurt, 2011, pp. 609-630.

[6] Enquadraria aqui autores que seguem, por exemplo, a linha de Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Munique, 1953.

[7] Nesta linha penso, por exemplo, em trabalhos que seguem a influente monografia de Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt/Main, 1958.

[8] Refiro-me aqui à igualmente influente narrativa de Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed., Lisboa 1993.

Contudo, ainda que sejam funcionais no seu contexto originário alemão ou europeu, essas representações podem conduzir a interpretações equivocadas sobre processos de recepção em perspectiva global. Isso acontece na medida em que elas ignoram limitações do horizonte discursivo local, bem como objetivos e intenções dos atores, além do próprio contexto institucional em que Savigny foi lido e discutido. Somente a partir de uma priorização de práticas locais é que se apreendem empiricamente aspectos centrais de processos de comunicação sobre o direito e outras estruturas normativas[9]. É necessário, portanto, um enfoque que se adéque à assimetria existente entre o contexto europeu, onde condições históricas específicas levaram a uma constante (re) atualização do significado da figura de Savigny desde o séc. XIX, e as estruturas institucionais e práticas culturais que caracterizaram a recepção da sua obra em outras partes do mundo[10].

Frente a essa preocupação, que apenas recentemente vem recebendo atenção da história do direito europeu[11], é útil retomar alguns debates no campo do direito comparado que têm se ocupado precisamente de aspectos metodológicos de temas sobre a difusão, recepção e adaptação do direito e do conhecimento jurídico em perspectiva global. William Twining, por exemplo, relacionou sobre o tema as seguintes perguntas-chave:

> "What were the conditions of the process, and the occasion for its occurrence? What was diffused? Through what channel(s)? Who were the main agents? To what extent were the characteristics of the change agents and

[9] Sobre a "priorização do local", cf. Thomas Duve, "Von einer Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive", in *Max Planck Institute for European Legal History Research Papers Series*, n.º 2012-01, p. 45 ss., agora em: http://ssrn.com/abstract=2139312

[10] Diego López Medina, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, 2004, p. 15 ss. enfatiza, num contexto semelhante, a diferença entre lugares de produção e lugares de recepção do saber jurídico.

[11] Veja-se e.g. Thomas Duve, "European Legal History – Global Perspectives", in *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, n.º 2013-06, agora em: http://ssrn.com/abstract=2292666

> their contexts similar or different? When and for how long did the process occur? Why did it start at that particular time? What were the main obstacles to change? How much did the object of diffusion change in the process? What were the consequences of the process and what was the degree of implementation, acceptance and use of the diffused objects over time?"[12]

Twining formula seus questionamentos num nível macro, pretendendo com isso encontrar um equilíbrio entre enfoques aparentemente antagônicos que enfatizam em demasia seja continuidades e longas linhas evolutivas[13], seja especificidades e originalidades locais[14]. Ambos perdem de vista nuances importantes da difusão de estruturas normativas e do conhecimento jurídico. Recepções são processos complexos que não se limitam à adoção passiva ou à reprodução acrítica do conhecimento. Elas implicam, ao contrário, a tradução de uma tradição cultural para um grupo específico de destinatários locais com objetivos concretos, buscando com isso aceitação num universo discursivo local. *Tradução* entende-se aqui em sentido amplo, significando tanto a versão de um texto para um outro idioma, quanto a introdução e a necessária adaptação de estilos de pensamento (*Denkstile*)[15] a contextos políticos, econômicos e institucionais distintos do originário. Neste enfoque, a tônica recai não sobre genealogias conceituais simplificadas, cujo "sentido" busca-se no direito romano, na ideia de sistema da ciência jurídica alemã do século XIX ou na filosofia do idealismo alemão;

[12] William Twining, "Social Science and Diffusion of Law", in *Journal of Law and Society*, vol. 32, n.º 2, junho (2005), p. 203-240, aqui 221.

[13] Caso de Alan Watson, *Legal Transplants. An approach to comparative law*, 2.ª ed., Atenas et al., 1993.

[14] Como e.g. Pierre Legrand, "The Impossibility of Legal Transplants", in *4 Maastricht Journal of European & Comp. Law*, 111 (1997), pp. 111-124.

[15] No sentido de Ludwik Fleck, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv* [1935], ed. por L. Schäfer – T. Schnelle, Frankfurt, 1980, p. 15: "estilo da vinculação de todos – ou de muitos – conceitos de uma época, fundado na sua influência recíproca" („stilgemäße Bindung aller – oder vieler – Begriffe einer Epoche, die auf ihrer gegenseitigen Beeinflussung beruht").

tampouco se limita a questões sobre a influência de um dado autor (geralmente europeu) sobre outro (geralmente não-europeu). Pelo contrário. A pergunta que interessa responder aqui diz respeito ao processo de apropriação e tradução de um determinado estilo de pensamento sob condições culturais específicas[16]. Neste sentido, o ponto de partida é constituído não por linhas evolutivas ou metanarrativas atemporais, e sim por argumentações concretas que se articulam num horizonte discursivo específico. Pressupõe-se, com isso, uma determinada configuração dos atores e uma "irritação"[17] do contexto local da recepção, na medida em que as argumentações conduzem a uma reconstrução interna dos seus pressupostos normativos, assumindo assim uma dinâmica própria.

1.2 Leitores brasileiros de Savigny e sua apropriação da linguagem savignyana

No caso da recepção de Savigny na literatura jurídica brasileira deve-se considerar, antes de tudo, algumas questões metodológicas que dizem respeito não apenas à complexidade do processo da recepção, cujas implicações locais não são sempre fáceis de se individualizar, mas também à identidade cultural do próprio direito brasileiro. Uma revisão da literatura indica que não é nada evidente considerar a recepção de Savigny no Brasil como um problema da história do direito brasileiro. Trata-se de um verdadeiro "obstáculo epistemológico"[18] que nos impede de problematizar o contexto local, bem como de tematizar como e com que finalidade Savigny foi lido e utilizado na cultura jurídica brasileira do império. Neste sentido, é significativo que se costuma atribuir à recepção de conceitos e estruturas normativas europeias um papel central na abor-

[16] Sobre esse ponto cf. Pierre Bourdieu, "Les conditions sociales de la circulation internationale des idées", in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 145 (déc. 2002), pp. 3-8.

[17] Sobre „legal irritants" ao invés de „legal transplants" ver Günther Teubner, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies", in *The Modern Law Review*, vol. 61, n.º 1 (1998), pp. 11-32, esp. p. 12.

[18] Na conhecida expressão de Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, 2004 (1938), que se refere a „la connaissance non questionée" (p. 17).

dagem da história do direito brasileiro. Dos habituais estudos de influência às mais simplistas histórias dos conceitos, vincular acontecimentos políticos e tendências intelectuais ao contexto europeu é um modelo interpretativo recorrente[19]. Não importa se, com isso, pretende-se afirmar uma vinculação do Brasil ou da América Latina em geral à Europa[20], ou se o objetivo é legitimar uma posição local brasileira através de um *pedigree* europeu[21] – a descrição de fenômenos locais através do recurso a um referencial externo encontra aqui, nos dois lados do atlântico, um denominador comum. Não é difícil perceber quão pouco essa estratégia explicativa tradicional realmente explica. Na realidade, ela rejeita de entrada qualquer possibilidade de se compreender e matizar a leitura, a tradução e a adaptação de textos a seus diferentes contextos. Mas o problema não reside apenas no fato deste enfoque ignorar aspectos centrais do processo de recepção. Nota-se aqui uma forma explicativa típica: "primeiro na Europa (ocidental), depois no resto do mundo", marcada por uma estrutura temporal que reconhece e valoriza as soluções jurídicas e a emergência de estruturas normativas brasileiras apenas na medida em que elas reproduzem (ou se desviam de) modelos europeus preestabelecidos. O presente artigo inte-ressa-se por Savigny, portanto, não como um legado europeu[22], mas sim como um legado global cuja adaptação a condições políticas, sociais e econômicas distintas não só revela aspectos centrais de diferentes culturas jurídicas, como também pode ajudar a aprofundar nosso conhecimento acerca do pensamento jurídico do próprio

[19] Nesta linha Jan Peter Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*, Tübingen, 2009. Sobre o livro, veja-se a minha resenha „Apologie des Pandektensystems", in *Rechtsgeschichte* 18 (2011), pp. 246-249.

[20] Para um exemplo dessa posição na literatura alemã, ver Eugen Bucher, „Zu Europa gehört auch Lateinamerika!", in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 12. Jg. (2004), pp. 515-547. Crítico já Duve, *Von einer Europäischen Rechtsgeschichte* (n. 9), p. 30.

[21] Crítico sobre essa estratégia de legitimação na literatura brasileira Airton Seelaender, „Verfassung und Verfassungsrecht in Brasilien (1824-1988)", in *Rechtsgeschichte*, vol. 16 (2010), p. 97-103.

[22] Assim Reinhard Zimmermann, *Savignys Vermächtnis. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Bedeutung einer europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen 2008.

Savigny ao apontar para regularidades e paralelos em diferentes processos de recepção[23].

Uma compreensão diferenciada desses processos é decisiva no que tange à utilização da linguagem savignyana na literatura jurídica brasileira do séc. XIX. Colocar-se o problema da linguagem impõe resolver uma questão preliminar: quais palavras utilizadas por Savigny são relevantes a ponto de oferecerem uma referência plausível para a análise da recepção? O que diferencia uma palavra-*-chave* de uma *simples* palavra? A pergunta pode parecer irrelevante, mesmo porque a *Savigny-Forschung* produziu, desde a década de 1980, conclusões inovadoras que deixam pouco espaço para dúvidas acerca do que é e do que não é relevante na obra de Savigny. Contudo, se o significado das palavras é o seu uso na linguagem, então as palavras-chave características da linguagem savignyana deixam-se apreender somente a partir do seu uso na literatura jurídica brasileira do séc. XIX. Evita-se com isso quaisquer projeções de narrativas ou representações europeias na interpretação da história do direito brasileiro. Nas páginas seguintes, a contextualização de discussões relativas a diversos aspectos do direito privado no Brasil do segundo reinado, sobretudo o confronto de posições divergentes no debate brasileiro, deverá indicar quais são os termos relevantes. Neste contexto, atribui-se um papel central à obra de Augusto Teixeira de Freitas, cujo nome marca tão fortemente a recepção de Savigny no Brasil. Um panorama geral da literatura jurídica brasileira da época mostrará que a admiração de Freitas por Savigny estava longe de ser uma exceção. Outros autores importantes da época como, por exemplo, Antonio Joaquim Ribas, Paula Baptista ou mesmo Luiz Gama serviram-se de Savigny para legitimar e fundamentar suas posições, nem sempre em concordância com o sentido do texto em seu contexto original. O presente artigo interessa-se justamente por

[23] Sobre este enfoque ver, p. ex., Dipesh Chakrabarty, *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton, 2000, p. 16: "European thought is at once both indispensable and inadequate in helping us to think through the experiences of political modernity in non-Western nations, and provincializing Europe becomes the task of exploring how this thought – which is now everybody's heritage and which affects us all – may be renewed from and for the margins".

essas divergências entre o texto original e o contexto local em que foi introduzido. É justamente neste hiato que aflora o componente criativo e original do processo de recepção. Mas nenhum dos autores citados ocupou-se de forma tão intensa – e tão produtiva – com a obra de Savigny no Brasil como Freitas. Em razão disso, sua trajetória será usada, num primeiro momento, como ponto de entrada na cultura jurídica brasileira de meados do séc. XIX. Num segundo momento, dois eixos temáticos das discussões brasileiras serão aprofundados: primeiro, os debates em torno da abolição da escravidão; segundo, os trabalhos preparatórios da codificação do direito civil desde a década de 1850. Ambos os contextos interessam tanto por sua relevância no Brasil do séc. XIX, quanto pelo papel, por vezes até inusitado, que a obra de Savigny neles assumiu.

2. Savigny no Brasil

2.1 Teixeira de Freitas como leitor de Savigny

Como bem se sabe, uma investigação a respeito da recepção de Savigny no Brasil não pode ignorar a figura genial e controversa de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883). Sua admiração por Savigny encontra-se praticamente em cada página de seus escritos e constitui um lugar comum da história do direito civil brasileiro[24]. Em razão de seu trabalho no primeiro esforço de codificação do direito civil brasileiro, Freitas é considerado o mais importante representante da ciência jurídica brasileira do Império[25], para alguns inclusive

[24] Veja-se e.g. José Carlos Moreira Alves, "A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador", in S. Schipani (ed.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, Padova, 1983, pp. 17-39, aqui 20; Ricardo M. Fonseca, "Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX", in *Quaderni Fiorentini*, vol. XXXV (2006), pp. 339-371, aqui 354; também Alfredo Flores, "O papel de Teixeira de Freitas no contexto do pensamento jurídico do Séc. XIX", in *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, vol. 1 (2006), Art. 1, p. 6.

[25] A melhor fonte sobre a vida e obra de Freitas continua sendo Silvio Meira, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro, 1979; útil para informações e fontes Sá Vianna, *Teixeira de Freitas. Traços biographicos*, Rio de Janeiro, 1905.

detodo o direito civil latino-americano[26]. Apesar de tais exageros – que se explicam, em última análise, pelo significado fundacional da figura de Freitas para uma literatura jurídica relativamente pobre em grandes nomes no séc. XIX[27] – não se pode ignorar o rigor e a profundidade de sua reflexão. Neste sentido, são especialmente instrutivos os trabalhos preparatórios da codificação, sobretudo a sofisticada introdução à *Consolidação das Leis Civis* (1857)[28] e a polêmica *Nova Apostilla* (1859)[29] em que ele critica o projeto de codificação português então em discussão. Como advogado bem sucedido e parecerista do Conselho de Estado na Corte do Rio de Janeiro, Freitas deixou uma obra relevante que impressiona ainda hoje não apenas por seu conhecimento profundo da literatura da época, como também pela coerência teórica e preocupação prática de sua argumentação. Como mostra sua obra de maturidade[30], ele permaneceu até o final da vida vinculado à prática jurídica, incorporando-a constantemente à sua reflexão teórica, sem contudo se esquivar de discussões metodologicamente sofisticadas como se verá abaixo em relação à escravidão e aos pressupostos da codificação. Tanto o pensamento quanto a ação de Freitas

[26] Cf. e.g. o sempre citado trecho de Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1928, p. 89: "genio do direito civil na América". A maioria dos trabalhos publicados em Sandro Schipani (Hg.), Augusto Teixeira de Freitas (n. 24) reproduzem essa imagem.

[27] Pontes de Miranda, *Fontes e evolução* (n.º 26), p. 90: "Não chegaram a 15 os bons volumes brasileiros sobre direito civil antes do Codigo". Visão geral sobre a literatura no império em Pedro Dutra, *A Literatura Jurídica no Império*, Rio de Janeiro, 2004, esp. 43ss.

[28] Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, 1857 (2ª ed. 1865, 3ª ed. 1876).

[29] Teixeira de Freitas, Nova Apostilla à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Codigo Civil Portuguez, Rio de Janeiro, 1859.

[30] As últimas publicações de Freitas caracterizam-se pela preocupação eminentemente prática de adaptar autores consagrados do direito português à prática judicial brasileira, veja-se apenas os títulos: *Primeiras linhas sobre o processo civil, por Pereira e Souza, accommodadas ao Fôro do Brazil*, 3 vols., Rio de Janeiro, 1879; *Doutrina das Acções, por J. H. Corrêa Telles, accommodada ao fôro do Brazil até o anno de 1877*, Rio de Janeiro, 1880; *Formulario dos contractos, testamentos e de outros actos do tabellionato*, Rio de Janeiro, 1881; *Tratado dos testamentos e successões, por Antonio Joaquim Gouvêa Pinto, accommodado ao fôro do Brazil até 1881*, Rio de Janeiro, 1881.

combinam, de forma bastante característica para o contexto brasileiro da época, pretensão de cientificidade, preocupação com a aplicação prática do direito e vontade de reforma. Logo, é interessante aprofundar as condições de trabalho de Freitas, até porque elas apontam para diferenças importantes entre os contextos brasileiro e alemão.

2.2 Condições institucionais e contexto da recepção de Savigny

Nascido na Vila de Cachoeira, cidade relevante no movimento brasileiro de independência e cujas "relações sociais e civilização"[31] impressionaram inclusive a Spix e Martius, Freitas pertencia à primeira geração de juristas brasileiros formados nos recém estabelecidos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo. Ao contrário das colônias da América espanhola, onde a fundação das primeiras universidades no México e no Peru remonta ao séc. XVI e se contava, à época da independência, com 25 universidades, a monarquia portuguesa não apenas proibiu a fundação de cursos superiores no Brasil, como também reforçou, pelo estudo em Coimbra, a dependência cultural da colônia em relação à metrópole[32]. Até a transferência da Corte portuguesa para o Rio de Janeiro em 1808 em função das guerras napoleônicas, havia limitações de acesso não apenas a estudos superiores, mas também às condições fundamentais de diferenciação de uma prática cultural. Isso se nota, por exemplo, no controle da produção e circulação de livros[33]. Essa situação precária influiu também sobre as condições institucionais da ordem normativa a ser construída no Brasil independente.

[31] Spix-Martius, *Reise in Brasilien, auf Befehl Sr. Majestät Maximilian Joseph I. Königs von Bayern, in den Jahren 1817 bis 1820*, vol. 2, Munique, 1828, p. 713, 18.02.1819: „Die gesellschaftlichen Verhältnisse und die Civilisation in dieser reichen Villa gleichen denen von Bahia [sc. hoje Salvador]".

[32] José Murilo de Carvalho, *A Construção da Ordem. A elite política imperial/ Teatro de Sombras. A política imperial*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 2010, p. 69ss. oferece um quadro comparativo entre as colônias portuguesa e espanhola no que diz respeito à presença das universidades e do seu desenho institucional.

[33] Sobre o controle português da produção e comercialização de livros na colônia Laurence Hallewell, *O Livro no Brasil: Sua História*, 2ª ed., São Paulo, 2005, p. 95ss.

Significativamente, o tema do ensino acadêmico, principalmente do ensino jurídico em razão de sua importância para a formação e socialização de uma elite burocrática, teve papel destacado nos debates sobre reforma institucional durante a Constituinte de 1823[34]. Caracterizada por uma severa crítica ao modelo da faculdade de direito de Coimbra[35], a fundação dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda em 1827 foi fundamental para socializar e formar a elite política que desempenharia um papel central na consolidação da monarquia e da unidade territorial brasileira frente à fragmentação decorrente dos movimentos de independência na América espanhola[36]. Mas a importância das faculdades de direito residia menos no conhecimento ali transmitido, cujas deficiências os contemporâneos não se cansavam de apontar, do que no estabelecimento de redes e afinidades políticas que elas propiciaram[37]. Não por acaso pode-se reconstruir, a partir dos alunos que frequentaram os cursos de São Paulo e Olinda na década de 1830, os grupos que marcariam, no Brasil imperial, a política, a prática e o ensino acadêmico do direito ao longo da segunda metade do séc. XIX. A reflexão de Freitas em torno da obra de Savigny situa-se precisamente na época em que essa primeira geração de juízes, advogados e estadistas formados no Brasil começa a atuar promovendo, desde meados do séc. XIX, tentativas de modernizar as instituições. Considerando que as primeiras décadas após a

[34] Cf. José Honório Rodrigues, *A Assembléia Constituinte de 1823*, Petrópolis, 1974, p. 84ss.

[35] Sobre o modelo coimbrão, veja-se a crítica de Bernardo Pereira de Vasconcelos (1795-1850), "Discurso na Câmara dos Deputados, Sessão de 7 de agosto de 1826", in J. M. de Carvalho (ed.), *Bernardo Pereira de Vasconcelos*, São Paulo, 1999, p. 44. Vasconcelos estudou em Coimbra entre 1813-1819.

[36] A importância das faculdades de São Paulo e Olinda como fatores de unidade é enfatizada também por Ricardo Marcelo Fonseca, *Os juristas e a cultura jurídica brasileira* (Fn. 24), p. 364ss; é a tese central de Carvalho, *A Construção da Ordem* (Fn. 32), Capítulo 3.

[37] A qualidade do ensino jurídico em Olinda e São Paulo dos primeiros anos foi questionada frequentemente, cf. e.g. as referências de Nabuco de Araújo, com quem Freitas dividiu os bancos de Olinda entre 1831-1836, in Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, vol. 1, São Paulo 1936, p. 11ss. Ver sobre o tema também a análise clássica de Alberto Venâncio Filho, *Das Arcadas ao bacharelismo*, São Paulo, 1977, p. 57ss.

independência foram marcadas por esforços de consolidação interna de uma monarquia constitucional, a década de 1850 se caracteriza por uma verdadeira "febre de reformas"[38] com o objetivo de promover o progresso econômico e social do país.

Obviamente, as reformas tratavam de temas extremamente complexos não apenas do ponto de vista político, mas também de sua configuração jurídica. Ainda mais quando se pensa na precariedade do ensino jurídico e do saber que então circulava. Por outro lado, a cultura jurídica do Império[39] se mostrou capaz de articular respostas jurídicas para as questões econômicas e sociais da época. Exemplos disso são o Código Comercial[40] de 1850, a abolição do tráfico ou a Lei de Terras do mesmo ano; a reforma do sistema de crédito com as várias leis sobre sociedades anônimas, bancos e hipotecas entre 1849-1864; assim como o projeto de um moderno Código Civil desde 1855. Este se mostrava necessário, visto que até a sua promulgação deveria continuar em vigor a respectiva legislação portuguesa da época colonial, o que, para o direito civil, significava a manutenção das normas confusas e lacunosas do livro IV das Ordenações Filipinas de 1603[41]. Para elaborar o projeto da nova codificação, o então ministro da justiça Nabuco de Araújo (1813-1878) convidou Freitas, advogado de renome na Corte que havia sido colega de Nabuco nos bancos da faculdade de direito de Olinda, além de já ter colaborado com o

[38] Frase do clássico Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo, 2004 (1193⁶), p. 74.

[39] Sobre a pergunta se é possível falar de uma "cultura jurídica brasileira", cf. as observações pertinentes de Fonseca, "Os juristas e a cultura jurídica brasileira" (Fn. 24), p. 343ss.

[40] Cf. Lima Lopes, "A formação do direito comercial brasileiro. A criação dos Tribunais de Comércio do Império", in *Cadernos Direito GV*, vol. 4, n. 6, Novembro 2007.

[41] Sobre a situação do direito civil no Brasil antes da codificação, cf. Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução* (n. 26), p. 49ss; Moreira Alves, "A formação romanística de Teixeira de Freitas" (n. 24), S. 17s; Ricardo Fonseca, "A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 44, 2006, p. 61-76, aqui 62ss. Sobre as *Ordenações* cf. Ignacio M. Poveda Velasco, "Ordenações do Reino de Portugal", in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 89, 1994, p. 11-67.

ministério em outros projetos de reforma legislativa[42]. De acordo com o plano do ministério, primeiramente deveria ser consolidado e classificado o direito vigente, mesmo que entrado em vigor antes de 1822, para ser posteriormente codificado sobre uma base nova[43]. Freitas concluiu a primeira etapa do trabalho em 1857 com a publicação da já mencionada *Consolidação das Leis Civis*, tendo sido comissionado com a segunda parte do trabalho em 1859, cuja versão preliminar publicou entre 1860-65 como *Esboço*[44]. Freitas dispôs de grande liberdade tanto em relação aos pressupostos metodológicos quanto aos princípios que deveriam orientar o novo código[45]. Não por acaso, a *Consolidação*, que em princípio deveria apenas compilar o direito vigente, já continha inovações. Mas os planos de Freitas fracassaram após sucessivas alterações no plano original[46] e longas negociações com o ministério que levaram à resolução do seu contrato com o governo em 1872[47]. Como bem se sabe, o Brasil teria que esperar até 1899, quando a República conseguiu reunir vontade política suficiente em torno do projeto de Clóvis Beviláqua (1859-1944), para encaminhar o Código Civil.

[42] Sobre a relação entre Freitas e Nabuco de Araújo, que lhe entregou o projeto da codificação, ver Silvio Meira, *Teixeira de Freitas* (n. 25), p. 98ss; Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Imperio*, vol. 1, Rio de Janeiro, 1936, p. 244ss.

[43] Sobre a especificidade deste procedimento, cf. Corrado Pecorella, "Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana", e Alejandro Guzmán Brito, "Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas", ambos in S. Schipani (Fn. 20), p. 221-239 und p. 255-267, respectivamente.

[44] Teixeira de Freitas, *Código Civil – Esboço*, 6 fascículos, Rio de Janeiro, 1860-1865.

[45] Segundo ele mesmo indicou, cf. Teixeira de Freitas, *Consolidação* 1857 (n. 28), p. VI.

[46] Freitas trabalhava desde, pelo menos, 1865, quando foi publicado o último fascículo do Esboço, com a ideia de um Código Geral que unificaria o direito privado através da abstração conceitual, regulando a matéria num único código, ao qual se vinculariam códigos especiais sobre direito civil e comercial. Ver sobre isso a exposição de motivos de Freitas na carta ao Ministro da Justiça em 20.09.1867, reproduzida in Silvio Meira, *Teixeira de Freitas* (n. 25), p. 373-378; cf. Moreira Alves, "A formação romanística" (n. 24), p. 37ss.

[47] Quanto ao fracasso dos projetos de Freitas, costuma-se atribuir importância à desavenças com o então Ministro da Justiça José de Alencar, que discordava da ideia de um Código Geral, cf. sobre isso Meira, *Teixeira de Freitas* (Fn. 25), p. 379ss.

3. Savigny e Freitas: um primeiro exame da linguagem

Apesar do fracasso de seu projeto de codificação, Freitas deixou uma obra importante que contribuiu significativamente para a modernização do direito privado brasileiro no séc. XIX. Fontes da época indicam que, até a entrada em vigor do Código Civil em 1917, a *Consolidação* funcionou *de facto* como direito vigente, fornecendo importante orientação à prática jurídica[48]. No que diz respeito à recepção de Savigny, no entanto, os projetos de lei são menos importantes do que a introdução à *Consolidação* e a *Nova Apostilla*. Basta contrastar a obra de Freitas com a literatura jurídica da época para notar em ambos uma forma nova e moderna de se falar sobre o direito e sua ciência. Essa nova linguagem não encontra paralelo em nenhum outro autor brasileiro em meados do séc. XIX, indicando uma ruptura na história do direito privado brasileiro[49]. Se, por um lado, a tradição portuguesa de Mello Freire é continuada no primeiro manual de direito civil do Brasil pós-independência, nas *Instituições de Direito Civil Brasileiro* de Trigo de Loureiro (1793-1870)[50], percebe-se em Freitas a preocupação com uma série de novos problemas e um aparato conceitual moderno que será assimilado e desenvolvido por outros autores ao longo do séc. XIX. Trata-se de questões de epistemologia jurídica como, por exemplo, o papel da construção sistemática no direito, tema ao qual Freitas dedicou uma atenção considerável como se verá abaixo no seu embate com o projeto português de Seabra; trata-se de questões sobre o limite do direito civil codificado, tanto em relação a outros campos do direito privado como o direito comercial, quanto em relação ao direito constitucional; trata-se de questões

[48] Sobre a importância da *Consolidação* para a prática jurídica, cf. Clóvis Beviláqua, "Observações para esclarecimento do Codigo Civil Brazileiro", in *Projecto de Código Civil Brazileiro*, Rio de Janeiro 1902, p. 6. Veja-se também Fonseca, "A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação" (n. 41), p. 69.

[49] Fonseca, "Os juristas e a cultura jurídica brasileira" (n. 24), p. 354 também identifica na linguagem moderna um aspecto decisivo da *Consolidação* de Freitas.

[50] Basta ver o título: *Instituições de Direito Civil Brasileiro, extrahidas das Instituições de Direito Civil Lusitano do eximio Jurisconsulto Portuguez Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e augmentadas nos lugares competentes com a substancia das leis brasileiras*, 2 vols., Pernambuco, 1851.

como a relevância econômica da codificação; trata-se, finalmente, também de questões normativas como a constituição jurídica da liberdade no direito privado e o seu impacto sobre a escravidão.

Basta folhear a obra de Freitas para se perceber que suas respostas a essas e outras questões foram diretamente influenciadas pela leitura de Savigny. Isso se nota não apenas na utilização de expressões diretamente reconduzíveis ao léxico savignyano como, por exemplo, "relação jurídica" (*Rechtsverhältnis*) ou "instituição de direito" (*Rechtsinstitut*), mas também em passagens inteiras onde Freitas parafraseia Savigny, muitas vezes sem qualquer referência. Isso torna a identificação do uso que Freitas faz da linguagem savignyana especialmente difícil, pois frequentemente se trata de nuances perceptíveis apenas em comparação direta com o próprio texto savignyano. Exemplos disso são termos e contraposições características do idealismo objetivo de Savigny como: "unidade superior", "idéa superior" (*höhere Einheit* ou *Idee*), "natureza livre" vs. "natureza não livre" (*freie* vs. *unfreie Natur*), "relações de família" (*Familienverhältnisse*); ou ainda expressões típicas da linguagem organicista do *System* como "ente" (*Wesen*), "organismo" (*Organismus*), "manifestações exteriores" e "desenvolvimento de um direito" (*äußere Erscheinung* e *Entwicklung eines Rechts*) [51]. Deve-se ter em mente essas expressões típicas[52] para que se possa acompanhar a leitura e apropriação que Freitas faz de Savigny. Analisar essa linguagem específica é condição para que não se repita os lugares-comuns sobre elogios de Freitas ao autor alemão, aprofundando aspectos de sua reflexão jurídica que até hoje foram pouco estudados na literatura brasileira.

Finalmente, também é importante prestar atenção no horizonte literário do leitor brasileiro do séc. XIX: em comparação com

[51] Todos os exemplos são da introdução à *Consolidação* (n. 28), mais sobre o tema abaixo, pela n. 100.

[52] Desde o trabalho fundamental de Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, estabeleceu-se na literatura sobre Savigny a convicção de que essas e outras palavras-chave devem ser interpretadas como indicadores de um idealismo objetivo característico da concepção jurídica de Savigny. Para uma incorporação positiva da tese de Rückert cf. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, 2ª ed., Munique 2012, p. 195s.

quais outros autores europeus leu-se Savigny no Brasil? Como a maioria de seus contemporâneos, Freitas leu Savigny nas traduções francesas disponíveis no Brasil desde a década de 1850 através de conhecidos livreiros como os irmãos Garnier e Laemmert[53]. Da vasta obra de Savigny, Freitas citou sobretudo o *System* na tradução de Guénoux publicada entre 1840 e 1851 em Paris, além do *Besitz* na tradução de D'Audelange publicada também em Paris em 1841[54]. A literatura jurídica francesa esteve enormemente presente no Brasil desta época, tanto em função de meios de difusão viabilizados pelo mercado livreiro, como da proximidade da língua[55]. Outros autores alemães como, por exemplo, Mackeldey, Marezoll ou Falck também foram lidos em francês. Por outro lado, ao que tudo indica, Puchta não circulou entre os juristas brasileiros do séc. XIX. Igualmente significativo é o fato de Freitas não ter lido o *Beruf*, a conhecida polêmica de Savigny contra a codificação do direito civil alemão proposta por Thibaut em 1814, tido hoje como um dos momentos inaugurais da Escola Histórica. Este é certamente o maior paradoxo na leitura que Freitas faz da obra savignyana, considerando que foi ele o encarregado de promover a primeira codificação do direito civil brasileiro. O paradoxo não se deve, contudo, à ignorância de Freitas. Basta folhear seus textos para perceber justamente o contrário: Freitas conhecia a literatura europeia do séc. XIX como pouquíssimos brasileiros. O paradoxo deriva do simples fato de que, ao que tudo indica, o *Beruf* de Savigny não era acessível à cultura jurídica brasileira do Império[56]. Na literatura brasileira, as

[53] Sobre o papel inovador desses livreiros no Rio de Janeiro e a expansão do mercado livreiro francês no Brasil, cf. Laurence Hallewell, *O Livro no Brasil: sua história* (n. 33), p. 197ss. Sobre o papel do mercado livreiro na circulação de conhecimento no Rio de Janeiro, cf. Tania Cruz Ferreira, "Livros e cidadania no Rio de Janeiro do século XIX", in Carvalho – Campos, *Perspectivas da cidadania no Brasil Império*, Rio de Janeiro, 2011, p. 305-327.

[54] Sobre as traduções francesas de Savigny cf. a contribuição de Alfred Dufour no volume a ser publicado por Thomas Duve e Joachim Rückert (cit. n. 4).

[55] Para uma análise minuciosa da utilização que Freitas faz da literatura francesa, inclusive com um index de citações, cf. Pierre Villard, "La Tradition juridique française dans l'oeuvre de Teixeira de Freitas", in Schipani (n. 24), pp. 269-287.

[56] A primeira tradução francesa do *Beruf* é de Alfred Dufour e foi publicado pelas PUF em 2006.

primeiras referências ao debate codificatório alemão iniciado em 1814 encontram-se no *Curso de Direito Civil Brasileiro* de Antônio Joaquim Ribas publicado em 1865. Ao final de sua exposição, Ribas incluiu um relato de 50 páginas *Sobre a oportunidade da codificação*, no qual disserta acerca das posições de Thibaut e Savigny[57]. Seu relato, contudo, deriva da literatura secundária[58], o que indica que ele também não conheceu o texto original do *Beruf*. Um panorama da literatura brasileira de direito civil no séc. XIX confirma que, de fato, o *System* e o *Besitz* foram as obras de Savigny que lhe renderam sua enorme reputação entre os juristas brasileiros da época – e não a polêmica da codificação. Obras fundadoras da Escola Histórica como o *Beruf* ou a introdução à *Revista de Ciência Histórica do Direito* (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*) de 1815 eram ou completamente desconhecidas do público brasileiro, ou conhecidos de segunda mão[59]. Esse fato banal por si so já coloca em cheque o uso indiscriminado, a que se aludia na introdução, de narrativas moldadas para o contexto europeu. Fica evidente, assim, a importância de um levantamento empírico dos textos que circulavam num dado lugar numa dada época como um aspecto central da recepção da literatura europeia no Brasil imperial[60].

[57] Antonio Joaquim Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 1, Rio de Janeiro, 1865, p. 70 e 349ss. Na p. 45 Ribas indica que irá expor a doutrina da Escola Histórica com mais detalhe porque esta ainda é pouco conhecida no Brasil.

[58] As fontes de Ribas eram: Falck, *Juristische Encyklopädie*, Leipzig, 1839; Lerminier, *Introduction Générale a l'Histoire du Droit*, Paris, 1835; Belime, *Philosophie du Droit, ou Cours d'Introduction a la Science du Droit*, vol. 1, Paris, 1844.

[59] Confirma-se assim também para o Brasil a ponderação de Wolfgang Kunkels, segundo o qual são os trabalhos de dogmática jurídica de Savigny – e não o Beruf – que estão na raiz de sua fama internacional, cf. de Kunkel, "Savignys Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche Recht", in *Juristenzeitung*, vol. 15/16, 1962, p. 457-463, aqui 458.

[60] Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien* (n. 19), p. 36 ignora esse fato elementar ao afirmar que Freitas não compartilhava a posição anticodificatória de Savigny em razão de uma cultura da codificação enraizada no país desde as *Ordenações*.

4. Panorama dos leitores de Savigny em Recife e São Paulo na década de 1850

4.1 Leitores de Savigny no ambiente acadêmico de Recife

Certamente, Freitas não foi o único jurista a ocupar-se de Savigny no Brasil do séc. XIX. Desde o início da década de 1850 encontram-se, na Faculdade de Direito de Olinda e, posteriormente, no Recife, indícios de que textos de Savigny foram citados e utilizados em diferentes contextos. Muitos indícios derivam da literatura secundária e baseiam-se em fontes de difícil localização. São significativos na medida em que apontam o grau de difusão da obra savignyana no contexto brasileiro. Referências a Savigny encontram-se, por exemplo, em 1852 nas páginas de Braz Florentino Henriques de Souza (1825-1870)[61], desde 1860 lente de Direito Civil no Recife e, posteriormente, membro da comissão revisora da projeto de codificação de Freitas. Num panfleto polêmico que reuniu em 1854 artigos publicados na imprensa local sob o título *O commercio a retalho*, Braz Florentino defendia a liberdade no comércio varejista e citava Savigny ao lado de nomes do liberalismo clássico como Adam Smith, Turgot e Say[62]. Mesmo sem dispor de informações mais detalhadas sobre este texto, é interessante notar o contexto em que se cita Savigny, não apenas em função das conexões que Braz Florentino realiza, mas sobretudo pelo fato de ele recorrer ao autor alemão como autoridade jurídica num contexto local específico[63]. Em

[61] Título completo: *O Commercio a retalho, ou apreciação dos argumentos invocados em favor do exclusivo desse ramo de commercio para os brazileiros*, Recife, 1854. Infelizmente, a obra não pôde ser encontrada.

[62] Segundo Clóvis Beviláqua, *Historia da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 1, Rio de Janeiro, 1927, que a partir da p. 35 reproduz alguns trechos significativos do panfleto de Braz Florentino.

[63] A questão do varejo estava na pauta liberal dos debates locais desde a Revolta Praieira de 1848. Ponto central da controvérsia era justamente o controle do comércio varejista, se ele caberia aos brasileiros como sustentavam os liberais, ou se deveria ser acessível a todos, como queriam os conservadores que defendiam, na prática, a permanência do comércio nas mãos de portugueses, franceses e ingleses. Sobre a importância do comércio varejista na distinção entre liberais

que medida e exatamente quais textos de Savigny foram decisivos para a defesa da liberdade comercial proposta por Braz Florentino permanece incerto até a localização das fontes originais. Mas o próprio fato de que Savigny era lido e citado no Recife na mesma época em que Freitas o fazia no Rio de Janeiro, e ainda por cima num contexto central para a sociedade local, já é significativo. De modo geral, vale lembrar ainda que a Faculdade de Direito do Recife se tornou, posteriormente, um centro de recepção e difusão da literatura jurídica alemã, sobretudo com Tobias Barreto no final do séc. XIX[64]. Uma prova dessa admiração pela literatura jurídica alemã e por Savigny em particular encontra-se ainda em 1908 no *Systema de Direito Civil Brasileiro* de Eduardo Espínola (1875-1968), um dos juristas brasileiros mais importantes do início do séc. XX, que dedica sua obra "à memoria dos eminentes jurisconsultos allemães, cuja influencia foi decisiva em minha educação jurídica", em primeiro lugar à de Savigny[65].

4.2 Leitores de Savigny entre Recife e São Paulo: em torno à teoria da interpretação

Um exemplo particularmente ilustrativo da maneira como se utilizou Savigny como arma argumentativa em discussões acadêmicas no Brasil imperial pode ser reconstruído a partir dos textos de Francisco de Paula Baptista (1811-1881) e do citado Antonio Joaquim Ribas (1820-1890). Ao lado de Braz Florentino, trata-se de nomes importantes das faculdades de Olinda e São Paulo que publicaram alguns dos manuais jurídicos mais difundidos da segunda metade do séc. XIX. Na década de 1860, Paula Baptista e Ribas travaram um conhecido debate[66] que trouxe à tona posições

e conservadores, ver Marcus de Carvalho, "Movimentos sociais: Pernambuco (1831-1848)", in Grinberg – Salles (eds.), *O Brasil Imperial*, vol. 2, Rio de Janeiro, 2011, p.123-183, aqui 165ss.

[64] Sobre esse tema, que extrapola os limites do presente artigo, ver Mario Losano, *La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano*, Bolonha, 1974.

[65] Eduardo Espínola, *Systema de Direito Civil Brasileiro*, vol. 1, *Introdução e Parte Geral*, Bahia, 1908.

[66] Cfr. Lima Lopes, *O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império*, São Paulo 2010, p. 72ss.

contrárias sobre a função da interpretação jurídica, mostrando concretamente como se argumentava com Savigny em discussões brasileiras de direito privado. No centro do debate estavam questões sobre os limites da interpretação doutrinária, bem como sobre o reconhecimento do "povo" e de uma certa concepção de "direito vivo" como fator autônomo no desenvolvimento do direito. O próprio teor dos textos indica que se tratava de temas relevantes para a época, afetando não só a legitimidade do conhecimento produzido nos recém criados cursos jurídicos de Olinda e São Paulo, como também a oposição política ao processo de centralização conservadora da estrutura normativa do Império. Com o Ato Adicional de 1834 os liberais haviam introduzido importantes reformas na Carta de 1824, garantindo sobretudo maior autonomia e poder decisório às províncias. Na década de 1840, ao revés, verifica-se um retorno de iniciativas conservadoras na política do Império, culminando com a Lei de Interpretação do Ato Adicional em maio de 1840. Os dispositivos da lei pretendiam, através de uma hermenêutica extremamente restritiva, neutralizar tanto o conteúdo normativo de termos politicamente relevantes da reforma liberal como, por exemplo, "municipal", "polícia" ou "magistrado", quanto competências legislativas e administrativas[67]. O fortalecimento do poder central em detrimento das províncias baseava-se justamente nessa reformulação do aparato interpretativo que deveria marcar a consolidação da política conservadora até a década de 1850.

O *Compendio de Hermeneutica Jurídica* (1860) de Paula Baptista oferece um ponto de entrada esclarecedor nos termos desse debate. Trata-se de uma passagem onde ele, polemizando com Savigny, defende uma visão estritamente legalista da interpretação:

> "Savigny censura os que limitam a interpretação aos casos accidentaes de obscuridade, diz que ella acompanha a applicação de todas as leis, (seus discipulos accrecentam

[67] Cfr. Bonavides – Andreade, *História Constitucional do Brasil*, Brasília 1989, p. 122ss; De uma perspectiva distinta Carvalho, *A Construção da Ordem* (n. 29), p. 255ss; cfr. também Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo 2001 (11957), p. 379ss.

> *ainda as mais claras*) e a define "*reconstrução do pensamento contido na lei*". Não descubro razão para adoptar uma doutrina como esta, tão vaga e absoluta, com preferencia ao que existe a tal respeito, de positivo e concreto, que he simples, e simplesmente se desenvolve, e se explica"[68].

Ainda que conte pouco mais de 50 páginas, o *Compendio* se manteve a principal referência no tema até a publicação de *Hermenêutica e Aplicação do Direito* por Carlos Maximiliano em 1925[69]. Paula Baptista esforçava-se em refutar a teoria que, associada a Savigny, pretendia enfraquecer a força normativa da legislação através do alargamento do objeto da interpretação. O próprio prólogo já anunciava que o livro pretendia salvar a hermenêutica jurídica da confusão em que esta então se encontrava "sob o nome falso de sistema". De fato, a regra *in claris cessat interpretatio* se lhe afigurava tão evidente que ele se via incapaz de assimilar a "teoria vaga e absoluta" de Savigny. Por que razão alguém deveria duvidar de uma lei clara e explícita era algo que fugia à sua compreensão.

Uma longa nota sobre interpretação autêntica na penúltima página do texto mostra, entretanto, que sua crítica a Savigny não se baseava apenas em incompreensões, mas também em divergências fundamentais. Paula Baptista opunha-se à noção de um "direito como existindo na consciencia do povo, formando-se no seio da communhão, e nascendo d'ahí os usos como continuação da elaboração deste direito popular, segundo as necessidades crescentes e variáveis da sociedade, e com a força inherente e propria de revogar as leis escriptas, além de não coadunar-se com a legislação pátria [...]"[70]. Uma teoria das fontes do direito que sustentasse um tal direito costumeiro entraria não apenas em contraposição direta com a legislação nacional, como seria também, do ponto de vista teórico, pura especulação. Paula Baptista vê na

[68] Paula Baptista, *Compendio de Hermeneutica Jurídica*, 2ª ed., Recife, 1868 (1860), p. 8.

[69] Significativamente, Carlos Maximiliano, *Hermeneutica e Aplicação do Direito*, Porto Alegre, 1925, p. 115. utiliza justamente a crítica de Paula Baptista a Savigny para enfatizar a posição conservadora do *Compendio* em contraposição à necessidade de uma teoria da interpretação liberal na República.

[70] Paula Baptista, *Hermeneutica Juridica* (n. 68), p. 47, n. 2.

"onipotência" de um direito baseado em usos e costumes nada mais que uma porta aberta para a arbitrariedade e o caos na aplicação do direito, precisamente aquilo que o centralismo conservador – posteriormente também o liberal – pretendiam evitar.

A passagem citada acima indica também que, para Paula Baptista, não se tratava apenas de refutar Savigny, e sim de criticar a posição de seus "discípulos" que pretendiam aplicar suas regras de interpretação também *às leis mais claras*. Com isso ele não se referia a membros da Escola Histórica, pois o texto não faz nenhuma menção a autores alemães. Pelo contrário, a crítica dirige-se a um "discípulo" brasileiro de Savigny, precisamente Ribas, cujo *Curso de Direito Civil Brasileiro* foi publicado apenas em 1865, mas que antes disso já circulava como manuscrito. Foi provavelmente nesta forma que o *Curso* de Ribas constituiu a fonte para a crítica de Paula Baptista no *Compêndio*. Como se sabe[71], o *Curso* é um livro escrito sob forte influência da literatura jurídica alemã que Ribas, diferentemente de seus contemporâneos, lia e citava no original. Ribas possuía um domínio da literatura jurídica europeia que encontra paralelo, no campo do direito civil brasileiro da época, apenas em Freitas. No que concerne à interpretação, Ribas anota na passagem decisiva:

> "Cumpre ao jurisconsulto assemelhar-se o pensamento da lei, e para chegar a este fim torna-se indispensável que elle o reconstrua: é a esta reconstrucção que se denomina interpretação. Não se estende pois a interpretação sómente ás leis obscuras ou defeituosas, posto que nestas seja de maior importancia, e sim tambem ás leis mais claras e isentas de controversia"[72].

A esta passagem se referia o *Compendio* de Paula Baptista, ao qual o próprio Ribas se refere como seu oponente[73]. Interpretação

[71] Cfr. Venancio Filho, *Das arcadas ao bacharelismo* (n. 37), p. 125s; Dutra, *A literatura jurídica no Império* (n. 27), p. 73ss.

[72] Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro* (n. 57), p. 271.

[73] Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro* (n. 57), p. 272: "A doutrina opposta, que limita a interpretação ás leis obscuras, silenciosas ou duvidosas para restringir ou amliar o proprio pensamento dellas, é que ameaça de invasão a esphera da formação do direito, como depois de verá claramente".

como "reconstrução do pensamento da lei" – este e outros motivos savignyanos encontram-se com surpreendente frequência na obra de Ribas, na linha de renovação do direito civil iniciada por Freitas. Não por acaso, Ribas é um dos poucos que dialogam com e são por isso reconhecidos por Freitas[74].

Ao mesmo tempo, Ribas demonstra interesses próprios. Na linha dos manuais de Mackeldey, Falck e Thibaut, ele introduziu na literatura jurídica brasileira da época a diferenciação entre direito objetivo e subjetivo, com o que pretendia garantir juridicamente uma esfera de proteção da liberdade individual em relação ao poder estatal[75]. Assim como Freitas, Ribas também reproduz passagens e expressões savignyanas incorporadas ao próprio texto, por exemplo em relação ao desenvolvimento histórico das instituições de direito[76]. O ponto decisivo do *Curso* para a análise desenvolvida até aqui reside na teoria das fontes do direito:

> "O direito preexiste ao legislador na consciencia nacional; elle não o inventa, nem o crea; apenas o formúla, e traduz em caracteres sensiveis, esclarecendo-o com as luzes da razão universal, e presta-lhe o apoio da força social"[77].

Mesmo acrescentando elementos próprios – Savigny dificilmente falaria em "razão universal" ou "apoio da força social" – Ribas oferece uma teoria das fontes do direito que continha, da perspectiva de um Paula Baptista, um potencial claramente revolucionário. A exposição de Ribas tem um teor eminentemente liberal, característico para o ambiente acadêmico de São Paulo

[74] Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro* (n. 57), p. 270. Freitas queixou-se várias vezes da pouca recepção do seu trabalho, cfr. e.g. *Nova Apostilla* (n. 29), p. 215. Sobre sua apreciação de Ribas cfr. *Consolidação*, 3ª ed. 1876 (n. 28), p. XLVIII.

[75] Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro* (n. 57), p. 39.

[76] Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro* (n. 57), p. 89: "O jurisconsulto só póde ter consciencia que possue a intelligencia completa de uma instituição jurídica, que se a assimilou verdadeiramente, quando, remontando-se á sua primitiva origem, a houver acompanhado atravez de todas as fórmas históricas, de que ella se revestio, até chegar ao estado actual, penetrando ao mesmo tempo nas razões de suas successivas modificações".

[77] Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro* (n. 57), p. 99.

da época[78]. Neste contexto, a percepção de um direito "vivo" que se desenvolve "organicamente" na comunhão do povo ocupa um lugar central. Ao contrário do que afirmava Paula Baptista, não se trata de uma posição anarquista, pois Ribas acentuava, assim como Savigny, o apoio da legislação no desenvolvimento do direito, podendo "remover os embaraços que se appoem ás evoluções naturaes e progressivas do direito, proclamando, como caducas, as fórmas que de facto houverem caducado, e sanccionando com o reconhecimento e a força social as novas fórmas que logicamente daquellas se houverem desenvolvido, segundo as condições geraes de cada período histórico"[79]. Mesmo que não façam nenhuma referência a Savigny e venham sempre acompanhadas de contribuições próprias de Ribas (e.g. "força social"), estas e outras passagens do seu texto são incompreensíveis sem recurso à linguagem savignyana. Tanto em Ribas quanto em Freitas há uma utilização frequentemente implícita de Savigny que vem à tona, principalmente, quando se reconstrói o horizonte discursivo e os objetivos locais em vista dos quais ela ocorre.

4.3 Um leitor inesperado de Savigny: Luiz Gama

A familiaridade que Ribas demonstra com a pandectística alemã da primeira metade do séc. XIX explica-se também em função do ambiente acadêmico de São Paulo. A reforma curricular das faculdades de direito do Império em 1854 estabeleceu o estudo do direito romano como disciplina permanente. O primeiro a ocupar a cátedra de direito romano em São Paulo foi João Crispiniano Soares (1809-1876)[80], que também desempenhou diversos cargos públicos na capital paulista. Apesar de nunca ter publicado um livro, Crispiniano Soares alcançou rapidamente a fama de um docente arrogante e prepotente, que se apresentava como Savignyano e

[78] Cfr. Sérgio Adorno, *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira*, São Paulo, 1988, p. 91ss.

[79] Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro* (n. 57), p. 48.

[80] Sobre a reforma e a introdução do estudo do direito romano, cfr. Moreira Alves, "Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo durante o Império", in *Estudos de Direito Romano*, Brasília 2009, p. 242-276, esp. 247s. sobre Crispiniano Soares.

seguidor das doutrinas da Escola Histórica[81]. De fontes diversas pode-se reconstruir a impressão de que Crispiniano Soares detinha considerável influência sobre a cena acadêmica paulista na década de 1850[82], fato que possivelmente estimulou uma leitura mais atenta de Savigny em autores como Ribas. As diferentes leituras que fazem de Savigny tanto um liberal como Ribas em São Paulo quanto um conservador como Paula Baptista no Recife explicam-se também pelas transformações culturais por que passava a capital paulista na época, com nítidas consequências para o ambiente acadêmico[83].

Uma fonte um tanto inusitada de 1859 informa até que ponto o nome de Savigny se associava a essas transformações culturais que afetavam – como se verá abaixo – também as pretensões normativas do direito brasileiro.

> "Qual cratera vomitando lava ardente / Que de Pompeia sumiu a pobre gente / Novo Eòlo os mares agitando / Arbustos e penedos derrubando / Argentino Quixote se appresenta / Com bulha que as cabeças atormenta! / É Doctor em Sciencias sociaes / Conhece toda casta de animaes; / Em direito, supplanta o *Savigny* / Mórmente quando toma – a *Paraty* / E nos fastos da gran filosophia / Diz taes cousas que as carnes arrepia!"

Trata-se aqui da primeira estrofe do poema *A um vate enciclopédico* de Luiz Gama (1830-1882)[84], precursor do movimento abolicionista cuja biografia se vincula diretamente à luta pela abolição da escravidão[85]. Nascido na Bahia como filho de um português e de

[81] Costuma-se atribuir a Crispiniano Soares um *Tratado sobre as Fontes do Direito Pátrio* que nunca teria sido impresso, cfr. e.g. Venancio Filho, *Das arcadas ao bacharelismo* (n. 37), p. 123s.

[82] Cfr. sobre isso Dutra, *Liteartura jurídica no Império* (n. 27), p. 74 com mais indicações.

[83] Cfr. e.g. Spencer Vampré, *Memórias para a história da academia de São Paulo*, vol. 2, 2ª ed., São Paulo, 1977, p. 48ss.

[84] Luiz Gama, *Primeiras Trovas Burlescas de Getulino*, São Paulo, 1859, p. 61. Edição original disponível in: www.brasiliana.usp

[85] A literatura sobre Gama é imensa, limito-me aqui a Sud Mennucci, *O precursor do abolicionismo no Brasil (Luiz Gama)*, São Paulo, 1938; Elciene Azevedo, *Orfeu de Carapinha. A trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo*, Campinas, 1999.

uma escrava, Gama foi vendido quando menino pelo próprio pai em razão de dívidas de jogo, sendo revendido até que, após aprender a ler e escrever, conseguiu provar a ilegalidade de seu *status* perante o juiz. Como jornalista e advogado engajado na luta pela abolição, Gama se projetou rapidamente como uma das figuras mais importantes do ambiente liberal e posteriormente republicano de São Paulo. Algumas das melhores sátiras da sociedade brasileira de seu tempo são de sua autoria. Como se percebe acima, às sátiras de Gama pertence também a vida acadêmica da Faculdade de Direito, a qual não lhe foi permitido frequentar, mas em cuja biblioteca ele pôde estudar e tornar-se um rábula com importante atuação nos processos de alforria.

A referência de Gama a Savigny se insere na sua sátira do ambiente acadêmico de São Paulo e mostra, com toda ironia, quão evidente era a repercussão de Savigny na cultura jurídica brasileira da década de 1850. O poema retrata a entrada em cena de um pomposo intelectual cuja autoproclamada erudição nas mais diversas áreas do saber esconde, no fundo, uma retórica vazia e inútil, culminando com uma crise de nervos que o leva ao hospital. Não há elementos para se afirmar que Gama aludia aqui à figura de João Crispiniano Soares. Contudo, mais significativo que o motivo é a maneira pela qual o poema consegue abrasileirar Savigny ao fazê-lo rimar com a cachaça Paraty. A sátira do poema resulta sem dúvida da caricatura de um tipo intelectual ainda hoje bastante comum no ambiente acadêmico brasileiro, cujas citações aleatórias de autores estrangeiros o levam a crer que pertence a uma "cultura superior", mas que, na realidade, ignora profundamente as verdadeiras questões centrais da sociedade em que vive, bem como o papel da ciência ou – como mostraram advogados engajados como Gama – da prática jurídicas em resolvê-las.

5. Savigny no contexto da abolição da escravidão

5.1 Juristas brasileiros e a questão da escravidão

A sátira de Luiz Gama oferece uma transição adequada para um outro ponto central dos debates jurídicos no Brasil do séc.

XIX em que se argumenta a partir de textos de Savigny: a abolição da escravidão. Trata-se aqui de iniciativas abolicionistas levadas a cabo tanto pelo governo imperial quanto por diversos setores politicamente engajados da sociedade, como por exemplo uma parte da advocacia. A presente seção concentrar-se-á sobretudo num debate de conhecida repercussão sobre o movimento abolicionista, travado ao final de 1857 no âmbito do *Instituto dos Advogados Brasileiros*.

Desde a década de 1830, quando a Inglaterra aumentou a pressão sobre o governo imperial, a elite jurídica brasileira produziu diversas tentativas de solução da questão da escravidão. Levou-se adiante importantes reformas, seja em relação à proibição do tráfico e ao fomento da imigração europeia através de uma reforma nas relações de posse e propriedade[86], seja em debates no Conselho de Estado sobre casos pontuais e projetos de leis relevantes[87]. As posições então defendidas foram decisivamente marcadas pelas concepções e modelos articulados pelos juristas formados em Olinda e São Paulo. Os trabalhos de Freitas, que discutiam a escravidão de um ponto de vista sistemático, são um exemplo claro disso. Ao lado da elite política e da alta burocracia, pesquisas recentes baseadas em processos judiciais do séc. XIX têm evidenciado o papel significativo de advogados e juízes em questionar a escravidão[88]. Iniciativas pouco coordenadas, elas questionavam os pressupostos normativos da ordem escravista de dentro do sistema jurídico, buscando impor a liberdade dos escravos pontualmente a partir de casos concretos. As conhecidas discussões no *Instituto dos Advogados Brasileiros* (IAB), que combinavam as iniciativas abolicionistas da prática jurídica

[86] Cfr. e.g. Ricardo Fonseca, "A 'Lei de Terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil", in *Anuário Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVII, 2005, S. 97-112.

[87] Cfr. Lima Lopes, *O oráculo de Delfos* (n. 66), p. 177ss.

[88] Cfr. sobre Luiz Gama Azevedo, *Orfeu de Carapinha* (n. 85), p. 189ss; sobre Antonio Pereira Rebouças (1798-1880), outro importante advogado no Império, cfr. Keila Grinberg, *O fiador dos brasileiros. Cidadania escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças*, Rio de Janeiro, 2002; Idem, "Senhores sem escravos: a propósito das ações de escravidão no Brasil imperial", in Carvalho, *Repensando o Brasil do Oitocentos. Cidadania, Política e Liberdade*, Rio de Janeiro, 2009, p. 415-435.

com o hesitante espírito reformista do governo, mostram que essas inovações práticas repercutiam também fora do ambiente forense. Apesar da sua denominação, os estatutos e a composição do IAB indicam que ele não reunia apenas advogados. Por isso, deve ser visto mais como uma associação de juristas do que propriamente uma representação de interesses corporativos. Fundado no Rio de Janeiro em 1843 "em proveito geral da ciência e da jurisprudência" (art. 2 do estatuto), o IAB, que tinha em Teixeira de Freitas um de seus sócios fundadores, reunia os nomes mais importantes da elite jurídica do Império. A maioria de seus membros era de advogados, mas havia também magistrados e ministros, o que indica a estreita ligação do instituto com altos cargos e posições na burocracia do Estado[89]. Da perspectiva histórico-comparada, é interessante notar que, no Brasil do séc. XIX, são justamente instituições como o IAB ou o Conselho de Estado após a reforma de 1841[90] – e não as universidades – que constituem os principais centros de influência, de circulação e promoção do conhecimento jurídico mais sofisticado.

5.2 Freitas contra Caetano Alberto Soares

Em 1857 discutia-se no IAB se seriam ou não livres os filhos de uma escrava nascidos após ela ter sido libertada em testamento com a condição de servir o herdeiro ou legatário enquanto ele vivesse[91]. O debate foi suscitado pelo clérigo e advogado português Caetano Alberto Soares (1790-1867), que desde a década de 1840 se engajava na melhora das condições de vida dos escravos. Suas posições tornaram-se conhecidas principalmente através de um panfleto

[89] Eduardo S. Penna, *Pajens da casa imperial. Jurisconsultos, escravidão e a lei de 1871*, Campinas, 2001, p. 37, enfatiza especialmente a estreita relação entre os membros do IAB e os altos cargos da burocracia imperial.

[90] Cfr. Carvalho, *A construção da ordem* (n. 32), p. 357ss; Christian Lynch, "A idéia de um Conselho de Estado brasileiro. Uma abordagem histórico-constitucional", in Revista de Informação Legislativa, n.º 165, out./dez., 2005, p. 45-63, aqui 52ss; e também Lima Lopes, *O oráculo de Delfos* (n. 66).

[91] Panorama sobre as diversas opiniões no debate in Penna, *Pajens da casa imperial* (n. 89), p. 71ss.

publicado em 1847[92], no qual ele dissertava ao estilo dos discursos tardo-iluministas do final do séc. XVIII sobre a situação dos escravos no Brasil da época. Soares, formado em direito por Coimbra, se apresentava como liberal e havia fugido para o Rio de Janeiro em 1833, em cuja elite jurídica foi imediatamente incorporado. No mérito defendia, contudo, uma posição conservadora que previa "a emancipação lenta e gradual dos escravos". Como a maioria de seus contemporâneos, Soares mostrava-se bastante cético em relação a uma abolição imediata que "traria inevitavelmente com sigo a destruição de todas as fortunas, a ruina inteira da agricultura, e o regresso mesmo na estrada da civilisação"[93]. Com recorrentes citações de Voltaire, Montesquieu e Bentham argumentava que a escravidão bem poderia ser contrária ao direito natural, pois todos os homens seriam livres e iguais por natureza. Contudo, dado o estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, a escravidão deveria ser ao menos tolerada por razões econômicas e até demográficas, pois aqui faltariam os braços de trabalho disponíveis em larga medida na Europa. Esta posição não impediu Soares de defender veementemente a liberdade de escravos tanto no IAB quanto na advocacia. Para iniciativas abolicionistas como essa, problematizar a escravidão a partir de casos concretos – e não diretamente no parlamento ou na imprensa – constituiu muitas vezes um caminho válido para se contornar a forte oposição escravista.

Um desses casos, aparentemente bastante comuns na prática jurídica da época, diz respeito justamente ao filho de escrava libertada sob condição suspensiva, nascido na pendência da condição. Tratava-se de figura conhecida do direito romano, o *statuliber*[94], recebida também no direito brasileiro nos limites da *Lei da Boa Razão* de 1769. O estado de pendência em que se encontrava a escrava até o evento da condição deu a Soares a oportunidade de

[92] Caetano Alberto Soares, *Memoria para melhorar a sorte dos nossos escravos*, Rio de Janeiro, 1847. O texto de 36 páginas remete a um discurso proferido em 1845 no IAB.

[93] Soares, "Memoria para Melhorar a Sorte dos nossos Escravos" (Fn. 92), S. 16.

[94] Paul. D. 40, 7 pr: "Statuliber est, qui statutam et destinatam in tempus vel condicionem libertatem habet". Cfr. sobre o fragmento M. Kaser/R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, 17ª ed., Munique, 2003, p. 112.

explorar o *status libertatis* da mãe, e consequentemente do filho, num caso limite que evidenciava a injustiça do instituto da escravidão. Apelando mais à retórica do que ao raciocínio jurídico, Soares se esforçava em demonstrar que a mãe havia adquirido pelo próprio testamento um "direito à liberdade" que competiria também aos filhos, ainda que estivessem obrigados a servir ao herdeiro ou legatário enquanto este vivesse. A natureza jurídica da obrigação devida ao herdeiro ou legatário foi relegada a segundo plano, um dos debatedores do IAB afirmando inclusive que o serviço seria semelhante ao de um funcionário público. Mais importante era defender o valor da liberdade no caso concreto, mesmo que *contra legem* e com uma argumentação altamente questionável do ponto de vista jurídico. A posição de Soares provocou uma intensa polêmica com Freitas que extrapolou o âmbito do IAB, alcançando o público do Rio de Janeiro. A controvérsia é conhecida e já foi estudada tanto na história do direito quanto na história social[95]. Ela interessa aqui principalmente em função dos argumentos contraditórios da elite jurídica da época, i.e. de advogados, docentes e conselheiros de estado, naquilo que diz respeito à escravidão.

Freitas foi um dos protagonistas desse debate pela veemência com que se posicionou contra Soares, cujas contradições ao argumentar pela liberdade ele fez questão de explorar. Mas sua posição interessa aqui sobretudo porque ele argumenta de uma perspectiva eminentemente liberal, que não se encontra com a mesma clareza em nenhum de seus contemporâneos e que está diretamente ligada à sua leitura de Savigny. Isso se percebe na conhecida carta de outubro de 1857 em que Freitas expõe sua solução para o caso do *statuliber* e, ao mesmo tempo, recomenda ao IAB a compra de um exemplar do *corpus iuris civilis*[96]. Freitas argumentava que, pelo direito romano, a mãe e o filho permaneceriam escravos e deveriam ser tratados como tais até o evento da condição, apesar do engajamento de Soares por sua liberdade imediata. Para Freitas, não se tratava nem de contradizer um direito natural à liberdade,

[95] Para a perspectiva de um romanista sobre a discussão no IAB, Moreira Alves, "A formação romanística de Teixeira de Freitas" (Fn. 24), S. 23; para a perspectiva da história social, Penna, *Pajens da casa imperial* (n. 89), p. 79ss.

[96] Citada aqui na reprodução de Sá Vianna, *Teixeira de Freitas* (n. 25), p. 42-81.

tampouco de defender a escravidão, instituição que ele considerava deplorável, esperando vê-la abolida num futuro próximo. Mais que isso, tratava-se de reconhecer uma regra de direito positivo que poderia ser modificada apenas no âmbito de uma reforma legislativa nos termos propostos pela constituição de 1824. Para Freitas, a relação entre direito constitucional e direito civil é evidente: "A legislação civil é sempre dominada pela organização política"[97]. Essa crença na formatação constitucional do problema e de sua solução baliza a resposta de Freitas no caso do IAB. Com ironia e também um certo sarcasmo ele apontou as contradições na argumentação de seus oponentes, pois nem Soares nem Perdigão Malheiro (1824-1881), outro ativo participante da discussão no IAB, estavam dispostos a reconhecer a liberdade total do liberto, muito menos a participação política derivada do *status libertatis*. Perdigão Malheiro, por exemplo, negava ao escravo explicitamente o direito ao voto, mesmo que presentes as condições censitárias[98].

Neste contexto, a posição de Freitas é mais radical e parte de uma concepção de direito privado que pressupõe o reconhecimento de todos os sujeitos de direito como livres e iguais. Nesse esquema, a escravidão constitui uma anomalia a ser eliminada. A prova de que a leitura de Savigny foi fundamental para que o jurista brasileiro desenvolvesse sua posição está na comparação entre a carta enviada por Freitas ao IAB[99] e o *System* de 1840. O quadro a seguir coteja a carta de Freitas, a versão francesa do *System* que serviu de base à sua leitura de Savigny[100] e, na terceira coluna, a versão original em alemão

[97] Teixeira de Freitas, *Consolidação* 1857 (n. 28), S. VIII.

[98] Perdigão Malheiro, *A Escravidão no Brasil. Ensaio historico-juridico-social, Parte 1: Direito sobre os escravos e libertos*, Rio de Janeiro 1866, p. 208.

[99] Teixeira de Freitas, Carta de 22.10.1857, cit. in: Sá Vianna (n. 25), p. 59-61.

[100] *Traité de Droit Romain*. Traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux. vol. 1, Paris: Firmin Didot Frères, 1840.

"**1.º** Todas as relações de direito são relações de pessoa á pessoa determinadas por uma regra de direito, e essa regra determinante assigna a cada individuo um dominio, em que a sua vontade reina, independente de toda a vontade estranha. Eis o que é a *liberdade*. Facto direito. Elemento material, elemento plastico que enobrece o facto.

"Sous le point de vue où nous nous sommes placés, chaque rapport de droit nous apparait comme une relation de personne à personne déterminée par une régle de droit, et cette régle déterminante assigne à chaque individu um domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère. Dès lors, tout rapport de droit se compose de deux éléments: 1° une matière donnée, c'est-à-dire, la rélation elle-mème; 2° l'idée de droit qui règle cette relation. Le premier peut être considéré comme l'élément matériel du rapport de droit, comme um simple fait; le second, comme l'élément plastique, celui qui anoblit le fait et lui impose la forme du droit" (*Traité* I, p. 327-28).

"Von dem nunmehr gewonnen Standpunkt aus erscheint uns jedes einzelne Rechtsverhältniß als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt. Diese Bestimmung durch eine Rechtsregel besteht aber darin, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat. [...] Das erste Stück können wir als das materielle Element der Rechtsverhältnisse, oder als die bloße Thatsache in denselben bezeichnen: das zweyte als ihr formelles Element, das heißt als dasjenige, wodurch die thatsächliche Beziehung zur Rechtsform erhoben wird" (*System* I, p. 333).

"**2.º** Natureza livre, natureza não livre; pessoas, cousas; são os dous theatros da nossa vontade. Quando a relação de direito tem por objecto immediato as pessoas, sem duvida são ellas attrahidas ao dominio da nossa vontade, mas essa dominação é, e deve ser, parcial, para que não destrua a liberdade dos outros. Em tal caso o imperio da nossa vontade, já que não alcança o todo da personalidade passiva, limita-se a um acto, ou a alguns actos della, subtrahidos a seu livre arbitrio".

"Telle est la généralisation la plus haute des différents modes d'actions de la volvonté. Mais dans le monde extérieur se rencontre la nature non libre, puis des volontés libres comme la nôtre, c'est-à-dire, des personnes étrangères à notre personnalité. [...] si nous voulons nous répresenter un rapport de droit qui établisse notre domination sur une personne étrangère sans détruire sa liberte, um droit qui ressemble à la propriété et néanmois s'em distingue, il faut que notre domination n'atteigne pas la totalité de la personne étrangère, seulement um de ses actes, et alors cet acte, soustrait au libre arbitre de cette personne, passe sous l'empire de notre volonté" (*Traité* I, p. 333)

"[...] so bleiben uns nur noch zwey Gegenstände möglicher Willensherrschaft übrig: die unfreye Natur, und fremde Personen. [...] Die erste mögliche Beziehung zu einer fremden Person ist die, worin dieselbe, auf ähnliche Weise wie eine Sache, in das Gebiet unsrer Willkühr herein gezogen, also unsrer Herrschaft unterworfen wird. [W]ollen wir uns vielmehr ein besonderes Rechtsverhältnis denken, welches in der Herrschaft über eine fremde Person, ohne Zerstörung ihrer Freyheit, besteht, so muß die Herrschaft nicht auf die fremde Person im Ganzen, sondern nur auf eine einzelne Handlung derselben bezogen werden" (*System* I, S. 339).

3.º Se a dominação é absoluta, o ente passivo perde o seu caracter de liberdade, perde portanto a personalidade. Eis a *escravidão*. É pois que a natureza creada compõe-se de pessoas, e cousas; eis porque nos paizes, onde houver escravidão, os escravos são, e devem ser cousas. Se elles não são pessoas, passam a ser cousas, porquanto a força, o abuso, a lei, assim quer que elles sejam. Se quereis que o escravo seja pessoa, acabai com a escravidão. Se quereis a escravidão, o escravo será cousa.

"Si cette domination est absolue, la personne étrangère perd son caractère de liberté et de personnalité; nous ne commandons pas à une personne, mais à une chose; notre droit est la propriété d'un home, et tel était en réalité l'esclavage chez les Romains" (*Traité* I, p. 333)

"Wäre diese Herrschaft eine absolute, so würde dadurch in dem Andern der Begriff der Freyheit und Persönlichkeit aufgehoben; wir würden nicht über eine Person herrschen, sondern über eine Sache, unser Recht wäre Eigenthum an einem Menschen, so wie das Römische Sklavenverhältnis in der That ist" (*System* I, S. 338).

4.º Mas, como a escravidão é só obra da lei, obra que não aniquila a essencia humana, a lei que tira a liberdade, por mais barbara que seja, não supprime todos os direitos; e quando benigna, pode alargar a esphera desses direitos. Não implica portanto, que o escravo tenha direitos para que deixe de ser cousa. É o que se observa no direito romano, é o que acontece entre nós, e acontecerá em todos os paizes, onde existir essa tão má instituição".

A longa passagem transcrita acima é apenas o início de uma longa lista de 32 argumentos e reflete a busca de Freitas por rigor e naturalidade na argumentação[101]. Freitas sentia falta exatamente desse tipo de precisão conceitual nos seus colegas de IAB. Quem lê o texto hoje tem a clara impressão de que Freitas pretendia mostrar-lhes como se faz ciência do direito de verdade. Sem fazer nenhuma menção a Savigny e como se fosse tudo fruto da sua própria reflexão, Freitas entra diretamente *in medias res* com uma paráfrase do conhecido § 52 do *System* savignyano, seguido de uma reprodução do § 53 acrescida de termos próprios. O fato de Freitas tomar como ponto de partida para sua argumentação a relação jurídica é significativo e mostra que ele incorporou conceitos centrais do repertório savignyano à sua própria reflexão jurídica. De fato, pressupor uma configuração do mundo jurídico a partir de relações jurídicas – e não de direitos subjetivos e menos ainda de direitos naturais – não é nada óbvio para essa época tanto no contexto brasileiro quanto no alemão da Escola Histórica[102]. Diferentemente de Ribas, que utiliza conceitos savignyanos de uma maneira um tanto quanto superficial, estruturar o direito privado a partir de relações jurídicas é um traço fundamental do pensamento jurídico de Freitas que possui clara influência sobre seu trabalho na *Consolidação*. O ponto será retomado abaixo[103].

Interessante na comparação acima não é apenas o claro recurso a palavras-chave da linguagem savignyana, mas principalmente a maneira como Freitas as complementa ou modifica ao omitir trechos inteiros, distanciando-se assim pouco a pouco do texto original do *System*. A observação é importante, pois selecionar a informação tendo em vista as circunstâncias específicas do contexto

[101] Teixeira de Freitas, Carta de 22.10.1857, cit. in Sá Vianna (n. 25), p. 79.

[102] Neste ponto residia uma diferença central entre a concepção de direito privado de Savigny e aquela de um Puchta ou de um Windscheid, para quem a estrutura fundamental do direito privado não era a relação jurídica, e sim o direito subjetivo. Para a concepção savignyana cf. Joachim Rückert, "Savignys Dogmatik im 'System'" (2007), agora in *Savigny-Studien* (n. 5), p. 153-193, aqui 180s; para Puchta cfr. Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz"*, Frankfurt, 2004, p. 408; para Windscheid Sibylle Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen, 2001, p. 216ss.

[103] Cf. *infra* ponto V.2.

local constitui um dos aspectos centrais de todo processo de recepção[104]. Freitas intervém já no primeiro ponto com um complemento à definição de liberdade como "elemento plastico que enobrece o facto", ao passo que Savigny não menciona diretamente liberdade, contentando-se em remeter "àquilo que eleva a relação de fato à forma jurídica". É uma complementação importante, pois o próprio texto de Savigny não deixa claro se se trata aqui da aplicação da regra jurídica como "elemento formal" da relação jurídica, ou se o que está em jogo é um elemento suprapositivo ("natural"), ou então ambos[105]. Visto que o critério de seleção dos fatos juridicamente relevantes é um tema central da metodologia savignyana, a menção de Freitas à liberdade adquire aqui um significado especial. Freitas, que em outra passagem define liberdade novamente apoiando-se em Savigny como a atuação da pessoa sobre a realidade exterior[106], parece ler o autor alemão de tal forma a enfatizar o ponto de que a liberdade, dentro dos limites da regra jurídica, transforma o fato em direito[107]. Desse ponto em diante ele acompanha a classificação savignyana das relações jurídicas segundo as possíveis projeções da vontade individual sobre a natureza livre e não livre, i.e. pessoas e coisas, de onde parte a diferenciação entre direito obrigacional e direitos reais. Freitas concorda com os aspectos gerais da ideia savignyana, a dominação da vontade sobre a outra pessoa é sempre parcial. Por outro lado, vê-se forçado a distanciar-se de Savigny na medida em que, para o autor alemão, a relação de escravidão romana "simplesmente não deve existir". Na altura justamente desta importante conclusão normativa, que no texto alemão se lê na continuação do terceiro trecho, Freitas precisa abandonar Savigny e aceitar a escravidão "por obra da lei" como negação da liberdade. A partir do quarto ponto, sua exposição não encontra mais correspondência no texto de Savigny e remete apenas à realidade brasileira.

[104] Sobre esse ponto, cfr. acima pela n. 9.

[105] Walter Wilhelm, „Savignys überpositive Systematik", in Blühdorn–Ritter, *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1969, p. 123-136, aqui 131.

[106] Teixeira de Freitas, *Nova Apostilla* 1859 (n. 29), p. 186.

[107] A mesma concepção pode ser defendida para o próprio Savigny, cfr. e.g. Thiago Reis, *Savignys Theorie der juristischen Tatsachen*, Frankfurt, 2013, p. 102ss.

Freitas defendia a opinião de que um direito positivo que reconhece a escravidão é bárbaro e brutal, mas não aniquila a "essência humana" do escravo. A este caberia também enquanto coisa uma "esphera de direitos", cuja maior ou menor amplitude seria fixada por lei. Reconhecida a escravidão pelo direito positivo – e aqui reside a diferença da posição de Freitas em contraposição aos seus oponentes no IAB – dever-se-ia tratar o escravo como coisa, garantindo-se-lhe assim seus (limitados) direitos, ao invés de se procurar meias soluções ou compromissos ilusórios: "Se quereis portanto melhorar entre nós a sorte do escravo, já que não podeis abolir a escravidão, collocai esse homem desventurado na sua real posição, e outorgai-lhe todo o favor possível; mas não lhe troqueis o nome. Desta maneira, se ornais o escravo com o fagueiro título de livre, aggrava com o escarneo a vossa tyrannia, e tambem insultais a liberdade"[108].

6. Savigny no contexto da codificação do direito civil brasileiro

6.1 Freitas e a construção da ciência jurídica através da codificação

A decisão de codificar o direito civil herdado da época colonial em moldes modernos remonta à Constituição de 1824 (art. 179, XVIII) e integra o rol de reformas impulsionadas pela elite jurídica do Império na década de 1850. O debate sobre a escravidão retratado acima mostrou, contudo, que tais reformas envolviam questões tanto de princípio quanto fáticas que sabidamente dificultavam qualquer tentativa de reforma da legislação. Na linha dos demais países latino-americanos que conquistaram sua independência no início do séc. XIX[109], a reivindicação de uma moderna codificação civil se revestia, também para o Brasil, de uma importância central relacionada, em última análise, à identidade nacional. Como se

[108] Teixeira de Freitas, Carta de 22.10.1857, cit. in Sá Vianna (n. 25), p. 61.

[109] Sobre o caso argentino, cfr. Víctor Tau Anzoátegui, *La Codificación en la Argentina 1810-1870*, 2ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 250ff; sobre o brasileiro, cfr. Fonseca, "A cultura jurídica brasileira" (n. 41), p. 69ss.

sabe, a circulação e adaptação de modelos legislativos europeus, sobretudo do *Code Civil* francês de 1804, desempenhou um papel significativo[110]. Na comparação regional, costuma-se atribuir ao processo de codificação brasileiro uma posição peculiar devido à reconhecida originalidade dos trabalhos preparatórios de Freitas. A originalidade residiria não apenas na rejeição a uma mera assimilação de modelos estrangeiros, algo nada óbvio tendo em vista as condições precárias da cultura jurídica brasileira da época. Original foi também a obsessão com que Freitas encarou a empreitada. Sua tentativa de reformular o projeto após a publicação da *Consolidação* em 1857 e do *Esboço* em 1860-65, transformando-o num *Código Geral* que unificaria todo o direito privado, não apenas levou o projeto ao fracasso, como também contribuiu para a manutenção, até 1916, de uma situação de extrema insegurança jurídica num campo central como o direito civil. A atuação de Freitas não reflete, contudo, apenas perfeccionismo. Reflete também a pretensão de assegurar, através da legislação, um tratamento científico do direito. Ao longo de toda a sua participação no projeto codificatório, das primeiras reuniões com o ministério em 1854 à rescisão do seu contrato em 1872, a questão dos pressupostos do direito enquanto ciência esteve no centro das preocupações de Freitas. A cientificidade do direito esteve sempre presente na sua reflexão e já se antecipava em 1854 nos primeiros apontamentos que enviou a Nabuco de Araújo sobre limites, método e sistema do direito civil vigente[111]. Apontamentos que foram retomados e aprofundados em 1857 na introdução à *Consolidação*, cujas 240 páginas cobrindo problemas metodológicos, normativos, práticos e econômicos da codificação constituem a melhor prova da tentativa de Freitas de fundamentar a codificação através de uma base epistemologicamente sólida.

Dado que o contexto institucional da cultura jurídica do Império contava com uma produção intelectual bastante limitada nas duas faculdades de Olinda e São Paulo – com a já notada exceção de autores como Ribas e Paula Baptista – e os debates

[110] Cf. A. Guzmán Brito, *La Codificación Civil en Iberoamerica. Siglos XIX y XX*, Santiago, 2000, p. 289 e ss.

[111] Teixeira de Freitas, Carta de 10.07.1854 ao Ministro da Justiça Nabuco de Araújo, reproduzida in Meira, *Teixeira de Freitas* (n. 25), p. 98-100.

decisivos se restringiam aos círculos do IAB ou do Conselho de Estado, não surpreende que logo em Freitas se perceba uma estreita ligação entre ciência do direito e legislação. Num contexto em que "menos se conhece e estuda o nosso Direito pelas Leis que o constituem, do que pelos Praxistas que as invadirão"[112], onde a doutrina seguia uma orientação claramente praxista e não reunia as mínimas condições de responder à tarefa de uma dogmática jurídica moderna e reformista ao estilo da pendectística alemã contemporânea, coube aos trabalhos preparatórios da codificação produzir o conhecimento científico que a acadêmica se recusava a oferecer. Freitas tinha plena consciência das deficiências da "doutrina":

> "Recomendam os mestres que a legislação não defina, porque as definições são da doutrina. Onde está, porém, a doutrina? Em parte nenhuma, porque nem os livros nem a escola ensinam nada mais do que uma história de opiniões, ou questões de palavras, a ponto de não estar ainda líquida nem a noção significada da palavra – direito"[113].

Trechos de seus trabalhos indicam claramente a tentativa de elevar o debate sobre temas metodológicos na literatura brasileira a um nível então inexistente e que se lhe afigurava como condição irrenunciável de uma codificação bem-sucedida. O relato de alguns de seus contemporâneos mostra que seu esforço foi reconhecido e valorizado ainda em vida. Significativamente, o professor Ribas via nos textos do advogado Freitas – e não nos de seus colegas nas faculdades de São Paulo e Olinda – "o nosso direito civil theoretico exposto com clareza e methodo"[114].

Essa combinação peculiar entre pretensão de cientificidade e reforma legislativa na figura de um advogado praticante delimita o campo no qual Freitas utiliza a linguagem savignyana em questões de método. O fato já mencionado de que Freitas não teve acesso

[112] Teixeira de Freitas, *Consolidação* 1857 (n. 28), p. VIII.

[113] Cfr. Teixeira de Freitas, Carta de 20.09.1867, reproduzida in Meira, *Teixeira de Freitas* (n. 25), p. 375.

[114] Assim Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro* (n. 57), vol. 2, p. 348.

à crítica da codificação sustentada no *Beruf* de 1814 também influiu na sua seleção dos textos lidos e é um fator importante neste contexto. Os textos fundamentais utilizados por Freitas continuam sendo exposições dogmáticas como o *System* e o *Besitz*. Antes de entrar na análise dos textos, é importante, em perspectiva histórico-comparada, recordar as condições gerais da reflexão savignyana na Alemanha e da leitura que Freitas dela faz no Brasil. Tanto a atuação pessoal quanto o impacto das obras de Savigny relacionam-se diretamente a um contexto em que a ideia de "ciência alemã", vinculada institucionalmente às universidades, operou como um "fator constitucional" de unificação do ponto de vista cultural, político e social[115]. Não por acaso, Savigny se interessou desde muito cedo por temas como "*Caráter e valor das universidades alemãs*"[116]. Desde 1800, transformações dramáticas impactaram o mundo jurídico e conduziram, nos territórios alemães, a uma problematização bastante específica das condições de validade do direito positivo[117]. A essas transformações reage uma ciência do direito reformista e consciente de seus desafios políticos com uma sistematização moderna do direito vigente[118] que forneceu, até o final do séc. XIX, uma importante orientação tanto para a legislação quanto para a prática jurídica. Mesmo considerando diferenças substanciais nas concepções metodológicas dos vários

[115] Sobre a ideia de *Wissenschaft* como „fator constitucional", cfr. Pierangelo Schiera, *Laboratorium der bürgerlichen Welt. Deutsche Wissenschaft im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1992, p. 70ss. Sobre aimportância dos professores de direito romano nesse contexto, sobretudo de Savigny cf. James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical vision and legal change*, Princeton, 1990, p. 92ss.

[116] Savigny, „Wesen und Werth der deutschen Universitäten" (1832), in *Vermischte Schriften*, vol. 4, Berlin 1850, p. 270-308. Sobre a importância do tema em Savigny Rückert, *Idealismus* (n. 52), p. 12.

[117] Sobre o fato de que apenas no contexto alemão específico se chegou a uma problematização do direito positivo, cfr. a análise histórico-comparada de França, Inglaterra e Alemanha em Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig et al. 1929, p. 3 sobre o problema do direito positivo e 128s. para Escola Histórica.

[118] Sobre a importância do método sistemático como instrumento de reforma do direito na ciência jurídica alemã ao redor de 1800, cfr. Joachim Rückert, "Heidelberg um 1804 oder: die erfolgreiche Modernisierung der Jurisprudenz durch Thibaut, Savigny, Heise, Martin, Zachariä u.a." (1987), agora in *Savigny-Studien* (n. 5), p. 235-269, aqui 250ss.

autores alemães dessa época, algo que certamente poderia ser detalhado em vista de pesquisas recentes na área, de um ponto de vista macro não há como negar a vinculação entre a universidade e a produção dogmático-jurídica como um fenômeno geral, que para Savigny é especialmente relevante dado que a isso se relacionam não só questões de método como sistema e interpretação, mas também de validade do direito, posto que para ele a doutrina constitui fonte de direito[119].

6.2 Freitas contra Antonio Luiz de Seabra

Em comparação com o contexto alemão centrado institucionalmente na universidade, as condições de trabalho de Freitas eram completamente diferentes, a começar pelo diminuto papel desempenhado pela academia brasileira. Esta seção parte desta diferença institucional entre os contextos de produção e recepção do pensamento savignyano para aprofundar a utilização de termos-chave da sua linguagem em temas de metodologia jurídica. Para tanto, recorrer-se-á também aqui ao debate como referencial da análise. Um dos pontos mais interessantes da apropriação que Freitas realiza da linguagem savignyana reside na sua polêmica com o jurista português Antonio Luiz de Seabra (1798-1895) e seu projeto de codificação para Portugal. Seabra, que passou parte da infância no Brasil, foi deputado liberal e, desde 1840, desembargador no Tribunal da Relação do Porto. Em 1850, Maria II o encarregou com a tarefa de codificar o direito civil português[120]. A primeira versão de projeto foi apresentada em 1857, seguindo-se outras até a definitiva de 1867. O projeto de Seabra teve larga repercussão na esfera pública portuguesa, seus dispositivos foram objeto de um intenso debate travado em várias apostilas e comentários[121].

[119] Sobre esse tema tratado com extrema profundidade em pesquisas recentes, mas que não pode ser explorado aqui, veja-se Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft* (n. 52), p. 198ss.

[120] Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 3ª ed., Coimbra, 2005, p. 432ss.

[121] Uma excepcional coleção digital de fontes sobre a codificação portuguesa está disponível online in http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreasDetalhe.asp?ID=60&Titulo=Biblioteca%20Digital&Area=BibliotecaDigital

Freitas, cuja *Consolidação* havia despertado pouca atenção no público brasileiro[122], interveio na discussão portuguesa em 1859 com a *Nova Apostilla*, esperando encontrar em Portugal o intercâmbio de ideias que o meio jurídico brasileiro lhe negara. No texto, ele submete o projeto de Seabra a uma crítica devastadora, cuja linguagem denota não raro uma certa amargura. No mérito, a ênfase reside no sistema do projeto. A própria natureza da crítica, que problematizava a relação entre construção sistemática e direito positivo no projeto português, não pode ser entendida sem referência a Savigny. Outros textos como a *Généralisation du Droit Romain* de Ortolan e os *Traités de Législation Civile et Pénale* de Bentham, bem como a *Nova methodus* de Leibniz (1667), da qual Freitas conhecia alguns trechos a partir de um artigo publicado na revista francesa *Thémis*[123], também têm papel importante. Savigny permanece, entretanto, a referência principal. A linguagem de Freitas mostra isso na medida em que, novamente, mistura expressões tipicamente savignyanas na própria argumentação. Em várias ocasiões Freitas fala de "relações de direito" em seu "desenvolvimento", de pessoas como "entes", de "natureza livre" e "natureza não livre", ou da natureza "orgânica" das "relações de família" envolvendo toda a "personalidade". Como já observado no debate travado no IAB, há páginas[124] aqui em que trechos do *System* são incorporados sem aspas à argumentação de Freitas. O trecho a seguir oferece um bom exemplo:

[122] Até onde foi possível averiguar, a *Consolidação* de Freitas recebeu apenas uma resenha de Antonio Pereira Rebouças (1798-1880), cujo texto foi incorporado à segunda edição da Consolidação de 1867 como comentário aos dispositivos da lei. Sobre Rebouças, cfr. K. Grinberg, *O fiador dos brasileiros* (n. 88).

[123] Refiro-me a H. Blondeau, "Des méthodes de classification qui ont été suivies ou proposées, à diverses époques, pour faciliter l'étude du droit privé, et notamment de cettes qui sont adoptés aujourd'hui dans la pluspart des Universités d'Allemagne", in *Thémis, ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, vol. 3, p. 246-277. O texto teve enorme repercussão na literatura jurídica brasileira do séc. XIX.

[124] Teixeira de Freitas, *Nova Apostilla* (n. 29), p. 46.

"O direito quer a vida real, quer a possibilidade de relações do individuo intelligente com os entes, que têm a mesma natureza, e o mesmo destino".	"Le monde extérieur, c'est-à-dire, le milieu où l'homme se trouve, l'assiége par une multitude de points de contact; mais les plus importants sont ses relations avec les êtres ayant la même nature que lui et la même destinée" (Traité I, p. 325-26).	"Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung" (*System* I, S. 331).

Interessante aqui não é apenas o recurso ao § 52 do *System*, cuja importância na reflexão de Freitas já foi notada acima, mas principalmente a ênfase no conceito de relação jurídica para a construção sistemática. A concepção de que o sistema jurídico se constitui não de direitos subjetivos ou de direitos naturais originários, mas sim de direitos adquiridos segundo regras jurídicas positivadas e estruturadas a partir de relações jurídicas é um motivo savignyano de central importância na crítica de Freitas ao projeto português. Uma característica central do projeto Seabra, como do Código Civil português promulgado em 1867, residia justamente no reconhecimento e na delimitação de "direitos originarios", ou seja, de direitos naturais como, por exemplo, existência e liberdade[125]. Assim começava a segunda parte do projeto, que tratava precisamente da aquisição de direitos e apresentava logo de início uma descrição relativamente detalhada de liberdades individuais como liberdade de expressão, inviolabilidade física e direito de propriedade (arts. 382-390). Trata-se de aspectos específicos da

[125] *Codigo Civil Portuguez. Projecto redigido por Antonio Luiz de Seabra*, Coimbra 1858, Art. 382: „Dizem-se direitos originarios os que o homem recebe da natureza, e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros. Estes direitos são: 1.° O direito de existencia; 2.° O direito de liberdade; 3.° O direito de appropriação".

codificação portuguesa que a literatura considera representativos de seu caráter individualista e tardo-jusracionalista[126].

A crítica de Freitas na *Nova Apostilla* dirige-se contra a opção legislativa proposta por Seabra de incorporar direitos naturais originários ao código civil. Na opinião do jurista brasileiro, o principal erro do projeto português consistiria em ter extrapolado os limites de uma codificação do direito civil, violando assim a separação entre direito público e direito privado. Segundo esta linha de raciocínio, a declaração de direitos individuais pertenceria à tarefa da Constituição, não do direito civil[127]. Segundo Freitas, haveria, além disso, uma questão de técnica legislativa. A enunciação de direitos no código civil implicaria, do ponto de vista normativo, a utilização de dispositivos meramente declaratórios sem qualquer relevância prática, posto que desprovidos de uma prescrição de conduta. Dito de outra forma, seriam normas não operacionalizáveis dada a falta de um esquema que vinculasse um suporte fático concreto com sua consequência jurídica[128]. Logo, a Freitas interessavam questões tanto de delimitação do campo do direito civil, quanto de técnica legislativa. Do ponto de vista normativo dos princípios e valores que deveriam orientar o direito privado há, interessantemente, consenso entre os autores. Como indicou acima o debate sobre a escravidão, Freitas defendia uma concepção claramente liberal de direito privado, mesmo que aos olhos de hoje possa ser criticado pelo seu legalismo e pela tolerância com relação à escravidão. No foco de sua controvérsia com Seabra estava, portanto, não o princípio liberdade, mas sim a maneira pela qual este deveria ser fixado e traduzido em proposições jurídicas concretas.

Uma comparação entre a Nova Apostilla e os respectivos trechos do System mostra que a resposta de Freitas também a essas questões resultava de sua leitura de Savigny:

[126] Cfr. e.g. Costa, *História do Direito Português* (n. 120), p. 434.
[127] Teixeira de Freitas, *Nova Apostilla* 1859 (n. 29), p. 42s.
[128] Teixeira de Freitas, *Nova Apostilla* 1859 (n. 29), p. 18 e 110.

"A sentença, que condemna o vicioso systema do Projecto do Codigo Civil Portuguez, ha d'ha muito se acha lavrada por um desses juízes, á cuja autoridade deve-se curvar a cabeça: Para bem conhecer o complexo das relações de direito, tal como funcciona na vida real, não basta conhecêr o conteúdo de cada uma dessas relações, e sua acção actual. Cumpre tambem estudar a marcha de sua organização viva, a parte movel de sua natureza, o que comprehende sua origem, sua dissolução, seus desenvolvimentos, suas transformações possíveis, e sobretudo a repressão de sua violação. Fuja-se porém de considerar estas differentes phases da vida organica das relações de direito como direitos novos collocados na mesma linha das relações originarias. Fuja-se de procurar algum lugar que devão ter no edifício do direito – um semelhante método confundiria todas as idéias'. Savigny. Rio de Janeiro, 29 de abril de 1859" (p. 87-88).

"Si l'on veut saisir l'ensemble des rapports de droit tel qu'il fonctionne dans la vie réelle, il ne suffit pas de connaître le contenu de chacun de ces rapports et son action actuelle, il faut encore étudier la marche de leur organisation vivante, c'est-à-dire, outre l'élement persistant, la partie mobile de leur nature, ce qui comprend leur origine, leur dissolution, leurs développements, leurs transformations possibles, et surtout la répression de leur violation. Souvent on a considéré ces différentes phases de la vie organique des rapports de droit comme des droits nouveaux placés sur la même ligne que les rapports originaires, et l'on a cherché quelle place ils doivent occuper dans l'édifice du droit; or, une semblable méthode confond toutes les idées" (*Traité* I, p. 387-88.

"Soll uns eine vollständige Einsicht in das Wesen der Rechtsverhältnisse entstehen, wie sie in das wirkliche Leben eingreifen, so ist es nicht genug, ihren Inhalt zu kennen, also die Wirksamkeit, die ihnen in der gegenwärtigen Zeit zuzuschreiben ist, sondern es muß uns zugleich ihr eigener Lebensproceß klar werden, also neben der stabilen Seite auch die bewegliche Seite derselben. Dazu gehört ihre Entstehung und Auflösung, ihre Entwicklung und ihr möglicher Übergang in neue Gestalten (Metamorphose), vorzüglich auch ihre Verfolgung wenn sie verletzt werden. Man hat nun zuweilen diese einzelnen Momente in dem organischen Leben der Rechtsverhältnisse als eigene, neue Rechte aufgefaßt, sie mit den ursprünglichen Rechtsverhältnissen auf Eine Linie gestellt, und nun die Stelle aufgesucht, die ihnen im System aller Rechte anzuweisen wäre. Ein solches Verfahren konnte nur zur Verwirrung der Begriffe führen" (*System* I, 393-94).

"No Direito Civil só se trata de direitos adquiridos [...]; o que significa, no dizer do sabio Savigny, que as relações de direito não existem como taes no fundo da natureza humana, mas vêm de fóra juntar-se-lhe. A possibilidade e a necessidade destas relações, isto é, seu germen (continúa o mesmo sabio) é só o que existe em gráo igual para todos os homens, e traz comsigo sua necessidade anterior. O desenvolvimento porém deste germen tem um caracter de individualidade e de contingencia, que se manifesta pela variedade indefinida que se observa na extensão dos direitos de cada um" (p. 110).

"Jo'ai déjà dit (§ 52) que la science du droit n'a pour objet que des droits acquis. Cela signifie que les rapports de droit dont nous avons à étudier l'essence n'existent pas comme tels au fond de la nature humaine, mais viennent du dehors s'y ajouter. La possibilité et le besoin de ces rapports, c'est-à-dire leurs germe, se retrouve seul à un degré égal chez tous les hommes, et porte avec soi sa nécessité intérieure. Le développement de ce germe a un caractère d'individualité et de contingence qui se manifeste par la varieté indéfinie que l'on remarque dans l'extension des droits de chacun" (Traité III, p. 1-2)

„[...] daß unsre Wissenschaft keine anderen Gegenstände hat, als erworbene Rechte. Dieses hat den Sinn, daß die Rechtsverhältnisse, deren Wesen wir zu erforschen haben, nicht schon in der menschlichen Natur als solcher gegründet, sondern als ihr von außenher kommende Zusätze zu betrachten sind. Nur die Möglichkeit und das Bedürfniß solcher Rechtsverhältnisse, das heißt der Keim derselben, findet sich gleichmäßig in der Natur jedes Menschen, führt also eine innere Nothwendigkeit mit sich; die Entwicklung jenes Keimes ist das Individuelle und Zufällige, und offenbart diese ihre Natur durch den höchst verschiedenen Umfang, den wir an den Rechten der Einzelnen wahrnehmen" (*System* III, p. 1)

Ambos os textos são representativos da maneira pela qual Freitas incorporou e adaptou ao seu contexto local a resposta savignyana para o problema da constituição jurídica da liberdade num sistema de direito privado positivo. "Pessoa, liberdade, vontade" – essa conhecida fórmula constitui a base normativa do *Systema* savignyano[129] e define uma concepção de direito privado que trata a pessoa não abstratamente num estado de natureza ideal, mas imersa desde o início em relações com os seus iguais num estado jurídico-positivo "real" e "objetivo". Nesta concepção, direitos naturais não são proclamados, mas sempre pressupostos como "germen" (Freitas) ou "Keim" (Savigny) no desenvolvimento da personalidade de cada um que adquire e perde direitos nos limites das normas positivas. Não por acaso, o segundo trecho citado acima se refere à teoria dos fatos jurídicos, categoria com a qual Savigny sistematiza as regras sobre surgimento e extinção das relações jurídicas[130] e cuja incorporação à divisão das matérias da parte geral no *Esboço* constitui uma das principais inovações do projeto de código elaborado por Freitas[131]. Na linha de Savigny, Freitas defendia uma concepção de direito privado que reconhecia apenas direitos adquiridos, estruturados a partir do conceito de relação jurídica. Em comparação com a posição individualista de Seabra, a referência constante a relações jurídicas, que em Freitas vem sempre acompanhada de expressões como "realidade", "natureza das cousas" ou simplesmente "factos", denota a tentativa de fundamentar a construção do sistema em bases "objetivas" e

[129] A fórmula é de Bethmann-Hollweg, discípulo e amigo próximo de Savigny, e foi adotada recentemente como síntese do ideal normativo de direito privado savignyano por Joachim Rückert, "Savignys Dogmatik im 'System'" (n. 5), p. 180s.; cfr. também Hans Kiefner, "Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert", in Blühdorn – Ritter, *Philosophie* (n. 106), p. 7ss.

[130] Sobre a teoria savignyana dos fatos jurídicos e a noção de um sistema de direito privado baseado em fatos e relações jurídicas (e não numa noção individualista de direitos subjetivos), cfr. Thiago Reis, *Savignys Theorie der juristischen Tatsachen* (n. 107), p. 113ss.

[131] Diferentemente da *Consolidação*, Freitas trabalhava desde o *Esboço* com a ideia de uma Parte Geral dividida em três seções: Pessoas, Coisas e Fatos Jurídicos, veja-se Munir Karam, "O processo de codificação do direito civil brasileiro (da Consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua)", in Schipani, *Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano* (n. 24), S. 319-339.

"positivas", independentes tanto do sujeito quanto de uma razão transcendental. A própria reação de Seabra confirma que o recurso aos textos de Savigny teve um papel fundamental na crítica de Freitas ao projeto português. Neste sentido, não deixa de ser significativo o fato de Seabra defender-se das acusações de Freitas recorrendo justamente à autoridade de Savigny para legitimar seu sistema de direitos subjetivos.

6. Observações finais

Retomando as perguntas inicialmente formuladas por Twining sobre a difusão e adaptação do conhecimento jurídico a diferentes contextos, pode-se dizer que a recepção de Savigny no Brasil em meados do séc. XIX se desenvolveu num contexto e numa época de intensas tentativas de modernização envolvendo os mais diferentes campos do direito. Contexto esse que se mostrou bastante favorável à busca e apropriação de novos paradigmas na ciência do direito. Savigny foi lido em círculos limitados da elite jurídica brasileira da época, frequentemente sob condições institucionais bastante precárias. Seus leitores brasileiros tiveram acesso a uma parcela reduzida da sua obra, que lhes permitia uma avaliação apenas parcial na sua forma de pensar o fenômeno jurídico. O fato de o responsável pelo primeiro projeto de codificação brasileira, o auto-intitulado savignyano Freitas, desconhecer a posição anticodificatória de Savigny no *Beruf* de 1814 é o exemplo mais eloquente disso. Isso não impediu, contudo, que juristas brasileiros encontrassem nos textos de Savigny respostas para problemas locais como a abolição da escravidão ou os pressupostos metodológicos de uma moderna codificação. Apesar da ausência de uma estrutura acadêmica minimamente adequada, e de uma literatura jurídica de orientação praxista pouco interessada em questões de método, obras como o *System* e o *Besitz* de Savigny foram pontualmente incorporados ao horizonte literário de autores que deveriam ter grande influência nas tentativas de reforma e modernização do direito civil da época.

No que diz respeito à utilização de palavras-chave da linguagem savignyana, nota-se que sua seleção dependeu fortemente do contexto. O interesse pela teoria savignyana da interpretação,

bem como a questão relativa à ciência do direito (*Juristenrecht*) como fator de produção normativa, não podem ser separados do processo de consolidação e centralização política que se observa ao longo da década de 1840; a recepção da concepção savignyana de direito privado na obra de Freitas estava diretamente ligada a posições que este sustentou em dois debates centrais para a ciência jurídica brasileira do séc. XIX. Mas ainda que o contexto local assuma importância fundamental, não se pode ignorar que o uso das palavras na linguagem, sobretudo em Freitas, evidencia uma leitura de Savigny muito semelhante à leitura então dominante na Alemanha. A controvérsia entre Freitas e Seabra, por exemplo, girava em torno de questões muito parecidas àquelas que levaram a uma discussão semelhante entre Puchta e Stahl no decorrer da década de 1830, às quais Savigny responde no *System* de 1840[132]. Se a construção do sistema jurídico deve tomar como ponto de partida o indivíduo isolado ou então as suas relações com outros indivíduos parece ser uma questão decisiva para diferentes culturas jurídicas dessa época, certamente porque a ela se ligam decisões normativas fundamentais sobre a constituição de um direito privado moderno.

[132] Sobre esse debate cf. Has-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz* (n. 102), pp. 257 ss.; e também Thiago Reis, *Savignys Theorie der juristischen Tatsachen* (n. 107), pp. 113 ss.

STUDIO SU UN TESTO ULPIANEO IN TEMA DI RAPPORTI TRA GIURISDIZIONE ORDINARIA E ARBITRATO

TOMMASO DALLA MASSARA
Università degli Studi di Verona

Sommario

Lo studio analizza il testo D. 44.4.4.3 (Ulp. 76 *ad ed.*): in particolare dall'opinione di Labeone emerge uno sforzo di coerente coordinamento tra il giudizio ordinario (*iudicium*) e l'arbitrato.

Parole chiave

Giudizio ordinario – Arbitrato – *Compromissum*

Abstract

The essay analyses the text D. 44.4.4.3 (Ulp. 76 *ad ed.*): the perspective of Labeo shows in particular a significant effort to achieve a coherent coordination between ordinary legal proceeding (*iudicium*) and arbitration.

Keywords

Lawsuit (*iudicium*) – Arbitration – *Compromissum*

1. Leggere un testo: le difficoltà poste da D. 44.4.4.3 (Ulp. 76 ad ed.)

Di fronte al nascere di una nuova esperienza scientifica ed editoriale che reca nel nome il senso dell'interpretazione come forma di conoscenza, credo non vi sia modo migliore per esprimere un augurio di buona riuscita che proporre uno studio esegetico.

Sperimentare il senso dell'interpretazione significa infatti, in primo luogo, confrontarsi con le incertezze di un testo: come di consueto, le differenti varianti di lettura indirizzano verso ricostruzioni di senso incompatibili, se non addirittura opposte, sicché la fatica della lettura è resa necessaria al giurista dalla volontà di attribuire un significato coerente alle parole.

Così è anche nel caso di D. 44.4.4.3 (Ulp. 76 *ad ed.*), testo ulpianeo all'interno del quale è riportata un'opinione labeoniana: qui ogni differente opzione testuale si traduce in una differente ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra *iudicium* e arbitrato:

D. 44.4.4.3 (Ulp. 76 *ad ed.*): *item quaeritur, si cum eo, a quo tibi [sexaginta] <sescenta> deberentur, compromiseris, deinde per imprudentiam poenam centum stipulatus fueris. Labeo putat convenire officio arbitri iubere tantum tibi dari, quantum re vera debeatur, et, si non fiat, non vetare, ne quid amplius petatur: sed etiamsi id omissum fuerit, peti posse quod debetur Labeo dicit, et si forte poena petatur, doli mali exceptionem profuturam*.

Occorre in primo luogo tentare di comprendere esattamente i profili della fattispecie descritta[1].

Ulpiano rappresenta il caso riguardante *Tu*, il quale ha concluso un accordo di compromesso con un tizio, di cui era creditore per seicento, ma al quale – per evidente imprudenza – ha chiesto di effettuare una stipulazione penale per cento.

Occorre però fin da subito dire che il senso complessivo del testo è in larga misura condizionato dal fatto che si preferisca attribuire fede alla versione tramandataci dalla *Vulgata*, nella quale la somma indicata è – appunto, come si è appena detto – seicento, oppure che si dia credito alla versione che ci giunge dalla *Florentina* (nonché confermata dai Basilici), nella quale in luogo di seicento la cifra indicata è di sessanta.

Orbene, dico subito che accolgo la versione della *Vulgata.*

Compio questa scelta condividendo le ragioni che già sospinsero Talamanca a prediligerla: ma, per non perdere il filo logico nella lettura, rinvio al prossimo § l'esposizione di tali ragioni e proseguo invece nel tentativo di comprendere per intero la fattispecie (naturalmente sul presupposto degli argomenti che, soltanto per una scelta di comodità argomentativa, posticipo).

Ebbene, Ulpiano riferisce che Labeone ritiene che si addica all'*officium* dell'arbitro di imporre che sia dato a *Tu* tanto quanto risulti dovuto *re vera.*

[1] Sulla quale mi ero già soffermato in *Studio sui rapporti tra 'sententia iudicis' e decisione arbitrale*, Napoli-Jovene, 2012, ove sviluppavo i temi affrontati in *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario nella giurisprudenza classica*, ne *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese* (a cura di L. Garofalo), Padova-Cedam, 2012, 111 ss.

Si deve quindi supporre che il senso sia il seguente: se di regola v'era una commisurazione tra la valutazione della *commissio poenae* e il *quantum* della condanna espressa nel lodo, in questo caso di errore l'arbitro avrebbe dovuto non ritenersi ancorato alla cifra espressa nella *stipulatio*.

Risulta invece congruo rispetto all'*officium* dell'arbitro che egli possa, per così dire, andare oltre quanto indicato nella *stipulatio*.

Il passo prosegue dicendo: quand'anche non si sia provveduto a emettere una condanna *re vera*, lo stesso Labeone riteneva che non si dovesse impedire che il di più fosse chiesto.

Dunque doveva potersi recuperare il differenziale tra quanto ottenuto in sede di arbitrato e il totale spettante *re vera.*

Se non lo si fosse ottenuto in sede arbitrale, questo qualcosa in più si sarebbe potuto chiedere in un giudizio ordinario.

In sostanza si sta affermando che – com'è del tutto pacifico per il diritto classico[2] – non sarebbe stato impedito da ragioni di ordine

[2] Sia consentito rinviare all'inquadramento che ho fornito nel mio *Studio sui rapporti* cit., in specie 15 ss. Nella letteratura del Novecento, i punti di riferimento imprescindibili sono rappresentati da G. La Pira, "'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare", in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento* II, Palermo-Castiglia, 1936, 187 ss., nonché da M. Talamanca, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano-Giuffrè, 1958. Oltre a ciò, cfr. V. Galante, "Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri", in *Studi giuridici in onore di C. Fadda pel XXV anno del suo insegnamento* VI, Napoli-Pierro, 1906, 109 ss.; J. Altenrath, *Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches*, Berlin-Heymann, 1907; L. Wenger, voce "Receptum arbitri", in *Pauly-Wissowa* RE. II.I, Stuttgart-Metzler, 1920, 358 ss.; G. Gioffredi, *Contributi allo studio del processo civile romano. (Note critiche e spunti ricostruttivi)*, Milano-Giuffrè, 1947, 58 ss.; G. Broggini, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters,* Köln-Graz-Böhlau, 1957, 111 ss.; F. Bonifacio, voce "Arbitro e arbitratore (Diritto romano)", in *Nov. Dig.* I.II, Torino-Utet, 1958, 925 ss.; F.P. Casavola, "La 'conventio' nel 'compromissum'", in *Labeo* 5, 1959, 241 ss.; K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München-Beck, 1971; P.G. Stein, "Arbitration under Roman Law", in *Arbitration* 41, 1974, 203 ss.; J. Paricio, "Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'. Sanción contra el árbitro que no dió sentencia", in *RIDA*. 31, 1984, 283 ss.; G. Buigues Oliver, *La solución amistosa de los conflictos, en derecho romano: el "arbiter ex compromisso",* Madrid-Montecorvo, 1990, *passim*; J.L. Linares Pineda, "Nota sobre la 'poena compromissi' en nuestro derecho historico", in *Sem. Compl.* 6, 1994, 83 ss.; Id., "'Compromissum' y 'receptum arbitri'. Aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación con el moderno", in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener (coord. y present. J. Paricio)*, Madrid-

processuale il radicamento di un giudizio ordinario. Nessuna preclusione infatti sarebbe derivata dalla presenza del compromesso; né ulteriori preclusioni in questo caso sarebbero derivate per il fatto che un (parziale, se paragonato all'entità di quanto realmente dovuto) processo arbitrale si era già celebrato: in altre parole, rimane del tutto estranea ogni considerazione in ordine ad eventuali effetti derivanti dalla previa proposizione della domanda in sede arbitrale (e consolidarsi del lodo) sulla medesima domanda poi dedotta in giudizio ordinario[3].

Certo, si sarebbe però posto il problema di una violazione dell'accordo compromissorio: ciò da cui sarebbe scaturito il pagamento della penale.

-Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 709 ss.; M. Humbert, "Arbitrage et jugement à Rome", in *Droit et culture* 28, 1994, 47 ss.; Id., "Deux notes en marge de l'arbitrage romain", in *"Iuris vincula". Studi in onore di M. Talamanca* IV, Napoli-Jovene, 2001, 387 ss.; M. Marrone, "Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana", in *Riv. arb.*, 1996, 1 ss.; Id., "Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana", in *Roma e America. Diritto romano comune* 5, 1998, 57 ss.; A.F. de Buján, *Derecho público romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*9, Cizur Menor-Civitas, 2005, 409 ss.; in chiave di comparazione processuale, ma con significativa attenzione per il diritto romano, lo studio di M. Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino-Giappichelli, 2002, 1 ss.; D. Roebuck – B. de Loynes de Fumichon, *Roman arbitration*, Oxford-Holo Books, 2004, 15 ss.; G. Bugliani, "Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano classico tra diritto ed equità", in *Riv. arb.*, 2007, 377 ss.; L. De Giovanni, "L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana", in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli-Jovene, 2010, 333 ss. In contemporanea con i miei lavori – di cui ho dato conto nella nt. 1 – era edito N. Rampazzo, *"Sententiam dicere cogendum esse". Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli-Satura, 2012, nel quale il tema dell'arbitrato è approfondito in una prospettiva piuttosto differente rispetto a quella da me prescelta: assai completa la nota bibliografica di cui alla nt. 1, cui rinvio ad integrazione dei riferimenti essenziali sopra citati; in N. Rampazzo, *"Sententiam dicere cogendum esse"* cit., 51 ss. è riportato il testo D. 44.4.4.3 (Ulp. 76 *ad ed.*), ma senza presa di posizione sulle questioni che qui vengono in rilievo.

[3] Con tutte le difficoltà poste dal connesso tema dell'identificazione della domanda, su cui – entro una letteratura assai vasta – valga per tutti il rinvio a M. Marrone, "Dal divieto di 'agere acta' all 'auctoritas rei iudicatae'. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato", in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo* II, Napoli-Jovene, 1997, 3 ss., ove sono ampi riferimenti di letteratura.

Com'è noto, l'efficacia della decisione arbitrale è infatti rimessa unicamente alla *commissio poenae* connessa alla violazione delle promesse in forma di *stipulatio* nelle quali si trasfonde l'accordo di compromesso[4].

Ma, per Labeone, all'azione diretta all'ottenimento della penale si sarebbe potuta opporre l'eccezione di dolo.

Come si vede, molti sono i passaggi puramente congetturali che occorre compiere per ricostruire il senso del testo; e non v'è dubbio che su ciascuno di questi si potrebbero esprimere dubbi e riserve.

Tuttavia non si può negare che le linee fondamentali della fattispecie appaiano con una certa chiarezza: proprio su queste potranno svilupparsi nel seguito alcune riflessioni.

Prima però – come anticipato – è necessario spiegare per quali ragioni si sia preferita la lezione *sescenta*, in luogo di quella *sexaginta.*

2. La scelta di ricostruzione testuale: 'sescenta' ovvero 'sexaginta'

Qualora si tenesse per buono il testo recante la menzione di *sexaginta* in luogo di *sescenta*, il senso complessivo della fattispecie – come si è detto – sarebbe affatto differente.

Precisamente si intenderebbe dire che, se "per errore, il convenuto abbia promesso una *poena* maggiore dell'ammontare della pretesa fatta valere nei suoi confronti, questa *poena* non può essere richiesta, e l'attore si deve limitare a chiedere l'esatto ammontare del suo credito": questa la ricostruzione sulla base della *Florentina* proposta – come mera ipotesi di lavoro, giacché essa viene poi ritenuta non credibile – da Mario Talamanca[5].

[4] Sotto questo profilo, J. Roussier, "Du compromis 'sine poena' en droit romain classique", in *RHD*. 18, 1939, 167 ss.; R. Knütel, *"Stipulatio poenae". Studien zum römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien-Böhlau, 1976, 203 ss.; più recentemente, sono intervenuti in argomento gli studi di A. Sicari, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari-Cacucci, 2001, nonché di Th. Finkenauer, "Stipulation und Gaschäftsgrundlage", in *ZSS*. 126, 2009, in specie 325 ss.

[5] Cfr. Talamanca, *Ricerche in tema di "compromissum"* cit., 112, nt. 166.

Depone in tal senso il testo dei Basilici.
Si veda Bas. 51.4.4.4:

Καὶ ὁ κατὰ ἄγνοιαν μεζου ἐπερωτηθεὶζ πρόστιμου τοῦ ἀληθοῦς χρέονς μόνον γὰρ ὤφελε παρσχεῖν ὅπερ τῇ ἀληθείᾳ χρεωστεῖ

Per esempio, muove dalla *Florentina* Buigues Oliver, il quale così interpreta il passo: "si mantenemos la versión de Florentina y Basílicos, resulta más sencilla la interpretación de D 44, 4, 4, 3. Se trataría efectivamente de un supuesto en que una vez realizado el compromiso, a la hora de realizar la estipulación penal, se hace sobre una cantidad superior a la efectivamente debida; lo que decide Labeón es que la sentencia del árbitro debe recaer sobre la cantidad que verdaderamente se debe; en el caso de que no se cumpliera la sentencia, cree Labeón que no hay problema en que se pueda reclamar la cantidad (mayor) estipulada como pena. En el caso de que no se dieran estas circunstancias, Labeón permite al demandado defenderse con la *exceptio doli* frente a la reclamación de la pena (más de lo que verdaderamente se debe) del demandante"[6].

Osserva però Talamanca che, nell'ipotesi in cui si leggesse *sexaginta*, il passo presenterebbe le seguenti pecche.

In primo luogo, l'errore di cui si parla nel passo è quello commesso dal creditore-stipulante (è a lui in effetti che sembra riferirsi l'*imprudentia*) e non dal promittente-debitore: proprio a un errore di quest'ultimo occorrerebbe invece pensare per dar credito alla versione "alternativa", di cui si è appena detto.

In proposito, Buigues Oliver aveva notato che l'errore all'interno di una stipulazione appare piuttosto come una questione di punto di vista; così, l'errore sarebbe del promittente ovvero dello stipulante, senza che ciò faccia troppa differenza.

In effetti, anche se la poca accortezza rilevata nel testo appare proprio quella dello stipulante (*per imprudentiam poenam centum stipulatus fueris*), direi che non è tanto questo l'aspetto primario su cui condurre l'attenzione. Invece, balza all'attenzione il fatto che, preferendo leggere *sexaginta*, finirebbe per essere del tutto insensato il riferimento all'*amplius petere.*

[6] Buigues Oliver, *La solución amistosa de los conflictos cit.*, 200.

E infatti la seconda obiezione mossa da Talamanca riguarda proprio l'*amplius petere*: osserva lo Studioso che – nella lettura contestata – l'*amplius petere* dovrebbe intendersi come riferito alla pena, mentre esso è in realtà da vedersi in relazione con il credito.

Ma, a questo punto, il passo nel suo insieme risulterebbe falsato. Se si riferisse l'*amplius petere* alla pena, allora l'affermazione che tale *amplius petere* non sia vietato dovrebbe essere riferita al giudizio ordinario e non all'arbitrato. Proprio nel giudizio ordinario si potrebbe formalisticamente chiedere la *commissio poenae.*

Però pare a me chiaro che in quel punto del passo ci si stia riferendo al giudizio arbitrale. Inoltre, mi sembra che in tal modo molte incongruenze si creerebbero nella lettura: non si comprende a questo punto cosa sarebbe *omissum*, se già ci si stesse muovendo all'interno della cornice del giudizio ordinario; né mi spiego perché Labeone avrebbe dovuto accreditare quel chiedere (*peti posse quod debetur Labeo*), se invece il senso era proprio quello di poter paralizzare la richiesta a mezzo dell'eccezione di dolo.

In terzo luogo, Talamanca osserva che non si vede come mai l'attore potrebbe avvalersi del *compromissum*: "se infatti alla sua azione per chiedere la *poena* è opponibile l'*exceptio doli*, ed egli è rinviato a chiedere i sessanta, ammontare effettivo del suo credito (*quod debetur*), è evidente che egli dovrà agire con l'azione originaria a tutela della pretesa compromessa; ma in questa, com'è incontestabile, la pronuncia arbitrale non fa stato e l'attore dovrà provare daccapo il proprio buon diritto"[7].

Dunque sarebbe compiuto un giro tortuoso, quanto – a ben vedere – insensato.

3. Le considerazioni ricavabili dal testo

A questo punto, illustrato il plausibile significato di D. 44.4.4.3 (e dato conto delle ragioni che ne hanno ispirato la lettura testé

[7] Così Talamanca, *Ricerche in tema di 'compromissum' cit.*, 112 s., nt. 165. L'argomentazione di Talamanca, nel senso che il passo debba leggersi nella versione della *Vulgata*, è condivisa anche da A. Burdese, Rec. di Buigues Oliver, "La solución amistosa de los conflictos" *cit.*, in *SDHI.* 57, 1991, 465 ss., ma in specie 468.

condotta), mi pare si possano tentare alcune considerazioni ricostruttive e di sintesi.

Il presupposto fondamentale per la comprensione dell'intero discorso ulpianeo è rappresentato dal fatto – su cui non può esservi alcun dubbio – che la decisione arbitrale non fa stato.

Nel caso in esame si è a cospetto di una decisione arbitrale favorevole, ma parziale, la quale non costituisce ostacolo processuale rispetto alla proponibilità di una domanda in sede di *iudicium* per il *quid pluris* spettante al creditore.

Non è messa a disposizione delle parti un'eccezione di compromesso; né una preclusione processuale deriva dalla pronuncia del lodo; né, infine, è esperibile un'azione per l'esecuzione del lodo stesso. L'efficacia della decisione arbitrale è invece affidata alla *commissio poenae*, che si connette alla violazione delle promesse in forma di *stipulatio* nelle quali è trasfuso l'accordo compromissorio.

A cospetto di un quadro così delineato, mi pare però che D. 44.4.4.3 evidenzi ulteriori e più vive ragioni di interesse, nella misura in cui esso mostra come possa realizzarsi un rapporto di integrazione tra il piano dell'arbitrato e quello del *iudicium*, ossia dunque tra l'attività decisoria svolta dall'arbitro e quella svolta dal giudice.

Più esattamente, proprio su questo vero e proprio coordinamento concettuale – inatteso, giusta i presupposti – occorre qui soffermare l'attenzione.

Essenziale è notare che il lodo si presta, per la soluzione che viene proposta nel passo, a un collegamento funzionale con il giudizio ordinario: se il lodo non fosse stato in grado di esprimere una corretta valutazione, il giudizio ordinario poteva intervenire facendo "corpo unico" con la sentenza emessa al termine del *iudicium*. E così, coerentemente, gli ostacoli collegati alla rigidità della *stipulatio* che fossero venuti a insorgere in relazione a una siffatta operazione di integrazione tra i due tipi di procedimento potevano essere superati in virtù dell'interposizione di un'eccezione di dolo.

Si è appena visto come, nella specie, potesse opporsi eccezione di dolo a fronte dell'attivazione della *commissio poenae*.

Ciò denota una capacità di adattamento delle strutture del processo ordinario, per un verso, nonché del giudizio arbitrale, per

altro verso, in vista di una considerazione complessiva delle forme "decisorie" di definizione della controversia, ossia di quelle forme che comunque postulano la cognizione delle situazioni giuridiche soggettive e, in ultima analisi, la statuizione su di esse, con superamento dunque della differenziazione – sotto altro profilo profondissima, se si ha riguardo al profilo strutturale, giacché il giudizio ordinario postula l'esercizio del *ius dicere* sotto il controllo del magistrato, mentre l'arbitrato trova il proprio guscio giuridico soltanto nelle reciproche stipulazioni – che intercorre tra l'una e l'altra.

A questo proposito è utile ripensare alle parole di Paolo, contenute in un passo tratto dal secondo libro *ad edictum* e conservato in D. 4.8.1: *compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*. Dunque tra il compromesso e i *iudicia* v'è un'identità di scopo: e tale scopo è rappresentato proprio dalla definizione della lite; di qui l'opportunità e, anzi, la necessità del coordinamento tra i due piani.

Tuttavia – come si è ricordato più volte – occorre pure ricordare che dal lodo non scaturiscono effetti di giudicato.

Giova in questo caso rammentare quanto afferma in modo perentorio P.S. 5.5ª.1: *ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit*.

Se si pone mente a questa regola generale (che è certamente già regola classica), si coglie il presupposto stesso rispetto alla possibilità di una reciproca integrazione tra arbitrato e *iudicium*, nonché i modi attraverso i quali tale integrazione si realizzi.

Si tratta di un'integrazione tra piani differenti della quale – mi pare – il testo di D. 44.4.4.3 ci ha dato chiara prova.

In generale, se la decisione arbitrale non dà luogo in alcun modo a *res iudicata*, colui che abbia visto pronunciare contro di sé una decisione sfavorevole in sede arbitrale può, senza incontrare ostacoli di ordine processuale, adire il magistrato per sperare di ottenere una sentenza di segno diverso.

D'altra parte, così come l'accordo di compromesso non impedisce di ricorrere al magistrato, neppure dalla decisione presa dagli arbitri scaturiscono effetti preclusivi o conformativi che possano avvertirsi sul piano del processo ordinario.

Ma non si potrebbero portare a conclusione queste considerazioni sui rapporti intercorrenti tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario – quali emergono dal testo ulpianeo – senza avvertire, a questo punto, l'esigenza di gettare lo sguardo, almeno per un momento, verso uno scenario più vasto.

4. Rapporti tra "iudicium" e arbitrato: quale idea di giurisdizione?

Sullo sfondo di quanto detto sin qui, s'intravede un tema di straordinaria latitudine: si coglie infatti quale profonda trasfigurazione abbia coinvolto, nella nostra tradizione giuridica, il significato di "giurisdizione".

Note quanto evidenti sono le dinamiche della storia che sembrano aver "arrecato violenza all'ambito semantico del termine *giurisdizione* nella lingua italiana, appiattendolo prima di tutto nel linguaggio comune, ma frequentemente anche in quello tecnico, sulla funzione dello Stato conosciuta oggi con questo nome"[8].

Ma la giunzione concettuale tra giurisdizione e sovranità, che oggi sembra per molti versi naturale e quasi imprescindibile, reca in sé il carattere della precarietà, come tutti i fenomeni della storia: efficacemente è stato osservato che "in questo contesto, non possiamo non acquisire consapevolezza della storicità e relatività dell'idea stessa di giurisdizione quale proiezione della sovranità statuale"[9].

L'esperienza giuridica dei Romani vale invece a testimoniare l'esistenza di una *iurisdictio* da vedersi in connessione con la funzione di accertamento, ma non condizionata dall'idea di sovranità.

In Roma antica, sempre ferma restando l'idea dell'inidoneità del lodo rispetto al prodursi di cosa giudicata, v'è uno spazio perché possano trovare ordine e coordinamento le reciproche interferenze, nonché le significative integrazioni – sulle quali ci si è soffermati dianzi – tra arbitrato e *iudicium*.

[8] Cfr. R. Caponi, "'Natura' dell'arbitrato e controversie arbitrabili", in *Sull'arbitrato cit.*, 125.

[9] Così N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano-Giuffrè, 2007, 183 s.; in senso analogo, G. Verde, "Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione", in *Riv. dir. proc.*, 2003, 371 ss., nonché in specie 385 s.

L'attività arbitrale si collocava, come si è detto poc'anzi, *extra necessitatem iurisdictionis*[10]: e infatti non v'è la possibilità dell'*actio iudicati*.

Però non manca di cogliersi, in relazione all'arbitrato romano, la natura di decisione che è propria del lodo, la quale consente proprio – ecco l'aspetto sorprendente, se si pensa alle differenze strutturali tra giudizio ordinario e arbitrato – un piano di comunicazione con la *sententia iudicis*, la quale è emessa da un *iudex*, ossia dal privato cittadino scelto di regola dalle parti proprio come l'arbitro (senza qui soffermarsi sulla dottrina wlassakiana in ordine all'origine arbitrale del processo civile romano, da cui potrebbero ricavarsi ulteriori argomenti di carattere storico nel senso dell'esistenza di un più profondo tessuto connettivo tra i due piani)[11].

Ecco allora che tra l'attività dell'arbitro e quella del giudice era realizzabile una certa qual complementarietà.

Ciò mi pare già in sé sufficiente per concludere nel senso che la riflessione sul testo di Ulpiano D. 44.4.4.3 (Ulp. 76 *ad ed.*) impone una revisione critica tanto nei riguardi di una concezione marcatamente pubblicistica del processo civile, che induca a vedere uno iato tra questo e il fenomeno arbitrale, quanto nei riguardi di un'idea semplicisticamente assimilante tra i due.

Alla fine di questo percorso, credo che la fatica dell'esegesi possa dirsi ben ripagata: la storia giuridica non trasmette certezze né tanto meno banalizzazioni, però regala soddisfazioni a chi intenda esercitare in senso critico il proprio ragionamento giuridico.

[10] D. 4.8.3.1 (Ulp. 13 *ad ed.*): *tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita* [...].

[11] Cfr. M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens* I-II, Leipzig-Duncker&Humblot, 1888-1891; Id., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doktor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig-Duncker&Humblot, 1889, 55 ss. Ma su questi aspetti, si veda Broggini, *Iudex arbiterve cit.*, in specie 24 ss.: per una rappresentazione di sintesi dei problemi e della letteratura, M. Talamanca, voce *Processo civile (Diritto romano)*, in *ED.* XXXVI, Milano-Giuffrè, 1987, 4 ss.

LEITURAS ROMANÍSTICAS DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

O CONCEITO ROMANO DE *OBLIGATIO* E A DEFINIÇÃO LEGAL DE *OBRIGAÇÃO* NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS[1]

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Universidade de Lisboa

I. A simplificação normativa do Direito das Obrigações

Não se questiona já a necessidade de deslegalizar, descodificar e desprocessualizar o Direito das Obrigações. O que se discute é o *quantum* e o *modo* dessa simplificação.

As propostas para uma tentativa de unificação[2]/modernização do Código Civil nesta matéria das Obrigações não têm resultado, pois redundaram, via de regra, numa recodificação e reprocessualização.

[1] Começamos a publicar na *Interpretatio Prudentio* as *Leituras Romanísticas do Código Civil Português*, projecto que está a ser desenvolvido na linha de investigação de Direito Romano e tradição romanista do *Teoria e Históra do Direito – Centro de Investigação da ULisboa*, no âmbito das Comemorações do cinquentenário do Código Civil Português. Iniciamos as *Leituras* pelo *Livro das Obrigações* e pela definição legal de *Obrigação*. Sendo esta uma das questões mais tratadas pela doutrina (a literatura específica é infinita mas as bases continuam em FERRINI, BONFANTE, RICCOBONO, SOLAZZI, MARCHI, BETTI, BRINZ, LUZZATTO, TONDO, ALBANESE, DE RUGGIERO, ALBERTARIO, PEROZZI, TALAMANCA, BIONDI, PUGLIESE, LANTELLA, VOCI, SCHULZ, SCHERILLO, LAURIA, GALLO, BURDESE, CARCATERRA, ARANGIO RUIZ, GROSSO, CANNATA, MITTEIS, FREZZA, PASTORI, PRINGSHEIM, MAGDELAIN, CRIFÒ, KUNKEL, VILLEY, KASER, ORESTANO, WATSON, GAUDEMET, WIEACKER, VISSCHER, D'ORS, GUARINO, SCHIAVONE, BISCARDI, IGLESIAS, PARICIO, CUENA BOY...), discutida pelos autores, analisada pelos aplicadores e ensinada pelos professores nas Faculdades de Direito, qualquer comentário a este preceito legal resulta em uma ousadia autoral. Mas, as razões foram já apresentadas e visam facilitar a sua utilização pelos tribunais. Este texto corresponde a uma revisão crítica dos nossos escritos anteriores sobre a matéria, nomeadamente o *Curso de Direito das Obrigações em Angola*. I, Luanda, 2016.

[2] Ver, por exemplo, as normas dos artigos 97° e 157° do *Anteprojeto de Código Europeu dos Contratos* apresentado pela Academia dos Jurisprivatistas Europeus. Cfr. *AA. VV. Code européen des contrats Avant-projet*, coord. Giuseppe Gondolfi, Giuffrè, Milão, 2004, pp. 39-40 e 74.

Assim sendo, no âmbito das comemorações dos cinquenta anos do Código Civil iniciamos um projeto que procura apresentar uma proposta de revisão do Código Civil que simplifica e ajuda a resolver em tempo devido os litígios entre as partes *ob ligadas* por uma prestação[3].

Fazemo-lo a partir da sua origem no Direito Romano e no âmbito da tradição romanística[4] invertendo o processo que nos conduziu ao emaranhado normativo-dogmático em que estamos, com grave prejuízo da credibilidade do direito como instrumento para a solução justa dos conflitos pela reposição da situação anterior ao incumprimento da obrigação.

2. Conceito e definição

O conceito jurídico de obrigação apresenta-a como um *vínculo jurídico* pelo qual alguém presta uma coisa ou paga uma importância em dinheiro a outrém em cumprimento de uma regra jurídica. As fontes romanas do conceito estão em I. 3,13, pr.[5]; Gaio 4, 48[6]; e D. 44. 7.3. pr. (Paulo, Inst. 2).

O primeiro das *Instituições* de JUSTINIANO: "*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitates iura*"[7] – Inst. 3, 13, pr..

O segundo é da autoria de PAULO: "*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut sevitutem nostram faciat, set ut alium nobis obstringat ad dandum aliquit, vel faciendum, vel praestandum*" – D. 44, 7, 3. pr.

[3] Ver, por todos, Maria de Lurdes Pereira, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001.

[4] Como fez, por exemplo, Orlando Gomes, *Transformações Gerais do Direito das Obrigações, Revista dos Tribunais*, 1967, pp. 148-152.

[5] A definição pode ter sido gizada por Papiniano (Kubler) e assumida por Fiorentino (Ferrini).

[6] Ver F. Pastori, *Concetto e struttura della obbigazione romana,* Milão, 1982; G. Criffò, "Appunti per una storiografia dell'Obbligazione romana", in *Scritti Maroni*, 1982, pp. 1369 ss..

[7] A expressão *solvendae rei* deve entender-se de forma ampla, abrangendo toda e qualquer prestação, e não apenas a entrega da coisa.

Na definição legal do Código Civil Português (artigo 397º)[8] a: "Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação"[9].

Aceite a diferença entre conceito jurídico e definição legal[10] e entre regra de Direito e norma legislativa[11], importa-nos aqui saber, na encruzilhada entre romanística e civilística[12] para a construção de um direito de juristas[13], se a noção legal corresponde ao conceito jurídico[14].

[8] Luis Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I., *Introdução. Da constituição das Obrigações*, 9ª edição, Coimbra, Almedina, I, pp. 13 e ss.. Escreve: "Esta definição em parte influenciada pelas fontes romanas (...)", na senda de Manuel Duarte Gomes da Silva, *Conceito e estrutura da obrigação*, 1943, pp. 11 e ss. (cuja leitura deve ser completada com Franco Pastori, *Profilo Dogmatico e Storico dell'Obbligazione Romana*, Milão, 1951).

[9] Sobre o conceito legal de obrigação ver António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, II *Direito das Obrigações*, Tomo I, Almedina, 2009, pp. 21 e ss., que refere (p. 26): "(...) a noção legal surge como uma homenagem aos clássicos romanos e propicia, logo na abertura do Direito das Obrigações, um interessante roteiro histórico-cultural". Assim é.

[10] Ver, por exemplo, Alfonso Garcia-Gallo, *Estudios de Derecho Privado*, Sevilha, 1982, pp. 11 e ss.; Id., *Curso de Historia del Derecho Privado: Conceptos generales y Derecho de personas*; Clóvis V. do Couto e Silva, "Para uma história dos conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Mêrea e G. Braga da Cruz*, Vol. LVIII, 1982, II, pp. 297 e ss..

[11] Ver Ennio Cortese, *La norma Giuridica. Spunti Teorici nel Diritto Comune Classico*, I (1962) e II (1964), Giuffrè, (reimpressão de 1995); e António Pedro Barbas Homem, "Jus e Lex", in *Estudos de Direito Romano*, Vol. II, AAFDL, 1989, pp. 218 e ss; António Cortês, *Jurisprudência dos Princípios. Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, pp. 99 e ss. "A diferença entre a lei e o Direito".

[12] Tommaso dalla Massara, "Una Riflessione sui rapporti tra romanística e civilística", in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, XXVIII, 2015, *En memoria de José Maria Coma Fort*, pp. 657 e ss.. Em Portugal foi A. Santos Justo a fazer, de forma mais expressiva, a ligação entre romanística e civilística. Ver, nomeadamente, *Direito Privado Romano*, II, *Direito das Obrigações*, Coimbra editora, 2003; e entre a civilística e a romanística tem sido António Menezes Cordeiro, "Direito Civil: o Direito romano atual", in *AA. VV. Direito e Poder, Atas do XV Congresso Internacional e XVIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, 14-16 de Fevereiro de 2013*, separata da *RFDUL*, 2013, pp.1105 e ss..

[13] Ver Paul Koschaker, *Europa y el Derecho Romano*, trad. cast., Jose Antonio Cruz Tejeiro, Madrid, 1955, pp. 247 e ss..; Lombardi, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Ristampa inalterada, Milão, Giuffrè, 1975.

[14] Ver Friedrich Karl Von Savigny, *Metodologia Jurídica*, trad. cast. de J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, 1979, pp. 38-39 – "Desarollo de los conceptos".

Só assim podemos saber se o legislador se preocupou, na redação da norma da lei que define obrigação, com a regra jurídica onde se insere o conceito[15] e com a sua origem no Direito Romano[16], como é exigido a um Estado que se considera "de Direito"[17].

O *instituto da obligatio*[18] é uma criação do Direito Romano[19] e a tradição romanística manteve-o atual, com as necessárias adaptações[20].

[15] Emilio Betti, *Teoria del Negocio Juridico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s.d., p. 51: "A pretensão crítica de princípios de Gorla, "Interpretazione del Diritto", pp. 68 e ss. está condenada à esterilidade, A construção dogmática deve, naturalmente, atender em especial a um determinado direito positivo; mas não impede que possa elevar-se, por abstração, até à elaboração de categorias gerais". Ver também Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9ª edição revista e aumentada, Almedina, 2005, pp. 55-61.

[16] Ver, por exemplo, Marchi, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I, Storia, Roma, 1912; Id., "Le definizioni romane dell'obbligzione", in *BIDR*, XXIX, 1916, pp. 5 e ss.; Pachioni, "Concetto e origine dell'obligatio romana" (Apêndice à sua tradução para italiano do *Tratado das Obrigações*, de Savigny, Turim, 1912); Watson, *The law of Obligations in the Later Roman Republik*, Oxford, 1965.

[17] Aceitando que está consolidada entre nós a existência de uma definição legal de obrigação, discordamos da opção de Antunes Varela de colocar no Código Civil uma definição legal de obrigação, contrariando a ideia de Vaz Serra de que isso é matéria própria dos jurisprudentes, não dos legisladores (ideia seguida no *Código Seabra* e nos Códigos Civis Francês de 1804, Austríaco de 1811, Suíço de 1907, Italiano de 1942 e contrariada pelo *BGB* alemão). Ver Vaz Serra, "Obrigações/Ideias Preliminares gerais", in *BMJ*, 77, 1958, pp. 5-125; *Direito das Obrigações (com excepção dos contratos em especial)/Anteprojecto*, sep. do *BMJ*, 1960, 5. Antunes Varela introduz a definição legal na revisão ministerial de 1961 (artº 357º) e mantém-na na de 1965, na senda doutrinária de Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Português*, 1846 (reimpressão de 1917), I, p. 64 (noção inspirada na norma do artº 241º do *Código Comercial* de Ferreira Borges); Guilherme Moreira, *Instituições de Direito Civil Português*, Vol. II – *Das Obrigações*, 1911, pp.7-8; e Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações* (colaboração de Rui de Alarcão), 1ª ed. 1958, 3ª ed., 1966.

[18] Seguimos aqui Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius Romanum),* II, tit. III, cap. I (não publicado – referido em "Conteúdo das Obligationes de Dar: dare vel dari, aut dare et dari?", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Mêrea e G. Braga da Cruz, Vol. LVIII, 1982, II,* , pp.995 e ss., loc. de ref., p. 996, nota 2.

[19] Sebastião Cruz, "Conteúdo das Obligationes de Dar: dare vel dari, aut dare et dari?", cit. pp. 995 e ss., loc. de ref., p. 995, recorda as palavras de Pacchioni, *Corso di Diritto Romano*, II, Roma, 1910, p. 337: "A Grécia deu ao Mundo a Estátua; Roma legou-nos a obligatio". Existem obrigações jurídicas fora do instituto da *obligatio* (cfr. Rodolfo Sacco, "À la recherche de l'origine de l'obligation", in *Archives de Philosophie du Droit*, 44, 2000, pp. 33-41), mas dessas não cuidamos aqui.

[20] Ver A.-E. Giffard, *Droit Romain et ancien droit français (Obligations)*, 4ª edição (por Robert Villers), Dalloz, Paris, 1976, pp. 5-25.

Só que o tempo e o labor teórico foram afastando o conceito jurídico da noção legal de obrigação; e diluíram, decompondo, o conceito de *obrigação* em outros dois conceitos: débito e responsabilidade[21]. Quando já o direito romano justinianeu fundira débito e responsabilidade no conceito de *obligatio*, O conceito jurídico de *obrigação* definhou densificando a definição legal.

Por isso, é preciso retomar a sua origem para reconquistar a simplicidade necessária ao Jurídico a aplicar hoje fazendo corresponder, na jurisprudência dos tribunais, o conceito à definição e a regra à norma.

Não é aqui o lugar para repetir os lugares a que chegaram os mais argutos e competentes jurisprudentes professores romanistas que estudaram a *obligatio* romana[22]; nem para questionar os efeitos negativos da diferença entre direitos reais e direitos de crédito que a doutrina civilística tem aplicado na conceptualização jurídica de *Obrigação*.

Nem podemos aqui tratar da *dificultas praestandi* a partir do tópico entre a impossibilidade de prestar (por desproporção ou excesso da prestação) – não mera inviabilidade[23] – e a *dificuldade extraordinária*[24] em fazê-lo[25], pois não é a questão do incumprimento

[21] Como já denunciara Pastori, *Profilo Dommatico e Storica dell'Obbligazione Romana*, Milão, 1951; e Alvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, cit., & 348. Ver também Gangi, "Ancora sul concetto dell'Obligazione e sulla distinzione tra debito e responsabilità", in *RIL*, 17, 1953, pp. 364 e ss.; Pacchioni, "Nuove considerazioni sulla distinzione fra debito ed obbligazione", in *Atti Torino*, 53, 1918, pp. 488 e ss..

[22] Nomeadamente a excelente síntese feita por Edoardo Volterra, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Civitas SA, Madrid, pp. 445 e ss. "Conceitos gerais. Problemas de origens. Fontes das Obrigações".

[23] Ver António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão), p. 1006.

[24] Que os artigos 280º, 401º e 790º do Código Civil não resolvem, deixando uma margem de incerteza e de insegurança sem qualquer vantagem. Ou existe norma para tudo; ou – como defendemos – opta-se pela norma mínima e aberta deixando ao aplicador a possibilidade de justiça através da solução concreta do caso pela interpretação adequada dessa norma que positiva a regra jurídica. As divergências a este respeito, nesta matéria entre Vaz Serra e Antunes Varela estavam centradas nos conteúdos normativos e não em posições de princípio sobre a codificação. Cfr. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, pp. 69-70. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Estudos sobre o não cumprimento das Obrigações*, cit., p. 12, propõe a resolução do problema da dificuldade extraordinária do devedor em realizar a prestação, recorrendo-se aos artigos 252º, 437º e 334º. Propõe mesmo um novo artigo a acrescentar ao Código Civil"790º-A: "Se a prestação é excessivamente difícil, em

e seus efeitos[26] que tratamos a respeito da norma do artigo 397º do Código Civil. Aqui cuidamos da obrigação como um "ter de prestar" e não da impossibilidade (objetiva/subjetiva; originária/superveniente; física/económica) de a prestar.

Por isso importa *tornare al'antico* para reafirmar que a necessidade de o credor recorrer a uma acção e aos tribunais por falta de cumprimento do obrigado tem de ser motivo de forte penalização para este; desencorajando a falta de cumprimento no prazo devido das obrigações, pois é essa a natureza do direito civil e as suas regras foram criadas com base na boa fé[27] e no bom senso nas relações entre as pessoas; e não nas patologias da suspeição e do incumprimento que invertem as regras jurídicas e os seus efeitos com a aplicação de normas legais nos tribunais.

3. A base jurisromanística do conceito de obrigação

Pela tradição romanística[28] a obrigação nascida de um acordo entre as partes (*pacta*), sendo do obrigado (pessoa), só faz sentido se garantir o cumprimento com uma coisa cujo valor corresponde ao montante em dinheiro[29] atribuído ao *debitum* que obriga o devedor

tais condições que seria gravemente contrário à boa fé reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter a modificação desta".

[25] Ver Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações,* Almedina, Coimbra, 2007, pp. 7 e ss.. Em outra ocasião já nos pronunciámos sobre os aspetos essenciais da Lei de Modernização do Direito das Obrigações que alterou o Código Civil Alemão (BGB) quanto à impossibilidade de realização da prestação. Ver também António Menezes Cordeiro, *Da Modernização do Direito Civil*, I, *Aspectos Gerais*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 109 e ss.; Id., *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, I, *Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 683 e ss..

[26] Ver, v.g., Michelle Giorgianni, "Inadempimento (diritto privato)", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffrè Editore, Milão, 1970, pp. 867 e ss..

[27] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001 (2ª reimpressão), pp. 17 e ss..

[28] No sentido adotado por António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil,* cit., pp. 53 e ss..

[29] A condenação do obrigado pelo incumprimento da obrigação era em dinheiro, em obediência à regra *omnis condemnatio pecuniaria*. Cfr., por exemplo, Reinhard Zimmermann, *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian*

como *obligatus*; logo, uma relação do credor (*creditor*) também com a coisa/dinheiro (património) do devedor (*debitor*)[30] que garante a obrigação (*obligatio*)[31].

A obrigação, validamente constituída, beneficia de uma aparência de direito à prestação do credor que – funcionando o contrato como prova bastante[32] – o juiz deve sumariamente (verificada a forma adequada; ou facto notório; ou confissão como prova suficiente ou complementar) satisfazer em decisão pronta e com valor executivo, sem necessidade de julgamento[33]. Cabe ao devedor, após cumprir, recorrer aos tribunais para obter, em processo judicial, se for o caso, o que lhe for devido, invertendo a prova da *obligatio* e contrariando o direito do credor; ou provar que o cumprimento é completamente impossível[34].

Tradition, Juta & Co. Lda., C.H. Beck, Cidade do Cabo/Munique, reimpr., 1992, pp. 772.

[30] C. Cannata,"Creditum e obligatio", in *Labeo*, 20, 1974, p. 104 e ss..

[31] G. Segrè, "Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza clássica e del tempo di Diocleziano", in *Studi Bonfante*, III, 1930, pp. 499 e ss..

[32] Ver Vaz Serra, *Provas (Direito Probatório Material)*, Lisboa, 1972.

[33] A *regra de julgamento* só se aplica quando existe uma dúvida insanável sobre os fatos alegados pelas partes (*secundum allegata e probata partium*) e a sua importância for absoluta para a justa solução do caso. O juiz pode indagar (*princípio do inquisitório*) além do que trazem as partes e pode sujeitar a contraditório, mas pode e deve – quando estão criadas as condições para o fazer – decidir fora das burocracias requeridas pelo julgamento. Em qualquer caso é o devedor (pois foi ele que disse voluntariamente e no seu interesse que ia efetuar uma prestação como contrapartida de uma outra já efetuada pelo credor) que deve sofrer as consequências da dúvida do julgador ou da insuficiência ou incerteza da prova que lhe cabe apresentar para não cumprir como obrigado (*teoria das consequências jurídicas da falta ou insuficiência de prova*). O critério seguido entre nós é normativista (dos defensores da *normentheorie)* e ao dividir solomonicamente o ónus da prova dificulta esta solução. Ver Adriano Vaz Serra, "Encargo da Prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes", in *BMJ*, nº 47, Março de 1955, pp. 99 e ss.; e Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações,* cit., pp. 104 e ss. "As acções de resolução de contratos".

[34] Ver, por exemplo, a norma – que vale como princípio geral – do artigo 1315º do Código Civil francês: "Quem reclama o cumprimento de uma obrigação deve prová-la. Reciprocamente quem pretende estar exonerado de a cumprir, deve justificar o pagamento ou o facto que produziu a extinção da obrigação".

Obligatio designa a relação de dívida (*aquilo que é devido*[35] ou *debitum*[36]) no *ius civile*[37], isto é uma dívida reclamável através de uma acção de direito civil (*actio iure civile*)[38] desencadeada com o uso do termo específico (técnico) *oportere*[39].

Obligare em sentido comum é ligar, atar uma coisa a outra[40]; mais tarde, em termos jurídicos, a *obligatio* surgiu conceptualizada como o ato de dar uma coisa em garantia de uma dívida[41]. As coisas dadas em garantia estavam obrigadas (*obligari* era sujeitar)[42].

[35] Cfr. Edoardo Volterra, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Civitas SA, Madrid, p. 451, nota 11.

[36] Sem possibilidade de desenvolver aqui o *debitum*, nomeadamente em D. 31.88.10, ver Sebastian Stepan, "De Maestros y Discipulos. Observaciones en quanto al *debitum* en las obras de juristas clássicos", in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, XXVIII, 2015, *En memoria de José Maria Coma Fort*, pp.1069 e ss.; e José Maria Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996.

[37] Em Roma "dever" significa: *ter coisa alheia como própria*. Ver Max Kaser, *SZ,* 1966, pp. 1 e ss..

[38] Mais tarde, o pretor vai aumentar as ações pessoais para reclamar o pagamento de dívidas através da concessão das ações *in factum*. A partir daí pode-se falar também de obrigações pretorianas ou honorárias. Logo, às *actiones* com *intentio in ius concepta* próprias do *ius civile* juntaram-se as *actiones in factum* do *ius honorarium*. Cfr. D. 20.1.5. pr.; D. 46.2.1.1.; D. 44. 7. 52.

[39] Alvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano* (1968), EUNSA, Pamplona, 10ª ed. Revista, 2004, p. 431. O *oportere* das *actiones in personam* significava a existência de um *vinculum* de *ius civile* (logo, com fundamento nos *mores maiorum*, nas *leges*, na *interpretativo prudentium*). Ver Paoli, "Oportere dans les textes juridiques", in *Revue Études Latines*,15, 1937, pp. 326 e ss.; Pastori, "Oportere", in *NNDI*, 11, 1965, pp. 1035 e ss.; Kaser, "Oportere und ius civile", in *ZSS*, 82, 1965, pp. 1 e ss.. Para compreender a relação *oportere/fides* ver Carcaterra, *Intorno ai "bonae fidei iudicia"*, Nápoles, 1964, pp. 36 e ss..

[40] A referência mais antiga recenseada nas fontes romanas (não jurídicas) a *obligare* está em Plauto, *Truculentus* (cerca de 200 a.C.), 214: "Nam fundi et aedes obligatae sunto ob Amoris praedium". A palavra *obligatio* é encontrada em Cícero, *Epistulae ad M. Brutum*, I,18,3 (não conheço referência anterior): "Est ... gravior difficilior animi et sententiae (...) pro altero quam pecuniae obligatio". Para uma evolução histórica de *obrigação* antes da formulação jurídica romana ver René-Marie Rampelberg, "L'Obligation romaine: Perspective sur une evolution", in *Archives de Philosophie du Droit*, 44, 2000, pp. 51-68.

[41] No Direito Romano as dívidas causadas por um delito separam-se das outras dívidas resultantes de atos normais e lícitos. Foi a introdução dos actos lícitos, na república romana, como fonte de obrigações (pena pecuniária) em que o devedor era o agressor e o credor a vítima que levou à sistematização adotada por Gaio 3. 88-225 (primeiro os contratos; depois os delitos), seguida posteriormente, nas *Institutiones* de Justiano 3. 28-29. Ver Aldo Schiavone, *Ius. La invención del derecho*

Logo, parece fazer pouco sentido remeter o conceito jurídico de *obligatio* (século I a.C.) ao *vinculum* surgido do negócio de *nexum*, cujos contornos precisos desconhecemos, já sem rasto conhecido no final da época clássica[43].

Desaparecida a dicotomia *obligationes teneri* e *actione teneri* ficou no direito justinianeu apenas a noção de *obligationes*. É com ela que devemos trabalhar na civilística, incorporando os elementos *sponsio; stipulatio* e *vinculum* que a integraram, após a insuficiência da *fides* como garantia do cumprimento[44].

É a *obligatio* como *vinculum iuris* que evita, em Roma e nas nossas sociedades, o recurso à *vindicta privada* e à execução forçada na pessoa do devedor (*manus iniectio*) como resposta do credor ao incumprimento da obrigação[45].

en Occidente, Adriana Hidalgo editora, 2009, pp. 159 e ss. – "Ius civile y pretores: la idea de lo equitativo". Ver também De Martino, "L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio", in *SDHI*, 6, 1940, pp. 133 e ss..

[42] Ver Arnaldo Biscardi, *La dottrina romana dell"obligatio rei"*, Giuffrè Editore, Milão, 1991; A. Fernández Barreiro e Javier Parício, *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*, 8.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2011.

[43] São inúmeras e diversificadas as querelas interpretativas de passos das fontes sobre o conceito de obrigação, nomeadamente a de saber se em vez de *vinculum iuris* estaria *vinculum personae* (Biondi); se foi uma reconstrução justinianeia inspirada na definição de Papiniano (Albanese); se foi muito acrescentada pelos compiladores (Albertario), etc..

[44] Ver António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., pp. 59 e ss..

[45] A centralidade da *lex Poetelia Papiria de nexis* (ou *de pecuniis creditis* – como a designa Arnaldo Biscardi, "La genesi del concetto classico di "Obligatio"", in *AA. VV. Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesr José Luís Murga Gener*, cord. Javier Parício, Madrid, 1994, pp. 19-28, loc. de ref., p. 22), de 326 a.C., nas bases dogmáticas do Direito Privado é apontada por diversos autores. Creio, no entanto, que o tema não está ainda suficientemente estudado para se ser tão perentório na afirmação. Ver, por exemplo, os *Seminarios Complutenses de Direito Romano*, 2, 1990, pp. 1 e ss.. Precisamos de continuar a estudar a centralidade da abolição do *nexum* por esta lei – e o período de tempo em que se manteve a execução pessoal apesar da lei – superando as interpretações atuais de Tito Lívio, *ad urbe condita* 8.28.8; de Cícero, *de re publ*., 2.34.59; de Varrão, de l.l. 7.105 (ver Peppe, *Studi sull'esecuzione personale*, I, (*Debiti e debitori nei primi due secoli della reppublica romana*), Milão, 1981, pp. 256 e ss.. Ver, por exemplo, Magdelain, "La loi Poetilia Papira et la loi Iulia de pecuniis mutuis", in *Estudios D'Ors*, II, 1987, pp. 815-817.

A juridicização da obrigação está na patrimonialização; não está na desmaterialização, sobretudo se isso significar apenas deferir para um momento posterior a sua materialização: que consiste na entrada no património do credor do montante devido pelo obrigado.

O *vinculum* – que aqui salientamos – do conceito de obrigação continua a ser um vínculo material de natureza jurídica. Material, não sobre a pessoa do devedor mas sobre o seu património; jurídico porque é justo que a execução forçada não fique na mão do credor, mas de um juiz[46].

Adquirere obligationem é tornar-se credor. Logo titular de uma acção para reclamar o seu crédito[47]. Assim sendo, a *obligatio* não assenta tanto na *obrigação do obrigado*; mas mais no *direito do credor* de obter a prestação[48].

Trata-se de um direito diretamente concretizado sem mais através de uma decisão judicial com força pública; não de um mero vínculo jurídico a concretizar posteriormente num processo longo e burocrático.

Obligare não é apenas um ato que cria um vínculo, como parece resultar de D. 44.7.3. pr.. A *obligatio* constitui logo um direito do credor a, através de uma acção de direito civil, concretizar prontamente o seu direito (*ius et obligatio sunt correlata*)[49]; não é ter

[46] Ver A. Santos Justo, "A responsabilidade civil do Juiz no Direito Romano – Breve referência no direito português" e David Magalhães, "A Execução Específica: alcance e limites da realização coativa da prestação desde o Direito Romano", in *AA. VV. Direito e Poder, Atas do XV Congresso Internacional e XVIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, 14-16 de Fevereiro de 2013*, separata da *RFDUL*, 2013, respetivamente, pp. 21 e ss. e 267 e ss..

[47] Cfr. Betti, *Il concetto della obbligazione construito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920. Como escreve Jean Gaudemet, *Théorie Générale des Obligations,* s.d., p. 10: obrigação é o crédito sob o ponto de vista jurídico; crédito é a obrigação sob o ponto de vista económico (tradução livre).

[48] Se L. Mackeldey, *Manuel de Droit Romain contenant la Théorie des Institutes*, trad. do alemão por J. Beving, 3ª edição, Bruxelas, 1846, pp. 186 pode escrever: "(...) Obrigação significa, não somente o compromisso do devedor mas também ao mesmo tempo o direito do credor" (tradução e sublinhado nossos); agora as circunstâncias exigem que se coloque o acento tónico no direito do credor.

[49] Como lembra Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*, 1ª Parte, Das Modalidades das Obrigações. Dos Efeitos, 4ª

direito à constituição de um vínculo jurídico sobre o devedor no sentido da realização de uma prestação que corresponda ao crédito.

Assim podemos dizer que a norma legal no nosso Código Civil, embora pareça diretamente inspirada no conceito jurídico romano que ficou expresso como definição em I.3.13.pr., tem sido interpretada como resultante de D. 44.7.3. pr..

Para nós a *obligatio* não é apenas um *iuris vinculum*, no sentido de um vínculo potencial que dá direito ao credor a exigir do devedor um comportamento no sentido de satisfazer o crédito (a prestação); mas um verdadeiro vínculo jurídico, no sentido de através de uma acção judicial obter, com rapidez e prontidão, o seu crédito.

Não existe só um *dever de prestar* a exercer com tempo, no final de um complicado e demorado processo judicial; mas uma *obrigação de prestar* aquilo que está em dívida. Assim é porque não interpretamos a diferença entre *debitor* e *obligatus* da *lex Poetelia Papiria de nexis* como uma diferenciação conceptual cujo efeito seja a existência de um lado do instituto jurídico da *obligatio;* e, de outro lado, do instituto do *debitum*, como tem sido sistematicamente feito pela doutrina maioritária quer romanística, quer civilística.

O *obligatus* (ou *nexus*[50]) pode não ser o *debitor* e vice-versa, mas ter uma obrigação − por que assim se quis (declarar livremente e por sua vontade) − é estar obrigado a cumprir o que disse que cumpria (não é "cumpriria").

Se cumpre como *obrigado* ou como *devedor*, não é aqui relevante; pois a diferença de termos (não necessariamente de conceitos jurídicos) não atenua a natureza jurídica vinculativa e obrigatória da obrigação no sentido de repor o equilíbrio dos pratos da balança da justiça, dando ao credor o que é seu de direito.

edição, Edição Saraiva, 1967, "todo o direito seja qual for a sua natureza pessoal ou real encerra sempre uma ideia de obrigação, como antítese natural. Direito e obrigação constituem, realmente, os dois lados da mesma medalha, o direito e o avesso do mesmo tecido (...) as obrigações são como as sombras que os direitos projetam sobre a vasta superfície do mundo (não existe direito sem a respectiva obrigação, nem obrigação sem o correspondente direito".

[50] Ver Arnaldo Biscardi, "La genesi del concetto classico di "Obligatio"", in *AA. VV. Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesr José Luís Murga Gener*, cord. Javier Parício, Madrid, 1994, pp. 19-28, loc. de ref., p. 20, nota 4.

Obter uma obrigação de alguém (ser credor) não é ser titular de uma expectativa de o devedor adoptar um comportamento no sentido de satisfazer o crédito, uma mera possibilidade de prestar aquilo que deve. Estar obrigado não é apenas contar com essa possibilidade de realizar a prestação; é ter de a prestar[51].

O débito não é um dever jurídico; é uma obrigação contratual (ou legal) diretamente exigível através de uma acção em juízo, sem necessidade de mais formalidades. O mesmo é dizer que o crédito não é um mero direito subjetivo relativo do credor[52]; pode ser até um direito objetivo[53] dele com todas as consequências jurídicas dessa qualificação.

[51] Por exemplo, na obrigação de *praestare* o obrigado tem de fazer a *traditio* da *res* vendida de forma livre e pacífica se quiser cumprir; obrigado se não quiser faze-lo (D. 19, 1, 11, 7). Ver António Alberto Vieira Cura, "Compra e Venda e Transferência da propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo do 75º tomo,* 2003, pp. 78-79; e "O Fundamento Romanístico da Eficácia Obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos Códigos Civis Espanhol e Português", in *Jornadas Romanísticas*, Coimbra, 2003, pp. 33 -108; Max Kaser, *Das Romische Privatrecht. Das altromische, das vorklassische und kassische Recht*, 2ª ed., Munique, 1971, p. 489. A questão principal é de saber se fica como faculdade do devedor não cumprir a prestação e substituí-la por um montante em dinheiro que corresponda ao valor (montante) da prestação. Isto é, depende do devedor passar de "obrigado a prestar" a "responsável por pagar uma quantia em dinheiro". Não encontrei base para tal entendimento. O afastamento *manu militari* da execução sobre o devedor (C. 4,49,4) não significa substituir a prestação pelo dinheiro que ela vale (pela *condemnatio pecuniaria*). O critério é sempre o do interesse do credor e enquanto for possível o cumprimento da prestação é a ela que está obrigado aquele que declarou que a prestava: o "tradere é um *facere*" (como escreveu Sebastião Cruz, "Conteúdo das Obligationes de dar: dare vel daria ut dare et dari?", in *BFDUC*, 1982, cit., p. 997. Já António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, II Direito das Obrigações*, Tomo I, Almedina, 2009, pp. 44, nota 79 escreve, com base em António Marchi: "Cuidado com *praestare:* de *prae* + *stare* (estar ou ficar como garante), não equivale a prestar, mas a garantir: na passagem do Latim para o Português, há que lidar com as evoluções semânticas".

[52] Como defende Matteo Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palumbo (1989), 3ª edição, 2010, p. 401.

[53] Manuel Dias Freire, *História do Direito Romano, conforme as prelecções do Exº Sr. Dr. Luiz Cabral de Moncada ao curso do Primeiro ano Jurídico de 1927-1928*, Coimbra, Tipografia Operaria, 1928, p. 7.

No direito justinianeu parece não existir oposição entre *prestar* e *indemnizar,* mas complementaridade; logo, não existe uma opção dos compiladores justinianeus a favor de uma ou de outra mas deferimento no tempo pelo crivo do interesse do credor[54]: este pode exigir a prestação e o direito dá-lhe os instrumentos para tal, porque é justo que assim seja; impossibilitada a prestação ou cessando o interesse do credor em receber depois da data do cumprimento, então o devedor deve assumir a responsabilidade de pagar o montante da prestação[55].

Desde o nascimento da *obligatio*, a colaboração necessária do devedor na satisfação do crédito do credor não corresponde apenas ao exercício de uma faculdade; mas ao cumprimento de uma obrigação de Direito, efetivável judicialmente, porque plenamente concretizada na sua estrutura jurídica[56].

A oposição entre *nexum*[57] e *obligatio* não é a de o primeiro ser um vínculo directo e a segunda um vínculo potencial; mas de o primeiro permitir uma realização sobre o corpo do devedor (*legis actio per manus injectionem*) através de uma *actio personae*, e a segunda só permitir a satisfação do crédito sobre o seu património (*bonorum venditio*) – pela *actio*[58].

[54] É assim que interpreto, de forma conjugada, D. 6,1,68; e D. 42, 1,13, 1.

[55] Ver, por exemplo, C. Cannata, "Sul problema della responsabilità nel Diritto Privato Romano", in *IURA*, XLIV, 1993, pp. 1-83. Ver o volume dos *Archives de Philosophie du Droit*, 23, 1977 sobre a responsabilidade.

[56] Por isso defendemos que basta o contrato como prova objetiva da existência e exigibilidade da prestação para o credor exigir do devedor no tribunal o seu cumprimento – seja qual for o motivo do incumprimento que o devedor alegue, com exceção dos princípios jurídicos hierarquicamente superiores ao da *vinculação contratual* do devedor e que podem levar, uma vez verificados os seus pressupostos, a um *abuso de direito* do credor. Logo, uma solução mais rápida e simples que a que considera procedente em juízo uma acção do credor para o cumprimento do dever de prestar do devedor por ter passado o prazo para cumprir – artº 808º do Código Civil (pois isso resulta óbvio face à *primazia do interesse do credor* face às dificuldades expetáveis do devedor em prestar; e devido ao ónus da prova que o cumprimento é completamente impossível estar com o devedor. Ver Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações,* cit., pp. 29 e ss..

[57] Abolido em definitivo com a *Lex Poetilia Papiria* de 326 a.C..

[58] Sobre o conceito de *actio* ver a síntese de Edoardo Volterra, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Civitas SA, Madrid, pp. 213 e ss..

Por isso, entendemos, relendo as fontes em contexto histórico e com interpretação atualista, que a *obligatio* (vínculo material direto sobre o património do devedor) exige a *actio* para satisfação do direito do credor através da prestação pelo devedor[59]. A *ligatio* determina a *solutio* ou *satisfactio* e esta a *liberatio*[60].

No direito das obrigações a ligação direito/ação é imediata[61], esbatendo-se a complicação adjetiva acção declarativa/ação executiva, introduzida pela dicotomia prestação/responsabilização, através de uma separação no tempo, com diferentes efeitos jurídicos, entre *estar obrigado* e *ter de cumprir*.

Prestar o que é devido ao credor não é uma sanção dada ao devedor, é uma obrigação jurídica resultante de atos lícitos (v.g. contratos, pactos, convenções[62]), que deve este cumprir nos termos acordados de modo juridicamente válido[63].

Só isso é *derectum*, porque corresponde ao cumprimento da regra *pacta sunt servanda*; é assim porque o exige a tutela jurídica

[59] Ver Alejandrino Fernández Barreiro, "Las Fuentes de las Obligationes en Relación com el Sistema de Acciones en Derecho Romano Clásico", in *AA. VV. Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesr José Luís Murga Gener*, cord. Javier Parício, Madrid, 1994, pp. 19-28, loc. de ref., pp. 29-48.

[60] O Professor Raúl Ventura nas suas *Lições de Direito Romano. Obrigações dadas ao ano 1951-1952, na Faculdade de Direito de Lisboa, publicadas por Zacarias Miranda Neves (policopiadas)*, pp. 14-21 problematiza a definição de *solutio* como pagamento e *liberatio* como fim do vínculo obrigacional para o devedor, a partir da análise das fontes que selecionou para o efeito.

[61] Cfr. Giovanni Pugliese, "Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma Antica", in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, VI, 1994, pp. 19 e ss.; Alejandrino Fernández Barreiro, "Las Fuentes de las Obligaciones en Relación com el Sistema de acciones en Derecho Clásico", in *Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al Profesor José Luís Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 28-31; Max Kaser, *Direito Privado Romano*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª edição, 2011, "obligatio e actio", pp. 197 e ss..

[62] Ver Alberto Burdese, "Sulle Nozioni di Patto, Convenzione e Contratto in Diritto Romano", in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, V, 1993, pp. 41 e ss..

[63] Não podemos aqui tratar das fontes das obrigações, sobretudo a partir da tradição gaio-justinianeia, que sistematizou a matéria permitindo a passagem para a codificação normativa desta temática. A classificação *obligationes re, verbis, litteris, consensu contractae* pode ajudar a esclarecer melhor a posição aqui expressa (ver C. A. Cannata, "La distinction re-verbis-litteris-consensus et les problèmes de la pratique", in *Festgabe von Lubtow*, 1970, pp. 444 e ss.).

da boa fé[64] nos negócios entre as partes[65]. A responsabilização do devedor porque não foi possível, através da acção correspondente à *obligatio*, obter a prestação para satisfazer o credor, é outra coisa. Está além da *obligatio* e da sua prestação.

Logo, a construção doutrinária germânica débito (*schuld*)/ responsabilidade (*haftung*) a respeito de *obligatio*, partindo da juridicidade fundada no Direito Romano, foi útil em termos dogmáticos, mas não faz sentido se for transposta para o momento da aplicação[66].

Só separando claramente as coisas: à *obligatio* o que é da prestação; à responsabilidade, pela não prestação, o que é da sanção ao devedor – é possível voltar ao conceito de *obligatio* e aos seus efeitos jurídicos na realização da prestação, sem as deformações introduzidas por uma inadequada definição legal de obrigação[67].

O conceito de *obligatio* exigindo uma *actio* para cumprimento da obrigação de prestar do devedor satisfazendo o direito do credor recupera a intemporalidade anespacial da estrutura jurídica da *sponsio* romana[68]. A relação fundada na *sponsio* continua a ser a base da *obligatio* entre credor e devedor.

A exequibilidade, por via de acção judicial, da prestação resultante de uma *obligatio* não precisa do momento da responsabilidade por já não ser possível ou querida pelo credor a realização da prestação. A execução da prestação é sempre

[64] Maria Vitoria Sansón Rodríguez, "La buena fede en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones contractuales desde la perspectiva del Derecho Privado Romano,", in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, XIII, 2001, pp. 185 e ss..

[65] Sem poder aqui abrir espaço para a temática do negócio jurídico ver A. Santos Justo, "Vontade e Negócio Jurídico no Direito Romano. Breve referência ao Direito Português", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2007, pp. 171-187.

[66] Como já intuira Betti, *La strutura dell'Obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milão, 1955, pp. 3 e ss..

[67] Em sentido contrário, por aceitar que a evolução que conduziu à definição legal respeitou o conceito jurídico criado no âmbito do Direito Romano ver Matteo Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palumbo (1989), 3ª edição, 2010, p. 402.

[68] Ver Carlo Augusto Cannata, "Perpetuatio Obligationis", in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, IV, 1992, pp. 49 e ss..

possível ainda no momento obrigacional e não necessariamente no momento da responsabilização. Não uma execução como sanção, com base na responsabilidade pelo incumprimento da *obligatio,* que inaugura o dever de indemnizar[69].

O poder jurídico do credor sobre o património do devedor resulta da *obligatio* romana. É essa a legitimidade jurídica da utilização de uma parcela do património do devedor a ser entregue ao credor para cumprimento da prestação a que se obrigou.

No âmbito da experiência jurídica romana, como resultado do estudo comparado das fontes e o que sabemos sobre as dificuldades de processos de abstração, generalização e teorização na *iurisprudentia* romana, podemos afirmar com segurança que os Romanos só muito tardiamente e de forma muito limitada e restrita elaboraram um conceito de obrigação como *vinculum iuris* com natureza patrimonial.

A origem material e concreta da obrigação como uma situação material de sujeição pessoal e física do devedor (*vas, praes, sponsor, vindex, nexus*) ao credor marcou a possibilidade de existir um conceito jurídico unitário, estável e operativo de Obrigação no Direito Romano.

Voltamos a sublinhar que, de início, a garantia do *vinculum iuris* era exclusivamente pessoal e só com o pagamento (*solutio*) o devedor (*reus debendi*) ficava livre (*solutos*). O património do devedor, concebido como um todo coletivo, era a base de subsistência das famílias romanas e, por isso, pelas dívidas de um dos seus membros o património familiar, ou parte dele, não podia passar para o credor. Daí tudo assentar na pessoa e não no património. Só juridicizando a relação obrigacional foi possível patrimonializar a prestação.

A *obligatio* romana era, no início, pessoal e inalienável e, no final – tal como a obrigação atual – era patrimonial e transmissível.

O paralelismo substantivo ou terminológico e as coincidências de conteúdos entre *obligatio* romana e obrigação jurídica no direito actual não permitem afirmar, sem mais, que a origem desta está naquela; ou que o conceito romano é a premissa ou o pressuposto

[69] Perspectiva diversa parece ter Matteo Marrone, "Problemi di Responsabilità del Debitore nel Regime dell'indebito: dal Diritto Romano ai Codici Italiani", in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, XV, 2003, pp. 197 e ss..

da definição legal ou da noção doutrinal de obrigação hoje aceite, ignorando as diferenças abissais entre as categorias empíricas dos romanos construídas com base na realidade factual e normativa e as características atuais da elaboração dogmática, legislativa e jurisprudencial (sentenças dos tribunais) que tornaram o conceito pouco utilizado na jurisprudência dos tribunais.

Mais importante que conhecer as várias teorias explicativas da origem da obrigação romana e a forma como a origem determinou o processo de conceptualização é compreender que, para existir uma noção jurídica, construída como conceito, de obrigação, é necessário haver uma comunidade juridicamente organizada, em que um ordenamento jurídico estruturado e eficaz determina que certo tipo de relações estabelecidas entre os seus membros implique determinadas consequências de carácter jurídico, com efeitos patrimoniais.

4. A difícil definição legal de obrigação a partir do conceito jurídico

Partindo das fontes romanas, as interpretações divergiram e surgiram várias teorias na pandectística (Savigny, Brinz, Windscheid, Koppen, Schott, Hartmann), sistematizadas por Puntschart e logo objeto de atenção por Pachioni. É destas fontes romanas e da forma como foram transpostas para a doutrina civilística, que acompanhou o movimento codificador, que devemos retirar os elementos estruturantes de um conceito jurídico de obrigação fundado no Direito Romano.

A opção política de fixar no Código Civil, como norma legal um conceito de obrigação, ignorando o velho conselho da *iurisprudentia* clássica romana (D. 50, 17, 202: *omnis definitio in iure civili periculosa est*)[70], levou a doutrina a *definire* (*definitio per differentiam specificam*)

[70] Ver Martini, *Le definizione dei giuristi romani*, Milão, 1966; Carcaterra, *Le definizione dei giuristi romani*, Nápoles, 1966; Schmidlin, *Die romische Rechtsregeln*, Colónia-Viena, 1970, pp. 163 e ss.; Dieter Norr, *Divisiom und partitio. Bemerkungen zur Romischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenchaftstheorie*, Berlim, 1972, pp. 29 e ss..

trabalhando uma noção, considerada técnica[71], de obrigação[72]. A definição consensualmente aceite é que a obrigação é uma relação jurídica em que uma ou mais pessoas pode(m) exigir de outra ou outras a realização de uma prestação.

Logo, no plano técnico-jurídico, a obrigação é uma espécie do género dever. A sua fonte, aquilo que a faz nascer como obrigação jurídica, é o que prova a sua existência. *Idem est non esse et non probare* – a mesma coisa é não existir e não provar. Logo, não há aqui recurso a presunção da existência de uma obrigação, porque existindo o facto que a cria, está provada a sua existência (a prova supera a presunção – *probatio vincit praesumptionem*). Apesar das transformações e da complexidade das regras da prova em direito das obrigações, isso não se alterou (Raymond Legeais).

A noção legal positivada na norma do artigo 397º do Código Civil valoriza a essencialidade do vínculo que liga credor e devedor fazendo, de alguma forma, jus ao conceito que encontramos nas fontes romanas[73].

Não existe, no entanto, continuidade linear entre os conceitos didático e jurisprudencial de obrigação (*obligatio*) em Roma e a definição legal do Código Civil como pretendeu a elaboração pandectística. Essa pretensa continuidade, com intuitos legitimadores, vem de uma confusão entre a função e a estrutura da *obligatio* romana e o seu desenvolvimento histórico.

Este é mesmo um dos maiores equívocos da civilística dos nossos tempos: tomar as definições por conceitos. Em processos acelerados de politização do Direito e identificando na narrativa académica – de forma abusiva e totalitária – o Direito com a lei, o trabalho militante dos ideólogos do positivismo jurídico banalizou o uso de definições legais apresentando-as como conceitos jurídicos.

[71] Ver, por exemplo, Arnaldo Biscardi, Tecnicismo della nozione di "res obligata"", in *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors*, Pamplona 1987, I, 1987, pp. 285-287.

[72] Não podemos aqui desenvolver a definição como expressão positiva da *substantia obligationum* no sentido de essência ou *ousia* aristotélica.

[73] Aos conceitos justinianeu de obrigação de Inst. 3, 13, pr.: "iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura"; e jurisprudencial de Paulo D. 44.7.3, pr.: "obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram facia sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum".

Ora o uso vulgarizado, sem rigor e sem critério, das definições legais como conceitos jurídicos, empobreceu a doutrina e politizou, pelo lado da ideologia partidária, o saber jurídico. O Direito legal passou a ser o instrumento privilegiado de quem, tendo o poder, invoca a lei que fez para o manter, apesar das regras e dos conceitos de Direito.

No ensino universitário do Direito em vez de uma pedagogia inclusiva no acesso à *sapientia iuris* surgiu uma ideologia massificadora, que criou novas formas de exclusão, propícia aos repetidores das definições legais e às doutrinas feitas por elas e para elas. Assim foi também com o conceito de Obrigação.

A forma como Savigny, no seu *Tratado das Obrigações*, conectou *obligatio* e *actio*, embrincando o direito substantivo e o direito processual retomava a matriz romana numa forma jurisprudencialmente criativa e útil para os juízes.

Mas logo foi traída pelo próprio autor que, pressionado pelas exigências codificadoras, alterou o conceito jurídico para caber na definição legal.

A norma da lei que define a *obligatio* cumpre a dupla tarefa: de cristalização conceptual de *obrigação* através da definição em vigor; que a definição legal encontre legitimidade no conceito romano, dando a aparência de uma continuidade entre uma e outro.

Foi essa ligação, artificialmente construída pela pandectística codificadora, entre o conceito romano de *obligatio* e a definição legal de *obrigação*, que permitiu à jurisromanística que parte da civilística, interpretar as fontes sobre a *obligatio* romana como uma relação jurídica que assentava na inexegibilidade da prestação originária em dívida; e, só posteriormente, na responsabilidade pessoal do obrigado que se concretizava na execução forçada sobre o seu património.

No atual estado dos nossos conhecimentos, não é possível na época clássica, juntar a *obligatio civilis* (plano substantivo) e a *obligatio* honorária (plano adjectivo/processual) numa noção unitária de *obligatio* própria do *ius Romanum* desse período. Só posteriormente, no período pós-clássico, isso é possível; e certamente já no período justinianeu.

É a unidade conceptual de *obligatio* no *ius Romanum* do *Corpus Iuris Civilis*, recriada pelos estudiosos da pandectística com recurso à junção de textos de Direito justinianeu que permite uma definição legal de "obrigação" através de uma norma inscrita no Código Civil?

Sim e, se não fossem as deturpações posteriores marcadas pelas exigências políticas da codificação e pelas suas características actuais de um processo disperso por diplomas legais avulsos – seria um avanço marcante na concretização dos direitos patrimoniais das pessoas.

O conceito de *obligatio* do Direito Romano mantém a balança da *iustitia* equilibrada na relação entre credor e devedor.

As ideologias legais acentuam, na positivação e aplicação do conceito de obrigação, ora o lado passivo, isto é, o vínculo assumido pelo devedor na relação com o credor, secundarizando o lado ativo – o direito do credor; ora o lado ativo, com prejuízo do lado passivo.

Os codificadores do Direito Civil e os intérpretes da norma legal definidora de "obrigação" na doutrina e nos tribunais, oscilam entre liberais e sociais, individualistas e comunitaristas, consumidores e produtores – consoante as maiorias parlamentares e judiciárias e a sua militância e ativismo.

Houve um abuso de processos de abstração na reconstrução generalizadora e na reelaboração lógica do conceito jurídico de obrigação[74]. A necessidade de definir obrigação, imposto pela ideologia codificadora, como um prestar sem momento concretizador – transferindo-o para fora da obrigação, através da responsabilidade – sacrificou a dimensão prática, logo jurídica, do conceito de *obligatio* às exigências teóricas da especulação dogmática sintetizadas na definição legal de "obrigação"[75].

[74] As sucessivas reconstruções sistemáticas do direito das obrigações e os processos cada vez mais intensos de generalização e abstrativização das normas relativas aos seus institutos; e a dogmatização totalitária do conceito de "obrigação", com uso permanente de comparações, integrações e traduções descaracterizaram a juridicidade dos elementos típicos do conceito e pulverizaram a sua identidade e origem como referentes credíveis do estudo das Obrigações.

[75] Desde o início, no projeto de 1888 do *BGB*, a influência de Windscheid no § 241/I, determinou a natureza eminentemente teórica desta norma que definia a obrigação, negando-lhe valor prescritivo. O mesmo acontecendo com o § 241/II introduzido pela reforma de 2001. Só que a doutrina tem conseguido inverter essa ideia, dando utilidade jurisprudencial à norma para efetivar direitos do credor. Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, VI, *Direito das Obrigações,* cit., p. 27-28.

Os conceitos jurídicos, como nos ensinaram os jurisprudentes romanos[76], não resultam de construções teóricas sistematicamente ordenadas em lógicas narrativas, nem obedecem aos ditames de uma geografia elegante – mas: das exigências de rigor na interpretação de regras jurídicas a casos concretos de conflito entre pessoas; e na fundamentação de decisões que as resolvam com justiça reintegrando os patrimónios prejudicados e reinstaurando a paz na comunidade.

Os apriorismos reconstrutivos que generalizam exceções erguendo-as em regras inexistentes no Direito foram constantemente utilizados pelos codificadores franceses, a que se somaram os desvios filosóficos da doutrina germânica no que respeita à transposição do conceito jurídico de obrigação para os códigos.

Cabe aos professores jurisprudentes lembrar os efeitos da dupla matriz franco-germânica na origem da codificação europeia a que se juntou a recente influência anglo-saxónica na nossa cultura jurídica (com acento tónico nos EUA, a partir da segunda metade do século XX), agora acentuada com a globalização – na forma como definimos obrigação .

Preocupados em discutir pormenores sem significado relevante ou de nulo efeito na vida das pessoas; e a justificar ou criticar opções legislativas e decisões dos tribunais com base no já pensado, corremos o risco de hipotecar a réstia de criatividade jurisprudencial permitida aos professores de Direito Romano e a sua intervenção no direito atual.

O conceito de obrigação oferece-nos a possibilidade de resgatar essa missão jurisprudencial de influenciar as leis e as decisões dos tribunais, contribuindo assim para atenuar o descrédito dos sistemas estaduais de Justiça na Europa.

Por isso, importa manter uma supremacia da vontade declarada pelas partes nos efeitos da obrigação assumida pelo devedor face ao credor.

[76] E recorda Ludovico Barassi, *La Teoria Generale delle Obbligazioni*, vol. I, *La Struttura*. 2ª edição aumentada, Milão, Giuffrè Editore, 1948, p. 6, na esteira de Giorgi, Polacco, Lomonaco, Crome, Carboni, Pacchioni, Bocca, Messineo, Barbero e outros autores da primeira metade do século XX.

Para Schlossmann[77], a obrigação nasce do inadimplemento e não da celebração do contrato. No *ius Romanum* o credor passava a existir quando o devedor fazia uma declaração que o obrigava a prestar-lhe uma coisa. Logo, a obrigação nasce com a declaração de vontade do devedor.

O conceito jurídico de obrigação está presente e estrutura regras jurídicas de criação jurisprudencial no *ius Romanum* com origem na interpretação do acordo/contrato – fonte da obrigação da parte[78]. As obrigações com origem na lei (*obligationes ex lege*) estão umbilicalmente ligadas à definição legal de obrigação.

5. A definição legal de obrigação na norma do artigo 397º do Código Civil Português

O legislador português entendeu fixar, como definição legal, um conceito de obrigação. Assim, a norma do artigo 397º do Código Civil assenta que "obrigação é o vínculo por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação"

Esta foi uma má decisão do legislador a quem não compete dar valor de lei a definições que deturpam e engessam os conceitos de direito das Obrigações. Desde o *Code Napoleón* que se assentou, face à doutrina codificadora que o inspirou, que ao legislador cabe apenas estabelecer os regimes jurídicos dos institutos, não fixar as definições.

Foi a influência determinante da doutrina germânica (Windscheid) e do *BGB* alemão (§ 241) na doutrina portuguesa (Guilherme Moreira/Manuel de Andrade) apoiada pelo então ministro da Justiça Antunes Varela que fez soçobrar a orientação de Vaz Serra no sentido de não colocar no Código qualquer definição de obrigação (embora o seu modelo para o *Livro das Obrigações* no Código Civil fosse o Livro II do BGB). Menezes Cordeiro tem criticado esta opção legislativa preferindo a adotada por Vaz Serra[79].

[77] Schlossmann, *Der Vertrag*, sobretudo no último capítulo da segunda parte.

[78] Não é este o momento de discutir as opções do legislador alemão que distingue o negócio jurídico do contrato obrigacional.

[79] Sobre esta problemática na doutrina portuguesa até ao início dos trabalhos de Revisão do Código Civil ver Guilherme Alves Moreira; Inocêncio Galvão Telles;

A orientação, no sentido de *legalizar* a definição de Obrigação, já velha e ultrapassada (Código Comercial de Ferreira Borges/ Coelho da Rocha) à época em que foi adotada (1965/1966) parece ter como única justificação marcar uma diferença artificial face ao Código Civil anterior (Código Seabra), de inspiração francesa, que não tinha uma definição de obrigação.

Importada em excesso a orientação codificadora germânica para Portugal (já que a definição de obrigação do *BGB* é aberta deixando amplo espaço de interpretação à doutrina), traduziu-se numa limitação legalista empobrecedora que vai além da pandectística tardia de Windscheid e ignora as reformas posteriores feitas pelo legislador alemão no *BGB*; e que, na forma como tem sido aplicada, afastou o direito português das obrigações da sua origem romana.

Consideramos que o trabalho doutrinário em torno de uma separação entre um conceito amplo de Obrigação (elaborado na doutrina e aplicado pela jurisprudência) e um conceito técnico ou restrito (a definição legal de Obrigação) é inútil.

O conceito de obrigação é complexo e adaptável, não reconduzível a qualquer definição legal, nem suscetível de simplificações, parcializações ou qualificações.

O conceito de obrigação só se torna específico, e assim definível, em função do caso concreto que requer a sua aplicação por interpretação. Logo não cabe nas características das definições legais normativizadas, mas dos conceitos que se vão aprimorando com a interpretação das regras aplicadas aos casos e fixando com o recenseamento dos factos relevantes, a análise das situações a ter em conta e as soluções mais justas a encontrar.

Daí a pouca importância da norma do artigo 397º na nossa jurisprudência; porque de difícil aplicação aos casos concretos e às exigências de exequibilidade.

Podemos, no entanto, inverter essa tendência revelando as potencialidades concretizadoras do conceito de obrigação na interpretação pelos tribunais da definição legal do artigo 397º do Código Civil.

Recordando, por exemplo, que é a importância que a colaboração – no sentido de prestação – do devedor, tem nos direitos de crédito,

Manuel de Andrade; Paulo Cunha; Pires de Lima; Antunes Varela; José Tavares; Reis Maia.

que legitima o seu estudo centrado no sujeito passivo. Fala-se, assim, frequentemente, de *obrigações*, em vez de referir os *direitos*.

Está então justificado que designemos por "Obrigações", este segmento do estudo dos direitos subjectivos patrimoniais; e que a primeira preocupação seja a de fixar, pela via jurisprudencial, um conceito jurídico de obrigação aplicável nas decisões judiciais.

O conceito de obrigação remete para um panorama muito mais vasto que o tratado pela civilística/romanística que estuda o direito das obrigações, pois está no núcleo da estrutura (sistema) de regras e normas do direito privado. Só compreendendo a construção conceptual de obrigação e as suas implicações várias se pode partir para o estudo, a integração e a contextualização de questões jurídicas gerais, problemáticas comuns a várias disciplinas e processos criativos no plano metodológico, legislativo e jurisprudencial.

O processo histórico de construção de um conceito de *obligatio* em Roma é o ponto de partida para a teorização necessária à solução justa e adequada de litígios contratuais; o centro didático para a formação universitária de juristas; e o cerne da interpretação judicial do artigo 397º do Código Civil.

A obrigação é uma criação da *iurisprudentia* romana ("é o mais clássico de todos os ramos de Direito" – René Savatier). Por isso é necessário ir à origem jurídica, que está em Roma, para compreender o processo criador e o método de criação do conceito e depois acompanhá-lo nas muitas transformações sociais e antropológicas da pessoa humana para adaptá-lo sempre, tornando-o praticável e útil ao direito de cada época e lugar.

Daí a indispensabilidade de iniciar o estudo da obrigação pelo direito romano e, depois, ir além dele ("pelo direito romano, mas sobre e além do direito romano" – Ihering).

Enquanto no Direito Romano a obrigação é um *vinculum iuris* pessoal que liga as partes numa relação intransmissível (inseparável dos respetivos sujeitos); no direito atual esse vínculo objetivizou-se – pode separar-se dos seus sujeitos originários mantendo o mesmo conteúdo – e patrimonializou-se (a prestação não corresponde a uma sujeição pessoal mas adquiriu conteúdo patrimonial)[80].

[80] Como ensinava Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado dos Direitos de Crédito*, 4ª ed., Tomo I, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1956, pp. 76-77.

Em síntese, do direito romano para o direito atual a obrigação passou da inalienabilidade à alienabilidade; da subjectividade à objectividade; e da sujeição personalista à patrimonialidade. A obrigação tornou-se numa relação entre o credor e o património do devedor (Brugi).

6. Conclusão

1. A obrigação por si só gera uma acção destinada a obrigar a pessoa a dar, fazer ou prestar aquilo a que se obrigou (por declaração de vontade) em termos patrimoniais; podendo cumprir a obrigação através da entrega de uma coisa[81] – a *res obligata* – ou de um montante que corresponda àquilo que é a sua dívida.

2. A obrigação formalizada/provada, com a acção inerente e respetiva, não precisa de mais burocracia processual para ser cumprida. A complicação (substantividade teórica, generalidade, abstração) introduzida pela doutrina e adotada pelo legislador isolando o conceito de obrigação como mero direito do credor a um comportamento do devedor no sentido de cumprir (subjetividade), esvaziou-o de conteúdo jurídico e de operância judicial, alongando no tempo a entrada no património do credor do montante que o devedor está obrigado a dar-lhe.

3. Essa situação levou ao descrédito da intervenção judicial na cobrança de dívidas e ao uso dos tribunais por aqueles que, sendo devedores, sabem encontrar na burocracia processual o meio e o modo do incumprimento ou do *cumprimento vantajoso*

[81] A *obligatio rei* guarda o núcleo conceptual de *obligatio*, como tem ensinado a doutrina especializada expressa com clareza por Arnaldo Biscardi, *La dottrina romana dell"obligatio rei*, Milão, 1991 na forma salientada por Javier Paricio, "Del origen de la "obligatio": "obligatio rei" y "obligatio personae", in *Revista de la Faculdade de Derecho da la Universdad Complutense*, 8, 1992, Madrid, pp. 267 e ss. republicado em Javier Paricio, *De la Justicia y del Derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, El Faro Ediciones, 2002, pp. 387-393, loc. de ref., p. 392. Para a relação geral do direito com a coisa ver Mario Bretone, *I Fondamenti del Diritto Romano. La cose e la natura,* Ed. Laterza, 2001, pp. 11 e ss. – "il diritto e le cose".

apenas para quem deve. O credor confia no devedor[82] e nos tribunais; essa confiança é traída quando o devedor não paga e a sentença tarda e é injusta.

4. O recurso do credor ao *tribunal* para obter a satisfação do crédito (*agere per formulas*[83]), impedindo a execução privada pelo credor, não pode significar hoje deferir o momento do cumprimento para o fim de sentença transitada em julgado; mas a de concretizar logo, por decisão judicial, a entrada do montante em dívida no património do credor (como acontece hoje, indevidamente, com as dívidas fiscais do cidadão contribuinte em que o Estado, titular do poder judicial, é o credor) e ser o devedor a recorrer aos tribunais e sujeitar-se a um processo burocrático para anular, com provas e argumentos que esgrimirá em contraditório com o credor[84];

5. A condenação do obrigado como devedor ao cumprimento da obrigação (coisa ou dinheiro) na época pós-clássica, em virtude da introdução no processo da *cognitio extra ordinem* – que permitiu ao magistrado um controlo efetivo de todo o processo[85] (superando o *agere per formulas* – C. 2,57,1)[86]; e a regra justinianeia (I. 4,6,32) de o juiz dever condenar sempre que possível e desde

[82] Sobre a valor da *fiducia* (confiança), no Direito em geral ver António Alberto Vieira Cura, "Fiducia Cum Creditore", em *Suplemento ao BFDUC* XXXIV, Coimbra, 1991, pp. 1-285., loc. de ref., pp. 5 e ss..

[83] Introduzido pela *lex aebutia de formulis*, de 130 a.C. (?).

[84] Impera o princípio da força vinculativa do contrato sob o princípio contraposto e aberto da boa fé. A boa fé pode atenuar a exigência do credor que, insistindo nela além dos limites da boa fé e da razoabilidade entra em abuso de Direito. Cfr. Adriano Vaz Serra, "Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor", in BMJ, nº 46, Janeiro de 1955, pp. 5-152, loc. de ref., pp. 122-124.

[85] Cfr. Angela Romano, "Condanna "In Ipsam Rem" e Condanna Pecuniaria nella Storia del Processo Romano", in *Labeo*, 1982, pp. 147-149, loc. de ref. p. 149; e Wesley Newcomb Hohfeld, *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, trad. port. de Margarida Lima Rego, Fundação Caloust Gulbenkian, 2008, pp. 106 e ss. "Um direito *in rem* não é um direito "contra uma coisa"" e pp, 128 e ss. "Um direito ou pretensão multital (direito in rem) nem sempre é relativo a uma coisa, *i.e.*, a um objecto material".

[86] Como ensina A. Santos Justo, *Direito Privado Romano*, I, *Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 5ª edição, Coimbra Editora,

logo o obrigado em coisa certa ou em determinado montante[87] – dá a base romanística para a proposta que fazemos, em termos substantivos e adjetivos, de interpretação judicial do artigo 397º do Código Civil[88].

6. A jurisprudência atual não dá resposta às exigências da vida dos negócios; à celeridade da vida atual; não responde aos problemas causados aos credores pelo incumprimento crónico de devedores; permite o uso do meio judiciário pelos incumpridores para tornar rentável o incumprimento.

7. As tentativas de modernizar/unificar as normas dos Códigos Civis têm resultado em uma recodificação/reprocessualização que nada resolve quanto à urgente e necessária celeridade decisória dos tribunais no cumprimento de prestações pelos obrigados a tal; e à credibilidade dos sistemas judiciários.

8. Reduzindo o número e a complicação das normas do Código Civil cabe à doutrina civilística apoiada na jurisromanística apresentar as bases criativas de uma solução jurisprudencial que devolva centralidade ao conceito de obrigação e, assim, uma possibilidade para que, na sua aplicação judicial, o credor consiga com celeridade a reposição do seu património – prejudicado pela falta da prestação a que o devedor está obrigado – a partir do valor probatório da declaração feita pelo devedor e formalizada no contrato.

Coimbra, 2011, pp. 388 e ss., agora o processo está apoiado no *imperium* do magistrado que verifica a veracidade dos factos alegados e dá a sentença.

[87] Consideramos o texto de Ulpiano em D. 6,1,68 tem sido utilizado indevidamente para afastar a *condemnatio pecuniaria* dos incumpridores da obrigação de *facere*. Não podemos tratar da polémica suscitada a este respeito. Seguimos aqui a regra de D. 42,1,13,1: quem prometeu tem de pagar quantia certa em caso de incumprimento, apontada por Santos Justo, *Direito Privado Romano,* I, cit., p. 407.

[88] David Magalhães, "A Execução Específica: alcance e limites da realização coactiva da prestação desde o Direito Romano", in *AA. VV. Direito e Poder, Atas do XV Congresso Internacional e XVIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, 14-16 de Fevereiro de 2013, separata da RFDUL*, 2013, pp. 267 e ss., loc. de ref., p. 269, aponta exemplos de execução forçada, no âmbito do processo pelo magistrado, do obrigado que incumpriu a obrigação (C. 3, 34, 5; e 3, 37, 2).

PÁGINAS ESCOLHIDAS
PAGINE SCELTE
SELECTED WRITINGS

NOTAS PARA A HISTÓRIA DO ENSINO DO DIREITO ROMANO NA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA[*]

Ruy de Albuquerque
Universidade de Lisboa

I) Publicou o Prof. Duarte Nogueira em conformidade com os imperativos legais e a tradição da nossa Casa comum, o relatório de Concurso para Professor Associado, sob o título de *Direito Romano.* A quem foi seu professor, quer no primeiro ano, quer no curso de pós-graduação, e teve o encargo de se pronunciar relativamente a esse escrito, – por incumbência do júri encarregado de o apreciar, – bem como sobre o posterior provimento definitivo do autor na mencionada categoria, tal facto não pode deixar de causar o maior aprazimento. Entre os lenitivos da nossa árdua profissão conta-se o êxito dos discípulos e o seu progresso na carreira, conforme é o caso. Isso bastaria para não deixarmos como inapercebida a entrega à estampa do referido estudo.

[*] O texto que agora se publica foi-me confiado pelo Professor Ruy de Albuquerque, dactilografado, e com algumas notas manuscritas, para proceder à sua revisão e eventual publicação, logo após ter deixado o seu escritório de advocacia – pelos motivos conhecidos – e também as nossas habituais conversas de 5ª feira (que tantas saudades me deixam). Inédito até agora, foi transcrito e revisto pelos Mestres Jorge Silva Santos e Francisco Rodrigues Rocha, podendo enfim ser publicado para melhor conhecimento da participação do emérito professor na história do ensino do Direito Romano na FDL (ver o nosso "Ruy de Albuquerque. Professor da Faculdade de Direito de Lisboa", separata de *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, 2006, 897-943). Mantém-se, assim, viva entre nós a lição e a memória do mestre e amigo que fundou a secção de Ciências Histórico-Jurídicas (com o seu irmão, o Prof. Martim de Albuquerque) e refundou a disciplina de Direito Romano (referi este texto no *Curso de Direito Romano*, I, Principia, 2009, "O ensino do Direito Romano nos Planos de Estudo da FDL", p. 22, nota 12). Agradeço aos Professores Martim de Albuquerque, António Menezes Cordeiro e Duarte Nogueira o apoio dado à decisão tomada de o publicar; e, muito em especial, ao Alexandre de Albuquerque e ao Pedro de Albuquerque, colegas e amigos queridos, ligados à nossa escola, ainda que de forma diversa, pelos vínculos do afecto e da docência, a autorização para publicar as palavras sábias de seu Pai, um mestre saudoso e um amigo leal, a quem tanto devemos na FDL e na jurisromanística portuguesa. *Eduardo Vera-Cruz Pinto.*

A tais motivos para o referirmos aqui acresce a necessidade de agradecer ao Prof. Duarte Nogueira as gentis e múltiplas referências e citações dos nossos trabalhos, que, se implicam um cuidadoso e metódico propósito de fixação de fontes, traduzem igualmente uma amável deferência resultante de laços cordiais caros ao signatário.

No seu estudo o Prof. Duarte Nogueira traça um quadro do ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito de Lisboa, registando, de forma subsequente, as diferentes personalidades que o ministraram e quem as adjuvou nessa tarefa – registo esse completado com menções, na quase totalidade dos casos, de carácter material à maneira como cada uma se desincumbiu do respectivo encargo.

No seu percurso de inventariante e crítico socorreu-se o Prof. Duarte Nogueira de múltipla documentação de carácter heterogéneo, com especial relevo para os diferentes textos de lições. No caso do signatário, todavia, o enquadramento feito à participação no ensino da cadeira é exclusivamente de índole formal.[1] Dever-se-á tal característica ao facto de não ser passível o mesmo nível de investigação em virtude de uma ausência de materiais disponíveis para tal. Refiro-me à inexistência de textos respeitantes às prelecções realizadas – pois, nas demais eventualidades em que se restringe a apreciação da acção pedagógica dos diversos docentes a parâmetros igualmente formais[2] é essa a causa. Assim sucede no tocante ao Dr. Fernando Brás Teixeira, ao Prof. N. E. Gomes da Silva, ao Dr. José António Veloso e ao Dr. Armindo Ribeiro Mendes. Infelizmente, no primeiro caso será para sempre impossível colmatar a lacuna em causa com qualquer depoimento daquele ensinante. Encarregado de ministrar a disciplina, impiedosas condições de saúde impossibilitaram-lhe tal propósito. Não pôde ele proferir senão poucas lições, a que assisti como aluno e das quais guardo recordações do grande mérito respectivo. As orientações que teria impresso à matéria não podem, assim, ser reconstituídas – com tanto maior lástima quanto o acesso que vim a ter à sua

[1] José Artur Anes Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório sobre o Programa, o Conteúdo e os Métodos de Ensino*, sep. da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 2000, 73, 74, 78, 79, 90, 94.

[2] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano*, cit., 73, 74, 75.

diversificada biblioteca permite afiançar uma preparação cuidadosa, o conhecimento da mais recente produção romanística, um estudo meditado. No tocante aos restantes é felizmente outra a situação, podendo-se esperar que nos leguem um depoimento sobre as respectivas experiências pedagógicas, tanto mais que o segundo tem entre os seus papéis alguns originais de direito romano, conforme a nota do Prof. Duarte Nogueira[3]. No particular do signatário, as presentes linhas visam alguma explicação das circunstâncias da sua intervenção, a fim de a reduzir às respectivas e limitadas proporções e sublinhar o desvalimento e a natureza em grande parte meramente adjuvante que ele próprio lhe reconhece e confessa.

II) A história do ensino do Direito Romano na nossa Faculdade corresponde a três períodos bem demarcados. O primeiro prolonga-se dos inícios do funcionamento da Escola, em 1913, a 1972; o segundo de 1972 a 1986-1987; o terceiro, desta última data aos presentes dias.

Durante o primeiro período, e independentemente das sucessivas reformas dos estudos jurídicos, a cadeira de Direito Romano fez invariavelmente parte do plano de estudos, como cadeira de frequência obrigatória para todos os alunos, e esteve sempre colocada no primeiro ano. Em todos estes aspectos verificou-se um perfeito paralelismo com a Faculdade de Direito de Coimbra, sendo a estruturação do curso comum às duas Escolas. No tocante à nossa Faculdade há-de, todavia, anotar-se que nos últimos anos desta primeira fase se verificou contestação à inclusão da disciplina no plano do curso, que serviu simultaneamente de bandeira para alguma agitação na Faculdade e que foi gerada por esta. A crise académica, os intuitos políticos de tantos, a necessidade de se arranjarem pretextos destinados a aumentar a indisciplina e a fomentar a rebelião que se queria exportar da Universidade para o meio social, foram correlativos a tal estado de coisas[4]. Tratou-se

[3] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano*, cit., 74.

[4] Está ainda por fazer a história desse período, nomeadamente dos ataques movidos conta professores por motivos políticos e sob a capa de razões científicas e pedagógicas, com o consequente denegrimento face a outras personalidades. Algumas referências mais ou menos diplomáticas registam, porém, o clima em que

[de] uma época em que se procurou, ademais, denegrir docentes e enaltecer outros como forma de acção propositada, intentando-se, dolosamente, miscigenar as opções ideológicas de tantos com as cadeiras ministradas[5]. De 1972 a 1986-1987, não foi ensinada a disciplina de Direito Romano na Faculdade. A infeliz Reforma do plano de estudos das Faculdades de Direito decretada nesse ano, da responsabilidade do Ministro Veiga Simão (Decreto nº 364, de 28 de Setembro)[6], que a impôs sem audição destas e contra os respectivos

tudo isso se passou. Cf. *v. g. o Relatório da Comissão de Reestruturação da Faculdade de Direito de Lisboa*, *criada pelo Decreto-Lei nº 843-B/76, de 9 de Dezembro*, Lisboa, Março de 1977, pol., 55, de onde citaremos e agora também in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (cit., *RFDL*), 1992. Imprescindível, para a inteligência do clima geral da Faculdade, a síntese de António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório apresentado por (...) nos termos do artigo 44º do Decreto-Lei nº 448/79, de 13 de Novembro, para o concurso destinado ao preenchimento de uma vaga de professor associado do 4º Grupo (Ciências Jurídicas), da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, in *RFDL*, XXIX, 1988, 179-454, 361-362, 365. Cf. também Gonçalo Sampaio e Mello, *Na Jubilação do Prof. Doutor Pedro Soares Martinez*, in *Futuro Presente*, 49, 44 e ss. Ao Dr. Sampaio e Mello devo, aliás, a informação que seguidamente se refere nomeadamente quanto ao repositório que se encontra nos *Livros de Actas do Conselho Escolar da Faculdade de Direito de Lisboa*, sendo de ver, nomeadamente, a Acta 469, de 11 de Dezembro de 1965; Liv. III, fol. 79, vº.; a Acta de [...] Fevereiro de 1969, Liv. III; a Acta 508, de 31 de Janeiro de 1970, Liv. III, 187 vº.; a Acta 530, de 12 de Dezembro de 1970, Liv. IV, fol. 59; a Acta 532, de 9 de Janeiro de 1971, Liv. IV, fol. 67; a Acta 561, de 15 de Janeiro de 1972, Liv. IV, fol. 138, vº.; a Acta 563, de 9 de Fevereiro de 1972, Liv. IV, fol. 143; a Acta 565, de 26 de Fevereiro de 1972, Liv. IV, fol. 147, vº., e podendo seguir-se pelas restantes actas o percurso da agitação, que por vezes se traduziu no cometimento de crimes de direito comum – conforme o [...] Ruy de Albuquerque, *O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva*, sep. dos *Estudos em Homenagem ao Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva*, Lisboa, 2001 – até 1974. Aliás, como também notou o Dr. Gonçalo Sampaio e Mello, a análise e compreensão da agitação impõe não só a ponderação da verificada nas outras Escolas da Universidade de Lisboa – Faculdade de Letras, Ciências, Medicina, Farmácia – (v. nomeadamente J. Veríssimo Serrão, *Marcello Caetano, Confidências no Exílio*, [...], [...],53 e ss.) – como também na Universidade de Coimbra (v. Alberto L. Lamy, *A academia de Coimbra, 1537-1990*, 268-318).

[5] Cf. *v. g.* António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., 361, v. tb. 365-366.

[6] A Reforma de Veiga Simão mereceu duras críticas, nomeadamente no tocante às suas disposições relativas ao Direito Romano. Cf., *v. g.*, Guilherme Braga da Cruz, *Reforma do Ensino Superior*, Coimbra, 1973, *per tot.*; Sebastião Cruz, *Direito Romano*, I, Coimbra, 1973, 2.ª ed., 609-614; Álvaro d'Ors, *Recensão*

protestos[7], provocou a passagem da disciplina do primeiro ano para o quarto – e com isso determinou a respectiva suspensão, imediata e de facto, pelo período de quatro anos. De acordo com as disposições legislativas, o Direito Romano seria novamente estudado no ano lectivo de 1975-1976, quer na Faculdade de Direito de Lisboa, quer na Faculdade de Direito de Coimbra, visto a malfadada Reforma abranger ambas.

Todavia...

Todavia, os três anos durante os quais a cadeira não seria leccionada transformaram-se na primeira parte de um longo período, o segundo na história da disciplina de Direito Romano na Faculdade, caracterizado pela ausência da respectiva ministração. Só catorze anos após a publicação da reforma Veiga Simão ela viria a ocorrer no curso geral. Até lá apenas foi ministrada a nível de pós-graduação – e só a partir de 1978-1979. O legislador põe... e Deus dispõe!

A Revolução de 1974 repercutiu-se pesadamente na Faculdade. Os acontecimentos que lhe sobrevieram lançaram-na insanamente num descalabro total, transformando-a num campo de batalha política e de plena indisciplina, de perseguições e de desordem inimaginável, com total perda da sua reconhecida reputação, num desprestígio e incompetência que podem ser avaliados pelo facto de a Ordem dos Advogados ter chegado ao ponto extremo de pensar em não admitir os licenciados pela Escola. Carecem os eventos então ocorridos de um relato integral e pormenorizado, não obstante poder

a Sebastião Cruz, Direito Romano, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLIV, 1974, 776; Rafael Gibert, *Introducción al Derecho*, Madrid, 1977/1978, 93 e 94; Sebastião Cruz, *Direito Romano. Relatório nos Termos da alínea a) do nº 1 do art. 9º do Decreto n.º 301/72, de 14 de Agosto, de harmonia com o artº 4º do mesmo Diploma*, Coimbra, 1978, 19-20; Martim de Albuquerque, *História das Instituições. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Modos de Ensino apresentado no concurso para professor catedrático do 1º grupo (Ciências Histórico-Jurídicas) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, in *RFDL*, XXV, 118-121; Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português. Relatório nos Termos da alínea a) do nº 1 do art. 9º do Decreto nº 301/72, de 14 de Agosto de harmonia com o artº 4º do mesmo Diploma*, sep. de *RFDL*, XXVI, 166; António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, cit., 364-365, 404; A. Santos Justo, *Direito Romano e História do Direito Português: Relatório sobre o Programa, o Conteúdo e os Métodos de ensino nos termos do artº 9º, nº 1, a), ex vi art. 4º do Decreto nº 301/72, de 14 de Agosto*, Coimbra, 1998, pol., 11.

[7] António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, cit., 365.

fazer-se uma ideia por vários depoimentos sintéticos ou esparsos e de maior ou menor amplitude[8]. Não é naturalmente aqui a ocasião para tentar preencher tal lacuna. Importa-nos apenas recolher algumas das vicissitudes determinantes deste segundo período da história do ensino do Direito Romano.

Depois dos primeiros saneamentos de professores imediatos a 25 de Abril de 1974, foram suspensos os exames a 24 de Junho, por determinação de uma *"Comissão de Gestão"*[9], determinação essa que a Comissão reafirmou em 28 do mesmo mês[10], submetendo a sua «deliberação à consideração do Ministro da Educação e Cultura», logo no dia seguinte, 29 de Junho, conforme comunicado feito à Faculdade em 1 de Julho, assinado por alguns dos respectivos membros[11]. Paralelamente, uma reunião geral de

[8] Cf. *v. g.* o *Relatório da Comissão de Reestruturação*, *passim*, *max.*, 60 ss., 17, 79 e ss., 90 e ss.; [b]em como posteriormente Mário Raposo, *Uma Experiência de intervenção pública da Ordem dos Advogados: o ano de 1975*, in *Scientia Iuridica*, XXXIV, n°s. 197-198, 1985, 275, textos estes que me foram indicados pelo Dr. Sampaio e Mello, Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português. Relatório*, cit., 166-167 e 256; Martim de Albuquerque, *História das Instituições. Relatório*, cit., 121 e ss.; António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, cit., 366 e ss.; Inocêncio Galvão Teles, *Nos 80 anos da Faculdade*, in *RFDL*, XXXIV, 349; J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 69, 83-84; A. Santos Justo, *Direito Romano e História*, cit., 11; Gonçalo Sampaio e Mello, *Na Jubilação do Prof. Doutor Pedro Soares Martinez*, in *Futuro Presente*, 49, 44 e ss; Ruy de Albuquerque, *O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva*, cit., 205 e ss. V. também as Actas do Conselho Científico de 29 de Maio de 1978; de 12 de Julho de 1978; de 4 de Outubro de 1978; de 7 de Março de 1979; de 15 de Outubro de 1980; de 11 de Fevereiro de 1980; de 20 de Outubro de 1981.

[9] Foi o seguinte o teor dessa comunicação, assinada pelos Profs. Isabel de Magalhães Colaço, Fernando Pessoa Jorge, Nuno Espinosa Gomes da Silva, pelo assistente Dr. José Robin de Andrade, pelos alunos (?) Pedro Ramos de Almeida, Maria Teresa Pizarro Beleza, e pelos funcionários (?) Sérgio Costa e Domingos Lopes: «*Verificando-se que neste momento não estão preenchidas as condições necessárias para a continuação de exames na Escola, a Comissão de Gestão delibera suspender a realização das provas. No decurso da presente semana a Comissão de Gestão voltará a reunir para apreciar a situação e deliberar sobre o assunto*».

[10] Foi o seguinte o teor do Aviso feito nessa data à Escola, subscrito «Pela Comissão de Gestão»: «*Na sua reunião de 28 de Junho, a Comissão de Gestão, em face das deliberações tomadas na Reunião Geral de Alunos de 25 e nas assembleias de assistentes e de professores efectuadas em 27, deliberou que continuassem suspensos os exames na Escola, não se realizando mais provas na presente época de Junho-Julho*».

[11] À deliberação em causa deram publicidade, em nome da «Comissão de Gestão», Isabel de Magalhães Colaço, Fernando Pessoa Jorge, Nuno Espinosa Gomes da Silva, José Robin de Andrade, Pedro Ramos de Almeida e Domingos Lopes – que

alunos, em 25 de Junho, decidiu uma reestruturação da Faculdade, autorizando o Ministro da Educação passagens administrativas. Tal reestruturação foi estabelecida em reuniões de curso, sancionada por uma Comissão Coordenadora e teve expressão num plano de reestruturação[12], que viria a ser aprovado com algumas alterações. Entre as medidas aprovadas estava a criação de cursos intensivos com excepção das disciplinas cuja supressão se estabelecia – e entre as quais estava a de Direito Romano[13]. No ano de 1974 não se chegou a completar a época de exames, havendo os alunos instituído o processo de passagens administrativas – que só terminaria em 1975 e obrigou à realização de novo plano de estudos para substituir o determinado em 1974. Homologado por despacho ministerial, resultou ele da delegação de uma Comissão Directiva Provisória, escolhida em Assembleia Geral de alunos, numa Comissão constituída expressamente para elaborar o novo plano do curso e composta por membros da Comissão Directiva, alguns docentes

nomeamos também aqui pela ordem das respectivas assinaturas – sendo o seu teor como se segue: «*Na sua reunião de 28 de Junho, a Comissão de Gestão, em face das deliberações tomadas na Reunião Geral de Alunos de 25 e nas assembleias de assistentes e de professores efectuadas em 27, deliberou que continuassem suspensos os exames na Escola, não se realizando mais provas na presente época de Junho-Julho. A Comissão de Gestão submeteu no dia 29 de Junho esta deliberação à consideração do Ministro da Educação e Cultura*». Aliás já a 22 de Maio de 1974 os representantes dos alunos, no denominado «Órgão Paritário», tinham entregue à Profª. Magalhães Colaço uma série de propostas para serem aprovadas por tal Órgão, no sentido de se admitirem passagens administrativas «*nas seguinte cadeiras: 1º ano. Direito Constitucional e Economia Política; 2º ano. Direito Administrativo e Direito Corporativo. 3º ano. Direito Ultramarino; 4º ano. Direito da Família; 5º Ano. Direito Processual Penal*», isto por um lado; e, por outro e relativamente à prática de «*exames de grupo*», que o «*órgão paritário*» recomendasse aos professores e assistentes para atenderem e verificarem «*nos respectivos cursos a existência de tais trabalhos* [de grupo] *e grupos* [de trabalhos] *encontrando para eles formas adequadas de exames de acordo com os próprios estudantes interessados*» – além de proporem a criação de «*Cursos Livres*», uma «*comissão paritária de dois elementos*» para gerir a Escola e a abertura de um inquérito sobre as «*eventuais responsabilidades do pessoal administrativo e contínuos na colaboração com a DGS-PIDE e outras forças anti-populares e anti-universitárias*».

[12] *Plano de reestruturação para o ano de 1975 apresentado pelas comissões de reestruturação e sintetizado pela Comissão Coord./Proposta para a realização de cursos intensivos e avaliação de conhecimentos ano lectivo de 73/74* A.A.F.D.L., s. d.

[13] António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, cit., 368-369; J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit.,_83.

mais e vários alunos, no total de seis. Nesse plano, que entrou em vigor em Março de 1975, mantinha-se a supressão da cadeira de Direito Romano – e com ela, a de História do Direito Português[14], substituída por História Económico-Social Portuguesa. Vigorou tal regime de estudos nos anos lectivos de 1975-1976 e 1976-1977.

Em Junho de 1976 foi criada a «Comissão de Planificação», com o encargo de estabelecer as bases de nova reestruturação da Faculdade, em consequência dos esforços estudantis para elevar a qualidade da Instituição[15]. Dado o carácter infrutífero da respectiva acção, em Novembro do mesmo ano, organizou-se uma lista de nomes a apresentar ao Ministro da Educação e Investigação Científica com vista à constituição de uma outra comissão de reestruturação da Faculdade[16]. Prevista no Decreto-Lei nº 843-B/76, foi tal comissão nomeada por despacho do Ministro da Educação e Investigação Científica, de 20 do mesmo mês de Dezembro[17]. Cabia-lhe, em conjunto com funções de gestão da Faculdade, submeter ao Governo o plano de estudos a ser adoptado na Escola[18]. Desincumbiu-se a Comissão apresentando ao Ministro vários «relatórios verbais», seguidos de um texto escrito[19]. Nesse Relatório a Comissão propunha um plano de disciplinas para os três primeiros anos e a consagração de três menções específicas (Ciências Jurídicas, Ciências Jurídico-Políticas e Ciências Jurídico-Económicas) no quarto e quinto anos[20]. O Ministro Sottomayor Cardia (por Despacho nº 237/77, de 19 de Outubro de 1977)[21] aprovou

[14] Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português. Relatório*, cit., 167; António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório* cit., 372; J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório* cit., 84-85.

[15] *Relatório da Comissão de Reestruturação*, cit., 2.

[16] *Idem*, 2.

[17] *Idem*, [2].

[18] Cf. Dec.-Lei nº 843-B/76 artº 4º.

[19] *Relatório da Comissão de Reestruturação*, cit., 3.

[20] *Relatório da Comissão de Reestruturação*, cit., 71 e ss.

[21] Tenho, todavia, fotocópia de um texto denominado «*Cursos de Pós-Graduação na Faculdade de Direito de Lisboa*», subscrito pela Comissão de Reestruturação de 26 de Dezembro de 1977 e assinado pelos Profs. Isabel de Magalhães Colaço, João de Castro Mendes, Paulo de Pitta e pelos Licos. Miguel Galvão Telles, José Clímaco Brito e António Pereira de Almeida, e rubricado em todas as páginas por aquela Professora, sobre o qual o Ministro lançou o seguinte despacho: «*Concordo. 28.12.77. Cardia*».

o plano no tocante aos três primeiros anos e estabeleceu um tronco invariável de cadeiras no quarto e quinto anos, homologando simultaneamente as três secções sugeridas, mediante a indicação de matérias que em cada variante acresceriam à parte comum. Na base do despacho ministerial é visível a proposta da Comissão.

Esta era de índole positivista, mais preocupada com a quantidade do que com a qualidade das disciplinas, mais com a descrição de regimes legais do que com o valor formativo do curso – não obstante as declarações retóricas sobre a consagração do ensino do direito como factor cultural[22]. No tocante à consideração histórica do direito, representava mesmo um retrocesso quando comparada com a desastrada reforma de Veiga Simão[23]. As considerações e o papel atribuído às disciplinas de carácter histórico – História do Direito, Direito Romano – envolviam mesmo sérios erros de perspectiva, confusões condenáveis, ambiguidades conceptuais, imprecisões terminológicas, um vulgarismo intelectual que não pode deixar de se ter como condenável, uma insensibilidade total ao carácter epocal do direito, à historicidade como dimensão essencial do *ius*[24] – o que não surpreenderá quem tiver presente a estrutura da Comissão[25].

O *Relatório* consagrava no curso geral apenas uma cadeira de índole histórica – *História das Instituições* – incluída no elenco

Nesse longo documento exara-se: «*A Faculdade de Direito de Lisboa organizará cursos de pós-graduação em: Ciências Jurídicas; Ciências Jurídico-económicas; Ciências Jurídico-políticas; Ciências Histórico-jurídicas*». Confesso que não sei qual a articulação entre este último despacho e o referido no texto. *Infra*, procuramos acentuar a incongruência da instituição de Cursos [de] Pós-Graduação em Ciências Histórico-Jurídicas, sem a existência de tal menção no Curso geral e sem que neste se incluíssem cadeiras de Direito Romano e História do Direito Português.

[22] Cf., sobre este ponto, Martim de Albuquerque, *História das Instituições. Relatório* cit., in *RFDL*, XXV, 125-126; Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português. Relatório*, cit., 167 e ss.

[23] Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português. Relatório*, cit., 169.

[24] Já o consignámos em termos argumentativos para os quais remetemos. Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português. Relatório* cit., 116, 167 e ss., 200 (v. tb. 114 e ss.) e *Em Prol do Direito Romano. À maneira de Prefácio*, in *Estudos de Direito Romano*, ob. col., Lisboa, 1989, I, 8 e ss.. V., igualmente, Martim de Albuquerque, *História das Instituições. Relatório*, cit., 125-126, 134, 135, 144; J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 88-89.

[25] [ver n. anterior]

do primeiro ano, decretando-se assim a supressão do ensino do Direito Romano, não obstante o facto de naquele documento se abrir a possibilidade, meramente hipotética e enumerada a título de exemplo, de entre as cadeiras de opção ser incluível tal disciplina[26], podendo afirmar-se, tranquilamente e em face das circunstâncias por ela consideradas, não ter tido em vista a Comissão signatária uma real efectivação desse ensino[27]. Compreendeu-o seguramente o Governo, pois o despacho 237/77 omitiu qualquer referência à cadeira[28], matando efectivamente todas as hipóteses de efectiva leccionação – mesmo a título opcional!

Assim, no curso geral de Direito, e durante o regime instituído consequentemente ao Relatório da Comissão, ou seja, enquanto vigorou o despacho 237/77, o Direito Romano apenas foi cultivado nos cursos de pós-graduação[29] – como consignamos já – e só a partir de 1978-1979, e sem que a Faculdade desistisse de o fazer incluir no plano de estudos correspondente no curso geral[30].

1986-1987 constitui o marco inicial do terceiro período da história do Direito Romano na Faculdade de Direito de Lisboa, Em 1982-1983 entrou em vigor um novo plano de estudos, a título

[26] *Relatório da Comissão de Reestruturação*, cit., 69. Na realidade, tal possibilidade era bem «remota». Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito. Relatório*, cit., 170-172.

[27] Cf. J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano, Relatório*, cit., 89.

[28] Cf. Martim de Albuquerque, *História das Instituições. Relatório*, cit., 127.

[29] Sem que isso exclua algumas referências acidentais feitas em cadeiras diversas como ocorreu no ensino de História das Instituições ministrado tanto pelo Prof. Martim de Albuquerque como pelo Prof. António Hespanha, havendo lugar a consignar aqui o facto, também assinalado pelo Prof. Duarte Nogueira, de lhe ter sido possível dedicar seis aulas às fontes e classificações do Direito Romano, quando teve o «*encargo da regência substitutiva da turma da noite, no impedimento por licença sabática do então regente Martim de Albuquerque*», o que foi feito com o «*objectivo de fornecer, ainda que de forma sintética e como preliminar da referência à romanização*». «*Chegaram a ser elaborados alguns textos de apoio* – no total de 122 páginas – de «*breves apontamentos policopiados*» – *e não obstante a modéstia do ensino, essas aulas representaram o único exemplo de ensino de Direito Romano na Faculdade de Direito entre 1972 e 1986*». J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 89.

[30] Cf. Acta da Reunião do Conselho Científico de 29 de Julho de 1984 onde se regista a deliberação de propor à Reitoria e ao Ministério «*que no segundo ano do curso se incluísse um semestre de Direito Romano (havendo neste ponto dois votos discordantes, com o fundamento em que não deveria aprovar-se a inclusão de uma disciplina sem o prévio conhecimento das possíveis implicações em termos de redução ou supressão de outra)*».

experimental e aplicado apenas ao primeiro ano do curso. No ano imediato, e mediante proposta do Conselho Científico, foi aprovado oficialmente um plano completo e subsequente para os cinco anos da licenciatura. Comportava ele uma composição invariável de disciplinas até ao terceiro ano, inclusive, e quatro variantes para os dois últimos anos[31], sendo para estes o elenco composto de um tronco comum de matérias e de cadeiras específicas de cada uma: Ciências Histórico-Jurídicas, Ciências Jurídicas, Ciências Jurídico--Políticas e Ciências Jurídico-Económicas. A primeira menção incluía entre as cadeiras específicas no quarto ano *História do Pensamento Jurídico* e, no quinto, *História das Relações Internacionais* e *Direito Romano*[32]! A partir de 1986/1987 a disciplina passaria assim

[31] Portaria nº 911/83, de 3 de Outubro.

[32] O plano de estudos aprovado em 1983, que consagrou na licenciatura a opção de Ciências Histórico-Jurídicas, resultou de uma deliberação do Conselho Científico aprovada em 17 de Julho de 1981 e que foi precedida de audiência dos Conselhos Directivo e Pedagógico, bem como da Associação Académica, tudo «*no âmbito da consulta à Escola sobre o projecto do plano de estudos que fora aprovado na generalidade*», tendo apresentado «*comentários individuais*» os Profs. Pitta e Cunha e Jorge de Miranda e os licenciados Sousa Brito e Carvalho Fernandes. O Conselho ponderou também «*as opiniões colhidas pelos professores coordenadores junto dos respectivos assistentes*».

Foi tal plano aprovado por maioria, com declarações de voto dos Profs. Castro Mendes, Marques Guedes e Sousa Franco, emitidas sobre vários pontos, tendo o último frisado nomeadamente que se imporia um mais amplo «*diálogo na Escola*», não haver urgência num novo plano de estudos e discordando da «*multiplicação de opções (caso da de histórico-jurídicas), preferindo uma especialização mais concentrada, embora flexível*». Apurada a vontade do órgão, o «*Conselho incumbiu o seu Presidente de diligenciar no sentido do plano de estudos ser aprovado pelo Ministro em termos de poder entrar em vigor, quanto ao 1º ano, já no próximo ano lectivo, dada a urgência reconhecida pela maioria do conselho*».

Defendendo a solução adoptada pelo Conselho o signatário destas páginas pronunciou-se nos seguintes termos: «*A ordenação da Faculdade em quatro grupos (ciências históricas, ciências económicas, ciências políticas e ciências jurídicas) é tradicional, podendo remontar-se pelo menos ao Dec. Lei n.º 34.850 (confirmado por numerosa legislação posterior, v. g. decs. Leis 41.541 e 43.081). Esta organização estabelecida a nível dos quadros docentes obteve projecção no plano de estudos logo que se admitiram neste especialidades: primeiro nos doutoramentos (Dec. 34850 e legislação posterior) e depois nos cursos complementares, que foram subdivididos inicialmente em ciências histórico-jurídicas e político-económicas (passando posteriormente a uma divisão quadripartida). V. o Dec. 34.850 e legislação conexa.*

e de novo a ser ministrada na Faculdade. Foi-o efectivamente – mas em termos limitados. O tempo de ministração cingia-se a um semestre. A estrutura do plano do curso não era, por seu lado, de molde a atrair para ela muitos alunos. Matéria essencialmente cultural, a sua colocação no quinto ano chocava com a ânsia de os discentes entrarem na vida prática, com os olhos postos já nas actividades pós-licenciatura. Para mais, só poderia ser frequentada por alunos que escolhessem a variante Ciências Histórico-Jurídicas.

Só no curso geral se não autonomizaram as ciências históricas pela mesma razão de se não haverem autonomizado quaisquer outras especialidades. Tratava-se de um curso unitário.

Pode assim ter-se como tradicional a inclusão no plano de estudos do grupo de ciências históricas, nenhuma razão havendo para se encurtar a área científica de investigação e leccionação na Faculdade. No momento em que se admite a cesura do curso geral em opções estabelecidas a partir dos grupos de matérias leccionadas na Faculdade não poderá deixar de se consagrar uma opção histórico-jurídica.

Decerto, que no plano de estudos enquadrado pela Comissão de Reestruturação não figurava a opção histórico-jurídica. O facto não tem, no plano lógico, valor e não quebra a tradição, quer pela curta vigência deste plano, quer pelos seus patentes defeitos (resultantes, decerto, das condições em que foi elaborado), quer ainda pela circunstância de não obstante só a propósito das ciências histórico-jurídicas se haverem tecido considerações pedagógico-metodológicas não haver sido assinado por nenhum cultor desse ramo e apenas por pessoas com outras qualificações.» Cf. Acta da Sessão do Conselho Científico, de 17 de Junho de 1980.

Na sessão seguinte do Conselho, a Profª. Magalhães Colaço, que não compareceu à referida reunião do Conselho Científico, e primeira signatária do Relatório da Comissão de Reestruturação da Faculdade de Direito de Lisboa – cuja posição sobre o ensino histórico do Direito já consignámos e onde se proscrevia a existência de uma secção de Ciências Histórico-Jurídicas –, apresentou uma «Declaração para a acta», discordando de várias das opções científicas aprovadas, nomeadamente quanto à consagração da menção de Ciências Histórico-Jurídicas, o que fez, neste ponto, nos seguintes termos: «*quanto ao fundo da proposta não posso dar o meu voto (...) a): à criação de uma opção em Ciências Histórico-Jurídicas – ao nível da licenciatura; à inclusão da disciplina de História do Pensamento Jurídico como disciplina exclusiva da opção de Ciências Histórico-Jurídicas (...)*».

Obviamente, um «voto» emitido fora do contexto deliberativo é, de um ponto de vista jurídico, inteiramente nulo. A legislação universitária apenas consente declarações de vontade posteriores nos termos do art.º 30 do DL. 781-A/76, de 21 de Agosto, cujo teor exorbita o episódio referido, sendo o seguinte: «Artº. 30 – 1. *Os membros dos órgãos dotados de poder deliberativo são criminal, civil e disciplinarmente responsáveis pelas infracções à lei cometidas no exercício das suas funções.* 2. *São excluídos do disposto no número anterior os que fizerem exarar na acta a sua oposição às deliberações tomadas e os ausentes que o façam na sessão seguinte.*» O episódio é, porém, elucidativo do ambiente cultural vivido na Faculdade. Cf. Ruy de Albuquerque, *Em prol do Direito Romano*, cit., 8.

Compreendendo esta todas as disciplinas essenciais ao exercício das diferentes profissões jurídicas[33], aparecia aos olhos do vulgo com feição menos prática, com uma índole predominantemente cultural, com menos valor comercial – se assim nos podemos exprimir –, em confronto com as outras menções.

Apesar de tudo isso, a verdade é que no primeiro ano de vigência da opção de Ciências Histórico-Jurídicas esta não deixou de atrair seis alunos, para ela vocacionados pelo ensino ministrado na cadeira de *História do Direito Português*, constante do programa do ano inicial do curso. Foram eles os estudantes pioneiros do renascimento da cadeira de *Direito Romano*, que frequentaram no ano seguinte[34]. No ano de 1987-1988 optaram por igual caminho doze alunos sem que nos anos imediatos deixasse de haver frequência[35]. Dada a carga psicológica resultante de anos de contestação e incompreensão pela disciplina não se pode deixar de reputar tais factos como uma vitória do poder atractivo das matérias de índole formativa, uma demonstração de sensibilidade histórica como forma de entendimento da vivência jurídica, em si mesma derivada da convicção de que o ordenamento jurídico não é, na sua essência, a-histórico ou meta-histórico, mas sim necessariamente histórico.

O sistema de elenco e frequência de cadeiras viria a ser modificado em 1990. Podendo os alunos escolher duas cadeiras de opção em cada menção, o Conselho Científico autorizou então que uma delas fosse qualquer do elenco de outra variante – salvaguardada naturalmente a eventualidade de se tratar de uma disciplina comum. De tal forma se atenuava a rigidez do esquema preestabelecido, consentindo aos estudantes afeiçoarem o currículo às suas tendências específicas. No caso concreto do *Direito Romano* isso equivalia a aumentar o público discente. Passariam a ter acesso à respectiva ministração não apenas os estudantes da menção de Ciências Histórico-Jurídicas, mas também os das demais variantes do curso que o desejassem. Entrada em vigor em 1990-1991, essa

[33] Cf. J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 91-92.

[34] Cf. J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 92, que refere o número de quatro alunos em 1988-1989, de cinco em 1989-1990, de onze em 1990-1991.

[35] [ver nota anterior].

medida veio aumentar o número de alunos a frequentarem Direito Romano, de forma considerável em termos relativos, embora circunscrita num plano absoluto. De quatro, cinco estudantes que nos anos imediatamente precedentes seguiram a cadeira passou-se então para o número de onze[36]!

Uma segunda deliberação do Conselho Científico alterou as condições de acesso ao *Direito Romano*. Por um lado, determinou-se a passagem da cadeira do 5º para o 4º ano[37]; por outro, estabeleceu-se que ela passaria a ser disciplina de opção também específica da menção de Ciências Jurídicas, podendo os estudantes escolher entre ela e Direito Privado ou Sistemas Jurídicos Comparados[38].

Qualquer das modificações era favorável à aceitação do *Direito Romano* pela população estudantil. A primeira, ao antecipá-lo no percurso escolar, consentia a sua ligação às disciplinas imediatas, tornando o curso mais orgânico e – simultaneamente – preludiava o contacto com uma matéria de índole cultural-formativa, distanciando-a das preocupações marcadamente profissionais do último ano do curso, numa atenuação das perspectivas práticas da fase final respectiva. A segunda, indicava aos alunos de outra secção que o Direito Romano não constituía uma simples curiosidade, mas sim um elemento básico da sua preparação, um factor útil para a formação da respectiva *forma mentis,* diminuindo em grau considerável inconvenientes de a matéria não ser ministrada a todos os estudantes nos anos iniciais da licenciatura[39].

[36] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório* cit., 93.

[37] Sobre o ambiente em que tal modificação foi feita, cf. Ruy de Albuquerque, *Em prol do Direito Romano*, cit., 8.

[38] V. J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 93.

[39] Ver, a tal propósito, António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, cit., 402-403, onde se coloca nomeadamente em paralelo a diferença de formação entre os alunos da Universidade Católica – na qual se leccionou Direito Romano como cadeira comum no início do curso e para todos os estudantes – e os da nossa Faculdade, onde ela só é acessível nos termos consignados. Sobre a utilidade dos estudos romanísticos é enorme a bibliografia. Citaremos sem qualquer propósito exaustivo – e para além da problemática referida por P. Koschaker, *Europa y Derecho Romano*, trad. esp. de J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955, *v. g.* 475 e ss., *maxime* 494 – U. Álvarez Suárez, *Horizonte Actual del Derecho Romano*, Madrid, 1944, 24 e ss.; Álvaro d'Ors, *La Crisi Attuale del Diritto nella Impostazione Romanistica (il problema del* ius Europæum*)*, in *Ius. Rivista di Scienze Giuridiche*, N.S., II (1951), 341 e ss;

O novo quadro de acesso ao estudo do Direito Romano determinou o aumento de estudantes na cadeira, que, atingindo com rapidez as dezenas, progrediu sucessivamente, com o incremento destas, até à centena e, depois, para além dela[40], numa demonstração da vitalidade de tal ensino e do interesse dos alunos, manifestado por uma decisão voluntária, aliás possível apenas a uma parte deles. O condicionalismo antes consignado foi entendido pela Faculdade como um paliativo e uma alternativa face à ausência da disciplina no tronco comum de estudos.

Tal facto pode aperceber-se pela decisão do Conselho Científico de aí a incluir, votada na sequência de uma proposta do Prof. Soares Martinez. Aprovada, só não teve concretização por uma arbitrária intervenção governamental. Recordamo-nos de a tal propósito termos já escrito as seguintes linhas: «Contra letra expressa da lei atribuidora de competência formal a tal respeito ao Conselho Científico da Faculdade e não obstante nenhuma instância possuir neste domínio título materialmente superior ao seu, o Governo, pela pessoa do então Secretário de Estado do Ensino Superior, o Prof. Britaldo, sobrepôs-lhe uma comissão *ad hoc* para tomar posição sobre tal disciplina. Composta pelo Reitor da Universidade de

Carneluti, *Puntata*, in *Labeo*, II, 1956, *per tot*., *v. g*., 58-62; Guilhermo Floris Margadant S., *El Significado del Derecho Romano dentro de la Enseñanza Jurídica Contemporánea*, México, 1960, *per tot*., *max*. 67-101; J. Carlos Moreira Alves, *Direito Romano e Ensino Jurídico*, Rio de Janeiro, 1962, *per tot.*, *max*. 18-21; Ruy de Albuquerque, *Direito Romano. Considerações a propósito de um livro de Moreira Alves*, sep. de *Scientia Iuridica*, Braga, 1974, 23; A. Fernández Barreiro, *Presupuestos de uma Concepción Jurisprudencial del Derecho Romano,* Santiago de Compostela, 1976, 14 e ss.; A. La Torre, *Valor Actual del Derecho Romano*, Barcelona, 1977, 13 e ss.; Juan Iglesias, *Estudios. Historia de Roma. Derecho Romano. Derecho Moderno*, Madrid, 1985, 77-115; Sebastião Cruz, *Actualidade e utilidade dos Estudos Romanísticos*, Coimbra, 4.ª ed., 1986, *per tot*.; António Guarino, *Direito e História*, in *RFDL*, XXV, 224; Ruy de Albuquerque, *Em prol do Direito Romano*, cit., 8-10; Fernando Araújo, *Actualidade dos Estudos Romanísticos*, cit., 13 e ss., *max*. 45-74, Juan Iglesias, *Cultura, Universidad y Derecho Romano en la Encruicijada de Nuestro Tiempo*, sep. de *Labeo*, 35, 1989, *per tot*., *max*. 12 e ss.; António Santos Justo, *Direito Romano. Relatório*, Coimbra, 1993, pol., 161, 173, 179; J. de Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, Lisboa, 1995; J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório* cit., 19-24; A. Santos Justo, *Direito Romano e História*, 27 e ss. e «*Actualidade do Direito Romano*», sep. do *III Colóquio Clássico. Actas*, Aveiro, 1999, pág. 285 e ss.

[40] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 93.

Lisboa, pelos Presidentes dos Conselhos Científico, Pedagógico e Directivo da Faculdade e por vários representantes dos alunos, nela não participaram o Presidente do Conselho Científico – que se limitou a assistir a duas sessões de trabalho sem nelas colaborar – e o Presidente do Conselho Pedagógico»[41].

Não merecerá a pena glosar a quebra de legalidade em que tudo isso se traduziu, o atentado à autonomia universitária cometido por tal forma, a maneira preconceituosa como a Comissão foi constituída e funcionou – de forma a poder alcançar-se, sob uma aparência de ponderação imparcial, um resultado preestabelecido – nem a falta de conhecimentos na matéria de muitos dos decisores. Quanto, por ventura, importa aqui referir é o clima de anti-historicismo reinante, a incompreensão então existente relativamente ao *ius romanum,* a lenda negra lançada sobre a disciplina por decénios de positivismo triunfante. Felizmente este clima está hoje ultrapassado, como demonstra a escolha da cadeira por tantos alunos, dentro de uma pura autonomia estudantil, de carácter incontroversamente mental. É, por isso, possível afirmar-se como característica e resultado do terceiro período da história do ensino de Direito Romano, a reabilitação da disciplina, progressivamente realizada. Temos hoje a sensação de divisar uma nova fase, que esperemos se inicie proximamente e na qual a leccionação respectiva volte a ser feita no tronco comum e inicial da licenciatura e com duração anual, ultrapassando-se os acanhados limites do semestre ainda actual. Não nos devemos afligir por medos políticos ou pedagógicos. A experiência da ministração de outras cadeiras não "práticas" – as demais disciplinas históricas e a de Filosofia do Direito, também ela saída de uma demorada hibernação – consentem assegurar uma receptividade geral.

Durante os dois últimos anos o Conselho Científico longamente empreendeu a reforma do plano de estudos, por iniciativa do respectivo presidente, Prof. Menezes Cordeiro, cuja persistência deve ser destacada. Em vários dos projectos elaborados por diferentes professores e apreciados pelo Conselho

[41] Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português. Relatório*, cit., 107. Sobre o episódio, ver igualmente a pronúncia do Prof. Martim de Albuquerque, *História das Instituições. Relatório*, cit., 103-104.

foi incluída a ministração de Direito Romano, embora em termos nem sempre coincidentes. Na versão final formulada como síntese e concretização de todo esse esforço e apresentada à Comissão de Decanos, o Prof. Menezes Cordeiro incluiu uma cadeira de *Direito Romano*, a ser leccionada nos primeiros anos – e para todos os alunos – discutindo-se apenas se no primeiro, se no segundo. A falta de consenso que infelizmente se verificou a propósito da colocação de outras disciplinas – nomeadamente da de Teoria Geral – e do número de cadeiras a incluir em cada ano malograram, porém, a reforma, cuja elaboração é inevitável. Fica o voto de que a respectiva consagração inclua o estudo de Direito Romano nos termos antes referidos – e com ele a homenagem ao Prof. Menezes Cordeiro pela posição assumida a este respeito e tradutora da importância por si sistematicamente advogada da História Jurídica na preparação dos juristas e na investigação científica.

III) Quiseram as circunstâncias que a minha participação no ensino de Direito Romano se processasse nos três períodos mencionados. No primeiro ela ocorreu nos respectivos anos finais. Ingressado no corpo docente da Faculdade, na data hoje longínqua de 1961, fui encarregado nomeadamente das aulas práticas da disciplina, tarefa que se manteve nos anos escolares de 1962-1963, 1963-1964, 1964-1965 – sendo regente da cadeira o Prof. Raúl Ventura, a cujo cargo ficou a ministração teórica. Interrompida a minha colaboração na disciplina no ano de 1965-1966 em que trabalhei em Direito da Família e Teoria Geral da Relação Jurídica – tendo o Prof. Castro Mendes ministrado Direito Romano – a ela voltei no ano de 1966-1967, em conjunção com aulas naquelas cadeiras e com a regência ocasional de Direito das Sucessões. Nessa ocasião coube-me a ministração das aulas teóricas numa das duas sub-turmas em que o curso foi dividido. Em 1967-1968 mantive o serviço não só em Direito de Família como em Direito Romano, neste caso com o encargo de ministrar as aulas práticas e as teóricas de uma das duas sub-turmas. No ano imediato de 1969--1970, coube-me apenas serviço em Direito Romano. Assegurei-o exclusivamente durante o mês de Outubro de 1969, tendo nessa data caducado o meu contrato – em virtude de interpretação da

lei que se fazia usual e comummente nas Universidades[42] – com o consequente termo de funções lectivas. Só a elas voltei depois de um ano fora da Faculdade e por deliberação do Conselho Escolar de 10 de Outubro de 1970[43], ao qual demonstrei ser outro o entendimento a dar aos preceitos legais competentes. Não é assim exacta a consignação do Prof. Duarte Nogueira, quando afirma não ter eu deixado de reger a cadeira de Direito Romano desde 1965-1966 a 1971-1972[44]. Naquela altura foi-me confiada de novo a regência de Direito Romano, de que me desincumbi no ano escolar já em curso (1970-1971)[45], em termos similares aos anteriores. O mesmo sucedeu no ano escolar seguinte (1971-1972), ano término do primeiro período na história do ensino da cadeira. Ademais deste serviço participei nas aulas nocturnas ministradas pelo Prof. Raúl Ventura a partir de 1963-1964 em regime de voluntariado pós-laboral e com que esse Mestre inaugurou na Universidade portuguesa tal modalidade de ensino.

Na segunda época, e dada a não inclusão da disciplina no plano do curso geral, apenas intervim no ensino de Direito Romano no curso de pós-graduação, a partir do ano lectivo de 1977-1978 – havendo apresentado nesse ano ao Conselho Científico da Faculdade um Relatório relativo a tal regência[46] – e até ao final da época em causa.

Com o começo do terceiro período estabelecido, que teve início em 1986-1987 mediante o reestabelecimento da cadeira de Direito Romano no curso geral, como vimos, assumi a respectiva responsabilidade, até ao ano de 1993-1994 e não a partir de 1982--1983, – conforme assinala o Prof. Duarte Nogueira[47] – e sem que

[42] Acta do Conselho Escolar, de 10 de Outubro de 1970.

[43] [ver nota anterior].

[44] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 79.

[45] Acta do Conselho Escolar, de 10 de Outubro de 1970.

[46] Datado de 27 de Abril de 1979.

[47] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 94, sendo, a propósito, de vincar a participação de vários assistentes nas tarefas de ensino, dentro de um quadro de plena autonomia científica e em alguns casos com larga delegação do encargo de ministração. Foi orientação também adoptada na cadeira de História do Pensamento Jurídico – embora, porventura, em termos menos largos – e que continuou a prática já seguida na ministração do curso geral –

haja ministrado efectivamente em todos os anos lectivos[48]. Durante esse período ministrei também a disciplina no curso de mestrado no seguimento do que fizera já para o curso de pós-graduação até 1993-1994, pois em 1995-1996 tomou-o sobre si o Prof. Duarte Nogueira, tendo eu solicitado licença sabática.

Assinalados os parâmetros da minha intervenção na leccionação da disciplina importa referir alguns aspectos materiais correspondentes.

IV) No tocante ao primeiro período impõe-se a distinção de duas modalidades, embora haja de comum entre elas o carácter marcadamente adjuvante que lhes é conjunto relativamente ao ensino do saudoso Prof. Raúl Ventura: a primeira corresponde ao ano lectivo iniciado em 1961 e vai até ao que teve começo em 1964; a segunda compreende o trabalho realizado nos anos lectivos de 1966--1967, 1967-1968, o mês de Outubro de 1969, 1971-1972.

De 1961 a 1964-1965 a minha participação circunscreveu-se à ministração das aulas práticas – salvo a leccionação ocasional de uma ou outra aula teórica, no impedimento do Prof. Raúl Ventura ou por desvanecedora confiança deste. Para além disso, coube--me naturalmente participar no serviço de exames, avaliando a totalidade das provas escritas e como membro do júri das orais. Fui também chamado a prestar alguma colaboração ao Prof. Raúl Ventura na elaboração do seu *Manual de Direito Romano*, porventura em termos mais significativos do que os assinalados pelo Prof. Duarte Nogueira[49], mas em qualquer caso circunscritos, muito parciais e, de certo, secundários. A descrição feita revela bem a modéstia da intervenção havida, consoante, aliás com a prática geral da Casa relativamente aos encargos confiáveis aos segundos assistentes e o disposto legalmente a tal propósito. Só em 1967 e a pedido do Conselho Escolar a Direcção-Geral do Ensino Superior,

cf. *supra* [...] – de fazer participar no ensino quem tinha ainda carreira académica a percorrer, como forma de criar estímulos. Eles terão sido os principais frutos da nossa orientação, segundo cremos.

[48] [ver nota anterior].

[49] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 69; Ruy de Albuquerque, *Evocação de Raúl Ventura*, in *RFDL*, XLI, n.º 1, 2000, 354.

por ofício UL. 3/193, de 2 de Março, me autorizou a leccionar aulas teóricas[50].

A segunda modalidade mencionada identifica-se com este trabalho. As referências do Prof. Duarte Nogueira sobre as regências que me foram atribuídas podem inculcar um relevo do meu desempenho superior ao real. Só formal e legalmente se pode falar de regência. Na efectividade das coisas limitei-me a ministrar os livros do Prof. Raúl Ventura, embora natural e obviamente, com inteira liberdade de expor opiniões pessoais, de dissentir e enunciar as críticas julgadas por mim pertinentes. Fui, aliás, chamado em alguns pontos muito limitados, a colaborar na redacção pontual desses textos – conforme assinalado pelo Prof. Duarte Nogueira[51], aqui com latitude superior à por ele registada[52], mas sem isso invalidar o respectivo carácter fragmentário. Tal participação tive-a e tenho-a como uma honra.

A partir do ano lectivo de 1969-1970 pude contar com a colaboração dos licenciados Armindo Ribeiro Mendes e José António Cardoso Veloso, que tendo ingressado no corpo docente da Faculdade, como segundos-assistentes, foram encarregados de coadjuvarem o Prof. Raúl Ventura, assumindo o encargo das aulas práticas[53] – e de assegurarem igual serviço no tocante à turma que me fora confiada. Cabe aqui registá-lo em função do excelente trabalho por ambos realizado e em virtude da lealdade e honestidade evidenciadas quando de vários episódios de indisciplina verificados na Faculdade e perante contestações com que, sob vários pretextos, se moveram ataques pessoais, motivados por intuitos meramente políticos[54].

O sistema antes descrito resultou de várias circunstâncias. Em primeiro lugar, do princípio seguido então na Faculdade de apenas confiar a doutores a ministração de matérias a ensinar. Em segundo lugar, da circunstância de a regência que fui chamado a assegurar ter resultado do desdobramento do curso em duas turmas, funcionando ambas em paralelo, com os mesmos assistentes encarregados das

[50] Acta do Conselho Escolar, de 14 de Outubro de 1967.
[51] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 79.
[52] Ruy de Albuquerque, *Evocação de Raúl Ventura*, in *RFDL*, XLI, n.º 1, 2000, 354.
[53] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 74 e 79.
[54] Cf. *supra*.

aulas práticas e tendo o Prof. Raúl Ventura reservado para si o ensino de uma delas, a turma *B*, enquanto eu leccionava a turma *A*. Assim sucedeu durante os anos em que nessa época ministrei as aulas teóricas de Direito Romano, salvo no de 1966-1967, no qual compartilhei o encargo com o Prof. Castro Mendes, encarregado de substituir o Prof. Ventura – e que elaborou lições próprias e complementares de outras redigidas quando no ano anterior assumiu exclusivamente o ensino de Direito Romano[55]. Nessa ocasião continuei a seguir as lições do catedrático da cadeira, o Prof. Raúl Ventura, conforme, aliás, o decidido pelo Conselho Escolar[56] e o aconselhado pelo Prof. Castro Mendes. Para mim, já habituado a elas, isso correspondeu a uma economia de esforços, tanto mais necessária quanto durante os vários anos saltara de disciplina para disciplina – e nesse mesmo estava também encarregado de todas as aulas práticas de Direito de Família e de Teoria Geral da Relação Jurídica, cadeiras cuja frequência orçava pelos duzentos alunos!

Duvido que em tais circunstâncias fosse possível encarregar-me de redigir lições próprias – que, a sê-lo, sempre constituiriam obra apressada. A solução estabelecida teve o mérito de assegurar um programa de qualidade, apoiado por textos meditados, de um grande nível científico, actualizados, extremamente argutos e de um valor incontestável não só no quadro da ciência romanística, como para os civilistas – as Lições de Raúl Ventura[57].

Também aqui haverá, portanto, de se reduzir o meu papel na ministração de Direito Romano para as suas justas proporções, muito menores do que o porventura concluído da leitura do texto do Prof. Duarte Nogueira, atribuindo-se-lhe a modéstia correspondente.

[55] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 78 e 79.

[56] É o seguinte o teor da Acta do Conselho Escolar de 14 de Outubro de 1967: "*Cadeira de Direito Romano – que fique a reger a primeira turma o Prof. Raúl Ventura e se peça autorização para ser confiada a regência da segunda ao segundo assistente Licenciado Ruy de Albuquerque sob orientação do Prof. Ventura*".

[57] A obra romanística do Prof. RaúI Ventura está hoje descrita nas suas linhas fundamentais. Cf. Gonçalo Sampaio e Mello, *Apontamentos para a História do Direito Romano em Portugal*, Lisboa, 1991, pol., I, I, 253, 291-294, 315-318, 372; J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 68-74, 79; Ruy de Albuquerque, *Evocação de Raúl Ventura*, in *RFDL*, XLI, n.º 1, 2000, 345 e ss.

Em abono do meu esforço fica apenas a ressalva de ter conseguido despertar em muitos alunos o interesse pela matéria não obstante as condições adversas existentes na Faculdade. A tal respeito desejo consignar haver solicitado a estudantes de anos mais avançados e meus anteriores alunos na cadeira que viessem expor nas aulas a matéria aos seus colegas do primeiro ano – como forma de os manter ligados à disciplina, levando-os a conexioná-la com os novos estudos que empreendiam e como demonstração ao curso inicial do falso hermetismo do Direito Romano, afinal susceptível de ser exposto por quem nem sequer tinha acabado a sua aprendizagem. Faço-o por saber hoje quanto isso foi motivador de algumas vocações então despertadas[58]. Fruto de consolação para os limitados méritos de tudo quanto pude fazer encontro-o no facto de entre os meus alunos de então estarem alguns cujos nomes constam actualmente do corpo docente da Faculdade. Desejo individualizar o Prof. Menezes Cordeiro – um dos estudantes por mim chamados para leccionar aos alunos do primeiro ano[59] – pela facto de os seus manifestos sobre a necessidade e o papel do Direito Romano na formação do jurista ecoarem com particular ressonância e autoridade no panorama da ciência jurídica portuguesa[60], bem como o do Prof. Duarte Nogueira, que seguiu trilhando os caminhos

[58] Cf. J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 6, que regista nomeadamente um desses episódios nos seguintes termos "*É interessante recordar que em determinado momento do curso, por indicação do regente compareceu numa aula teórica um aluno do ano anterior com o objectivo de explicar a sua interpretação sobre determinado ponto da matéria em leccionação em parte divergente do entendimento perfilhado no curso, a qual havia sido apresentada no ano anterior em trabalho prático ou exame oral. O facto de tal intervenção ter como autor um colega de um ano próximo, para além dos méritos intrínsecos foi extremamente sugestiva aos olhos dos alunos do primeiro ano na medida em que mostrava uma ciência aparentemente restrita a eruditos, a poder ser também investigada por estudantes. O aluno em causa, então no segundo ano, chamava-se António de Menezes Cordeiro*." J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 6.

[59] Entre as diferentes proclamações subscritas pelo Prof. Menezes Cordeiro sobre a função do Direito Romano nos nossos dias referimos quanto escreve em *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, cit., 402-405.

[60] Já para o facto chamámos a atenção no nosso escrito *Em Prol do Direito Romano*, cit., 9.

abertos nessa iniciação aos nossos estudos[61], sendo hoje mestre nos domínios em que o introduzi. Talvez, afinal, a missão fundamental do professor seja a de apóstolo de quanto ensina...[62].

V) A lecionação dos cursos de pós-graduação – como o de Mestrado, que lhe sucedeu – esteve muito condicionada. Se no primeiro ano em que foi realizada ainda houve alunos com frequência da cadeira de Direito Romano no início do curso[63], de imediato isso deixou de suceder. Os estudantes inscritos em tais cursos nunca tinham tido contacto com a disciplina – com a contradição de se procurar especializar quem não tinha qualquer iniciação prévia. Naturalmente não terá sido esta a única vez que houve na Faculdade ministração de cadeiras nos cursos complementares sem leccionação no curso geral. Mas esses casos não apresentam a especificidade existente no tocante ao Direito Romano. Sendo as disciplinas em causa meros desdobramentos ou especializações relativamente a ramos mais vastos, numa autonomização funcional no tocante a estes, facilmente se compreende a possibilidade do procedimento descrito. Diferentemente sucede a respeito do Direito Romano. Trata-se de uma disciplina específica, com idiossincrasias próprias,

[61] Quero aqui registar o depoimento do próprio Prof. Duarte Nogueira, ao explicar as razões de ter preferido a cadeira de Direito Romano como objecto do seu Relatório de concurso: "*Decorreu em primeiro lugar, do interesse que mantivemos pela matéria desde que com ela contactámos pela primeira vez, no ano lectivo de 1971-72 nas aulas teóricas da turma A no primeiro ano da Faculdade. Estávamos nessa altura ainda longe de suspeitar que a vida nos reservaria uma relação particular com a área das Ciências Histórico-Jurídicas. Relembramos o interesse que logo nos despertou, ao qual não foi estranha a docência do regente, pelo ritmo imposto ao ensino, através de solicitações aos ouvintes para colaborarem com a sua intuição e reflexão na compreensão da matéria, e pela ligação que fazia entre a realidade histórica – na qual a valorização do papel do jurisprudente no quadro do* ius civile *era uma constante – e o direito vigente exposto na elementariedade compatível com alunos recém-chegados a um novo domínio do saber*". J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 5-6.

[62] Por isso nos sensibilizam muitas atitudes de antigos alunos ao invocarem termos motivado as respectivas vocações universitárias. Aqui desejo agradecer à Prof[a]. Tereza Beleza, as suas palavras a tal respeito, que, provindas de quem não seguiu a via histórica, me merecem particular referência. Cf. *Mulheres, Direito, Crime ou Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, 1990, XVII.

[63] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 82.

uma estrutura em muitos pontos sem paralelo, conceitos que lhe são exclusivos, uma gramática privativa. Não serão necessários explanações ou muitos exemplos para o comprovar. Basta atentar no quadro dos factos normativos, onde encontramos fontes sem qualquer equivalente no direito moderno – como o edito – ou com um grau totalmente diverso – é o caso da *iurisprudentia* – para sublinhar as dificuldades existentes na ministração de um curso de especialização, de promoção da investigação, a quem desconhecia por completo a simples nomenclatura, nunca tinha tido contacto com os quadros gerais que era suposto aprofundar, estava desprovido de qualquer sensibilidade a respeito da matéria a reponderar. Neste quadro houve que fazer adaptações – requerendo aos alunos o esforço complementar de procederem paralelamente a uma aprendizagem correlativa à iniciação correspondente as noções básicas e intentarem formas avançadas de investigação. É quanto compete descrever aqui.

O processo seguido foi o de apresentar um leque de temas para escolha, entre eles, daquele por que cada estudante se sentisse mais atraído.

Todos esses temas seriam tratados individual e monograficamente, desdobrando-se, assim, o curso por várias matérias e de forma a todos os participantes terem conhecimento, ao menos relativo, das matérias trabalhadas pelos demais, num alargamento dos conhecimentos adquiríveis com a investigação por si escolhida.

Para obtenção de uma eficiência mínima e de forma a diminuir tanto quanto possível a limitada preparação prévia dos diferentes alunos intentei uma indicação de temas que obedecessem a quatro vectores: corresponderem a conceitos ou aspectos fundamentais da disciplina; serem tão limitados quanto possível, de forma a que a necessidade de conhecer os respectivos pressupostos e conexões não inutilizasse o programa excogitado; respeitarem, na medida do viável, à história externa, por motivos de maior acessibilidade e delimitação; evidenciarem o papel do *ius romanum* na enciclopédia jurídica.

Na realização de quanto fica assinalado o percurso que se procurou consistiu, em cada semana, os diferentes alunos darem conta do estudo realizado, intervindo os demais a propósito, seja com dúvidas, seja com críticas ou sugestões de concordância, cabendo

ao professor ir orientando a progressão, sugerindo pontos de vista, pistas de interesse, bibliografia ou leituras complementares[64], tarefa esta que não retirou, em nada, a autoria integral de cada estudo ao respectivo subscritor. A sinceridade manda dizer que, não obstante tudo, nomeadamente a falta de muitas obras essenciais e os obstáculos então existentes e decorrentes do funcionamento da Biblioteca da Faculdade, o saldo se tem como muito positivo. Grande parte dos trabalhos realizados encontra-se divulgado nos dois volumes da Colectânea designada *Estudos de Direito Romano*, publicada pela Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, cujo primeiro apareceu em 1989, colectânea que terá, em breve, conforme espero, continuação – além de alguns haverem tido divulgação esparsa[65].

No Prefácio escrito para anteceder a divulgação desses trabalhos acentuei as particularidades em que foram elaborados. Cabe aqui repetir a observação de, por certo, circunstâncias mais favoráveis terem consentido outra configuração. *Habent facta libelli sua.* Referi, também quais as razões de não ter aconselhado uma reelaboração, pois ela iria impedir a realização de outros trabalhos, porventura susceptíveis de abrirem novos horizontes, preferindo a publicação da versão correspondente ao labor escolar. Consignei igualmente não apresentarem todos o mesmo diapasão – sem que isso invalide «[...] o reconhecimento do esforço e das qualidades individuais, nem o mérito comum» correlativo à opção por uma via de estudo reveladora de convicta consciência do fenómeno jurídico como essencialmente cultural e transcendente face às afadigadas

[64] V. nomeadamente o nosso Relatório apresentado ao Conselho Científico e relativo ao ensino da disciplina de Direito Romano, no ano de 1978-1979, de 27 de Abril de 1979.

[65] São os seguintes os autores e títulos incluídos nos *Estudos* cit.: Fernando Araújo, *Actualidade dos Estudos Romanísticos*; Mário Leite dos Santos, *Monismo e Pluralismo e Visão Institucional do Direito Romano*; António Assis Teixeira, *A Certeza no Direito Romano*; José Artur Duarte Nogueira, *Ius e Fas*; Pedro Barbas Homem, *Ius e Lex*; Isabel Banond, *Do Ius Civile*; Tereza Luso Soares, *Interpretatio prudentium. Objecto e Natureza*; Tereza Morais, *Ius Honorarium*; Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Senatus Consulta*; Paulo Teixeira Pinto, *Auctoritas* – estudos estes que se citam pela ordem em que estão recolhidos na colectânea, e não de acordo com uma série rigorosamente cronológica de elaboração.

e exclusivas preocupações de um quotidiano pragmático[66]. Sejam quais forem as restrições que todas ou algumas dessas páginas mereçam elas têm o mérito de dar um testemunho. É para ele que se remete.

Com o fim de esboçar um quadro de ensino ministrado na modalidade da leccionação correspondente ao período em análise da história do Direito Romano na Faculdade – e do seu natural prosseguimento nos anos subsequentes – impõe-se ainda o registo de algumas palavras do Prof. Duarte Nogueira: «Entre os que frequentaram o mestrado na disciplina durante a vigência da Reforma de 1983 encontram-se todos os que actualmente se encontram a prestar serviço docente na secção de Ciências Histórico-Jurídicas na Faculdade de Direito de Lisboa na qualidade de Assistentes ou de Assistentes Estagiários bem como outros que não mantiveram posteriormente ligação a esta área. Mas, uma parte dos inscritos não se enquadra usualmente em nenhuns destes grupos, frequentando-a apenas por interesse pessoal. Com um número de alunos variável [...], em nenhum ano as inscrições ficaram desertas tendo desse trabalho resultado numerosos relatórios sobre variados temas da romanística. Parte tem vindo a ser publicada pela Associação Académica sob o titulo de *Estudos de Direito Romano* intentando-se de tal forma não deixar perder o resultado desse trabalho»[67].

Ao terminar o Prefácio desses estudos formulei o voto de que alguns dos seus subscritores viessem a reivindicar o título de romanista.

Renovo-o aqui, com a convicção da respectiva probabilidade. Motivo de júbilo é dado pelos que franquearam já as portas do professorado.

Descritos os condicionalismos do ensino realizado, o procedimento respectivo e feita alusão aos resultados, importa explicitar algumas das linhas subjacentes ao ensino ministrado.

Começaremos por referir, como ponto de partida, a falta de neutralidade do Direito Romano perante a ideia geral de Direito.

[66] Cf. Ruy de Albuquerque, *Em Prol do Direito Romano* cit., 7-8.
[67] J. A. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 92.

Ele choca frontalmente com uma concepção positivística da ordem jurídica, com a pretensa estadualidade do Direito, de que só é Direito o posto pelo estado e de que é Direito tudo quanto ele determina. O ensino do Direito Romano é apenas congruente com uma concepção segundo a qual o Direito constitui um produto de convicção – lembrem-se as análises histórico-sociológicas sobre o grau de adesão ou resistência à ordem jurídica, conforme os períodos e as sociedades –, de natureza intelectual, uma ordem ordenante e não uma ordem ordenada. Como escrevemos já relativamente ao nosso ensino da disciplina, «o estudo do direito romano arranca [...] de premissas anti-positivísticas, por definição. Se se estuda direito quando se estudam normas, instituições, fontes que nada têm a ver com o poder político contemporâneo, que estão destituídas de qualquer sanção organizada e aparelhada, que não foram promulgadas, reconhecidas, *postas* por nenhum dos detentores do poder nem pelos mesmos processos que lhes consentem legislar – então é necessário concluir que o direito é um produto cultural e não um produto meramente político. A querela pró ou anti direito romano importa, pura e simplesmente, numa ideia de direito. Nela nada há de neutral»[68].

Daqui a aversão que tantos lhe têm e o combate, não raro inconsciente ou subconsciente, contra ele movido, frequentemente, também em termos primários. Através do estudo do Direito Romano – e consentaneamente com quanto referimos – pretendemos vincar, como necessária, a distinção entre o *direito* e a *lei*, hoje tão obliterada, entre o jurídico e o legal, nomeadamente com a ponderação do *ius civile* e da *interpretatio prudentium* e, num *ergo* posterior e necessário, ilustrar que a monopolização do direito pelo estado é apenas conjuntural. O direito moderno a este respeito mais não representa senão uma reedição do direito pós-clássico, *v.g.* justinianeu, em contraposição ao chamado direito pré-clássico e ao direito clássico, ao menos este parcialmente e de início.

Chegados a este ponto importa consignar um aspecto complementar. Para nós a ponderação do Direito Romano constitui uma forma crítica de apreciar o direito moderno[69]. Foi quanto

[68] Ruy de Albuquerque, *Em prol do Direito Romano*, cit., 9.

[69] Cf. Ruy de Albuquerque, *Direito Romano. Considerações*, cit., 25-27 e *Em prol do Direito Romano*, cit., 9. V. também para uma consideração do estudo histórico do

intentámos dar a aperceber aos diferentes alunos. Este vector do ensino ministrado pressupõe naturalmente a consideração das diferentes épocas do *Ius Romanum*. Impõe-se, aos nossos olhos, separar o período pluralista, dominado por factos normativos plúrimos, alguns fechados sobre si mesmos e ignorando os demais com eles concorrentes – caso do *ius civile* relativamente ao chamado simplificada e esquematicamente *ius honorarium*[70] – da ordem jurídica tardia, romano-oriental, caracterizada por um acentuado monismo de fontes. A tal respeito procuramos centrar a atenção dos estudantes na compreensão das razões e processos que ditaram e segundo os quais se passou de uma fase para a outra, dominada a última «pela lei enquanto expressão do poder político totalitário»[71]. Na redução do quadro de fontes correspondente ao último período, a preocupação cultural do ensino foi a de evidenciar a absorção pelo Estado[72] do chamado direito prudencial[73], com a transformação do jurisprudente em legista, isto dentro da nossa convicção sobre a contraponibilidade

Direito como elemento da crítica do ordenamento moderno, Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português. Relatório*, cit., 118-119. V., ainda, entre nós, Fernando Araújo, *Actualidade*, cit., 61 e ss.

[70] Cf. Giuseppe Grosso, *Problemi Generali del Diritto Attraverso il Diritto Romano*, Turim, 1967, 25-86, *max*. 70, 82-84; Mário Leite dos Santos, *Monismo e Pluralismo*, cit., 81 e ss. Sobre o conceito de *ius honorarium* v., por todos e entre nós, Raúl Ventura, *Manual*, cit., 81, e Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I, Coimbra, 4ª ed., 298-299.

[71] Ruy de Albuquerque, *Em prol do Direito Romano*, cit., 9.

[72] Tem sido discutida a persistência e a possibilidade de se aplicar a Roma o conceito de Estado, o que pode considerar-se um aspecto parcial da crítica, iniciada pela Escola Austríaca, sobre a aplicação de conceitos modernos a épocas do passado – Cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito. Relatório*, cit., 131. No sentido da inviabilidade de se utilizar a ideia de Estado relativamente ao Direito Romano clássico e pré-clássico, v., entre nós, já Raúl Ventura, *Direito Romano*, Lisboa, 1958, pol., II, 400 e ss., *max*. 405. Em Espanha adopta a mesma posição Álvaro d'Ors, *Ponencia*, in *Coloquio sobre el Estatismo del Imperio Romano*, inserto na obra colectiva *Teoria Política de la Antigüedad*, Madrid, 1965, 57, posições estas tomadas dentro, aliás, de uma linha largamente partilhada na historiografia europeia. Para mais indicades bibliográficas, cf. Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português. Relatório*, cit., 183.

[73] V. a propósito do conceito o livro fundamental de Lombardi, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, reedição, Milão, 1975, *per totum*, e, entre nós, Ruy de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, I, 10.ª ed., Lisboa, 1999, 15-16 e 239 e ss.

do direito não legal ao direito legal, que tanto vale dizer, do jurista como tese, ao Estado como antítese, ou vice-versa[74]. À separação entre pluralismo e monismo como correspondendo às características do ordenamento romano em épocas diferenciadas pode fazer-se acrescer uma consideração complementar. Na primeira época estamos perante o *casus*[75]. Na segunda, essencialmente face à norma geral, à *regula*, à formação de princípios de carácter geral e mais ou menos abstractos, o sistema, uma ideia de ordem jurídica *a priori*[76]. Isso leva a que a solução seja encontrada, naquela, por uma ponderação a mais de uma incógnita, para falar como os matemáticos e cuja nomenclatura empregamos já para exprimir de forma imaginosa quanto pretendemos exprimir[77]; nesta, pela ponderação apenas a uma incógnita dos problemas a resolver[78]. Daqui que no primeiro período a solução corresponda essencialmente a factores jurisprudenciais, em especial de natureza tópica e constitua o

[74] Enunciada esparsamente (cf. *v. g. Direito Romano. Considerações*, cit., 25-26; *Em prol do Direito Romano*, cit., 8-10; *História do Direito Português. Relatório*, cit. 119 e (em conjunto com o Prof. Martim de Albuquerque) *História do Direito*, cit., I, *passim*, *v. g.* 15-16, foi esta ideia teorizada por nós *ex professo* na Oração de Sapiência proferida quando da abertura do ano lectivo de [1988-1989, publicada com o título *Direito de Juristas – Direito de Estado*, em *RFDL* XLII, 2, 2001, 751-807].

[75] Na primeira época avulta a figura do pretor – e o direito do pretor, mediante a criação e a concessão da *actio*, e a elaboração da fórmula não é senão um desses casos. Parece-nos de reconduzir a estas conclusões as argutas palavras de U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia*, cit., 56-58. V., também, 109.

[76] A contraposição entre tópico e axiomático – sistemática, que foi utilizada por Schulz e Esser como critério de classificação dos ordenamentos jurídicos, não pode ser tomada de forma rígida e absoluta, mas apenas como reportável a tipos caracterizados pela ponderação das suas linhas mestras, sendo de admitir a existência de elementos de carácter sistemático mesmo nos ordenamentos casuísticos e a imprescindibilidade de procedimentos problemáticos (tópicos e aporéticos) inclusive nos complexos de normas axiomáticos. V., a propósito, nomeadamente, Esser, *Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. esp. de Eduardo Valenti Fiol, Barcelona, 1961, *max*. 57; Manuel García Garrido, *Jurisprudencia Romana y Actualidad de los Estudios Romanísticos*, sep. do *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1964, 22-24; U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia*, cit., 112-116. A posição assumida no texto reporta-se, pois, a tendências dominantes, não exclusivas.

[77] V. Ruy de Albuquerque, *Direito Romano. Considerações*, cit., 26.

[78] V. Ruy de Albuquerque, *Direito Romano. Considerações*, cit., 26.

produto de uma *ars* – fundada em larga escala na intuição[79] –, enquanto durante a última fase a aplicação do direito corresponde, ao menos numa visão explicativa, a formas de subsunção dedutiva, interpretável como tendencialmente automática e impessoal e decorrente de factores apriorísticos. A legislação imperial ocupa o palco das fontes de direito de forma exclusiva, ao menos tendencialmente e de forma oficial.

A contraposição entre o pluralismo e o monismo jurídico por nós assimilada como correspondendo ao desenvolvimento do Direito Romano configurámo-la inicialmente – ou seja, durante a ministração dos primeiros cursos de pós-graduação – como um confronto dialéctico de contrastes contíguos, sem que a passagem de um para o outro implicasse por si a necessidade de estabelecer um período intermédio. Isto, apesar de o processo de ascensão do monismo se haver protelado no tempo, mediante fenómenos diversos, cuja produção se operou por múltiplas vias e sem sincronização – podendo falar-se, também aqui, de falta de uniformidade no desenvolvimento das várias instituições. Separámos assim, a época correspondente ao quadro pluralista da dominada por uma estrutura monista mediante um facto susceptível de significar o fim do primeiro e o início da segunda e de acordo com a famosa lei da concentração histórica, que permite tomar um evento como expressão de um processo lento e desenvolvido de forma secular, e sem com isso o pretendermos tomar enquanto causa de todos os efeitos susceptíveis de configurar os tempos posteriores por uma nova época. O valor respectivo é essencialmente simbólico e a sua utilização verifica-se com a exclusiva finalidade de traçar uma periodificação, cujo rigor não passa de tendencial, com acentuado grau de artificialismo e natureza didáctica[80]. De acordo com estas coordenadas tomamos como evento separador

[79] [nota em branco no texto original]

[80] Temos exposto ao longo dos anos do nosso magistério a ideia de que a periodicidade, em si mesma dominada por factores subjectivos, corresponde a um desenvolvido grau de artificiosidade e apresenta apenas um rigor muito relativo, sendo a sua utilidade meramente sistemática – reconstitutiva e didáctica. Cf. Ruy de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História*, I, cit., 9, podendo referir-se, a propósito do Direito Português, a tomada, em termos idênticos, de um factor simbólico para termo periodificador, com base na lei da concentração.

dos dois períodos a criação do *ius publice respondendi*. Expliquemo-lo. A nosso ver a *iurisprudentia*, como manifestação da categoria perene *direito prudencial*, constitui, entre os factos normativos do *ius romanum*, a manifestação mais idiossincrática. Enquanto os restantes podem encontrar paralelismo mais ou menos acentuado nas diferentes ordens jurídicas da Antiguidade – o costume, a lei, as deliberações das assembleias, o próprio edicto, se atentarmos na sua fenomenologia enquanto expressão da *iurisdictio* ou do *imperium*, conforme se queira[81] – o direito prudencial corresponde a uma invenção sem qualquer equivalente fora de Roma, mesmo no direito da Grécia, cujo pensamento era altamente reflexivo: o da ciência jurídica como manifestação cultural, em si mesmo autónoma, face, nomeadamente, à religião. A ciência do direito é uma descoberta romana[82]. Por isso, seria natural que, a propósito da periodificação, atentássemos nas suas vicissitudes. A este motivo

[81] O problema das relações entre *iurisdictio*, *imperium* e direito honorário já foi considerada por Grosso, *Problemi*, cit., 72, uma *vexata quæstio*, que não pode obviamente merecer qualquer desenvolvimento no âmbito das presentes páginas. Limitamo-nos a remeter para Leifer, *Die Einheit des Gewaltsgedankens im römischen Staatsrecht*, Munique, 1914, 68 e ss.; L. Cabral de Moncada, *Elementos de História do Direito Romano*, Coimbra, 1923-1924, I e II, respectivamente 109 e 408; Lauria, *Iurisdictio*, in *Studi in Onore di Pietro Bonfante*, Milão, II, 1930, 481 e ss.; F. de Martino, *La Giurisdizione nel Diritto Romano*, Pádua, 1937, 199 e ss., *max*. 225 e ss.; U. Alvárez, *Curso de Derecho Romano*, Madrid, 1955, 191 e ss.; U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia* 56-57; Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Turim, 1960, 67 e ss.; RaúlVentura, *Manual*, cit., I[I], 114 e ss.; Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munique, 1966, 28; Fuenteseca, *Investigaciones de Derecho Romano*, Salamanca, 1969, *passim*; Armando Torrent, *La «Iurisdictio» de los Magistrados Municipales*, Salamanca, 1970, 92 e ss.; *Conceptos Fundamentales del Ordenamiento Jurídico Romano*, Salamanca, 1973, 31 e ss.; *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Oviedo, 1982, 409 e ss.; Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius Romanum)*, Coimbra, 1984, 302 e ss.; Tereza Morais, *Ius Honorarium*, in *Estudos*, II, 1991, 66 e ss.; A. Santos Justo, *Direito Privado Romano*, I. *Parte Geral*, Coimbra, 2000, 269.

De acentuar a circunstância de Raúl Ventura, *Manual*, cit., I[I], 119-120, impugnar a possibilidade de se reconduzir o edicto a outros factos normativos (*lex annua*, delegação de legislação, *etc*.), defendendo a sua especificidade.

[82] Sem que isso signifique o arredamento da possibilidade de se discutir – como tão arduamente tem sido feito na ius-historiografia – a possibilidade de um influxo helenístico. Não será aqui, naturalmente, o lugar para traçar os contornos da controvérsia havida a respeito, e em que avultam os nomes de La Pira, Schulz, Himmelschein, Stroux, Kaser, Mitteis, Riccobono, Behrens, Pringsheim

acresce um outro. A *iurisprudentia* corresponde ao *ius civile*. Este é um direito dos *cives*, ao princípio imodificável pela lei, expressão da liberdade antiga face à própria *res publica.* Só tardiamente a lei conseguirá a consideração de fonte primacial – como se pode ver na enumeração de *Papiniano* D.1.1.7.Pr.. Produto da simples *auctoritas* do prudente, de natureza privada, a *iurisprudentia* representa uma forma autónoma de produção jurídica. Estamos no domínio da contraposição do direito não estatal ao direito estatal, ou, para empregarmos uma nomenclatura mais consentânea com a época, de um direito não oficial ao direito das magistraturas e das assembleias. Por isso, a absorção da *iurisprudentia* será uma via necessária e inevitável para redução do quadro das fontes normativas e o estabelecimento de um monismo identificado com a criação exclusiva do direito pelo poder político. Neste enquadramento o estabelecimento do *ius publice respondendi* surge como o passo inicial da absorção da *iurisprudentia*, o começo da substituição do jurista livre pelo legista funcionário, simples burocrata, que encontramos no Império-Dominado. Assim se compreenderá havermos tomado a criação daquele instituto como marco cronológico para separar as duas fases do Direito Romano por nós consideradas.

Este entendimento, inteiramente dual do desenvolvimento do Direito Romano, viemo-lo, porém, a substituir por um esquema tripartido: período pluralista, período intermédio e período monista.

Fizemo-lo no ensino ministrado na disciplina inserta no quarto ano e como forma de acentuar que a passagem do primeiro para o último se realizou lentamente, num desenvolvimento secular. Foi

e Wieacker – entre tantos outros. Seja qual for, porém, a tese defendida (a nós parece-nos que o saldo das investigações não consente demonstrar uma influência directa do pensamento helenístico na *iurisprudentia* romana anterior ao dominado), não consideramos com isso prejudicada a posição assumida no texto. Por um lado, a eventual influência grega seria proveniente de expressões culturais transcendentes face ao direito, ou seja da dialéctica e da retórica – e não de um pensamento intrinsecamente jurídico. Por outro, a ter-se ela verificado num grau acentuado, tal teria ocorrido numa época relativamente tardia, podendo falar-se de uma ciência jurídica romana de criação anterior – e portanto, a admitir-se a influência helénica-aristotélica ou estóico-megárica no pensamento jurídico romano, necessário seria circunscrevê-la a um mero factor de desenvolvimento da *iurisprudentia*, não a tomando como elemento genesíaco.

isso ditado por considerações meramente didácticas e pedagógicas, sem alterarmos, segundo pensamos, a natureza das coisas, pois, como tivemos ocasião de assinalar, a periodificação é em si mesma convencional e instrumental, ou seja, função de finalidades pré-determinadas, por um lado; por outro, por mantermos a dicotomia material existente entre o primeiro e o último período, tese e antítese, cuja articulação se mantém, mas agora evidenciada nos factores de realização. Para mais, pareceu-nos de conservar a criação do *ius publice respondendi* como termo da primeira época, em conformidade com as razões expostas. Novidade vem apenas a ser o estabelecimento de um marco correlativo ao fim do período intermédio. Tomámos o projecto de Teodósio de elaborar um Código abarcante não só de constituições imperiais mas de livros dos jurisconsultos, reunindo tudo o que tivesse interesse prático e que passaria a ser a única lei vigente[83], pois ele denuncia não só o intento de transformar o *ius* em *lex*, como também o de estabelecimento de uma monopolização das fontes. Pouco importa a este respeito que a comissão nomeada haja ou não conseguido materializar o encargo referido – desconhece-se hoje o trabalho por ela efectivamente realizado havendo o imperador modificado esse plano primitivo mediante a nomeação de uma nova comissão – cujo encargo se cingia à compilação das constituições imperiais e respectiva modificação de acordo com as necessidades dos novos tempos –, pois a falta de êxito do projecto inicial não deixa de revelar um novo cenário, tanto mais significativo quanto as precedentes compilações, aliás de índole particular, realizadas cerca de dois séculos antes – os Códigos "Gregorianus" e "Hermogeneanus" – tinham um âmbito superiormente limitado, o de simples transcrição de compilações imperiais, com total alheamento de qualquer compendiação dos *iura*, salvo no tocante ao aproveitamento de esquemas dos *Digesta* dos jurisconsultos para se proceder à recolha e apresentação dos diplomas oficiais. Ou seja e por outras palavras, de 290-296, datas prováveis das obras de Gregorius e Hermogenes, a 429, ano de nomeação da primeira comissão teodosiana, passou-se de uma tarefa que mantinha como

[83] Propósito que se manteve e se evidencia no *Codex Theodosianus*, cuja concepção levava a declará-lo "*Codex magisterium Vitæ*" o qual "*sequenda omnibus vitandaque monstrabit*" (C.Th. 1.1.5).

fontes diferenciadas o *ius* e a *lex*, havendo entre elas apenas uma correlação formal e externa, para um projecto de fusão material que implicava a transformação do primeiro na segunda e cuja vigência assentaria apenas na homologação do poder político[84]. Foi de acordo com os marcos referidos (o estabelecimento do *ius publice respondendi* e o projecto de Teodósio, este tanto mais significativo quanto havia sido precedido três anos antes pela Lei das Citações, utilizada pelo imperador – em conjunto com Valentiniano III – para determinar qual o *ius* invocável) que periodificámos a leccionação no curso geral, vindo depois a adoptá-lo igualmente nos últimos anos da nossa ministração do mestrado. Assim, acabámos por estabelecer três períodos fundamentais: o de um pluralismo jurídico caracterizado essencialmente pela independência da jurisprudência (até à criação do *ius publice respondendi*); um período intermédio, em que se prepara a absorção do *ius* pela *lex* e que balizámos entre a criação daquele instituto e os intentos de Teodósio; e o de um monismo formal e material, antítese do primeiro, que culminaria com Justiniano. Como consignámos já, o segundo período não tem em si mesmo uma idiossincrasia própria e a respectiva consideração destina-se apenas a evidenciar o carácter progressivo e lento da transformação do primeiro no segundo, constituindo estes dois os pólos da nossa periodificação e a síntese do entendimento histórico da transformação do direito romano proposta aos alunos[85].

[84] Tenhamos presente C. 1.14.12.3 – que consente afirmar representarem as constituições imperiais, a partir do séc. IV, a única fonte do Direito. Cf. Sebastião Cruz, *Direito*, cit., I[I], 216 e 275.

[85] A contraposição do pluralismo normativo ao monismo como forma interpretativa da história do direito romano foi por nós repetidamente enunciada, com maior ou menor amplitude, ao longo do nosso magistério da cadeira, encontrando expressão em várias referências esparsas, também elas expostas incidentalmente, por vezes, e tomando *v. g.* em atenção a contraposição entre o Direito e a lei, entre o jurista e o legislador, considerado como tese e antítese. Cf., *v. g.*, os nossos trabalhos, *Direito Romano. Considerações*, cit., 24-27; *História do Direito Português. Relatório*, cit., 115, 118-119, 142, 177, 206-207; *A «Fictio Iuris»*, cit., 489, 492-493, 500-501 e *História do Direito Português*, cit. (em conjunto com o Prof. Martim de Albuquerque), agora na 10.ª ed., I, 14-17, 72. Parece-nos assim deverem interpretar-se restritivamente as seguintes palavras do Prof. Duarte Nogueira: *"Havendo necessidade de adoptar uma sistematização, temos adoptado por uma divisão um pouco diferente das usualmente utilizadas embora não inédita, através da qual procuramos aproveitar conhecimentos já do domínio dos estudantes obtidos na cadeira de História do Direito Português.*

Abramos um vulgar manual de Direito Romano. Quanto aí de hábito encontramos é a descrição dos diferentes factos normativos, um quadro em que sucessivamente se refere cada um deles. De

*Nesta disciplina, Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque têm utilizado há alguns anos a esta parte um critério periodificador, inovador na história jurídica nacional, que, embora não tenha sido gizado para o Direito Romano, contém elementos e suscita reflexões que podem ser utilizadas nesta disciplina. Dizem estes autores que, em seu entender "*existem dois períodos na história do direito português (...). O primeiro corresponde a uma ordem jurídica essencialmente pluralista. O segundo a uma ordem jurídica essencialmente monista. A transformação de uma na outra opera-se com a concentração nas mãos do Estado das fontes de produção jurídica – de forma exclusiva ou quase (...)". *E continuam* "No primeiro coexiste uma série de factos jurídicos de proveniência diversa (...) formalmente correspondendo uma heterogeneidade de fontes (...). Não há um domínio do direito emanado do poder central, embora encontremos já alguns gérmens dessa vocação (...). Na segunda época, tomada agora na sua tónica dominante, surge o conceito moderno de Estado com a sua pretensão de deter o direito. Começando por disciplinar o valor do costume, do direito prudencial e do direito supra-estatal, o Estado acabará por proclamar a redução do direito aos factos jurídicos por ele promulgados, o que encontra o signo extemo mais totalitário no identificar do direito com a lei". *Para as separar apontaram uma data individualizante de um evento, mas alertando que intentaram com essa escolha "*apenas tomar um facto, pelo seu valor simbólico, em expressão de um processo lento e progressivo*" e não porque o entendessem* "causa de todos os efeitos que levam a configurar os tempos posteriores como uma época bem individualizada" (*...). No segundo período distinguem ainda dois subperíodos, configurando-se o primeiro como uma fase de transição em que coexistem diversas fontes, mas sob o ascendente da lei que se apresenta decididamente à conquista da primazia, e o segundo como a fase em que este domínio é total, exclusivo mesmo.*

Estas palavras, que transcrevemos por serem mais impressivas na versão original, têm o mérito de chamar a atenção para factos subjacentes a muitas análises sobre a evolução histórica dos sistemas jurídicos, mas que não eram usualmente utilizados para fundar uma visão periodificante (...). Mutatis mutandis*, o seu conteúdo, por gozar de uma certa intemporalidade, pode aplicar-se à evolução do* ius Romanum*, pois a mesma pluralidade de fontes está subjacente a uma longa fase evolutiva inicial na qual em determinado momento ocorre um fenómeno que, em si, continha os gérmens de uma profunda alteração no sentido do monismo. À fase inicial se poderia também, com plausibilidade, chamar de período pluralista.*

O evento que pode ser colocado na transição entre os dois períodos é também simbólico, porque não só não aparece de início ligado a uma intenção reformadora do sistema de fontes, como aparentemente surgiu e afirmou-se como factor de estabilização numa sociedade que tendia para a dissolução. Mas a evolução posterior demonstrará que assim não era, vindo a dar origem a uma radical transformação do Estado romano e à consequente subalternização das fontes tradicionais em favor de uma única, até esta obter a primazia absoluta. Trata-se da tomada do título de princeps *por Augusto em 27 a. C. De aí em diante a ordem jurídica viverá sob o seu ascendente, encontrando-se as transformações ocorridas, por assim dizer, contidas em potência naquele evento, abrindo-se o caminho ao monismo jurídico. Pode, por isso, com plausibilidade falar-se do início do período monista*". J. A. Duarte Nogueira, *Direito Romano. Relatório*, cit., 101-102.

certo modo estamos perante uma descrição estática, alinhando-se cada um ao lado dos demais, como se gozassem de uma autonomia específica. Quando muito traça-se, a propósito dessas diferentes fontes, a respectiva caracterização, as origens e causas próprias e nem sempre o respectivo declínio e desaparecimento. Da arte do expositor depende o relato da história respectiva, muitas vezes obliterada pela consignação, em exclusivo ou predominantemente, do carácter dogmático, tornado na sua expressão mais depurada – isto, na manifestação essencial e típica, vulgarmente correspondente ao apogeu do instituto – de cada uma dessas figuras. De certo modo, quanto se produz é um feixe de histórias paralelas de diferentes fontes enumeradas por motivos didácticos sequencialmente – o que provoca no leitor a ideia de se tratar de fenómenos paralelos, cuja autonomia meramente didascálica – quando lhe não dão a sensação de uma sucessão cronológica. Temos diante de nós um clássico da literatura romanista. A cada fonte corresponde uma divisão expositiva autónoma: o costume; a lei; os senatusconsultos; as constituições imperiais; as respostas dos jurisconsultos; os edictos dos magistrados; as compilações de normas[86]. A tal esquema é possível opor outro, aliás,

[86] São patentes as afinidades desta maneira de expor o direito romano com a chamada *Dogmengeschichte* – que consiste em estudar uma figura jurídica desde Roma à actualidade –, orientação baseada numa dupla base: histórico-crítica, por um lado e dogmática, por outro, e que tem como pressuposto a historicidade do Direito. Como já alguém escreveu – Armando Torrent, *Introducción Metodológica al Estudio del Derecho Romano*, Oviedo, 1974, 143 – esses tipos de investigação implicam "*um estudo histórico e dogmático que intenta descobrir o nervo de um dogma através dos sens avatares históricos*", que não pode deixar de "*ter uma fortíssima componente romanística*" (*Idem*, 174). Estas últimas palavras servem para sublinhar a similitude que pretendemos referir. O primeiro troço da investigação identifica-se com um estudo romanístico, separável do subsequente, em meros termos de periodificação, ou que não consente o desenvolvimento posterior, sempre que o instituto em causa não haja transitado para as épocas seguintes (como sucedeu com o edicto pretório). Noutros termos: a pretensão do método de intentar um estudo de um dogma ou instituto desde a antiguidade romana até ao presente não pode ser olhada como algo de essencial ao método mas como meramente tendencial, havendo a investigação de se concluir com o termo final da *figura iuris* em causa que se pode ter processado séculos antes de nós (pense-se, por exemplo, na escravidão ou na sucessão vincular). Mas sendo assim, logo se vê a possibilidade de terminar ou isolar a investigação por segmentos temporais, funcionando como delimitadores do objecto, isto quando encarado o problema pelo ângulo da sua

com precedentes vários na doutrina. Em vez de sucessivos quadros autónomos de cada fonte, um desenho global dos diferentes factos normativos existentes em cada época, traçando-se o respectivo quadro global pela reunião de todos eles no [...] método. Pensamos, porém, que será possível uma variante relativamente a estas duas posições fundamentais e antagónicas. Em vez de se procurar, em conformidade com a primeira, traçar a história de cada instituto, enquanto objecto autónomo e sobreposto a uma periodificação antes estabelecida, ou de, em conformidade com a segunda, partir o desenvolvimento histórico da diferente fenomenologia jurídica de acordo com uma periodificação prévia e enunciando-se dentro de cada período as diferentes manifestações correlativas, em vez disso, dizíamos, estudar essencialmente a capacidade dinâmica dos diferentes institutos, agrupando em torno dos factores determinantes de transformação os factos normativos transformados, deixados "para trás", isto é, como cada fonte funcionou, através da sua capacidade genética, no desenvolvimento da vivência jurídica[87], enquanto causa ou factor de transformação de um perfil noutro, consentindo a contraposição de sucessivos períodos históricos, e a respectiva caracterização. Aqui haverá apenas a conjugar os fenómenos que funcionam como concausais de um efeito, aglomerando assim todos os que para ele concorrem e sendo certo que a respectiva existência histórica pode não se moldar por considerações de simultaneidade cronológica – isto é, de uma perfeita contemporaneidade – pertencendo-lhe, por vezes, manifestações desencontradas no tempo, ou pelo menos não coincidirem as diferentes fases iniciais, de apogeu ou de decadência.

extensão lógica; como se vê, igualmente, se olhado pelo prisma da compreensão, que o método, em si mesmo, conduz a uma multiplicidade de investigações ou de ponderações específicas de diversos institutos individualizados de *per se*, e, portanto, a um feixe de descrições separadas em conformidade com temas respectivamente seleccionados, e, num duplo *ergo*, à independência das diferentes investigações em relação às demais, com prejuízo das respectivas inter-ligações, ou conexionações.

Este aspecto tem sido particularmente enfatizado pelos historiadores do direito ao contraporem as metodologias das respectivas investigações, nomeadamente o método.

[87] Para o sentido em que empregamos a expressão, v. Ruy de Albuquerque, *O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva*, cit.

É quanto nos ensina e se pode ilustrar com a chamada lei do diferente grau ou velocidade de transformação dos diversos fenómenos jurídicos, tomados na sua expressão histórica, de si eliminante da possibilidade de existência de um sincronismo ou paralelismo perfeito das manifestações que se impõe ao observador ponderar. Aqui, ademais, haverá a ter presente a absorção, substituição ou eliminação de muitos dos fenómenos por outros. [Para u]ma melhor e mais sintética explicação de quanto dissemos talvez se possa fazer um recurso à linguagem normalmente utilizada pelos matemáticos. A exposição pode organizar-se em torno de um facto normativo tomado como linha axial, considerando os demais como simples funções, variáveis de acordo com as alterações do eixo principal, em si mesmas factor interno respectivo ou consequência das diferentes variantes externas, numa correlacionação mais ou menos recíproca – e conforme a quanto antes escrevemos sobre o diferente grau cronológico de desenvolvimento das instituições.

Naturalmente, a posição enunciada implica uma pré-compreensão de quais os factores a ponderar. Trata-se do clássico problema da autonomia do *ius* enquanto objecto historiográfico ou da sua dependência relativamente a conexões pré-jurídicas – que tentaremos abordar mais adiante. Aqui impõe-se-nos consignar atermo-nos aos factores político-constitucionais enquanto modeladores e correlativos aos chamados factos normativos ou – na terminologia tradicional – das fontes do direito. A esta prevenção cumpre aditar o reconhecimento de, ao pretender-se enunciar a visão dinâmica da ordem jurídica, isso implicar uma multiplicidade de quadros, da mesma forma que um *filme* requer uma sucessão de fotografias, fazendo introduzir consequentemente o factor *tempo* – em virtude de sem ele se não poderem referir os diversos cenários sociais e políticos correspondentes às diferentes alterações históricas. Pensamos que o símile do filme, antes referido, exprimirá, vincadamente, quanto pretendemos exprimir.

A este propósito dever-se-á, também, sublinhar a circunstância de em vários momentos ou épocas certas fontes assumirem vestes diferentes, e, parecendo ter saído de cena, a ela voltarem com novas roupagens. É o caso do costume. Em muitas exposições históricas ele corresponde a um período arcaico, sendo progressivamente arredado pela lei e pelas demais fontes, quando na realidade o

vamos encontrar em épocas avançadas e configurado na forma de expressões normativas provinciais, opostas ao direito legislado ou oficial. Não se poderá também esquecer o fenómeno das *singularitates iuris* ou *Rudimente der Vergangenheit*, anomalias históricas, transitadas de uma época para a outra, vigentes mas não vivas, por isso mesmo insusceptíveis de certas formas interpretativas ou de aplicação (interpretação extensiva, aplicação analógica, etc.).

Naturalmente não existe entre as diversas formas expositivas referidas um antagonismo material efectivo. Cada uma delas assume essencialmente uma simples especificidade formal. Mas sendo isso assim, não se poderá excluir alguma relevância material. Em virtude de cada processo de exposição implicar em si próprio um factor metodológico – e o método, em si mesmo, ser genesíaco, ao menos parcialmente, do objecto.

Feita esta prevenção outra há a consignar. A modalidade proposta, pelo acentuado carácter dinâmico que importa, está profundamente dependente de uma análise sequencial, que tanto vale dizer ser co-natural a uma periodificação organizada como correspondendo aos próprios factores intrínsecos. E nisso diverge profundamente dos cânones periodificadores consentidos ao estudo individualizado de cada facto normativo, visto como realidade autónoma, numa palavra, de *per se*. Aqui os critérios periodificantes podem ser múltiplos, assumir uma índole externa, decorrer de factores em si mesmo alheios ao próprio quadro de fontes, confinar-se como privativos de cada uma delas ou configurar-se como elementos meramente condicionantes: religiosos, ideológicos, políticos, constitucionais, económicos, etc.

Posto isto, cabe ainda dizer, em correlação com quanto escrevemos sobre a periodificação utilizada, que para nós o objectivo, ao identificar-se com uma visão dinâmica do direito romano, isto é, com a forma pela qual sucessivamente se plasmou a ordem jurídica, como foi *vivida* –, de maneira a evidenciar as diferentes formas estruturadas e estruturantes – se limitou às grandes linhas, sendo certo que a investigação total pressupõe o exame da integralidade da vivência jurídica, na globalidade das suas manifestações e dos correlativos factores influentes. Mas não se afigurou isso possível – mesmo se tivéssemos forças para o fazer, o que desalentadamente confessamos não ser o caso – por considerações didácticas, o tempo

possível de ministração, orientações metodológicas, como veremos a seu tempo.

Aqui, importa consignar que para o estabelecimento dos pólos de consideração de direito romano, ou seja da respectiva periodificação, nos ativemos apenas à maneira como as fontes foram configuradas e ao enquadramento constitucional da comunidade, que se nos afigura incindível. Simplificação? De certo, mas admissível, segundo julgamos, por se ater às linhas axiais.

Outra prevenção deve estar ainda presente. A ministração em causa teve também como limite o direito a que poderíamos, *brevitatis causa*, chamar *oficial*, sendo certo que face ao direito do poder central coexistiu o direito provincial, o direito vulgar – expressões estas susceptíveis de muitos sentidos[88] e em si mesmas redutoras na sua expressão singular, cabendo um emprego plural pela diversificação dos múltiplos fenómenos que cada uma encobre, ou pode encobrir, em função de diferenças regionais ou de época. Mas também agora impôs-se praticar a arte da abstracção ou da abdicação, consignando-se apenas haverem os romanos tido uma plena consciência da possibilidade de conflito entre o direito provincial e o direito oficial, expressa nomeadamente em dois textos célebres D. 1.3.32 e C.58.3.2. A interpretação que deles se faz é no sentido de o último consignar patente manifestação de um monismo jurídico, consentâneo ao processo que abaixo descrevemos e o primeiro representar ainda um quadro inverso[89].

[88] Cf. *v. g.* e por todos Ruy de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito*, cit., I, 243 e ss.

[89] A propósito destes textos deve notar-se, em primeiro lugar, o facto de o preceito do Código justinianeu recolher uma disposição de Constantino. Em segundo lugar, que se tem discutido a genuinidade de ambos ou a sua natureza interpolacionada. A nossa posição, a este respeito, filia-se na defesa da autenticidade do texto de Constantino, avançada por Pacchioni – e hoje dominante, sendo entre nós sufragada por Raúl Ventura, *Manual*, cit., II, 15 – constituindo assim um dos elos que conduziram ao monismo autocrático. Sobre a interpretação material proposta para D.1.3.32 – e complementar e subsidiariamente D.1.3.33 e D.1.3.36, e C.8.53.2 – remetemos para a problemática equacionada por Raúl Ventura, *Manual*, I[I], cit., 13 e ss.

VI) Qual o entendimento a dar e as conclusões consentidas pelos textos relativos ao *ius publice respondendi* (D. 1.2.48, D. 1.2.49, Gaio I.7 e Inst. Just. I.8) são ainda hoje campo de controvérsia entre os romanistas[90]. Qual o primeiro jurisconsulto a ser dotado

[90] A problemática referida seguidamente no texto pode enunciar-se com recurso, nomeadamente, às seguintes obras: P. Krüger, *Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano*, Madrid, trad. espanhola sem A. nem data, sendo a 1.ª ed. alemã de 1887, com o título *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, 104 e ss.; Pietro de Francisci, *Storia del Diritto Romano*, II[1], Milão, 1938, 2.ª ed., 464 e ss, – e posteriormente, *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Madrid, 1954, 413-414 – com 4.ª ed. it. de 1969 sob o título *Sintesi Storica del Diritto Romano*; F. De Visscher, *Le Ius Publice Respondendi*, in *RHD*, 1936, 618; Kunkel, *Das Wesen des ius respondendi*, in *ZSS*, 1948, 66, 423 e 435 – e posteriormente *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1932, 281-283 e *An Introdution to Roman Constitutional History*, Oxford, 1966, 96-97; A. Magdelain, *Ius Respondendi*, in *RHD*, 1950, 28, 1-3; Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, 112-113; Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Viena, 1953, 489-491; Von Lübtow, *Miscelanea 3. Das 'ius respondendi'*, in *Studi Arangio Ruiz*, Nápoles, 1953, II, 268 e ss.; V. Arangio Ruiz, *Storia del Diritto Romano*, Nápoles, 7.ª ed., 1957, 271 e ss.; Provera, *Notae. Ancora sul "Ius Respondendi"*, in *SDHI*, 1962, 28, 348; Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, 1962, 31; Hovart, *Note Intorno allo 'Ius Respondendi'* , in *Synteleia V. Arangio Ruiz*, Nápoles, 1964, 710-712; Álvaro d'Ors, *La Signification de l'œuvre d'Hadrien dans l'Histoire du Droit Romain*, in *Les empereurs romains d'Espagne*, Paris, 1965, 115 – e posteriormente, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 2.ª ed., 1973, 47-48; U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia*, cit., 132-135 – com numerosas remissões bibliográficas; H. F. Jolowicz / Barry Nicholas, *Historical Introduction*, cit., 359-363, 374, 375, *et passim* – 1ª ed. de 1932; Kaser, *Storia del Diritto Romano*, Milão, trad. it. de Remo Martini, 1979, 191 e ss., 194, 196, 201, 204, 210 – 2.ª ed. alemã de 1967, Gotinga, *Römische Rechtsgeschichte* – e posteriormente *Direito Privado Romano*, trad. port. de Samuel Rodrigues e F. Hämmeerle, Lisboa, 1999 – 9 – muito sinteticamente – ed. alemã de 1992, *Römisches Privatrecht*; Xavier d'Ors, *Posiciones*, cit., 47; Bretone, *Tecniche e Ideologie dei Giuristi Romani*, Nápoles, 2.ª ed., 1982; Wieacker, *Respondere ex auctoritate principis*, in *Satura Feenstra*, Friburgo, 1981, 71 e ss.; Javier Paricio, *El ius publice respondendi ex auctoritate principis*, in *Poder Político y Derecho en la Roma Clásica*, Madrid, 1996, 85 e ss. – com trad. it em *Opuscula*, XIX, 1998 – e posteriormente *Los Juristas y el Poder Político en la Antigua Roma*, Madrid, 1999, 57 e ss., bem como – em conjunto com Fernández Barreiro – *Historia del Derecho Romano y su Recepción Europea*, Madrid, 5.ª ed., 2000; Pasquale Voci, *Istituzioni de Diritto Romano*, Milão, 1996, 25; A. Fernández Buján, *Derecho Público Romano y Recepción de Derecho Romano en Europa*, Madrid, 5.ª ed., 2000, 155 e 200, que adere à posição de Wieacker, no sentido de o *i. p. r.* se traduzir numa simples distinção outorgada a alguns juristas, sem ela implicar autorização exclusiva para *respondere* e tendo terminado com Tibério. Na literatura «doutoral» portuguesa o tema tem sido tratado com grande perícia.

com esse *ius* e qual o primeiro outorgante? Massurius Sabinus terá sido o primeiro a recebê-lo entre os juristas da ordem equestre ou, sendo da ordem equestre, foi o primeiro de todos a tê-lo – se não entendermos antes, com o Prof. Raúl Ventura, a prioridade atribuída àquele jurisconsulto como referida à escola dos sabinianos e por relação ao proculiano Nerva, apesar de "familiarissimus" do imperador[91]. Terá o *ius publice respondendi* sido criado por Augusto como *ius* ligado não a jurisconsultos determinados mas apenas relativamente a respostas (*responsa*) concretas, havendo depois Tibério modificado o instituto, substituindo este último condicionalismo pelo primeiro? Dever-se-á admitir, antes e com Guarino[92], que o *ius publice respondendi* criado enquanto simples reconhecimento de um prestígio social passou mais tarde a ser entendido como um benefício ou verdadeiro *ius*? E não bastando todas estas – e outras interrogações similares e complementares – dever-se-á entender que a criação do *ius publice respondendi* importou a proibição do *respondere* relativamente a todos os juristas não dotados de tal atributo, ou implicou apenas numa distinção entre o valor das respostas dadas *ex auctoritate principis* ou da

Cf., nomeadamente, L. Cabral de Moncada, *Elementos de História do Direito Romano*, Coimbra, 1923, I, 164 e ss.; G. Braga da Cruz, *O Jurisconsultus Romano*, in *Jurisconsultos Portugueses do século XIX*, ob. col. dirigida por J. Pinto Loureiro, Coimbra, I, 1947, 36 e ss. – e, posteriormente, em conjunto com M. J. de Almeida Costa, *Lições de Direito Romano*, Coimbra, 1958, pol., 226 e ss. – sendo de ver o fundamental estudo anterior do primeiro; L. Pinto Coelho, *História do Direito Romano,* Apontamentos das lições do Prof. (...), Lisboa, 1954, pol. – numa orientação influenciada por Giffard, *Précis de Droit Romain*, Paris, 1953, 4ª ed., I, 60; João de Castro Mendes, *História do Direito Romano*, Apontamentos das lições dadas pelo (...), Lisboa, 1957, pol., 428 e ss. e 476 e ss.; Raúl Ventura, *Manual*, cit., I[I], 83 e ss. – exímia e originalmente; António dos Santos Justo, *A «Fictio Iuris» no Direito Romano («Actio Ficticia»)*, I, Coimbra, 1988, com patente destreza, muito extensa e eruditamente. De rejeitar nos parece a posição de Cancelli, *Il presunto ius respondendi, istituito da Augusto*, in *BIDR*, 29, 1987 – embora publicado em 1991 – 543, segundo o qual o *ius respondendi* representa totalmente uma invenção, sem substrato histórico.

[91] Raúl Ventura, *Manual*, cit., 84.

[92] Cf. Guarino, *Il Ius Publice Respondendi*, in *RIDA*, 2, 1949, 403 e ss.; *L'Ordinamento Giuridico Romano*, Nápoles, 1956, 192-198 (*Notazioni*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 1949-1950); *Storia del Diritto Romano*, Nápoles, 9.ª ed., 1993, 417-418.

dela desprovidas, podendo, consequentemente, os juristas não distinguidos pelo imperador continuar a emitir *responsa*, embora o respectivo valor apresentasse uma menor consideração? E qual a eficácia efectiva da resposta emitida no uso do *ius publice respondendi* quando apresentada em juízo? Simples elemento formativo da convicção do juiz ou vinculante da respectiva decisão? Num caso, como noutro, a fenomenologia respectiva limitar-se-ia à resposta dada *in casu* ou teria ela um valor genérico – fosse qual fosse – sendo susceptível de invocação fora dele? E a eficácia que se atribuía à resposta dada ter-se-á mantido sempre a mesma, desde a criação do instituto, pelo menos até Adriano e depois com Justiniano? Gaio 1.7 refere um rescrito de Adriano pelo que se vê que as respostas unânimes vinculam o juiz, sendo ele livre de se pronunciar quando elas fossem discordantes[93] e as *Institutas* imperiais caracterizam as respostas dos prudentes.

Ademais cabe ainda interrogar: o privilégio ou distinção concedido aos juristas dotados de *ius publice respondendi* limitava-se a actividade tecnicamente definível com o termo *respondere* ou abrangia mesmo a literatura jurídica por eles subscrita?

Pressupostas estas dúvidas – cujo resumo ou indicação das diferentes posições tomadas a seu respeito não cabe nos propósitos destas páginas – importa-nos apenas ressaltar o *ius publice respondendi* como factor de transformação da actividade jurisprudencial. Até então ela foi inteiramente livre, e essencialmente aristocrática, só com o desenvolvimento do principado nos aparecendo os *equites* a cultivá-la. Mediante a respectiva criação há-de entender-se, como mínimo, que certas respostas, de *per se* ou em virtude do reconhecimento atribuído ao respectivo autor, passaram a ser emitidas *ex auctoritate principis*. Noutras palavras, transitou-se de uma situação em que o *titulus* da pronúncia se baseava exclusivamente na *auctoritas* privada[94], para a outra na qual – em grau discutível – se baseava na *auctoritas* de quem detinha a *potestas*.

Qual haja sido o fito do imperador ao estabelecer o *ius publice respondendi*, também se pode discutir: atrair para si, para a órbita

[93] [nota em branco no texto original]
[94] [nota em branco no texto original]

da respectiva política, os jurisconsultos mais influentes; levar à adesão dos prudentes, desejosos de conseguirem a *distinção*, o *ius* ou o *benefício* em que se traduziria o *ius publice respondendi*; criar ou incrementar um estrato social de apoio, mediante a substituição na actividade de *respondere* da antiga ordem senatorial pela equestre, captada ou captável mediante a instituição de um instituto facilmente outorgável de acordo com critérios partidários, ou, inversamente, e conforme o advogado por Kunkel, revitalizar a classe senatorial, de forma a consentir-lhe, com a outorga de responder pela autoridade do príncipe, a recuperação da antiga prevalência prudencial. Seja como for, um intuito político, um expediente que consentia ao Príncipe intervir e influenciar indirectamente, ao menos, uma actividade livre, praticada necessariamente por múltiplos protagonistas – sendo-lhe naturalmente impossível substituir-se a todos eles e reservar para si o exclusivo de emitir *responsa.*

Nestes termos, o *ius publice respondendi* instalou os gérmenes de uma publicização das respostas[95] ou – para quem entenda que ele importou na prática uma proibição de *respondere* a quem o não detivesse – implicou mesmo numa supressão profunda de um aspecto da autonomia privada na concriação normativa.

Não nos autorizam as fontes o acompanhamento *pari et passu*[96] do desenvolvimento do instituto. Mas certos marcos consentem determinar-lhe os efeitos e – portanto – apercebermo-nos da respectiva capacidade dinâmica e reconstituir retrospectivamente a respectiva influência.

Desde logo pode assinalar-se a fusão do título da resposta entre a *auctoritas* e a *potestas* – Xavier d'Ors fala de autoridade – potestade[97] – pela absorção daquela por esta.

Embora conjecturavelmente isso se haja processado de forma paulatina, tal resultado aparece-nos culminado com Adriano, em cujo reinado se consagra uma jurisprudência burocratizada. A chancelaria imperial absorve os juristas principais, tomados simples funcionários. Quem atentar neste aspecto há-de ter presente

[95] [nota em branco no texto original]
[96] [nota em branco no texto original]
[97] Xavier d'Ors, *Posiciones Programáticas*, cit., 20.

aquilo que Álvarez chamou a "carreira civil dos cavaleiros"[98] sendo o conhecimento do direito motivo de progressão político-administrativa – o que se vinha verificando já nos tempos anteriores. Adriano representa um momento fundamental da autocracia na criação normativa[99]. O Imperador, mediante o aparelho da chancelaria, afasta a *auctoritas* do prudente privado, passando a pronunciar-se por via de rescritos. Era uma transformação tanto mais saliente quanto foi acompanhada – como veremos a seguir – pela modificação dos senatusconsultos mediante a iniciativa da *oratio principis*. Mas agora interessa-nos fixar directamente a atenção na jurisprudência, de forma directa, a despeito de ela não ter constituído um facto plenamente autónomo, existindo liames com outras instituições.

Se antes o privado – ou o seu "advogado" – se dirigia a um *iurisconsultus* privado, passa agora a solicitar a resposta directamente ao "Estado", ao *consilium principis*, ou seja, ao aparelho, para empregarmos uma linguagem actual – apresentando *preces*, *suplicationes*, ou *libellos*. Ao *respondere* do prudente sucede o rescrito imperial, que se lhe sobrepõe sucessivamente, deixando apenas um lugar muito secundário por ocupar. Agora, apenas em casos marginais se busca o jurista independente, também ele com um perfil empobrecido, pois os de maior qualidade ingressam no serviço burocrático imperial. Xavier d'Ors descreve o processo dizendo que ele esbate a separação entre o direito privado e o direito público. A *iurisprudentia* deixa de ser fonte do primeiro para passar a sê-lo do segundo – «pela publicidade que confere aos *responsa* o provirem da chancelaria imperial»[100]. A criação de uma carreira burocrática leva a uma "tecnificação" do ensino. Este deixa de ser feito pelos "auditores" e passa para escolas como o *Athena* e um fundado em Roma, significativamente por Adriano – vocacionadas para a preparação de juristas funcionários, alheios à criação do direito e cuja função é a da mera aplicação. Deixa de interessar a formação de "juristas capazes de prosseguir a construção do *ius civile*" passando a visar-se apenas a preparação

[98] U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia*, cit., 137.
[99] Xavier d'Ors, *Posiciones Programáticas*, cit., 30.
[100] Xavier d'Ors, *Posiciones Programáticas*, cit., 47.

de quem seja suficiente para «informar acerca do direito vigente com a finalidade da respectiva aplicação»[101]. Pode falar-se – a romanística fá-lo frequentemente – numa carreira, aberta a quem conhece o direito, a homens provenientes de diferentes origens sociais, simples cavaleiros, primeiro, depois de origens campesinas, comerciantes oriundos tanto de Roma como das províncias, com «apelidos desconhecidos», que substituem os antigos juristas senatoriais, «*principes civitatis*», membros de grandes famílias e cuja influência, prestígio e poder não podiam ser ignorados, funcionando como factores do equilíbrio constitucional[102]. Na cena encontramos também um novo tipo de jurista, abundantemente espalhado pelas províncias, de preparação rudimentar, espécie de proletariado intelectual, resultante do Edicto de Caracala – de 212 – e cuja actividade vai provocar uma «baixa de nível da ciência jurídica». Ao tomar todos habitantes do Império *civis romani*, tal constituição impõe a aceleração dos negócios de acordo com a lei romanas, aa populações para as quais era desconhecida ou mal conhecida e que por ela hão-de ser julgadas, gerando uma aguda necessidade de aconselhamento, feito forçosamente por quem apenas tinha conhecimentos limitados e muitas vezes mediante simples improvisação[103], e cuja aspiração máxima e a máxima saída era a entrada na burocracia oficial, tudo com completa perda de veneração social pelo jurista e a consequente quebra de independência perante o poder político.

A instauração de um sistema de carreiras representou, assim, um poderoso factor de transformação social, política, constitucional, jurídica, enfim, um factor de "domesticação" do jurista e da sua colocação ao serviço do principado e, depois, a partir de Diocleciano, do Dominado. A consagração dos novos tipos de juristas exigia o aparecimento de uma literatura altamente instrumentalizada em função das novas realidades, de que são típicos os *libri institutionum*, exposições elementares, de índole sistemática – simplificada, destinados a descrever, de forma

[101] Xavier d'Ors, *Posiciones Programáticas*, cit., 31.
[102] U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia*, cit.
[103] [nota em branco no texto original]

sintética, o direito[104], com a progressiva perda pela *iurisprudentia* da "potencialidade criadora" no campo da literatura. A *iurisprudentia* pós-clássica é essencialmente fixadora dos ensinamentos clássicos. Adquire carácter compilatório, epitomático, divulgatório, com intuito de fornecer à prática e ao ensino textos básicos, simplificados, raramente se atrevendo, como diz Álvarez, ao sintetizar este aspecto, «a introduzir modificações adaptadas às novas realidades jurídicas. Esta dependência respeitosa perante os clássicos [...] determinou a designação de época epiclássica por Wieacker, e quase clássica por Levy»[105] . A situação descrita era correlativa à ideia de que competia ao príncipe a criação do direito. As *leges* são substituídas pelos *senatusconsulta*, cujo objecto se alarga: excluídos na República do campo do direito privado, abarcam-no agora[106]. Em breve, por seu turno – já no séc. II d. C. – ver-se-ão transformados numa simples forma[107]. Materialmente identificam-se com as *orationes* do príncipe, que de meras propostas se transformam no preceito, automaticamente aprovadas pelo Senado, cujo assentimento é formalidade[108]. As constituições do

[104] Xavier d'Ors, *Posiciones Programáticas*, cit., 31.

[105] U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia*, cit., 156.

[106] Até ao séc. I a. C. Os senatusconsultos constituíam simples pareceres ou opiniões do Senado, sem que os magistrados consultantes ficassem vinculados por eles – e limitando-se o Senado, no tocante à criação do direito, concessão ou da *auctoritas patrum* e a recomendações dirigidas aos magistrados dotados do *ius agendi cum populo* de medidas a serem votadas nos comícios. A partir daquela época os senatusconsultos adquirem a qualidade de fonte mediata de direito, vista a influência que projectam no edicto do pretor. Com o principado adquirem, porém, a índole de factos normativos directos, adquirindo o Senado capacidade criadora de direito substantivo, iniciada com o *senatusconsultus Silanianum*, em 14 d. C. continuado, *v. g.*, com o *Sc. Velleianum*, o *Sc. Neronianum* e o *Sc. Macedonianum* – de 58(?), 60(?) e 75(?) d. C. Com Adriano (117-138) o senatusconsulto traduz, porém e já, uma simples aprovação sistemática da proposta do imperador (*oratio*), perdendo os magistrados, agora simples funcionários do príncipe, a capacidade para apresentarem ao Senado quaisquer propostas legislativas. O *senatusconsultum* deixa assim de constituir uma deliberação tradutora de uma vontade orgânica, autónoma e independente do Senado, passando a traduzir a vontade do príncipe. Daqui a [...] entre as designações «*senatusconsulta*» e «*orationes principis*», expressão reduzida da nomenclatura «*orationes principis in senatu habitæ*». Cf. Sebastião Cruz, *Direito*, cit., I[I], 218 e ss.; Xavier d'Ors, *Posiciones Programáticas*, cit., 53.

[107] [Ver nota anterior]

[108] [Ver nota anterior]

príncipe na realidade, como tantas vezes se tem dito, constituem verdadeiras *leis imperiais*[109]. Por isso, o edicto perde também a sua anterior natureza. A "codificação" ordenada por Adriano a Sálvio Juliano, implica, ao estratificá-lo, a supressão da sua capacidade genesíaca-normativa. Nem poderia ser de outra maneira. Indirectamente, embora, o edicto não constituiu senão uma forma de produção jurídica prudencial. É o prudente que, assessorando o magistrado ou exercendo as magistraturas, o orienta e adapta às circunstâncias. Por isso já se escreveu certeiramente que o pretor foi um "colaborador, fecundo e indispensável" da *iurisprudentia*[110].

A decadência da *iurisprudentia* correspondeu, inevitavelmente, à decadência do edito. Se a *iurisprudentia* foi corroída em virtude da substituição do prudente pelo jurista burocrático, o edito foi-o também [por força d]a diminuição das funções do pretor nas áreas da criação imperial de novas magistraturas e o progressivo carácter translatício do programa edital[111].

Paralelamente, a quanto se escreveu um outro aspecto deve ser mencionado. A substituição do processo formulário pela extraordinária *cognitio*. Também aqui o prudente perde peso. O primeiro sistema, consente-lhe intervir com largueza na criação das fórmulas. Todo o *agere* está dominado pela intervenção do prudente. Se o *imperium* lhe consentia retirar ou colocar sob a protecção do *ius civile* situações por este protegidas ou que careciam da respectiva tutela (com recurso a *stipulationes praetoriae*, *restitutiones in integrum*, *missiones in possessionem*, *interdicta*), a partir de c. 130 a. C. (?), *Lex Æbutia*), ultrapassa a concessão ou denegação da *actio* conforme às *legis actiones* cabendo-lhe elaborar a fórmula, consentânea não só à concessão ou denegação das *actiones civiles*, respeitadas na aparência, mas ultrapassando-as, na realidade, mediante a consagração da *exceptio*, das *replicae*, das *actiones partoriae*, (*actiones in factum*, *actiones ficticir*, *actiones utiles* e *actiones adiectitir*

[109] Xavier d'Ors, *Posiciones Programáticas*, cit., 53.

[110] U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia*, cit., 56. V., também, a lição de Braga da Cruz, *O «Jurisconsultus»*, cit., 25: "*E nesta missão de criar fórmulas novas, desempenhou o jurista um papel criador, podendo atribuir-se-lhe afinal a autoria de tudo quanto de inovador e arrojado introduziu o edicto pretor no direito romano*".

[111] U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia*, cit., 129-130.

qualitatis)[112], na generalidade em conformidade com o edicto e a emissão de *decreta*. Mas sendo isso assim formalmente, o motor que lhe consentiu tal transformação foi o *prudente*.

Se o pretor instrui o juiz privado, quem está por detrás dele nesse momento é o jurisconsulto. Mas nada disso era consentâneo com a transformação do papel do prudente, iniciado com o *ius publice respondendi*, com a estratificação do edicto, com o predomínio do Príncipe e depois do Dominado.

A administração da Justiça, identificada com a aplicação do direito, concebido como forma de garantir o direito criado pelo poder político, impõe um novo tipo processual: a *cognitio extraordinaria*. A justiça passa a ser ministrada não por magistrados mas por "*funcionários estatais*" como já epigramaticamente se lhes chamou[113] – delegados do imperador, em nome de quem decidiam, por ele retribuídos, e cujos poderes de decisão estavam pré-fixados, numa contraposição plena aos tempos antigos, quando se teria visto um grave atentado à *libertas* na imposição aos *cive* de um juiz em processo privado. Também aqui houve uma retracção da linha separadora entre o privado e o público, com a respectiva deslocação a favor deste, mediante a superação da distinção da fase processual perante o magistrado e a fase perante o *iudex privatus*, com a passagem para um processo unificado, decorrente perante um juiz público.

...

15.05.2001

[112] Uma síntese verdadeiramente hábil desta matéria em Sebastião Cruz, *Direito*, cit., I, 297-343. Mais dissertativamente, Raúl Ventura.

[113] U. Álvarez Suárez, *La Jurisprudencia*, 58.

RECENSÕES
RECENSIONI
REVIEWS

HERZOG, BENJAMIN – *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive. Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014

1. A editora *Mohr Siebeck* publicou em 2014, na sua colecção *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung* (RuR), a dissertação de doutoramento de BENJAMIM HERZOG, cujo título completo (numa tradução livre), "Aplicação e interpretação do direito em Portugal e no Brasil. Um estudo comparativo de uma perspectiva genética, funcional e pós-moderna e simultaneamente um apelo por mais Savigny e menos Jhering", permite descortinar a sua importância para o leitor português[1].

A inserção da referida obra na mencionada colecção "Direito Comparado e Harmonização legal" (RUR) compreende-se perfeitamente. Criada em 2005 e promovida pela *Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.*[2], (Sociedade de Direito Comparado), tem como principal objectivo divulgar as inovações relevantes no domínio do Direito Comparado e assenta na ideia de que, mais do que nunca, o Direito Comparado – não só no domínio do Direito Civil, mas também em ramos como o Direito Penal ou o Direito Público – pressupõe a unificação da lei, particularmente no contexto europeu. É, pois, objectivo desta colecção compreender

[1] Para uma recensão mais detalhada, cfr. CARL FRIEDRICH NORDMEIER, *RabelsZ*, 79, 2015, pp. 678-683.

[2] Consultar, para mais informações, a página http://www.gfr.jura.uni-bayreuth.de/de/index.html.

os caminhos para a harmonização legal nestes domínios, como o próprio título assinala.

Ora, a obra de Benjamin Herzog, na medida em que dialoga com três ordenamentos jurídicos diferentes – o alemão, o português e o brasileiro – procurando descobrir os pontos de contacto entre os três nos últimos dois séculos, enquadra-se plenamente neste desiderato. Este "diálogo" não se resume a uma análise puramente descritiva dos ordenamentos escolhidos – procura, antes, problematizar as soluções encontradas em cada ordenamento[3] e descobrir qual possa ser o seu contributo para a teoria da metodologia jurídica, mesmo que isso implique criticar os fenómenos de recepção acrítica e discutir a viabilidade da teoria dos *legal transplants*[4]. Para tal, emprega, como decorre do título da obra, os métodos (ou, na sua designação, as "perspectivas") genética[5], funcional[6] e pós-moderna[7].

[3] Problematização que não prejudica, note-se, a compreensão das soluções adoptadas em cada um dos ordenamentos e a busca dos pressupostos históricos, constitucionais e sócio-económicos que aí condicionam a interpretação e aplicação do Direito.

[4] A recepção das soluções provenientes de outros ordenamentos jurídicos pode ser denominada como *transplante jurídico*, seguindo a designação de Alan Watson, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, 2.ª edição, University of Georgia Press, 1993, ou seja, p. 21, a "deslocação de uma regra ou sistema jurídico de um país para outro ou de um povo para outro". Considera este autor, aliás, que os transplantes jurídicos constituem o principal factor de desenvolvimento dos direitos nacionais. O Direito Romano é talvez o melhor exemplo, já que a sua recepção em ordens jurídicas de diferentes países, a par de outros factores, permite falar de uma família jurídica romano-germânica – cfr., entre muitos outros, Franz Wieacker, "The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought", in *Boston College International and Comparative Law Review*, volume 4, issue 2, 1981, pp. 257-281 e Alan Watson, *The evolution of Western Private Law*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2001, pp. 214-217.

[5] Como expõe o autor na p. 21 da obra, "o objectivo desta investigação não é apenas aflorar as semelhanças e diferenças da aplicação e interpretação do Direito em Portugal, Brasil e Alemanha, mas antes extrair as conexões de duas questões essenciais da comparação jurídica: a recepção do direito estrangeiro e a teoria das famílias/tradições jurídicas", nomeadamente apurar se há uma dogmática "lusitana" de aplicação do Direito (p. 745).

[6] Sobre o método funcional, cfr. Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, volume I, reimpressão da 3.ª edição de janeiro de 2014, Coimbra, Almedina, 2015, p. 39 "Na senda de Ernst Rabel (1874-1955), a doutrina dominante tem preconizado

2. O resumo da obra publicado no *site* da própria editora *Mohr Siebeck* pode ajudar-nos a compreender a sua relevância para a metodologia do Direito. Partindo da afirmação de que "a metodologia ainda é muitas vezes vista apenas a partir de uma perspectiva nacional"[8] e, consequentemente, as soluções encontradas em outras jurisdições para problemas semelhantes não são consideradas como "metódicas", o autor propõe-se comparar os métodos de aplicação e interpretação de leis em Portugal e Brasil, partindo da sua própria compreensão do que é o ordenamento alemão. Fá-lo questionando as bases metodológicas deste, nomeadamente os elementos de interpretação propostos por Savigny[9] e as premissas da metodologia do Direito advenientes do pós-Segunda Guerra Mundial.

que a delimitação do objecto da microcomparação obedeça a um *critério funcional*: parte-se de um problema social e procura-se determinar quais as formas pelas quais este problema é resolvido em diferentes sistemas jurídicos; ou, quando muito, parte-se de um instituto vigente em determinada sociedade, indaga-se qual a sua função (i.e., os problemas que visa resolver) e pesquisam-se as instituições funcionalmente equivalentes numa ou noutras sociedades. O mesmo é dizer, a comparação deve incidir sobre o modo como certas necessidades ou finalidades sociais são satisfeitas ou prosseguidas por diferentes ordens jurídicas, independentemente de o serem através de institutos jurídicos diversos. Deste entendimento se fez eco o art. 15.º do Código Civil português".

[7] Contrariamente ao método funcional, o método pós-moderno atentaria nas diferenças entre cada ordenamento jurídico, cfr. Erik Jayme, "Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado", *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* – PPGDir./UFRGS, volume I, n.º 1, Março 2003, pp. 115-131, nomeadamente a primeira tese do autor, p. 116 "O direito comparado moderno perseguia o objectivo de determinar, de encontrar o que era comum, igual (*das Gemeinsame*), e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de Direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Unterschiede*)".

[8] https://www.mohr.de/buch/anwendung-und-auslegung-von-recht-in-portugal-und-brasilien 9783161534775

[9] Seguindo a distinção de cânones de interpretação de Savigny, divindindo-os entre o elemento *literal*, o (*teleo)lógico*, o *histórico* e o *sistemático*, cfr. *System des heutigen Römischen Rechts*, volume I, Berlin, 1840, reeditado por Scientia Verlag, Aalen, 1981, p. 213 e ss e já em *Juristiche Methodenlehre*, *nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm,* Stuttgart, Koehler, 1951, p. 19 e ss). Cfr. a este propósito Christian Baldus, "Gut meinen, gut verstehen? Historischer Umgang mit historischen Intentionen", *Gesetzgeber und Rechtsanwendung, Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen*, coord. Christian Baldus/Frank Theisen/Friederike Vogel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 5-27.

3. Benjamin Herzog é um autor ainda jovem (nasceu em 1983), sendo esta a sua primeira obra publicada[10].

Estudou Direito em Heidelberg (*Ruprecht-Karls Universität Heidelberg*) onde se doutorou em 2013 e é também pós-graduado em Direito da Concorrência pelo *King's College London*.

Estagiou em Berlim e é, desde 2014, advogado em Bruxelas, na área de Direito da Concorrência. Anteriormente foi assistente de investigação no *Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft* de Heidelberg.

A investigação que conduziu à presente obra foi patrocinada pelo DAAD (*Deutscher Akademischer Austauschdienst*), envolvendo períodos de pesquisa em Porto Alegre (Universidade Federal do Rio Grande do Sul) e na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, estadias que permitiram ao autor, fluente na língua portuguesa, recolher vasta bibliografia destes dois ordenamentos jurídicos.

4. A obra, em língua alemã, de 810 páginas, sendo 750 de texto e as restantes de bibliografia (com indicações importantes de bibliografia brasileira e portuguesa, recolhida durante a estadia na UFRGS e na FDUC) e índice remissivo[11], encontra-se estruturada em quatro capítulos, precedidos por uma introdução e terminando com conclusões (p. 719 e seguintes), a que se segue ainda um sugestivo epílogo [p. 749, "Zurück zu Savigny, in Europa?" (De volta a Savigny, na Europa?)].

[10] Tivemos apenas conhecimento da publicação de um outro artigo, «A interpretação e a aplicação do direito na Alemanha no Brasil: uma análise do ponto de vista da teoria de direito comparado funcional, da teoria de direito comparado pós-moderno e da teoria do "legal transplants"», in *Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*, Stefan Grundmann/Gilmar Mendes/Cláudia Lima Marques/ Christian Baldus/Manuel Malheiros, (coord.), São Paulo, Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013, pp. 165-193, claramente inspirado na presente obra.

[11] Embora quanto a este algo desordenado: parecendo um índice remissivo dos autores mencionados, vislumbram-se pontualmente algumas remissões que apontam para um índice ideográfico, embora com pouca expressão e não se compreendendo qual a relevância de algumas das ideias escolhidas (como, por exemplo, "vulnerabilidade").

5. O ponto de partida da obra reside na constatação de uma crítica da doutrina alemã à actividade do Tribunal de Justiça da União Europeia, assente na alegada arbitrariedade da metodologia a que este recorre, sem qualquer distinção entre o *momento interpretativo* e o *momento criador* de Direito.

Após uma delimitação do objecto de investigação – cuja fundamentação da escolha só é completamente apreendida após a leitura do epílogo – o primeiro capítulo procede a uma pesquisa de história do Direito que sirva de base às considerações norteadas por uma perspectiva "genética", nos termos atrás explicados. É neste contexto que o autor explora o contributo de Savigny para a interpretação e aplicação do Direito e de seguida de Jhering e da Jurisprudência dos Interesses, por forma a apreender as bases do ordenamento alemão e poder avaliar a sua recepção em Portugal e no Brasil.

6. Já o segundo capítulo debruça-se sobre a Constituição e o sistema, importantes para a perspectiva funcional e pós-moderna de análise já elencadas. Neste capítulo, o autor explora o conceito de "sistema interno" na obra de Savigny, Heck, Larenz e Canaris, bem como o papel da Constituição para a interpretação e aplicação do Direito, nomeadamente atendendo a vectores como os princípios da separação de poderes, igualdade e Estado de Direito, explorando ainda a teoria dos princípios jurídicos enquanto normas. Esta análise permite-lhe concluir que tanto a aplicação quanto a interpretação são necessariamente subjectivas, visto que o intérprete/aplicador parte sempre com uma determinada pré-compreensão que influencia as suas expectativas, o que entende aproximá-lo da caracterização da aplicação do Direito como uma "arte" feita por Savigny (p. 250).

7. A parte que mais interessa ao leitor português corresponde ao terceiro capítulo, relativo à aplicação e interpretação do Direito em Portugal (pp. 252-493). O autor procede a uma evolução histórica do tema, particularmente desde o século XVI e prestando especial atenção à Primeira Codificação (Código Civil de 1867) e à influência da Pandectística. Analisa de seguida o regime do Código Civil de 1966, nomeadamente os artigos 9.º e 10.º, acentuando a

forte influência estrangeira sentida. A investigação não se limita, contudo, à codificação civil. Numa última parte, o autor analisa a Constituição da República Portuguesa de 1976, acentuando a importância do "espírito de 1974" para a concretização da Constituição vigente e para a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico português, embora chamando a atenção para a resistência à "constitucionalização do Direito Privado". A sua apreciação do ordenamento jurídico português termina com uma chamada de atenção para a relevância que o sistema interno pode ter em torno da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

8. A estrutura do quarto capítulo, referente à aplicação e interpretação do Direito no Brasil, é semelhante: uma resenha história (acentuando a influência portuguesa e da Pandectística, embora salientando que o pensamento de Savigny foi aqui primeiro conhecido que em Portugal). Segue-se a análise da Constituição de 1988 e dos seus princípios, numa óptica de sistema interno, o que permite constatar – ao contrário de Portugal – uma constitucionalização do Direito Civil.

9. Nas conclusões, o autor procura responder a algumas das questões anteriormente formuladas, nomeadamente se deve presidir algum fim à aplicação do Direito, do sistema jurídico ou mesmo de apenas uma norma. A este propósito, explica que as construções de Savigny e de Jhering são fundamentalmente diferentes: "de forma algo exagerada, podemos afirmar que a compreensão de Savigny da interpretação e aplicação do DIreito denota liberdade, enquanto a de Jhering uma vinculação a um fim" (p. 719), o que o leva a preferir o primeiro autor – assim se justificando o "apelo" do subtítulo da obra.

10. Em suma, estamos perante uma obra que, pese embora a barreira linguística (já que se encontra apenas publicada em alemão), se afigura interessante para os juristas lusófonos, não só para compreender a influência do Direito alemão e do pensamento de Savigny nos ordenamentos em estudo, mas também para

reflectir sobre os problemas de metodologia jurídica transversais a ordenamentos jurídicos semelhantes.

Mariana Melo Egídio
Universidade de Lisboa

Kleiter, Tobias – *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz*, [Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 102. Heft], München, Verlag C.H. Beck, 2010

1. *Hic sunt leones*: Die Methodik der klassischen römischen Juristen ist trotz vieler wegweisender Forschungsarbeiten in den vergangenen Jahrzehnten nach wie vor ein ungesichertes Terrain. Explizite methodische Reflexionen der römischen Juristen sind kaum überliefert, die Fragmente erscheinen ganz überwiegend im Gewande der justinianischen Kompilation, und schon ganz grundlegende Fragen, wie etwa jene, ob die römischen Juristen ein „System" im ihrem Recht erkannten, schufen oder beachteten, welche Rolle Rhetorik, Philosophie oder allgemein griechische Einflüsse im methodischen Konzert spielten und ob aus den überlieferten Begründungen der Juristen tragfähige Rückschlüsse auf ihre Entscheidungsgründe gezogen werden können, vermögen leidenschaftliche Kontroversen auszulö- sen. Kleiter hat sich nun in seiner Dissertation Fragmente vorgenommen, in denen Begriffe wie *iustus*, *verus*, *humanus*, *benignus*, *suptilis*, *utilis* verwendet werden, und untersucht die Texte unter funktionalen Aspekten: Warum und in welchen Situationen verwendeten die klassischen Juristen solche Begriffe?

2. Die von Kleiter gewählte Perspektive soll sonach nicht auf das Feld juristisch-semantischer Untersuchungen führen, die in der Tat zu jenen Begriffen schon manches Mal in vergangenen Zeiten versucht wurden, sondern auf jenes der „Argumentationsmuster", wie es Kleiter in seiner Arbeit gelegentlich nennt. Der immanenten methodischen Herausforderung, nämlich die ausgewählten Worte unter einen Begriff zu bringen und für die untersuchten Fragmente

funktionale Kategorien zu finden, die Erkenntnisgewinn versprechen, stellt sich Kleiter in bemerkenswerter Weise sogleich auf den ersten Seiten seiner Arbeit: Ohne einen *numerus clausus* der ausgewählten Begriffe zu postulieren, fasst er die Ausdrücke allgemein als „unbestimmte Wertungsbegriffe" auf und gibt für diese Begriffe vier „Funktionsbereiche" vor, die er an dieser Stelle seiner Arbeit mit „Entscheidungen kontrovers diskutierter Zweifelsfragen", „Rechtsfortbildung", „Auslegung zur Vermeidung von Entscheidungskorrekturen" und „Entscheidungskorrekturen" umschreibt. Der Aufbau der Arbeit ist folgerichtig an diesen vier sogenannten Funktionsbereichen ausgerichtet, denen je ein eigener Teil mit weiteren Untergliederungen gewidmet ist. Doch was sind eigentlich „unbestimmte Wertungsbegriffe", und wie lassen sie sich „Funktionsbereichen" zuordnen?

3. Zur Überraschung des Lesers hält sich Kleiter bei diesen Fragen nicht lange auf. Bei der Kategorisierung der Funktionsbereiche, die offensichtlich schon die Ergebnisse der Arbeit spiegelt, erscheint die Kürze immerhin vertretbar, und Kleiters knappe Hinweise in Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung (Rezension) den Fußnoten auf vergleichbare „Einteilungen" in der modernen Rechtstheorie einerseits und in Papinians Beschreibung der prätorischen Amtspflichten (2 def., D. 1.1.7.1) andererseits sind zur Begründung seiner Kategorienbildung wohl entbehrlich, soweit sie denn überhaupt die Begründung stützen könnten, denn die jeweilige Perspektive legt das Fundament einer Kategorisierung, und hierbei ist der Forscher frei. Problematischer erscheint Kleiters Kürze hingegen bei der Definition der „unbestimmten Wertungsbegriffe". Er beschränkt sich hier im Wesentlichen auf ein Zitat aus einer Arbeit von Franz Häuser mit dem Titel „Unbestimmte ‚Maßstäbe' als Begründungselement richterlicher Entscheidungen dargestellt anhand von Entscheidungen des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes zum Recht der Personengesellschaften" aus dem Jahre 1981 (KLEITER, Seite 4): „*Einen unbestimmten Wertungsbegriff verwendet der jeweilige Jurist immer dann, wenn er bei seiner Entscheidung* [Zitat Häuser:], *auf eine Anknüpfung an klare, insbesondere gesetzlich oder rechtsgeschäftlich fixierte Tatbestände verzichtet*' [im Folgenden wieder Kleiter:] *und diese stattdessen ohne*

ausdrückliche Begründung auf eine allgemeine Billigkeitswertung, wie aequus, benignus, humanus, iustus, verus etc. stützt."

4. Diese Definition, so griffig sie auf den ersten Blick auch erscheinen mag, wird zumindest jene Leser aufmerken lassen, denen die Schriften Horaks und Wieackers bekannt sind, zumal Kleiter seine Ausführungen gerade von Wieacker deutlich absetzt (Seite 4, Fn. 14): „*Die hier näher analysierten Fälle stehen damit im Gegensatz zu den von Wieacker (...) ausführlich thematisierten Fragmenten mit ‚offenen, d.h. von den Juristen ausgesprochenen Wertungen*"". Man möchte an dieser Stelle fragen: inwiefern und inwieweit? Und lassen sich die Begriffe *iustus* – *aequus* – *benignus* – *humanus* – *verus* – *melius* – *utilis* – *magis dicendum* est und andere („*etc*.", so Kleiter) wirklich ohne Weiteres und gleichermaßen in die Kategorie „unbestimmte Wertungsbegriffe" einordnen? Welche Begriffe sollten noch hinzugenommen werden – nur jene, die Kleiter in seiner Arbeit aufgreift, oder auch noch weitere? Und vor allem: Handelt es sich tatsächlich in allen Fällen um „allgemeine Billigkeitswertungen"? In Anbetracht dieser schwierigen und diskussionswürdigen Fragen scheint es nicht wahrscheinlich, dass ein *lecteur savant* angesprochen sein soll, der hier auf Antworten ohne Erkenntnisverlust verzichten kann, und der Rezensent macht sich auch nicht anheischig, Antworten zu präsentieren. Immerhin zieht Kleiter in seiner knappen Einleitung eine Verbindungslinie zwischen sehr unterschiedlichen Begriffen wie etwa *iustus*, *utilis*, *humanus* etc., deren gemeinsames Element er in vier „Funktionsbereichen" sieht, wobei Kleiter den Leser darauf hinweist, dass es nicht in allen Fällen gelingen werde, jene Fragmente, die solche „unbestimmte Wertungsbegriffe" enthalten, den von ihm gebildeten Kategorien eindeutig zuzuordnen.

5. Mit diesen Vorfragen und Gedanken im Sinn beginnt man die Lektüre der vier Hauptteile des Buches. Im ersten Teil – „*Die Entscheidung kontrovers diskutierter Zweifelsfragen durch unbestimmte Wertung*" betitelt – beschreibt KLEITER, wie die römischen Juristen zum Beispiel die Worte *verus*, *melius*, *iustus*, *benignus*, *humanus*, *suptilis* oder auch *utilis* verwendeten, wenn die Entscheidung einer konkreten Rechtsfrage zugleich die

Entscheidung einer fachlichen Kontroverse erforderte. Es bedarf aber natürlich keiner ausführlichen Analysen, um zu erkennen, dass der jeweilige Jurist mit Formulierungen wie *quae sententia vera est*, *mihi videtur verius oder melius est dicere* eine bestimmte Rechtsauffassung bevorzugt und eine andere ablehnt. Desgleichen bedarf es keiner weiteren Erläuterung, dass Begriffe wie verus oder melius für sich allein genommen natürlich keine Argumente sind, um die Entscheidung einer Kontroverse sachlich zu begründen, und die von Kleiter gar nicht erst aufgeworfene Frage, ob durch solche „unbestimmte Wertungsbegriffe" eine Kontroverse entschieden oder die Entscheidung der Kontroverse nicht eher (wenn auch nur scheinbar) begründet wird, könnte man hier noch als semantische Spitzfindigkeit übergehen. Wie verhält es sich aber mit dem Begriff iustus oder mit den – von Kleiter in einem eigenen Abschnitt zusammen abgehandelten – Begriffen *benignus, humanus, suptilis, utilis*? Kleiter vertritt die Auffassung, dass es sich um *„rhetorische Verstärkungen der bevorzugten Auffassung*" handelt (Seite 24). Aus der Perspektive, die Kleiter für seine Arbeit gewählt hat, scheint dies plausibel. Aber begründet die Aussage, eine bestimmte Rechtsauffassung sei „gerecht" oder „gerechter" als eine andere, die Entscheidung der Kontroverse nicht in anderer Weise als der Hinweis, die bevorzugte Rechtsauffassung sei „zweckmäßig" oder „zweckmäßiger" als die andere, ganz abgesehen von „wahrer" oder „besser"?

6. Dabei geht es hier gar nicht um die grundsätzlich zweifelhafte Frage, ob die römischen Juristen vor der Entscheidung einer Rechtsfrage auf der philosophischen Hintertreppe wandelten, um Gerechtes und Billiges zu ergründen, und Kleiter meidet solche Themen auch vollkommen zu recht. Vielmehr drängt sich dem Leser erneut die Frage auf, was denn ein „unbestimmter Wertungsbegriff" eigentlich ist: Enthalten verus und melius überhaupt Wertungen? Und kann man wirklich sagen, dass Begriffe wie iustus oder utilis (und andere) als wertende Begriffe *unbestimmt* sind? Möglicherweise, so scheint es in diesem ersten und kürzesten Teil der Arbeit, ist Kleiter nur den halben Weg gegangen, indem er für den an sich interessanten und gut begründbaren Ansatz, die Verwendung dieser Worte unter funktionalen Aspekten

zu beschreiben, keine funktionale, sondern eine semantische Begriffskategorie zum Gegenstand der Untersuchung erkor. Auf die inhaltlich durchaus nachvollziehbaren Mitteilungen einzelner Fälle samt Literatur, die Kleiter dem Leser anbietet – um ausführliche Exegesen handelt es sich in den meisten Fällen nicht –, haben diese Fragen offenbar keinen unmittelbaren Einfluss, und doch lenkt die Auswahl der erwähnten Fragmente Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung (Rezension) den Blick wieder in eine Richtung, die methodische und – wenn man dies hiervon trennen will – auch argumentative Fragen aufwirft: Kleiter führt den Leser nämlich von seinem funktionalen Ausgangspunkt geradewegs ins *ius controversum*, das in der Vergangenheit schon einige Male Anlass gab, über bestimmte Worte nachzudenken, um Kontroversen und deren Entscheidung in den Quellen aufzuspüren. Selbstverständlich mag jeder für sich entscheiden, den rhetorisch vorgezeichneten Begriff des *ius controversum* zu verwenden, aber schon unter den bereits angesprochenen methodologischen Gesichtspunkten ist es bedauerlich, dass Kleiter zum Beispiel weder den Aufsatz „Das strittige Recht der römischen Juristen" von A. Schwarz aus dem Jahre 1948 noch die Schrift „*Ius Controversum nella giurisprudenza classica*" von M. Bretone aus dem Jahre 2008 (erschienen 2009) in Erwägung gezogen und kritisch gewürdigt hat, zumal dort auch Ausführungen zu einigen der von Kleiter sogenannten „unbestimmten Wertungsbegriffe" zu finden sind.

7. Im zweiten Teil der Arbeit, der die Überschrift „*Korrektur der Unvollständigkeit – Rechtsfortbildung durch unbestimmte Wertungsbegriffe*" trägt, sieht sich der Leser wieder einem ähnlichen Spannungsverhältnis zwischen methodologischer Grundlage und der Mitteilung einzelner Fälle ausgesetzt. Auf mehreren Seiten beschreibt Kleiter, wie sich Argumentationsmuster in Fragmenten unterschiedlichster Rechtsgebiete wiederholen, wenn die römischen Juristen zum Beispiel die folgenden Worte verwendeten: *magis dicendum est* zur „*näheren Ausgestaltung bereits vorhandener Rechtsinstitute*" und zur Darstellung eines „*ErstRecht-Schlusses*"; *aequus* zur „*Differenzierung durch Interessenausgleich*"; *iustus* zur „*Konkretisierung auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite*"; *aequissimum*, *iustius* oder auch *plerique probant contra suptilitatem* zur

Darstellung eines „Analogieschusses“ (sofern es sich im Einzelfall tatsächlich um einen solchen handeln könnte). Außerdem schreibt Kleiter, dass die „unbestimmten Wertungsbegriffe“ etwa im Falle der bonae fidei iudicia und der Formulierung ex bono et aequo funktional betrachtet einer (freilich untechnisch verstandenen) „Rechtsfortbildung“ den Weg bereitet hätten. Das alles mag aus Kleiters Perspektive richtig sein, und es ist – nicht anders als im ersten Teil der Arbeit – natürlich interessant, gemeinsam mit dem Verfasser bestimmten Argumentationsmustern in inhaltlich nicht zusammenhängenden Fragmenten nachzuspüren, wenn man Kleiters Konzept und Einteilung der „unbestimmten Wertungsbegriffe“ für die Lektüre akzeptiert.

8. Unbehagen bereitet jedoch die begriffliche Kategorie, die Abstrahierung der präsentierten Argumentationsmuster zu einem funktionalen Oberbegriff, den Kleiter hier den ausgewählten Fragmenten voranstellt und der den Leser nachdenklich stimmt: „Korrektur der Unvollständigkeit“ – war das im klassischen römischen Recht überhaupt möglich? Setzt Kleiter hier nicht, wenn auch vielleicht unbewusst, einen Systembegriff voraus, der dem römischen Recht möglicherweise gar nicht angemessen ist? In diesem Zusammenhang sei Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung (Rezension) zum Beispiel die folgende einleitende Passage zitiert (Seite 27): „*Neben der einfachen Ausgestaltung von Rechtsgrundsätzen stellt das Heranziehen vergleichbarer Sachverhaltskonstellationen im Fall von Regelungslücken einen weiteren Teilaspekt dieses* [sc. zweiten] *Abschnitts dar, der im Ergebnis zur Analogiebildung führt*“. Konnte es im römischen Recht „Regelungslücken“ geben? Gründet dieser Begriff nicht auf dem ideellen Fundament einer wie auch immer zu fassenden Vollständigkeit? Unter welchen Voraussetzungen ist eine Rechtsordnung wie die römische – das Wort System sei hier einmal bewusst gemieden – vollständig oder unvollständig? Und weist der Begriff der Analogie, gerade auch im Zusammenhang mit dem Begriff der Regelungslücke, nicht in spätere Zeiten und auf spätere Konzepte, die man dem römischen Recht nicht ohne Weiteres und jedenfalls nicht ohne Begründung wie eine Schablone auflegen sollte, um dessen Konturen nachzuzeichnen? Man wünscht sich,

der Verfasser der Arbeit hätte seine Idee der „Korrektur der Unvollständigkeit" näher erläutert.

9. Der dritte Teil der Arbeit ist Fragmenten gewidmet, in denen die römischen Juristen nach Kleiters Auffassung durch eine „*Auslegung mit unbestimmter Wertung*" eine „*Entscheidungskorrektur*" vermeiden wollten (Seiten 57 ff.). Ausgangspunkt für die Gruppierung der Fragmente ist hier jeweils ein vom Verfasser der besprochenen Arbeit angenommener „*allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz*", dessen Anwendung „*als naheliegendste Lösung*" zu einem „*unbilligen Ergebnis*" führen würde, welches allerdings nicht durch eine „*Korrektur der Entscheidung*", sondern durch eine Auslegung des jeweiligen Rechtsgrundsatzes vermieden werde. Kleiter weist in diesem Zusammenhang in seinen einleitenden Bemerkungen zum dritten Teil (a.a.O.) darauf hin, dass „*die gemeinsame Voraussetzung der Vermeidung einer Entscheidungskorrektur*" immer darin bestehe, dass für den entscheidungsrelevanten Rechtsgrundsatz mehrere Auslegungsgrundsätze denkbar erscheinen, wobei die als richtig erachtete Auslegungsvariante als humanior oder benignior bezeichnet werde. Anders als in den beiden ersten Teilen der Arbeit orientiert sich Kleiter aber nun nicht mehr in erster Linie an den Worten – den „unbestimmten Wertungsbegriffen" –, sondern an Sachverhalten und Rechtsfragen: Abgehandelt werden Fragmente, die eine „*Vermeidung von Entscheidungskorrekturen durch willensorientierte Auslegung*", eine „*Vermeidung von Entscheidungskorrekturen durch Auslegung zugunsten berechtigter Einzelpersonen*" und eine „*Vermeidung von zu korrigierender formalistischer Rechtsanwendung durch eine am Zweck des Rechtsgrundsatzes orientierte Auslegung*" belegen sollen – so die Überschriften der Unterabschnitte des dritten Teils –, wobei Fragmente sowohl aus dem Erbrecht als auch aus dem Schuldrecht angesprochen werden. Wo aber endet die Auslegung, und wo beginnt die „*als ultima ratio empfundene Korrektur eines allgemein anerkannten Rechtsgrundsatzes*" (Seite 59) und die – von Kleiter offenbar gleichgestellte – „*Korrektur*" einer „*Entscheidung*" (Seite 57)?

10. Nicht anders als in den beiden ersten Teilen der Arbeit berührt Kleiter bei seiner Kategorienbildung wieder

grundlegende methodische Fragen. Seine Hinweise auf die ausgefeilte Auslegungslehre in römischer Zeit als rhetorische Kunstfertigkeit, die bekanntlich zu philologischen Zwecken von Lausberg und aus rechtshistorischer Sicht – neben anderen – auch von Stroux dargstellt wurde, sowie seine Hinweise auf die in Fachkreisen immer wieder mit einigem Engagement geführten Diskussionen über die methodische Relevanz topischer gegenüber deduktiver Entscheidungsfindung zeigen dies deutlich. Der Leser erfährt jedenfalls von Kleiter in einem knappen Überblick, wie die römischen Juristen *ausgelegt* haben; wo die Grenze zur *Korrektur* einer Entscheidung oder eines Rechtsgrundsatzes gezogen werden soll und was man, mit Rücksicht auf die Besonderheiten der römischen Rechtsordnung sowie der Tätigkeit der römischen Juristen, der verschiedenen Formen und Anlässe ihrer schriftlichen Äußerungen und überhaupt mit Rücksicht auf das römische Zivilprozessrecht als eine Korrektur einer Entscheidung bezeichnen könnte, erfährt der Leser hingegen nicht. Als Anhaltspunkt bleiben dem Leser zunächst die von KLEITER besonders herausgestellten Worte *humanitas* und die *benignitas*, weil diese – als „unbestimmte Wertungsbegriffe" – die Bevorzugung einer Auslegungsvariante bezeugen, genauer wohl: begründen sollen.

II. Man blättert also nach der Lektüre des dritten Teils weiter, zum vierten und umfangreichsten Teil der Arbeit, der den Titel *„Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung"* trägt und in die Abschnitte *„Entscheidungskorrekturen im Erbecht"*, *„Entscheidungskorrekturen im Sachen- und Obligationenrecht"* und *„Entscheidungskorrekturen im Personenund Familienrecht"* unterteilt ist. Zur methodologisch interessanten Abgrenzung von Auslegung und Entscheidungskorrektur liest man dort (Seite 88) zunächst die Behauptung, dass *„in Fällen dieser Art"* [sc. einer Entscheidungskorrektur] der Jurist *„das Ergebnis, welches sich für eine bestimmte Fallkonstellation aus einem Rechtssatz ergibt"*, durch eine unbestimmte Wertung korrigiere. Der Verfasser des jeweiligen Fragments gebe also keine zusätzliche Begründung ab, sondern *„entscheidet nach dem Wortlaut der überlieferten Entscheidung aufgrund von allgemeinen Billigkeitserwägungen"* (a.a.O.). Dabei könne es sich, so Kleiter, um Grundsätze handeln, die

auch im Bereich der Auslegung immer wieder herangezogen würden, um eine Entscheidung zwischen mehreren denkbaren Auslegungsmöglichkeiten herbeizuführen, wobei aber im Falle einer Entscheidungskorrektur die Situation insofern eine andere sei, *„als der relevante Sachverhalt durch einen Rechtsgrundsatz eindeutig geklärt*" scheine (a.a.O.). Ungeachtet dieser Tatsache, so Kleiter, entscheide der Jurist *„in der Fallfrage offen entgegen der eindeutigen Lösung des Rechtsgrundsatzes*" – also nicht, wie der Leser in Erinnerung an den dritten Teil der Arbeit im Geiste ergänzt, durch Auslegung beziehungsweise durch die Bevorzugung einer Auslegungsvariante. Wann aber ist im römischen Recht ein Sachverhalt durch einen Rechtsgrundsatz eindeutig geklärt? Wo also verläuft die Grenze zwischen Auslegung – die womöglich erst zur eindeutigen Lösung führt, welche der Jurist anschließend aufgrund von allgemeinen Billigkeitserwägungen korrigiert – und Entscheidungskorrektur? Und wo jene zwischen Entscheidung und Rechts(grund)satz?

12. Leider beantwortet KLEITER diese Fragen nicht, weshalb der Leser die Herausforderung annehmen muss, die im dritten Teil der Arbeit angesprochenen Fragmente – Vermeidung einer Entscheidungskorrektur durch Auslegung mit unbestimmter Wertung – nochmals mit Blick auf jene des vierten Teils – Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung – zu lesen. Ein wenig erleichtert wird diese vergleichende Lektüre durch den Umstand, dass KLEITER einige Abschnitte des dritten und des vierten Teils denselben Sach- beziehungsweise Funktionsbereichen zugeordnet hat: Auslegung unter Berücksichtigung des Erblasserwillens (Teil 3 § 8) versus Korrektur unter Berücksichtigung des Erblasserwillens (Teil 4 § 11 Abschnitt I); Vermeidung von Entscheidungskorrekturen durch Auslegung zugunsten berechtigter Einzelpersonen (Teil 3 § 9) versus Entscheidungskorrekturen zugunsten berechtigter Einzelpersonen (Teil 4 § 11 Abschnitt III zum Erbrecht, § 12 Abschnitt III zum Sachen- und Obligationenrecht, § 13 Abschnitt II zum Personen- und Familienrecht); Vermeidung von zu korrigierender formalistischer Rechtsanwendung (Teil 3 § 10) versus Korrekturen zur Vermeidung einer zu formalistischen Anwendung von Rechtsgrundsätzen (Teil 4 § 11 Abschnitt II). Liest man nun die Mitteilung einzelner Fälle

parallel, fällt es nicht immer leicht, Auslegung (von Rechtssätzen und, von Kleiter mit abgehandelt, aber nicht deutlich geschieden, auch von Willensäußerungen) einerseits und Korrektur von Rechtssätzen und (oder?) Entscheidungen andererseits in der von Kleiter angegebenen Weise auseinander zu halten.

13. So hat Kleiter zum Beispiel das (schwierige) Fragment D.35.2.48 (Paul. 2 ad ed. aedilium curulium) seiner Rubrik „Auslegung unter Berücksichtigung des Erblasserwillens" im Funktionsbereich „Vermeidung einer Entscheidungskorrektur" zugeordnet: Im Hinblick auf die falcidische Quart erörtert Paulus die Frage, ob nach dem Ableben des Verkäufers der Umfang seines Nachlasses nach einer Eviktion um das duplum oder um das simplum zu mindern ist, wenn der Käufer zugleich sein Erbe ist, und er entscheidet wie folgt: *et benignius est eodem herede existente simplum ei imputari*. Kleiter erklärt hierzu, dass die „*Anwendung des Eviktionsprinzips*" zu einer Minderung des Nachlasses um das Kaufpreisduplum führen würde, was Paulus verhindern wolle, „*ohne eine Korrektur des geltenden Rechts vornehmen zu müssen*" (Seite 60 f.); ein Abzug des *duplum* habe nicht unerhebliche Auswirkungen auf die Berechnung der falcidischen Quart, und der „Käufererbe" solle von diesem Zufall nicht profitieren. Beide „Auslegungsmöglichkeiten", so Kleiter, seien „*mit den zugrunde liegenden Regelungen vereinbar*", aber die „*Interessenabwägung*" (sic) gebe den Ausschlag für eine Entscheidung, die den Willen des Erblassers möglichst umfassend zur Geltung bringe. Die Legatare erhielten durch Paulus' Entscheidung genau das, was ihnen der Erblasser – der das Zusammenfallen von Käufer und Erbe ja bewusst veranlasst habe – zugestehen wollte (Seite 61). Dagegen soll Kleiter zufolge im Fragment D.35.1.112.1 (Pomp. 12 epist.) unter Berücksichtigung des Erblasserwillens eine Entscheidung korrigiert werden (Seite 90 f.). Erörtert wird die Vermächtnisanordnung *Si Symphoro et Ianuario centum Titius praestiterit, fundum ei lego* für den Fall, dass Symphorus gestorben ist: *an legatum perisset?* Pomponius erklärt zunächst, dass die Legatsbedingung so auszulegen sei (...*hoc quoque sic puto interpretandum*...), dass der Vermächtnisnehmer hätte zahlen müssen, als beide Begünstigte noch lebten; Paulus entscheidet aber anders – *sed benigna interpretatione dicendum*: wenn Titius mit

der Zahlung nicht im Verzug gewesen sei und an Ianuarius die Hälfte des Geldbetrages noch zahle, erhalte er auch die Hälfte des Grundstücks. Kleiter fügt hinzu: „*Pomponius korrigiert damit die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Legats aufgrund Bedingungsausfalls zugunsten einer Kompromisslösung*“ (Seite 90).

14. Warum aber soll in Fragment D.35.2.48 eine Korrektur durch Auslegung vermieden und in Fragment D.35.1.112.1 dagegen eine Korrektur anzunehmen sein? Der Leser (!) mag eine Erklärung vielleicht wie folgt versuchen: Korrigieren könnte man im ersten Fall (D.35.2.48) zwei „Rechts(grund)sätze“, nämlich zum einen die Rechtsfolge nach einer gelungenen Eviktion im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer, sofern die übrigen Voraussetzungen einer Klage auf das *duplum* zugunsten des Käufers erfüllt sind, und zum anderen die Berechnung der Bemessungsgrundlage, also die quantitative Bestimmung des Nachlasses zwecks Anwendung der *Lex Falcidia*, wenn man denn einer solchen Berechnung die Qualität eines „Rechtssatzes“ zusprechen wollte. Paulus soll aber, so Kleiter, durch eine Auslegung die Korrektur vermieden haben, und zwar durch eine Auslegung mit „unbestimmter Wertung“, und er erklärt hier auch ausdrücklich, dass zwei „*Auslegungsmöglichkeiten gleichermaßen mit den zugrunde liegenden Regelungen vereinbar*“ seien – entsprechend seiner bereits erwähnten eigenen Vorgabe, dass „*die gemeinsame Voraussetzung der Vermeidung einer Entscheidungskorrektur*“ immer darin bestehe, dass „*für den entscheidungsrelevanten Rechtsgrundsatz mehrere Auslegungsmöglichkeiten denkbar erscheinen*“ (Seite 59). Was aber wird im Fragment D.35.2.48 ausgelegt? Offenbar doch kein „Rechtssatz“ oder „Rechtsgrundsatz“, sondern allenfalls die Erbeinsetzung, oder, wenn vereinbart und insoweit überhaupt einer Auslegung zugänglich, die *stipulatio duplae*. Es soll sich um eine willensorientierte Auslegung handeln, und zwar um eine „*am Willen des Erblassers*“ orientierte Auslegung (Seite 60). Mit dem „unbestimmten Wertungsbegriff“ – *et benignius est* – leitet Paulus seine Entscheidung ein, nämlich die Gewährung des *simplum* anstelle des *duplum*; aber wird hier nicht jedenfalls die Rechtsfolge der Gewährung des duplum „korrigiert“ und mit der *benignitas* begründet? – Dagegen soll im Fragment D.35.1.112.1 eine Entscheidung durch eine unbestimmte Wertung

korrigiert worden sein. Man müsste also zunächst überlegen, welche Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung (Rezension) „Entscheidung" betroffen sein könnte. KLEITER verweist auf die „Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Legats aufgrund Bedingungsausfalls" (Seite 90), die korrigiert werde; handelt es sich aber wirklich um eine korrigierte „Entscheidung"? Man könnte zudem auch den Schluss ziehen, dass Pomponius' Entscheidung gerade darin besteht, einen Rechts(grund)satz nicht anzuwenden. Schließlich wäre zu überlegen, ob eine Korrektur – wenn Kleiters Annahmen insofern zutreffen – hier durch eine unbestimmte Wertung erfolgt, denn die *benignitas* könnte sich immerhin auch auf eine (am Willen des Erblassers) orientierte Auslegung der Legatsbedingung beziehen. Pomponius' Hinweis auf eine *benigna interpretatio* wäre dann (nur) die Begründung der Entscheidung, den Rechtsgrundsatz mit der Rechtsfolge „*Unwirksamkeit des Legats aufgrund Bedingungsausfalls*" nicht anzuwenden. Eine „Entscheidungskorrektur" würde also – auch hier – jedenfalls durch eine „unbestimmte Wertung" begründet.

15. Liest man die Ausführungen KLEITERS zu diesen beiden Fragmenten aus einem solchermaßen modifizierten Blickwinkel, werden die auf den konkreten Fall bezogenen Ausführungen KLEITERS nun vielleicht doch verständlich. Im Vordergrund steht nämlich im dritten und vierten Teil der Arbeit offenbar die Frage, welche sachlichen Argumente in einem Begriff wie der benigna interpretatio verborgen sind, was auch für die an dieser Stelle herausgegriffenen Fragmente D.35.2.48 und D.35.1.112.1 gilt. In seinen Fallmitteilungen erörtert KLEITER, inwiefern der *favor testamenti* oder die (so genannten) *favores voluntatis testatoris* und *legatarii* für Paulus' und Pomponius' Entscheidung bedeutsam gewesen sein könnten; und insofern könnte man in der Tat annehmen, dass die Juristen ihre Entscheidungen vordergründig durch einen vielleicht nicht „unbestimmten", aber jedenfalls nicht näher erläuterten Wertungsbegriff begründet haben, und dass gewissermaßen „hinter" einer solchen Begründung sachliche Argumente verborgen sind, die für die Juristen – nun im eigentlichen Sinne des Wortes: – entscheidend waren. Gleichwohl bleibt die Kategorisierung der Fragmente problematisch, denn die Frage, ob durch Auslegung „mit unbestimmter Wertung" eine

(Entscheidungs-?, Rechtsfolgen-?, Rechtsgrundsatz-?) Korrektur vermieden wird oder ob „mit unbestimmter Wertung" eine solche Korrektur erfolgt, kann nicht schlüssig beantwortet werden.

16. Die Lektüre weiterer Fallmitteilungen bestätigt diese Vermutungen. So bespricht KLEITER zum Beispiel unter der Überschrift *„Das Kodizill als zusätzlicher Anknüpfungspunkt für die Feststellung des Erblasserwillens"* (Seite 93 ff.) das Fragment D.36.1.78 (76), in dem Scaevola (19 dig.) zunächst darauf hinweist, dass eine durch Kodizill angeordnete substitutio pupillaris unwirksam sei – *quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest* –, und sodann trotzdem benigna interpretatione die Mutter als Intestaterbin *fideicommisso* den Ersatzerben verpflichtet sieht. KLEITER schreibt, dass Scaevola die *„unliebsame Rechtsfolge"* – die Unwirksamkeit der in einem Kodizill verfügten *substitutio pupillaris* – „nun mit einer wohlwollenden Interpretation korrigiert". Wiederum erscheint die *benigna interpretatio* als Begründung der Entscheidung, einen Rechtsgrundsatz nicht anzuwenden; ob dies tatsächlich bedeutet, dass eine „Entscheidung" (oder ein Rechtsgrundsatz?, eine Rechtsfolge?) „korrigiert" wird und welche Rolle die Auslegung hierbei spielt, bleibt offen. KLEITER setzt sich zwar zu recht mit der Frage auseinander, ob es sich um eine Umdeutung handeln könnte; seine Schlussfolgerung, dass die im Vergleich zu anderen erbrechtlichen „Umdeutungsfällen" in der Tat leicht abweichende Sachverhaltskonstellation *„der Grund dafür [ist], dass D.36.1.87 das einzige Fragment mit einer solchen Umdeutungskonstellation ist, in dem sich ein Jurist der benignitas als Korrekturhilfe bedient"* und *„dass erst die benignitas herangezogen werden [musste], um das gewünschte Ergebnis im Wege der Korrektur herbeizuführen"*, scheint aber doch sehr allgemein gefasst – zumal die Abgrenzung zwischen „Entscheidungskorrektur" und Auslegung leider nicht durch (wenigstens kurze) Exegesen der *„übrigen Umdeutungsfälle"* bestimmt wird, in denen – so KLEITER – *„man das Testament bereits durch bloße Auslegung retten konnte"* (Seite 94 f.). Jedenfalls beendet KLEITER seine kurze Exegese mit dem Hinweis, dass das Entscheidungskriterium die *„Verwirklichung des in Testament und Kodizill zum Ausdruck gebrachten Erblasserwillens"* sei und Scaevola dabei *„in favorem codicilli"* entschieden habe; und wiederum stellt sich dem Leser die Frage, weshalb die „Entscheidungskorrektur" als funktionale Konstruktion in der

Gestalt eines Gegenbegriffs zur Auslegung – genauer, nach Kleiter: einer Entscheidung zugunsten einer Auslegungsmöglichkeit, durch die eine „Korrektur" vermieden werden könnte – erforderlich ist, um den Entscheidungsgrund des Juristen zu beschreiben, der von der *benignitas* gleichsam verdeckt oder – möglicherweise – gerade durch diese zum Ausdruck gebracht wird.

17. Es könnte nun der Eindruck entstehen, dass der Rezensent selbst einer unangemessenen *suptilitas verborum* verfallen ist und jene Zusammenhänge verdunkelt, welche der Verfasser der Arbeit gerade ausleuchten wollte. Dieser Eindruck wäre aber falsch – immerhin hatte Kleiter sich das Ziel gesetzt, die Verwendung „unbestimmter Wertungsbegriffe" unter funktionalen Aspekten zu betrachten, und hierfür verschiedene Kategorien gebildet, denen er die Fragmente sodann zuordnete. Ebenso falsch wäre jedoch der Eindruck, dass die Arbeit vollständig missraten oder uninteressant sein könnte. Kleiters Untersuchungsansatz könnte immerhin eine vergleichende Exegese von Fragmenten ermöglichen, die üblicherweise völlig verschiedenen Sachgebieten zugeordnet werden, aber unter bestimmten Gesichtspunkten mehr miteinander gemein haben könnten, als viele Romanisten bislang annahmen.

18. Der Untersuchungsansatz birgt allerdings erhebliche methodische Risiken. So hat die an wenigen Funktionen ausgerichtete Kategorisierung der „unbestimmten Wertungen", die nach Kleiters Definition gar nicht abschließend aufgezählt oder lexikalisch erschöpfend beschrieben werden können, zur Folge, dass auch umfangreiche Fragmentsammlungen immer unvollständig sind. Die Ergebnisse der Arbeit sind daher, soweit aus ihnen allgemeine Schlüsse gezogen werden, insofern in höherem Maße der Gefahr einer Falsifizierung ausgesetzt als die Ergebnisse einer herkömmlichen Wortmonographie. Kleiter hat diese Gefahr wohl erkannt und beschreibt im abschließenden fünften Teil der Arbeit nach einer kurzen Zusammenfassung der Ergebnisse daher (nur) *„allgemein ableitbare Tendenzen"* (§ 15), die er unter den folgenden Überschriften bündelt: *„Die Klassizität der unbestimmten Wertungsbegriffe"* (Seite 215 f.), *„Die verschiedenen*

Funktionsbereiche der unbestimmten Wertungsbegriffe" (Seite 217 ff.) und schließlich „*Der unterschiedliche Bedeutungsgehalt einzelner unbestimmter Wertungsbegriffe*" (Seite 224 ff.). Kleiters Darstellung und Erläuterung dieser „Tendenzen" ist aber trotz aller Vorsicht und Zurückhaltung nicht in allen Punkten unproblematisch. Bemerkenswert ist zunächst der Hinweis auf die Klassizität (§ 15 Abschnitt I.). Es entspricht natürlich schon seit einiger Zeit guter romanistischer Übung, voreiligen Interpolationsvermutungen nicht nachzugeben, und mit dem Hinweis, dass „*aus der Vielzahl der Gründe, welche die Klassizität der Entscheidungen im Einzelfall belegen, (...) einige ständig wiederkehrende Argumentationsmuster benannt werden*" können (Seite 215), wird die Ablehnung pauschaler Interpolationsvermutungen sicher bekräftigt. Allerdings darf der Schuss nicht nach hinten losgehen und aus den Ergebnissen der Arbeit sowie einer „*Tendenz der Klassizität*" nicht eine ebenso pauschale Gegenvermutung – diesmal für die Klassizität – abgeleitet werden, denn die sorgfältige textkritische Untersuchung eines Fragments ist in jedem Zweifelsfall unerlässlich.

19. Wie groß die Gefahr von Missverständnissen dabei sein kann, offenbart auch die folgende Passage (Seite 216): „*Gute Gründe für die Klassizität eines unbestimmten Wertungsbegriffs lassen sich mitunter auch aus dem Textfluss des jeweiligen Fragments ableiten. Jedesmal, wenn sich der Wertungsbegriff so nahtlos in den überlieferten Text einfügt, dass ein nachträglicher Texteingriff unwahrscheinlich erscheint, weil er in der bekannt kurzen Zeit, die den Kompilatoren für das aufwändige Schreiben der Digesten zur Verfügung stand, eigentlich nicht zu bewerkstelligen war, spricht vieles dafür, dass die Textstelle in Originalform überliefert ist*". Ein solches „Textfluss"-Argument, das sich auch an anderen Stellen der hier besprochenen Arbeit findet (so auf Seite 94 in Fn. 394 und auf Seite 114 in Fn. 490), ist ohne umfangreiche philologische (Vor-) Analysen unhaltbar, und man sollte auch nicht vergessen, dass die römischen Juristen nicht einfach als Angehörige einer homogenen Klasse immer gleich oder ähnlich formulierender, gleichsam austauschbarer Personen angesehen werden können, und zwar unabhängig davon, welcher romanistischen Tradition man sich zugehörig fühlt. Hiergegen stehen wenigstens historiographische und philologische Prinzipien, die in der Textkritik nicht ausgeblendet werden dürfen.

20. Wenn KLEITER sodann – als weitere „Tendenz" – darauf hinweist, dass das *„zweite wichtige Ergebnis der Untersuchung*" darin zu sehen sei, *„dass das Anwendungs- und Bedeutungsspektrum der unbestimmten Wertungsbegriffe sich als äußerst vielschichtig darstellt*" (§ 15 Abschnitt II., Seite 217), mag man das in Anbetracht des fehlenden numerus clausus solcher Begriffe gerne glauben. Interessant ist in diesem Zusammenhang aber Kleiters Bemerkung, dass sich *„tendenziell einzelnen unbestimmten Wertungsbegriffen funktions- und rechtsgebietsübergreifend ähnliche Entscheidungskriterien zuweisen*" lassen, die er für die *benignitas*, die *humanitas*, die *aequitas* und die *suptilitas iuris* in ihrer Funktion als Argument beziehungsweise als Begründung (sic!) erläutert (a.a.O.). Offenbar gibt es also mehrere Möglichkeiten, „Funktionsbereiche" zu bestimmen, was für sich genommen natürlich selbstverständlich ist. Mit einem Hinweis auf diesen methodologisch relevanten Umstand und die (möglicherweise) hierin begründeten Konsequenzen für die Anlage und die Gliederung seiner Arbeit hätte KLEITER allerdings vermeiden können, dass den Leser der Verdacht eines unausgesprochenen Perspektivenwechsels beschleicht, der sich sozusagen während der Lektüre unter der Hand vollzieht, denn in der Einleitung seiner Arbeit heißt es noch, dass *„nach insgesamt vier verschiedenen Funktionsbereichen für unbestimmte Wertungsbegriffe differenziert*" werden soll (Seite 5).

21. Schließlich erwähnt Kleiter als *„allgemein ableitbare Tendenz*" noch den unterschiedlichen Bedeutungsgehalt einzelner „unbestimmter Wertungsbegriffe" (Seite 224) und weist darauf hin, dass die Begriffe *benignitas*, *humanitas*, *aequitas* und *utilitas* schon in klassischer Zeit nicht *„mehr oder weniger synonym zur Berücksichtigung allgemeiner Billigkeitskriterien*" verwendet worden seien und einzelne Begriffe nicht bestimmten *„Benutzergruppen*" zugeordnet werden könnten, also etwa die *benignitas* als Billigkeitsformel der römischen Juristen nicht der *humanitas* als Tugend der römischen Kaiser gegenübergestellt werden dürfe. Seine Aussage, dass *„die zahlreichen Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung*" darauf hindeuteten, *„dass der Versuch, übergeordnete Prinzipien in die vorhandenen Rechtsinstitute des ius civile zu integrieren, schon damals* [sc. in der Hochklassik] *fester Bestandteil der methodischen Arbeitsweise römischer Juristen war*" (Seite 226), belegt jedenfalls die

Notwendigkeit, die Quellen der römischen Jurisprudenz auch aus neuen Perspektiven zu lesen und zu prüfen.

22. Auch wenn in diesen Zeilen kritische Töne überwiegen, was man dem begrenzten Umfang einer Rezension zuschreiben mag, und die Kritik an einem zentralen Punkt der Arbeit ansetzt, sei hier nochmals hervorgehoben, dass die Fallmitteilungen in Kleiters Arbeit durchaus hilfreich sein können, wenn man einige Argumentationsmuster der klassischen Juristen besser verstehen möchte, zumal einige bekannte und häufig diskutierte Fragmente jenseits dogmatischer Zusammenhänge untersucht werden. Allgemeingültige Aussagen – Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung (Rezension) auch als „*Tendenzen*" – scheinen aber in dem eng geschnürten Kategorienkorsett der Arbeit und auf der darin angebotenen Quellenbasis (die man leider nicht durch ein Quellenverzeichnis erschließen kann) kaum möglich. Es bleibt auch die Frage, ob der vielschichtige Mehrklang aus Rechts(grund)satz, Auslegung, Entscheidung, Begründung und Argumentation – wie immer man diese Begriffe für das römische Recht aufeinander beziehen oder gegeneinander abgrenzen möchte – neue Perspektiven zu tragen vermag und insoweit Grundlage, Voraussetzung oder Gegenstand einer Begriffsanalyse unter funktionalen Aspekten sein kann. *Hic fuissent leones...*

Andreas Nitsch
Universität Heidelberg

Seelentag, Anna Margarete – Ius Pontificium Cum Iure Civili Coniunctum. *Das Recht Der Arrogation In Klassischer Zeit* [*Ius Romanum – Beiträge Zu Methode Und Geschichte Des Römischen Rechts*], Mohr Siebeck, Tubinga, 2014, 444 pp.

1. A monografia acima descrita divide-se em 12 capítulos ao longo de 444 páginas contendo 1285 notas de rodapé: o primeiro é dedicado às fontes e método (5-67), o segundo à génese da *adrogatio* (68-76), o terceiro ao processo da *adrogatio* (77-158), o quarto à *adrogatio* de libertos (159-215), o quinto à *adrogatio* de mulheres (216-

237), o sexto à *adrogatio* de pupilos (238-299), o sétimo à *adrogatio* do menor de vinte e cinco anos (300-315), o oitavo à idade do interessado como pressuposto da *adrogatio* (316-377), o nono à fertilidade como pressuposto da *adrogatio*, o décimo aos fins da *adrogatio* e os dois últimos a considerações finais ("*Schlussbetrachtung*") em língua alemã a que faz corresponder um "*Sommario*" em língua italiana.

2. A monografia, que visa rever alguns dos problemas da *adrogatio* no Direito romano clássico até agora não satisfatoriamente resolvidos, inicia, no primeiro capítulo, pela análise do *De domo sua* de Cícero (I.2) – em particular, a consabida oposição de Cícero perante o colégio pontifício em 57 a. C. à politicamente motivada *adrogatio* de Clódio pelo cliente plebeu Fonteio, por ocasião da retaliação daquele, uma vez eleito tribuno plebeu, sobre Cícero e o seu património[1] –, as *Noctes Atticae* de Aulo Gélio (I.3) – nomeadamente

[1] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 7-9. Quanto ao discurso de Cícero em *De domo sua* tido por Cícero em 29 de Setembro de 57, que é a fonte mais antiga sobre a *adrogatio*, discute o seu valor como fonte da *adrogatio* tardo-republicana que foi posto em causa pela doutrina dominante – a par da questão sobre a relação de idade entre arrogado e arrogante – (sem menoscabo daqueles que o têm por fonte credível dum ponto de vista jurídico), com base nos seguintes argumentos: (*i*) em parte, por a sua argumentação ser meramente suportada em juízos morais de índole social; (*ii*) em parte, porque Cícero procurou aqui pela primeira vez e sem resultado uma transformação de considerações morais em regras jurídicas; (*iii*) em parte, porque se trata de meras considerações de um retor, as quais estão em conflito com a posição jurídica comum tardo-republicana. A autora tomando uma posição de princípio favorável à valia do texto, passa à análise dos motivos na base do processo (o "*Bona-Dea-Skandal*" do ano de 62 entre Cícero e Públio Clódio Pulcro, bem como as oportunidades de uma carreira senatorial deste último, a tentativa de uma *transitio ad plebem* em 60 a. C. de forma a tornar-se elegível como tribuno da plebe, a aprovação da *adrogatio* de Clódio, a promulgação por Clódio de uma *lex de capite civis Romani* contra Cícero com a consequência da *interdictio aquae et ignis*, a fuga de Cícero de Roma para a Grécia em exílio, a chamada *lex de exílio Ciceronis* com o confisco do seu património e também do seu imóvel juntamente com a sua casa no Palatino, a construção por Clódio dum templo *libertas* em parte do imóvel, o regresso de Cícero do exílio em 57 e o pedido de restituição da sua propriedade, a aprovação por Pompeu da *lex de reditu* permitindo o regresso de Cícero e a restituição da sua propriedade). No discurso de Cícero em 29 de Setembro de 57, perante o colégio dos pontífices, vertido no *De domo sua*, Cícero contesta a eficácia da consagração do templo com

base em três níveis de argumentação jurídica, integrados na estratégia retórica de Cícero, coadunada à situação política de 57 a. C.: (*i*) em primeiro lugar, porque Clódio não foi eficazmente arrogado, pois fora-a em violação do Direito pontifício (porque Clódio era mais velho do que o seu arrogante Fonteio e este era ainda novo e capaz de reproduzir-se e gerar descendência), áugure e dos prazos de promulgação da *lex Caecilia et Didia*, não era plebeu nem, por conseguinte, tribuno da plebe, pelo que a *lex Clodia de exílio Ciceronis* e a consagração do templo nela baseada também se encontravam feridas de ineficácia; (*ii*) daí segue-se que a *lex Clodia* era ineficaz devido a um vício intrínseco e a erros procedimentais, donde também resultava a ineficácia da consagração do templo; (*iii*) por último, a própria consagração não fora administrada eficazmente sob o ponto de vista formal, em particular porque Clódio não estava especificamente legitimado a tal (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 9-10). A decisão foi tomada em favor de Cícero, embora a parte da argumentação referente à *adrogatio* não tenha sido decisiva: o colégio pontifical chegou à conclusão que o imóvel podia ser restituído *sine religione*, se se provasse que a consagração ocorreu sem autorização legal de Clódio mediante a segunda *lex Clodia* (*de exilio Ciceronis*), ao mesmo tempo que se abstinha de responder à questão da validade das leis aprovadas por Clódio e, portanto, se este tribuno da plebe fora eficazmente arrogado (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., p. 12). Incumbiu depois ao Senado decidir se tinha existido uma adequada autorização de Clódio mediante a sua *lex Clodia*, o que, após longo debate, também foi decidido em favor de Cícero (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., p. 12). Da análise de Cícero, a autora fixa os seguintes termos: (*i*) a *adrogatio* de Clódio mediante um seu cliente era juridicamente problemática (o próprio Clódio procurara a aquisição do *status* plebeu primeiro outras vezes através de uma *transitio ad plebem*); (*ii*) o facto de Cícero ter conseguido os resultados queridos (a declaração de ineficácia da consagração e, com ela, a restituição da totalidade da sua casa, a par da sua reabilitação pessoal e política); (*iii*) Cícero foi advogado em causa própria, de modo que colocou o problema e a questão jurídica nos termos que lhe eram favoráveis ((*a*) o propósito da exposição da sua posição jurídica não é a verdade, mas a plausibilidade aos olhos do seu público, o qual é, em primeira linha, o colégio pontifical; (*b*) a colocação do argumento da *adrogatio* como primeiro argumento e a sua brevidade (9 em 141 parágrafos de discurso) deixa antever a sua inoportunidade política e menor força jurídica, a par do facto de não infirmar os efeitos da constituição *filius-pater familias* ao nível do *ius civile*, mas apenas os efeitos ao nível do *ius pontificium*; (*c*) confirmação desta circunstância encontra-se na apresentação do argumento da *adrogatio* sob as vestes da figura retórica da *praeteritio*, em jeito de reflexão, sem que quisesse perante os pontífices falar de Direito pontifical); (*iv*) da apreciação conjunta do discurso de Cícero resulta que as suas declarações sobre a *adrogatio* devem ser seriamente consideradas como fonte, apesar de dirigidas por considerações extra-jurídicas e políticas (sem que se encontre aí porém um primado da política que o torne inutilizável como fonte jurídica) (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 12-16).

os 16 parágrafos que aí dedica ao tema, contrapondo-o à *adoptio*[2] –, as *Institutiones* de Gaio e a obra pseudo-ulpianeia (I.4)[3], e a *praxis* jurídica (I.5) – alertando para a cuidadosa análise dos respectivos registos, bem como dificuldades de destrinça da *adoptio* nas dinastias cesáreas, designadamente na júlio-claudiana e a chamada adopção cesárea do séc. II d. C[4]. A autora assenta as bases metodológicas em que se baseará: a unidade arcaica que o Direito clássico desuniu e manifestou sob diferentes camadas jurídicas[5]; o método indiciário e indutivo; a assumida perspectiva dinâmica do Direito romano, elegendo o processo da *adrogatio* como ponto de partida metódico, sob uma compreensão da ordem jurídica romana da época clássica como estruturada segundo áreas e camadas jurídicas[6]; a distinção do *ius privatum* (no qual o *ius civile*[7]) e do *ius publicum* e *ius diuinum* ou *sacrum* (socorrendo-se de Ulpiano em D. 1, 1, 2, o qual insere este último dentro do *ius publicum*), para se centrar na "camada jurídica" e no conceito de *ius pontificium*[8] (concluindo, a final, por um direito

[2] Outra importante fonte para a *adrogatio* é o capítulo 5.19 das *Noctes Atticae* de Aulo Gélio (sob o título "*Quid sit adoptatio, quid item sit adrogatio, quantumque haec inter se differant; verbaque eius quae qualiaque sint, qui in liberis adrogandis super e are populum rogat*") (de que Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 18-19, apresenta transcrição do original, bem como tradução alemã) – cujos 16 parágrafos, orientados pela contraposição *adoptio* e *adrogatio*, são textualmente analisados pela autora (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 20-27) –, sobre cuja valia para o Direito romano a autora discorre para concluir positivamente no que respeita ao período tardo-republicano e do início do Principado (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 16-17). Quanto aos §§ 1 a 14 considera citarem ou seguirem muito de perto fontes jurídicas (uma das quais os *tres libri iuris civilis* de Masúrio Sabino), ao passo que os §§ 15 a 16 respeitam a fontes não jurídicas. Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 27-28.

[3] As *Institutiones* de Gaio (1.97-107) e a obra pseudo-ulpianeia (8.1-8a) fornecem também testemunho dos processos de *datio* e de *adrogatio*, que a autora, depois de indagar da respectiva valia, compara, concluindo pelas suas especificidades e pontos de contacto, atestando a conhecida evolução dos institutos da *adoptio* e da *adrogatio*. Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 28-37.

[4] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 37-39.

[5] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*, p. 39.

[6] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., p. 41, socorrendo-se da autoridade de Wieacker e Kaser.

[7] A propósito do qual debate a sua inserção no *ius Quiritium*, bem como a sua distinção do *mos* e do *ius honorarium*.

[8] Enquanto conjunto de normas que, pertencente ao Direito sacral, regulam e determinam a relação da comunidade ou dos respectivos cidadãos com as

pontifical tardo-republicano caracterizado por uma diversidade de formas de manifestação (fórmulas, directrizes de culto, regras jurídicas, *decreta* e *responsa*), que, em parte, podiam estar agrupadas temática ou sistematicamente e o trabalho de sistematização do Direito surgido na época tardo-republicana pela *iurisprudentia*)[9], abordando a ligação entre *ius civile* e *ius pontificium*, identificando três passos de Cícero em que surge a expressão (*Brut.*, 42.156, *de orat.* 3.33.136, *de leg.*, II.47), em que conclui pela sua correlação, sem hierarquia ou colisão material[10]. Por isso, para a autora, os juristas

divindades (normas de culto) e também das instituições e coisas sob a alçada e protecção dos deuses (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 41-44). A autora centra-se ainda na distinção entre *sacra publica* e *privata*, na composição do colégio pontifício, nas suas competências e na evolução das mesmas na época clássica e início do principado, nas fontes sobre o *ius pontificium* e sua fidedignidade, no arquivo pontifício e seu putativo conteúdo (*commentarii* ou *libri pontificii*, *libri iuris pontifici* e *responsa* ou também *decreta*), no seu carácter oculto até mais tarde do que o *ius civile*, nos escritos sobre o *ius pontificium* de meados do primeiro século, dos estudos *De iure pontificio* de Labeão e de Capitão, bem como os *memorabilia* de Sabino sobre o Direito sacro, a par das tentativas da doutrina em reconstruir os textos sobre o *ius pontificium* a partir dos fragmentos que nos chegaram, a inexistência de um *corpus* estrutural do *ius pontificium* e a sua natureza casuística (quando não em grande medida oral), flexível, de formulação de regras mais gerais com base em idênticas *rationes decidendi* nos casos antes julgados, a vinculatividade das suas *responsa* (igual à dos demais e sem poder jurígeno ou legislativo), os destinatários das mesmas (Senado, magistrados e também particulares), as consequências do seu desrespeito, ou o carácter colegial das suas decisões (ao contrário do carácter isolado ou singular das decisões dos *iuris prudentes* laicos) (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 44-58).

[9] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., p. 56.

[10] Em várias áreas: além da *adrogatio* e da cessão de *sacra* no caso de morte, no direito sepulcral ou dos túmulos, no casamento por *confarreatio*, na qualificação de *res sacrae*, na questão da eficácia jurídica das decisões dos magistrados à luz da divisão do ano de acordo com o calendário romano, no direito sucessório e no direito matrimonial (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 58-61). A autora conclui também que a referência às duas diferentes camadas jurídicas de *ius civile* e *ius pontificium* perpassa pela linguagem usada pelos juristas da época clássica: os termos *adrogare* ou *adrogari posse* reflectem-se à admissibilidade da *adrogatio* à luz do *ius civile*, ao passo que o termo *debere*, pertencente originariamente ao *ius pontificium*, se aplica depois na perspectiva integrada do *ius civile* (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum*..., pp. 62-63); por isso a violação duma proibição de *debere* não gera a ineficácia da *adrogatio*, ao passo que uma *adrogatio* realizada *non iure* é ineficaz (assim, Sabino quando, referindo-se à *adrogatio*

da época clássica também se ocuparam da relação do *ius civile* com o *ius pontificium*, como aspecto do *ius pontificium cum iure civili coniunctum*, sendo a *adrogatio* uma concreta manifestação deste fenómeno mais geral. A conformidade ao Direito sacro de um acto de *ius civile* não era inexorável pressuposto da sua validade, podendo o acto ser meramente *vitiosus*[11]: assim, o caso de *manumissio vindicta* pelo pretor num *dies nefastus*; pelo contrário, a comercialidade de *res sacrae* dependia da sua correcta *consecratio* e o funeral do *locus religiosus*). Para a autora, o esclarecimento das controvérsias em torno da *adrogatio* de Clódio e as alterações no instituto da *adrogatio* no período tardo-republicano e do início do Principado relaciona-se com a crise e as novas orientações políticas do final da República, tanto no campo constitucional como no privado, propondo-se mostrar que o referido fenómeno de mutação das instituições na fase final da época clássica se repercutiu sobre o instituto da *adrogatio* nas suas concretas soluções retiradas dos *mores maiorum* e do consenso de valores da comunidade, a qual fora antes empregue para fins a que se referia o ordenamento de valores, sem que tivesse em primeiro lugar existido uma teorização jurídica, e que deu origem, rapidamente, ainda na no início da época clássica à constituição de regras proibitivas de *ius pontificium*[12]. Para a autora, ainda ao nível metodológico, importa distinguir entre *adrogatio* e *datio in adoptionem*, institutos autónomos, apenas na época clássica agregados no sobretipo de *adoptio*; conclusão que encontra apoio na evolução histórica de ambos os institutos: a *adrogatio* desenvolveu-se na época pré-republicana, na segunda metade do séc. VII a. C., ao passo que a *datio in adoptionem* – negócio jurídico pelo qual através duma tríplice *mancipatio* o *pater familias* perde a *patria potestas* antes de o adoptante a adquirir através de uma *in*

de libertos, diz ser possível *iure* (*posse*), embora deva proibir-se; ou Ulpiano, para quem, embora não deva ocorrer, é eficaz (D. 1, 7, 15, 3); e Papiniano, concluindo pela ineficácia da *adrogatio* que seja *non iure*) (Aulo Gélio, *Noctes Atticae*, 5.19.11-12.

[11] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., p. 61, que fala aqui de uma "abstracção" do *ius civile* perante o *ius pontificium* ("*Hier war das* ius civile *gewissermaßen "abstrakt" von dem* ius pontificium").

[12] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 63-66, para quem esta constatação de base permite compreende o caso de Clódio, que se reporta a controvérsias jurídicas à data.

iure cessio –, é uma criação da jurisprudência pontifícia que não remontará a mais do que ao séc. IV a. C[13]. A autora propõe-se ainda versar a adopção testamentária[14]. No capítulo II, versa a origem da *adrogatio*, começando pelos *comitia curiata*, onde decorria[15], e pelos pontífices[16], explicando a estrutura dual do processo, conforme aparece na república tardia, pela sua primitiva divisão do processo na fase pontifical e na popular, a qual mais tarde, no principado, se alterará com a intervenção sempre mais intensa do *princeps*[17].

No capítulo III, onde aborda o processo *qua tale*, começando pela fase junto do colégio dos pontífices (a cujos traços característicos retorna[18]), de natureza consultiva ou opinativa

[13] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 66-67.

[14] Por referência à "adopção" de Octávio por César (fundada nas fontes literárias, mas que não merece referência nas fontes jurídicas), que permite não apenas o ingresso no património e nos deveres sacramentais do sucessor, mas também a continuação do nome do mesmo (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 66-67).

[15] Cuja participação no processo de *adrogatio* permite, segundo a autora, a datação aproximada da origem deste instituto jurídico, bem como do contexto histórico em que surgiu esta específica estrutura jurídica da *adrogatio* que pressupunha efeitos de Direito privado mediante uma decisão do povo em conjunto: aborda a sua composição (assente em *curiae*, constituída por grupos de *gentes*), a data da sua origem (segunda metade do séc. VII, atribuindo-se a sua fundação a Rómulo, composta pelas três tribos *Ramnes*, *Tities* e *Luceres*, cada uma organizada em 10 cúrias, que formavam, ao todo, 30), o culto (de divindade comum a cada cúria; as festas dos cultos, as *fornacalia* em Fevereiro e as *fodicidia* em Abril), a confirmação do *imperium* do *rex*), a sua primazia como assembleia que reunia o povo (em face dos mais novos *comitia centuriata*), a *adrogatio* como competência dos *comitia curiata.*

[16] "Senhores do processo de *adrogatio*", cujas competências neste tocante foram consequência duma "revolução pontifical" na época que vai da antiga até à média república em que assumem a posição sobranceira na hierarquia sacerdotal romana que cabia ao *rex sacrorum* (e antes dele ao *rex*) (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., p. 73).

[17] A autora afasta ainda do campo da *adrogatio* o *testamentum calatis comitiis*, essencialmente por a *adrogatio* resultar de uma decisão dos *comitia curiata*, mas pelos *comitia calata* não ter lugar qualquer decisão, que tinham meras funções de testemunho e de conselho (*in populi contione*)Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 74-76.

[18] Caracterizando-os como os mais importantes funcionários sacramentais da comunidade romana, definindo a regulação do modo em que as pessoas e a comunidade lidavam com os deuses, aborda as competências do colégio, a natureza

[*responsum* (*pontificium*)[19]], considera objecto originário do processo pontifício a verificação da continuidade dos *sacra familiaria*[20]. Sobre o influxo do *princeps* sobre o processo pontifical, depois de referir a superveniência do processo de *adrogatio ex rescripto principis* a partir do séc. II, menciona a participação presumível dos *principes* no séc. I na qualidade de *pontifices maximi* no processo de decisão do colégio, o que se terá reflectido de igual modo na sua ingerência e participação nos processos pontificais relativos à *adrogatio*, a alteração do estado de coisas no séc. II com a intervenção do *princeps* nas vestes de César (não de *pontifex maximus*) no processo de *adrogatio*, moldando, desta forma, o espaço de competência do colégio, até que na segunda metade do séc. II e início do séc. III deixa de haver referências a uma efectiva e presencial participação do *princeps* no colégio, decidindo com base em epístolas[21]. Relativamente ao processo *per populum*, aquilata da equiparação das referências nas fontes a *populus* como *comitia curiata*, definindo-os[22], e da sua tramitação[23]. Fecha a análise procedimental com a

vitalícia do cargo, o recrutamento inicialmente por cooptação e posteriormente adulterado pela *lex Domitia* de Sila, César e a intervenção do(s) *princeps*(*ipes*). Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 78-82.

[19] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 92-94.

[20] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 82-84.

[21] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 86-90.

[22] Abordando a sua composição em 30 cúrias, estruturação gentilícia e de comunhão de culto, competências (as quais eram genericamente de direcção e representação sacramental da comunidade: *adrogatio*, *transitio ad plebem*, cooptação para o estado de patrício, a confirmação do cargo dos magistrados maiores com *imperium*, a *inauguratio* dos pontífices, *augures* e *vestiales*), o *curio maximus* (só em 209 eleito um plebeu, quase um século após a *lex Ogulnia*), a queda da ordem das cúrias e os esforços de restauração de Augusto, a representação dos *comitia curiata* por (30) *lictores* e a sua convocação por magistrados com *ius agendi cum populo* (cônsules e pretores) que não por pontífices (como sugerido por Aulo Gélio (*Noctes Atticae*, 15, 17, 1) (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., p. 95-105). Sobre a relação entre *comitia curiata* e *calata*, a autora, com base em Aulo Gélio (*Noctes Atticae*, 15, 27, 1-3), caracteriza os segundos como aqueles "*quae pro conlegio pontificum habentur*", os quais podiam reunir tanto como *curiata* como *centuriata*, caso convocados por um *lictor curiatus* ou por um *cornicen*; por outro lado, refere os *comitia calata* tinham meras funções de conselho e de testemunho (para conselho, testemunhar um testamento ou uma *detestatio sacrorum* – na medida em que são *contiones* –, ao contrário dos *curiata* que tinham verdadeiras funções decisórias (Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 102-105 e 107-124).

adrogatio ex rescripto principis: a substituição paulatina da *adrogatio per populum* pela *ex rescripto principis*, a inexistência da *adrogatio per populum* no Direito romano justinianeu (cf. Gaio 1, 98 e Gaio 1 das instituições D. 1, 7, 2 pr.), a datação do termo da *adrogatio per populum* (com análise da constituição de 293 em C. 8, 47, 6, e da constituição de 286 em C. 8, 47, 2, 1), a eficácia imediata da *adrogatio* através de rescrito, o seu aparecimento no séc. II (com base, entre outros factores, nas *Institutiones* de Gaio 1, 101, com a *adrogatio* de mulheres, na constituição antoniana de 212 e na extensão do processo às províncias, a apresentação ao imperador de questões relacionadas com a *adrogatio* de impúberes, as *adrogationes* de Trajano por Nerva e de Adriano por Trajano)[24].

O capítulo IV encontra-se dedicado à *adrogatio* de libertos, principiando a autora por dividir a análise entre: (*i*) a admissibilidade da *adrogatio* de libertos segundo o *ius civile* (a que responde afirmativamente, trazendo à colação D. 1, 7, 15, 3; (*ii*) a exclusão

[23] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 107-147. Entrando na marcha do processo, começa pela discussão dum suposto prazo de promulgação (de "*trinum nundinum*") entre a proposta e votação, bem como a proibição de que decorresse a *adrogatio* contra os auspícios, para passar à *detestatio sacrorum* perante os *comitia calata*: dá conta da discussão em torno da sua definição, que toma como o acto mediante o qual os deveres sacramentais são aceites, perdidos ou modificados; caracteriza os *sacra privata* (podendo integrar encargos deveres de culto individuais, da família ou da *gens*) e o encarregue dos mesmos (que não cessam com a morte do seu cultor ou "portador", antes se transmitem; em regra, era o *pater familias* o encarregue dos *sacra privata*), bem como o facto de ser feita perante os *comitia calata* e de poder sê-lo no contexto de um processo de *adrogatio*. A autora aborda também o juramento, mencionado por Aulo Gélio (*Noctes Atticae*, 5, 19, 6), como parte do processo de *adrogatio*, o que encara com cepticismo. Quanto ao processo de *adrogatio* perante os *comitia curiata*, retracta: (*i*) a questão colocada por ambos os interessados na *adrogatio* perante o magistrado e o povo e a *rogatio populi* de *lex* (Gaio, 1, 99); (*ii*) a ficção contida na fórmula de *rogatio*, que levava a uma decisão dos *comitia* ficcionando ser filho nato do arrogante para efeitos da constituição da relação de *patria potestas*; (*iii*) a necessidade de ratificação pelo Senado (*auctoritas patrum*). Depois de afirmar a pouca flexibilidade do processo quanto ao local em que ocorria (em Roma apenas) e a alteração paulatina do estado de coisas (que se consolida após 212 d. C., com a chamada *adrogatio* por rescrito imperial), a autora dedica-se à natureza jurídica da *adrogatio* como *lex* (pública) ou acto de Direito privado, concluindo, após análise das fontes relevantes, pela ambivalência ou hermafroditismo do mesmo.

[24] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 147-158.

da *adrogatio* de libertos no plano do *ius pontificium* (onde aborda a *adrogatio per obreptionem,* conseguida através da ocultação da qualidade de liberto do arrogante: D. 2, 4, 10, 2; 37, 12, 1, 2; e 1, 7, 46). A autora não deixa de abordar, a propósito dos efeitos da *adrogatio* de libertos, o conceito de *libertos* e *libertinus*, o de *libertus alienus*, o estatuto e posição sociais respectivos, o *ius anulorum aureorum* e a sua ligação com a *adrogatio*, bem como a *ingenuitas* e o patronato. Considera eficaz a *adrogatio* de libertos e também a *adrogatio liberti alieni per obreptionem*, apesar de serem-lhe recusados os *ius ingenuitatis*[25].

O capítulo V versa a *adrogatio* de mulheres, as quais, não obstante, não dispunham, no Direito clássico, de capacidade activa para arrogar, apesar de o tema ser discutido mais tarde e a mesma capacidade ter sido recusada com fundamento em motivos de Direito privado (falta de *potestas*), demonstrando o entrecruzar, neste tema, de considerações de Direito privado, a par das originárias questões de Direito público[26]. A capacidade passiva para serem arrogadas teve lugar no séc. I em que se manteve a sua inadmissibilidade através de processo *per populum*, mas no séc. II será já possível através de *rescriptum* imperial[27].

O capítulo VI versa a *adrogatio* de *pupilli*, começando com a sua originária inadmissibilidade e respectivos fundamentos (Pseudo--Ulpiano 8.5, Gaio 1.102, Aulo Gélio *Noctes Atticae*, 5.19.7 e 10)[28], para passar à sua introdução por Antonino Pio, através de *epistula* imperial (Pseudo-Ulpiano 8.5, Gaio 1.102, Ulpiano em D. 1, 7, 17, 1, Papiniano em D. 1, 7, 32, 1), nas relações entre tutor e pupilo, abordando os diversos problemas suscitados pela natureza e extensão do próprio acto em causa, designadamente a sua natureza jurídica, entre acto privado e ou público[29].

O capítulo VII é dedicado à *adrogatio* do *minor viginti quique annis*, começando pela análise de Modestino em D. 1, 7, 8 (como testemunho de *cura minoris*, a necessidade de assistência do *curator*,

[25] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 159-215.
[26] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 216-221.
[27] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 216-237.
[28] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 238-257.
[29] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 257-297.

a *auctoritas curatoris* como *consensus*, as alterações jurídicas sob o imperador Cláudio) e pelos especiais requisitos da *adrogatio* do *minor* (sob análise de Ulpiano em D. 1, 7, 17 pr.)[30].

No capítulo VIII, debruça-se sobre a idade dos legitimados à *adrogatio* como seu pressuposto, começando pela idade mínima do arrogado (cujo patamar era até Antonino Pio a *pubertas*), para passar à idade mínima do arrogante (e a discussão à luz de Ulpiano em D. 1, 7, 15, 2, da idade de 60 anos)[31], culminando com o tema pungente da relação etária entre arrogante e arrogado (designadamente quanto a saber se alguém mais jovem poderia arrogar alguém mais velho), onde a autora retoma a análise do *De domo sua* de Cícero, a propósito da *adrogatio* de Clódio (33 anos) pelo seu cliente Fonteio (nos seus vintes), de forma a aceder ao estatuto de plebeu e, destarte, concorrer ao tribunato da plebe (a par dos testemunhos de Gaio 1.106, Ulpiano em 1, 7, 15, 3, Modestino em D. 1, 7, 40, 1, Javoleno em D. 1, 7, 16)[32]. A análise permite-lhe concluir que, até ao tempo de Cícero, segundo a *praxis* pontifical, o arrogante teria de ser mais velho do que o arrogado. No período clássico, manter-se-á uma tensão entre "camadas jurídicas" neste tocante, acusando as fontes uma perspectiva jurisprivatística do acto dissociada ou integrada com a anterior regra pontifical (Gaio, Ulpiano).

No capítulo IX, a análise gira em torno da fertilidade ou capacidade reprodutiva como pressuposto da *adrogatio*, mediante análise das fontes (Cícero, *De domo sua*, 13.34, 14.36, Aulo Gélio, *Noctes Atticae*, 5.19.6, Pseudo-Ulpiano 8.6, Modestino em D. 1, 7, 40, 2), do conceito de *spado*, a capacidade de *adrogatio* do *spado* segundo o *ius civile*, os testemunhos dos escritos das escolas como reflexo de alterações jurídicas e o paralelo na *datio in adoptionem*, concluindo pelas diferentes posturas ao nível do Direito civil e pontifical da infertilidade do arrogante e a contraposta fertilidade do arrogado.

Depois do capítulo X, que se destina aos fins da *adrogatio* (social e juridicamente aceites: providenciar a um *pater familias* sem descendência masculina um *filius* que, após a morte daquele, mantém o seu nome, património e culto (*hereditas nominis, pecuniae,*

[30] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 300-315.
[31] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 316-334.
[32] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., pp. 334-377.

sacrorum; sem deixar de inquirir a possibilidade doutros a par destes, bem como a validade da regra *adoptio naturam imitatur* no Direito romano clássico à luz do *ius pontifium* e *civile*, em particular, a circunstância de tal regra pontifical não traduzir, pelo *ius civile*, parâmetro de validade do acto), apresenta uma conclusão, traduzida num último capítulo autónomo para italiano.

3. Acima sumariados os aspectos essenciais da monografia, esta obra de fôlego da autoria de Anna Margarete Seelentag sobre o importante tema da *adrogatio* – que, parafraseando-a, consta dentre os mais antigos do Direito privado romano[33] –, a que infelizmente não tem a doutrina portuguesa dedicados estudos autónomos de envergadura, apresenta-se um marco incontornável na jurisromanística internacional, mostrando a salutar pujança do desenvolvimento do estudo do Direito romano na Alemanha, fundamental ao desenvolvimento da ciência jurídica. O método é correcta e claramente exposto, a leitura e análise interpretativa das fontes devidamente feita e as conclusões cuidadosamente ponderadas.

Sem qualquer prejuízo ao mérito desta obra de fôlego, não podemos, porém, deixar de tecer alguns reparos construtivos, com o intuito de promover a discussão sobre determinados aspectos da tese que, dentre outros, julgamos importantes.

Desde logo, permitimo-nos a liberdade de questionar o título escolhido pela autora, que, inspirado numa passagem de Cícero, em *Brutus*, 42.156[34], não directamente relacionada com o tema da *adrogatio*, se apresenta como mais abrangente do que o estudo a que se propõe. Com efeito, como a autora bem reconhece, o *ius pontificium* é francamente mais vasto do que a *adrogatio*, assim como vários institutos houve em que aquele se entrecruzou com o *ius civile*. Todavia, o título da obra é precisamente *Ius pontificium cum*

[33] Anna Margarete Seelentag, *Ius pontificium*..., p. 66.

[34] Com o seguinte teor: "*(...) audiui enium nuper eum studiose et frequenter Sami, cum ex eo ius nostrum pontificium, qua ex parte cum iure ciuili coniunctum esset, uellem cognoscere (...)*". Cf. também, com interesse, Cícero, em *De Orat.* 3.33.136 ("*(...) aut iuris scientiam, ne eius quidem uniuersi, nam pontificium quod est coniunctum, nemo discit*") e em *De Legibus*, II.47.

iure civili coniunctum. Melhor fora, pelo contrário, que colocasse o subtítulo como título (*Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit*) e vice-versa.

Em segundo lugar, duvidamos da mais-valia que possa trazer à análise do problema a divisão omnipresente entre Direito civil e pontifício, que, amiúde, aparece com um certo sabor de mero *tópos* discursivo sem visível respaldo nas fontes, nem consequências de regime jurídico. Esta "artificialidade" mais se denota à medida que a autora avança cronologicamente na análise do instituto, como sucede quando passa à *adrogatio* de mulheres, pupilos ou menores. Por outro lado, pelo interesse de que se revestem para a ulterior clarificação do conceito de *ius pontificium*, ficam por aprofundar, ainda que perfunctoriamente, as relações entre este e o *ius augurium* (*augurum* ou *augurale*), o *ius fetialium* (ou *fetiale*) e o *ius flaminum*, que não se bastam com uma apressada e parca referência em três linhas de uma nota de rodapé[35]. De igual modo, para quem assume como metodicamente relevante a consciência das áreas e camadas jurídicas na análise do Direito romano, designadamente num tema que entrecruza *ius civile* e *ius pontificium*, a análise conjunta e sistemática que faz das relações entre *ius publicum* e *ius privatum* (42-43) e da inserção do *ius sacrum* e *sacerdotale* no *ius publicum* por Ulpiano (sem prejuízo das muitas referências esparsas que se encontram ao longo do livro) poderiam apresentar maior detalhe, ao invés de bastar-se amiúde com referências da manualística (alemã, por norma).

A obra beneficiaria ainda do aprofundamento das competências dos órgãos que intervêm no processo de decisão e da comparação e delimitação de esferas de actuação relevantes face a outros órgãos relevantes (além dos *comitia calata*, que a autora versa, também os *centuriata*, os *tributa* e os *concilia plebis*[36]). O posicionamento que expressa neste particular é patente quando, a propósito da relação das competências do Senado e do colégio pontifical, sobretudo

[35] Precisamente na nt. 155 da p. 45.

[36] Por ex. no capítulo III, a propósito da identificação nas fontes dos *comitia curiata* como *populus* (96-97), em época clássica, impor-se-ia mais alongada referência aos *comitia centuriata* enquanto assembleia representativa do mesmo e a concatenação com as referências àqueloutros.

tendo em atenção o desfecho do processo que opôs Cícero e Clódio, a autora se basta com a remissão para outros autores[37], quando deveria, pelo menos, esforçar-se por explicá-la. Também a tese segundo a qual, na monarquia, o *rex* assumia a aprovação da *adrogatio* é especulativa, sem conforto nas fontes disponíveis. A propósito da ficção presente na *rogatio* aos *comitia curiata* (Gaio 1.99)[38] e da *actio ficta* no âmbito das acções contra o arrogado, estranha-se, de igual modo, a citação de autores relevantes que contribuíram para o estudo do tema, como é o caso de Santos Justo.

A monografia perde também ao abordar temas nem sempre cronologicamente coincidentes, como sejam a *adrogatio* de libertos, a de mulheres e de pupilos, em que, ademais, paulatinamente se perde o contacto com o tema central da ligação entre *ius civile* e *pontificium*.

Estranha-se também numa obra com tamanha profundidade que, tendo em atenção constituir a *adrogatio* uma das formas ou um dos factos (de produção complexa) aquisitivos da *patria potestas*, não tenha a autora tido a atenção de abordar, com o devido vagar, este último conceito fulcral do Direito familiar romano de matriz patriarcal. Da mesma forma, cremos, não é de afastar *in limine* a par antiguidade da *adoptio* em relação à *adrogatio*, que a autora rejeita[39], atentas as básicas finalidades sociais que aquela prossegue.

A final, fica-nos, contudo, uma obra memorável, que, marcando o estudo do Direito familiar romano, as fronteiras entre Direito público e privado, pontifício e civil, se assumirá como de leitura obrigatória a quem à investigação deste ou de qualquer tema colateral se dedique.

Francisco Rodrigues Rocha
Universidade de Lisboa

[37] *In specie*, D. F. C. Thomas (*Priests and Politicians: Reflections on Livy and Cicero's de domo sua*, em *Roman Crossings, Theory and Practice in the Roman Republic*, ed. K. Welch / T. W. Hillard, Swansea, 2005, pp. 126-135.

[38] A pp. 129-133.

[39] A pp. 66-67.

Interpretatio Prudentium

direito romano e tradição romanista em revista
diritto romano e tradizione romanistica in rivista
roman law and roman legal tradition in review

I, 2016, 1

interpretatio@fd.ulisboa.pt
www.thdulisboa.com