

“IURISPRUDENTIA” VERSUS “CIÊNCIA DO DIREITO”: O FIM DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO/CODIFICAÇÃO DO DIREITO É CONDIÇÃO DE SOBREVIVÊNCIA DO JURÍDICO?†

Eduardo Vera-Cruz Pinto*

RESUMO: Hoje as constituições e os códigos continuam a ser identificados com o Direito. A codificação, pela sistematicidade normativa que possibilita, aparece na base da construção do Direito como uma ciência. Ora, além do anacronismo, a sistematicidade/cientificidade do Direito nega a sua raiz/matriz romano-clássica (*iurisprudentia*), antes da deriva estóica/retórica (Cícero) e didáctica (Gaio) do *ius Romanum* ter levado à sua codificação e uniformização imperial. O Direito jurisprudencial romano mostra que o sistema não é “a forma específica do ser do Direito” (não é inerente à ideia de direito). Os jurisperitos são essencialmente práticos, no sentido que a sua meta é a de arranjar soluções justas para resolver conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência do direito. Fim. Constitucionalização. Codificação.

“IURISPRUDENTIA” VERSUS “SCIENCE OF LAW”: IS THE END OF THE CONSTITUTIONALIZATION/CODIFICATION OF LAW A CONDITION FOR THE SURVIVAL OF THE LEGAL SYSTEM?

ABSTRACT: Today constitutions and codes continue to be identified with the law. Codification, due to the normative systematicity it makes possible, appears at the base of the construction of Law as a science. Now, in addition to anachronism, the systematicity/scientificity of Law denies its classical-Roman root/matrix (*iurisprudentia*), before the stoic/rhetorical (Cicero) and didactic (Gaio) drift of the *ius Romanum* led to its codification and imperial standardization. Roman jurisprudential law shows that the system is not “the specific form of being of law” (it is not inherent in the idea of law). Jurisprudents are essentially practical, in the sense that their goal is to find just solutions to resolve conflicts.

KEYWORDS: Science of law. End. Constitutionalization. Codification.

Vivemos hoje uma profunda crise das fontes de Direito¹ e uma preocupante confusão sobre a ideia/conceito de Direito e das suas possibilidades em

13

† O texto resulta de uma comunicação apresentada na **IX Semana do Direito da Universidade Federal do Ceará**, organizada pelo Centro Académico Clóvis Beviláqua, no dia 7 de Maio de 2014, em Fortaleza. Agradeço aos dirigentes do Centro Académico, aos colegas e à academia cearense, à Prof^a Doutora Maria da Rocha Vidal e ao Director da Faculdade de Direito da UFC, Prof. Doutor Cândido Bittencourt o convite e a forma calorosa e amiga como me acolheram em Fortaleza.

* Docente Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL; Presidente do Conselho Departamental da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL; Membro do Conselho Nacional da Magistratura Portuguesa; Docente dos Programas de Mestrados e Doutorados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL; Docente convidado do Programa de Pós-Graduação stricto sensu do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR.
E-mail: secretariadocd@fd.ul.pt

¹ Ver, v.g., A. Ruggeri, “Iterari di una ricerca sul sistema delle fonti, Giappichelli, Turim, 1992; AA. VV. *Transformazione della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, org. F. Modugno, Giuffrè, Milão, 2000.

concretizar a Justiça em cada caso através de soluções efectivamente aplicadas e aceites pelas pessoas que integram as sociedades humanas².

O Direito está, dia para dia cada vez mais, a ser criado, dito, ensinado e aplicado por titulares de graus universitários que se orgulham de não conhecer a *iurisprudencia* e a sua história, início e matriz de qualquer juridicidade de uma regra, de uma norma, da solução de um conflito.

A ignorância assumida das elites que assim procedem³, defendendo a desnecessidade de um direito jurisprudencial fundada na história e de base cultural, retirou ao direito, como *ius*, a possibilidade de limitar com eficácia os poderes instituídos, combater os abusos dos poderosos, defender os fracos contra a força que os enfraquece, fazer valer a justiça sobre a ordem⁴, como modo de construir a paz⁵.

Continuamos no mundo do Direito a usar os quadros mentais, os conceitos, as instituições, as ideias e as imagens que nos foram legadas pelas Revo-

² Entre a infindável bibliografia sobre o tema continuo a preferir voltar à simplicidade e lucidez do texto de Paolo Grossi, “Qué es el Derecho?”, in *La Primera Lección de Derecho*, Marcial Pons, trad. cast. de Clara Álvarez Alonso, Barcelona, 2006, p. 17 e ss.

³ Não podemos aqui desenvolver as razões que levam as elites a este tipo de atitude. Baixou muito a exigência ética face aos seus membros; os critérios de ascensão na política, na economia, na sociedade em geral são menos rigorosos e claros; a comunicação social entronizou a mediocridade. A auto-suficiência e o convencimento daqueles que integram as elites tornaram-nas autistas, demagógicas, soberbas e atrevidas. São um pequeno grupo que decide por nós e que nos custa muito caro, como sabemos por aquilo que nos impõe e que nos causa sofrimento desnecessário. Que conflitos e que prejuízos podem causar estas elites no poder? Elites que não estão dispostas a parar para pensar nas consequências daquilo que fazem; que não ouvem ninguém, muito menos quem critica as suas decisões; que não obedecem a nenhum interesse que não o seu próprio ou do grupo que lhes dá as vantagens e benefícios. Elites que garantem pela lei a plena impunidade dos seus membros. Por isso, somos nós, nós todos, que temos o dever de assumir o papel de guardiões da *polis*; aqueles que garantem a *res publica* e o *vivere civile*. Ver, por exemplo, António Marques Bessa, *Quem governa? Uma análise histórico-política do tema da elite*, Lisboa, ISCEP, 1993.

⁴ Como tão bem lembrou, de forma persistente e militante, o nosso Santo António nos seus discursos. Ver, por exemplo, Pinharanda Gomes, “António, Pensador da Justiça”, in *Pensamento Português*, Vol. IV, Lisboa, Edições do Tempo, 1979, p. 252 e ss.; Martim de Albuquerque, “Santo António, O Direito e o Poder”, in *Estudos de Cultura Portuguesa*, 2º Volume, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, s.d., p. 11-34.

⁵ Como esquecer a frase de Erich Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1927: “O Estado não cria Direito, o Estado cria leis, e Estado e leis estão submetidos ao Direito”, que abre o livro de Paolo Grossi, *La Primera Lección de Derecho*, Marcial Pons, trad. cast. de Clara Álvarez Alonso, Barcelona, 2006. Paolo Grossi que, partindo de Santi Romano (1875-1947) e o seu célebre *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 2ª ed., 1946, lembra que o Direito è expressão da sociedade não do Estado (*op. cit.*, p. 24 e 25). Ver também A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte Prima. Il concetto del Diritto*, Giuffrè, Milão, 1992.

luções burguesas do final do século XVIII. Achamos que pequeníssimas alterações do legado oitocentista/novecentista na criação jurídica e no ensino do Direito são grandes inovações. Não são.

Ignoramos as profundas alterações antropológicas, culturais e sociais que a internet e as novas tecnologias provocaram e os seus efeitos óbvios no Jurídico. Mantemos no ensino superior do Direito o sistema homboldiano com adaptações ao “regime de Bolonha” obediente às multinacionais de ensino e às agências governamentais criadas para o controlo *soft* da Universidade; os temas, os métodos, as didácticas são por vezes alterados dentro do mesmo pensamento de continuidade que garante o essencial. As constituições, os códigos, as leis e a sua aplicação pelos tribunais, mudam mas permanecem como modelos actuais de “realização do Direito”⁶.

Recusamo-nos à ruptura radical que esta nossa Idade Internética (onde já vai a Idade Contemporânea...) impõe, para que o Direito continue a ser o instrumento da Justiça na vida das pessoas e na esperança da Humanidade.

A falta de credibilidade dos actores políticos que legislam levou à desconfiança geral face às leis, aos tribunais, aos juristas e aos juízes. O mundo do Direito desmorona-se, representando a farsa da vitalidade interdisciplinar.

São cada vez mais os casos de “personagens vulgares” que se aproveitam do espaço institucional e de credibilidade das instituições jurídicas para se promoverem pessoalmente, se tornarem conhecidos e procurarem uma carreira política e os cargos elevados que ela proporciona. Continua a crescer o número dos juristas que disfarçam a falta de conhecimentos e de cultura jurídicos e o rigor do pensamento que ele requer com retóricas discursivas que diluem o Direito em outras áreas do conhecimento e da acção.

O prestígio social dos que são apresentados à comunidade como juristas, porque têm o seu saber titulado por uma Faculdade de Direito, está ligado à sua aparição nos meios de comunicação social, o que obedece a critérios da sociedade do espectáculo e às exigências do mercado da comunicação; não são conhecidos pela sua *auctoritas* jurisprudencial.

O jurisprudente está isolado da sociedade, confinado à comunidade jurídica, vivendo na e da Universidade. É esse o interesse e o lucro de uma comunicação social que, à vez, reproduz e dirige o discurso político e as temáticas colocadas pelos poderes instituídos.

⁶ Cfr. AA. VV. Codici. *Una riflessione di fine millennio, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre de 2000*, org. P. Capellini e B. Sordi, Milão, Giuffrè, 2002.

Os modelos políticos e as doutrinas jurídicas dominantes identificam o Direito com o poder, expresso na Constituição e nos códigos, valendo-se de uma *fictio iuris* representativa instituída no século XVIII que não explica nem regula os actuais dias das nossas sociedades⁷ (muito além das “comunidades” instituídas pelo globalismo⁸) que anseiam por Justiça pelo Direito. O jurista é uma das personagens que desfila nesta marcha fúnebre do Jurídico, colocando-se voluntariamente fora da História.

A juridicidade das soluções vem das *regulae* do Direito⁹ e da *auctoritas* de quem as aplica aos conflitos (os jurisprudentes)¹⁰, interpretando-as e criando excepções - quando necessário - à justiça do caso concreto, mantendo vivo o movimento de renovação/actualização das regras vigentes em cada momento¹¹.

⁷ Há um medo de seguir o fluxo dos dias e de os interpretar pelas regras de Direito, estejam ou não sufragadas pelo legislador, ou legitimadas pelo poder político que governa (manda); fazê-lo com a culturalidade própria de quem conhece a história e arrisca a filosofia, sem se deixar aprisionar pelo conceitos, pelos institutos, pelos dogmas que estão vigentes.

⁸ O que pretendia ser uma análise crítica lúcida (ainda que obviamente parcial e comprometida pelas suas posições anteriores) da luta dos movimentos anti-globalização (e se há críticas a fazer aos oportunistas que se encontram nessas trincheiras...) de Alain Minc (*Carta Aberta aos Nossos Novos Senhores* (2002), Gradiva, Lisboa, 2004, p. 101-117 “carta aberta aos que vivem dos rendimentos anti-globalização”) redundou num ataque infundado e inconsequente que tem como principal vantagem a de revelar as fragilidades da globalização imperial e a falsidade dos seus pressupostos integradores. Ver M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bolonha, 2000; *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bolonha, 2002.

⁹ Não são as regras criadas pelos jurisprudentes romanos consideradas de forma estática, inamovível, com natureza eterna. Não é a sua consideração ahistórica e neutra como um modelo que percorre o tempo sem se alterar, sem ser alterado/sem condicionar e sem ser condicionado. Não é um modelo sistemático que parte do *Corpus Iuris Civilis* para o Código. Ao contrário, é uma proposta metodológica que considera ser o modo jurisprudencial de criação jurídica iniciado pelos romanos a possibilidade de manter a juridicidade no Direito actual. A fractura entre o direito legislado e o que consideramos Jurídico agrava-se dia para dia e precisa de trabalho e criatividade dos jurisprudentes para uma reaproximação. Assentamos, por isso, o nosso objecto de estudo jurisromanístico na *iusprudentia* e não na legislação, tomando as regras jurídicas, cada uma de *per se* (não na unidade do *Digesto*), constantemente colocadas à prova, excepcionadas, modificadas e adaptadas, como essenciais à aplicação do método jurisprudencial. Separamo-nos, assim, das propostas de “continuidade teórica da jurisprudência romana” e de “ciência jurídica romana” formuladas por Aldo Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Nápoles, 1971, p. 43 e ss.; *Nascita della giurisprudenza*, Roma-Bari, 1977; *Storiografia e crítica del Derecho (Storiografia e crítica del diritto. Per una “archeologia” del diritto privato moderno*, Bari, 1980), Editoriales de Derecho Reunidas, trad. esp., 1982, p. 43 e ss.

¹⁰ Sobre a variação de significados e de conteúdos conceptuais suscitados pela palavra *auctoritas* ver Ana Isabel Clemente Fernández, *La Auctoritas Romana*, Dikynson, S.L., Madrid, 2013, p. 22 e ss.

¹¹ Só os jurisprudentes podem manter dinâmico o processo de aplicação de regras e excepções a casos concretos visando soluções justas, renovando-as continuamente no tempo que passa. Não adianta continuar a dizer que os jurisprudentes não têm lugar nas nossas sociedades, negando-lhes um papel que só eles podem desempenhar. Faliu o sistema de vigência/revogação/repristinção de normas legais aplicadas por juízes escravizados pelo princípio da legalidade (uma legalidade desigual, excludente,

O Jurídico não vem do legislador nem do juiz ou da Constituição ou dos juristas, diplomados nas Faculdades de Leis (não basta querer para ser jurisprudente; não chega designar como jurisprudência o resultado da aplicação da lei por juízes burocratas, formados e nomeados pelas regras impostas pelos governos e com *imperium*, para que o seja). Não é Jurídico o que é imposto pelo legislador, aplicado pelo juiz ou designado como tal na pena criativa dos doutrinadores da constitucionalização/codificação obedientes ao poder¹².

O Jurídico tem uma identidade iniciada em Roma¹³, ligada à civilização latina¹⁴ e construída a partir daí na História da Humanidade¹⁵. Esse Jurídico está cada vez mais ausente da lei, dos códigos, das constituições, das sentenças dos juízes, dos “livros de Direito”. O saber jurisprudencial é cuidadosamente afastado das Universidades para que o *staus quo* actual se mantenha. As novas gerações não podem dispor dessa arma crítica e sapiencial que é a *iurisprudencia* para que o regime totalitário legalista sobreviva e estas elites se mantenham.

contraditória e incompreensível, a requerer, cada vez mais, para a sua inteligibilidade/compreensão um conjunto de juristas especializadíssimos nessas artes de decifrar para o vulgo o discurso do Direito). O patrulhamento ideológico feito pela doutrina dominante que pretende um direito com origem e fundamento nas ideias e nas soluções políticas das revoluções burguesas em França e na América do Norte, fazendo do Direito Romano e da História do Direito um bibelô cultural do saber jurídico ou um ornamento erudito nos planos curriculares de ensino das Faculdades de Direito têm, com apoio expresso e militante dos governos e dos burocratas que dirigem as Universidades, levado a melhor. Todos sabemos, no entanto, que a sua época já passou. O seu conservadorismo imobilista na criação de regras jurídicas e no ensino do Direito não tem futuro nem traz a justiça porque esperamos.

¹² Já Leibniz, *Méditations sur la Notion Commune de Justice*, 1693, admitia que o princípio *stat pro ratione voluntas* (a vontade em vez da razão) poderia ser a divisa de um tirano que faria leis injustas, contudo válidas porque correspondentes à sua vontade.

¹³ Antes da criação do *ius* em Roma a Antiguidade Clássica que bem conhecia a lei e a ideia de Justiça, não tinha nada como o *ius Romanum* (não é altura para aqui recolocar os sistemáticos e convenientes erros de tradução de fontes pré-romanas que traduzem “lei” por “Direito”. Ver, por exemplo, Stamatios Tzitzis, “La naissance du Droit en Grèce”, in *AA. VV. Instituições de Direito*, coord. Paulo Ferreira da Cunha, Coimbra, Almedina, 1998). Foi em Roma que o Direito começou como *ius*. Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso de Direito Romano*, vol. I, Principia, 2009, p. 440 e ss. Logo, remetemos a origem do Direito, como *ius*, para Roma sem nenhuma concessão ao mito político da ideia de Roma. Ver Manuel García-Pelayo, “La lucha por Roma (sobre las razones de um mito político)”, in *Los Mitos Políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1981, p. 111 e ss.; Adriano Moreira et alii, *Legado Político do Ocidente. O Homem e o Estado*, Lisboa, 1995.

¹⁴ Ver *AA. VV. A Civilização Latina. Dos Tempos Antigos ao Mundo Moderno*, Lisboa, Dom Quixote, dir. Georges Duby, 1989 (*Civilisation Latine*, Olivier Orban, 1986).

¹⁵ Ver o que escrevemos em *História do Direito Comum da Humanidade, ius commune humanitatis ou lex mundi?*, vol. I, tomo I, AAFDL, Lisboa, 2003, Apresentação.

Hoje as constituições e os códigos continuam a ser identificados com o Direito.¹⁶ A codificação, pela sistematicidade normativa que possibilita¹⁷, aparece na base da construção do Direito como uma ciência¹⁸. Ora, além do anacronismo¹⁹, a sistematicidade/cientificidade do Direito nega a sua raiz/matriz romano-clássica (*iurisprudentia*)²⁰, antes da deriva estoíca/retórica (Cícero)²¹

¹⁶ Mário Reis Marques, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal. Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno*, Coimbra, 1987, p. 5: “(...) a codificação representa para a generalidade dos juristas do continente europeu o *estado normal do direito*.”. Em geral, ver Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, nova ed., Paris, Montchrestien, 1975.

¹⁷ Ver, v.g., L. Mengoni, *Diritto e Valori*, Il Mulino, Bolonha, 1985, “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico” (1976).

¹⁸ Ver António Menezes Cordeiro, “Introdução à Edição Portuguesa”, in Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 5ª edição Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2012, p. LXIII e ss. “A ideia de sistema como base do discurso científico”.

¹⁹ Ver, na sequência dos estudos de W. Wadstein, Jean Gaudemet, “Tentatives de Systématisation du droit à Rome”, in *Index*, 15, 1987, p. 79 e ss.; Giaro, in *Index*, 22, 1994, p. 122-125. Ver também Francisco Cuenca Boy, “Sobre el método de investigación en Derecho Romano”, in *Anuário de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 11, 1993, p. 392 e ss.

²⁰ Foi essa a lição consistente de Emilio Betti, “Diritto Romano e dogmatica odierna”, in *AG* 99 (1928), p. 9 e ss.; Schulz, *Principios...*, p. 74 e ss.; Biondi B., *La ciência jurídica como arte de lo justo*, Valladolid, 1951, p. 19 e ss.; e *Obietto e metodi...*, p. 141 e ss.; Max Kaser, *En torno al método...*, p. 39 e ss.; Dieter Norr, “Spruchregel und Generalisierung”, in *ZSS* 89, 1972, p. 71; Franz Wieacker, *História do Direito Privado Romano*, ..., p. 632 e ss.; Viehweg, *Topica y jurisprudência...*, p. 73 e ss.

²¹ Cícero que tentou uma, ainda que incipiente, sistematização da sua obra perdida *De iure civile in artem redigendo*.

e didáctica (Gaio) do *ius Romanum*²² ter levado à sua codificação e uniformização imperial²³.

O Direito jurisprudencial romano²⁴ mostra que o sistema²⁵ não é “a forma específica do ser do Direito” (não é inerente à ideia de direito)²⁶. Os juristas são essencialmente práticos, no sentido que a sua meta é a de arranjar soluções justas para resolver conflitos, aplicando regras e afastando as armas e a força bruta. Podem também ser professores e filósofos mas, como juristas, têm de ser práticos, focalizados na solução²⁷.

Continua a ser importante lembrar que pensamento e criatividade não se confundem. Por isso, teorizar - em processos intelectuais de racionalização e abstracção - é menos importante (embora necessário²⁸), que conhecer as regras jurídicas e saber interpretá-las, com sentido prático, sem cair em pragmatismos e simplificações.

²² Ver como a construção sistemática se intrometeu na *iurisprudentia* romana por razões de ordem didáctica (não de criação de regras ou soluções) na programação lectiva feita por Cícero nas suas *Institutiones*. Cfr., além dos estudos de D. Norr, Stroux e Behrends, Michel Villey, *Recherches sur la littérature didactique du Droit Romain*, Paris, 1945, p. 25-30 e 41 e ss.; Biondi B., *La ciencia jurídica...*, p. 29 e ss.; *Obbietto y metodi...*, p. 141 e ss.; J. Mette, *Ius civile in artem redactum*, Gottingen, 1954, p. 63 e ss.; Helmut Coing, *Geschichte...*, p. 350 e ss.; Juan Iglesias, “La construcción sistemática en general”, in *Estudios*, Madrid, 1985, p. 216 e ss.; L. Vacca, *La giurisprudenza romana nel sistema delle fonti di Diritto Romano*, Turim, 1989, p. 55 e ss.; G. La Pira, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, Il método”, in *SDHI*, 1935, p. 343 e ss.; W. Wolodkiewicz, *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*, Roma, 1978. Giuseppe Grosso, *Problemi Generali del Diritto Attraverso il Diritto Romano*, G. Giappichelli editore, Turim, 2ª ed. ampliada, 1966, p. 189, escreveu: “È il carattere di una sistematica viva, che nasce col nascere, individuarsi, distinguersi e contrapporsi dei rapporti, con una immediatezza rispetto alla quale la preoccupazione della completezza sistematica è il frutto di una riflessione successiva, senza neppure che essa sia portata ad un formale rigorismo logico, in quanto l’impostazione risente sempre della primitiva concretezza e dell’estensione e approssimazione relativa”. Ver também, do mesmo autor, *Premesse generali al Corso di Diritto Romano*, 4ª ed., 1960; e *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Turim, 1963.

²³ Ver, por exemplo, Alberto Montoro Ballesteros, “Notas sobre el imperialismo romano”, in *Persona y Derecho*, vol. 26., 1992, p. 265 e ss.

²⁴ Ver A. Fernandez Barreiro, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano*, Santiago de Compostela, 1976, p. 50 e ss.

²⁵ O conceito de sistema é sempre ambíguo e por isso tomamo-lo aqui tal como é aceite, de forma consensual, no discurso jurídico actual. Ver Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 5ª ed., Lisboa, 2012, p. 25 e ss.

²⁶ Ver, por exemplo, Esser, *Principio y norma...*, p. 58 e ss.

²⁷ Cfr. Viehweg, *Tópica y jurisprudência...*, p. 81 e ss.

²⁸ Sobre a importância de um projecto teórico fundado na historicidade do objecto de estudo ver os textos de Cornelius Castoriadis, *História e Criação. Textos Filosóficos inéditos (1945-1967)*, trad. port. Manuel Gomes, Antígona, Lisboa, (2009) 2013, p. 255-292.

A produção teórica posterior resultante do trabalho empírico dos *iuris prudentes* romanos e de uma consciencialização crescente do processo racionalizador é importante e dá segurança/estabilidade, mas não é da essência do Jurídico²⁹. Foi exactamente com a supremacia dos titulares do poder político imperial sobre os *iuris prudentes*, com a legalização das fórmulas escritas processuais que disciplinam a criação jurisprudencial e a progressiva e agonizante morte da *iuris prudentia*, isto é do Jurídico, que se iniciou o predomínio da fonte legislativa e a sistematização do *ius Romanum*³⁰ (Ulpiano)³¹.

Também em Roma a codificação do Direito foi um dos maiores empenhos de políticos no poder com tendências ditatoriais e demagógicas (como Júlio César e Pompeu) que, com a cumplicidade de jurisperitos prestigiados³², procuravam submeter à sua vontade as comunidades pela uniformização do *ius* através das leis.

Mesmo nessa época de crescente domínio da lei e de apagamento da *iuris prudentia*, o sistema - no *ius Romanum* - era uma ordem expositiva de matérias com fim didáctico ou envolvia aspectos exteriores ao Direito (sistema externo); nunca foi um sistema racional completo, coerente e concatenado com natureza lógico-dedutiva³³, como o que funda e sustenta a actual “ciência do direito”³⁴.

²⁹ Para os *iuris prudentes* romanos a teorização e os processos de abstracção e generalização eram sempre secundários face ao labor principal que era o de encontrar a solução adequada e justa para o caso concreto. Entre muitos outros ver Garcia Garrido, *Casuismo y Jurisprudencia romana...*, p. 69 e ss.; Antonio Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, Nápoles, 1990, p. 442 e ss. Contra esta ideia argumentou P. Cerami, “Ricerche Romanistiche e prospettive storico-comparatistiche”, in *Annali Palermo*, 43, 1995, p. 209 e ss. e 224 e ss.

³⁰ Como defendeu Franz Wieacker, *Vom Romischen Recht*, Estugarda, 1961, p. 141 e ss. Passou-se exactamente o contrário do que escreveu Schulz na sua *Storia della Giurisprudenza romana...*, p. 8 e ss., a introdução do método sistemático na criação normativa em Roma não transformou a *iuris prudentia* romana numa ciência; antes completou a subordinação do *ius* à *lex* e do *iurisprudente* ao governante.

³¹ Ver Francisco Cuena Boy, *Sistema Jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Universidad de Cantabria, 1998, *passim*.

³² Aulo Ofilio, jurisperito da confiança pessoal e política de Júlio César, foi um dos que mais se empenhou em levar por diante projectos de codificação do *ius Romanum* planeados por César e Pompeu. Embora fracassados os intentos existem sinais da ideologia caracterizadora da codificação e dos seus pretendidos efeitos políticos. Ver Javier Parficio, *Poder, Juristas e Proceso. Cuestiones jurídico-políticas de la Roma Clasica*, Madrid, 2012.

³³ Também não foi um sistema sem sistematicidade como defendeu Ayiter, *Systematisches Denken*, ..., p. 21.

³⁴ São, por isso, produto da época que procurava encontrar uma legitimação histórica para a “ciência do direito” os estudos que forçaram sintomas de um sistema axiomático-dedutivo no *ius Romanum* a partir do fim da república (de La Pira a Talamanca; de F. Wieacker a A. Torrent)

O necessário pluralismo jurídico do mundo actual reclama um *ius controversum*, onde podem existir diferentes soluções para resolver problemas idênticos, sem quebra da adequabilidade e da justiça, porque ainda dentro de um complexo valorativo comum dado pelo Jurídico³⁵.

Assim foi em Roma³⁶; assim pode ser hoje com as necessárias diferenças. O monismo legalista do Estado e a sua obsessão com a “certeza do direito”; e a uniformidade requerida pela solução única da lei aplicada pelo tribunal e garantida pelo direito-sistema - são incompatíveis com a diversidade estrutural das regras e das soluções do Jurídico³⁷.

As *regulae iuris* são do domínio do provável (não do *natural*³⁸ ou do *científico*³⁹) e destinam-se a encontrar, pela *opinio*, o justo do caso concreto. E isso é uma arte (*ars boni et aequi*, Celso D. 1.1.1., pr.). A *iurisprudencia* é uma *ars*, no sentido complexo de *arte*⁴⁰. Logo, não pode ser traduzida das fontes romanas como “ciência”⁴¹.

³⁵ A complexidade das regras jurídicas não requer consensos confortáveis nem controvérsias acaloradas como as que estão na base da actividade política que produz as normas legais; requer sim um diálogo de diferenças e uma *sapientia iuris* comum na base do processo criador da regra; na interpretação que a aplica ao caso concreto; na decisão que dá paz pela justiça onde o conflito instituiu a violência. Nada existe aqui de certo ou seguro, no sentido de estável, como hoje entendemos esses conceitos. Aqui, no plano jurisprudencial, o seguro resulta de um processo conduzido por jurisprudentes, com saber específico socialmente reconhecido para tal, fundamentado e consistente, de chegar à justiça em cada caso pela aplicação de regras comuns que são conhecidas e aceites como justas pelas pessoas de uma sociedade. Por isso, o processo jurisprudencial é seguro na identidade de regras comuns que instituem uma ideia de justiça partilhada por todos; e nunca se desactualiza porque está sempre aberto (tentar, falhar, voltar a tentar, resistir, acertar) e é constantemente adaptado às necessidades de justiça de uma sociedade.

³⁶ De entre os muitos textos sobre o pluralismo jurídico em Roma ver as esclarecedoras páginas de Giuseppe Grosso, *Problemi Generali del Diritto Attraverso il Diritto Romano*, G. Giappichelli editore, Turim, 2ª ed. ampliada, 1966, p. 25 e ss.

³⁷ As regras de Direito (não são princípios gerais; nem máximas comuns; nem valores partilhados) como património comum dos jurisprudentes de todas as culturas garantem um máximo de unidade com um máximo de respeito pelas diversidades. Aliás a união, sem uniformidade, que as *regulae iuris* propiciam pelo labor dos jurisprudentes, fecunda a necessária diversidade que garante a juridicidade das soluções.

³⁸ Recordo Ulpiano D. 1.1.1.3-4.

³⁹ Mantém actualidade as considerações de Julius Hermann von Kirchmann, *La jurisprudência no es ciencia*, trad. castelhana de Antonio Truyol Serra, 3ª edição, Madrid, 1983.

⁴⁰ Ver, por exemplo, G. Alpa, *L'Arte di Giudicare*, Laterza, Roma-Bari, 1996.

⁴¹ Refiro-me às muitas deturpações e mal-entendidos provocados por uma tradução inadequada da palavra *ars* por ciência ou conhecimentos científico por Aldo Schiavone nas suas traduções de Cícero, *de oratore* 1.41. 186-1.42.191; e de *Brutus* 41.152.42, 153; e de Sexto Elio, *Tripertita* - como referiu Francisco Cuenca Boy, *Sistema Jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, 1998, nota 212.

As regras do Direito-*ius* estão ordenadas no sentido de uma moral (*bonum et aequum/iustum et iniustum* – D. 1.1.10.2), mas não sistematizadas com neutralidade científica; a opinião (*opinio*) argumentada e fundamentada do jurisprudente que soluciona o caso concreto com aceitação das partes em litígio não é norma legal nem postulada científico.

O “sistema jurídico” actual, na sua miopia kelseniana⁴², parte da Constituição - vista como expressão jurídica da racionalidade lógico-formal do Homem e como repositório de valores comuns e de consensos alargados - que institui uma normatividade fundamental, disciplinadora da vida em sociedade⁴³.

Ela garante ao político eleito que governa a vida colectiva dos seus eleitores – e, em muitos aspectos, também a sua vida pessoal - pela ordem jurídica estatal instituída através do labor de um legislador, fiel ao partido que representa e longe do eleitor.

A actual crise do Estado constitucional e da representação política afecta a legitimidade do legislador para criar direito para a Cidade e os cidadãos e a credibilidade do modelo político que o sustenta. Os efeitos do monismo absolutista jurídico⁴⁴, que vinculou o Direito ao Estado e a criação da regra jurídica ao legislador, atingiram o seu limite do suportável. A continuação deste modelo levará à morte do Direito. Não podemos voltar a um medieval *Direito sem Estado*⁴⁵, mas temos de lutar por um Direito que não se reduza à produção legislativa do Estado cujo conteúdo normativo se limite aos consensos interpartidários efémeros e aos interesses dos grupos mais fortes⁴⁶.

⁴² Ver F. Ost e M. van de Kerchove, “De la pirâmide au réseau? Vers un nouveau mode de production du Droit?”, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 44, 2000.

⁴³ Por todos, além de Gomes Canotilho e Jorge Miranda, ver António José Brandão, *Sobre o conceito de Constituição Política*, Lisboa, 1944; Georges Burdeau, *Une survivance: la notion de Constitution*”, in *L'Évolution du Droit Public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, p. 53 e ss.

⁴⁴ Ver Paolo Grossi, *Prima Lezione di Diritto*, Roma-Bari, laterza, 2003, p. 15 (existe tradução para Português – *Primeira Lição sobre Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 11).

⁴⁵ Paolo Grossi, “Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fundamento della costituzione giuridica medievale)”, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, XXV, 1996, p. 267 e ss.

⁴⁶ Já nem se pode dizer que a lei condensa os consensos duradouros entre as várias ideologias e formas de organizar a sociedade e resolver conflitos, tendo a estabilidade como principal argumento a favor. Hoje a lei resulta da oportunidade política e do oportunismo taticista dos partidos e dos seus chefes; da necessidade administrativa; do compromisso momentâneo; da moda mediática; dos interesses dos grupos de pressão...

Não faz sentido hoje discutir de quem é a supremacia: da “vontade política” ou do “saber jurisprudencial”. A criação do Direito, mostrou a experiência consolidada destes tempos de totalitarismo legalista do Estado, não pode ser confiada ao legislador⁴⁷. A legitimidade do político e do jurisprudente obedecem a diferentes critérios. A legitimidade política para legislar e o seu *imperium* assentam no voto; a legitimidade jurisprudencial e a sua *auctoritas* assentam na *sapientia* de encontrar pela *opinio* que interpreta regras jurídicas a solução justa para a paz entre as partes em litígio⁴⁸.

Nós parecemos ignorar olímpicamente a realidade que nos cerca continuando a caminho do precipício constitucionalista, codicista e normativista, numa cavalgada insana apesar do Direito e contra a Justiça⁴⁹.

O jurisprudente cedeu o seu lugar ao jurista que aceita - com uma fé científica apoiada em uma técnica autosuficiente - como único campo de trabalho (de crítica, comentário e anotação) as leis feitas pelos políticos e a concretização normativa das ideologias no poder. A identidade absoluta entre lei e direito - garantida pela supremacia do estudo nas Universidades das normas legais face às regras jurídicas - impede a concretização do Estado de Direito⁵⁰ e a defesa da pessoa face ao Estado⁵¹.

⁴⁷ Como lembra Frei Bento Domingues: “não é a multiplicação das instituições e das leis que resolve os impasses de uma sociedade”. Os romanos da época clássica separavam claramente o *ius* das *leges*. É conhecido o radicalismo de S. Paulo contra o primado da lei. Cristo opôs-se às leis do judaísmo ortodoxo e às suas muitas proibições e restrições colocadas pelos legisladores em nome de um bem maior: defender as Sagradas Escrituras, proclamando: “o sábado é para o ser humano e não o ser humano para o sábado” (ver Louis Rougier, *O conflito entre o cristianismo primitivo e a civilização antiga*, Lisboa, Veja, 1995). O Direito não pode ser entregue ao legislador. Ele cuida de outra coisa, tem outra função e finalidade e outra educação; o direito, como *ius*, é de criação jurisprudencial e a legitimidade das suas regras e soluções afere-se por critérios de *auctoritas* e não de *imperium*.

⁴⁸ Tanto Kant como Hegel autonomizaram a legitimidade jurídica da política; mas apenas para substituir a vontade geral (contrato) pela vontade do Estado (soberania). O Direito seria uma emanção da teoria do Estado (*Staatslehre*) como depois desenvolveu Carl Schmitt, com efeitos desastrosos para o Direito-*ius*.

⁴⁹ Pior, a doutrina ignora os principais textos sobre estas problemáticas; e a que os conhece esconde-os, não os cita, na esperança que desapareçam no baú do tempo. É o exemplo de Gaston Morin, *La Révolte du Droit contre le Code. La révision nécessaires des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Paris, Sirey, 1945, p. 2 “A l’insurrection des faits contre le Code, au défaut d’harmonie entre le droit positif et les besoins économiques et sociaux, a succédé la revolte du Droit contre le Code, c’est-à-dire l’autonomie entre le Droit actuel et l’esprit du Code Civil”. O Director da Faculdade de Direito de Montpellier sabia bem o que dizia.

⁵⁰ Ver, v.g., AA. VV. *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*, org. P. Costa e D. Zolo, Milão, Feltrinelli, 2002.

⁵¹ Está hoje completamente ultrapassado pela experiência e a prática jurídicas, o argumento legalista como base do Estado democrático (uma sociedade seria jurídica se organizada por leis feitas pelos

Por isso já tarda o anúncio do fim da modernidade jurídica (e a pós-modernidade no Direito nunca existiu)⁵² e dos valores individualistas/materialistas que instituíram o direito-lei como mero instrumento de poder, sem arte ou justiça.

Fiéis às suas origens racionalistas-positivistas os códigos⁵³ mantêm como principal objectivo uma “planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica”⁵⁴. Como se os tempos de Jeremy Bentham se mantivessem imutáveis até hoje continua a ensinar-se e a praticar-se uma ciência da legislação, como ciência do poder, em que os códigos unem e universalizam tornando eterno e completo um conjunto fechado de normas sistematizadas⁵⁵.

Qualquer *virtude codificadora* ou parte, na sua tentativa positivante, de uma construção jurisprudencial, fundada nas regras jurídicas e na sua aplicação por jurisperitos - eles que vivenciam e efectivam a realidade vivida pelas pessoas no seu labor quotidiano, premiado com a *auctoritas* que lhes é reconhecida pela comunidade – ou não passa de uma expressão normativa do poder político, com os respectivos conteúdos determinados e limitados por quem governa⁵⁶.

Se a Constituição visa garantir a unidade política de uma sociedade hierarquizada no Estado, os códigos - escondendo os textos de Capitan, Planiol e outros dos fundadores da codificação civil francesa - persistem em acabar com a diversidade própria do Direito com o pretexto da sua unificação normativa⁵⁷;

representantes do povo eleitos em listas de partidos políticos, como única fonte de direito) de Rousseau, Kant, Tocqueville, Constant, etc.

⁵² Ver, por exemplo, Zygmunt Bauman, *Legisladores e Intérpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*, trad. espanhola de Horacio Pons, Universidad Nacional de Quilmes Editorial (1997), reimpressão de 2005.

⁵³ O projecto codificador do jovem Leibniz, *Corpus juris reconcinatum*, de 1672 foi um acto isolado, a pedido do chanceler von Boyenburg, sem sequência.

⁵⁴ Como escreveu Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980, p. 366.

⁵⁵ Ver Paolo Grossi, “Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del Diritto”, in *Inaugurazione dell'Anno Accademico 1996-1997*, Firenze, Università degli Studi di Firenze, 1996.

⁵⁶ Ver, por exemplo, AA. VV. *Derecho, Persona y Ciudadania. Una experiencia jurídica comparada*, Coord. Bernardo Perrián Gómez Madrid, Marcial Pons, 2011; Maria José Falcón y Tella, *La jurisprudencia en los Derechos Romanos, Anglosajón y Continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

⁵⁷ Uma das propostas mais recentes é a de utilizar o Direito Romano como base dogmática e fundamento histórico de um código civil europeu. Ver, por exemplo, Ignacio Cremades Ugarte e Reinhard Zimmermann, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

acrescentando que só o Código permite o “aperfeiçoamento técnico da construção das normas jurídicas”⁵⁸.

Agarrados à abstração de uma “vontade comunitária geral” que julgam ser a deles, os legisladores/codificadores criam o direito nos laboratórios parlamentares e no vazio dos gabinetes ministeriais e partidários, em obediência a interesses pessoais e de grupos, esquecendo que a revolução (política ou apenas mental) que os possibilitou é hoje uma ordem normativa engessada, injusta e ilegítima.

Os códigos que surgiram em ruptura com a tradição e com uma história própria⁵⁹ e no elogio do “novo”, são hoje os sarcófagos do Direito e a codificação sem *iuris prudentia* é a ideologia dos conservadores. A proposta de descodificação para uma renovação da tradição civilística (Natalino Irti⁶⁰) e de imitação do modelo anglo-saxónico de constituição material⁶¹, sem alternativa criadora e sem sustentação na nossa cultura jurídica, tornaram-se doutrinas desfasadas da realidade que vivemos. A fuga para a recodificação só aprofundou as maleitas e desvantagens da ideologia codificadora⁶².

O constitucionalismo político e a constitucionalidade normativa, no seio do movimento codificador jurracionalista do século XVIII, estão fundados na ideia do direito como sistema de normas e não sobrevive sem ele⁶³. A crença

25

⁵⁸ José Tavares, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. I, Primeira Parte, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª edição, Coimbra, 1929, p. 298.

⁵⁹ Ver sobre a ligação entre História e Tradição Mario Bretone, *Diritto Romano e Coscienza Moderna. Dalla Tradizione alla Storia*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

⁶⁰ Natalino Irti, *La Edad de la Descodificación*, trad. esp. De Luis Rojo Ajuria, José Maria Bosch editor S.A., Barcelona, 1992.

⁶¹ Paolo Grossi, “Lectio Doutoralis – A Identidade do Jurista, Hoje”, in *Doutorado Honoris Causa a Paolo Grossi*, UFPR 100 anos 1912-2012, Curitiba 30 de Agosto de 2011, p. 24 e ss.

⁶² Ver AA. VV. *La Polemica sulla Codificazione*, org. G. Marini, Esi, Nápoles, 1982; Mário Luiz Delgado, *Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil Brasileiro*, Editora Saraiva, 2011, passim, mas sobretudo p. 70 e ss.

⁶³ José Tavares, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. I, Primeira Parte, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª edição, Coimbra, 1929, p. 59: “Todos os institutos jurídicos dum mesmo ramo do direito devem coordenar-se num sistema, e só na grande harmonia deste sistema podem ser completamente compreendidos e perfeitamente integrados. A cada sistema de institutos jurídicos constituindo um certo ramo de Direito, o que se chama também organismo de direito, deve corresponder um código. O código é pois a organização das regras que se referem a um certo ramo do direito, e pode bem definir-se, com Filomusi-Guelfi: um sistema de direito no campo da legislação”. Mais à frente, p. 297, escreve: “A codificação não é outra coisa senão um processo de organização jurídica, que consiste em reduzir a códigos as leis dos diferentes ramos do Direito. Um código é a organização sintética, sistemática e científica das leis de um certo ramo do direito. Os escritores costumam caracterizar a função dos códigos, principalmente pela unificação do Direito”.

na razão e a confiança moral no seu acerto fizeram do constitucionalismo codificador uma nova religião, com uma bíblia profana (a Constituição), uma liturgia (as formalidades legislativas e judiciárias), um clero hierarquizado (os constitucionalistas e os codificadores) e um “Santo Ofício” (os tribunais constitucional e superiores).

A doutrina jurídica dominante no direito civil tem, com conhecidas excepções, uma linguagem técnica de justificação apresentada como retórica de base científica mas não passa de uma proposta ideológica ligada ao individualismo político⁶⁴ e ao privilégio do credor. O discurso inicialmente só causídico, rapidamente passou para as sentenças dos tribunais, prejudicando ainda mais a possibilidade de estas se tornarem *iurisprudencia*. O conformismo reinante, muito normal nas sociedades portuguesa e brasileira⁶⁵ e nas suas Universidades também, tem feito o possível para que tudo seja aceite como justo e científico e não é nem uma coisa nem a outra.

A conceptualização do Direito Civil como “direito comum particular” numa contradição a que se juntou outra: a tentativa de misturar história e dogmática – marcou o *paradigma civilístico* actual pelo lado negativo de uma positividade estagnada que - nacionalizando os aspectos universais (comuns) do direito civil - ignorou as concretizações locais da sua aplicação (particularismos).

Os celebrados Códigos Civis, Português de 1966 e Brasileiro de 2002, continuam uma saga de desacertos metodológicos, conceptuais e institucionais, adiando a esperada reforma do direito civil pela mudança dos processos de criação de regras de *ius civile* e de aplicação da equidade⁶⁶.

O conceptualismo jurídico sobrevive no desprezo da lei e dos factos sociais, agarrado metodologicamente à lição de Savigny em Marburg (1802): cabe ao jurista construir um sistema de conceitos jurídicos a partir das normas de direito positivo, com base na crença do poder genético dos conceitos.

⁶⁴ A denúncia mais completa da construção do direito civil como uma ideologia do sujeito ancorada numa visão individualista e numa teoria liberal do Estado foi feita pelo pensamento marxista. Cfr. Henrique da Silva Seixas Meireles, *Marx e o Direito Civil (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”)*, Coimbra, 1990, p. 289 e ss.

⁶⁵ Para além dos muitos estudos sobre as especificidades de Portugal e dos portugueses, do seu pensamento e da sua acção (uma bibliografia imensa que aqui não faz sentido reproduzir); como seria interessante para compreender a sua adaptação brasileira e os seus efeitos no país irmão ver Wilson Martins, *História da Inteligência brasileira (1550-1960)*, 7 volumes, S. Paulo, Cultrix, 1976-1979.

⁶⁶ Ver G. M. Chiodi, *Equità. La categoria regolativa del Diritto*, Nápoles, Guida, 1989; José Luis de Los Mozos, *Metodología Y Ciencia en el derecho Privado Romano*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977, p. 317 e ss.

Aliada ao formalismo kantiano e ao cientismo que acredita na função estruturante dos princípios gerais e das categorias; e ao romanismo bizantino/codificador da pandectística alemã⁶⁷, esta tendência mergulha num *pathos* de neutralidade e objectividade, destinadas a esconder: a aceitação do positivismo estadualista em que a lei é ponto de partida⁶⁸; e a subjectividade requerida pela interpretação da lei pelos jurisprudentes (doutrina), a partir de classificações, divisões, distinções, definições, argumentos, unidos na expressão “técnica jurídica”⁶⁹.

Ora, a criação jurisprudencial do Direito parte das regras jurídicas e não das normas legais; pressupõe jurisprudentes com *auctoritas*; não juristas com *imperium*; dispensa a dogmática moderna para a reconstrução histórica do “jurídico romano”⁷⁰.

Para isso é preciso estudar e conhecer o Direito Romano Clássico, no seu *tempo histórico* (não como *sub specie aeternitatis* do direito actual), a sua *iurisprudentia*⁷¹ (e não apenas o *Corpus Iuris Civilis*⁷² e a história do seu renascimento/recepção nas vidas do Direito)⁷³.

⁶⁷ Ver, por exemplo, G. Pugliese, “I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto”, in *RISG*, 17, 1973; *Scritti giuridici scelti*, III, Camerino, 1985, p. 447.

⁶⁸ Ver AA. *VV Diritto Positivo e positività del Diritto*, org. G. Zaccaria, Giappichelli, Turim, 1991.

⁶⁹ Como tão bem denunciou em páginas imorredoiras F. Gény, *Science et Technique en Droit Privé Positif*, 4 volumes, Sirey, Paris, 1924.

⁷⁰ E a polémica suscitada desde os textos de Emilio Betti, “Diritto Romano e dogmática odierna”, in *Archivio giuridico*, XCIX, 1928, p. 129 e ss.; e C, 1928, p. 26 e ss.; “Problemi e criteri metodici d’un manuale d’istituzioni romane, in *B.I.R.D.*, XXXIV, 1925, p. 238 e ss.

⁷¹ Não posso aqui desenvolver este tópico, mas foi preciso a *iurisprudentia*, fonte principal de *ius Romanum* como normas legais aprovadas pelo *princeps*. Por isso, rejeitamos a oposição clássica entre o direito comum criado na Idade Média, a partir do *Corpus Iuris Civilis*, e as suas muitas sobrevivências e múltiplos renascimentos e o movimento codificador oitocentista (obedecem aos mesmos fundamentos e partem dos mesmos pressupostos, com divergências insuficientes para, face às exigências jurisprudenciais de criação de um direito-*ius*, justificarem uma oposição como tem difundido século após século, livro a seguir a livro, numa repetição acrítica e sem estudo analítico das fontes, a doutrina jurídica e jurishistoriográfica.

⁷² Como lembra Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, 2003, p. 528 e ss.

⁷³ Creio ser essa uma melhor resposta ao dogmatismo conceptualista e ao formalismo normativo que o naturalismo, o vitalismo ou o organicismo que se contentaram em ser correntes anticonceitualistas e antiformalistas, sem proposta de conjunto alternativa ao que criticaram. Mais bem sucedidas, do lado do positivismo, foram as críticas de: Émile Durkheime, pelo comtismo; e do institucionalismo de León Duguit, que assentou no ataque aos fundamentos e dogmas da teoria liberal do Estado (seguido no anti-individualismo por Maurice Hauriou), com efeitos sobretudo no Direito Público.

É preciso viver o presente do Direito conhecendo o seu passado e não fazer do passado o presente do Direito. É isso que as elites - universitária, política, financeira e social - dominantes dos dois lados do Atlântico (Brasil e Portugal) procuram impedir com a sistemática e obstinada exclusão da disciplina de Direito Romano dos seus planos curriculares de graduação e pós-graduação⁷⁴.

O ensino da actualidade da criação jurisprudencial do Direito, em resposta aos nossos tempos, a partir do exemplo do Direito Romano Clássico e da sua *iurisprudencia*, é uma ameaça que os poderosos de serviço conhecem bem e, por isso, não o vão aceitar⁷⁵.

As reformas políticas, as reestruturações institucionais e as reorganizações universitárias terão sempre como limite o não-retorno às Faculdades do ensino do Direito criado e aplicado por jurisperitos, nomeadamente do espírito crítico ínsito no ensino do Direito Romano. O ambiente cultural, político, social, económico, educativo é favorável aos argumentos utilizados para um ensino ainda mais intenso na Universidade (ainda pombalina e obediente) de leis, regulamentos, sentenças que aplicam leis e doutrinas que legitimam o sistema legalista.

O que no ensino actual do Direito escapa à Constituição, aos códigos, às leis, aos regulamentos, às sentenças que aplicam leis fica nas cartilhas doutrinárias publicista e privatista, que - disputando supremacias - dividem um bolo

28

⁷⁴ Através dos seus melhores oradores e publicistas a elite que governa usa o poder que tem para excluir o ensino do Direito Romano e da sua *iurisprudencia*, das Universidades; mantém um apertado patrulhamento ideológico nas Escolas e uma pressão junto dos docentes que, à míngua de argumentos, recorre à provocação, ridicularização e à ofensa em manifestação da sua auto-proclamada sabedoria, arrogante como a de todos os ignorantes.

⁷⁵ Trata-se de uma proposta de alteração completa dos habituais e estabilizados terrenos de investigação dos juristas e dos juristoriadores; representa uma ruptura radical com as tradições académicas e com os domínios de interdisciplinaridade já aceites. A introdução do método jurisprudencial na criação actual do Direito, em ruptura com a actual teoria das fontes e com o conceito aceite de Direito, a partir da história da *iurisprudencia* romana, reintroduz a jurisromanística nas disciplinas Jurídicas, com história, retirando-a da jurishistoriografia onde definhava (sem prescindir da leitura dos mestres alemães que juntaram de uma forma brilhante na jurisromanística e na *Antique Rechtsgeschichte*, História e Jurídico (Ludwig Mitteis, Droysen, Mommsen, Eduard Meyer, Dieter Norr). Ver as sábias reflexões de Giuliano Crifò, “Romanistiche Attuale” (publicadas primeiramente com o título “Indispensabilità e inutilità della romanistica attuale”, in *SDHI*, 55, 1989, p. 445-461), in *Materiali di Storiografia Romanistica*, G. Giappichelli Editore, Turim, 1998, p. 351-371. Mas a alteração mais significativa está na dimensão metodológica, pois pouco aproveita das propostas metodológicas jurídicas actuais ainda fundadas nas ideias oitocentistas. Ver K. Larenz, *Storia del método nella scienza giuridica*, trad. Ital., Milão, 1964, p. 5 e ss. e 17 e ss.; W. Wilhelm, *La metodologia jurídica en el siglo XIX*, trad. esp., Madrid, 1980, p. 15 e ss. e 81 e ss.

cada vez mais pequeno, fingindo divergências num caldo comum de cultura positivista, codificadora e formalista, ignorando uma fome comum: o Jurídico. O Direito passa ao lado do ensino; a justiça fica adiada na comunidade; o direito civil mantém-se público.

Também fomos educados nas virtudes da teoria da subsunção do facto à norma; da plenitude lógica do ordenamento jurídico; da interpretação objectivista da lei e essa cultura de base pandectística perdurará na nossa actividade jurídica. Mas já não basta como solução. É preciso ir à raiz para chegar mais além. Daí que o passado romano não esteja ultrapassado⁷⁶.

Sobretudo porque, a crítica da influência da pandectística pelo lado do formalismo e do positivismo sociológico levou à longa noite kelseniana, tão pura como errada nos seus pressupostos verticais e auto-referenciais.

Ou a contestação levada a cabo, quer pelo socialismo marxista clássico⁷⁷ quer pelo neomarxismo, que na sua tentativa de diluir o direito no modelo global de organização social negligenciou os aspectos específicos da juridicidade.

Ou, ainda, as mais recentes as teorias críticas do Direito que se esgotaram, muito por inspiração do modelo da Escola de Frankfurt, no estudo do direito nas relações de poder, do género, de classe, de raça, das marginalidades várias e, nessa atomização, perdeu utilidade na construção de uma alternativa à criação doutrinal e jurisprudencial do Jurídico com base na lei.

Ou, ainda, porque ocupam a intelectualidade jurídica sem nenhum efeito prático na resposta, cada vez mais urgente, a um novo paradigma criador de direito-*ius*: o pântano pós-modernista com as suas múltiplas correntes e protagonistas; o auto-designado “pluralismo jurídico” fundado no multiculturalismo excludente e na flexibilidade normativa sem universalidade, pluralidade ou rumo; o construtivismo de N. Luhmann - com os seus sistemas sociais auto-

⁷⁶ Não quero com isto voltar ao debate sobre a continuidade/sobrevivência do Direito Romano vulgarizado nos direitos dos povos da Europa ou no Direito Comum Europeu; nem a recolocar a questão da *Tradição romanística*; e muito menos sobre a superhistoricidade/atemporalidade do *ius Romanum*. Quero apenas - com plena consciência da distância entre o Direito Romano e o Direito de Hoje (logo, recusando um *sentido de contemporaneidade* ao Direito Romano de Roma) – mostrar a importância referencial histórica do *ius Romanum* e do método jurisprudencial de criação, interpretação e aplicação do Direito para a juridicidade do Direito actual. Ver Alejandro Gusmán Brito, *Historia de la Interpretación de las normas en el Derecho Romano*, 2ª ed. revista, México, 2011.

⁷⁷ Remeto aqui para o imenso filão cultural que representa o estudo de Henrique da Silva Seixas Meireles, *Marx e o Direito Civil (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”)*, Coimbra, 1990.

produzidos e auto-referenciais produtores autónomos de sentidos comunicantes entre si⁷⁸ - que não consegue erguer uma proposta consistente ao direito que está.

Todos estes sucessivos fracassos têm causas comuns: ignorar que só é Direito o *ius* criado pelos jurisperitos com *auctoritas*, através da *opinio*, na tentativa de encontrar soluções justas pela aplicação de regras e pela consideração das respectivas excepções, dando paz (não apenas ordem) às sociedades e às pessoas que as compõem; não saber que o campo do Direito é só este (encontrar soluções justas para pacificar conflitos), estando ele, no entanto, aberto e sendo influenciado por tudo o que circunda o Homem e a sociedade; querer marginalizar a História – desde Roma Clássica⁷⁹ - e reduzir a filosofia a uma narrativa do já pensado.

Do mesmo modo o designado “activismo judiciário”, com manifestações preocupantes de apetência para o exercício de poder político e de populismo, vive no Brasil a crença de uma “via brasileira” para a criação de Direito por juízes de tribunais superiores. Nada de mais errado.

30

Trata-se apenas de um localismo, sem grande novidade ou inovação, na aplicação das propostas de Ernst Fuchs, *O Carácter socialmente danoso da jurisprudência construtiva*, 1907, e que foram desenvolvidas pela Escola do Direito Livre; com uma mistura de manifestação tardia de “uso alternativo do Direito”, na sua matriz italiana da década de 70, com projecção no protagonismo judiciário (sobretudo em Itália e em Espanha) em 80 e 90 do século passado.

Confiar no sentido de justiça e na sensibilidade do juiz para auscultar a comunidade, atribuindo-lhe mais liberdade na conformação do Direito quando decide, podendo afastar-se da lei, foram princípios teorizados e solidamente colocados por Hermann Kantorowicz e por Eugen Ehrlich. A importância da intuição do magistrado judicial e da sua vontade de acção em concretizar a

⁷⁸ Ver, por exemplo, a narrativa de Lucas Alvarenga Gontijo, *Filosofia do Direito. Metodologia Jurídica, Teoria da Argumentação e Guinada Linguístico-pragmática*, Arraes editores, Belo Horizonte, 2011, p. 139 e ss. sobre esta auto-referencialidade na sua relação com a hermenêutica jurídica.

⁷⁹ Ver a actualidade da denúncia feita por Aldo Schiavone (*Storiografia e critica del Diritto. Per una “aicheologia” del diritto Privato Moderno*, De Donato, Bari, 1980), *Historiografia y Critica del Derecho*, trad. Espanhola de F. Belza Sagardoy, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.

justiça não são, no entanto, suficientes para que o juiz decida por ele, confundindo a convicção final formada no processo com o seu arbítrio opinativo e a prova com procedimentos *à la carte*⁸⁰.

Ora, juízes recrutados para funções de judicatura através de exames onde o que se requer é a resolução de casos práticos com base na aplicação de códigos, leis avulsas, regulamentos (seguindo, aliás, o que já tinham feito nas Faculdades de Direito onde só se ensinam leis e é o mercado que determina o que se ensina) – ou pior, escolhidos pelos poderes políticos instituídos - não podem arrogar-se sair da lei que aprenderam feita por quem os escolheu para decidir, porque não têm nem legitimidade nem preparação para tal. Aplicar a lei é o que sabem e no que são experientes.

Estes juízes: quer os que estão convencidos que expressam uma vontade popular ou que representam o sentido geral de justiça da comunidade, dispensando a lei ou tomando-a como mera referência na decisão judicial; quer os que estão funcionalizados e são seguidores do legalismo dominante, não fazem jurisprudência nas suas sentenças e, por isso, não podem criar direito.

A possibilidade de criação de direito pela decisão dos juízes requeria outro regime jurídico para a criação e aplicação das regras jurídicas, outra mentalidade, outra forma de escolher os magistrados judiciais. Juízes que dominassem a tópica, a relação género/espécie, a arte da argumentação, a cultura histórico-filosófica do Direito. Um juiz jurisprudente culto e consciente da sua limitação e da sua possibilidade face à complexidade do real (Norberto Bobbio; Zygmund Bauman).

Juizes, procuradores, advogados, professores de direito, legisladores, assessores e consultores todos em volta dos mesmos autores, dos mesmos temas e problemas para justificar a manutenção dos códigos/constituições, como caminho único. Um cortejo que passa por Grócio, Hobbes, Puffendorf, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Portalis, Thomasius, C. Wolff, e tantos outros. Assim vamos sem novidade ou sobressalto.

Importa, por isso, estudar – por exemplo - os efeitos do abandono do direito jurisprudencial romano como menção metodológica na criação do direito romano pelos codificadores e saber como recuperar, no século XXI, essa in-

⁸⁰ Ver A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo di virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

contornável referência metodológica (matricial e estrutural) face à crise do modelo estadualista/legalista – como solução possível para a reabilitação do Jurídico.

Nessa reabilitação do Jurídico- cada vez mais necessária e urgente – não há certezas e arrogâncias, vitórias e derrotas, desânimos e euforias, orgulhos e protagonismos. A situação actual do Direito requer estudo, criatividade, coragem e humildade. Os jurisperitos empenhados nesta luta pelo Direito-ius devem aceitar e estar preparados para a possibilidade de as suas propostas não serem as necessárias, as possíveis ou as adequadas aos fins que fixaram.

Precisamos de diálogo, de empenhamento, de respeito pela diferença sem afastar o diferente. O contraditório é da essência da Democracia e do Direito e, provavelmente, os que de mim discordam têm razões e argumentos superiores para manterem o que está como está. Por mim acredito que só mudando, e muito, podemos voltar a ter um Direito capaz de Justiça; um Direito merecedor do respeito dos injustiçados; um Direito temido pelos injustos e pelos prepotentes.

32

O tempo vai longo e a vossa paciência cada vez mais curta. Não posso terminar, no entanto, sem renovar o meu compromisso de exercício exigente da docência jurídica no sentido da realização da Justiça nas nossas vidas; declarar a minha insuficiência para dar todas as respostas que suscita a análise que aqui apresentei; e a minha incapacidade para corresponder a uma militância mais empenhada nestas causas da Justiça pelo Direito. Quero pedir aos estudantes de Direito que me escutam que mantenham a vossa abertura para o novo que o velho tem; para a generosidade das boas causas; para a disponibilidade que as pessoas mais frágeis reclamam; para as horas de solidão que o estudo requer; para a ousadia de pensar o impensável e realizar o impossível. Muito Obrigado.

REFERÊNCIAS

AA. VV. *A Civilização Latina. Dos Tempos Antigos ao Mundo Moderno*, Lisboa, Dom Quixote, dir. Georges Duby, 1989 (*Civilisation Latine*, Olivier Orban, 1986).

AA. VV. *Derecho, Persona y Ciudadania. Una experiencia jurídica comparada*, Coord. Bernardo Perriñán Gómez Madrid, Marcial Pons, 2011.

AA. VV. *Diritto Positivo e positività del Diritto*, org. G. Zaccaria, Giappichelli, Turim, 1991.

AA. VV. *La Polemica sulla Codificazione*, org. G. Marini, Esi, Nápoles, 1982.

- AA. VV. *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*, org. P. Costa e D. Zolo, Milão, Feltrinelli, 2002.
- AA. VV. *Codici. Una riflessione di fine millennio, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre de 2000*, org. P. Capellini e B. Sordi, Milão, Giuffrè, 2002.
- Martim de Albuquerque, “Santo António, O Direito e o Poder”, in *Estudos de Cultura Portuguesa*, 2º Volume, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, s.d., p. 11-34.
- G. Alpa, *L'Arte di Giudicare*, Laterza, Roma-Bari, 1996.
- Ayiter, *Systematisches Denken*, ..., p. 21.
- Zygmunt Bauman, *Legisladores e Intérpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*, trad. espanhola de Horacio Pons, Universidad Nacional de Quilmes Editorial (1997), reimpressão de 2005.
- António Marques Bessa, *Quem governa? Uma análise histórico-política do tema da elite*, Lisboa, ISCEP, 1993.
- Emilio Betti, “Diritto Romano e dogmatica odierna”, in *Archivio giuridico*, XCIX, 1928.
- Emilio Betti, “Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane, in *B.I.R.D.*, XXXIV, 1925, p. 238 e ss.
- Biondi B., *La ciência jurídica como arte de lo justo*, Valladolid, 1951, p. 19 e ss.
- Biondi B., *Obietto e metodi...*, p. 141 e ss.
- António José Brandão, *Sobre o conceito de Constituição Política*, Lisboa, 1944.
- Mario Bretone, *Diritto Romano e Coscienza Moderna. Dalla Tradizione alla Storia*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Georges Burdeau, “Une survivance: la notion de Constitution”, in *L'Évolution du Droit Public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, p. 53 e ss.
- Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 5ª ed., Lisboa, 2012
- Cornelius Castoriadis, *História e Criação. Textos Filosóficos inéditos (1945-1967)*, trad. port. Manuel Gomes, Antígona, Lisboa, (2009) 2013.
- P. Cerami, “Ricerche Romanistiche e prospettive storico-comparatistiche”, in *Annali Palermo*, 43, 1995, p. 209 e ss.
- G. M. Chiodi, *Equità. La categoria regolativa del Diritto*, Nápoles, Guida, 1989.
- Ana Isabel Clemente Fernández, *La Auctoritas Romana*, Dikynson, S.L., Madrid, 2013, p. 22 e ss.
- Helmur Coing, *Geschichte...*, p. 350 e ss.
- Ignacio Cremades Ugarte e Reinhard Zimmermann, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Giulliano Crifò, “Romanistiche Attuale”, in *Materialli di Storiografia Romanistica*, G. Giappichelli Editore, Turim, 1998, p. 351-371.

Francisco Cuenca Boy, *Sistema Jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Universidad de Cantabria, 1998.

Francisco Cuenca Boy, “Sobre el método de investigación en Derecho Romano”, in *Anuário de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 11, 1993, p. 392 e ss.

Mário Luiz Delgado, *Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil Brasileiro*, Editora Saraiva, 2011.

Esser, *Principio y norma...*, p. 58 e ss.

Maria José Falcón y Tella, *La jurisprudência en los Derechos Romanos, Anglosajón y Continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte Prima. Il concetto del Diritto*, Giuffrè, Milão, 1992.

A. Fernandez Barreiro, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano*, Santiago de Compostela, 1976

M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bolonha, 2000.

34 M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bolonha, 2002.

García Garrido, *Casuismo y Jurisprudencia romana...*, p. 69 e ss.

Manuel García-Pelayo, “La lucha por Roma (sobre las razones de um mito político)”, in *Los Mitos Políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1981, p. 111 e ss.

F. Géný, *Science et Technique en Droit Privé Positif*, 4 volumes, Sirey, Paris, 1924.

Giaro, in *Index*, 22, 1994, p. 122-125.

Pinharanda Gomes, “António, Pensador da Justiça”, in *Pensamento Português*, Vol. IV, Lisboa, Edições do Tempo, 1979, p. 252 e ss.

Lucas Alvarenga Gontijo, *Filosofia do Direito. Metodologia Jurídica, Teoria da Argumentação e Guinada Linguístico-pragmática*, Arraes editores, Belo Horizonte, 2011.

Paolo Grossi, *La Primera Lección de Derecho*, Marcial Pons, trad, cast. de Clara Álvarez Alonso, Barcelona, 2006.

Paolo Grossi, “Lectio Douroralis – A Identidade do Jurista, Hoje”, in *Doutorado Honoris Causa a Paolo Grossi*, UFPR 100 anos 1912-2012, Curitiba 30 de Agosto de 2011.

Paolo Grossi, *Prima Lezione di Diritto*, Roma-Bari, laterza, 2003.

Paolo Grossi, “Qué es el Derecho?”, in *La Primera Lección de Derecho*, Marcial Pons, trad, cast. de Clara Álvarez Alonso, Barcelona, 2006, p. 17 e ss.

Paolo Grossi, “Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fundamento della costituzione giuridica mediavale)”, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, XXV, 1996, p. 267 e ss.

Paolo Grossi, “Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del Diritto”, in *Inaugurazione dell’Anno Accademico 1996-1997*, Firenze, Università degli Studi di Firenze, 1996.

Giuseppe Grosso, *Premesse generali al Corso di Diritto Romano*, 4ª ed., 1960; e *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Turim, 1963.

Giuseppe Grosso, *Problemi Generali del Diritto Atraverso il Diritto Romano*, G. Giappichelli editore, Turim, 2ª ed. ampliada, 1966.

Antonio Guarino, *L’ordinamento giuridico romano*, Nápoles, 1990, p. 442 e ss.

Alejandro Gusmán Brito, *Historia de la Interpretación de las normas en el Derecho Romano*, 2ª ed. revista, México.

Juan Iglesias, “La construcción sistemática en general”, in *Estudos*, Madrid, 1985, p. 216 e ss.

Natalino Irti, *La Edad de la Descodificación*, trad. esp. De Luis Rojo Ajuria, José Maria Bosch editor S.A., Barcelona, 1992.

Max Kaser, *En torno al método...*, p. 39 e ss.

Erich Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1927.

Julius Hermann von Kirchmann, *La jurisprudência no es ciência*, trad. castelhana de Antonio Truyol Serra, 3ª edição, Madrid, 1983.

G. La Pira, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, Il método”, in *SDHI*, 1935, p. 343 e ss.

K. Larenz, *Storia del método nella scienza giuridica*, trad. Ital., Milão, 1964.

Leibniz, *Méditations sur la Notion Commune de Justice*, 1693.

José Luis de Los Mozoz, *Metodologia Y Ciencia en el derecho Privado Romano*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977.

Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, 2003.

Mário Reis Marques, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal. Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno*, Coimbra, 1987.

Wilson Martins, *História da Inteligência brasileira (1550-1960)*, 7 volumes, S. Paulo, Cultrix, 1976-1979.

Henrique da Silva Seixas Meireles, *Marx e o Direito Civil (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”)*, Coimbra, 1990.

António Menezes Cordeiro, “Introdução à Edição Portuguesa”, in Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 5ª edição Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2012.

L. Mengoni, *Diritto e Valori*, Il Mulino, Bolonha, 1985.

J. Mette, *Ius civile in artem redactum*, Gottingen, 1954, p. 63 e ss.

Alain Minc, *Carta Aberta aos Nossos Novos Senhores* (2002), Gradiva, Lisboa, 2004, p. 101-117.

Alberto Montoro Ballesteros, “Notas sobre el imperialismo romano”, in *Persona y Derecho*, vol. 26., 1992, p. 265 e ss.

Adriano Moreira et alli, *Legado Político do Ocidente. O Homem e o Estado*, Lisboa, 1995.

Gaston Morin, *La Révolte du Droit contre le Code. La révision nécessaires des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Paris, Sirey, 1945.

Dieter Norr, “Spruchregel und Generalisierung”, in ZSS 89, 1972, p. 71.

F. Ost e M. van de Kerchove, “De la pirâmide au réseau? Vers un nouveau mode de production du Droit?”, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 44, 2000.

Javier Parício, *Poder, Juristas e Processo. Cuestiones jurídico-políticas de la Roma Clásica*, Madrid, 2012.

Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso de Direito Romano*, vol. I, Principia, 2009, p. 440 e ss.

Eduardo Vera-Cruz Pinto, *História do Direito Comum da Humanidade, ius commune humanitatis ou lex mundi?*, vol. I, tomo I, AAFDL, Lisboa, 2003.

A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo di virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

G. Pugliese, “I pandetisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto”, in *RISG*, 17, 1973.

G. Pugliese, *Scritti giuridici scelti*, III, Camerino, 1985.

Louis Rougier, *O conflito entre o cristianismo primitivo e a civilização antiga*, Lisboa, Veja, 1995.

A. Ruggeri, “Iterari di una ricerca sul sistema delle fonti, Giappichelli, Turim, 1992; AA. VV. *Transformazione della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, org. F. Modugno, Giuffrè, Milão, 2000.

Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firense, 2ª ed., 1946.

Aldo Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Nápoles, 1971, p. 43 e ss.

Aldo Schiavone, *Nascita della giurisprudenza*, Roma-Bari, 1977.

Aldo Schiavone, *Historiografía e crítica del Derecho (Storiografía e crítica del diritto. Per una “archeologia” del diritto privato moderno*, Bari, 1980), Editoriales de Derecho Reunidas, trad. esp., 1982.

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 42, n. 1, p. 13-37, jan./jun. 2021

Schulz, *Principios...*, p. 74 e ss.

Schulz, *Storia della Giurisprudenza romana...*, p. 8 e ss.

José Tavares, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. I, Primeira Parte, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª edição, Coimbra, 1929.

Stamatios Tzitzis, “La naissance du Droit em Grèce”, in AA. VV. *Instituições de Direito*, coord. Paulo Ferreira da Cunha, Coimbra, Almedina, 1998).

L. Vacca, *La giurisprudenza romana nel sistema delle fonti di Diritto Romano*, Turim, 1989, p. 55 e ss.

Viehweg, *Topica y jurisprudência...*, p. 73 e ss.

Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, nova ed., Paris, Montchrestien, 1975.

Michel Villey, *Recherches sur la littérature didactique du Droit Romain*, Paris, 1945.

W. Wadstein, Jean Gaudemet, “Tentatives de Systématisation du droit à Rome”, in *Index*, 15, 1987, p. 79 e ss.

Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980.

Franz Wieacker, *História do Direito Privado Romano*, ..., p. 632 e ss.

Franz Wiaecker, *Vom Romischen Recht*, Estugarda, 1961.

W. Wilhelm, *La metodologia jurídica en el siglo XIX*, trad. esp., Madrid, 1980.

W. Wolodkiewicz, *Les origines romaines de la systématique du droi civil contemporain*, Roma, 1978.