

**QUÃO ROMANÍSTICOS SÃO OS FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS
DOS DIREITOS PRIVADOS EUROPEUS E IBERO-AMERICANOS?
REFLEXÕES A PROPÓSITO DA TRIPARTIÇÃO GAIANA
ADOPTADA POR PASCOAL DE MELLO FREIRE**

How roman are the roman foundations of european and ibero-american private law? Reflections on gaian tripartition of law adopted by Pascoal de Mello Freire

JORGE SILVA SANTOS
Universidade de Lisboa

Resumo: Tomando por mote a sistematização gaiana adoptada numa obra fundamental da ciência do direito civil da cultura portuguesa –As *Institutiones juris civilis Lusitani, cum publici tum private* de Pascoal de Mello Freire– este artigo tem por finalidade ponderar o sentido e os limites da afirmação de uma continuidade entre Direito Privado Romano e os Direitos Privados Europeus e Ibero-Americanos.

Palavras chave: Direito Privado Romano; Direito Privado Europeu e Ibero-Americano –(des)continuidade–; Digesto.

Abstract: Under the heading of the Gaian systematization adopted in a fundamental work of portuguese civil law culture –Pascoal de Mello Freire's *Institutiones juris civilis Lusitani, cum publici tum private*– this article aims to critically analyze the meaning and the limits of the position which defends a continuity between Roman Private Law and European and Ibero-American Private Law.

Keywords: Roman Private Law; European and Ibero-American Private Law –(dis)continuity–; Digesto.

SUMÁRIO: I.—Continuidade e ruptura na tradição romanista. O caso português. II.—A experiência jurídica romana como imprescindível termo de comparação. III.—O Digesto, não a experiência jurídica romana, como fundamento. IV.—O Digesto como diferença significativa. V.—Conclusão: necessária superação da tese da continuidade.

I. CONTINUIDADE E RUPTURA NA TRADIÇÃO ROMANISTA. O CASO PORTUGUÊS

A obra *Institutiones juris civilis Lusitani, cum publici tum private*, da autoria de Pascoal José de Mello Freire (1738-1798)¹, lente da Faculdade de Leis da Universidade de Coimbra, escrita com a finalidade de, observando o disposto nos Estatutos da Universidade², servir de compêndio para os alunos da cadeira de Direito Pátrio, que leciona a partir de 1772, publicada em 1789-94³, tem sido assinalada como momento inaugural da literatura jurídica conducente à moderna ciência do direito civil⁴. Na abertura do Título I do Livro II das *Instituições*, que, na economia expositiva da obra, corresponde ao início do tratamento do Direito Particular – aquele que se opõe ao Direito Público, pode ler-se: «omne jus, quo in Civitate nostra utimur, vel ad personas spectat, vel ad res, vel ad actiones».

Perante tal afirmação, qualquer jurista culto recordar-se-á da célebre tripartição gaiana –*personae, res, actiones*– mimetizada nas instituições de Justiniano. Integrará a obra, conseqüentemente, no seio da tradição romanista. E poderá, sem mais, pressupor que a obra de Mello Freire –que serviu de compêndio de estudo obrigatório nas cadeiras de Direito pátrio e Direito civil em Coimbra, desde 1805 a 1845⁵, representa um momento de continuidade entre

¹ Referências ao Autor e à obra podem ser consultadas na notícia biobibliográfica preparada por HESPANHA A. M., constante de Dauchy, S./Martyn, G./Musson, A./Pihlajamäki, H./Wijffels, A. (eds.), *The formation and transmission of western legal culture. 150 books that made the law in the age of printing*, S. Dauchy ed, Switzerland, Springer, 2016, 310-314.

² Uma análise precisa e concisa da prática de ensino resultante dos Estatutos Pombalinos pode ser consultada em MERÊA, M. P., «Lance de olhos sobre o ensino do direito (Cânones e Leis) desde 1772 até 1804», em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 33, 1957, 187-214, recolhido em *Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal (1772-1902)*, Lisboa, INCM, 2005, 7-31.

³ Ulyssipone, Typ. Regalis Academiae scientiarum.

⁴ MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», em *RFDUL*, 29 1988, 179-454 (276-279); MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina*, Coimbra, Almedina, 2001, 52-55 (55) e 108-110.

⁵ Data em que foi substituído pelas *Instituições* de Coelho da Rocha, de que se falará infra. Cfr. MERÊA, M. P., «O ensino do direito em Portugal de 1805 a 1836», em *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, I, Lisboa, Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1947, 149-190; recolhido em *Id.*, *Estudos*

a experiência romana e a contemporânea. Poderá pressupor, afinal, tratar-se de mais uma manifestação da dimensão fundamental que a experiência romana tem para a conformação do direito civil na cultura jurídica europeia, na portuguesa em particular.

E poderá fazê-lo, sobretudo, na medida em que a visão comumente apresentada do direito civil português atribui ao direito romano o papel de antecessor directo, fonte quase inesgotável de conceitos e soluções, de uma gramática que se mantém estruturante dos quadros intelectuais sobre os quais foi sendo erguido o corpo normativo e dogmático do Direito civil⁶.

Neste contexto, a leitura da obra de Mello Freire, pode, hoje, inculcar num leitor atento a indelével impressão de uma confirmação. A obra constituirá argumento justificativo de uma visão da história do direito civil que vê na dogmática actual o resultado de uma secular mas contínua depuração, no essencial linear e como que natural, de uma tradição jurídica, a romanista. Um episódio fulcral a que se somariam, no tríptico essencial da história do direito civil português contemporâneo, os magistérios de dois outros não menos célebres Professores de Direito Civil em Coimbra: Coelho da Rocha (1793-1850)⁷, autor de umas *Instituições de Direito Civil Português*⁸ – e Guilherme Alves

de história do ensino jurídico em Portugal (1772-1902), Lisboa, INCM, 2005, 34-83, de que se cita. Cfr. aqui, para o que é dito no texto, p. 64.

⁶ Ver, a título meramente ilustrativo, VAZ SERRA, «Culpa do Devedor», em 68, 1957, 13-151, 15; Manuel DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 1953, 13-15; CABRAL DE MONCADA *Lições de Direito Civil (Parte Geral) I*, Coimbra, Almedina, 1932, 5; RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das obrigações ou 10 anos de regência da disciplina. Relatório apresentado para obtenção do título de agregado em direito na Faculdade de Economia da Universidade do Porto*, Porto, 1991, 21; MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria geral do direito civil. Relatório» cit., 201, *Tratado de Direito Civil I, Parte Geral. Tomo I*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, 117 ss; ID., *Tratado de Direito Civil VI, Direito das Obrigações: Introdução. Sistemas e Direito Europeu. Dogmática geral*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, 35 ss.; MENEZES LEITÃO, L., *O ensino do Direito das Obrigações*, 10-11; ID., *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, I., 6.^a ed., 18; ID., *Direitos Reais*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, 13; CAPELO DE SOUSA, R.: *Teoria geral do Direito Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 143, n. 335; Alberto VIEIRA, J., *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 74; BONIFACIO RAMOS, J., *Direitos Reais. Relatório*, Lisboa, AAFDL, 2013, 17.

⁷ Elementos para traçar o perfil de Coelho da Rocha podem ser recolhidos em «Centenário da morte de Manuel António Coelho da Rocha. Discursos proferidos pelo Dr. Henrique de Brito Câmara e pelos Profs. Drs. Manuel Augusto Domingues de Andrade e Guilherme Braga da Cruz, 26, 1950, p. 275-301.

⁸ *Instituições do Direito Civil Português*, I, 1.^a ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844. Cfr. HESPANHA, A. H., «Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas», em HESPANHA, A. M., *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978, 70-149, REIS MARQUES, M., *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do direito moderno*, Coimbra, suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987, 185-187; MENEZES CORDEIRO, A. «Teoria geral do direito civil. Relatório» cit., 284-289. Para as fontes utilizadas por Coelho da Rocha ver GAUTIER LUSO SOARES, F. J., *As instituições de Coelho da Rocha. Contributo para a formação do direito civil português moderno: alguns aspectos*, Lisboa, 1997, tese de

Moreira (1861-1922)⁹, igualmente Autor de umas *Instituições de Direito Civil Português*, de 1907¹⁰.

A Coelho da Rocha atribui-se, por força da superação das Instituições de Mello Freire e da adopção do modelo expositivo proposto por Ferdinand Mackeldey¹¹, a recepção da sistematização e dos conceitos estruturantes resultantes dos tratadistas de direito natural e civil do final de setecentos, início de oitocentos e da primeira pandectística através da qual deu luz ao mais conseguido modelo expositivo do direito civil português anterior à feitura do primeiro Código Civil português, de 1867, também conhecido por Código de Seabra¹².

mestrado em Ciências Histórico-Jurídicas apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, 84, e, desenvolvidamente e em confronto com outras obras da época, HESPANHA, A.M., «Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX: Um ensaio de análise de conteúdo», em *Quaderni Fiorentini* 39, 2010, 109-151 (135-145).

⁹ Elementos biográficos e académicos podem ser consultados em BRAGA DA CRUZ, G., *A Revista de Legislação e de Jurisprudência. Esboço da sua história*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1975, 431 e ss., nn. 1051, 1052, 1055-1060 e ARAÚJO, A., «Moreira, Guilherme Alves (1861-1922)», em Maria Fernanda ROLLO, *Dicionário de história da I República e do republicanismo*, II, Lisboa, Assembleia da República, 2014, 1049-1050.

¹⁰ *Instituições do Direito Civil Português, I. Parte Geral*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907. Ver MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», *RFDUL* 29 1988, 179-454, 309. Em 1911, MOREIRA, G., faz publicar *Instituições do direito civil português, II. Das obrigações*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1911. Cfr. MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina*, Coimbra, Almedina, 2001, 108-110. Trata-se de uma obra com «pré-edição», sem referência à autoria, com data provável de 1903 (cfr. MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», cit., 307, MOTA PINTO, P., *Declaração tácita*, cit., 11, n. 21; MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações*, cit., 107-108, n. 437; VIEIRA, J.A., *Direitos Reais. Perspectiva histórica do seu ensino em Portugal*, Lisboa, 2008; ALBUQUERQUE, P., *Direitos Reais. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, Coimbra, Almedina, 2009, 164-166), por sua vez assente em lições de 1899-1900 (É o juízo de MERÊA, M. P., «Esboço de uma história da Faculdade de Direito (2.º período: 1865-1902)», em *BFD* 29, 1953, 23-197, *BFD* 30, 1954, 142-168 e *BFD* 31, 1955, 72-95, recolhido em *Estudos de História do Ensino* cit., 177-337, 247, n. 489, segundo o qual «grande parte das referidas lições foi utilizada, com modificações e desenvolvimentos, no vol I das *Instituições de Direito Civil*». Retoma a ideia ALBUQUERQUE, P., *Direitos Reais. Relatório*, Coimbra, Almedina, 2007, 165).

¹¹ O próprio COELHO DA ROCHA, na prefacção das suas *Instituições* (pp. I-VII, em especial na v) identifica a importância da obra de MACKELDEY, na tradução francesa, *Manuel de Droit Romain contenant la théorie des institutes*, de 1837. Sobre o tema pode consultar-se MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório» cit., 284-289; SINDE MONTEIRO, J., «Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966», em *RLJ* 132 (1999/2000), 34-41 e 69-73 = «Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966», em *BFD* 75 (2003), 182-207 (versão em alemão em ERIC JAYME/HEINNZ-PETER MANSEL (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht – 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder* (Symposium in Heidelberg, 29.-30.11.1996), Nomos, Baden-Baden, 1997, 29-49).

¹² GALVÃO TELLES, I., «Coelho da Rocha e o Código civil napoleónico», em *Lusiada. Direito. Lisboa* 3 2005 245-248, afirma-se convencido de ter sido o estado debilitado de saúde em que se encontrava Coelho da Rocha o motivo de não ter sido este o escolhido para a empresa codificadora. De forma menos explícita, tal hipótese surge também em DE ANDRADE, M., «Em memória do Visconde de

Por fim, em Guilherme Moreira, já apelidado de «patriarca da moderna civilística portuguesa»¹³, elogia-se a adopção do sistema das pandectas tardo-oitocentistas assente na teoria geral da relação jurídica¹⁴, sucessivamente introduzida nos planos de estudo¹⁵, concretizada no en-

Seabra», cit., 283. Também REIS MARQUES, M., *O liberalismo e a codificação*, 188, n. 490 afirma serem estes «os dois homens que na segunda metade do século XIX estavam em condições de fazer um código civil».

¹³ A expressão é de ALMEIDA COSTA, M.J., *História do Direito Português*, 4.^a ed. revista e actualizada com a colaboração de FIGUEIREDO MARCOS, R. M., 2009, 65. Surgiu já na edição anterior, de 1999 (p. 57).

¹⁴ MARNOCO E SOUSA, J., e ALBERTO DOS REIS, J., *A Faculdade de Direito e o seu ensino*, Coimbra, França Amado Editor, 1907, 67-70; ALBERTO DOS REIS, J., «Palavras do dr. José Alberto dos Reis, como director da faculdade», em *BFD* 7, 1921-23, 277-281; «Palavras do dr. João Tello de Magalhaes Collaço, como representante da Faculdade de Direito de Lisboa», em *BFD* 7, 1921-23, 281-286; «Palavras do dr. Fernando Emidio da Silva, como colega e antigo discípulo», em *BFD* 7, 1921-23, 287-289; ALBERTO DOS REIS, J.A., «Dr. Guilherme Alves Moreira», *RLJ* 2198, 55, 2 de setembro de 1922, 129; BELEZA DOS SANTOS, J., «O Professor Guilherme Moreira», em *BFD* 11, 1929, 422-428; CABRAL DE MONCADA, L., *Lições de Direito Civil. Parte Geral*, Coimbra, Atlântida, 1932, 127; ID., *Lições de Direito Civil. Parte Geral*, 2.^a ed., Coimbra, Arménio Amado, 1954, 140; PAES DA SILVA VAZ SERRA, A., «Discurso proferido pelo Doutor Adriano Paes da Silva Vaz Serra», em *BFD* 37, 1961, 188-198; ANTUNES VARELA, J., «Discurso proferido pelo Ministro da Justiça, Doutor João de Matos Antunes Varela», em *BFD* 37, 1961, 199-204; MANUEL PAULO MERÊA, «Esboço de uma história da Faculdade de Direito (2.^o período: 1865-1902)», em *BFD* 29, 1953, 23-197, *BFD* 30, 1954, 142-168 e *BFD* 31, 1955, 72-95 = «Esboço de uma história da Faculdade de Direito...», cit., 234-235; CARVALHO, O., «A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites», em *Revista de Direito e de Estudos Sociais* XVI, 1969, 1-2, 55-101 e 3-4, 249-268, 253-256 e *A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, 2.^a ed., Coimbra, Centelha, 1981, 78-79; BRAGA DA CRUZ, G., *A Revista de Legislação e de Jurisprudência. Esboço da sua história*, Coimbra, Coimbra Editora, 1975, 431-437, 882; SAMPAIO E MELLO, G., *Apontamentos para a história do ensino do direito romano em Portugal de 1895 aos nossos dias*, Lisboa, FDL, Relatório de mestrado em direito romano, 1985, 55-62 e *Apontamentos para a história do ensino do direito romano em Portugal. I, 1895-1910*, Lisboa, sem editor, 1991, com 2.^a edição em 1997, 102-111; ARAÚJO, F., *O ensino da história do direito na Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra (1910-1931)*, Lisboa, FDL (relatório de mestrado), 1986, 6; VERA-CRUZ PINTO, E., *A história do ensino da história do direito na Faculdade de Direito de Coimbra (1836-1901)*, Lisboa, FDL (relatório de mestrado), 1986, 212; MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria geral do direito civil. Relatório», cit., 305 e ss., *Tratado de Direito Civil, I*, cit., 173 e 236-237; ID., *Tratado de Direito Civil VIII, Direito das Obrigações: Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil*, 2.^a reimpressão da 1.^a edição do tomo III da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2012, 361; *Tratado de Direito Civil VI* cit., 186-188; RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das obrigações* cit., 37-40; HÖRSTER, E., *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, 138; FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, I, Coimbra, Almedina, 1992, 22, n. 74; CARVALHO FERNANDES, L., *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Lisboa, Quid Juris, 1993, 147-148; MOTA PINTO, P., *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995, 11-12 (ver o que escreve nas notas 20 e 21) e *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 226-227; MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações*, cit., 107-109; VIEIRA, J., *Direitos Reais. Perspectiva histórica do seu ensino*, cit., 50-52; ALBUQUERQUE, P., *Direitos Reais. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, cit., 154-155.

¹⁵ Reformas de 1913 (decreto n.º 118, de 4 de setembro), 1923 (decreto n.º 8578, de 8 de janeiro), 1928 (decreto n.º 16044, de 16 de outubro) e 1945 (decreto n.º 34850, de 21 de agosto) reordenando o ensino do direito civil em função da teoria geral e das quatro partes especiais. Ver, em síntese, MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», cit., 317.

sino¹⁶, adoptada na Comissão revisora¹⁷ e consagrada no Código Civil de 1966¹⁸.

A obra destes autores constitui, assim, elemento axial da afirmação de uma continuidade entre o direito romano justiniano e o direito civil actual. O argumento que aqui se defende é no entanto outro. A obra de Mello Freire pode antes ser configurada como um episódio bem ilustrativo das rupturas e contradições que marcam a utilização secular de um único texto, a compilação justiniana. Utilização plural e polifónica, dificilmente reconduzida a leituras que se tornem dominantes, e em que apenas a passagem do tempo fez esquecer as múltiplas vozes singulares coevas das que *não foram esquecidas*.

Um exemplo, afinal, de que a afirmação da existência e relevância de fundamentos romanísticos nos direitos privados europeus e da América Latina comporta elevados riscos se associada a leituras lineares da tradição romanista como a uma a-histórica apologia de um monocórdico direito comum europeu, riscos inerentes a diversas propostas programáticas antes e depois da segunda guerra mundial.

Recorde-se, ainda nos anos 30, a proposta de Paul Koschaker¹⁹, particularmente influente na configuração do ensino de Direito Romano protagonizado em

¹⁶ O processo pode ser acompanhado em MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», cit. Ver tb. CARVALHO, O., «A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites», em *Revista de Direito e de Estudos Sociais* XVI, 1969, 1-2, 55-101 e 3-4, 249-268, 253-256, muito crítico relativamente ao significado ideológico de tal consagração. Após a morte de Moreira, o modelo foi consagrado por CABRAL DE MONCADA, L., *Lições de Direito Civil. Parte Geral*, I, Coimbra, Atlântida, 1932, 229 e ss.; PINTO COELHO, L., *Direito civil. Teoria Geral da Relação Jurídica. Apontamentos das lições dadas ao 2.º ano jurídico 1953/1954, coligidos por José Dias Bravo*, Lisboa, AAFDL, 1953, 26 e ss, afastando a orientação de José TAVARES e acolhendo a de CABRAL DE MONCADA; DIAS MARQUES, J., *Teoria geral do direito civil. Lições ao curso de 1956-57 da Faculdade de Direito de Lisboa*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1958, 21-28.

¹⁷ Decreto n.º 33908, de 4 de setembro. As linhas de força da revisão podem ser acompanhadas num escrito do seu mentor, VAZ SERRA, A., «A revisão geral do Código Civil. Alguns factos e comentários», em *BMJ* 2, 1947, 24-76, 32, 34 e 39.

¹⁸ Como refere MENEZES CORDEIRO, A., «Evolução juscientífica e direitos reais», *ROA* 1985 1, 71-112, 77, «o sentido profundo da codificação realizada visou consagrar na lei a recepção, operada pela doutrina portuguesa desde MOREIRA, do pensamento jurídico da pandectística, consagrado no Código Civil alemão de 1896». Veja-se tb. ANTUNES VARELA, J., «Código Civil», em *Pólis* 1, 1983, 929-944, 931 ss.. e GUICHARD, R., «A elaboração do Código Civil de 1966. Sua génese, sistematização e técnica legislativa, em especial, a adoção de uma parte geral» em VAZ DE SEQUEIRA, E., e OLIVEIRA E SÁ, F., (coord.), *Edição comemorativa do centenário do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, 69-110.

¹⁹ Para uma análise pormenorizada do conteúdo e das circunstâncias do programa metodológico do Autor ver, desenvolvidamente, com múltiplas referências, BEGGIO, T., *Paul Koschaker (1879-1951). Re-discovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2018.

Coimbra por Cabral de Moncada²⁰, e em Lisboa por Inocêncio Galvão Telles²¹ - e, já no segundo pós-guerra, a fundação do *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* e a orientação aí assumida sob direcção de Helmut Coing, confluindo um rumo às linhas de investigação aí prosseguidas e influenciando gerações de jurishistoriadores, nomeadamente no que respeita à possibilidade de um direito privado europeu poder constituir o objecto da historiografia jurídica²².

²⁰ Veja-se os artigos «A actual crise do romanismo na Europa», em *BFD* 16, 1939-40, 246-253 e 551-565; e, repetindo o título, «A actual crise do romanismo na Europa», agora em *BFD* 19, 1943, 456-477, nos quais acompanhava as orientações propostas e praticadas por KOSCHAKER. Em *Elementos de história do direito romano, II, Parte geral. Teoria da relação jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1923-1924, 12-13, Moncada afirmara já que «noções e conceitos fundamentais como direito objectivo e subjectivo, sujeito de direito ou pessoa, relação jurídica, acto jurídico, direito real, propriedade, etc. eram para os romanos – ainda mesmo para os clássicos – noções e conceitos que se pressupunham no estudo de toda a jurisprudência». Para o Autor, «semelhantes quadros e como que categorias do pensamento jurídico, fóra dos quais nós não sabemos raciocinar sobre o direito [...] com certeza se impunham já aos romanos e talvez com a mesma lógica impreteribilidade com que a nós se nos impõem». Como se percebe, a leitura do Autor confere ao direito romano a função de gramática e vocabulário do direito civil ahistoricamente configurado. Atribui à experiência jurídica romana, nomeadamente à que tem sido apertada sobre as vestes de clássica, função prescritiva. Entrevê-se, na posição assim assumida, o criptojusnaturalismo de que fala CUENA BOY, «Derecho romano y dogmática», *CIAN. Revista de historia de las universidades* 9 (2006) 319-342, 325-326.

²¹ Sobre este aspecto particular do ensino de GALVÃO TELLES pode consultar-se VERA-CRUZ PINTO, E., «Crise da «Crise de estudos de direito romano»? As causas da crise do estudo do direito romano segundo Inocêncio Galvão Teles e a sua crítica actual», Coimbra, Almedina, 2002, 991-1045.

²² Ver DUVE, T., «German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives», em *RG* 22 2014, 16-48 e «European Legal History – Concepts, Methods, Challenges», em DUVE, T., (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, 29-66, 38-41. Salientando a mensagem unitarista relativa à formação de um direito privado europeu na obra de Coing, BIROCHI, I., «Presentazione», em CARONI, P., *La solitudine de lo storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano, Giuffrè, 2009, trad. do original alemão *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers*, 2005, 1-39, 3, n. 4. Sobre os projectos político ideológicos de fundar uma história do direito privado europeu, um novo *ius commune*, ver tb. STOLLEIS, M., «Escribir historia del Derecho: reconstrucción, narración o ficción?», cit. 6. em Id., *La historia del derecho como obra de arte*, Granada, Comares, 2009, trad. do original alemão por Ignácio Gutiérrez Gutiérrez, p. 6. Vale a pena recordar o regresso ao velho *ius commune* proposto no encontro de 1952, em Florença, da *Société internationale pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA)*, descrito por CONTE, E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición y traducción de Marta Madero, Universidad Carlos III de Madrid, 2016, 13 e ss.. Um novo futuro afirmava-se através da recuperação de um novo passado. Sobre o contexto da construção de um direito privado europeu, iniciada num momento em que todos os estados-membros integrantes das comunidades europeia eram vistos como detentores de uma herança romanista alegadamente comum mas envolvendo, a meio do processo, duas jurisdições de common law, referindo as dificuldades, porventura intransponíveis, de uma efectiva harmonização, LEGRAND, P., «European Legal Systems are not converging», *The International and Comparative Law Quarterly*, 45, 1, 1996, 52-81. Também MOURA VICENTE, D., *O direito comparado após a reforma de Bolonha. Relatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, chama a atenção para a necessidade, de não instrumentalizar o estudo comparativo das ordens jurídicas aos interesses político-económicos da harmonização jurídica: «A instrumentalização do Direito Comparado à unificação de Direitos, *maxime* por via da referida «presunção de semelhança», apresenta, aliás, outro inconveniente de tomo: sobrevalorizando o que há de comum entre os sistemas jurídicos e minimizando as razões profundas das diferenças entre estes, sacrifica a análise objectiva da realidade a um ideal político. Nessa medida, desvia a disciplina de uma das suas funções principais, que consiste em observar, analisar e dar a conhecer as diferentes possibilidades de solução jurídica dos mesmos problemas sociais». Para o autor, «a comparação de Direitos [...] não pode orientar-se apenas para a determinação das

II. A EXPERIÊNCIA JURÍDICA ROMANA COMO IMPRESCINDÍVEL TERMO DE COMPARAÇÃO

Ora, se a questão não é ignorada da generalidade dos romanistas contemporâneos, que não deixam de sublinhar, nos exercícios historiográfico-comparativos que promovem, constituir o direito justinianeu a raiz e o termo comparativo de qualquer romanidade do direito actual, tem sido manifestamente negligenciada por aqueles civilistas que insistem numa identificação do direito romano com aquilo que do direito romano justinianeu foi sendo dito. Confundindo, afinal, na afirmação dos fundamentos romanísticos do direito civil contemporâneo, Direito Romano com Direito Romano Actual. Ignorando, assim, o que se tem afirmado como matriz comum da romanística praticada desde os anos 60: a historicização do direito romano como única forma de aceder ao que é próprio da experiência romana²³.

Compreender o sentido e os limites da afirmação da existência e relevância de fundamentos romanísticos na civilística contemporânea, implica, assim tomar por referência enquanto termo de comparação, a experiência jurídica romana²⁴, tal qual esta tem vindo a ser caracterizada, nos últimos 50 anos,

soluções comuns aos Direitos nacionais (ou as melhores soluções, quando estes diverjam entre si), antes deve buscar também o apuramento dos limites a que se subordinam tanto a harmonização como a unificação desses Direitos», não podendo a comparação jurídica «como objectivo principal legitimar a integração normativa como resposta necessária à diversidade dos sistemas nacionais, antes deve privilegiar uma perspectiva crítica dela, avaliar a sua necessidade, confrontar os seus resultados e determinar os critérios que permitem alcançar uma integração bem sucedida».

²³ Para esse efeito é necessário, como afirma FIORI, R., «Storicità del diritto e problemi di método. L'esempio della buona fede oggettiva, em L. GAROFALO (ed.), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*. Napoli, Jovene, 2007, 25-49 (25-26), «che la riflessione sul nostro ruolo e sui nostri obiettivi debba passare preliminarmente attraverso una verifica dei metodi tradizionali di ricerca. In particolare, riterrei che – parlo naturalmente da romanista – dopo l'esegesi interpolazionistica, il recupero 'umanistico' del ruolo delle personalità dei giuristi, la ricostruzione del dialogo tra le forme giuridiche e le strutture economiche, sociali e culturali, si debba compiere un passo avanti verso un approccio ancora più storicistico dell'analisi, che collochi all'interno della ricerca storica le stesse categorie dogmatiche dell'interprete. Credo in altri termini che, partendo dalla consapevolezza della storicità del fenomeno giuridico, lo storico del diritto debba interrogarsi in primo luogo sul rapporto tra l'oggetto del proprio studio e lo strumentario utilizzato, che è nella maggioranza dei casi il bagaglio del giurista moderno, e che spesso viene in consapevolmente e anacronicamente impiegato per ricostruire l'esperienza del passato». O Autor sublinha tratar-se de uma orientação pouco inovadora, devedora das propostas de Orestano.

²⁴ Adopta-se aqui, seguindo o magistério de Ruy DE ALBUQUERQUE – cfr. *As represálias. Estudo de história do direito português (sécs. XV e XVI)*, Lisboa, 1972 e «História do direito português. Relatório», em *RFDUL* 26, 1985 105-256 – a categoria *experiência jurídica*, por aquele colhida nos estudos programáticos de ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, Giappichelli, 1967 e *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, a que se pode acrescentar, por exemplo, «Il diritto romano nella scienza del diritto» e «Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista», republicados em *ID.*, *Diritto, incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, 67-114 e 487-562, respectivamente, no segundo dos quais ORESTANO relata a *experiência da experiência jurídica* (a expressão é do Autor) por si vivenciada, aí referindo a influência de CAPOGRASSI, contemporânea da preparação do trabalho de fundo *Il*

muito por força da produção romanística italiana²⁵, particularmente atenta ao efeito que diferentes métodos historiográficos adoptados na leitura das fontes têm nos resultados obtidos²⁶.

Com efeito, não pode hoje constituir parâmetro valorativo aquilo que na cultura jurídica alemã oitocentista emergiu como resultado, de resto plural e diversificado, da «actualização» do direito romano²⁷.

Importa, por isso, recuperar o *direito romano dos romanos*²⁸ como termo da comparação. O que implica, como tem sido proposto, tomá-lo como um *ius controversum*²⁹ casuístico-prudencialmente orientado³⁰, e, nessa medida, con-

problema della scienza del diritto (sobre o qual ver, entre nós, CASTANHEIRA NEVES, A., *Questão-de-facto–Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, Coimbra, Almedina, 1967, 919-921, n. 93 iniciada na p. 908). Trata-se de uma categoria historiográfica consagrada na romanística contemporânea. Ver BRETONE, *Il diritto a Roma*, em BRETONE, M./ TALAMANCA, M., *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma, Laterza, 1981, 91-177, 91-110.

²⁵ Aldo SCHIAVONE, em recensão a R. BONINI, *I Romanisti e il I libro del codice civile del 1942*, publicada nos *QF* 3/4, 1974/75, II, 650-654, 651, salientava a fase de ebulição em que a romanística italiana se encontrava, muito por força da reconsideração crítica dos métodos antes utilizados na estudo da experiência jurídica romana. Para uma história dos múltiplos percursos protagonizados no seio da romanística italiana desde o final de oitocentos ver, em BIROCCHI, I., e BRUTTI, M. (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2016, os estudos de Emanuele STOLFI («Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell’ottocento alla prima guerra mondiale», 3-42), Gianni SANTUCCI (««Decifrando scritti che non hanno nessun potere»». La crisi della romanistica fra le due guerre», 63-102), Antonello CALORE («La romanistica italiana dal 1945 al 1970: tra storia e dogmatica», 103-135. Para um panorama actualizado das tendências seguidas na romanística contemporânea, ver, em registo auto-imagológico, os vários contributos constantes de Letizia VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC* (Roma 10-11 ottobre 2014), Napoli, Jovene, 2017, sendo conveniente, para o caso espanhol, como ressalva CHRISTIAN BALDUS, em *Interpretatio Prudentium* I, 2016, 2, procurar outras leituras. Veja-se a síntese recente proposta por PARICIO, J., *Un siglo de romanística complutense*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

²⁶ Veja-se o que escreve CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016, 57, a propósito da reconfiguração de uma categoria de *obligatio* na romanística italiana do segundo pós-guerra, também produto de uma reorientação metodológica resultante de «una lettura delle fonti in materia con una sensibilità storica rinnovata, senza eccessivi irrigidimenti concettuali, all’interno di una maggiore consapevolezza della complessità dei dati delle fonti tramandate e della metodologia da applicare», do qual resultou, em larga medida, a superação do «modelo evolucionístico di ricostruzione della nascita dell’obbligazione, caro invece alla scuola storica ed alla fase interpolazionistica dei nostri studi» (Id., cit., 61).

²⁷ Veja-se, em síntese, entre tantos, ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, il Mulino, 1987, 464 e ss., (referindo-se, 477, a «deformazioni») e CAPPELLINI, P., «Dal diritto romano al diritto privato moderno», em ALDO SCHIAVONE (ed.), *Diritto privato romano: un profilo storico*, cit., 453-474, 453-455. Recorde-se a alusão, de MARIO BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, 2.^a ed., Bari, Laterza, 2001, 228, a um uso oportunístico do direito romano.

²⁸ A expressão é de ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 469.

²⁹ Cfr: Ver tb. BRUTTI, M., *Il diritto privato dell’antica Roma*, 3.^a ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2015, 33-42, com uma análise de textos de Cicero, Quintiliano, Aulo Gellio, Pomponius afirmando, em síntese (41, n. 83): «il diritto giurisprudenziale può essere pensato come una complessa trama di *res controversae*». Ver tb., em síntese, PARICIO, J., «Notas sobre el *ius controversum* en la jurisprudencia romana», em *SCDR* 22, 2009, 543-553, e, com múltiplos desenvolvimentos, os trabalhos reunidos em MARROTTA, V. e STOLFI, E., (Coord.), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica et età dei Severi*, L’Erma di retschneider, Roma, 2012.

³⁰ A impoção jurisprudencial da experiência jurídica romana e a ineliminável infungibilidade dos juristas que a protagonizaram, lugares comuns hoje inquestionáveis na romanística, constituem o mote do

figurável como um direito de juristas³¹ (mas não como um «*Juristenrecht*», tal como este foi pensado por Savigny³²), singular e infungivelmente protagonizado³³,

projecto *scriptores iuris romani*, promovido por Aldo SCHIAVONE – entretanto posto em marcha num trabalho colectivo de vulto, coordenado por SCHIAVONE, Oliviero DILIBERTO, Andrea DI PORTO, Valerio MAROTTA, Fara NASTI e Emanuele STOLFI. Como se afirma, em síntese de apresentação, «lo scopo che il progetto intende realizzare è creare le basi, testuali e interpretative, per un nuovo approccio a ciò che resta delle opere degli antichi giuristi romani. Ciò che noi proponiamo è un paradigma profondamente rinnovato per valutare la parte più importante del diritto romano: i Digesta di Giustiniano e le altre antologie giuridiche tardo-antiche. Un cambiamento di prospettiva di grande impatto non solo per gli studiosi di antichistica, ma anche per un pubblico più vasto, interessato al diritto o alla storia - un modello storiografico che capovolge le visioni correnti e apre la strada a una comprensione più moderna, utile sia per gli studi giuridici, sia per quelli storici. Non più gli istituti, le regole e i regimi normativi del diritto romano, nella forma falsificante del Codice, ma il concreto pensiero giuridico degli antichi autori, i *iuris prudentes*. Il nostro proposito è quello di concentrare l'attenzione sul loro pensiero, nel contesto al quale esso effettivamente appartenne». O desenvolvimento dos trabalhos pode ser acompanhado em AMARELLI, SCHIAVONE, STOLFI, «Corpus scriptorum iuris romani. Nascita di un progetto», em *SDHI* 71, 2005, 4-14; MAROTTA, STOLFI, «L'inizio dei lavori», em *SDHI* 72, 2006, 587-593; GIACHI, GIUNTI, «I lavori di Berkeley» em *SDHI* 73, 2007, 597-602; TAMBURI, «Montepulciano: una settimana di lavori verifiche confronti», em *SDHI* 74, 2008, 923-927. Os primeiros resultados foram já publicados. Recordam-se os quatro volumes da coleção já editados: 1. FERRARY/SCHIAVONE/STOLFI, Aldo SCHIAVONE (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola Opera*, Roma, «L'Erma» di Bretschneider, 2018; 2. LUCCHETTI/L. DE PETRIS/MATTIOLI/PONTORIERO (a cura di), *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2018; 3. BOTTIGLIERI/MANZO/Fara NASTI/VIARENGO (a cura di), *Antiquissima iuris sapientia. Saec. VI-III a. C.*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2019; 4. DURSI (a cura di), *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2019; 5. Sobre o volume inaugural da coleção dirigida por Aldo SCHIAVONE, ver a recensão de PARICIO em *SCDR* 31-32, 2018-2019, 539-560. De Javier PARICIO ver tb. «Sobre Paulo y sus *Libri ad edictum*», em *SCDR* 31-32, 2018-2019, 517-536, versão castelhana da apresentação, em italiano, do segundo volume da coleção.

³¹ Ver Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, MILANO, 1967, 1-78, muito influente na conformação dos estudos histórico-jurídicos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e, bem recentemente, ALDO «SCHIAVONE», *Ius. L'Invenzione del Diritto in Occidente*, Nuova Edizione, Torino, Einaudi, 2017, 33-35. Entre nós, torna-se quase desnecessário recordar a oração de sapiência *Diritto de Juristas-Direito de Estado*, proferida por Ruy DE ALBUQUERQUE, cujo texto pode ser consultado em *RFDUL*, 42, 2001, 2, 751-807. Ver tb. VERA-CRUZ PINTO, *Curso de Direito Romano*, I, Lisboa, Principia, 2009, 103 e ss.

³² Salienta este aspecto, LETIZIA VACCA, «questo carattere di 'diritto giurisprudenziale' è inteso oggi in modo profondamente diverso, e soprattutto con finalità diverse, da come è stato fatto all'inizio del secolo scorso dalla Scuola storica tedesca, ed in particolare dal Savigny. Nella concezione del Savigny infatti, lo stesso 'Juristenrecht', il diritto cioè che esprime la coscienza e volontà del popolo attraverso i suoi giuristi colti, finisce con l'esprimersi in un sistema organico e dogmatico: la ricerca storica, così come la scienza giuridica, hanno lo scopo fondamentale di porre in luce l'autentico contenuto del diritto oggettivo, e la modernizzazione e attualizzazione dei contenuti così individuati deve essere compiuta dal giurista attraverso la sistematica. In questa prospettiva è chiaro che anche il carattere giurisprudenziale del diritto romano viene ad essere, em un certo modo, appiattito, em quanto non rivissuto nella sua formazione storica e fortemente dinamica, ma ricondotto a sistema unitário». Também Eduardo VERA-CRUZ PINTO, *Curso de Direito Romano*, I, cit., 109, sublinha que a experiência jurídica romana é um direito de juristas e não de professores.

³³ Infungibilidade essa tantas vezes menosprezada, se não mesmo ignorada, e que cumpre recuperar. Afinal, é também esse o papel que é hoje reclamado para a historiografia jurídica, um pouco à imagem do anjo da história imaginado por BENJAMIN, W., *O anjo da história*, Lisboa, Assírio & Alvim, 2010, tradução de João Barrento cit., 13-14, retomando os que ficaram esquecidos, fazendo-lhes justiça identificando a respectiva singularidade. A recuperação palingenésica dos *scriptores iuris romanis* é assim, fundamental. Alertando para os riscos de uma romanística que, procurando investigar «i giureconsulte, le loro

que se consubstancia, através de um *aktionenrechtliches Denken*³⁴, tanto na orientação do exercício da *iurisdictio*³⁵ como no da prática do *iudicium* e do *arbitrium*³⁶, num contexto em que a conformação político-normativa dos critérios de decisão a tomar dificilmente pode ser configurada como determinante³⁷, e se concebe o *ius*, enquanto prática, como *ars boni et aequi*³⁸. Eis o novo e

opere, le loro ‘tecniche’, lo loro ‘logiche’, lo loro ‘rationes decidendi’» insista em afirmar «che dei giuristi romani bisogna studiare le relazioni sociali, le opinioni politiche, le amicizie ed inimicizie e finanche», GUARINO, A., *Giusromanistica elementaire*, 2.^a ed., Napoli, Jovene, 2002, 33. Como se percebe, não há, mesmo no seio da história social, ou no da historiografia biográfica, motivo justificativo para uma redução da individualidade dos juristas a uma descrição exaustiva da sua vida enquanto pessoas. Releva, antes, a identificação dos estilos próprios, das idiossincrasias discursivas, das singulares práticas prudenciais infungivelmente protagonizadas.

³⁴ Ver texto de MICELLI, M., «L’ *aktionenrechtliches Denken* dei giuristi romani e le forme dell’appartenenza», em Luigi GAROFALO (coord.), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, I, Milano, CEDAM, 2011, 99-126 e, sobretudo, as notas introdutórias de PELLOSO, «Il concetto di ‘actio’ alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio», em GAROFALO (coord.), *Actio in rem e actio in personam*, cit., 129-332.

³⁵ O direito privado romano como resultado da *interpretatio prudentium* através da qual continuamente se burilava a redacção das fórmulas concedidas pelo pretor é também salientado por BRUTTI, *Il Diritto privato romano*, cit. 36-37. Veja-se também CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, Mulino, 2016, 188-196 e ID., *Storia di Roma tra diritto e potere. La formazione di un ordinamento giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2014, 135 e ss.

³⁶ Ver, sobre a actuação de juízes e árbitros na *ordo iudiciorum privatorum*, PARICIO, J., *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Editorial Civitas, 1987.

³⁷ Recorde-se, Mario BRETONE, «Il diritto a roma», em BRETONE, M./ TALAMANCA, M., *Il diritto in Grecia e a Roma*, ROMA, LATERZA, 1981, 91-177, 124: «Se non nella lege e nel codice, il connotato più rilevante dl diritto repubblicano e classico è in una trazione giuridica controllata dagli esperti». Como refere BALDUS, C., «El sistema en la construcción de un código civil», em *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, 13, 1027-1038, 1028, «para Roma podemos representarnos las leyes civiles como islas en un mar de reglas formuladas de otras maneras. Los juristas modelaron estas reglas, el *ius*, y las islas de la *lex* emergieron sólo lentamente de ese mar. Y tampoco esta *lex* es nuestra moderna ley sistemática, no es ningún medio universal de conformación social, sino algo esporádico, en primer término un medio de solución de problemas que no podían dominarse de otro modo». A orientação dominante na romanística não parece poder ser posta em causa pela revalorização quantitativa da *lex* na experiência jurídica romana, a que se refere MANTOVANI, «Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi», em FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell’esperienza giuridica romana*, Pavia, 2012, 707-767, procurando superar a visão de Giovanni ROTONDI, publicitada em *Leges publicae populi romani; elenco cronologico con una introduzione sull’attività legislativa dei comizi romani*, (estratto enciclopedia giuridica) Hildesheim, 1966 (1912). Para além das dúvidas suscitadas por SANTUCCI, G., «Legum inopia e diritto privato. Riflessioni intorno ad un recente contributo», em *SDHI* 80 (2014), 373-393, tenha-se presente que, independentemente de ter existido, ao longo das experiências jurídicas romanas, uma efectiva autonomia entre a lei das XII tábuas e a legislação sucessiva, tese de Rotondi, seguindo Bonfante, seguindo Ehrlich, hoje ainda presente em Schiavone, diz-nos Mantovani (758-764) ou, leitura de Kaser e Talamanca, fossem vistas como um conjunto, diacronicamente formado, o jogo das várias características referenciadas conduz ao papel primordial da *interpretatio prudentium*. Sobre a impossibilidade de pensar uma teoria da lei na experiência jurídica romana diacronicamente considerada, para mais se assente nas concepções de lei e função legislativa estruturantes do pensamento jurídico político da modernidade, VERA-CRUZ PINTO, E., «As fontes do Direito Romano (O contributo de Raúl Ventura para o seu ensino na Faculdade de Direito de Lisboa)», em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 33-162, 1998 e *Curso de Direito Romano*, I, Lisboa, Principia, 427 e ss.

³⁸ Recorde-se o que escreve GALLO, F., «Valore perdurante dei criteri del ‘bonum et aequum’», em *Teoria e Storia del Diritto Privato* VIII 2015, 1: «La perdita più grave, determinata nella tradizione roma-

recuperado retrato da experiência jurídica romana –em que a *interpretatio prudentium* não pode ser confundida com a oito-novecentista interpretação das leis³⁹– que releva como referente operativo da ponderação a realizar.

É no confronto com esse lugar que nos é irredutivelmente estranho, iniciados no mundo do direito através da mitologia jurídica da modernidade⁴⁰, que se cumpre a tarefa jurishistoriográfica⁴¹. Confronto após o qual será possível equacionar quão romanistas são afinal os chamados fundamentos romanísticos do direito privado contemporâneo. E, reflexamente, se a construção do direito romano actual implicou a assimilação dos traços característicos da cultura jurídica romana, hoje comumente referidos, ou, diversamente, a recepção em que assentou, *rectius*, as múltiplas recepções que possibilitaram a sua *inventio*, consistiu, consistiram, em rupturas significativas. Está em causa ponderar se é possível falar de recepção efectiva do *ius romanum* a propósito do direito romano actual. De continuidade essencial na recepção. Ou, inversamente, se a forma de *ver* o direito, *rectius*, se a forma de *dizer* o direito, *rectius*, se a forma de *inventar* o direito na experiência jurídica romana e a que está subjacente ao direito privado contemporâneo de matriz europeia são estruturalmente diversas.

III. O DIGESTO, NÃO A EXPERIÊNCIA JURÍDICA ROMANA, COMO FUNDAMENTO

Não se questiona –seria impossível– a influência das fontes jurídicas romanas, *rectius*, das fontes jurídicas romanas *conhecidas*, na cultura jurídica europeia⁴². Tanto no que diz respeito às experiências centro-europeias como

nistica dalla legum permutatio giustiniana, è – credo oggettivamente – quella dell’artificialità del diritto, alla quale attengono i criteri del *bonum et aequum*».

³⁹ Sublinha esta diferenciação STOLFI, E., «Brevi note su *Interpretatio e Auctoritas* fra tarda Repubblica ed età dei Severi», em *Interpretatio prudentium* I (2016) 1, 159-179 (161-163).

⁴⁰ Alude-se, como se perceberá, à obra de GROSSI, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁴¹ HALPÉRIN, J., «Quale *scientia juris* per la storia del diritto?», em SORDI, B. (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2013, 375-386, 386.

⁴² Como se perceberá, a referência a *uma* cultura jurídica europeia, como, de resto, a *um* direito privado europeu ou a *uma* tradição romanista, implica não apenas uma simplificação, redutora como todas as operações análogas, mas também uma actividade autenticamente constitutiva: é de invenção de um discurso que se trata. Para além das dificuldades inerentes à determinação do que seja a Europa, não apenas como entidade geográfica, mas também cultural e a afirmação da existência de *uma* cultura jurídica europeia enfrenta, na pluralidade e diversidade das múltiplas experiências políticas europeias, obstáculos que julgo intransponíveis. Ver, em síntese, DUARTE NOGUEIRA, J., *História do Direito Europeu. Relatório*, cit., 17-48 e Thomas DUVE, «European Legal History – Concepts, Methods, Challenges», em Thomas DUVE (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for

no caso, plural e diversificado, das experiências peninsulares, e nestas, da portuguesa em particular, pode, sem favor, afirmar-se a presença relevante das fontes justinianeias até ao movimento da codificação⁴³.

No caso português, a relevância dos textos jurídicos romanos pode ser tida por fundamental em vários dos momentos que têm sido considerados determinantes da conformação da experiência jurídica. Desde logo, no contexto dos «quadros jurídicos anteriores à independência»⁴⁴, a propósito do qual se discute a relevância e eventual preponderância de cada um dos tradicionalmente chamados elementos formativos⁴⁵ do direito português tardo-medieval –o romano ou o germânico⁴⁶– julga-se dever ser mantida a leitura de Manuel Paulo Merêa⁴⁷: ainda que se rejeite, como fizeram os germanistas, que a experiência medieval tenha constituído «un período de pasaje a través del cuál el

European Legal History, 2014, 29-66, 32-38. Na leitura da literatura historiográfica referida na nota seguinte, não devem ser esquecidos muitos dos tópicos referidos no texto de DUVE, não apenas o do inevitável condicionamento epistemológico dos autores.

⁴³ Ver, entre tantos, KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, trad. do original alemão *Europa und das römische Recht* por José Santa Cruz Teijeiro; WIEACKER, F., *História do Direito Privado Moderno*, 2.ª Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, trad. do original alemão intitulado *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967, por António Manuel Hespânia; WESENER, G., e WESENER, G., *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa*, Valladolid, Lex Nova, 1998, trad. castelhana de *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, 4.ª ed., Böhlau, Wien-Köln-Graz, 1985, por José Javier de los Mozos Touya; ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987; GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995; STEIN, P., *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; ZIMMERMAN, R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, New York, Oxford University Press, 2001; REIS MARQUES, M., *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, 2003; HESPÂNHA, A., *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012. O modo como esta influência se repercutiu na construção, plural e diversificada, de soluções em matéria de direito privado pode ser acompanhada em HELMUT COING, *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, trad. do original alemão por Antonio Pérez Martín, em dois volumes (*I, Derecho común más antiguo 1500-1800*; *II, El siglo XIX*).

⁴⁴ A expressão é de DUARTE NOGUEIRA, J., «Antecedentes do direito português. Um ensaio de sistematização», em *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, 737-760, 738.

⁴⁵ Uma análise da expressão em VERA-CRUZ PINTO, E., *As origens do Direito português. A tese germanista de Teófilo Braga*, Lisboa, AAFDL, 1996, 339-342. Recorde-se, com GARCIA-GALLO, A., «La historiografía jurídica contemporánea (observaciones en torno a la «Deutsche Rechtsgeschichte» de Planitz)», in *AHDE XXIV*, 1954, 605-634, 606-607, as insuficiências historiográficas de referências a cada um dos elementos tomados como realidades normativas uniformes. Percebe-se assim a importância de se falar de elementos germânicos, de elementos romanos e não apenas de um elemento germânico ou de um elemento românico.

⁴⁶ Cujá denominação talvez deva ser reponderada, como sugere DUARTE NOGUEIRA, «Antecedentes do direito português. Um ensaio de sistematização», cit., 751-753, propondo a formulação *direito ultrapirenaico alto medieval*.

⁴⁷ Ver MERÊA, P., «Prefácio», em *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, I, Coimbra, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1952, VIII, n. 4. e, desenvolvidamente, no seu «A tradição romana no nosso direito medieval», em *BFD* 58, 1982, 1, 41-68, publicado postumamente.

espléndido tesoro del derecho romano había llegado al mundo moderno», tese da vertente romanista da chamada escola histórica⁴⁸, pode ser tida por determinante a tradição romanista enquanto elemento formativo do que veio a ser o direito português, alcançada que foi a sua autonomização.

De igual modo, ter-se-á de afirmar a importância, no mínimo co-determinante, de textos jurídicos romano-justinianeus na preparação do corpo normativo habitualmente associado à Cúria de 1211, primeiro episódio de uma estruturada produção legislativa⁴⁹ na nova comunidade política⁵⁰. E serão ainda esses textos, porque conhecidos, influentes e aplicados –em singelo ou, de forma crescente, entretecidos com a produção literária dos jurisprudentes tardo-medievais⁵¹ e enquanto *ratio scripta*⁵², – com maior intensidade desde o reinado de Afonso III⁵³, a emergir, ao longo de um «processo protraído no tempo»⁵⁴ a que se tem convencionado chamar *recepção do ius commune* em Portugal⁵⁵, como condição de possibilidade de produção e afirmação de um *ius proprium* português, consolidado nas sucessivas Ordenações⁵⁶.

⁴⁸ Ver CONTE, E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición y traducción de Marta Madero, Universidad Carlos III de Madrid, 2016, 22-24.

⁴⁹ As dificuldades da utilização do conceito moderno de lei para a escrita da história do direito medieval são ilustradas por DUARTE NOGUEIRA, J., *Lei e poder régio. I. As leis de Afonso II*, Lisboa, AAFDL, 2006, 144 e ss

⁵⁰ DUARTE NOGUEIRA, J., *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média – Dos Primórdios ao Século da Universidade (Contribuição para o seu Estudo)*, Lisboa, 1994, 295; e *Lei e poder régio, As leis de Afonso II*, Lisboa, AAFDL, 2006; ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., «Sobre a Lei da Cúria de 1211 respeitante às relações entre as Leis do Reino e o Direito Canónico», em *Revista Jurídica* 1, 1979, 13-19; «Ainda sobre a lei da Cúria de 1211, respeitante às relações entre as leis do Reino e o direito canónico», em *Direito e Justiça* XII, 1, 1998, pp. 4-36, e MATTOSO, J., «A Cúria Régia de 1211 e o Direito canónico», em *Direito e Justiça* XIII, 2, 1999, pp. 129-142.

⁵¹ LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit. 79-182.

⁵² Ver GUZMAN BRITO, A., *Ratio scripta*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1981.

⁵³ Ver DUARTE NOGUEIRA, J., *Sociedade e Direito em Portugal*, cit., 294 e 405.

⁵⁴ ALBUQUERQUE, R., e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.^a ed., 2004, 267.

⁵⁵ ALBUQUERQUE, R., e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.^a ed., 2004, 263 e ss.; ALMEIDA COSTA, M., *História do direito português*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 1996, p. 312; GOMES DA SILVA, *História do direito português. Fontes de direito*, 4.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, 211 e ss.; REIS MARQUES, M., *História do direito português medieval e moderno*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2002, 75 e ss.; BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, Separata da *Revista Portuguesa de História*, XIV, 178-316, Coimbra, 1975, 181 e ss. e JOSÉ DOMINGUES, «Recepção do *ius commune* medieval em Portugal, até às ordenações afonsinas», em *INITIUM* 17, 2012, 121-168. Para um confronto com outros casos peninsulares ver, com múltiplas referências, e com elementos de escrita da história da historiografia jurídica, PÉREZ MARTÍN, A., «El estudio de la recepción del derecho común en España», em CERDÁ Y RUIZ-FUNES e SALVADOR CODERCH, *I seminario de historia del derecho y derecho privado*, Bellaterra, 1985, 241-325.

⁵⁶ O estado da arte sobre a feitura das Ordenações Afonsinas e a consolidação de um *ius proprium* português pode ser acompanhado em JOSÉ DOMINGUES, *As Ordenações Afonsinas. Três séculos de direito medieval (1211-1512)*, 2008. Sobre as Ordenações Manuelinas ver António Pedro BARBAS HOMEM, «As ordenações manuelinas: significado no processo de construção do estado», em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, I, 289-320. Sobre a questão das edições das Ordenações Manuelinas ver BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário...*, cit., 221-241, n. 56, ESPINOSA GOMES DA SILVA, «Algumas notas sobre a

Cristalizado o *ius proprium* reforça-se o *ius commune* prudencialmente conformado como *corpus* normativo complementar⁵⁷, mantendo, de resto, o protagonismo que se pode ter por assumido, no mínimo, desde o reinado de João I, nos textos normativos, na ponderação política e na prática judicial⁵⁸, manifestação primordial da *iurisdictio*⁵⁹, bem se podendo dizer, com Martim de Albuquerque, que no mais alto tribunal do país o que se entendia prevalentemente de aplicar era o direito romano, com a lição dos juristas intermédios –Bártolo à cabeça»⁶⁰. Complementariedade reiterada, assumido o *usus modernus*⁶¹ e afastados Acúrsio, Bartolo e opinião comum, na Lei da Boa Razão e nos Estatutos Pombalinos⁶².

edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513», *Scientia Iuridica* XXVI, 148-149, 1977, 575-591 e *História do Direito português.*, cit., 291-293; ALBUQUERQUE, M., «A edição «definitiva» da *História do direito português* de Marcello Caetano», em *RFDUL* XLI, 2, 2000, 1203-1255, 1223 e ss.; ALVES DIAS, J., Introdução a *Ordenações Manuelinas: Livros I a V. Reprodução em fac-simile da edição de Valentim Fernandes (Lisboa, 1512-1513)*, Lisboa, Centro de Estudos Históricos da Universidade Nova de Lisboa, 2002.

⁵⁷ BRAGA DA CRUZ, G., *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., 214 e ss.; ALBUQUERQUE, M., «Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português», em *Estudos de Cultura Portuguesa*, I, Lisboa, INCM, 1983, 35-123, 68 e ss.; ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., «O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas», em *Scientia Iuridica* XXIX, 166-168, 1980, 429-455, 442 e ss., e, em termos similares, *História do direito português*, cit., 275 e ss., (ver tb. ESPINOSA GOMES DA SILVA, «O direito num comentário às Ordenações Manuelinas atribuído a Luís Correia», em AA. VV., *Estudos de direito público em honra do professor Marcello Caetano*, Lisboa, Edições Ática, 1973, 253-280; DUARTE NOGUEIRA, J., «Algumas reflexões sobre o direito subsidiário nas Ordenações Afonsinas», em *RDES* 24, 4, 1977, 279-295; BARBAS HOMEM, A., *A lei da liberdade*, 71-74 e 217-224.

⁵⁸ Ver ALBUQUERQUE, M., *O regimento quatrocentista da Casa da Suplicação*, Reprodução anastática do texto latino do Cod. 35 da Casa Forte do Arquivo Nacional da Torre do Tombo, com leitura paleográfica pelo Professor Doutor Eduardo Borges Nunes e tradução portuguesa pelo Dr. Miguel Pinto de Meneses, Paris, Fundação Calouste Gulbenkian, 1982. Sobre a prática decisória na Casa da Suplicação, VEIGA TESTOS, J., *Sentenças Régias em tempo de Ordenações Afonsinas (1446-1512). Um Estudo de Diplomática Judicial*, Dissertação de Mestrado em Paleografia e Diplomática orientada pelo Professor Doutor Armando Luís de Carvalho Homem e pelo Professor Doutor Bernardo de Sá Nogueira, Lisboa, Faculdade de Letras, 2011.

⁵⁹ Ver COSTA, P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1100-1433*, Milano, Giuffrè, 1969, 95 e ss.. Ver tb., em análise das consequências da refutação, por BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e social*, trad. Pierangelo Schiera, Milano, Vita e Pensiero, 1970, do paradigma estadual como chave interpretativa, privilegiando «um reencontro entre a história jurídico-constitucional e a história social que restaure o carácter global e indiferenciado dos mecanismo do poder no período pré-estatal e que deixe de novo aparecer o carácter «plural» da constituição política da época» HESPANHA, «Para uma teoria da história institucional do antigo regime», em Id. (org.), *Para uma teoria da história institucional do antigo regime. Colectânea de textos*, Lisboa, FCG, 1984, 7-89, 31-36.

⁶⁰ ALBUQUERQUE, M., «Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português», em *Estudos de Cultura Portuguesa*, I, Lisboa, INCM, 1983, 35-123, 59.

⁶¹ BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., 303-304. Ver tb. BRAGA DA CRUZ, «La formation du droit civil portugais modern et le code napoléon», cit., 7-8. E, desenvolvidamente, REIS MARQUES, «Elementos para uma aproximação do estudo do «usus modernus pandectarum» em Portugal, em *BFD* 58, 1982, II, 801-826

⁶² BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, cit., 253-316; Id., BRAGA DA CRUZ, «La formation du droit civil portugais modern et le code napoléon», cit. BARBAS HO-

Simplesmente, sendo a ciência jurídica medieval uma ciência de textos⁶³ dialecticamente transmitidos⁶⁴, que se afirma, nos diferentes géneros literários utilizados⁶⁵, como *interpretatio* inventiva de sentidos⁶⁶, justificáveis, porque meramente prováveis⁶⁷, mediante *auctoritates*⁶⁸, mas, enquanto sapienciais⁶⁹, sempre controvertidos⁷⁰ e, porque casuisticamente motivados, dificilmente generalizáveis⁷¹, aspectos menosprezados em muitas leituras oitocentistas, de Savigny⁷² a Kantarowicz⁷³, a influência da tradição romanista, em qualquer um dos seus momentos e episódios, não pode ser confundida com a recepção da experiência jurídica a partir da qual se forjaram esses textos, a romana anterior ao dominado, nem com a bizantina possibilitada pela invenção de um corpo textual antes inexistente ordenada por Justiniano.

MEM, A. P., *Judex perfectus*, 364-441 DE FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina*, em Suplemento XXXIII, *BFD*, 1990, 16-20, 44-60, 81-88, 156-174 e 180-194.

⁶³ WIEACKER, *Historia do direito privado moderno*, cit., 15-19; CARPINTERO, F., «“Mos italicus”, “mos gallicus” y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», em *Ius Commune* VI, 1977, 108-171, e «En torno al método de los juristas medievales», em *AHDE*, LXII, 1982, 617-646, 622-628; CONTE, E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición y traducción de Marta Madero, Universidad Carlos III de Madrid, 2016,

⁶⁴ Sobre o carácter dialéctico do ensino ver COLLI, V., «Una lectura di Giovanni Bassiano. «Dialectica disputatio» ed esposizione didattica nella esegesi di un passo dell’Infortiatum», em *Ius Commune* 11, 1984, 37-53, 37-49.

⁶⁵ Ver LOMBARDI, L., *Saggio*; cit. ALBUQUERQUE, R. e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.ª ed., 280-290; FRANCISCO CARPINTERO, «“Mos italicus”, “mos gallicus” y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», em *Ius Commune* VI, 1977, 108-171, e «En torno al método de los juristas medievales», cit., 632 e ss

⁶⁶ GROSSI, P., *L’Ordine Giuridico Medievale*, Bari, Laterza, 1995, 12-15; MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, 141-223.

⁶⁷ ALBUQUERQUE, R., «Para uma revisão da ciência jurídica medieval...», 1070 e ss.; ERRERA, A., *Lineamenti de epistemología giuridica medievale. Storia de una rivoluzione scientifica*, Torino, Giappichelli, 2006, 52-63.

⁶⁸ ALBUQUERQUE, R., e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.ª ed., 321-327; MÁRIO REIS MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, 224-264

⁶⁹ MATTOSO, J., «Onde está a sabedoria medieval», em SERRA, CARVALHÃO BUESCO, NUNES, e FONSECA (coord.), *Memória & Sabedoria*, Lisboa, Húmus, 2010, 181-197.

⁷⁰ Sobre a índole controversística do ambiente cultural em que, no século XII, se dá uma intensiva recuperação dos textos justinianeus, ver, com referências, FELTRIN, «Il sapere giuridico del XII secolo e le sue metodologie», em FELTRIN, e ROSSINI, M. (a cura di), *Verità in questione. Il problema del metodo in diritto e teologia nel XII secolo*, Bergamo, Pierluigi Lubrina, 1992, 13-30.

⁷¹ Como sintetiza COING, «Trois formes historiques d’interprétation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l’exégèse», in *RHDFE*, 48, 1970, 531-543, 537, «[I]e légiste médiéval prend le texte romain, qui en général est *casuistique* et donne une solution à des problèmes particuliers, tout à fait au sérieux. Il n’y voit pas l’application d’un principe général: s’il le généralise, c’est qu’il le regarde comme argument de signification générale, apte à être utilisé dans une *disputatio*».

⁷² ALBUQUERQUE, R., «Para uma revisão da ciência jurídica medieval», cit., 152 e ss.

⁷³ Recorde-se a lição de PARADIZI, B., «Osservazioni sull’uso del metodo dialettico nei glossatori del secolo XII», em *Studi sul medioevo giuridico*, II, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1987, 695-709, 695-696.

Como salienta Franz Wieacker, o objecto de recepção nas diferentes comunidades políticas europeias «não foi o direito romano clássico (então desconhecido na sua forma original); também não o direito histórico justiniano como tal, mas o *ius commune* europeu, que os glosadores e, sobretudo, os conciliadores tinham formado com base no *Corpus Iuris*»⁷⁴.

De resto, a vivência de uma concepção integral, porque associada a uma mundividência, e monista, por não distinguir direito e ciência do direito, do fenómeno jurídico como ordenação justa da convivência humana, conduziu, sempre, à possibilidade de reformulação e reponderação das múltiplas vias argumentativas constantes do *ius commune* face ao que se afirmava ser, caso a caso, as exigências da justiça⁷⁵, impedindo qualquer processo de difusão/recepção no sentido centro/periferia⁷⁶.

A importância prática atribuída às fontes justinianeias manteve-se inalterada no espaço europeu, no essencial, pese embora a crítica humanista à *ordo legalis* do *Corpus Iuris Civilis*, desde a sua divulgação através do ensino universitário a partir do século XII. Simplesmente, como se sabe, tal continuidade não implica nem permite afirmar que a história do direito europeu e a história do direito das diferentes comunidades políticas europeias são marcadas por um desenvolvimento orgânico⁷⁷. Muito diferentemente, o que aí se encontra são processos de ruptura quanto ao modo de ler, valorar e utilizar as fontes justinianeias. Rupturas epistemológicas e metodológicas, certamente, mas também transformações políticas e económicas ditaram as diferentes perspectivas utilizadas⁷⁸. Em larga medida, é justamente o silenciamento destes aspectos que resulta das opções subjacentes à proposta metodológica da Escola Histórica, tão importante para os defensores da tese da continuidade. Como refere de modo muito impressionante COING, o modelo de evolução do direito –assim como a ideia de direito que lhe vai associada– tão usado nos autores da Escola Histórica «é uma hipótese metafísica, um postulado da filosofia idealista muito apro-

⁷⁴ WIEACKER, F., *História do Direito Privado Moderno*, 139. Ver, em geral, sobre o método jurídico medieval, as obras de Franz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 38-95; «En torno al método de los juristas medievales», in *AHDE*, LXII, 1982, 629 e ss.; ALBUQUERQUE, R. e ALBUQUERQUE, M., *História do direito português*, cit., 248 e ss. e 298 e ss.; MÁRIO REIS MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, s. ed., 2003, 141 e ss. e António MANUEL HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, cit., 146-179.

⁷⁵ ALBUQUERQUE e ALBUQUERQUE, *História do direito português*, cit., 91-134; REIS MARQUES, M., *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, s. ed., 2003, 333-334.

⁷⁶ HESPANHA, A., «Particularidades de método de uma história mundial do direito», em SORDI, B., (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2013, 483-491, 486-487 salienta a improcedência destes modelos explicativos.

⁷⁷ A afirmação está em COING, *Las Tareas del Historiador del Derecho*, 74-75.

⁷⁸ REIS MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, 355-500. Em síntese, GUZMAN BRITO, «Introducción», in *Juristas universales*, II, *Juristas modernos*, Marcial Pons, 2004, 23-46

priado para converter o investigador numa pessoa cega perante outras influências, frente a outros factores, especialmente de tipo económico-social»⁷⁹.

Percebe-se, assim, que os habitualmente chamados fundamentos romanísticos do direito privado europeu e ibero-americano estão sujeitos a ser considerados, sobretudo, fundamentos justinianeus, medievais, humanistas, jusracionalistas, etc. A presença do «Direito Romano» num pretense Direito Privado Europeu ou Ibero-Americano parece reconduzir-se, antes de mais, à presença da influência dos textos justinianeus tal como foram sendo objecto de *interpretatio* nos períodos medieval e moderno. Consequentemente, a afirmação de uma romanidade significativa a tais fundamentos dependerá da afirmação de uma semelhante continuidade significativa entre a experiência jurídica romana pré-justinianeia e a compilação.

IV. O DIGESTO COMO DIFERENÇA SIGNIFICATIVA

Simplemente, o texto que nos serve de ponto de partida para esse confronto —o Digesto—, o texto que possibilita o acesso ao passado é também o texto cuja feitura configura uma ruptura com esse passado⁸⁰. É nesse paradoxo constitutivo que, inevitável e irremediavelmente, vivemos historiograficamente⁸¹. O artificial ponto de fuga de uma tradição serviu de alicerce a uma outra, por sua vez múltipla e diversificada⁸², necessariamente distante da prática jurídica romana⁸³. Ora, como

⁷⁹ COING, *Las Tareas del Historiador del Derecho*, cit., 73. Sobre esta concepção muito oitocentista de pensar a história ver tb. DE CERTEAU, M., *L'Écriture de l'histoire*, Paris, Gallimard, 1975, 98.

⁸⁰ GALLO, F., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, afirma que esta transformação disruptora radica na *legum permutatio* através da qual justiniano pôs fim ao modelo da *ars iuris*. Ver tb. TORRENT RUIZ, A., «Celso, Kelsen, Gallo e la rifonazione della scienza giuridica», em *Index*, 40, 2012, 537-557.

⁸¹ SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente, nuova edizione*, cit. 20 e ss.

⁸² VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, 5-6, a propósito da nova romanística italiana refere uma das consequências no que respeita ao significado atribuível à compilação justinianeia: «Una parte dell'attuale dottrina romanistica si interessa ai problemi del metodo dei giuristi romani più che ai contenuti che il loro diritto espresse, e che, nella forma confluita nella compilazione giustiniana, costituirono la base dei sistemi giuridici dell'Europa continentale. Proprio attraverso questa prospettiva si è chiarito che, se la codificazione di Giustiniano costituisce il punto di arrivo del processo storico evolutivo del diritto romano, da cui successivamente si dipartirà la formazione della cultura giuridica europea, essa rappresenta anche, per il fatto stesso della codificazione, la negazione del metodo casistico-giurisprudenziale, che permise a questo diritto di adeguarsi continuamente, em un processo che tuttavia rispettava la propria coerenza e continuità, alle esigenze della prassi, che pure, inevitabilmente, risentiva di profondi mutamenti politico-sociali e culturali».

⁸³ SCHIAVONE, «Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani», em Aldo SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 1-12, 2: «All'origine della tradizione e della sua millenaria vicenda, c'è la codificazione giustiniana, il formidabile mosaico del Corpus Iuris. Al cuore, invece, della storia del diritto

recentemente recordou ALDO SCHIAVONE, a «storia della percezione moderna (e medievale) del diritto romano è innanzitutto la storia di un fraintendimento –una specie di capovolgimento prospettico– non meno grave che fortunato. Oggi siamo in grado di rendercene conto. Una tradizione ormai quasi millenaria ci aveva abituato a collegare il diritto romano –ogni sua immagine, nitida o sfocata che fosse– non alle figure degli antichi giuristi e al loro multiforme lavoro, come pure sarebbe stato possibile, bensì a un unico e compatto grupo di testi, venuto alla luce in pochi anni quando già quell’esperienza si era conclusa da secoli, almeno nella sua forma storicamente più significativa»⁸⁴. Textos esses, sublinhe-se, que não pretendiam reconstituir o passado, mas ordenar o presente e o futuro.

Interessa, aqui, ter presente, tão-somente, alguns aspectos relativos à sua feitura que demonstram tratar-se de um texto sumamente distinto das experiências anteriores.

Recorde-se o ponto de partida. Dada por terminada, em pouco mais de um ano, a empresa de proceder a uma harmonização do *corpus* formado pelas constituições imperiais tidas por invocáveis em juízo, harmonização através da qual fosse actualizado e sistematizado –corrigindo, abreviando, fragmentando– o respectivo teor normativo e de que foi encarregue uma comissão de peritos presidida por João da Capadócia (constituição *Haec quae necessario*, de 13 de Fevereiro de 528) foi possível a Justiniano, através da constituição *Summa rei publicae*, de 7 de Abril de 529, afastar do discurso jurídico a memória das compilações de constituições imperiais até então utilizadas na versão resultante dos à data já vetustos códigos gregoriano, hermogeniano e teodosiano e as correspondentes dúvidas relativas à autenticidade das versões citadas em tribunal.

A feitura do *Codex* não deve ser confundida com a intensão de tornar o *corpus* normativo assim estabelecido como depositório único das fontes invocáveis em juízo. De outro modo, não teria sido ordenada, poucos meses depois, a feitura do Digesto, nem teriam sido mantidas no próprio *Codex*, porventura com alterações, as disposições relativas às práticas recitativas de literatura jurisprudencial em juízo, isto é, a *recitatio*, «la prassi di utilizzare le opinioni dei giuristi in giudizio, riferendosi non soltanto ai *responsa* appositamente rilasciati a una delle parti in lite ma anche a quelli tramandati soltanto dalle loro opere letterarie»⁸⁵, introduzidas pela constituição de Valentiniano e

romano ci sono i giuristi, nella loro duplice funzione, dall’intreccio quasi inestricabile, di inventori di una scienza, e insieme di costruttori di un ordine normativo che ha orientato un impero mondiale».

⁸⁴ *Scriptores iuris Romani*, em FERRARY/SCHIAVONE/STOLFI, *Quintvs Mvcivs Scaevola Opera*, Roma, «L’Erma» di Bretschneider, 2018, VII-XIII (VII).

⁸⁵ Ver MAROTTA, «La recitativo degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica», em Valerio MAROTTA e Emanuele STOLFI (Coord.), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica et età dei Severi*, cit., 357-385.

Teodósio, de 426, registadas em CTh.1.4.3. e conhecida por lei das citações⁸⁶. Ora—sabemo-lo hoje a partir da leitura proposta para o fragmento 15.814 de Pap. Oxy.—o título 15 do livro I do *Codex* de 529 tinha por epígrafe *De auctoritate iuris prudentium*, aí se estabelecendo o valor dos textos prudenciais⁸⁷.

Ou seja, o pio, afortunado, ínclito, vencedor e triunfador, sempre Augusto, César Flavio Justiniano reconhecia, sem qualquer ambiguidade, a insuficiência do recurso ao texto assim posto a valer para a ordenação de todos os casos. Mantinha-se, então, admissível, facto não despiciendo no contexto político da época, a manutenção da referida *recitatio* do *corpus* prudencial, porventura reordenada de um modo diverso do anteriormente estabelecido. A leitura da constituição *Deo Auctore*, para mais se acompanhada do que ficou escrito nas constituições *Omnem* e *Tanta (Dedoken)*, permite perceber que o uso da antiga *iurisprudencia* era, mais do que admitido, pretendido pelo poder político, podendo mesmo falar-se de algo inerente à discussão judicial.

Simplemente, como será de resto expressamente declarado na const. *Deo auctore* 6, *in fine*, e 7, *in fine* também, a *auctoritas* assim reconhecida aos textos prudenciais assenta, como no caso de outros textos, na vontade do imperador⁸⁸. Supera-se, desta forma, a solução teodosiana, ainda consagrada no *Codex* de 529, de declinar e ordenar uma lista de autoridades, preferindo-se proceder à identificação dos textos —e ao respectivo teor, porventura assumidamente modificado— que podem efectivamente ser utilizados em juízo.

Tal identificação —considerada, na retórica impressiva da constituição *Deo Auctore*, 2, tarefa sumamente difícil se não mesmo impossível— devia ser feita, de acordo com o caderno de encargos dirigido por Justiniano a Triboniano, através da leitura e depuração dos livros pertinentes ao *ius romanum* dos prudentes antigos aos quais foi concedido por príncipes anteriores a *auctoritas* para escrever e interpretar as leis. A leitura permitiria delimitar os discursos relevantes dos demais; a depuração resultaria da selecção feita. O *corpus* assim constituído deveria ser, depois, objecto de melhoramentos e reordenação. Melhoramentos resultantes da supressão de tudo o que fosse considerado supérfluo, da adição do que fosse tido por necessário para suprir as insuficiências detectadas e da corre-

⁸⁶ Sobre toda esta temática ver, com múltiplas indicações bibliográficas e considerações problematizadoras, FERNÁNDEZ CANO, *La llamada 'Ley de citas' en su contexto histórico*, Madrid, Fundación seminário Derecho Romano «Ursicino Alvarez», 2000.

⁸⁷ Ver FERNÁNDEZ CANO, *La llamada 'Ley de citas' en su contexto histórico*, Madrid, Fundación seminário e Derecho Romano «Ursicino Alvarez», 2000, 93-96; PARICIO SERRANO e FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 11.^a ed., Madrid, Marsial Pons, 2017, 160.

⁸⁸ Cfr., em síntese, PARICIO SERRANO e FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 11.^a ed., Madrid, Marsial Pons, 2017, 158-159.

ção de tudo o que fosse julgado erradamente copiado de versões falsas de textos normativos –leis e constituições– anteriores (const. *Deo Auctore*, 7).

Quantitativamente, o resultado deste trabalho de transformação textual pode ser conhecido, tanto quanto se julgue fidedigna a afirmação do respectivo autor, pela leitura da constituição que o pôs a valer como produto da vontade política: apenas a vigésima parte dos textos então conhecidos foi aproveitada⁸⁹. E que esse aproveitamento foi utilitário e interessado. Performativo e agonístico, dir-se-á.

Também as investigações sobre os métodos de trabalho adoptados pelos compiladores permitem afirmar a diferença estrutural entre a versão final do que se manteve e as fontes utilizadas⁹⁰. Bluhme, partindo dos pouco característicos títulos 50.16 e 17 do Digesto e logo aplicando o método aos restantes, afirma haver uma repetição de seqüências de fontes citadas, sugerindo a divisão dos compiladores por três subcomissões, cada uma encarregue de três massas textuais, a sabiniana, a edictal e a papiniana. Ora, a teoria das massas indicia o carácter redutor da obra justinianeia enquanto privilegiada perspectiva de acesso à experiência jurídica romana, na medida em que o processo adoptado vai enviesar ainda mais o resultado final. Não se trata apenas de reduzir à vigésima parte; é fazê-lo privilegiando alguns autores ou massas face a outros ou outras, entretecendo fragmentos e dessa forma inventando novas seqüências textuais e unidades discursivas antes inexistentes. A mesma conclusão pode ser extraída da teoria concorrente, a dos *predigesta*, proposta por Cancrilli, na medida em que alude a caminho igualmente enviesante e limitativo dos olhares que se possam ter da experiência jurídica romana clássica⁹¹.

Se a análise das constituições *Deo auctore* (§ 7 ss.) e *Tanta* (§ 10 ss.) e a alusão à teoria das massas de Bluhme permite saber que a compilação justinianeia não é, nem foi pensada para o ser, uma reprodução de um específico momento da experiência jurídica romana, constituindo, diversamente, uma justaposição de materiais discursivos relativos ao *ius* oriundos de um período cronológico muito específico, a consulta da literatura romanística em matéria de existência, sentido e valor da crítica das interpolações nas fontes justinianeias⁹²

⁸⁹ Sobre este aspecto ver tb. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, prefácio de Javier Paricio e tradução de José María Coma e Gotz Gallenkamp, Granada, Comares, 1998, 104-108.

⁹⁰ Dada a conhecer em *Die Ordnung d. Fragmente in d. Pandectentiteln*, publicada em 1820. Seguiremos Dario MANTOVANI, «Le masse bluhmiane sono tre», *SCDR* 4, 1992, 87-120. Para desenvolvimentos pode consultar-se MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, 1987 e o dossier Recepção da Teoria das Massas de Bluhme na *Interpretatio Prudentium* II, 2017, 1.

⁹¹ PARICIO SERRANO e FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 11.^a ed., cit., 172-174.

⁹² KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, cit., *passim*.

e em matéria de estratos de composição dos textos jurisprudenciais⁹³ permite saber que também os materiais utilizados eram versões tardias e modificadas dos textos originais⁹⁴.

Diferenças que foram sendo minorizadas na história da utilização das fontes justinianeias. Wieacker, faz notar como a teoria das «massas» relativa à elaboração dos *Digesta*, não teve consequências na civilística romanística de então⁹⁵. É certo, como salienta Mantovani, que Hugo experimenta uma alteração no modo de ensinar as fontes romanas⁹⁶. Mas o processo de actualização de tais fontes levada a cabo no âmbito da Escola Histórica, porque pré-ordenado às necessidades da ciência jurídica da época, era naturalmente avesso a tais perspectivas, inevitavelmente conducentes a uma recuperação da singularidade de cada fragmento do digesto⁹⁷.

Julga-se que para esta orientação terá também contribuído a descoberta das Instituições de Gaio na Biblioteca de Verona em 1816, por Niebuhr, para a qual Savigny assumiu especial protagonismo na identificação e na recuperação do texto⁹⁸. A obra, como refere Wieacker⁹⁹, vai ser tomada por testemunho seguro do direito romano clássico, oferecendo desse modo crédito à orientação que postulava a fungibilidade dos juristas romanos e a sistematicidade intrínseca do saber jurídico recolhido no Digesto¹⁰⁰. De acordo com esta perspectiva,

⁹³ BALDUS, C., «¿Hacia un nuevo concepto de «Textstufen»?»: Sobre unas eventuales huellas de «escalones clásicos» en Cervidio Escévola», em *SCDR XXIII-XXIV 2010-2011*, 75-103.

⁹⁴ D'ORS, *Presupuestos críticos*, 41 ss.

⁹⁵ *História do Direito Privado Moderno*, 476.

⁹⁶ MANTOVANI, «Le masse bluhmiane sono tre», *SCDR* 4, 1992, 87-120.

⁹⁷ NARDOZZA, M., «Il problema della storia dei giuristi romani» nella romanistica italiana tra Ottocento e Novecento», em BALDUS, MIGLIETTA, SANTUCCI, 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)*, Università Degli Studi di Trento 2012, 663-721, 666-667: recorda que «I lavori di Lenel e soprattutto di Pernice – sotto la cui guida a Berlino, Ferrini aveva condotto il proprio apprendistato – indicavano una tendenza nettamente contraria a ritenere i giuristi «come persone fungibili», argomentando proprio dalla varietà dei loro scritti. Dirksen e poi il suo allievo Sanio, Bremer – che aveva iniziato nel 1846 indagini sui singoli giuristi e le loro opere – e Huschke già nel 1850, si distaccavano dalla scuola storica per restituire ai giuristi la loro fisionomia individuale, per ricostruire il loro apporto elaborativo dal punto di vista storiografico e non soltanto sotto il profilo del valore del diritto da recepire»

⁹⁸ Ver VARVARO, M., «Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308», em *SCDR* 22, 2009, 435-514. Para desenvolvimentos ver, do Autor, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012. Acedi à extensa revisão de COMA FORT, J.M., ««Ein entdecktes juristisches Ineditum»: a propósito del descubrimiento de las Instituciones de Gayo», *SDHI* 79, 2013, 653-689.

⁹⁹ *História do Direito Privado Moderno*, 476.

¹⁰⁰ Afinal, como recorda Ruy DE ALBUQUERQUE, «Para uma revisão da ciência jurídica medieval», cit., a ciência jurídica medieval vai ser alvo da crítica de SAVIGNY, nomeadamente por não ter superado aquela feição casuística que o uso da dialéctica no seio das *disputationes*, para além de ter tornado «insuportável a leitura das obras escritas nos sécs. XIV e XV» (reproduzimos a citação do que SAVIGNY escreve na sua *História do Direito Romano na Idade Média* feita por Ruy DE ALBUQUERQUE) apenas acentuava, pondo desse modo em causa as características apostas por SAVIGNY ao Direito romano. Ainda assim, Sa-

«la iurisprudencia dei romani, che costituisce il punto di origine della tradizione, è considerata in blocco, come base degli sviluppi successivi»¹⁰¹. Introduzida impressivamente por Gottfried Wilhelm Leibniz no estudo *Systemate Iuris Romani* «contiene i tratti costitutivi del pensare sistematico che si svilupperà con la pandettistica: le antinomie, le dissonanze, le soluzioni che non possono ridursi alla dimensione della regolarità, sono poste sullo stesso piano degli errori commessi dai *conditores iuris* e dagli interpreti»¹⁰².

E não pode ser posta de parte a influência da autonomia entre a história da jurisprudência e a história dos direitos afirmada por Nettelbladt¹⁰³ – a partir da oposição entre história externa e história interna, de Leibniz¹⁰⁴ – em Savigny. Na primeira, que o Autor prussiano cultivará na sua história do direito romano na época medieval, como história de juristas, de centros de saber, de obras literárias e de estilos discursivos, prevalece o que há de singular¹⁰⁵. No eixo temático da segunda, tal como Nettelbladt a conformou, centrada na *facultas moralis agendi*¹⁰⁶, Savigny pôde encontrar um modelo de sistematização para o *System*, menosprezando, através da ideia da formação do direito no espírito do povo, a relevância dos diferentes juristas, dos seus discursos, das suas ideologias na conformação do material jurídico¹⁰⁷.

V. CONCLUSÃO: NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DA TESE DA CONTINUIDADE

Ora, são justamente as diferenças e contradições o objecto de um renovado interesse e valorização¹⁰⁸. Como salientava Álvaro D’Ors, ainda que num

vigny propunha uma fungibilidade dos juristas medievais; assim, cfr. ALBUQUERQUE e ALBUQUERQUE, *História do Direito Português I*, 12.^a ED., 296.

¹⁰¹ BRUTTI, M., «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi. Una Transizione Incompiuta», em SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 13-48, 13. «È questa un’impostazione ben chiara nella cultura europeo-continentale dell’Ottocento e le sue premesse essenziali provengono dai secoli precedenti, durante i quali si affermano visioni sistematiche della scienza, a partire dal tardo umanesimo».

¹⁰² BRUTTI, «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi. Una Transizione Incompiuta», cit., 14.

¹⁰³ A distinção é proposta em *Initia historiae litterariae iuridicae universalis*, Halae Magdeburgicae, 1764, citada por BRUTTI, «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi, Una Transizione Incompiuta», cit., 18.

¹⁰⁴ Sobre a distinção utilizada em *De Systemate Iuris Romani* proposta em e impacto que teve no desenho da historiografia oito e novecentista ver RAGGI, R., «Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanística», em *BIDR* 62, III serie, 1 1959, 199-222.

¹⁰⁵ RAGGI, «Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanística», cit., 217.

¹⁰⁶ BRUTTI, «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi, Una Transizione Incompiuta», cit., 19.

¹⁰⁷ RAGGI, «Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanística», cit., 218-222.

¹⁰⁸ Recorde-se o já aludido projecto *scriptores iuris romani* coordenado por Schiavone. Do Autor ver, agora, «Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani», em SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna*, Torino, G. Giappichelli, 2017, 13-48, 13.

ambiente metodológico bem diferente do actual, marcado pela questão das interpolações, «donde el romanista antiguo se esforzaba en construir y en armonizar o romanista moderno destruye»¹⁰⁹. É justamente esta destruição –dos sucessivos retratos harmonizados da experiência jurídica romana construídos desde a recepção dos textos justinianeus no final do século XI– que possibilitará a reconstrução, necessariamente interpretativa, a traço nem sempre fino e de contornos algo difusos, da experiência jurídica romana, não como ela foi mas como, de modo verosímil, [vai] parece[ndo] poder ter sido.

Para esse efeito, é fundamental olhar para a história da experiência jurídica romana e não estudar apenas o direito justinianeus ainda que através do método histórico-crítico. Aliás, este, se autenticamente praticado, força o romanista a atender à evolução das soluções, à existência de diferentes camadas, de sucessivos estratos, a um «caleidoscópio di significati possibili»¹¹⁰ nem sempre coincidentes, de discursos jurídicos em construção, mas também em decomposição¹¹¹.

Consequentemente, a visão panorâmica da experiência jurídica romana obtida através das lentes justinianeas é, tão simplesmente, a de um ordenamento inexistente à data da sua aprovação. Que, numa miragem «acomodatícia», conduz o jurista para uma estrada inexistente: a da continuidade das experiências jurídicas romana, medieval, moderna e contemporânea¹¹².

E estas, como tem sido afirmado¹¹³, estavam longe de se aproximar, no que propunham como metodologia jurídica e defendiam como retrato histórico, do

risti romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani, Torino, G. Giappichelli, 2017, 1-12.

¹⁰⁹ *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca, 1943, 13.

¹¹⁰ RAGGI, «Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanística», cit. 221.

¹¹¹ *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca, 1943, 25-26.

¹¹² Vale a pena ter presente o que escreve BRUTTI na abertura do estudo «Storie di Dogmi, Storie di Giuristi. Una Transizione Incompiuta», 12-13, que temos acompanhado: «Spesso ancora oggi, seguendo una tenace abitudine, gli storici del diritto rappresentano la molteplicità delle forme giuridiche attraverso un insieme di concetti costituenti una totalità, un «sistema». Il divenire del diritto rientra in un discorso unitario, che lega assieme discipline, momenti, luoghi diversi e lontani nel tempo. L'idea di una connessione lineare tra passato e presente e di una continuità degli schemi giuridici fondamentali, a partire dal diritto romano, riguarda soprattutto i rapporti tra privati. Nella costituzione giuridica delle persone e negli atti che contribuiscono alla circolazione economica dei beni, si individua più o meno consapevolmente la base per un'analogia tra le esperienze antiche del diritto e quelle moderne: per un rispecchiamento di immagini, che offre una potente legittimazione alle discipline dell'oggi. Se vi è un passato lontano che le conferma, ciò significa che esse hanno una forza in grado di andare oltre il loro tempo e di proiettarsi verso il futuro. [...] Un orientamento quietistico prevale nelle dottrine che condividono la continuità. Ancorate alla tradizione, esse sono incapaci di leggere e concepire problematicamente gli strappi e le conflittualità sociali di cui sono partecipi. I concetti-chiave della narrazione storiografica vengono assunti come invarianti: sono categorie di pensiero attuali; appartengono all'orizzonte storico degli autori e delle correnti teoriche che le elaborano, ma vengono costruite in modo tale da accreditare una coerenza con il passato. Diventano, nell'ambito degli studi sul diritto romano, i referenti di ogni descrizione. La iurisprudencia dei romani, che costituisce il punto di origine della tradizione, è considerata in blocco, come base degli sviluppi successivi».

¹¹³ SCHIAVONE, *Ius. Invenzione del diritto*, cit., 33 e ss

que se afigura ter sido a experiência romana anterior ao dominado. Em larga medida, por terem o olhar enviesado por um texto que, é hoje pacífico, inventa agnosticamente um ordenamento necessariamente distinto do que existira antes.

Ora, retomando a obra de Mello Freire como foco de atenção historiográfica, logo se perceberá que a adopção da tripartição em causa resulta da influência de discursos da tradição romanista, tal como esta se foi desdobrando desde o século XVI¹¹⁴, não da experiência romana¹¹⁵. É o que se procurará demonstrar num outro trabalho¹¹⁶.

¹¹⁴ Para as razões da importância conferida à tripartição divulgada nas Instituições de Justiniano e uma análise das sucessivas reconfigurações no período em questão ver, a título ilustrativo, GUZMÁN BRITO, «Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, IV: Orígenes de la noción de acto o negocio», em *REHJ* 26, 2004, 187-254, 214 e ss., em que se sublinha o modo como foi reinterpretado o sentido da parte «acciones» por François CONNAN (CONNANUS, 1508 - 1551) em meados de quinhentos, desse modo se consolidando um afastamento significativo face ao sentido e à lógica interna da tripartição gaiana original. Ver tb. WOŁODKIEWICZ, W., *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*, Wrocław, 1978, 27-38.

¹¹⁵ Para o significado da tripartição nos diferentes contextos da experiência jurídica romana ver, a título ilustrativo, D'ORS, «Personas-cosas-acciones en la experiencia jurídica romana», em *Historia. Instituciones. Documentos*, 20, 1993, 287-292, Francisco CUENA BOY, *Sistema Jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, Universidad de Cantabria, 1998, 105 e ss., WOŁODKIEWICZ, W., *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*, cit. 19-23; BRETONE, M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, 4.^a ed., Bari, Laterza, 2001, 134 e ss.; BALDUS, C., «I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus», em *AUPA* 55, 2012, 41-74, 45-46, agora republicado em ID., *Espacios de particulares, espacios de juristas. Estudios dogmáticos de derecho privado romano (2016-2016)*, Madrid, Marcial Pons, 2017, 167-199. CUENA BOY, *Sistema jurídico*, cit., 108-109, sublinha que «las Instituciones de Gayo son una obra de finalidad didáctica que, en comparación con la actividad literaria acostumbrada en los juristas, representa una indudable novedad por su propósito y por su concepción. Puesto que se trata de una exposición de materia jurídica es natural encontrar en ella numerosas concomitancias con los desarrollos alcanzados por otros juristas anteriores. Radicalmente nueva, en cambio, sin precedente en la literatura jurisprudencial anterior, es la adopción de un planteamiento sistemático de largo alcance susceptible en principio de ser aplicado a la globalidad de la materia tratada. Hasta donde podemos saberlo, el origen de un tal planteamiento no está en la gran jurisprudencia romana, que se muestra más bien reticente ante las incitaciones de este estilo que le llegan desde fuera, de modo que Gayo no lo tomó de ella sino que tuvo que buscarlo en un modelo de organización y exposición literaria generalizado entre las diversas artes de la época (medicina, arquitectura, agrimensura, retórica, etc.) pero que aún no había sido aplicado al derecho. En la adaptación de ese modelo a la exposición sistemática elemental del ius es donde reside su mayor originalidad». Como se percebe, a tripartição é um episódio singular na experiência romana.

¹¹⁶ Correspondente à comunicação intitulada *Descrver ou recriar o direito civil? Opções e contradições da civilística portuguesa entre reformas universitárias (1805-1865)* apresentada no III encontro Hispano-Luso de Historiadores do Direito, decorrido a 17 e 18 de julho de 2019, em Lisboa, a publicar no próximo volume de *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho/Estudios Luso-Hispanos de História do Direito*. Ao longo do texto utilizei elementos trabalhados na minha dissertação de doutoramento, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (*Teoria Geral do Direito Civil, cripto-justificações e performatividade da decisão jurídica. Historiografia jurídica e Ciência do Direito como invenção agonística de discursos (para uma arqueologia do autor Guilherme Moreira*, Lisboa, 2018, inédita).

