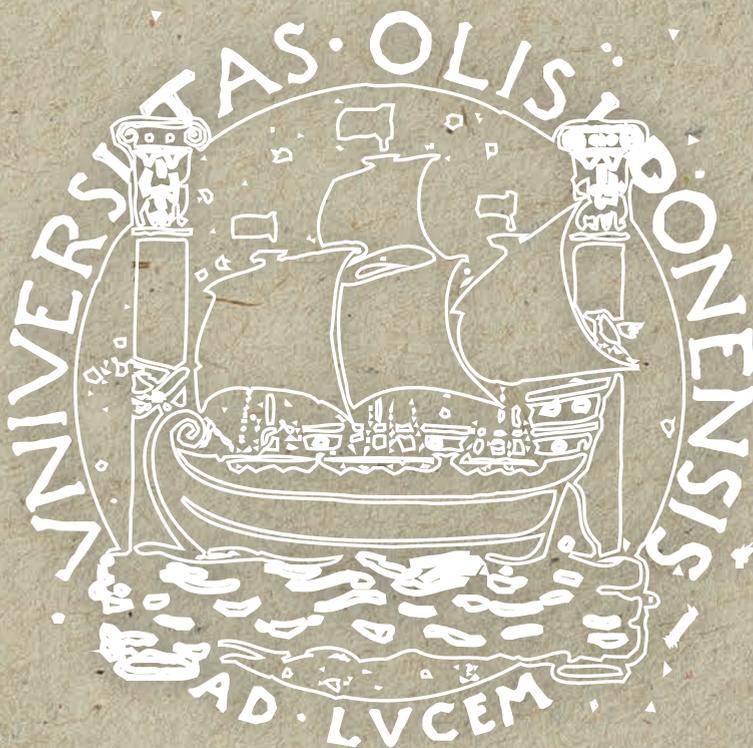


REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- 277-307 **João de Oliveira Geraldes**
Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- 309-325 **José Luís Bonifácio Ramos**
Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- 327-355 **Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- 357-389 **Luís de Lima Pinheiro**
O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- 391-405 **Mario Serio**
Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- 407-445 **Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- 447-465 **Peter Techet**
Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- 467-489 **Pierluigi Chiassoni**
Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- 491-539 **Rafael Oliveira Afonso**
O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- 541-560 **Renata Oliveira Almeida Menezes**
A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- 561-608 **Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)

-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights

-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)

The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)

Eduardo Vera-Cruz Pinto*

Resumo: O texto parte das fontes do Direito Romano sobre a *interpretatio prudentium* para distinguir a interpretação jurídica da interpretação legal. Situa na História do Direito Romano a época final da república e o Principado de Augusto como o início do fim da *iurisprudencia* livre e independente, que permitia criar Direito através da interpretação dos jurisperitos romanos. Estes passam de interpretes/criadores de Direito a interpretes de leis no sentido de revelar a vontade do legislador. Só a interpretação jurídica é portadora de juridicidade. Daí, a conclusão de que a *interpretatio prudentium*, como *interpretatio iuris*, em Direito Romano, não constitua base histórica ou teórica para o estudo da norma do artigo 9.º do Código Civil que trata apenas da *interpretatio legis*.

Palavras-chave: *interpretatio prudentium*; interpretação jurídica; positivismo; legalismo; letra da lei; vontade do legislador; juridicidade; regra jurídica; norma legal; sistema normativo; conceito de Direito; Código Civil.

Abstract: The text starts from the sources of Roman Law on the *interpretatio prudentium* to distinguish interpretation of legal rules from juridical interpretation. It places in the History of Roman Law the final time of the Republic and the Augustus' government as the beginning of the end of free and independent jurisprudence, which allowed the creation of Law through the interpretation of Roman jurisprudence. These go from interpreters/creators of Law to interpreters of laws in the sense of revealing the will of the legislator. Only juridical interpretation is the bearer of legality in the broader sense of juridicity. Hence, the conclusion that the *interpretatio prudentium*, as *interpretatio iuris*, in Roman Law does not constitute a historical or theoretical basis for the study of the norm of Article 9 of the Civil Code that deals only with the *interpretatio legis*.

Keywords: *interpretatio prudentium*; legal interpretation; positivism; legalism; letter of the law; the willing of the legislator; legality (juridicity); juridical rule; legal norm; normative system; concept of Law; Civil Code.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Sumário: Introdução: a diferença entre interpretação jurídica e interpretação legal; 1. O início da *interpretatio prudentium*; 2. A *iurisprudencia* começa com a interpretação criadora dos *iurisprudentes*, não com uma leitura literal da norma legal; 3. A *interpretatio prudentium* está na origem da *iurisprudencia* como fonte de *ius*; 4. A *grecização* de Roma e o fim da *res publica* determinaram a alteração do conceito de *iurisprudencia*; 5. A *iurisprudencia* passa a *scientia iuris* (D. 1.1.10.2): a *cientificação* da *iurisprudencia* no final da república?; 6. Equidade: a interpretação da regra para dar a solução mais justa ao caso desloca a *iurisprudencia* do autor para o sistema; 7. A aplicação da regra ao caso deixa de passar pela *iurisprudencia* (*interpretatio prudentium*); 8. A redução da atividade interpretativa dos jurisprudentes a esclarecer o juiz sobre a intenção do legislador a partir do século III; 9. As contradições e antinomias entre as regras criadas pela *interpretatio prudentium*; Conclusão: a *interpretatio prudentium* (como *interpretatio iuris*) do *ius Romanum* não se aplica à *interpretatio legis* do artigo 9.º do Código Civil.

Introdução: a diferença entre interpretação jurídica e interpretação legal

A interpretação¹ (não hermenêutica², nem exegese³) de uma regra jurídica por um jurisprudente não deve ser criativa⁴ (no sentido de criar fora da regra⁵) mas criadora⁶ (de uma solução justa conforme com a regra aplicável)⁷. A interpretação jurisprudencial não é apenas criação, mas também construção, no âmbito do *ius-iustum*⁸.

¹ Não cabe aqui desenvolver, de modo crítico, as várias definições de “interpretação”, nem os seus sentidos lexicográficos. Ver Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milão, 1980, p. 5; Emilio Betti, “Posizione dello spirito di fronte all'oggettività. Prolegomeni ad una teoria generale dell'interpretazione”, in *RIFD*, XXVI, 1949, pp. 1 ss.; F. Ziccardi, “Sulla nozione unitaria dell'interpretazione”, in *Rivista di diritto civile*, XIX, 1973 (II), pp. 81 e ss.; E. Ortigues, “Interpretazione”, in *Enciclopedia Einaudi*, VII, Turim, 1979, pp. 874-890; U. Scarpelli e C. Luzzati, *Compendio di filosofia del diritto*, Turim, 2000, pp. 101-102; L. Lantella, “Dall'interpretatio iuris all'interpretazione della legge”, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo*, Nápoles, 1997, III, pp. 566-567.

² Hermenêutica para a interpretação semântica, mais no plano literário e da eloquência oratória e aplicável sobretudo à *interpretatio verborum* (Aug., *de civ.* 7.14) e conceptual: Aristóteles (*Peri Hermeneias*); Santo Isidoro de Sevilha (*etym.* 2.27.1-7); Severino Boécio, *De interpretatione* (in Migne, PL., LXIV, c. 204e 294) – que à interpretação de regras jurídicas. Ou uma hermenêutica como prática social em resposta aos resultados apresentados pela filosofia analítica em matéria de interpretação normativa.

³ A exegese é uma interpretação semântica (*expositio*) de textos sagrados ou jurídico-normativos, no sentido da sacralidade do texto da norma legal (reteremos para Alciato e a Escola da Exegese – século XVI). Logo, a subordinação do exegeta ao texto vem da sua natureza sagrada ou superior. A exegese

tem sido entendida como uma espécie (*species*) do género (*genus*) “interpretação”. Ver P. Nerhot, *Il diritto, lo scritto, il senso: Saggio di ermeneutica giuridica*, Ferrara, 1992, p. 242; Max Weber, “Die Exegese aus der kirchlichen Rechtsgeschichte,” in Sturm, Schlosser, Weber, *Die rechtsgeschichtliche Exegese*, pp. 128-137; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bolonha, 1987, pp. 68-69; G. Gorla, “I precedenti storici dell’art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)”, in *Foro Italiano*, V, 1969, c. 112 e ss.; António Manuel Hespanha, “Tomando a história a sério. Código dos homens e ordem de Deus na “era da exegese””, in *Direito e Justiça. Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2013, pp. 87-116.

⁴ No sentido de *recognitiva* (do *ius civile*), dado por Giuseppe Grosso, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Turim, 1960, p. 67-68; *Lezioni di storia del diritto romano*, Turim, 1965, p. 124. Sobre a *iurisprudencia* como atividade interpretativa (reveladora/criativa) de *ius civile* já existente; em contraponto a uma *iurisprudencia* criadora de novas regras e soluções através da *interpretatio iuris*, verdadeira fonte original de Direito (*iura condere*), ver também V. Arangio Ruiz, “La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana”, in *Foro Italiano*, IV, 1934, pp. 49 ss.; P. De Francisci, *Arcana imperii*, III.1, Milão (Città di Castello), 1948, pp. 148-155; E. Betti, “Diritto romano e dogmatica moderna”, aula de abertura do *Corso di Istituzioni di diritto romano*, lida em Milão a 14 de Novembro de 1927, publicada em *Questioni di metodo*, org. G. Luraschi, I, Como, 1996, p. 137. Os jurisprudentes romanos interpretaram explicando/revelando apenas o significado de um termo técnico (Ulp. 70 *ad ed D.* 43.21.1.1-5); inovaram interpretando leis (por ex., os *tria capita* da *lex Aquilia*); explicaram e concretizaram na atividade de *agere* (ou *actionem instituire*) e *cavere*; interpretaram situações limite para criar “esquemas negociais” novos (*adoptio*). Ver Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, Vol. I, 1880, p. 82; Pietro De Francisci, *Storia del Diritto Romano*, Vol. II, Parte I, Roma, 1934, p. 198; Alfredo E. Ortega, “El significado de agere en el primitivo proceso romano”, in *RIDA*, 43, 1996, pp. 145-177.

⁵ Não se trata de “interpretação criativa”, mas de qualificar como criativa a atividade interpretativa dos jurisprudentes. António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, I, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º), coord. A. Menezes Cordeiro, Almedina, 2020, pp. 99-106, loc. de ref. pp. 99-100, loc. de ref. p. 104: “a interpretação criativa não é novidade: ela sempre foi praticada com um forte pico no Direito Romano e na Pandectística do século XIX (...)”.

⁶ A interpretação criadora refere-se aqui à solução do caso de forma justa e adequada através da interpretação jurisprudencial da regra jurídica; ou, se for necessário para uma solução justa e adequada do litígio, de uma decisão que a regra não abrange, mas o caso requer. Logo, pode ser uma criação artística, não no sentido estético, mas da *ars inveniendi* caracterizadora do labor jurisprudencial. Sobre a confusão entre interpretação e criação, ver a polémica entre Emilio Betti, “Diritto, metodo, ermeneutica”, in *Scritti scelti*, org. G. Crifò, Milão, 1991, I, pp. 240 e ss. (M. Ascoli, *L’interpretazione delle leggi* (Roma, 1928), republ. Milão, 1991, pp. 5 e ss.), e Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen, 1910, pp. 555-566. Cfr. Saverio Masuelli, “Interpretazione, chiarezza e oscurità in diritto romano e nella tradizione romanistica I. Interpretazione: tratti di un percorso concettuale”, in *Rivista di Diritto Romano*, VIII, 2008, pp. 1-62, loc. de ref., p. 17.

⁷ Ver Tommaso Gazzolo, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascavelli e la legge come interpretazione*, Pacini editora, 2019; Roberto Calvo, “In claris non fit interpretatio: chiarezza espositiva ed ermeneutica giuridica”, in *Rivista di Diritto Privato*, 2010, pp. 6 e ss.

⁸ Sem poder tratar do Direito Justo, ver Karl Larenz, *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1985; António Pedro Barbas Homem, *O Justo e o injusto*, AAFDL, Lisboa, 2001.

A criação centra-se naquele (jurisprudente/autor) que cria, a partir do caso concreto (logo aplica-se sobretudo quando o jurisprudente tem de afastar a regra aplicável para chegar à solução justa através da exceção ou quando não existe regra); a construção está centrada naquele que cria a partir da regra já criada/enunciada por outros⁹ (a construção de uma solução justa para o caso a resolver fundada no que já existe, isto é, na regra jurídica (*ius civile*), mas não é suficiente para a realização da justiça¹⁰). A aplicação da regra jurídica implica sempre a sua interpretação *in casu*.

Logo, o problema da interpretação jurídica é, primeiro, metodológico¹¹ e interdisciplinar¹² e, só depois, de conteúdos materiais. O brocardo medieval de aplicação tardia (séculos XVII/XVIII) *in claris non fit interpretatio* ou *interpretatio cessat in claris*¹³ – invocando de forma descontextualizada e equivocada um passo de Paulo D. 32.25.1, 1 *ad Ner.*: «Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet

⁹ A chamada “interpretação enunciativa” recorre a argumentos *a maiori ad minus, a minori ad maius* ou *a contrario*, remetendo para Ulpiano D. 1.3.22: *cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat*. Ver José Alberto Gonzalez, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º), 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2019, p. 32.

¹⁰ O iurisprudente é um *interpres*, que constrói a partir do *ius civile* que existe e que ele conhece (logo vai – tem de ir – além do *ius civile* que existe sempre que ele não seja suficiente para chegar à solução justa do caso). O jurisprudente não é apenas um *nuntio* que reproduz ou repete sem mais as regras do *ius civile*. A sua atividade jurídica de intérprete está mais centrada no *de iure condendo* que no *de iure constituto*.

¹¹ Ver Max Kaser, “Sur la méthode des jurisconsultes romains”, trad. franc. de M. Joseph Modrzejewski, in *Romanitas*, n.º 5, Rio de Janeiro, 1962; Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milão, 1967. Ver, também, António Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; Cristina Queiróz, “A interpretação jurídica”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano. No centenário do seu Nascimento*, Vol. I, FDUL, Coimbra editora, Coimbra, 2006.

¹² N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, Turim, 1961, pp. 487-488, e G. Zaccaria, *Lermeneutica*, Milão, 1989, passim; A. Ross, *On Law and Justice*, Londres, 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, Turim, 1990, pp. 117-145); Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’argumentation, La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958, trad. it. *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica*, Turim, 1966, pp. 130-133; V. Pareto, *Trattato di sociologia generale*, I, Firenze, 1916, pp. 282-286; M. Van De Kerchove, *L’interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, Bruxelles, 1978; V. Mathieu, *L’uomo animale ermeneutico*, Turim, 2000; E. Paresce, “Interpretazione (filosofia)”, in *ED*, XXII, Milão, 1972, pp. 153-238.

¹³ Alípio Silveira, «O “in claris cessat interpretatio” e seu declínio. Hermenêutica no direito brasileiro», in *Revista dos Tribunais*, vol. 1, 1968, São Paulo, pp. 41 e ss.; R. Calvo, *In claris non fit interpretatio* cit., pp. 6 e ss.; Tercio Sampaio Ferraz Júnior, «In claris cessat interpretatio?», in *Revista Forense. Doutrina, legislação e jurisprudência*, n.º 400, nov./dez., 2008, pp. 255-269; Eduardo Vera-Cruz Pinto, «Interpretar o artigo 9.º do Código Civil pela lição da *iurisprudencia* romana: algumas considerações preliminares (parte I)», in *Interpretatio Prudentium*, II, 2017, I, pp. 289-303.

admitti voluntatis quaestio.»¹⁴ – não é uma orientação metodológica, mas uma justificação para impor a lei¹⁵ como manifestação única do «Direito» (*o que não está na lei, não está no mundo*)¹⁶.

A interpretação de normas legais ou regulamentares como atividade gramatical e semântica de aclaração de sentidos, em sentido estrito, não é – em bom rigor – interpretação jurídica, embora feita por juristas e ensinada como tal¹⁷. Só a interpretação da regra jurídica destinada a encontrar a solução justa, adequada e exequível para o litígio deve ser considerada interpretação jurídica (no sentido jurisprudencial) e essa é – normalmente – feita por jurisperitos¹⁸.

¹⁴ O texto de Paulo aludia a uma interpretação de tipo semântico (*voluntatis quaestio*) e natureza diversa da *interpretatio* jurisprudencial. Parecia ter por finalidade refutar a interpretação afastada da letra da regra e da orientação para o caso.

¹⁵ No sentido dado por G. Fassò, “Legge (teoria generale)”, in *ED.*, XXIII, Milão, 1973, pp. 792-794.

¹⁶ Ver R. Guastini, “L’interpretazione dei documenti normativi”, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. Cicu, F. Messineo, P. Schlesinger), I, «Teoria delle fonti», Milão, 2004, p. 5-6; e J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, 1997, pp. 185 ss..

¹⁷ Sobre a resistência a rever o Plano de Estudos das Faculdades de Direito e, em especial, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no sentido de uma maior presença curricular do estudo do Direito Romano, importa recordar as palavras de Ruy de Albuquerque, “Em prol do Direito Romano. À maneira de Prefácio”, in *AA. VV. Estudos de Direito Romano*, AAFDL, II, Lisboa, 1991, pp.7-11, loc. de ref., p. 8: “(...) o direito Romano aparece a tais olhos algo anacrónico, inútil, irremediavelmente banido de qualquer serventia – que tanto valeria dizer de qualquer interesse (...). Quem procurar as raízes desta atitude e atentar nas razões aduzidas para a defender facilmente se encontrará com o positivismo, um positivismo inconsciente ou subconsciente, fruto translático de uma hegemonia cultural reinante na nossa Escola durante decénios e que embora hoje ninguém defenda como opção cultural válida e exclusiva continua, por um fenómeno de mimetismo, a impor quadros e formas de pensamento”. Apesar de pouco se ter modificado na FDUL trinta e tal anos depois de estas linhas terem sido escritas, a disciplina de Direito Romano é obrigatória no 1.º semestre do 1.º ano do Plano de Estudos do 1.º ciclo, foi criado e funciona com êxito um Doutoramento em Direito Romano e existe uma *Escola de Lisboa de Direito Romano*, com uma Revista semestral de Direito Romano e Tradição Romanística, a *Interpretatio Prudentium*. Para tal contribuíram, com as suas propostas os Professores do Grupo de Ciências Histórico-Jurídicas com o apoio do Grupo de Jurídicas, nomeadamente do seu Decano, o Professor A. Menezes Cordeiro e outros colegas que aprovaram essas deliberações. Cfr. Eduardo Vera-Cruz Pinto, “A disciplina de Direito Romano em Portugal e nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa”, in *RFDUL*, Vol. XLVI, 2005, Coimbra Editora, pp. 371-383; “A Interpretatio Prudentium: Apresentação” e “A Escola de Lisboa de Direito Romano (2010-2017)”, in *Interpretatio Prudentium*, respetivamente, I, 2016, 1, pp. 11-13; e II, 2017, 1, pp. 11-14.

¹⁸ A diferença entre jurista e jurisprudente já foi suficientemente desenvolvida (ver António Castanheira Neves, “O papel do jurista no nosso tempo”, separata de *BFDUC*, vol. XLIV, 1968 = *Digesta*, vol. I, Coimbra, 1995, pp. 9 e ss.). Lembro apenas que o jurisprudente é um jurista que não exerce qualquer cargo que confere *ius imperii*, que não é titular de representação por via eleitoral nem

Daí que, como temos ensinado¹⁹, a interpretação de normas legais por juízes (que são titulares de órgãos de soberania²⁰) em sentenças judiciais dadas em tribunais não basta, por si só, para haver interpretação jurídica. Só o é se os juizes atuarem como jurisprudentes²¹, com o objetivo principal de encontrar a solução justa para o caso a resolver e não apenas o de encontrar a norma legal geral e abstrata aplicável ao caso independentemente de, com essa aplicação, se conseguir ou não dar justiça às partes. As fontes de Direito positivadas em Lei e a organização judiciária não permitem que os juízes sejam jurisprudentes.

Logo: enquanto a interpretação de normas legais aprovadas por candidatos eleitos em órgãos de representação política com poderes legislativos e executivos se destina a fazer caber o caso concreto na norma legal geral e abstrata (*interpretatio legis*); a interpretação jurídica (*interpretatio iuris*) destina-se a trazer o enunciado textual da regra de Direito elaborada por jurisprudentes – cuja generalidade resulta da soma daquilo que é comum em soluções anteriores dadas a casos idênticos – para a resolução justa do caso concreto (tendo sempre no horizonte a possibilidade da exceção, no caso de o fim último – que é a justiça do caso concreto – não seja atingido com a aplicação da regra).

A interpretação legal é necessariamente sistemática e inseparável do sistema normativo-legal, onde se inserem também as normas sobre interpretação de normas

exerce cargos subordinados a tutelas com capacidade de lhe dar ordens e que tem um saber jurídico livre, intuitivo e culto, feito de experiência (*prudentia*), socialmente reconhecido (*auctoritas*).

¹⁹ Cfr. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso de Direito Romano*, Vol. I, *Programa, Método, História, Fontes, Actores Jurídicos (753 a.c.-395)*, Principia, 2009, pp. 242 e ss.; *Apontamentos de Direito Romano*, Principia, 2015, pp. 206 e ss.; *Lições de História do Direito Romano I. síntese geral*, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 134 e ss.; *Introdução ao Estudo do Direito Romano. As Questões Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 294 e ss..

²⁰ Sobre o juiz como mero autor de sentença e não como titular de um órgão de soberania em virtude do exercício da função jurisdicional, ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, “Notas sobre a revisão constitucional em Angola”, in RALJ, II, 2, 2021. Ver, também, Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição Portuguesa*, II, *Separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição de 1976*, Lisboa, 2017.

²¹ Os juízes dos tribunais não são jurisprudentes pois não têm *auctoritas* – não estão a dar uma solução a um conflito porque as partes em litígio lhes recolhem autoridade para tal – mas porque têm *imperium* (poder soberano), que lhes é outorgado pelo Estado em virtude da sua função judicial exercida com base numa capacidade técnica para interpretar e aplicar leis, aferida pelo Estado e regulada pelo poder executivo (acesso e formação contínua de magistrados judiciais) para o exercício dessa profissão. O juiz não é jurisprudente e, por isso, as suas decisões/sentenças não são jurisprudência. Sabemos a origem do desvio conceptual e terminológico e a intenção com que foi feito. Pode repetir-se até à náusea e ensinar-se até à exaustão que a jurisprudência é o conjunto das sentenças dos juízes dos tribunais. Mas não é. Basta estudar Direito a partir da origem da Juridicidade no Direito Romano e da sua História para compreender o conceito jurídico de jurisprudência e saber aplicá-lo com propriedade.

legais, como a do artigo 9.º do Código Civil. A orientação metodológica do legislador no artigo 9.º do Código Civil legalista/formalista²² e atualista²³ (sem ser anti-historicista) privilegia a letra da lei na unidade do sistema jurídico-normativo como limite da atividade interpretativa, usando os excessos anti-formalistas do Movimento de Direito Livre, como justificação para um rígido dever de obediência do juiz à lei (norma do n.º 2 do artigo 8.º do Código Civil²⁴) e o desiderato de uma jurisprudência uniforme (hierarquizada)²⁵.

A interpretação jurídica requer hoje uma dogmática conceptualística e institucional dirigida a encontrar uma solução para o litígio (o caso), fundada no *ius Romanum*. A regra jurídica é um instrumento para chegar a um fim, que é a solução justa de um litígio. Ela, a regra de Direito, é o centro da interpretação jurídica feita pelo

²² A tentativa de Manuel de Andrade, “Fontes de Direito, vigência, interpretação e aplicação da lei”, in *BMJ*, n.º 102, Janeiro, Lisboa, 1961, pp. 141 e ss., loc. de ref., p. 150, de apresentar uma posição moderada e de equilíbrio entre subjetivismos (*mens/voluntas legislatoris*) e objetivismos (*mens/voluntas legis*), no âmbito da *Jurisprudência dos Interesses* e entre historicismo e atualismo (Diogo Freitas do Amaral, “anotação ao artigo 9.º”, in *Código Civil Anotado*, coord. Ana Prata, Vol. I (artigos 1.º a 1250.º), Almedina/CEDIS, Coimbra, 2017, pp. 24-27, loc. de ref., p. 26, desconstrói este pretensão equilíbrio), invocando uma realidade que apenas existe na perspectiva política do regime vigente – logo como construção ideológica de quem está a legislar –, é compreensível. Ver, no plano contextual (não apenas conjuntural), Orlando de Carvalho, “Indi Partissi Povero e Vetusto. Meditação sobre Manuel de Andrade trinta anos depois da sua morte”, in *BFDUC*, LXV, 1989, pp. 467-488; Fernando José Bronze, “Alguns marcos do século na História do Pensamento metodológico jurídico”, in *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2003, pp. 151-177, loc. de ref., pp. 60 e ss.; A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I (Parte geral), tomo 1, 4.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 237 e ss.; Sinde Monteiro, “Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966”, in *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, cit., pp. 181-207; e Erik Jayme, “Guilherme Moreira (1861-1922) und die deutsche Pandektistik”, in *Auf dem Weg zu einem gemeineuropäischen Privatrecht: 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder*, eds. Erik James e Heinz Peter Mansel, Baden-Baden, 1977, pp. 63-71.

²³ No sentido, expresso na norma legal, de que o interprete deve atender “às condições específicas do tempo em que (a lei) é aplicada”.

²⁴ As normas legais que dão orientações aos juizes sobre a forma de aplicar as normas legais devem ser lidas de forma integrada: artigos 202.º, 203.º e 205.º da Constituição, artigos 5.º, n.º 2 e 607.º, n.ºs 3 a 5 do Código de Processo Civil, artigos 3.º e 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais. Para uma interpretação da norma do n.º 2 do artigo 8.º do Código Civil pela ideia de Direito, ver Francisco Aguilar, “Felonia Metodológica no Código Civil de 1966”, in AA. VV. *Código Civil, Livro do Cinquentenário*, Vol. I – *Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge*, Almedina, 2019, pp. 487-525, loc. de ref., p. 524.

²⁵ Cfr. José Lamego, “A interpretação da lei e a integração das lacunas no Código Civil de 1966”, in *Código Civil. Livro do centenário*, Vol. II, *Em Memória do Prof. Doutor Eduardo Santos Júnior*, Almedina, 2019, pp. 199-212.

jurisprudente. Logo, não cabe ao legislador dar ao jurisprudente interprete orientações metodológicas ou outras sobre a sua atividade jurídico-interpretativa²⁶.

Não se trata de dar ao juiz que aplica a lei nos tribunais no atual quadro sistémico-normativo e orgânico-funcional uma possibilidade de não aplicar a norma aplicável com uma justificação doutrinal de juridicidade supra-legal. Esse juiz só faz interpretação legal. Mas de permitir que, em matéria de direito privado, o litígio entre as partes, que só a elas respeita, possa ser resolvido por jurisprudente (*auctoritas*), escolhido pelas partes, cuja solução seja reconhecida como decisão dotada de *ius imperii*, para ser eficaz.

É preciso sair do quadro mental das fontes de Direito fixadas pelo legislador nacional e confiança nos jurisprudentes sapientes do *ius*, porque já é necessário (até urgente) mudar o paradigma ainda vigente na criação e aplicação do Direito.

É esta constatação que – na Era Global Digital, com esbatimento de fronteiras políticas entre Estado (integração de soberanias territoriais estaduais²⁷), indicando o crepúsculo dos *iura propria*, *maxime* dos Códigos Cíveis de cada Estado – torna imprescindível a *interpretatio iuris*, pelo critério do Direito jurisprudencial romano, para a revisão da teoria das fontes de Direito e da interpretação em Direito Civil.

1. O início da *interpretatio prudentium*

Antes de o Direito (*ius*)²⁸ ter sido criado em Roma, a *interpretação* dos *mores maiorum* por sacerdotes não era jurídica. A juridicidade das regras aplicadas para

²⁶ Refiro-me à interpretação jurídica, no sentido de jurisprudencial, de regras de Direito ou mesmo de normas legais. Também em relação à designada *interpretação judiciária* (que não é jurisprudencial), isto é, a interpretação de normas legais por magistrados judiciais, para darem sentenças que as aplicam como fundamento da decisão, a doutrina jurídico-metodológica tem considerado que as normas legais sobre a interpretação de normas legais não fazem sentido. Ver, nomeadamente, a Escola de Coimbra de Castanheira Neves (*O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra, 2003; *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993, pp. 142 e ss.), impropriamente designada como “jurisprudencialista”, com relevo para Fernando José Bronze, “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, in AA. VV. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, *A Parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 77-87 = *Analogias*, Coimbra, 2012, pp. 139-149; “A interpretação jurídica e as fontes do direito (Nótula proporcionada pelos 50 anos do Código Civil)”, in *RLJ*, ano 146.º, 2017, pp. 197-207.

²⁷ Peter Stein, *I fondamenti del diritto europeo: Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, trad. ital. de Anna De Vita, Maria Donata Panforti e Vincenzo Varano, Giuffrè, Milão, 1995; *Roman law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; Paolo Grossi, *L'Europa del Diritto*, Laterza, Bari, 2007.

²⁸ Ver, por todos, Aldo Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Turim, 2005.

solucionar conflitos entre pessoas começa com a interpretação feita por jurisperitos *laicos e livres*, a que se chama *interpretatio prudentium*²⁹.

Os primeiros intérpretes de regras visando a sua aplicação a casos concretos de forma a conseguir uma solução justa e eficaz³⁰ foram os jurisperitos romanos³¹. O jurisperito é também intérprete da regra jurídica (*interpres iuris*), o intermediário entre as partes desavindas, o que cria ou adapta (não apenas explica ou aclara) a regra para que possa ser aplicada ao caso (Pomponio *l.s. enchirid.* D. 1.2.2.13³²), através de processos racionais fundados em argumentação que fundamenta a solução, usando palavras comuns que todos entendem.

O jurisperito romano – enquanto foi livre e com uma intervenção fundada apenas na sua *auctoritas* – não é um intermediário entre o legislador e o juiz, porque não interpreta leis, mas regras jurídicas, normalmente a pedido das partes, sendo muito mais que um intérprete do já posto; porque é ele que conhece o caso e a regra³³ e propõe a solução que cabe ao magistrado cobrir com *ius imperii*³⁴.

²⁹ Teresa Luso Soares, “Interpretatio Prudentium”, in AA. VV. *Estudos de Direito Romano*, AAFDL, II, Lisboa, 1991, pp. 5-64.

³⁰ Eficaz no sentido de efetivamente aplicada por adesão das partes à solução (sobretudo da parte vencida, porque convencida pela explicação argumentada e fundamentada da solução do jurisperito). Não podemos aqui desenvolver o tópico kantiano do *ius latum* em que pode haver contrangimento ao cumprimento/acatamento da decisão sem haver norma aplicada coativamente (*necessitas non habet legem/summum jus summa injuria*). Ver, v.g., José Lamego, “Fundamentação “material” e justiça da decisão”, in *Revista Jurídica*, n.º 4, Out./Dez., Lisboa, 1986, pp. 69-93; António Menezes Cordeiro, “Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica”, in *Tribuna da Justiça*, ano I, 1985, n.º 12, pp. 1 e ss. = *Revista Jurídica*, n.º 9-10, 1987, Jan./Jun., Lisboa, 1987. Ver, também, Álvaro Laborinho Lúcio, *O Julgamento. Uma narrativa crítica da Justiça*, Ed. D. Quixote, 2012.

³¹ D.9.2.52.2: *in causa ius esse positum*.

³² Na proposta de F. Scialoja, “Due note critiche alle Pandette, lib. 1”, in *Studi Giuridici*, I, Roma, 1933, pp. 367-368 (retomada por Lantella, *Dall’interpretatio iuris all’interpretazione della legge*, cit., p. 572 nota 16), o jurisperito é um mediador entre o *ius* das regras e a solução do caso concreto. O romanista funda-se na leitura de D. 1.2.2.13 (Pomponio *l.s. enchirid.*): “(...) quod constare non potest ius nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit in medium produci” (em que *melius* é substituído por *medium*). Ver, também, A. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II, Leipzig, 1898, p. 21.

³³ Ver Emanuele Stolfi, “I casi e la regula. Una dialettica incessante”, in AA. VV. *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, org. Leticia Vacca, Nápoles, 2014, pp. 2 e ss..

³⁴ Essa é a diferença entre o sacerdote e o jurisperito. O sacerdote romano (antes da “laicização” da *iurisprudentia*) fazia de intermediário entre os deuses e as partes desavindas. Cfr. G. Berti, *Storia della divinazione*, Milão, 1992. Ver Riccardo Orestano, “Dal ius al faz”, in *Bulletino del istituto di Diritto Romano*, in *BIDR*, n.º 46, 1939, pp. 265-266; José Artur Duarte Nogueira, *O ordenamento primitivo em Roma: o “jus” e o “faz”*, Liv. Cruz, Braga, 1979 = AA. VV. *Estudos de Direito Romano*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 1989, pp. 173-215.

Interpretar é, então, um ato de significação ampla de regras jurídicas, situações e factos levado a cabo por jurisperdentes com base na similitude de soluções dadas a casos idênticos em condições e circunstâncias similares. Dar significado a uma regra jurídica já criada e em constante adaptação, quando é aplicada ou tem de ser excecionada com uma linguagem acessível a todos. Tratava-se, então, de uma operação prática feita pelos jurisperdentes romanos, recorrendo aos instrumentos de retóricos³⁵ e de oradores³⁶, mas sempre com os olhos postos na regra e no caso.

A procura da melhor solução para um conflito entre duas pessoas era feita no Mundo Antigo (China, Índia, Egipto, Europa, Médio Oriente, nas civilizações africanas e americanas), recorrendo-se a astrónomos, astrólogos, magos, feiticeiros que tinham prestígio e eram considerados, *mutatis mutandis*, como *sacerdotes*.

Roma antiga não era exceção num mundo dominado pelo culto dos deuses, os ritos expiatórios, as superstições. O *rex sacrorum*, os flâmines, os feciais, os áugures, os decênviros (havia também *duoviri*, *quindecenviri*) encarregavam-se dos *sacra*. No âmbito do *Direito* os *sacerdotes* eram os pontífices³⁷ que conheciam as

³⁵ Para as interpretações textual, lógica e semântica («Auslegung aus dem System») na retórica romana, ver Bernard Vonglis, *Sententia legis, Recherche sur l'interprétation de la loi dans la jurisprudence classique*, Paris, 1967; *La Lettre et l'Esprit de la Loi dans la Jurisprudence Classique et la Rhétorique*, Paris, Sirey, 1968. Cícero, *de orat.* 2.26.110, mostra como a *ambiguitas ex scripto* é a fonte da divergência interpretativa: “Sed in eo genere, in quo quale sit quid ambigitur, existit etiam ex scripti interpretatione et saepe contentio, in quo nulla potest esse nisi ex ambiguo controversia (...)”.

³⁶ Cícero, *de orat.*, 1.48.212, apresenta para a interpretação jurídica uma classificação tripartida, consoante a atividade praticada pelo jurisperdente: *cavere, respondere e agere*, ao apresentar o conceito de jurisconsulto: “Sin autem quaeretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinibus eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset, et ex eo genere Sex. Aelium, M. Manilium, P. Mucium nominarem”. A sua exposição não tinha fecundidade teórica, nem tem qualquer relação com a ontologia da interpretação. Isso só muda com Savigny e Jhering (R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, I, Leipzig 1878, I, pp. 34-37, e II, Leipzig, 1880, pp. 441-470; K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlim, 1840, repr. anast., Berlim, 1973, pp. 273-326). Mas, só a partir da segunda metade do século XIX os contributos da *Nouvelle Rhétorique*, de Cassirer, da *Fenomenologia* husserliana, da *Psicanálise* de P. Ricoeur, da *Semântica* e da *Filosofia da Linguagem*, mergulham o pensamento jurídico sobre a interpretação numa vertigem teórica afastada do caso, logo do Jurídico. Sobre o jurisconsulto romano, ver Guilherme Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, in AA. *VV. Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, Vol. I, dir. de José Pinto Loureiro, Edição do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1947, pp. 1-79 = *Obras Esparsas*. Vol. I, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1979.

³⁷ Não podemos aqui abordar a complexa organização dos *collegia* sacerdotais e, em particular, do pontifício, as funções do pontífice máximo e a teia hierárquica entre colégios de sacerdotes na monarquia romana e no princípio da república.

formulae secretas registadas nos *libri pontificales*, até à sua publicitação por Cneu Flávio³⁸.

Esses sacerdotes romanos também «liam» os sinais ininteligíveis para os outros, mas aí a «interpretação» não tem ainda uma dimensão jurídica. O Jurídico só vai surgir com o início da *iurisprudencia* laica e livre. Isto é, após terminar em Roma o processo de secularização da procura da solução de um conflito sem a mediação de sacerdotes e a intervenção dos deuses – 500/450 a.C.³⁹. Logo, o *Jurídico* começa em Roma (termo *a quo*) com o surgimento de jurisperitos que não são sacerdotes (interpretes de sinais/de augúrios⁴⁰), mas intérpretes de regras de Direito⁴¹.

Desta perspectiva, a história da *iurisprudencia* romana não começa com os sacerdotes pontífices (como escreveu Wolfgang Kunkel⁴²), mas com os jurisperitos laicos. O *ius sacrum* é uma coisa; a *iuris prudencia* outra, bem diferente. A relação do *ius divinum* com o *ius humanum* não é estranha à *iurisprudencia*. Mas esta é *ius humanum*.

O colégio pontifício já tinha a função de *interpretar* as regras existentes, nomeadamente, as plasmadas na *lex XII tabularum* e isso tem sido entendido como

³⁸ Seguindo a tradição narrativa maioritariamente aceite, foi a Compilação de *legis actiones*, feita por Appius Claudius Caecus (cônsul em 307 e 296 a.C.), que foi publicada em 304 a.C. por Cneu Flávio. Em 300 a.C., este colocou no *forum* o calendário dos dias em que se resolviam os litígios (*dies fasti*). Mais tarde, Sextus Ælius Paetus Catus (cônsul em 198 a.C.) publicou algumas fórmulas que não estavam na compilação de C. Flávio (D. 1.2.7). Em 300 a.C., a *lex Ogulnia* alterou a composição do colégio dos pontífices. Dos 4 membros, um tinha de ser plebeu. Um deles, Tiberius Coruncanius (cônsul em 280 a.C. e *pontifex maximus* em 254 a.C.) dava consultas em público, abrindo o ensino do Direito a todos (D.1.2.35).

³⁹ Embora o auge da *iurisprudencia* livre e laica seja o período final da *res publica* em Roma (253 a 27 a.C.). Cfr. Guilherme Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, in AA. VV. *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, Vol. I, dir. de José Pinto Loureiro, cit., pp. 1-79, loc. de ref., pp. 14-36.

⁴⁰ Sobre a interpretação dos augúrios escreve Sêrvio, *ad Aen.*, 3.89: «augurium est exquisita deorum voluntas, per consultationem avium aut signorum, quot tunc petit debet cum id, quod animo agitamus, per augurium volumus interpretatum».

⁴¹ Quando Ulpiano escreve D. 1.1.1.1 (Ulp 1 inst.) que o jurisperito é um sacerdote, a interpretação a dar a este passo é que cabe ao jurisperito apenas *dizer o ius*, sendo um mero revelador de um “construído” e não um *interpres* do *bonum et aequum*, que cria *ius*. Ulpiano escreve numa época em que a *iurisprudencia* já não era livre nem era reconhecida como fonte de Direito. Atente-se no texto de D. 1.1.1.1 (Ulp 1 inst.): “Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes”. Sobre *dizer o ius* na atualidade, ver José Manuel Aroso Linhares, “O dito do Direito e o dizer da Justiça”. *Diálogos com Levinas e Derrida*, in *BFDUC, Entre Discursos e Culturas Jurídicas*, Coimbra Editora, 2006, pp. 181-236.

⁴² Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, trad. de Juan Miguel, Ariel, Barcelona, p. 39.

início de um processo criador de Direito. Entendimento que parte, nomeadamente, de D. 1.2.2.35⁴³ e de Tito Lívio, 9.46.5⁴⁴. A solução dos conflitos passar dos sacerdotes para os jurisperitos deu uma dimensão jurídica à interpretação que *juridicizou* as regras preexistentes⁴⁵.

Mas não há continuidade. As regras mantidas secretas que passavam de geração para geração de pontífices não eram jurídicas, apesar de serem consideradas *ius*⁴⁶. Só quando foram tornadas públicas, discutidas nas suas diferentes formas de aplicação, sujeitas a contraditório opinativo e explicadas às pessoas de forma racional e entendível pelos jurisperitos é que se inicia o processo jurídico⁴⁷.

Logo, a origem do *Jurídico* não está na positivação normativa de regras consensualizadas na sociedade ou *mores maiorum* (essas regras não são jurídicas, porque não foram jurisprudencialmente criadas); está sim, na interpretação racional dessas regras pelos jurisperitos, através de um método preciso e sucessivamente aperfeiçoado, para a resolução de casos/conflitos (equidade) com soluções fundamentadas/argumentadas; e na criação de novas regras a partir da similitude de soluções dadas a casos resolvidos anteriormente pelos jurisperitos, estas sim – por isso – jurídicas.

O *ius civile* criado pelos jurisperitos pela interpretação de regras jurídicas (*ius civile in sola interpretatione prudentium consistit*⁴⁸; *eius est legem interpretari*

⁴³ D. 1.2.2.35: “ceteri autem ad hunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant”.

⁴⁴ Liv., 9.46.5: “ius civile reconditum in penetralibus pontificum”. É urgente reinterpretar esses passos das fontes e o que está fixado pelos jurisperitos como *eterno*. Cfr. W. Kunkel, *Historia del derecho romano*, cit., pp. 29 e 93.

⁴⁵ E. Vera-Cruz Pinto, *Introdução ao Estudo do Direito Romano* cit., pp. 117-120.

⁴⁶ Nomeadamente D. 1.2.2.6: “omniun tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant”. Ver, *v.g.*, J.B. Moyle, “General Introduction”, in *Imperatoris iustiniani institutionum. Libri Quattuor*, com introdução e comentário por J.B. Moyle, Oxford University Press, Oxford, 1964, pp. 42-44.

⁴⁷ D. 1.2.2.5. Ver F. Serrao, “Interpretazione”. Il diritto romano. a) Interpretatione de la legge”, in *Enciclopedia del Diritto (ED)*, Giuffrè, Milão, 1972, t. XXII, p. 24.

⁴⁸ Gaio *inst.* 1.7 – que tem de ser lido de forma articulada com Pompónio *l.s. enchirid.* in D. 1.2.2.12: “Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi (...)”. A referência dá a entender que só os jurisperitos com *ius publice respondendi* podiam criar *ius civile* pela *interpretatio* (*sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere*), isto é, só eles – através do *respondere* – podiam criar direito (os outros só o podiam revelar/explicar). Sobre o *respondere* como uma atividade de interpretação jurisprudencial criadora de *ius* através de uma “opinião autorizada”, ver O. Eger, “Responsa Prudentium”, in A. Pauly e G. Wissowa, *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*,

cuius est iura condere), é um direito não escrito⁴⁹ nem resultante da lei, que circula de início apenas entre eles e os seus *alunos* e que não tem qualquer dimensão social de base consuetudinária ou outra. É uma criação autoral, no âmbito de uma tradição específica jurisprudencial⁵⁰, ligada à procura de soluções justas para resolver conflitos entre duas partes e não à interpretação de leis para serem aplicadas por juízes do Estado, estranhos às partes⁵¹.

Só se pode chamar jurisprudência (*iuris prudentia*) às soluções de litígios através de regras de Direito dadas pelos jurisperitos; não às sentenças de juízes (magistrados judiciais) que aplicam normas legais em tribunais que são órgãos de soberania do Estado⁵². Só a jurisprudência que é *iuris prudentia* pode ser fonte de Direito.

I.1, Estugarda, 1914, c. 631; Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 681; Fritz Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 36-38 e pp. 95-96; Filippo Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Turim, 1993, pp. 47-48. Ver S. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità* cit., pp. 45 e ss.. Noutros passos de Gaio já aparecem referências a *interpretatio* no sentido semântico, por exemplo: Gai., *inst.*, 3.54 sobre o texto da *lex Iulia et Papia Poppaea*: “Hactenus omnia iura quasi per indicem tetigisse satis est; alioquin diligentior interpretatio propriis commentariis exposita est”; e Gai. 1 *ad leg. duod. tab.* D. 1.2.1, sobre uma norma da Lei das XII Tábuas: “Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius [p(opuli) R(omani) ius] ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus suis partibus [constaret]: et certe cuiusque rei potissima pars principium est. (...)”. Ver também *Inst. Iust.* 1.2.8: “Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui ‘iuris consulti’ appellabantur. Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum”.

⁴⁹ “O direito não escrito é o que resulta da interpretação dos jurisperitos” – assim se pode concluir de uma leitura contextualizada e epocal de “hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus”, completada com “ex his fluere coepit ius civile” de Pomp. *l.s. enchirid.* D.1.2.2.6.

⁵⁰ Vinco a “tradição jurisprudencial” como um esteio de soluções anteriores dadas por jurisperitos e de regras jurídicas elaboradas com base nelas e por referência aos *mores maiorum*, para não se confundir aqui com “condicionamentos culturais e ideológicos” (determinantes da visão da realidade) referidos pela antropologia jurídico-cultural (Norbert Roulard, *Anthropologie Juridique*, Paris, 1988; ou José María Ribas Alba, *Introducción a la antropología jurídica romana*, Comares, Granada, 2013).

⁵¹ Por isso, é prudente afastar do domínio jurisprudencial (da *interpretatio prudentium*) a interpretação de leis: seja a lei das XII Tábuas, sejam as leis posteriores à *lex Aebutia* (século II a.C.) – divisão proposta por Fritz Schulz.

⁵² Como fazem, *v.g.*, Mário de Castro, *Nova Contribuição para o Estudo da Jurisprudência como fonte de Direito*, Editorial do Foro, Lisboa, 1940; e Ricardo Lopes, “O valor atual da jurisprudência como fonte de direito”, in *Scientia Juridica*, Set./Dez., 1966, pp. 422-433. Ver Manuel Pinheiro da Costa, “A interpretação viciosa das leis e seus perniciosos efeitos”, in *Scientia Juridica*, Tomo III, n.º 9, Jul.-Set., 1953, pp. 113-115.

O resultado da interpretação pelo método jurisprudencial foi-se construindo como um *ius*, o *ius civile* em sentido estrito⁵³, por oposição ao *ius legitimum*, que resultava diretamente da lei⁵⁴. Logo, desde o início (*ius Romanum*) que a aplicação de leis (ou *interpretações* que se limitam à letra e significado estrito da lei), sem interpretação jurisprudencial livre e criadora, não pode ser considerada uma atividade jurídica⁵⁵.

Mesmo após o fim da *iuris prudentia* livre e criadora (fonte de Direito) em Roma e de se ter iniciado o império da lei, a interpretação literal, muito chegada à letra da norma legal⁵⁶, era sempre uma *interpretação* alargada das palavras da lei para dela sair de forma a aproximar a norma das exigências da vida e das necessidades práticas de modo a dar a solução mais justa. Dessa exigência surgiram novas *legis actiones* (Pompônio, em D. 1.2.2., atribuíu essa criação a Sexto Élio)⁵⁷.

2. A *iuris prudentia* começa com a interpretação criadora dos *iuris prudentes*, não com uma leitura literal da norma legal

A doutrina atual tem, em geral, entendido a interpretação literal (*interpretatio verborum*) de normas legais por *peritos* como *interpretatio iuris*⁵⁸, seguindo o que

⁵³ Logo, onde não cabem as normas da Lei das XII Tábuas e a sua interpretação literal e as *legis actiones*.

⁵⁴ Cfr. Salvatore Riccobono, “iuris prudentia”, in *Novissimo Digesto Italiano (NNDI)*, vol. IX, 1963, Turim, pp.348-373, loc. de ref., p. 350. Ver Pomp. *l.s. enchirid.* D. 1.2.12.

⁵⁵ O Jurídico vem exclusivamente da interpretação jurisprudencial criadora de *ius*, não da interpretação de leis ou de outras normas, para que a sua aplicação por magistrados sirva para resolver conflitos em tribunais.

⁵⁶ Cfr. Alan Watson, “Narrow, Rigid and Literal Interpretation in the Later Roman Republic”, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis-Revue Historique des Droits de l’Antiquité*, 37, 1969, pp. 351-368.

⁵⁷ Como sabemos, a tradição atribui a Cneu Flávio, filho de um liberto de Apio Cláudio Cego, a publicação de um *liber actionum* que tornou público o conjunto das fórmulas das *legis actiones* (Pomp. *l.s. enchirid.* D. 1.2.7).

⁵⁸ Cfr. V. Scarano Ussani, *Il retore e il potere*, Nápoles, 2008, pp. 62-65; A. Burdese, “Note sull’interpretazione in diritto romano”, in *BIDR*, XXX, 1988, pp. 182-183; S. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità* cit., pp. 23 e ss.. A *interpretatio verborum* não se pode considerar assimilável a *interpretatio prudentium*. Creio que será necessário um maior cuidado na hermenêutica textual de D. 50.16.246 (Pomp. 16 *epist.*): “Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestat et tota restitutio iuris est interpretatio” – passo do Digesto habitualmente citado para atribuir equivalência às duas expressões. Gaio, 3.15, não é grande apoio para esta solução nem serve de argumento jurídico ou de consolo doutrinário dado o anacronismo óbvio que aqui suscita. Ver, de novo, S. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità* in *diritto romano e nella tradizione romanistica I. Interpretazione: tratti di un percorso concettuale*, cit., p. 41, nota 68, que considera ser possível que os compiladores justinianeus tenham retirado este fragmento de um original das *epistulae* de Pompônio e colocado aqui para o poder apresentar

Cícero⁵⁹ e Gaio⁶⁰ escreveram nas suas reconstruções históricas⁶¹ que chegaram até nós.

Creio que não foi assim: a controvérsia entre jurisperitos sobre a *interpretatio* de regras só surgiu quando as disputas do *forum* ganharam uma dimensão, em maturidade, capaz de dar expressão problemática à livre criatividade jurisprudencial suscitada pelas divergências entre as partes em conflito⁶².

Não se pode – sabendo as ideias helenizantes, os contextos epocais e os interesses políticos e pessoais de Cícero⁶³ e o seu conceito *não romano* de *iurisprudencia* – seguir a doutrina ciceroniana para qualificar como *interpretatio iuris* ou *interpretatio prudentium*, o trabalho dos pontífices como *interpretes veteres*⁶⁴, na aplicação de leis a casos⁶⁵.

sob o título “de verborum significatione”. Sem poder tratar aqui da interpretação deste passo do Digesto interessa-nos o brocardo ‘*iuris est interpretatio*’, no sentido de: ou haver uma coincidência entre *iuris interpretatio* e *ratio legis* (Vignali); ou entre *iuris interpretatio* e critérios de *ius*. O mesmo em relação a Pompónio (7 ad Sab.), D. 50.17.20 (*Index Interpolationum*, III, Weimar, 1935, c. 591; *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, III, Berlim-Nova York, 1921, c. 875-878), no sentido de saber se a *interpretatio libertatis* tem uma natureza meramente semântica. Ver Paulo (28 *dig.*) D. 1.3.18: “Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur” e Paulo (65 *ad ed.*) D. 50.17.155: “in causis poenalibus benignius interpretandum est”. Cfr. A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 373.

⁵⁹ Cic. *Verr.* 1.36; *de lege agr.* 2.7: “sed mihi ad huius verbi vim et interpretationem vehementer opus est vestra sapientia”. Cfr. *Th.L.L.*, VII.1, c. 2253-2258.

⁶⁰ Não podemos aqui desenvolver a projeção da *ars iuris* de Cícero, as ideias de sistema no interior de uma *ars* e o uso das categorias dialéticas *generalspecies* e *definitiones* pelos jurisperitos romanos nas *Institutiones* de Gaio. O texto de Gaio, *inst.* 1.165, foi analisado por Filippo Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit., pp. 16-17 e 37, ligando a atividade interpretativa dos jurisperitos à aplicação de regras consuetudinárias interpretadas na resolução de casos (*receptio moribus*). Já Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, 1957, 13, p. 38; e “La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana”, in *Foro italiano*, IV, 1934, c. 64, falava da *iurisprudencia* como o “controlador do desenvolvimento consuetudinário do *ius civile*”. Para o tópico do “desenvolvimento do Direito superador da lei”, ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 519.

⁶¹ Por esse caminho parece terem seguido muitos autores, com maior ou menor apego a esse contributo literário (Cícero) e jurisprudencial (Gaio e juristas tribonianos) tardio da qualificação, como *interpretatio prudentium*, da *interpretatio* das normas da Lei das XII Tábuas.

⁶² E. Stolfi, “Dissensiones prudentium, dispute di scuola e interventi imperiali”, in AA. VV. *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi (Atti del convegno, 21-23 ottobre 2010)*, org. E. Stolfi e V. Marotta, Roma, 2012, pp. 287 e ss..

⁶³ Cfr. Luciano Perelli, *Il Pensiero Politico di Cicerone. Tra Filosofia Greca e Ideologia Aristocratica Romana*, La Nuova Italia, Florença, 1990.

⁶⁴ Apesar de a doutrina procurar fixar o sentido exato do significado de *veteres* na literatura e na *iurisprudencia* posterior (nomeadamente em Cícero, Gaio, Ulpiano), o mais verosímil é que abranja

Esse trabalho de integração de lacunas textuais (palavras não existentes no texto normativo mas a ele ligadas), preenchimento de espaços com conteúdo (que podia chegar à *paráfrase*), re-significação de palavras (uma palavra por outra/aclaração lexical) era uma interpretação literal de palavras, sentidos e expressões de normas legais⁶⁶ ou de regras de origem consuetudinária, mais próxima da *interpretatio legis* que de uma *interpretatio prudentium* criadora de um *ius*⁶⁷ – sem vinculações a leis e a regras anteriores socialmente aceites – só posteriormente surgida⁶⁸.

desde os primeiros pontífices até aqueles que faziam uma interpretação literal do texto de normas legais e de regras (antes de uma criação própria originária pelos jurisperitos não vinculada nem referida à lei). Ver, por exemplo, Martín Serrano-Vicente, “Sobre la pluralidade de significados del término “veteres” en la jurisprudência romana”, in *Annaeus. Annales de la Tradición Romanística*, Sevilha, 2, 2005, pp. 381-398.

⁶⁵ O mesmo em relação a Gaio, 1.165; ou Ulpiano (D. 26.4.3 pr.) quando referem a *interpretatio* como forma de extrair conteúdos diversos de normas da Lei das XII Tábuas, sem atender nas soluções indicadas ao peso das palavras da lei (*verba legis*). Por isso, não cremos ser possível concluir destes exemplos, como faz Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, 2.^a ed. revista, México, 2011, p. 11, que, existindo analogia estrita nesta época, existiria *interpretatio prudentium*.

⁶⁶ Como demonstrou André Magdelain, “Un aspect negligé de l’ “interpretatio”” (1984), in “*Ius “Imperium” “Auctoritas”*. Études de Droit Romain, École Française, Roma, 1990, pp. 95 e ss., era de tal forma assim, nos conteúdos e no estilo, que se confundia o texto interpretado com a interpretação do texto. É o próprio Gaio 1.165 que liga o que resulta da *interpretatio* (o que foi feito *per interpretationem*) às palavras da lei (*atque si verbis legis introducta esset*). A *interpretatio* de quem aplica a lei só pode valer se decidir como decidiria o legislador (não se pode ler aqui uma equivalência ou igualdade entre o legislador e o intérprete na criação de regras ou na escolha da solução para decidir o conflito. Nesta época “arcaica” não faz sentido tal entendimento: os jurisperitos não tinham ainda uma tal *auctoritas* com reconhecimento social generalizado e efeitos públicos concretos).

⁶⁷ Situação já de certo modo intuída, mas não desenvolvida, por S. Solazzi, “La legge delle XII Tavole sulla tutela e un’ipotesi del Bonfante”, in *Scritti di Diritto Romano*, Jovene, Nápoles, III, 1960, pp. 219 e ss..

⁶⁸ Constatação que resulta de um alinhamento do que conhecemos através das fontes disponíveis (v.g. D. 26.4.1, 3 pr.; D. 40.7.21; D. 47.7.3; Ulpiano 11.3 e 6; Gaio 1. 165 e 192; Festo, *De verb. signif.* 176L, 322L e 430L; Varrão, *De ling. lat.* v. 163), em leitura epocal que procura separar o que é opinativo (de Cícero, Gaio e de eventuais interpolações justinianeias dos passos habitualmente citados) do que é um exercício interpretativo de aplicação de normas a casos com a preocupação de não abandonar ou “trair” o que está escrito na norma ou o que, de forma consistente e constante, se tinha entendido ser o seu significado em repetidas aplicações anteriores. Pelo caminho das fontes, aqui seguido, deixa de fazer sentido aproveitar ou discutir as “duas etapas do método interpretativo da *iurisprudencia* na época arcaica” de Fritz Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. ital, de G. Nocera, Sansoni, Firenze, 1968, p. 17 e ss.; ou as propostas sobre a interpretação literal na época arcaica de Heinrich Honsell, “Das Gesetzesverständnis in der römische Antike”, in *Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Beck, Munique, 1982, I, pp. 140 e ss..

Os verbos da norma secreta dos *mores maiorum*, na forma imperativa, revelam a similitude de estilo com o legislador e a complementaridade requerida no trabalho do intérprete. Ele, o interprete da lei, não cria Direito, apenas completa e integra o trabalho do legislador, subordinado que está ao comando/solução da norma legal ou da regra consuetudinária aplicável ao conflito entre as partes.

Logo, o facto de existir uma *disputatio fori* não significa, por si só, que surja uma inovação no *ius civile* pela *interpretatio prudentium*.

Sabemos que existiu na Roma antiga, em dada época histórica, uma determinada especificidade social e política (hoje bem conhecida) que permitiu, partindo das disputas judiciais (*disputatio fori*) e das divergências opinativas (entre jurisprudentes), o surgimento de uma *iurisprudencia* livre e criadora de regras jurídicas, aberta a exceções e criativa nas soluções. É assim que leio o texto de Pomp. *l.s. enchirid.* D. 1.2.2.5., completado por D. 1.2.2.6.

Aproveitemos os passos em que Pompónio no *Enchiridion* aplica, em sentido técnico, a *interpretatio* como conceito jurídico, para desenvolver este tópico.

Em D. 1.2.2.4 (Pomp. *l.s. enchirid.*), a *interpretatio* de uma norma da Lei das XII Tábuas pelo colégio decenviral é feita, no âmbito de um *summum ius*, de forma criativa⁶⁹; D. 1.2.2.5.⁷⁰ é um texto muito comentado sobre a sua genuinidade e autenticidade, onde a noção de *interpretatio* que releva está ligada à *auctoritas prudentium* no âmbito de uma *disputatio fori*; em D. 1.2.2.6⁷¹ a *interpretatio*

⁶⁹ Ver, por exemplo, Lantella, *Metastoria (Prelettura teorica per un seminario sull'Enchiridion di Pomponio)*, Turim, 1990, p. 107.

⁷⁰ D. 1.2.2.5: “His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputationem fori (...)”. Colocamos uma versão do texto com parêntesis pois cremos que, embora não exista suspeita de alterações introduzidas pelos compiladores justinianeus, estes não tiveram acesso à versão original do texto de Pompónio mas apenas a uma edição epitomada do seu *Enchiridion*. O texto baseado na *Littera Bononiensis* toma a *disputatio fori* como necessária, logo a *interpretatio – ut naturaliter evenire solet –* requer a *auctoritas prudentium* (Cfr. E. Stolfi, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, II. Contesti e pensiero*, Milão, 2001, p. 48 nota 17; U. Vincenti, «Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano», in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo*, cit., II, p. 572-573). Só que o passo *ut naturaliter evenire solet* não pode ser de Pompónio (Saverio Masuelli, «Interpretazione, chiarezza e oscurità in diritto romano e nella tradizione romanistica...», cit., p. 46, nota 187) – não aparece na *Littera Florentina* e tem dado azo a várias propostas de leitura: *Justiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*, org. A. Corbino e B. Santalucía, I, Firenze, 1988, p. 21; G. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 124; M. Bretone, *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Turim, 1974, p. 61, nota 16; E. Huschke, «Weitere Beiträge zur Pandektenkritik», in *ZSS, XXII*, 1888, p. 334; F.D. Sanio, *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, vornemlich an dem Enchiridion des Pomponius nachzuweisen versucht*, Leipzig, 1867, p. 170 nota 257.

⁷¹ D. 1.2.2.6: “(...) omnium tamen harum (scil. legum duodecim Tabularum) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erat, (...)”.

prudentium aparece como fonte de *ius* pela existência, no colégio pontifício, de uma *scientia* da *interpretatio iuris* (a *ars interpretandi* referida por Cícero, *de orat.* 1.185.42), aqui como *interpretatio legis*⁷²; D. 1.2.2.38⁷³ que aponta para uma *interpretatio legis* da *lex Aquilia* livre ao ponto de levar à criação de *actiones utiles* (*actio utilis in factum legis Aquiliae; actio ad exemplum legis Aquiliae/actio utilis in factum*)⁷⁴.

Podemos, assim, pensar que só os jurisperitos com *ius publice respondendi*, progressivamente integrados na burocracia imperial como *assessores legislativos e forenses* (Papiniano, Paulo, Ulpiano)⁷⁵, podiam criar *ius civile* pela *interpretatio legis*, agora considerada como *interpretatio iuris*.

Logo, a partir de Augusto – acentuando-se com Adriano⁷⁶ e já sem exceções com os Severos⁷⁷ – a *iurisprudencia* só era fonte de «Direito» quando os jurisperitos

⁷² O passo deve ser lido de forma integrada com D. 1.2.2.12: “Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile quod [sine scripto] in sola prudentium interpretatione consistit (...). A bibliografia sobre este passo do Digesto é imensa. Lembro apenas que, de acordo com a crítica interpolacionista, o inciso *sine scripto* não fazia parte do texto original. Cfr. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, cit., I, p. 123.

⁷³ D. 1.2.2.38: “(...) triperita autem dicitur, quondam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio”. Esta *interpretatio*, que fazia parte da *Triperita*, não era apenas de um comentário à Lei das XII Tábuas, mas um conjunto de “doutrinas” dos jurisperitos romanos que desenvolveram o *ius civile*.

⁷⁴ R. Taubenschlag, “Lex Aquilia”, in A. Pauly, e G. Wissowa, *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XII, Estugarda, 1925, c. 2327-2330; C. Arnò, “Actio in factum accomodata legi Aquiliae”, in *Studi per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, p. 55-60; E. Valiño, *Actiones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, 1973; e *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, pp. 354 e ss.; B. Albanese, “Studi sulla legge Aquilia”, in *AUPA*, XXI, 1950, pp. 7 ss.; G. Longo, “Appunti esegetici e note critiche in tema di ‘lex Aquilia’”, in *AUMA*, XXII, 1958, p. 49 ss = *Ricerche romanistiche*, Milão, 1966, pp. 713 e ss.; G. Wesenberg, “Utiles actiones in factum”, in *Studi E. Betti*, IV, Milão, 1962, pp. 501-502; Álvaro D’Ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, pp. 440 e ss., S. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della ‘colpa’*, Turim, 1969; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, Munique, 1971, 2, pp. 622-631; G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Turim, 1996; F. De Robertis, *Damnum iniuria datum: trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, Bari, 2002.

⁷⁵ G. Von Beseler, “Recuperationes iuris antiqui”, in *BIDR*, XLV, 1938, pp. 167-190. F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., pp. 474-476, chama a atenção para a alteração da *iurisprudencia* de fonte criadora de direito para uma atividade literária e didática que em meados do século III, logo após Ulpiano, colapsou.

⁷⁶ Ver Salvatore Riccobono, “La definizione del ius al tempo di Adriano”, in *AUPA*, vol. XX, Palermo, 1949.

⁷⁷ E. Stolfi, “Brevi note su interpretatio e auctoritas fra tarda repubblica ed età dei Severi”, in *Interpretatio prudentium* I. 2016. 1, pp. 159 e ss..

interpretavam leis aplicáveis aos casos a resolver criando novas soluções. Papiniano (2 *def.*), em D. 1.1.7.pr. define como *ius civile*⁷⁸ “quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit”⁷⁹. O mesmo encontramos nos textos de Ulpiano⁸⁰ e de Paulo⁸¹.

3. A *interpretatio prudentium* está na origem da *iurisprudencia* como fonte de *ius*

A principal fonte para estudar a história do Direito Romano, nomeadamente a *iurisprudencia*, é o passo de Sexto Pompónio, *liber singularis enchiridii*, preservado em D. 1.2.2.

⁷⁸ Ver Isabel Banond, “Ius Civile”, in AA. VV. *Estudos de Direito Romano*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 1989, pp. 265-364.

⁷⁹ Ver *Index interpolationum*, I, cit., c. 3; M. Kaser, “Ius honorarium” und “ius civile”, in ZSS, CI, 1984, pp. 1 e ss.; F. Gallo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, cit., p. 17-88.

⁸⁰ Em D. 5.3.20.7 (15 *ad ed.*), a propósito do senátus-consulta Juvenciano (*vindicatio caducorum*), Ulpiano defende uma “interpretatio congruens singulis verbis senatus consulti, (...) aptanda est igitur nobis singulis verbis senatus consulti congruens interpretatio”. Antes, em D. 5.3.20.6, já o autor escrevera: “Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus. de quibus cum forma senatus consulti sit data, optimum est ipsius senatusconsulti interpretationem facere”. Os compiladores justinianeus alteraram/substituíram os textos de Ulpiano no sentido de obter deles regras gerais e abstratas para a interpretação da lei, dando a entender que ele se referia sempre à *interpretatio verborum* – v.g. Ulpiano (26 *ad ed.*) D. 12.1.pr.-1; (3 *fideic.*) D. 36.1.1; D. 25.4.1.11 (Ulp. 24 *ad ed.*). Otto Lenel atribui aos compiladores de Justiniano a totalidade desta afirmação, cuja autoria na *inscriptio* do passo está atribuída a Ulpiano. Os autores do *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, III, cit., c. 875-878), fazem o mesmo.

⁸¹ D. 1.3.37 (1 *quaest.*): “Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo” (sobre este texto ver F. Gallo, “La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1, 3, 32: teoria giulianea o manipolazione postclassica?”, in *BIDR*, vol. XCIV-XCV, 1991-1992, pp. 1-40; e *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, cit., p. 139 e ss.); D. 13.5.17 (Paul. 29 *ad ed.*): “Sed si alia die offerat nec actor accipere voluit ne ulla causa iusta fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut iusta interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat: ut illa verba ‘neque fecisset’ hoc significant, ut neque in diem in quem constituit fecerit neque postea”; D. 32.25 (1 *ad Nerat.*: “Ille aut ille heres Seio centum dato’ potest Seius ab utro velit petere. Cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio”. Para Paulo, se os *verba testatoris*, não são ambíguos, não se pode recorrer à *quaestio voluntatis*. Cfr. E. Albertario, “La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico”, in *Studi P. Bonfante*, I, Roma, 1930, pp. 611-672 (= *Studi di Diritto Romano*, V, Milão, 1937, p. 69-146), loc. de ref., p. 648.

Este trecho – cuja fonte parece ser um texto jurídico de Varrão eivado de erros, incorreções e imprecisões – está dividido em três partes: *de origine et processu iuris* (história das fontes do *ius romanum*); *de magistratum nomine et origine* (história político-institucional); *de auctorum successionem* (indica os jurisconsultos, as suas características e a sua intervenção)⁸².

De entre os primeiros jurisperitos romanos, salientamos: Tibério Coruncânio, que foi pioneiro na publicidade e ensino, professando publicamente o Direito; Públio Papírio, o primeiro a coligir e compilar as leis régias interpretadas pelo colégio pontifício⁸³; mestre de Ápio Cláudio, um dos decênviros que redigiu a Lei das XII Tábuas⁸⁴. Também a obra de Sexto Élio Petão, cônsul em 556 a.C., conhecida como *Tripertita*, que contém a Lei das XII Tábuas e as interpretações dos seus preceitos para aplicação a casos práticos⁸⁵.

Importa, no entanto, lembrar que os jurisperitos não são apenas intérpretes de regras jurídicas; eles são criadores de *ius*. A finalidade da acção do jurisperito não é só a de interpretar regras ou normas para aplicar a casos, visando a sua resolução. A função do jurisperito como intérprete é a de ajudar as partes a chegarem a um acordo que ponha fim ao litígio que as levou ao antagonismo, por corresponder a uma solução adequada e justa para o caso que lhe apresentaram com o objetivo de o solucionar⁸⁶.

⁸² Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso de Direito Romano*, Principia, Cascais, 2009 (II.3. “Direito Romano, não História do Direito Romano”); *Lições de História do Direito Romano. I. Síntese Geral*, AAFDL, Lisboa, 2016 (III. 1. “O que é a História do Direito Romano?”); “A disciplina de História do Direito Civil Romano. Tradição e Renovação na didática jurídica (The subject of History of Roman Civil Law. Tradition and renewal in legal teaching)”, in *Anuário de História do Direito. Legal History Yearbook*, I, 2020, I, AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 11-62.

⁸³ Sobre uma eventual limitação da *interpretatio legis* do colégio pontifício pelo *rex* que presidia ver S. Mazzarino, *Dalla monarchia allo stato repubblicano*, Catania, s.d. (mas de 1945), pp. 51-55.

⁸⁴ Estão ainda referenciados dois outros jurisperitos com o mesmo nome (Ápio Cláudio). Um, da família do decênviro, construiu a Via Ápia e o aqueduto Cláudio, foi um dos opositores a que Roma recebesse Pirro, escreveu livros sobre acções e usurpações, que se perderam; ao outro Ápio Cláudio, filho do anterior e menos conhecido, foi atribuída a invenção da letra r. Ver Raymond Westbrook, “The Nature and Origins of the Twelve Tables”, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, 105, 1988, pp. 74 e ss..

⁸⁵ Otto Lenel, *Sabinussystem*, pp. 8 e ss., corrigiu a tese clássica (Cícero, *de or*, 1, 193), que considerava existirem três partes distintas (*lex*; *interpretatio*; *actiones*) para uma visão integrada de que a cada preceito da lei se seguia a interpretação feita e as acções correspondentes. Sobre a tese clássica, com base na explicação de Pompónio *l.s. enchirid.* D. 1.2.2.38, ver F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 43 ss..

⁸⁶ É o que resulta, aliás, da sua origem etimológica, pois *interpres* era, de início, o intermediário entre comprador e vendedor com a função de os colocar de acordo sobre o preço. Ver A. Ernou e

A *iurisprudentia* surge com o fim de devolver a paz às pessoas em conflito pela justiça da solução que é dada ao caso, colocando-as de acordo. O meio para o fazer pode ser também através da interpretação de regras de origem não jurisprudencial na sua aplicação a casos.

A *iurisprudentia* é a criação originária de regras e de soluções justas para casos concretos, podendo para tal recorrer também à *interpretatio* de regras anteriores, mas não se limitando a isso. No limite pode não utilizar regras como método para tal. Logo, o trabalho do jurisprudente não está limitado à interpretação de regras; nem confinado ao seu conteúdo dispositivo.

Só mais tarde – por razões históricas conhecidas – se tenta reduzir a juridicidade – que só existe pela jurisprudencialidade – à interpretação semântica de regras e normas criadas pelas vias consuetudinária, legal ou judicial⁸⁷.

Ora, nada disto (interpretação literal de normas legais) é originalmente Jurídico nem do Jurídico; nem o facto de ser feito por quem é socialmente reconhecido como jurisprudente, ou licenciado/autorizado pelo Estado para tal, muda esta constatação.

4. A grecozação de Roma e o fim da *res publica* determinaram a alteração do conceito de *iurisprudentia*

A questão – concomitante com o início da influência grega no *ius Romanum* no período tardo-republicano e imperial – que se coloca agora é a de saber se o

A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, I, Paris, 1969, p. 320, “interpres”; D. Daube, *Roman Law*, Edimburgo, 1969, pp. 2-24; P. Regnaud, *Dictionnaire étymologique du Latin et du Grec dans ses rapports avec le latin*, Lyon, 1908, p. 146; A. Walde e J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1965, pp. 710-711, sv. “interpres”; R. Barthes, *La Rhétorique Ancienne*, Paris, 1970, trad. it., *La Retorica Antica*, Milão, 1972, pp. 32-33. P. Grimal, *La Littérature Latine*, Paris, 1992, trad. it., *La Letteratura Latina*, Roma, 1994, p. 18, vinca a origem literária de “interpretatio”. Depois generalizou-se e, no Direito, com o significado de “aquele que intermedeia entre o que está disposto na regra e o que deve ser entendido no momento da sua aplicação”. O verbo *interpretare* ou, na voz passiva, *interpretari* surge então com o significado de esclarecer, aclarar para fazer compreender. Logo interpretar é ajudar a entender. Ver Santi Romano e Filippo Gallo, in «Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo», cit., I, p. XIX; e as fontes citadas por Manfred Fuhrmann, ““Interpretatio”. Notizen zur Wortgeschichte”, in *Symptica Franz Wieacker*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1970, pp. 80 e ss..

⁸⁷ Cícero inicia a ligação entre a interpretação literária e retórica e a *iurisprudentia* (em que *cavere, agere, respondere* se podem unir na palavra *interpretatio*). Cic., *de orat.* 1.45.198; de leg. 1.4.12-14; 1.4.18. Em *de orat.* 1.185.42, Cícero liga Sérgio Sulpício Rufo à *ars interpretandi* que ensina a “(rem) obscuram explicare interpretando”. Logo, superando a interpretação de palavras do texto e inserindo a interpretação no conjunto das regras jurídicas e dos contextos factuais do caso.

intérprete deve apenas procurar o significado das palavras que estão na regra a aplicar; ou se tem de procurar a vontade do autor da regra que assim dispôs. E fazê-lo no âmbito de um pensamento «filosófico-jurídico» caracterizado pelo pragmatismo decisório como era o romano⁸⁸.

Do *corpus aristotelicum*, nomeadamente, *De interpretatione*, *Peri Hermeneías* e *Ars rhetorica*, resulta que o intérprete da lei não se pode ficar pelo sentido das palavras, precisa de chegar ao apuramento da *vontade do legislador*⁸⁹. Na Grécia, a justiça era matéria de Filosofia e a lei de Política. Não existia o *ius* nem a *iurisprudencia*.

Mais tarde, o pensamento filosófico-retórico/oratório romano (Cícero⁹⁰, Quintiliano⁹¹, Tertuliano⁹²) recebeu o pensamento aristotélico⁹³, influenciando a

⁸⁸ Cfr. António Manuel Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, 2.^a ed., Europa-América, 1998, pp. 122 e ss..

⁸⁹ G. Colli, *Aristotele, Organon*, Bari, 1973, p. 40-41; H.P. Cooke, *Aristotle, The Organon*, I, *The Categories, On interpretation*, Londres, 1949, p. 115; A. Plebe, *Aristotele, Opere*, X, Bari, 1973, p. 7; E. Montanari, *La sezione linguistica del Peri Hermeneías*, I, Firenze, 1988, pp. 2-50; E. Paresce, “Interpretazione (filosofia)”, in *ED*, XXII, Milão, 1972, pp. 152-238; G. Reale, *Storia della filosofia greca e romana*, I-II, Milão, 2004; Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, cit., sv. «Interpretazione», pp. 487-488; P. Ricoeur, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, 1965. Não podemos aqui ligar as expressões mais significativas desta temática, como: *ius scriptum, verba legis, significatio propria, dictio taxativa, mens legis, mens disponentis, mens sive ratio, intentio legislatoris, ratio legis como causa finalis, ratio pro menti e ratio intentione legislatoris, anima et spiritus, virtus intrinseca legis, verba et dispositio...*

⁹⁰ Cícero, in *partit. orat.* 31.107. A interpretação em Cícero, no sentido de dar um significado a uma palavra escrita, aproxima-se da interpretação semântica hoje muito utilizada pela «interpretação científica do sistema normativo-legal». No *de orat.* 1.185.42, Cícero alude a uma sistematização científica da atividade interpretativa. Sobre a retórica de Cícero no *ius civile in artem redigendo*, ver Francisco Cuenca Boy, «Nota di lettura para la traducción alemana del trabajo de F. Bona, *L'ideale retorico ciceroniano ed il ius civile in artem redigere*», in *SDHI*, 46, 1980, pp. 282-383 = “F: Bona, “Das Ideal der Rhetorik bei Cicero und das “ius civile in artem redigere”. Mit einer “notta di lettura” von F. CuencaBoy”, in *Rivista di Diritto Romano* (em www.ledonline.it), 6, 2009.

⁹¹ Quintiliano, no início do capítulo primeiro das suas *Instituições Oratórias* (Quint, *inst. or.* 7.6.1), ao tratar do *status scripti et voluntatis*, escreve: “scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est, et pars magna controversi iuris hic pendet (...)”. Em *Inst. or.* 12.3.7 (*Th.L.L.*, V, 2, c. 1724-1727), considera a *interpretatio verborum* dos jurisperitos romanos não como uma atividade criadora, mas meramente reveladora (do que já existe – *mos civitatis*).

⁹² Tert., *adv. Marc.* 5.8.

⁹³ Não podemos aqui desenvolver a receção/revisão/reelaboração da obra aristotélica em Roma, nem o início de uma interpretação semântica do discurso do legislador romano (ver Filippo Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit., pp. 24-59). Não sabemos se foi conhecido na íntegra o *De interpretatione* de Aristóteles ou se, sendo conhecida a obra, ela foi atribuída ao seu autor. Nem qual a importância da obra filosófica de Severino Boécio (como comentador do *De interpretatione* de Aristóteles), no início do século VI, na reconstrução da obra de Cícero e a sua projeção posterior em São Tomás de Aquino ou Alberto Magno (ver, *v.g.*, G. Kennedy, *The art of*

interpretatio legis em Roma⁹⁴. Mas, na História do Direito Romano, é preciso não confundir a *iurisprudencia* que interpreta regras jurídicas para as aplicar a casos concretos, ainda independente e livre, do século II a.C.⁹⁵ com o que escrevem nesse período os oradores e retóricos romanos sobre interpretação⁹⁶. A *interpretatio* nos *Tripertita* (comentário à Lei das XII Tábuas) de Sexto Élio, no século II a.C. pode ilustrar este entendimento⁹⁷.

Rhetoric in the Roman World, Princeton, Nova Jersey, 1972, pp. 4 e ss.). Severino Boécio, ao comentar o *De interpretatione* de Aristóteles, no *In librum de interpretatione editio prima*, in Migne, PL., LXIV, c. 294-295, define *interpretatio* como: “vox significativa per se ipsam aliquid significans”, abrindo o caminho para a autonomia conceptual, no plano semântico, de “atividade interpretativa” como “mediação”.

⁹⁴ Reduzindo o *status controversiae* entre as partes desavindas a uma *interpretatio verborum* de normas e preceitos prefixados, isto é, criados antes – *a priori* – (em textos de natureza normativa, gerais e abstratos) da ocorrência dos casos para lhe serem aplicados *a posteriori*). Nada há aqui de Jurídico. Mesmo em Cícero, os esforços para encontrar, nos seus textos, uma linguagem técnica, rigor terminológico ou dimensão teórica ligados ao Direito/*ius* são inúteis. Ver F. Serrao, «Interpretazione della legge (diritto romano)», in *Enciclopedia del Diritto*, XXII, Giuffrè, Milão, 1972, pp. 242-245; Alfonso Castro Sáenz, *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Valência, 2010; Mario Bretonne, *Tecniche e Ideologie dei Giuristi Romani*, Edizione Scientifiche Italsiane, Nápoles, 1982, pp. 204 e ss.. Os retóricos distinguem na *interpretatio verborum*: a *interpretatio ex verbis* ou *litteris*; e a *interpretatio ex sententia* ou *ex voluntate* (porque expressa a vontade daquele que positiva a sua mensagem no texto). Esta última seria a mais aproveitável para realizar a equidade (*aequitas*).

⁹⁵ A. Burdese, “Interpretazione nel diritto romano”, in *Digesto 4. Discipline privatistiche. Sezione civile*, X, Turim, 1993, pp. 7 e ss.. Não nos podemos esquecer da escassa presença de jurisperitos do século I a.C. no Digesto de Justiniano. Ver Sabrina Di Maria, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: reverentia antiquitatis e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bononia University Press, Bolonha, 2010. Sejam quais forem as explicações, uma está sempre certa: aos compiladores justinianeus e a Justiniano não agradava o resultado de uma *iurisprudencia* livre e independente, não autorizada ou controlada pelo poder político.

⁹⁶ Os retóricos e oradores romanos iniciaram no século I a.C. uma *ars interpretandi* centrada nas controvérsias (*status causae*) a propósito da interpretação de uma norma legal para resolver a *contentio* entre as partes (existe uma contraposição dialética entre as partes desavindas que os oradores passam a tratar). Cfr. J. Stroux, «Summum ius summa iniuria» in *Festschrift P. Speiser*, Leipzig-Berlim, 1926 = *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam, 1979, pp. 7 ss.; Vonglis, *Sententia legis...*, pp. 17-18; U. Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Colônia-Berlim-Bona-Munique, 1967, “verborum”; Francisco Cuena Boy, «Una storia dell’interpretazione», in *Index*, 33, 2005, pp. 7-77 = *Revista de Historia del Derecho Privado*, Instituto de Historia del Derecho”Juan de Solórzano y Pereyra”, Santiago de Chile, 3, 2000, pp. 149-212. Isto nada tem a ver com a atividade interpretativa levada a cabo pelos jurisperitos romanos neste século. Para a antiguidade tardia, ver C. Chirio Fortunaziano, *Ars rhetorica*; C. Giulio Vittore, *Ars rhetorica Hermagorae, Ciceronis, Quintilianii, Aquilii, Marcomanni, Tatiani*.

⁹⁷ Sexto Élio, cônsul em 198 a.C. e censor em 194 a.C., escreveu os *Tripertita* que Pompónio considera tratar-se de *liber qui veluti cunabula iuris continet*. Os escritos que os precederam de Ápio

Tem sido apontada a *causa curiana*⁹⁸ como primeiro exemplo *judiciário* desta controvérsia em Roma, frente ao tribunal centunviral⁹⁹. Uma controvérsia que opunha o pontífice Q. Múcio Cévola ao *orator* L. Lícínio Crasso. Este defendia uma interpretação pela equidade e Múcio Cévola uma interpretação agarrada à letra da lei. O tribunal decidiu unanimemente a favor de Cúrio¹⁰⁰, isto é, aderindo às teses de Crasso sobre a interpretação pela equidade¹⁰¹.

Logo, com base neste precedente, a interpretação dos jurisperitos romanos a valer em juízo, quando é literal, assenta no binómio *voluntas/aequitas* e não na letra da lei. Foi, então, a *iurisprudencia* laica romana que alterou a linha pontifícia de uma interpretação cingida à letra da regra/fórmula enunciada pelos sacerdotes, garantindo a sua supremacia e uma decisão conforme aos seus interesses (Plínio, o Velho, *nat. hist.* 34.11.21.8).

O resultado era não permitir interpretação a qualquer outro que não o autor do texto a interpretar. Esta doutrina da *interpretação literal autêntica*, muito atrativa

Cláudio, censor em 312 a.C. e de Tibério Coruncânio, pontífice máximo em 254 a.C. (D. 1.2.2.36 e 38), eram diferentes. Sexto Élio interpreta os preceitos da Lei das XII Tábuas desenvolvendo as regras e “princípios de direito público” que as integram, conectando-as com os formulários processuais das *legis actiones* que delas derivavam: “tripertita autem dicitur, quondam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio”. Não podemos aqui fazer uma comparação entre os termos relativos à *interpretatio* na Lei das XII Tábuas usados por Sexto Élio e Plauto nas suas comédias (*Poen.* 444; *Pseud.* 26; *Bacch.* 597; *Truc.* 143; *Cist.* 316), usando Varrão, *De lingua latina* 5, 22 e Festo, s.v. *Recinium*. Ver E. Handley, *Menander and Plautus: a Study in Comparison*, Londres, 1968.

⁹⁸ Tratava-se de uma substituição pupilar em que o testador instituiu como herdeiro um nascituro, pressupondo que a mulher ficasse grávida. Substituiria o herdeiro no caso de este morrer impúbere, M. Curio. Morre o testador e o seu filho esperado não nasceu. M. Curio, o substituto pretende ser herdeiro. A ele se opõe um parente próximo M. Copónio que diz ser o herdeiro, no âmbito de uma sucessão *ab intestato*. Q. Múcio Cévola defende M. Copónio e L. Lícínio Crasso, M. Cúrio. Cic., *de orat.* 1.39.180 e Quintiliano, *Inst. or.* 12.3.7 aludem a esta famosa controvérsia judiciária (*causa curiata*) para vincar a supremacia da vontade do legislador sobre a letra da lei.

⁹⁹ Talvez por ter sido narrado de forma apaixonada por Cícero, *Brutus*, 53. 197; *de or.*, 1.57.242; *Topica* 10. 44.

¹⁰⁰ Cícero, *Caec.*, 53.67.

¹⁰¹ Sobre as qualidades oratórias de Crasso na interpretação de leis, Cícero escreve in *Brut.* 39.144.2: “(...) nam ut Antonius coniectura movenda aut sedanda suspicione aut excitanda incredibilem vim habebat: sic in interpretando in definiendo in explicanda aequitate nihil erat Crasso copiosius (...)”. Cfr. G. Norcio, *Opere retoriche di M. Tullio Cicerone*, I, Turim, 1970, p. 671, que lê o passo do texto citado no sentido de que Crasso era insuperável «nel cogliere il vero significato della legge». Ver Gheorghie Ciulei, “Les Rapports de l’Équité avec le Droit et la Justice dans l’Oeuvre de Cicéron”, in *RHDFE*, 46, 1968, pp. 639 e ss..

para quem quer fazer da norma legal um instrumento eficaz de poder¹⁰², não se pode aplicar à regra jurídica e foi sempre combatida pelos jurisperitos romanos, que se mativeram fiéis à *iurisprudencia* como fonte de *ius*.

Logo, antes da influência retórica/oratória sobre a *iurisprudencia* romana já em crise¹⁰³, a *interpretatio verborum* de matriz sacerdotal era já prejudicada face à interpretação conforme à equidade na *interpretatio prudentium*¹⁰⁴.

Assim sendo, é de origem jurisprudencial romana uma *interpretatio* de *regulae iuris* para a resolução do caso (equidade) que se constitui como fonte de Direito

¹⁰² Não sendo aqui o lugar para tratar da interpretação da norma legal sobre interpretação de normas legais pelo legislador em regimes ditatoriais como aquele que aprovou o Código Civil vigente, importa lembrar que os textos normativos sobre interpretação de leis colocados em Códigos Civis estão mais ligados a opções doutrinárias de Direito dos governantes que a opções políticas de regime (embora elas estejam presentes). Dos muitos exemplos, ver: Manuel Rodrigues, *A Justiça no Estado Novo*, Empreza Jurídica, Lisboa, 1933; Adriano Paes da Silva Vaz Serra, “O papel do Juiz na interpretação da lei”, in *ROA*, ano I, 1941, n.º 1, 1.º e 2.º trimestres, Lisboa = *BMJ*, ano I, n.º 1, 1940; Fernando Emígdio da Silva, “A letra da lei e a palavra forense”, in *ROA*, ano 4, n.ºs 3-4, 1944, pp. 32 e ss.; João de Matos Antunes Varela, “Sobre a Equidade”, in *BMJ*, n.º 158, Julho, 1966, pp. 20 e ss.= “Valor da equidade como fonte de Direito”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 92-93, Agosto-Set., 1966, pp. 9 e ss.. Ver Acórdão do STJ de 19/05/2016, proc. n.º 6473/03.2TVPRT.P1.S1.

¹⁰³ A relação *interpretatio ex sententia* e a *aequitas* no pensamento dos retóricos romanos e a sua influência no trabalho dos jurisperitos (nomeadamente o argumentário da *ars rethorica* disciplinado pela lógica do método aristotélico na criação de uma sistemática jurídica, passando pelas doutrina do *status* e da *topica*) tem sido tratado pela doutrina especializada. Ver, v.g., G. La Pira, “La genesi del sistema della giurisprudenza romana”, in *Studi F. Virgilii*, I, Roma, 1935, pp. 159-182; Francisco Cuenca Boy, *Sistemas jurídicos y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Universidad de Cantabria, Santander, 1998. Sobre a analogia entre a forma de colocar uma controvérsia privada através dos esquemas próprios do processo formulário e a forma de o fazer no âmbito da arte retórica, ver E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, Bolonha, I, 1911; e S. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità* cit., p. 33. Como mostrou F. Cuenca Boy, *Sistemas jurídicos y derecho romano, cit.*, a sistemática nada tem a ver com a contraposição entre *ius civile* e *ius praetorium*. Ver, do mesmo autor, «Derecho y sistema, observaciones críticas sobre el sistema jurídico», in *Jueces para la Democracia*, 22, 2/1994, (saiu em 1995), pp. 29-53. Com outra perspectiva, ver Salvatore Riccobono, “La fusione del ius civile e del ius praetorium in un unico ordenamento”, in *Labeo*, 35, 1989, pp. 215-232. Ver, também, António Castanheira Neves, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, in *Digesta*, Vol. II, Coimbra editora, Coimbra, 1995, pp. 109 e ss..

¹⁰⁴ As fórmulas religiosas da antiga *iurisprudencia* sacerdotal (*scire, intellegere*); os termos dos juramentos pronunciados a *animi sententiae*; os termos exatos da disposição *testamentaria quod ille se demonstrare animo sensisset* foram interpretadas em termos jurisprudenciais fora da letra do texto em prol da equidade. Para a disposição testamentária supra referida, ver Alfeno Varo D. 35.1.27 (Alfeno Varo, discípulo de Sêrvio Sulpício Rufo). Para a equidade na República, ver Paolo Pinna Parpaglia, *Aequitas in Libera Repubblica*, A. Giuffrè, Milão, 1973; e “Aequitas Romana e Filosofia Greca a Roma”, in *SDHI*, 40, 1974, pp. 415-424.

(criadora de *ius*). A retórica apenas deu argumentos *hinc et inde* aos jurisperitos romanos¹⁰⁵ na sua atividade de aplicação do direito (interpretando uma regra aplicável que se colocava entre posições contrárias das partes em litígio)¹⁰⁶.

Apesar de, em épocas posteriores, os jurisperitos romanos começarem a dividir-se sobre o tema, a doutrina que contestou a vinculação da interpretação jurídica da norma legal ao poder que a emitiu¹⁰⁷ foi sempre maioritária e fiel à sua origem na *iurisprudencia* laica, livre e republicana.

Celso (P. Iuventius Celsus), na época adrianeia, sentencia: “et si prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen meno sine voce dixisse existimatur”¹⁰⁸ (Celso 26 *dig.*, D. 1.3.17)¹⁰⁹, seguindo já a Escola retórica de inspiração aristotélica¹¹⁰.

¹⁰⁵ Cícero, *de inventione* 2.48.141, aconselha o magistrado, no âmbito de uma *quaestio*, a seguir a *sententia legis* e não o *scriptum legis*. Isto é, a atender mais à “vontade do legislador” que à “letra da lei”. No *de oratore* 1.57.243, Cícero aconselha (com ironia face a Quinto Múcio Cévola, sogro de Crasso) a, na aplicação das regras jurídicas aos casos, dar sempre preferência ao pensamento sobre a palavra, com estas palavras: “Ac mea quidem sententia – frequens enim te audivi atque adfui – multo maiorem partem sententiarum sale tuo et lepore et politissimis facetiis pellexisti, cum te illud nimium acumen inluderet et admirare ingenium Scaevolae, qui excogitasset nasci prius oportere qua emori; cumque multa conligeret et ex legibus et ex senatus consultis sed ex vita ac sermone communi non modo acute sed etiam ridicule ac facete, ubi si verba non rem sequeremur, confici nihil posset”.

¹⁰⁶ A distinção entre *verba* e *voluntas* que aparece em textos de jurisperitos é própria das controvérsias retóricas de origem grega entre *scriptum* e *voluntas/sententia* retomadas pelos retóricos romanos (*Rhet. ad Herenn.* 1.19, Cic., *de inv.*, 2.121; e *pro Caec.* 23.65, e Quint., *inst. or.* 7.6.1.). Ver, também, Alfredo Gaspar, *Instituições da Retórica Forense*, Minerva, Coimbra, 1998.

¹⁰⁷ Ver Feliciano Serrao, *Classi, Partiti e Legge nella Repubblica Romana*, Pacini, Pisa, 1974, pp. 113 e ss..

¹⁰⁸ Para P. Iuventius Celsus era necessário valorizar na norma legal a sua complexidade, entender o seu espírito, conhecer a sua finalidade e preservar a sua eficácia. Logo, contra uma *interpretatio legis* só literal e gramatical (Cels. 9 *dig.* D. 1.3.24: “Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere”; 26 *dig.* D. 1.3.17: “Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem”; 29 *dig.* D. 1.3.12: “Benignius leges interpretendae sunt, quo voluntas earum observetur”; 33 *dig.* D. 1.3.19: “In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi potest”). M. Lauria, *Ius, visioni romane e moderne*, Nápoles, 1962, 2, pp. 163-164, nota que retóricos e jurisperitos adotam critérios e termos idênticos para interpretar a lei (trata-se sempre de *interpretatio legis*; não de *interpretatio iuris*). Ver Franz Wieacker, “Ius e Lex in Roma Arcaica”, in AA. VV. *Sodalitas. Scritti in Onore di Antonio Guarino*, Jovene, Nápoles, 1984, vol. II, pp. 3105 e ss..

¹⁰⁹ Sabemos que os compiladores justinianeus juntaram vários textos de Celso retirando-lhes as questões colocadas pelo autor para dar um sentido unitário, abstrato e genérico a uma orientação para interpretar textos legais, como resulta da análise de D. 1.3.17; 1.3.18; 1.3.19; 1.3.24, feita por V. Cerami, “La concezione celsina del «ius». Presupposti culturali e implicazioni metodologiche”, in *AUPA*, XXXVIII, 1985, pp. 101-102. Tudo aponta para Celso (“scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem”) se referir apenas, no âmbito de uma *stipulatio*, à *interpretatio* de *verba stipulationis*. Ver O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1884, c. 161, n. 219 (para

Aquílio Galo e Sêrvio Sulpício Rufo seguem com *nuances* esta doutrina¹¹¹, exigindo ao intérprete uma leitura da regra que leve à justa solução do conflito a que ela se aplica e a todas as circunstâncias ocorridas no caso, para se fazer justiça.

Aqui não vemos diferença na interpretação de uma declaração negocial ou na emanção de uma regra jurídica: cabe ao jurisprudente intérprete valorando, sempre que possível, a *mens/animus/voluntas* daquele que declarou, escreveu, enunciou o que está a ser interpretado.

Há quem veja aqui o ponto de partida para um processo de mudança da *iurisprudentia* romana que, nos finais da república, pela interpretação reconstrutiva da regra através da busca da vontade do seu autor e das circunstâncias que a determinaram, procede a uma adaptação da regra ao caso – que está no coração da equidade.

Nessa senda é a partir daqui – deslocado o eixo da interpretação jurídica da letra da regra/lei para a vontade do autor/legislador – que os jurisprudentes iniciam uma obra de reconstrução sistemática do Direito Romano¹¹² com um método de cariz *científico* (criando uma doutrina jurisprudencial romana da *aequitas*¹¹³). Não

quem o passo de Celso deveria ser lido assim: “Cum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est. Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem”) e D. 34.5.26 (“Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est”). Ver M. Miglietta, “Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la *legum permutatio* giustiniana”, in *SCDR*, 29, 2016, pp. 139 e ss.

¹¹⁰ Ver Filippo Gallo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Turim, 2010, p. 99 nota 157; “Sulla Definizione Celsiana del Diritto”; e “Diritto e Giustizia nel Titolo Primo del Digesto”, in *SDHI*, respetivamente, 53, 1987, pp. 7-52 e 54, 1988, pp. 1-36. Celso passa pelo momento valorativo da atividade interpretativa e centra-se no cognoscitivo ou teórico, inspirado pela influência aristotélica crescente na *iurisprudentia* romana. Cfr. Santi Romano e Filippo Gallo, “Nozione formazione e interpretazione del diritto”. *Ricerche F. Gallo*, cit., I, p. XIX; Aldo Schiavone, “Diritto romano”, in *ED*, agg. VI, Milão, 2002, pp. 1157-1160. Não confundir com a retórica da interpretação (Heidegger, Gadamer, Perelman) com outras intenções no combate ao positivismo normativista-legalista.

¹¹¹ Cfr. Para Aquílio, Cícero, *Pro caec.* 78.81; e para S. Sulpício, Cícero, *Brutus*, 152; *Philipp.*, 11, 10 (ver D. 1.2.2.43. H. F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of of Roman Law*, 2.ª ed., Cambridge, 1939, p. 94, nota 2). Cícero, *Top.* 12,51, conta que Aquílio Galo, quando era consultado pelas partes em litígio sobre questões de facto, recusava-se a dar parecer, respondendo aos consulentes: “Nihil hoc ad nos: ad Ciceronem”. Ver, v.g., Paul Kruger, *Histoire des Sources du Droit Romain*, trad. franc. de M. Brissaud, Paris, 1894, p. 65, nota 4; Guilherme Braga da Cruz, “O «jurisconsultus» romano”, in *AA. VV. Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, Vol. I, cit., p. 22, nota.

¹¹² Cfr. Salvatore Riccobono, “*Iurisprudentia*”, in *NNDI*, vol. IX, Turim, 1963, pp. 348-373, loc de ref. p. 352.

¹¹³ Ver Antonio Guarino, “Equità (Diritto Romano)”, in *NNDI*, UTET, Turim, 1960, Vol. VI, pp. 620 e ss.; Vittorio Frosini, “Equità. Nozione”, in *Enciclopedia del Diritto* (ED), Giuffrè, Milão,

parece que tenha sido assim e que tenha existido uma *ars interpretandi* na *iurisprudentia* clássica, livre e assente exclusivamente na *auctoritas* dos jurisperitos romanos.

5. A *iurisprudentia* passa a *scientia iuris* (D. 1.1.10.2)¹¹⁴: a *cientificação* da *iurisprudentia* no final da república?

No final da república, o método de criar e aplicar regras jurídicas começa a mudar pela influência cultural grega nos jurisperitos romanos¹¹⁵. As obras de Aristóteles¹¹⁶ são lidas e adaptadas à *iurisprudentia* romana, visando a sua transformação num sistema de regras escritas e estáticas¹¹⁷. O método usado pelos jurisperitos

1960, VI, pp. 69 e ss.; Onorato Bucci, “Per una Storia dell’Equità”, in *La Persona Giuridica Collegiale in Diritto Romano e Canonico. Aequitas e Romana ed Aequitas Canonica, Atti del III Colloquio, Roma 24-26 Aprile 1980 e del IV Colloquio Roma 13-14 Maggio 1981*, Roma, 1990, pp. 257 e ss.; Arnaldo Biscardi, “Riflessioni Minime sul Concetto di Aequitas”, in AA. VV. *Studii in Memoria di Guido Donatuti*, 3 vols., Milão, I, 1973, pp. 137 e ss.; Fernando Araújo, “Os Sentidos de Aequitas em Marco Túlio Cícero”, in AA. VV. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, *Direito Privado e Vária*, Almedina, pp. 875-990 (separata); D.H. van Zil, *Justice and Equity in Greek and Roman Legal Thought*, Pretoria, 1991; Michel Humbert, “The concept of Equity in the Corpus Iuris Civilis and its Interpretation by Pothier”, in AA. VV. *Aequitas and Equity. Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions. Papers Presented at the Second International Conference on Aequitas and equity, The Faculty of Law, The Hebrew University of Jerusalem, May 1993*, org. Alfredo Mordechai Rabello Jerusalém, 1997, pp. 29-47.

¹¹⁴ *Inst. Just.*, 1, 1, 1; D. 1, 1, 10, 2: a *iurisprudentia* é. “(...) *rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.”

¹¹⁵ A culturalidade do Direito e a cultura jurídica serem levadas em conta na teoria da interpretação é uma coisa. Outra, é o determinismo cultural, próprio do estruturalismo e o moralismo ativista de legisladores e juízes, para uma interpretação ideológico-militante fora do texto da regra e ao sabor de um intérprete que, usando a interpretação como forma de legitimação, já não é jurista intérprete mas autoproclamado criador de Direito, sem legitimidade, competência ou aceitação social (*auctoritas*).

¹¹⁶ *Ethica nicomachea*, 1140a 8-32.

¹¹⁷ Cfr. Peter Stein, *Regule Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgh University Press, Edimburgo, 1966, pp. 33 e ss.; *I fondamenti del diritto europeo: Profili sostanziali e processuali dell’evoluzione dei sistemi giuridici*, trad. ital. de Anna De Vita, Maria Donata Panforti e Vincenzo Varano, Giuffrè, Milão, 1995; *Roman law in European history*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. Giorgio La Pira, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il concetto di scienze e gli strumenti della costruzione scientifiche”, in *Bollettino dell’Istituto de Diritto Romano (BIDR)*, vol. 44, Roma, 1936-1937, p. 336; “Geometrical Method and Aristotle Account of the First Principles”, in *Classical Quarterly*, n.º 19, 1935, pp. 113 e ss.; Luis Fernando Barzotto, “Prudência e jurisprudência – Uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência romana a partir de Aristóteles”, in *Anuário do Programa de PósGraduação em Direito. Mestrado e Doutorado (UNISINOS) 1998 – 1999*, São Leopoldo, 1999. Ver também AA. VV. *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini*, org. D. Mantovani, Turim, 1996, pp. 1 e ss.; V. Scarano Ussani, *Lars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Turim, 1997, pp. 61

passa a ser analítico e axiomático fundado na lógica argumentativa, na dialética discursiva e na retórica decisional. Logo, deixa de ser jurisprudencial. Os conceitos são apurados com rigor exegético; e fixados geometricamente os princípios¹¹⁸ como premissas/axiomas criados em esquemas dialéticos hierarquizados¹¹⁹.

Os jurisperitos *grecizados*¹²⁰ deixam paulatinamente de criar regras jurídicas, passando a ser meros interpretes de normas legais. Passam de criadores de Direito – livres, independentes e socialmente reconhecidos – a *ajudantes*/assessores de criadores e aplicadores de normas legais – dependentes e subordinados em estruturas verticais de poder; e a professores de *direito* no «novo presente» onde a *iurisprudencia* é memória cristalizada do passado, para uma utilização truncada e oportunista, que dê legitimidade «jurídica» às interpretações de normas legais por eles feitas.

Os *iuris prudentes* clássicos, tinham superado a consideração dispersa dos factos de cada caso concreto que resolviam pela observação daquilo que é repetido em todos eles, podendo, assim, encontrar o elemento comum que permitia passar do singular ao coletivo, da parte para o todo.

Essa generalização empírica¹²¹, baseada naquilo que é comum em todas as soluções de casos idênticos, permitiu a formulação da regra jurídica (selecionam para tal as soluções que têm elementos comuns entre elas e unem com uma *regula* (régua/regra) traçando um risco *derectum*). Esta *iurisprudencia* romana criadora (*ars inveniendi*) de regras jurídicas e de soluções justas para cada caso a resolver, fonte de *ius* (*derectum*), vai deixando de existir.

ss.; *Disciplina iuris e altri saperi. Studi sulla cultura di alcuni giuristi romani fra tarda repubblica e secondo secolo d. C.*, Nápoles, 2012, pp. 87 e ss.; A. Cenderelli e B. Biscotti, *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Turim, 2005, pp. 214 e ss.; E. STOLFI, “Die Juristenausbildung in der römischen Republik und Prinzipat”, in AA. VV. *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, org. C. Baldus et alii, Tübingen, 2008, pp. 22 e ss.; E. Stolfi, “Dissensiones prudentium, dispute di scuola e interventi imperiali”, in AA. VV. *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi (Atti del convegno, 21-23 ottobre 2010)*, org. E. Stolfi e V. Marotta, Roma, 2012, pp. 287 e ss.

¹¹⁸ Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford University Press, Londres, 1936, pp. 8 e ss..

¹¹⁹ Como bem referiu Leibnitz, *Epist., 1 e Epist., 15*, comparando as obras de géometras gregos e de jurisperitos romanos do fim da república.

¹²⁰ Onde se destaca Quinto Múcio Cévola, que escreve o livro das definições (A palavra é escrita em grego). Também Manius Manilius... e vários outros. Ver Mário Bretone e Mario Talamanca, *Il Diritto in Grecia e a Roma*, Laterza, Roma-Bari, 1981, pp. 115 e ss.; Jean Gaudemet, “Tentatives de Systématisation du Droit à Rome”, in *Index*, 15, 1987, pp. 79-96; Michèle Ducos, *Les Romains et la Loi. Recherches sur les Rapports de la Philosophie Grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Les Belles Lettres, Paris, 1984, pp. 182 e ss.

¹²¹ Peter Stein, *Regulae Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., pp. 29 e 30.

A experiência jurídica na prática da *ars inveniendi*, que funda a *sapientia iuris*, é agora formulada como *scientia iuris* (que não é equivalente à ciência jurídica)¹²².

A definição de Direito de Celso na formulação de Ulpiano (1 *inst.* D. 1.1.1) é o centro da mudança da *interpretatio iuris*, feita pela *iurisprudentia* laica e livre da *res publica*, para a *interpretatio legis* da *iurisprudentia* pós-*ius publice respondendi ex auctoritate principis*¹²³, não como mera *interpretatio verborum*, mas como interpretação juriscientífica da norma legal¹²⁴?

Creemos que não. Não podemos tomar os textos de Cícero, que não foi jurisperito¹²⁵, como um retrato da *iurisprudentia* do seu tempo¹²⁶, nomeadamente ao inserir a *interpretatio* dos jurisperitos na *ars grammatica*¹²⁷. Só mais tarde a

¹²² Eduardo Vera-Cruz Pinto, ““Jurisprudentia” versus “ciência do Direito”: o fim da constitucionalização/codificação do Direito é condição de sobrevivência do Jurídico?”, in *RFDUL*, Vol. LIV, n.º 1 e 2, Coimbra editora, 2013, pp. 23-40. Noutra perspectiva ver José Lamego, *Filosofia do Direito*, Vol. I, *O Conceito de Direito do Positivismo Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 143-145, “O modelo moderno da ciência do Direito: da *iuris-prudentia* à *iuris-scientia*”.

¹²³ O *ius publice respondendi ex auctoritate principis* foi o princípio do fim da *iurisprudentia* como fonte de *ius Romanum*. Papiniano D. 1.1.7, aponta ainda a *interpretatio* dos jurisperitos como fonte de *ius civile*. Ver Biondo Biondi, “Interpretatio prudentium e legislazione” (1935), in *Scritti Giuridici*, I, Milão, 1965, pp. 323-363, e J. P. Coriat, *Le prince législateur*, Roma, 1997, pp. 528-531. Ver também Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso de Direito Romano*, Vol. I, *Programa, Método, História, Fontes, Actores Jurídicos (753 a.c.-395)*, Principia, 2009, pp. 242 e ss.; *Lições de História do Direito Romano* I. síntese geral, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 134 e ss.; *Introdução ao estudo do Direito Romano. As Questões Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 294 e ss..

¹²⁴ Trata-se de uma época em que os *iuris prudentes* integram o panorama cultural romano, onde a palavra *ars* significa o conjunto de uma certa atividade com as regras e as técnicas de criação e de interpretação com finalidade própria, logo implicando uma “sistemática”. Cfr. F. Gallo, *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Turim, 1997, p. 239; Æ. Fordellini, *Lexicon totius latinitatis*, I, Pavia, 1965, pp. 328-329 (*Th.L.L.*, III, c. 656-672); *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, I, Leipzig, 1903, p. 356. Ver, também, Mario Bretone, *Técnicas e Ideologias dos Juristas Romanos*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1982, pp. 204 e ss..

¹²⁵ Emilio Costa, *Cicerone Giurisconsulto*, 1916 (Nicola Zanichelli, Bolonha, 2ª ed., 1927), L’Erma do Bretschneider, 1964; *Le Orazioni di Diritto Privato di M. Tullio Cicerone*, Bolonha, 1899; Vincenzo Arangio-Ruiz, *Cicerone Giurista* (conferência); Alvaro D’Ors, *Ciceron: Defensa di Aula Cecina*, Madrid, 1943; Bruce W. Frier, *The Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero’s Pro Caecina*, Princeton Legacy Library, Nova York-Nova Jersey, 1985; Eric S. Gruen, *The Last Generation of the Roman Republic*, Berkeley-Los Angeles-Londres, 1974.

¹²⁶ Cícero terminou de escrever o *De oratore* em 55 a.C. como sabemos por uma carta escrita a Pompónio Ático, *ad Att.* 4.13.2: “De libris oratoriis factum est a me diligenter”.

¹²⁷ Logo, aceitando que a *iurisprudentia* que interpreta regras jurídicas fosse disciplinada/orientada por categorias conceptuais da retórica (externas, no sentido de estranhas, ao *ius*) e assim sistematizada. A *ars interpretandi* da filosofia helenística entra na *interpretatio iuris*, assimilando-a assim, pela sistematização consequente, numa *interpretatio legis*.

degradação da *iurisprudencia*, com a sua submissão ao poder político, faz dela uma atividade *jurídica* sistematizada¹²⁸ centrada na *interpretatio legis*¹²⁹.

Dos *praecepta* encontrados no material jurídico existente (aquilo que é reconhecido como sendo jurídico porque criado por quem tem essa legitimidade/capacidade) os jurisperitos podem induzir conceitos gerais, definições técnicas¹³⁰ e categorias jurídicas (*nomina iuris*), fazer classificações (classes de coisas) e chegar aos axiomas ou princípios formulados em proposições¹³¹, hierarquizando o material jurídico e disciplinando o trabalho com a segurança de um *método científico*.

Nos seus *responsa* os jurisperitos já aclaravam/explicavam o significado dos conceitos, das categorias e dos preceitos e – se fosse o caso – propunham a aplicação extensiva de um preceito a um caso apesar do inusitado de alguns dos factos presentes ou a exceção na aplicação do preceito ou regra, fundamentando esse afastamento e propondo uma solução específica para ele (pelo menos desde o século III a.C.).

Com o edifício da *iurisprudencia* assim erguido, os jurisperitos puderam chegar à solução justa do caso através de deduções feitas a partir dos *princípios* apresentados como proposições normativas num exercício de silogismos lógicos¹³².

Cícero¹³³ e Sécio Sulpício Rufo¹³⁴ puderam assim referir-se ao Direito como um todo coerente, completo e acabado. Todas as respostas estavam no Direito

¹²⁸ Sobre a *iurisprudencia* como uma atividade sistematizada ver Cícero, *De oratore* (1.41.185): “Omnia fere quae sunt conclusa nunc a r t i b u s (...)”. Não podendo aqui desenvolver o critério de ordenação externa para organizar a atividade dos jurisperitos romanos a que Cícero alude nem os efeitos para a sua construção de não conhecer ainda um conceito “científico” de sistema, remeto para Gallo, *Celso e Kelsen*, cit., p. 15-20; e Eric Gilardeau, *Cicéron, père de la codification du droit civil* (= *Logiques Juridiques*). L’Harmattan, Paris 2017. Ver, também, João Baptista Machado, *O sistema científico e a teoria de Kelsen*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, ano XXVI.

¹²⁹ Importa começar pelos títulos do Digesto de Justiniano com interesse para o tema da interpretação: D. 1.3 (“de legibus senatusque consulti et longa consuetudine”); D. 34.5 (“de rebus dubiis”); D. 50.16 (“de verborum significatione”) e D. 50.17 (“de diversis regulis iuris antiqui”); e de valorizar a *voluntas legis* em Celso D. 1, 3, 19. Só através da sua análise compreendemos que a interpretação de normas legais em Roma nunca é literal, mas uma procura da vontade do legislador.

¹³⁰ Obtidas pela ação de circumscrever, de fixar limites.

¹³¹ Fritz Schulz, *Principios del derecho romano*, 2.ª ed., trad. cast. de Manuel Abellán Velasco, Civitas, Madrid, 2000; Gisella Bassanelli Sommariva, *Principi di diritto privato romano. Introduzione metodologica agli studi giuridici*, Giappichelli, 2019; *Il sistema aperto del diritto romano. Antologia di testi*, org. G. Santucci, Giappichelli, 2018.

¹³² Mas todos estes conceitos e categorias devem ser entendidos com os significados que então tinham, sob pena dos anacronismos deturparem a realidade de então e serem tomados por aquilo que não foram.

¹³³ Ver Eric Gilardeau, *Cicéron, père de la codification du droit civil*, cit., L’Harmattan, Paris, 2017.

¹³⁴ Sécio Sulpício foi político, orador e, depois, jurisperito, amigo de Cícero (*Pro Mur.*, 13.29) e admirador da cultura grega. Ver P. Krüger, *Histoire des Sources de Droit Romain*, cit., p. 81, nota 9.

existente e a tarefa dos jurisperitos era encontrar as soluções através da adaptação das regras.

6. Equidade: a interpretação da regra para dar a solução mais justa ao caso desloca a *iurisprudencia* do autor para o sistema¹³⁵?

O conceito de *aequitas* é um dos mais difíceis de apurar, limitar e concretizar no *ius Romanum*. Mas, seja qual for a aceção tomada, tem sempre envoltas as noções de igualdade, proporção, simetria, adaptação, benevolência, humanidade, consideração do caso concreto.

O surgimento da equidade resulta de um percurso histórico jurisprudencial que vai identificando *aequum* com *iustum* (e *iniquum* com *iniustum*) e *aequitas* com *ius* e *iniquum* com *non-ius*, pois não faz parte da matriz romana originária a ligação entre *ius* e *aequitas*¹³⁶.

Daí que consideremos, entre as várias referências nas fontes, como mais significativa D. 44.3.14: “de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate”.

Aristóteles, na *Ética a Nicómaco* 5.10, refere a *epieicheia* como uma forma de fazer justiça pela interpretação da lei geral e abstrata adequada ao caso concreto. Está aqui a origem da definição da equidade como «justiça do caso concreto». Só que a *aequitas* romana não é apenas a *epieicheia* grega, pois inclui, na dinâmica interpretativa, a possibilidade das *exceptiones* pela *opinio iuris vel necessitatis*¹³⁷.

¹³⁵ A palavra *sistema* integra a definição de *techne* (von Arnim, *Stoic. Vet. Frag.* I, 73; *SVF.* II, 93; II, 94; II, 95; II, 96; II, 97; cfr. II, 56, lín. 21-22). Os jurisperitos romanos não faziam diferença entre a *episteme* e a *techne*, ambas eram formas de um conhecimento certo por oposição à *doxa*. A diferença entre elas estava no carácter sistemático da *techne*. O Direito está no âmbito da *techne (ars)/episteme (scientia)*, não da *doxa*. Entre *scientia* e *ars* não havia então contradição ou incompatibilidade.

¹³⁶ Não podemos aqui desenvolver o surgimento da expressão *aequum et bonum*, antes da palavra *aequitas* no processo formulário. Ver A. Santos Justo, “As Acções do Pretor (Actiones Praetoriae)”, in *BFDUC*, 65, 1989, pp. 7-48; Javier Paricio, *Estudio sobre las “Actiones in Aequum Conceptae”*, Giuffrè, Milão, 1986.

¹³⁷ Não apenas como possibilidades pretorianas de afastar ou paralisar as *actiones* que resultavam diretamente das regras gerais do *ius civile*, mas também as que eram criadas e discutidas na interpretação jurisprudencial do *ius civile* (pelos jurisperitos). Ver Francesco D’Agostino, *Epieikeia. Il Tema dell’Equità nell’Antichità Greca*, A. Giuffrè, Milão, 1973; Arnaldo Biscardi, “On Aequitas and Epieikia” e John Triantaphyllopoulos, “Aristotle’s Equity”, in AA. VV. *Aequitas and Equity. Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, cit., org. Alfredo Mordechai Rabello, Jerusalém, 1997, respetivamente, pp. 1-10 e pp. 11-22.

Como bem explicou Gaio, *Instituições*, 4.116: “Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari”. A *aequitas* permitia uma operação jurídica de conformação da regra na sua adaptação ao caso em que a solução do conflito poderia não ser a que resultava da aplicação literal das palavras da lei, mas da sua consideração equitativa (justiça do caso concreto).

O julgador, pela interpretação, podia derogar o disposto na norma aparentemente aplicável ao caso a julgar, criar uma solução própria para ele. Não se trata de diferir, diferenciando, o momento da criação da regra (legislador) do momento da sua aplicação (Juiz). Isso nada tem a ver com a equidade.

A interpretação fundada na equidade (justiça do coração¹³⁸) cumpre a exigência da inserção social da solução jurídica de cada caso, mantendo viva – pela interpretação – a regra que aplicava ou afastava (*aequum societati*).

Este é um momento, sempre que acontece – refundador do *ius civile* –, que passa de estático e imutável em virtude de uma interpretação reduzida à letra da regra/lei feita exclusivamente pelos seus autores/legisladores, com pretensões de *autêntica*; para um direito que muda – pela interpretação das regras, para corresponder à justiça do caso e à consciência social e com elas se conformar – e se mantém atualizado pelos jurisprudentes e compreendido pelos destinatários das soluções jurisprudenciais.

Mas importa reconhecer que o apego dos jurisprudentes clássicos às velhas fórmulas, ao costume antigo, ao formalismo exacerbado, à sacralização das regras e, assim, à sua imutabilidade privou a *iurisprudencia* romana de ser o instrumento dessa refundação do *ius civile*.

A mudança no sentido da atualização do *ius civile* era lenta e corporizada por uma minoria de jurisprudentes fiéis à ideia de um *ius* fundado na *auctoritas* e de uma *iurisprudencia* criadora, verdadeira fonte de Direito.

Em Roma, o tempo da *iurisprudencia* deixou de ser o tempo do Direito. O Direito para cumprir o seu tempo e corresponder às exigências sociais mudou da *iurisprudencia* para as *leges publicae*, os *senatus consulta* e as *constitutiones* imperiais.

Por isso, Gaio *Inst.* 1. 2 e 1. 3-7, pôde escrever que *lex, senatus consultum, plebiscitum, constitutio principis, edicta* (“*qui ius edicendi habent*”) e *responsa prudentium* eram fontes de *ius*.

¹³⁸ Manuel Carneiro da Frada, “Equidade (ou a “justiça do coração””, in AA. VV. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 295-322. Manuel de Andrade, “Sobre a recente evolução do Direito Privado Português”, in *BMJ*, XXII, 1946, pp. 284-343, refere o artigo 240.º do *Estatuto Judiciário*, de 23 de Março de 1944, para condenar a Jurisprudência sentimental (*Gefühlsjurisprudenz*) que permitia ao juiz decidir com base no “sentimento de equidade”.

As fontes do *ius* em Roma mudaram e a fonte do *ius Romanum*, capaz de *iustitia*, pela *aequitas* realizada pela *interpretatio prudentium* secou, transferindo-se do campo da *auctoritas* para o do *imperium* (v.g. D. 16.1.2.1), com os efeitos conhecidos. A interpretação jurisprudencial (*interpretatio prudentium*) não conseguiu salvar a regra jurídica tornando-a útil e eficaz no momento da sua aplicação ao caso e caiu no *vetus ius civile*.

7. A aplicação da regra ao caso deixa de passar pela *iurisprudentia* (*interpretatio prudentium*)

Pelas razões acima expostas, o *ius civile novum* não foi a *nova iurisprudentia* da equidade plena (que não surgiu), mas o *ius gentium*. A *interpretatio*, mais livre (*dare facere oportet ex fide bona*) passa do *iurisprudens* para o *praetor peregrinus*. É ele que *ius dicit* num processo *per formulas, vel per concepta verba*, que chega ao *praetor urbanus* pela *lex Aebutia* (século II a.C.) para os conflitos *inter cives*.

O *novum ius civile*, pela *aequitas*, recentra-se na *bona fides*. A partir de 150 a.C. (data convencional), o pretor afasta, recorrendo à sua *iurisdictio*, todas as interpretações dos jurisperitos que não são jurisprudenciais, no sentido de que não estão de acordo com as exigências do tempo, nem são compreendidas pelas pessoas porque contrariam a *consciência social* (isto é, quando fossem iníquas)¹³⁹.

A «crise da república» resulta também desta possibilidade dos magistrados *ius dicentes* (*praetores* e *aediles curules*) de derrogar o *ius civile*, que resultava da interpretação das regras feita pelos jurisperitos. Pois, a *res publica romana* pressupunha uma divisão clara entre o *imperium* dos magistrados e a *auctoritas* dos jurisperitos, como fonte única do *ius* (pela *interpretatio prudentium*).

Logo, apesar de as fontes criarem a ilusão de coexistência de um *ius civile* ao lado do *ius honorarium*, era o *ius honorarium* que se aplicava, ficando o *ius civile* de criação jurisprudencial como um direito subsidiário e residual sem aplicação ou utilidade na vida quotidiana dos romanos.

Quando Marciano (D. 1.1.8) escreve *viva vox iuris civilis*, refere mais um desejo que uma realidade no dia a dia jurídico dos romanos. É uma conclusão que resulta dos estudos de história social, económica e de costumes de Roma neste período de finais da república.

¹³⁹ Papiniano D. 1.1.7.1: “*ius praetorium est quod praetores introduxerunt ad iuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*”.

8. A redução da atividade interpretativa dos juristas a esclarecer o juiz sobre a intenção do legislador a partir do século III

No período tardo-antigo, a centralidade das constituições imperiais na produção legislativa romana¹⁴⁰, a sua consideração como fonte primária de *ius romanum* pela chancelaria imperial de Constantinopla e o fim de outras fontes criadoras de regras e de soluções jurídicas (magistrados e juristas) levou a que o binómio *iuralleges* só tivesse as *leges* como presente e os *iura* (escritos de juristas antigos) como uma coisa do passado, uma fonte de inspiração do legislador, mas sem qualquer legitimidade para ser aplicado sem a validação política do imperador¹⁴¹. O código de leis (constituições imperiais) mandado fazer pelo imperador era o único presente no século V¹⁴².

Em tempo de concentração de poderes e do seu exercício absoluto pelo Estado/imperador¹⁴³ a *interpretatio* permitida aos juristas é apenas a que tem como objeto a norma legal, única fonte de «direito»¹⁴⁴ e sempre submetida à

¹⁴⁰ Ver Riccardo Orestano, *Il Potere Normativo degli Imperatori e le Costituzioni Imperiali. Contributo alla Teoria delle fonti del Diritto nel Periodo Romano Classico*, Roma, 1937; Maria-Grazia Bianchi, *Caso Concreto e Legis generalis. Per lo Studio della tecnica e della Politica Normativa da Costantino a Teodosio II*, A. Giuffrè, Milão, 1979.

¹⁴¹ A provar que assim é, Valentiano III faz a chamada *lei das citações*, a partir de Ravena, em 426, criando o “tribunal dos mortos” sem deixar dúvidas sobre o papel reservado à *iurisprudencia* e sobre a sua localização num passado sem remissão; e a constituição imperial de Teodósio II, promulgada em Constantinopla, em 429, expondo o plano de concentração legislativa, através de um código de normas legais, o futuro *Codex Theodosianus*.

¹⁴² A diferença fundamental entre as recolhas/compilações normativas do século IV designadas *Codex Hermogenianus* e *Codex Gregorianus* era a sua natureza privada e o seu conteúdo plural, face ao *Codex Theodosianus*, constituído apenas por constituições imperiais. Nov. Theod. 1: “(...) liquido pateat, quo pondere donatio deferetur, qua cautione petatur hereditas, quibus verbis stipulatio colligatur, ut certum vel incertum debitum sit exigendum. (...)”.

¹⁴³ Sobre o “absolutismo jurídico” ver G. G. Archi, *Giustiniano legislatore*, Bolonha, 1970, pp. 142 e ss.; R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, Bolonha, 1977, pp. 82 e ss.; G. Bassaneli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milão, 1983, pp. 7 e ss.; M. Campolunghi, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II.1 e 2, Perugia, 2001 e 2007; L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007; F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Turim., 2010; *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente* (in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 3, 2010, pp. 8 e ss.; M. Brutti, *Dal Digesto ai giuristi*, in AA. VV. *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, org. D. Mantovani e A. Padoa Schioppa, Pavia, 2014, pp. 597 e ss..

¹⁴⁴ O direito pósclassico é marcado pela vulgarização. Prova disso é a *interpretatio visigothica*, na segunda metade do século V. O *Breviarium Alaricii* colhe e aumenta a *interpretatio legis verborum*

interpretação autêntica¹⁴⁵. Logo, sem pensamento, sem margem, sem juridicidade. A codificação engessou o Direito que ficou cristalizado na norma legal geral e abstrata codificada à espera que o intérprete jurisprudente lhe desse vida no momento em que o juiz a aplica¹⁴⁶.

Justiniano – o *bom e tranquilo governante* – já se pode considerar sem pudor ou resistência, além de *solus legislator e solus interpres, conditor e interpres legum*¹⁴⁷

do Código Teodosiano (Th. 9.8.1, C.Th. 10.5.3, C.Th. 10.10.10, Int. a Brev. C.Th. 16,3.1, C.Th. 16.8.5, Int. a Brev. 16.3.2, C.Th. 16.8.7). Ver K. Fitting, “Über einige Rechtsquellen der vorjustinianischen spätern Kaiserzeit, II, Die sogenannte westgotische Interpretatio”, in *ZRG*, XI, 1873, pp. 222 e ss., P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, Leipzig, 1888, p. 312, F. Wieacker, “Lateinische Kommentare zum Codex Theodosianus”, in *Symbolae Friburgenses Lenel*, Leipzig, s.d. (mas 1935), pp. 260 e ss., G.G. Archi, *L’ “Epitome Gai”*. *Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, Milão, 1937, p. 65, C.F. Buckland, “The interpretationes to Pauli Sententiae and the Codex Theodosianus”, in *LQR*, LX, 1944, pp. 361 e ss.; Jean Gaudemet, “Jus’ et ‘Leges’”, in *IURA*, I, 1950, pp. 323 e ss.; e “Le breviaire d’Alaric et les epitomes”, in *IRMAE*, I.2, 1965, pp. 37-39; C.A. Cannata, “I rinvi al ‘ius’ nella Interpretatio al Codice Teodosiano”, in *SDHI*, XXVIII, 1962, pp. 292 e ss.; D. Nörr, “Zu den geistigen und sozialen Grundlagen der spätantiken Kodifikationsbewegung”, in *ZSS*, LXXX, 1963, p. 134 nota 116; D. Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260-640 n. Chr.)*, Berlim, 1987, pp. 175-176; Lambertini, *La codificazione di Alaric II*, cit., pp. 56-57; e G. Cervencia, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, dir. Mario Talamanca, Milão, 1989, 2, pp. 624-640.

¹⁴⁵ A interpretação da lei passou a estar reservada – *ultima ratio* – ao imperador, ao *imperialis sensus* (C.I. 1.14.12). Logo, a interpretação que conta em tribunal em caso de divergência interpretativa de uma norma legal é a do autor da lei, daquele que exerce o poder de legislar. A atividade interpretativa é transferida do jurisprudente para o imperador, afastando a possibilidade de uma presença, ainda que ténue, da *interpretatio prudentium* por ela própria através da *auktoritas* (que o imperador não tem) em tribunal.

¹⁴⁶ A partir daí foram construídas teorias e ideias na *história jurídica da interpretação* tentando que a *interpretatio verborum* das leis, ainda que feita por juristas, selecionadas e reconhecidas pelo imperador (*imperium*) para serem aplicadas pelos julgadores, permitissem o milagre de ressuscitar a norma enterrada na forma estática da lei – seja qual for a polissemia das palavras usadas no seu texto para lhe aumentar a natureza geral e abstrata – no momento da sua aplicação por juizes subordinados ao poder político porque aplicadores das suas ideias/soluções expressas/positivadas em normas legais. Esforço imenso e vão porque onde não há liberdade e independência dos jurisprudentes (*auktoritas*) para criarem regras jurídicas e soluções justas para os conflitos entre partes, não há Direito nenhum.

¹⁴⁷ É preciso atender ao facto de que a sociedade bizantina (oriental) era cultural e politicamente diferente da sociedade romana (ocidental) onde foram criados e aplicados grande parte dos conceitos e institutos jurídicos que aí se mantiveram. É preciso fazer essa imersão no direito bizantino e levar em conta a diferença jurídico-cultural (que diferencia as expressões *interpretare ius* e *interpretatio iuris*) para compreender as decisões, as soluções e as normas. Ver F. Gorla, “La giustizia nell’impero romano d’Oriente: organizzazione giudiziaria”, in *La giustizia nell’alto Medioevo (secoli V-VIII)*, Spoleto, 1995; A. De Robertis, *L’interpretazione del corpus iuris in Oriente e in Occidente: approccio comparativo alle posizioni ermeneutiche degli scolasti bizantini e della Glossa di Accursio*, Nápoles, 1984; e N. Van Der Wal e H. Lokin, *Historiae iuris graeco-romanae delineatio*, Groningen, 1985.

(Nov. Marc. 4)¹⁴⁸, fixando, ao mandar publicar o *Digesto*¹⁴⁹, a submissão dos jurisprudentes ao imperador no parágrafo 21 da constituição *Tanta*, de 16 de Dezembro de 533¹⁵⁰.

A Novela 125, de 543¹⁵¹, deixou claro que só pode interpretar a norma (no sentido de dar uma solução ao caso que não resulte de forma direta e clara do texto da norma legal aplicável), aquele que a criou¹⁵² (vulgo, interpretação autêntica¹⁵³).

¹⁴⁸ Ver Archi, “Interpretatio iuris. interpretatio legis. interpretatio legum”, in *Studi G. Santoro Passarelli*, VI, Nápoles, 1972, pp. 48 e ss.; P. Garbarino, “Aspetti e problemi dell’interpretazione del diritto dopo l’emanazione del codice Teodosiano (osservazioni su Nov. Theod., 9 e Nov. Marc. 4)”, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo*, cit., I, pp. 259 e ss..

¹⁴⁹ Ver B. B. Queiroz de Moraes, *Manual de introdução ao Digesto*, São Paulo, 2017, pp. 1-620.

¹⁵⁰ A leitura do texto dispensa comentários: “Hoc autem, quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui (neque) postea fuerint (fierent F.) audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua et voces (voce F.) Romanae positae sunt (hoc quod Graeci κατὰ πόδα dicunt), et si qui forsitan per titulorum supilitatem adnotare maluerint et ea quae κατὰ πόδα nuncupantur componere alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verboritas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus (deducus F.) quod et in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum est, qui opus moderate confectum huc at que illuc in diversas sententias producentes in infinitum detraxerunt, ut paene omnem Romanam sanctionem esse confusam. quos si passi non sumus, quemadmodum posteritatis admittatur vana discordia? si quid autem tale facere ausi (aut si F.) fuerint, ipsi quidam falsitatis rei constituentur, volumina autem eorum omnimodo corrumpentur. si quid vero, ut supra, dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est et condere leges et interpretari (interpretare F.)”.

¹⁵¹ Ver, v.g., F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, cit., p. 244-245.

¹⁵² Novela 125: “Quoniam quidam iudicantium post multa litis certamina et plurima litigantibus facta, dispendia in negotiis apud eos motis suggestionibus utuntur ad nostram tranquillitatem, praesenti generali lege haec perspeximus emendare, ne dilationes negotiis ex hoc fiant et aliud rursus principium examinationes accipiant. I. Iubemus igitur nullum iudicantium quolibet modo vel tempore pro causis apud se propositis nuntiare ad nostram tranquillitatem, sed examinare perfecte causam et quod eis iustum legitimumque videtur decernere; et si quidem partes cessaverint in his quae decreta sunt, executioni contrahi sententiam secundum legum virtutem. Si autem aliquis putaverit ex prodita novissima sententia se laesum, appellatione utatur legitima, et haec secundum ordinem legibus definitum examinetur et perfectum suscipiat terminum. Si autem duo vel amplius fuerint cognitores litis, et aliqua inter eos emergat dissonantia, etiam sic iubemus unumquemque horum secundum. Quae igitur per praesentem legem perpetuum valitura nostra tranquillitas definivit, tam tua celsitudo quam omnes alii iudices maiores et minores custodire festinent, ut nullus penitus ignoret quae pro utilitate nostrorum collatorum a nobis sunt, ita tamen ut universis interdicatis per propria praecepta, quatenus sine ullo iniusto dispendio nostris collatoribus insinuatio legis praesentis fiat”.

¹⁵³ A interpretação criativa, fora do controlo imperial, está referida em Iust. *inst.* 4.3.10, a respeito da construção pelos jurisprudentes da *aestimatio corporis* na *actio legis Aquiliae*: “Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit non solum preempti corporis aestimationem habendam esse

Esta é a forma eterna de fazer passar a lei feita pelo poder político por Direito para poder governar invocando esse Direito, que é só nome sem conteúdo jurídico, pois esse requer liberdade e independência de criação, interpretação e aplicação, que só os jurisperitos podem dar.¹⁵⁴

9. As contradições e antinomias entre as regras criadas pela *interpretatio prudentium*

O título genérico do Digesto «De diversis regulis iuris» pode levar a confundir diversidade com contradição. O que resulta da leitura do Digesto é a existência de contradições nos conteúdos dispositivos das regras que podem ser resultado da degradação de processos criadores próprios da *interpretatio prudentium*.

Não podemos aqui cuidar das razões que sustentam as contradições e antinomias entre regras de criação jurisprudencial: as muitas transcrições, sobreposições, truncamentos, interpolações e recomposições dos textos originais, o excesso de crítica interpolacionista¹⁵⁵, a mistura de soluções *sub specie* e *in genero* indicadas como regras gerais, etc..

secundum ea quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea perempto eo corpore damni vobis adlatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is iussu tuo adiret: nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat. item si ex pari mularum unam vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comoedis unus servus fuerit occisus: non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanto depretiati sunt qui supersunt”. Ver M. Miglietta, “Logiche di giuristi romani e bizantini a confronto in materia di stima aquiliana delle «causae corpori cohaerentes»”, in *La retorica fra scienza e professione legale*, org. G.A. Ferrari e M. Manzini, Milão, 2004, p. 227 nota 14, sobre o sintagma “ex interpretatione placuit”.

¹⁵⁴ G. Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice giustiniano*, Milão, 1983, pp. 112-125 vê nas intenções de Justiniano uma preocupação de permitir uma resolução célere dos casos presentes aos juizes impedindo manobras dilatórias dos advogados das partes. Este entendimento é, para nós, incompreensível. Os textos têm de ser lidos na sua época, no contexto político de absolutismo imperial-oriental e no âmbito dos instrumentos políticos de concretização de um projeto de poder de *bom governo* que não podia permitir autonomia aos jurisperitos para fixarem soluções judiciárias, pela *interpretatio iuris*, não controladas pelo imperador. Para uma leitura integrada da Novela 125, de Justiano, ver: *Epit. Jul const.* 112 [113], sch. 1 ad Bas. 7.1.18 (Heimbach, I, p. 248); Nov. 82; e Nov. 113.

¹⁵⁵ E. Albertario, “La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico”, in *Studi P. Bonfante*, I, Roma, 1930, pp. 611-672 = *Studi di diritto romano*, V, Milão, 1937, p. 69-146, sobre o interpolacionismo ter revelado a importância de *voluntas, mens, animus* no direito justiniano face a *verba* e *scriptum* no direito clássico. Não é possível fazer aqui o confronto entre *interpretatio ex verbis* e *interpretatio ex voluntate* no direito clássico e no direito justiniano a partir das divergências sobre o método interpolacionista. Nem salientar a importância desse confronto/comparação para o nosso tema – aceitando que, em matéria de interpretação, o jurisperito romano foi convidado a *spectari mentem (voluntas) legislatoris*.

Ora, comecemos pela regra de interpretação sistemática: «incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere» (D. 24.1.3). Assim sendo, a interpretação suscita criatividade e inovação na sua função de aplicar a regra ao caso com justiça, o que requer corresponder às exigências sociais, aos juízos e mentalidades da época e aos costumes e tradições da sociedade¹⁵⁶.

No *ius romanum* essa exigência adaptadora evolutiva é clara, como resulta de «non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur» (D.26.1.3; 1.3.27 ou 27.1.3.).

Mas adaptar pressupõe um ponto de partida, uma base, uma regra, uma prática constante e reiterada de decidir de certo modo, de fazer num certo sentido. Logo, a tradição, o costume, o hábito (desde que não contrariem a dignidade da pessoa humana e as regras jurídicas¹⁵⁷) são importantes como base da interpretação (*ius hominum causa constitutum*).

Podemos tentar, através das formas de realização da *interpretatio prudentium*, compreender o percurso histórico que levou a estas contradições entre jurisperitos que se reflectiu na diversidade de soluções encontradas nas regras jurídicas; e qual o peso dos desvios face à *consciência social* (o que era socialmente aceite), à ideia de justiça do tempo em que a solução era dada e àquilo que o tempo foi sedimentando como o mais adequado.

Este é o grande desafio colocado à investigação em Direito Romano. Voltar a ler as fontes primitivas em latim¹⁵⁸, não abandonar as bibliotecas onde estão os clássicos¹⁵⁹, utilizar as potencialidades dos novos meios tecnológicos na revisão crítica das doutrinas firmadas¹⁶⁰, ousar contestar o que foi fixado «para a eternidade» pelos grandes mestres da jurisroamnística, desafiar o instalado como dogma de ensino.

O Direito tem de ser um *ius* no século XXI. Um direito criado, interpretado e aplicado por quem está no lugar de o fazer e tem a legitimidade de o dizer

¹⁵⁶ M.L. Clarke, *The Roman Mind. Studies in the History of Thought from Cicero to Marcus Aurelius*, Cohen & West, Londres, 1956, pp. 136 e ss..

¹⁵⁷ *Malae consuetudine neque ex longo tempore neque ex longa consuetudine confirmantur* – C. 1, Nov. 134 (os maus costumes, por maior que seja o tempo e a longa prática, não são (juridicamente) confirmados)

¹⁵⁸ L. Maganzani, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il corpus iuris nella cultura del giurista europeo*, Turim, 2007.

¹⁵⁹ Eduardo Vera-Cruz Pinto, “O Papel dos Estudos clássicos europeus e do direito romano na descolonização da Europa (a propósito de um texto de Francesca Lamberti)”, in *Interpretatio Prudentium*, V, 2020, 2, pp. 13-17.

¹⁶⁰ Ver T. Rubio Garrido, *La doctrina de los autores. De fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia*, Granada, 2006.

(D.1.1.11: “*ius dicitur locus in quo ius redditur, appellationes collata ab eo quod fit in eo ubi fit. ...is locus recte ius appellatur*”)¹⁶¹.

Conclusão: a *interpretatio prudentium* (como *interpretatio iuris*) do *ius Romanum* não se aplica à *interpretatio legis* do artigo 9.º do Código Civil

Os cultores da civilística, da filosofia do Direito e da teoria do Direito que se dedicaram ao problema da interpretação jurídica centraram-se no enunciado textual na norma legal aplicável à interpretação de normas legais (Teoria pura do Direito de Kelsen, Realismo escandinavo, Analítica da linguagem de Wittgenstein, Textura aberta de Hart, Significação diretiva das palavras de Alf Ross, Reconstrução pragmática de Ulises Schmill, positivismo-pragmático (correção do Direito) de Robert Alexy). Nada disso tem a ver com a *interpretatio iuris*, nem passará para o futuro próximo da criação e aplicação do Direito jurisprudencial requerido pela sociedade na Era Global Digital.

Os desafios colocados ao Jurídico na Era Global Digital Pós-Humana e Pós-Pandémica não passam pela aplicação de leis em tribunais judiciais para resolver conflitos entre partes desavindas (isso será, provavelmente, remetido para estruturas burocráticas estaduais ao nível da Administração Pública).

Teremos de recuperar o método jurisprudencial pleno¹⁶² e a atividade dos jurisperitos na desconstrução do Judiciário como um poder monopolizado pelo Estado¹⁶³, devolvendo aos julgadores previamente escolhidos pelas partes privadas o *ius imperii* que dá eficácia às soluções por eles dadas.

A interpretação de regras jurídicas (atenta a diferença entre *interpretare ius* e *interpretatio iuris*) por jurisperitos juizes chamados para resolver conflitos

¹⁶¹ Ver Rudolf von Ihering, *Geist des römischen Rechts*, Berlim, 1877.

¹⁶² Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso de Direito Romano*, Principia, 2009, pp. 109-114.

¹⁶³ Ver, v.g., Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Futuro da Justiça*, Editora IASP, São Paulo, 2015, pp. 162-165; Mário Raposo, *Os Juizes, a Lei e o Direito*, separata do *BMJ*, 348, 1985 (pp. 5-10); Orlando Afonso, *Poder Judicial, Independência in Dependência*, Almedina, Coimbra, 2004; Wladimir Brito, “O Poder Judicial”, in *BFDUC*, LXXX, 2004, pp. 231 e ss.; Jorge Figueiredo Dias, “A pretensão a um juiz independente como expressão do relacionamento democrático entre cidadãos e justiça”, in *Sub Iudice*, 19, pp. 27 e ss.; Carlos Alberto Fraga, *Subsídios para a Independência dos Juizes. O caso português*, Cosmos, Lisboa, 2000; *Sobre a independência dos Juizes e Magistrados*, Vislis, Lisboa, 2003; A. Castanheira Neves, “Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema os modelos actualmente alternativos à realização jurisdicional do Direito”, in *BFDUC*, ano 74, 1998, pp. 1 e ss.; Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Porto, 2011.

intersubjetivos é diferente da interpretação de normas legais¹⁶⁴ e de definições do legislador para as sentenças dadas por juízes funcionalizados em tribunais judiciais.

A interpretação jurídica não está em fixar o significado de um texto normativo no âmbito de uma metodologia integrada na auto-designada «ciência do Direito» para depois decidir o caso¹⁶⁵. Não se pode construir uma linguagem jurídica hermética como discurso do Direito separado do senso comum e da compreensão dos seus destinatários. Esse não é o discurso do Direito¹⁶⁶.

O que o jurisprudente tem de interpretar é o conjunto das palavras que só têm sentido jurídico-conceptual quando integradas numa regra jurídica a aplicar a um caso concreto; não tem de reconstruir o pensamento do autor da regra (como acontece na interpretação da lei¹⁶⁷). O Direito não é apenas uma linguagem, nem tem uma linguagem que seja só dele¹⁶⁸. Isolar o Direito pelo uso de palavras

¹⁶⁴ Muito menos para os conflitos gerais de interpretações. Ver Paul Ricoeur, *O Conflito de Interpretações. Ensaios de Hermenêutica*, trad. port. de M.F. Sá Correia, Rés, sd.; Joana Aguiar e Silva, *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 315 e ss.; José Lamego, *Hermenêutica e Interpretação. Fragmentos*, Lisboa, 1990, pp. 70 e ss.; Paulo Ferreira da Cunha, “Da Hermenêutica Jurídica: Fundamentos, Desafios e Fascínios”, in AA. VV. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, *Direito Público e Vária*, Almedina, Coimbra, 2003.

¹⁶⁵ A norma do n.º 2 do artigo 9.º do Código Civil afasta a precedência do caso sobre a norma que é essencial para a ideia de equidade como realização da justiça na solução do caso concreto, através da subsunção savigniana nela pressuposta. António Menezes Cordeiro, “Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica”, in *RJ*, 1987, p. 9, insere a norma do n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil nas “regras autonomizadas por Savigny”. António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, I, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º), coord. A. Menezes Cordeiro, Almedina, 2020, pp. 99-106, loc. de ref., p. 100: “Os quadros da interpretação, presentes no 9.º, devem-se a Savigny, tendo sido divulgados por Manuel de Andrade”.

¹⁶⁶ Tópico muito estudado é o do hermetismo do discurso jurídico-civilista na sua cientificidade/tecnicidade (coisa diferente do “senso comum teórico dos juristas” de Luís Alberto Warat) que não podemos aqui tratar. Ver E. Stolfi, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Turim, 2018, pp. 132 e ss. e 235 e ss.. Por último, Jorge Silva Santos, *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*, dissertação de doutoramento, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018 (inérita), sobre a qual Christian Baldus, “Arguição da tese de doutoramento do Mestre Jorge Silva Santos sobre “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”, in *RFDUL*, vol. LXI, 2020, 1, pp. 855-866.

¹⁶⁷ Cfr. L. Lantella, “Dall’interpretatio iuris all’interpretazione della legge”, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo*, Nápoles, 1997, III, p. 568.

¹⁶⁸ Ver *Commentario al Codice Civile*, Vol. I (artt 1-445), dir. de Paolo Cendon, UTET, Turim, 1991, pp. 61-70, loc. de ref. p. 64 sobre a divergência entre o sentido comum das palavras e o seu

que só são entendidas pelos juristas é contrário ao Jurídico e a tudo o que ele representa.

Por isso, conhecer a *iurisprudentia* romana clássica é essencial para a necessária descodificação do direito¹⁶⁹ e para uma revisão profunda do que se entende por interpretação positiva ou autêntica e interpretação dogmática e por literatura jurídica¹⁷⁰ e dogmática do Direito.

O *ius scriptum* não se confunde com direito positivado, sistematizado, codificado. Interpretar regras jurídicas reduzidas a escrito é necessário para a sua aplicação a casos concretos. Mas regras jurídicas escritas não são normas legais positivadas e integradas em Códigos ou Constituições.

Interpretar umas (regras jurídicas) e outras (normas legais) são coisas completamente diferentes e requerem pessoas e competências distintas, constituem «objetos de conhecimento» integrados em diferentes disciplinas do saber jurídico e obedecem a sentidos distintos do raciocínio jurídico caso/regra no *ius romanum*, norma/caso na interpretação da lei¹⁷¹.

A interpretação jurisprudencial/autoral (jurisprudentes/árbitros e professores) não se confunde com a interpretação orgânica/funcional (tribunais/juizes) que não se pode reduzir, na sua função significativa, à oposição entre interpretação prescritiva e descritiva.

sentido técnico-conceptual na cultura jurídica e no discurso dos juristas. Saliento a importância desta norma do artigo 12.º italiano para as críticas feitas ao artigo 9.º do Código Civil Português, Cfr. António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, I, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º), cit., pp. 99-106, loc. de ref. pp. 99-100.

¹⁶⁹ A resistência às mudanças a fazer no Direito Civil pela recodificação é um recurso desesperado do positivismo legalista e da ideologia burguesa que impôs a legalidade como única expressão do Jurídico, reflexo da época designada como *contemporânea*. Essa época é já um passado na História do Direito. Cfr. Salvatore Patti, «Codification, decodification and recodification of private law in Europe», in AA. VV. *Cinquentenário do Código Civil*, coord. Elsa Vaz Oliveira e Fernando Oliveira e Sá, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, pp. 47-66, loc. de ref., pp. 62 e ss. «Conclusions: the transition of the codification as an «expression of an ideology» to a codification being a «form» of the law».

¹⁷⁰ Importante ora D. Mantovani, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Paris, 2018; G. Negri, «Prolegomeni ad una ricerca sui generi letterari nella giurisprudenza romana», in *Seminario romanistico gardesano (19-21 maggio 1976)*, Milão, 1976, pp. 6 ss.; *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in AA. VV. *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, org. D. Mantovani, Turim, 1996, pp. 135 e ss.; L. Peppe, «Sulla «letteratura giuridica romana». A proposito di *Les écrivains de la Rome antique* di Dario Mantovani», in *RDR*, 19, 2019, pp. 175 e ss..

¹⁷¹ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. port. de José Lamego (da 6ª ed. reformulada de 1991), 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pp. 439 e ss. «A Interpretação das leis»; Werner Goldschmidt, *La Ciência de la Justicia (Dikelogia)*, Aguilar, Madrid, 1958.

Por isso, a norma do artigo 9.º do Código Civil não tem qualquer base no *ius Romanum* porque se reduz a fixar cânones positivistas da interpretação da lei. A repugnância por generalizações dogmáticas e por abstrações normativas dos jurisperitos romanos afastavam a *interpretatio* das regras jurídicas das normas legais.

A Fonte do Direito é a Justiça concretizada na solução dada ao caso concreto pelos jurisperitos, através do Direito. A solução justa e eficaz é conseguida pela aplicação da regra jurídica interpretada pelos jurisperitos – regra que é feita com base nos casos idênticos, e o caso é o objeto de trabalho dos jurisperitos (D. 50.17.1: *non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat*).

Não é a lei que é fonte do Direito; é o Direito que é a fonte da lei. O método para a interpretação jurídica é autoral (não necessariamente subjetivo¹⁷²) e problemático não técnico-legal/científico, como fixou o legislador no artigo 9.º do Código Civil¹⁷³.

Para compreendermos o enunciado da norma do artigo 9.º, que se inspira no velho e desacreditado brocardo legalista *in claris non fit interpretatio*¹⁷⁴, sem fazer a história desta norma em concreto¹⁷⁵, devemos recuar ao início do aproveitamento

¹⁷² A ideia de uma relação de subordinação do subjetivo (intérprete) ao objetivo (a norma interpretada) adiantada por E. Betti (“Forma e sostanza della «interpretatio prudentium»”, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto* (Verona, 1948), II, Milão, 1951, pp. 101-120 = *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti*, org. Giuliano Crifò, Milão, 1991, pp. 367-391, loc. de ref. pp. 370-377; *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, 2ª ed., org. G. Crifò, Milão, 1971, pp. 3 e ss.), não faz qualquer sentido na interpretação jurídica. Nela a simbiose entre a opinião do jurisperito – construída com base num saber feito de experiência (*prudentia*) e conhecimento da realidade, que é socialmente reconhecido – na forma de aplicar a regra ao caso e essa regra é a base da *interpretatio prudentium*. Sobre essa ruptura ver Francisco Aguilar, *A Norma do caso como Norma no caso. Sobre a Prático-Axiológica Natureza da Intersubjetiva Realização (Unitária) do Direito*, Coimbra, Almedina, 2016.

¹⁷³ Peter Stein, *Regule Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgo University Press, Edimburgo, 1962, p. 36.

¹⁷⁴ Orlando Gomes, *Novíssimas Questões de Direito Civil*, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 389; Eduardo Ribeiro Moreira, *Critérios de Justiça*, 2017, nota 123, considera o livro *Hermenêutica Jurídica* (2002, pp. 27-28) de Carlos Maximiliano, o maior exemplo do êxito no Brasil do brocardo “In claris non fit interpretatio”; Eduardo Vera-Cruz Pinto, «Interpretar o artigo 9.º do Código Civil pela lição da irispudentia romana: algumas considerações preliminares (parte I)», in *Interpretatio Prudentium*, II, 2017, I, pp. 289-303.

¹⁷⁵ Com uma origem no iluminismo pombalino expresso na designada *Lei da Boa Razão* (ver José Homem Corrêa Telles, *Commentario crítico à Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769, seguido do Discurso sobre a equidade, para servir de Suplemento ao Preambulo desta lei*, Lisboa, 1845; *Theoria da Interpretação das leis e ensaio sobre a natureza do censo consignativo*, Lisboa, 1845). Cfr. António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, I, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º), cit., pp.

do direito romano legal, criado e aplicado – *ultima ratio* – pelo imperador, pelos compiladores do *Code Napoléon*¹⁷⁶. Essa é uma tarefa para historiadores da experiência jurídica romana e da legislação civil¹⁷⁷ e não – propriamente – para jurisromanistas.

Teóricos e filósofos do Direito, civilistas e constitucionalistas partem de premissas metodológicas e idiossincráticas próprias de uma ideia de Direito reduzido à positividade normativa¹⁷⁸. Logo, estranhas à interpretação jurídica¹⁷⁹.

Fazem uma confusão entre direito e lei agravada por várias outras: regra e norma; teoria e prática; cultura e ciência; conceito e definição, etc.. Basta atentar

99-106, loc. de ref. pp. 99-100; e *Tratado de Direito Civil*, I, 4ª ed., cit., pp. 674-677. Sem precedente em norma do Código Seabra (tem-se apontado uma referência ao “texto da lei” no artigo 16.º do Código Civil de 1867 como um remoto precedente).

¹⁷⁶ Não se pode compreender a norma do artigo 9.º apenas partindo da influência da pandectística alemã em Portugal, a partir de Guilherme Moreira e das opções doutrinárias e leituras de Manuel de Andrade (de Francesco Ferrara e Josef Kohler a Philipp Heck e Raymond Salleiles). Ver Fernando Araújo, “Actualidade dos Estudos Romanísticos”, in AA. VV. *Estudos de Direito Romano*, AAFDL, I, Lisboa, 1991, loc. de ref., pp. 15-20 “O impacto da Pandectística no Jusromanismo”. Para estudar melhor as normas deste artigo 9.º do Código Civil ver as bibliografias reunidas por Tatiana Guerra de Almeida, *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, coord. Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 45-51, loc. de ref. pp. 45-46; e António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, I, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º), cit., pp. 99-106, loc. de ref. pp. 99-100.

¹⁷⁷ Mantenho aqui a diferença entre o Direito Civil das regras jurídicas e o Código Civil das normas legais. O culto ilimitado da lei no movimento codificador do Direito Civil como única expressão do Direito nos séculos XIX e XX, levou Bugnet a afirmar que não conhecia o direito civil, mas só o Código Civil.

¹⁷⁸ Aqui nada há de neutral. O afastamento da doutrina jurisromanística que explica onde está e como se mantém a raiz do Jurídico, numa dimensão cultural (não-política) de premissas pluralistas e anti-positivistas que afasta a juridicidade na criação e aplicação do Direito (*auctoritas*) da vertente coercitiva (*imperium*), quer na expressão normativa do poder legislativo quer na vertente aplicativa do juiz do poder judicial é intencional e compreensível. Só quem sabe regras jurídicas pode criticar as normas legais e desenvolver um pensamento crítico estruturado em relação às soluções impostas pelo poder político através das normas que aprova e faz cumprir. O Direito Romano criado e aplicado por Jurisprudentes mostra que é possível – porque já existiu com êxito e melhor resultado – um outro direito, mais próximo das partes e da concretização da justiça na solução de casos concretos. É preciso tomá-lo como referência e conhecer as condições para que ele exista. O Direito, como instrumento de Justiça, requer criadores e aplicadores (não meros interpretes) que trabalhem com independência, liberdade, intuição, cultura e sensibilidade, numa sociedade plural com um Direito pluralista. A Escola de Direito Civil de Lisboa, pela mão do Professor António Menezes Cordeiro, tem mostrado (com algumas exceções conhecidas) a importância da doutrina jurisromanista no estudo e ensino do Direito Civil.

¹⁷⁹ As permissas metodológicas para estudar a interpretação jurídica são: separar a norma legal da regra jurídica; a definição legal do conceito de Direito; a teoria sobre as normas legais da aplicação de regras jurídicas; a cultura jurídica da ciência firmada na sistemática normativa, etc..

– como exemplo dessas confusões fatais – naquilo que dividiu Emilio Betti¹⁸⁰ (que defendia uma categoria geral «interpretação» e no seu interior várias tipologias da «atividade interpretativa», numa relação de tipo *genus/species*¹⁸¹) e Giovanni Tarello¹⁸² (que partia da filosofia analítica¹⁸³, para negar a existência de um conceito geral de interpretação e se centrar na atividade interpretativa, com plena autonomia teórica)¹⁸⁴.

Ora, isto só é válido para a interpretação de normas legais (*interpretatio legis*) e por aí tem ficado – com exceções conhecidas¹⁸⁵ – a intervenção doutrinária, em ambiente cultural e académico de positivismo¹⁸⁶ legalista/codicista¹⁸⁷.

¹⁸⁰ E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, I-II, Milão, 1955 (utilizamos a edição de *Teoria generale dell'interpretazione*, organizada por Giuliano Crifò, I-II, Milão, 1990). Ver, também, A.J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, pp. 28-30; e *Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit*, org. A.J. Arnaud, Paris 1993, pp. 220-243. Betti inspirou-se em Wilhelm von Humboldt, *Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues*, 1827, p. 29 = Wilhelm von Humboldt, *Werke*, VI, Berlim, 1999, pp. 121 ss.; e “Ueber die Aufgabe des Geschichtschreibers”, in *Gesammelte Schriften*, IV, Berlim, 1903, pp. 35-56 (lemos a trad. it., Wilhelm Humboldt. *Il compito dello storico*, org. F. Tessitore, Nápoles, 1980, pp. 119-140, loc. de ref. p. 120).

¹⁸¹ E. Stolfi, “Betti maestro di casistica”, e G. Zaccaria, “Emilio Betti: un pioniere dell’ermeneutica, misconosciuto. Perché?”, in AA. VV. *Dall’Esegesi giuridica alla teoria dell’ Interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, org. A. Banfi, M. Brutti e E. Stolfi, Roma, 2020, respectivamente, pp. 135 e ss. E pp. 117 e ss.; V. Frosini, “Traduzione e interpretazione dei testi giuridici nel pensiero di Emilio Betti”, in AA. VV. *Lermeneutica giuridica di Emilio Betti*, org. V. Frosini e F. Riccobono, Milão, 1994, pp. 74 e ss.; T. Griffiero, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Turim, 1988, pp. 168 e ss.; F. Bianco, *Pensare l’interpretazione. Temi e figure dell’ermeneutica contemporanea*, Roma, 1992, pp. 200 e ss.; P. MARI, “Betti e la filologia”, in AA. VV. *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell’interpretazione di Emilio Betti cinquant’anni dopo. Supplemento a “Studi Romani”*, org. G. Crifò, Città di Castello (Perugia), 2010, pp. 35 e ss. P. Costa, “Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia”, in *Quaderni fiorentini* 7, 1978, pp. 317 e ss..

¹⁸² G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milão, 1980, pp. 5-10.

¹⁸³ F. Viola, “La critica dell’ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto”, in *Ermeneutica e filosofia analitica: due concezioni del diritto a confronto*, org. M. Jori, Turim, 1994, pp. 63-104.

¹⁸⁴ Entre a bibliografia sobre esta discórdia ver F. Ziccardi, “Sulla nozione unitaria dell’interpretazione”, in *Rivista di Diritto Civile*, XIX, 1973 (II), pp. 81 e ss.. Para os protagonistas ver, v.g., Giovanni Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 5, Emilio Betti, “Posizione dello spirito di fronte all’oggettività. Prolegomeni ad una teoria generale dell’interpretazione”, in *RIFD*, XXVI, 1949, pp. 1 e ss.). O maior contributo italiano para a teoria da interpretação continua a ser o de Tullio Ascarelli. Cfr. Carmelita Camardi, “Creatività, storicità e continuità nella teoria dell’interpretazione di Tullio Ascarelli”, in *Riv. Tim. Dir e Proc. Civ.*, 2020, pp. 69 e ss.; Tommaso Gazzolo, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Imago Iuris, Collana diretta da Luigi Garofalo, Pacini Editore, Pisa, 2019. Ver também P. Grossi, “Le aporie dell’assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)”, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milão, 2008, pp. 451 e ss..

¹⁸⁵ António Menezes Cordeiro, “A Decisão Segundo a Equidade”, in *O Direito*, 122, 1990, pp. 262 e ss.; Miguel Teixeira de Sousa, “Positivismo e valores”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Jorge*

A interpretação jurídica (*interpretatio iuris*), entendida como interpretação de regras jurídicas para dar soluções justas e eficazes a conflitos entre partes, não requer aclarar sentidos de uma linguagem representativa polissémica nem dar «significado a um significante» com recurso a *referências materiais*, para permitir dar uma qualquer concretude a uma generalização abstrativizante de normas que positivam programas ideológicos de partidos políticos que vencem eleições ou instrumentos de governação da sociedade¹⁸⁸.

Miranda, Vol. VI, Coimbra editora, Coimbra, 2012, pp. 403-414; António Castanheira Neves, “Interpretação Jurídica”, in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. 3, Lisboa/São Paulo, 1985, pp. 651 e ss. = *Digesta*, vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 1995, pp. 337 e ss.; Fernando José Bronze, “Quae sunt Caesaris, caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, in AA. VV. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 77-87.

¹⁸⁶ Ver, por todos, António Castanheira Neves, *Curso de Introdução ao estudo do Direito. Relatório, o sentido do Direito, o pensamento moderno iluminista como factor determinante do positivismo jurídico, fontes de Direito, interpretação jurídica*, Coimbra, 1976; *O Direito Hoje e com que Sentido? O problema actual da autonomia do Direito*, Instituto Piaget, 2002; *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; Miguel Teixeira de Sousa, “Positivismo e valores”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Jorge Miranda*, Vol. VI, cit., pp. 403-414.

¹⁸⁷ Embora com uma forte dimensão cultural, científica e com relevo judiciário: Manuel A. Domingues de Andrade, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Arménio Amado, Coimbra, 1933 (3ª ed., Coimbra, 1978) = *Prefácio a Interpretação e Aplicação das Leis*, de Francesco Ferrara (no seu *Trattato di Diritto Civile Italiano*, I. *Dottrine Generali*, Roma, 1921); “Fontes de Direito. Vigência, interpretação e aplicação de Leis”, in *BMJ*, n.º 102, Janeiro, Lisboa, 1961, pp. 141 e ss.; Jaime A.C. de Gouveia, *Estudo sobre a interpretação das leis e técnica do Direito. Parte I, Métodos de interpretação das leis, compilação por Carlos Mota das lições magistrais ao curso complementar de ciências jurídicas em 1934/35*; Marcello Caetano, “O respeito da legalidade e a justiça das leis”, in *O Direito*, ano 98, 1949, pp. 5-23; José Dias Ferreira, “Regras gerais de interpretação e aplicação das leis no direito privado português”, in *ROA*, ano 10, 1950, n.ºs 3 e 4; Armando Marques Guedes, “Interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas”, in *Boletim da Direção geral das Contribuições e Impostos*, n.ºs 44-45 (Agost.-Set.), Lisboa, 1962, pp. 171-208; Joana Liberal Arnaut, *A Inteligência das Leis. Os Elementos da hermenêutica do Direito Português de José Manuel Pinto de Sousa (1754-1818) professor e Diplomata*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011; José de Oliveira Ascensão, “O Código Civil de 1966 é interpretativo do Direito anterior?”, in *O Direito*, ano 100.º, 1968, fasc. 3, Julh.-Set.; “Interpretação das Leis. Integração das Lacunas. Aplicação do princípio da analogia”, in *ROA*, ano 57, 1997, Dez., pp. 913 e ss.; Jorge Miranda, “Em vez do Código Civil, uma lei sobre leis”, in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, ano 47, 2007, Out./Dez., pp. 5-23 = *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Almedina, 2008; A. Menezes Cordeiro, “Das fontes do Direito e da Lei: a História presente”, in *Direito e Justiça. Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2013, pp.117-142.

¹⁸⁸ A diferença entre *interpretatio iuris* e *interpretatio legis* muda com o tempo e as circunstâncias. Isso aplica-se também ao espaço em expansão e ao tempo em mudança do *ius Romanum*. Cfr. F. Serrao,

Nessa dimensão político-ideológica expressa em norma pelo legislador como instrumento de governo não existe laivo de juridicidade civil¹⁸⁹.

A interpretação de leis só pode ser jurídica quando o legislador acolhe na norma legal a regra jurídica, dando, assim, juridicidade à lei¹⁹⁰. Aí a conexão entre a norma legal e o caso a resolver é idêntico à relação regra/caso na transição entre o texto da regra geral para o concreto do caso na realidade social¹⁹¹ em que se encontra o julgador (que julga como jurisprudente¹⁹²).

“Interpretazione della legge (diritto romano)”, in ED, XXII, Milão, 1972, pp. 239-252; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, I, pp. 114-122; J. Gaudemet, “L’interprétation des lois et des actes juridiques dans le monde antique”, in *RIDA*, XVII, 1970, pp. 235-249. Ver também, Fritz Schulz, *History of Roman legal science*, Oxford, 1953 (lemos a trad. it. *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968; F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, Nápoles, 1958, pp. 175-181; G. Kleinfeller, “Interpretatio”, in A. Pauly e G. Wissowa, *Real Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XVIII, Estugarda, 1916, c. 1709-1712; Pietro Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Turim, 1946, pp. 26-31; Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, Nápoles, 1957, pp. 130-131.

¹⁸⁹ Como explicou Mario Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milão, 1990, p. 24, falando de uma ordem jurídica pelo ordenamento das regras insito na natureza das coisas, que se afasta do sistema de normas legais, assente na vontade política que se alonja da *rerum natura*. Os jurisprudentes romanos não faziam exposições sistemáticas (sistema externo); nem olhavam para o Direito (conjunto de regras jurídicas) como uma realidade sistematizada normativamente (sistema interno). Passaram a usar a dialética/lógica como método (dialética que dava fundamento epistemológico ao seu trabalho) e importaram conceitos da retórica/oratória para exporem ideias. Ver M. Fuhrmann, “Interpretatio”, in *Sympotica F. Wieacker*, Göttingen, 1970, pp. 80-110. Mas não é possível falar em *sistema jurídico romano* (quer no sentido antigo, quer atual) enquanto os jurisprudentes de Roma foram livres na sua atividade de *cavere, agere, respondere* e tinham a sua *auctoritas* firmada apenas num saber (*sapientia iuris*) feito de experiência, intuitivo, e socialmente reconhecido. Sobre as bases da atividade do *ius consultum* (*cavere, agere, respondere*) Cicero, *de orat.* 1.209, escreve: “Sin autem quaereretur quisquam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum, peritus esset, et ex eo genere Sex Aelium, M. Manilium, P. Mucium nominarem”.

¹⁹⁰ Ver António Castanheira Neves, *Quadro das principais perspectivas actuais de compreensão da juridicidade, na sua projeção metodológica (notas introdutórias)*, Coimbra, 1995.

¹⁹¹ Para que não haja confusão: a interpretação jurídica não liga o sistema/ordenamento legal à realidade social (Betti, *Teoria*, cit., I, p. 803), mas apenas a norma aplicável a um caso a resolver. É a partir da regra/norma que aquele que decide pensa em concreto a solução justa na sua inserção social; não a partir do sistema normativo nem o tendo como meta. A seleção da regra/norma aplicável a resolver o caso também não parte da previsão feita pelo legislador para uma generalidade de casos abstratamente considerados, mas de valorações morais e de situações psicológicas relevantes para a sua função/missão jurisprudencial (além da dogmática jurídica). Ver, v.g., Joaquim Freitas da Rocha, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos. Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

¹⁹² No atual panorama jurídico-cultural e de ensino universitário do Direito reduzido à sua expressão normativa codificada por imposição legislativa e pressão do “mercado de trabalho” com as Faculdades

Por isso, o direito jurisprudencial romano não serve como critério para interpretar a norma sobre a interpretação legal do artigo 9.º do Código Civil¹⁹³.

de Direito a tornar-se Escolas de Formação Profissional para as profissões forenses. Ver Ruy de Albuquerque, “Em prol do Direito Romano. À maneira de Prefácio”, in AA. VV. *Estudos de Direito Romano*, AAFDL, II, Lisboa, 1991, pp.7-11, loc. de ref., p. 8. Tem relevo, porque crítica do positivismo jurídico e do formalismo interpretativo, a posição de António Menezes Cordeiro (“Introdução à edição portuguesa” de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, 1989, pp. CI-CV) – também Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2013 (reimpressão), pp. 78 e ss. 157 e ss. e 256 e ss e 383 e ss.) que, partindo da vinculação do intérprete ao texto da norma legal e dando “natureza constituinte à decisão judicial” (a base é a ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, cit.), entra na senda aberta por Arthur Kaufmann, João Baptista Machado (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1982, pp. 192-193) e Carlos da Mota Pinto para admitir uma interpretação jurídica que vá além do *esquema subsuntivo* e realize o direito através de uma aplicação da norma legal que leve a uma decisão justa. Ver José Lamego, *A interpretação da lei e a integração de lacunas no Código Civil de 1966*, cit., p. 209. Ver, também, Francisco Aguilár, “Felonía Metodológica no Código Civil de 1966”, in AA. VV. *Código Civil, Livro do Cinquentenário*, Vol. I *Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge*, Almedina, 2019, pp.487-525, loc. de ref., pp. 507-510 “Excurso: a libertação do intérprete na escola de Lisboa” (o autor defende uma interpretação que coloque a justiça acima da segurança e o caso antes da regra para a realização do direito justo). A superação da *jurisprudência de valoração* (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, Lisboa, 1997, pp. 163 e ss.) que tudo remete para o sistema normativo unificado e positivado no Código Civil e a ciência do Direito (mesmo o afastamento das normas injustas na resolução de litígios pelos juízes. António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, I, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º), cit., p. 105) impõe-se pela necessidade de “voltar ao Direito” na Europa dos direitos e isso só é possível através da referência jurisprudencial fundada na *auctoritas* do intérprete/aplicador da regra no *ius Romanum*. Ver T. Beggio, *Paul Koschaker (1879-1951). Rediscovering the Roman Foundation of European Legal Tradition*, Heidelberg, 2018, pp. 181 e ss.; A. Mantello, “*Diritto europeo*” e “*diritto romano*”: *una relazione ambigua*, 2005, pp. 63 e ss..

¹⁹³ Temos alertado em estudos sucessivos para a impossibilidade de legitimar o legalismo constitucional e codicista como jurídico usando – como se fez nos últimos dois séculos – o direito romano imperial de formulação legislativa, via constituições imperiais, ou mesmo a versão normativa das opiniões dos jurisprudentes colocada no *Digesto* e, depois, sufragada pelo poder político na forma de lei. Ver Francisco Cuenca Boy, «La mezcla entre el Digesto y las Instituciones de Justiniano», in *INDEX*, 41, 2013, pp. 41-66. O Direito Romano na sua versão jurisprudencial da *res publica* servirá para separar o Direito da Lei, dando ao legislador a possibilidade de se orientar pelo Direito, na construção do Estado de Direito. Só este Direito Romano pode ajudar a fundar os Direitos Cívicos dos novos países a descolonizar, com conteúdos jurídicos nas respetivas culturas e circunstâncias. Sobre a *Questão do Código Civil em Angola* ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, «Um Código Civil para o Direito Civil Angolano? O Lugar da Experiência Jurídica Africana», in *Revista Angolana de Legislação e Jurisprudência (RALJ)*, I, 2, Junho/Dez., 2020, pp. 15-61; «Para um «outro jurídico» em Angola: o ensino da História do Direito Angolano e as tarefas do professor jurishistoriador», in *RALJ*, II, 1, Jan./Jun., 2021, pp. 187-228. Em sentido diverso, Dário Moura Vicente, «O Código Civil na

É preciso que os juristas de hoje não sejam meros legistas¹⁹⁴ e superem a ideia de Direito como um mero fenómeno normativo-legal – que não é¹⁹⁵ – e voltem a centrar a sua atenção na interpretação jurídica¹⁹⁶ a partir do *ius romanum*¹⁹⁷. Devem fazê-lo também porque não há autenticidade jurídica na interpretação autêntica¹⁹⁸, nem aplicação do Direito sem interpretação da regra aplicável ao caso; ou da exceção argumentada que a afasta para que a solução seja justa¹⁹⁹, através

lusofonia: constantes e variáveis», in AA. VV. *Código Civil, Livro do Cinquentenário*, Vol. I *Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge*, Almedina, 2019, pp. 273-300. Sobre a *passagem* do Código Civil como expressão de uma ideologia política para o Código Civil como forma de expressar a lei, ver Salvatore Patti, «Codification, decodification and recodification of private law in Europe», in *Cinquentenário do Código Civil*, cit., 2017, pp. 47-66, loc. de ref., pp. 62 e ss. «Conclusions: the transition of the codification as an «expression of an ideology» to a codification being a «form» of the law».

¹⁹⁴ Ruy de Albuquerque, “Em prol do Direito Romano. À maneira de Prefácio”, in AA. VV. *Estudos de Direito Romano*, AAFDL, II, Lisboa, 1991, pp. 7-11, loc. de ref., p. 9, já escrevia em 1989: “Se o mundo precisa de assistir à reabilitação do jurista, enterrando definitivamente o legista, só encontrará inspiração no estudo dos ordenamentos jurídicos que não identifiquem o direito com a lei – o mais significativo dos quais é o direito romano”.

¹⁹⁵ O Direito pode estar, na actual circunstância jurídico-cultural de positivismo legalista de Estado, reduzido a um *fenómeno normativo*. Está, mas não é. Ver, no entanto, José Lamego, *Filosofia do Direito*, Vol. I, cit., pp. 87 e ss. “O Direito como Fenómeno Normativo”.

¹⁹⁶ A. Castanheira Neves, “Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema os modelos actualmente alternativos à realização jurisdicional do Direito”, in *BFDUC*, ano 74, 1998, pp. 1 e ss.; “O papel do jurista no nosso tempo”, separata de *BFDUC*, vol. XLIV, 1968 = *Digesta*, vol. I, Coimbra, 1995, pp. 9 e ss; *Quadro das principais perspectivas actuais de compreensão da juridicidade, na sua projecção metodológica (notas introdutórias)*, Coimbra, 1995; Paulo Otero, “A crise na concretização jurisdicional da Justiça”, in AA. VV. *Debates da Justiça*, org. Pedro B. Homem e J. Bacelar Gouveia, Viseu, 2001, pp. 157 e ss..

¹⁹⁷ Embora faltando precisar o conceito de *Direito Romano* usado pelo autor, António Menezes Cordeiro, *Código Civil Comentado*, I, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º), cit., pp. 99-106, loc. de ref., p. 100, escreve: “O Direito Romano e a evolução subsequente permitem ilustrar os grandes vetores da interpretação da lei ou, mais latamente, das fontes”. Ver também, do mesmo autor, *Tratado de Direito Civil*, cit., I, 4ª ed., pp. 412 e ss..

¹⁹⁸ Ver Nuno Sá Gomes, “Interpretação autêntica e interpretação normativa oficial”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 283/288 (Julh./Dez.), Lisboa, 1983 (separata de *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 129, Lisboa, 1984).

¹⁹⁹ Contra a opinião de P.G. Monateri, “*Correct our Watches by the public clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*”, in AA. VV. *Diritto, giustizia e interpretazione*, org. J. Derrida e G. Vattimo, Roma-Bari, 1998, pp. 204 e ss., loc. de ref. p. 206: «nel diritto si decide: l'interpretazione del diritto è l'insieme delle affabulazioni che rendono le decisioni del giurista socialmente accettabili», pronunciou-se o jurisromanista F. Gallo, “L'interpretazione del diritto è «affabulazione»?”, in *RDR*, III, 2004, pp. 2 e ss., reafirmando a imprescindibilidade da interpretação na aplicação do Direito.

do método jurisprudencial romano que recusa a redução do seu ensino e investigação a um mero antecedente histórico residual da norma legal vigente²⁰⁰ – vencendo o atual *vulgarismo jurídico e intelectual*²⁰¹.

²⁰⁰ Essa orientação didática e investigativa foi desde cedo fixada, na FDUL, por Ruy de Albuquerque (“Em prol do Direito Romano. À maneira de Prefácio”, in AA. VV. *Estudos de Direito Romano*, AAFDL, II, Lisboa, 1991, pp. 7-11, loc. de ref., p. 8.) e concretizada com o nosso *Curso de Direito Romano*, Principia, 2009 e com a criação da Revista *Interpretatio Prudentium*, em 2016. O Direito Romano é uma disciplina diferente da História do Direito Romano, da História da Experiência Jurídica e da Tradição Romanística, da História do Direito Privado/Civil. O Direito Romano, como disciplina universitária na formação de juristas no século XXI, não se pode reduzir a uma dimensão histórica com utilidade prático-profissional centrada na norma legal positivada e vigente. Tentar encontrar resquícios, como presenças, de um qualquer dos direitos romanos (tão diferentes nas suas várias épocas históricas) nas normas do Código Civil para legitimar soluções ou justificar opções, não é o único (ou não é de todo) o papel do jurisprudente professor romanista e do investigador desta área jurídica. O culto do Direito Civil positivado no Código Civil e em leis avulsas (o “posto pelo Estado”) como única possibilidade de intervenção académica, forense e editorial destes professores ou de ensino da disciplina revela apenas o muito caminho que ainda falta à nossa Academia para, estando “à frente do seu tempo”, entrar na Europa do Direito e na Universidade Europeia.

²⁰¹ Já denunciado por Ruy de Albuquerque, “Em prol do Direito Romano. À maneira de Prefácio”, in AA. VV. *Estudos de Direito Romano*, cit., pp. 7-11, loc. de ref., p. 8.