



A Base Romanista do Conceito de *Direito Civil* de Pedro Pais de Vasconcelos: breve síntese

Eduardo Vera-Cruz Pinto*

Pedro Pais de Vasconcelos (PPV)¹ defende que: o Direito civil é o Direito dos *Cives*, entendido como o direito das pessoas comuns e o direito comum do Direito Privado, centrado na pessoa humana no âmbito da *humanitas* global. Esta sua concepção “exclui conceitos supra ou transpersonalistas que, através de construções abstratas, conduzem invariavelmente a perversões e monstruosidades de que

*A publicação de *Estudos em Homenagem* a Professores Catedráticos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), que se jubilam no exercício de funções docentes, bem como uma Pintura (Quadro) do Professor com o traje académico e uma medalha com o emblema da FDUL numa das faces e o rosto do Professor na outra – são elementos de uma praxe institucional da Escola de Direito da Universidade de Lisboa que constituem uma manifestação de reconhecimento e gratidão da Comunidade Académica onde o docente exerceu o seu magistério. A Faculdade de Direito tem sabido, em cada momento da sua História, honrar este compromisso com os seus mestres, como um dos principais elementos de *institucionalidade* que integram a sua identidade escolar, como instituição de ensino jurídico superior universitário, caracterizada pela natureza pessoal/autoral única dos contributos dos seus professores para a ciência jurídica e a Universidade portuguesas, pelo personalismo humanista e pela fidelidade aos valores da Justiça pelo Direito. A última lição do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos na FDUL foi proferida em 23 de Maio de 2016.

¹ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil* (2002), 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 7 a 13.



a História tem sido testemunha”².

Esta posição é sustentada no âmbito do personalismo ético que não aceita que o poder soberano do Estado e a pressão da Sociedade sejam colocados acima da pessoa humana³. Um dos instrumentos do personalismo ético para afirmar este postulado axiomático do Direito Civil é a tutela da autonomia privada⁴, que está ameaçada pela socialização/publicização do Direito Civil⁵ e o reconhecimento da personalidade jurídica que é “a qualidade de ser pessoa”⁶.

A autonomia privada deve ser um espaço de liberdade e de

² Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p.14.

³ Socorre-se na *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 15, nota 10, de Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 218, transcrevendo o seguinte trecho: “(...) tal atitude só pode conformar-se com a ideia de um legislador vanguardista e jacobino, prepotentemente pedagógico, voltado para uma *social engeneering* de iluminado”. Já PPV havia escrito, nessa mesma p. 12: “Existem sempre e são sempre perigosas as tentações de engenharia social e de dirigismos mais ou menos pedagógicos e tutelares que pretendem colocar o Estado e a sociedade acima da pessoa numa inversão que é eticamente ilegítima e socialmente perigosa”. Ideias também expostas em *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.

⁴ *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 11. Logo mais à frente (p. 12, nota 8) recorre a Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguillar, Madrid, 1979 (trad, castelhana de *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gütynger, 1962, pp. 219 e ss.) para lembrar os efeitos perigosos do positivismo e do esvaziamento ético que lhe está associado. Associa-se a Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Gulbenkian, Lisboa, 1978, p. 149, para criticar o positivismo prático ao serviço de ditaduras que usam as leis (fundamentais e ordinárias) sem qualquer limite ético.

⁵ Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 115-116.

⁶ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p.13.



autorregulação onde as pessoas podem criar Direito. Os direitos subjetivos seriam espaço de liberdade de ação das pessoas perante as outras (liberdade pessoal)⁷.

Para PPV “a concretização do Direito no caso concreto deve ser sempre feita de modo ético”⁸. A leitura deste passo é entendida no sentido que o caso concreto só pode ser resolvido com uma solução justa, com base numa regra jurídica criada e aplicada por jurisprudentes⁹ e não pela aplicação de normas legais - gerais e abstratas visando a certeza e a segurança - por juízes em tribunais.

Muito já se escreveu sobre este tema que está na base do próprio conceito de Direito Civil e requer uma reflexão complexa e rigorosa sobre as propostas da doutrina e uma interpretação jurídica das normas legais vigentes que concretizam algumas dessas propostas.

O nosso objetivo aqui é apenas o de suscitar algumas questões colocadas pelas afirmações de PPV, no seu ensino da Teoria Geral do Direito Civil, ao ligar o conceito de Direito Civil ao *ius civile*

⁷ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p.14.

⁸ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p.12.

⁹ Nomeadamente os três jurisprudentes que marcaram o período de ouro da *iuris prudentia* em Roma, entre 150 e 120 a.C., Manio Manilio, Marco Giunio Bruto e Publio Mucio Scevola. Publio Mucio Scevola, foi considerado por um dos maiores jurisprudentes de Roma. Sesto Pompónio (século II d.C.) considera-o o fundador do *ius civile* (*fundaverunt ius civile*). Os textos destes jurisconsultos romanos compilados, transcritos e comentados neste livro - passando pelas muitas controvérsias interpretativas e doutrinárias que suscitaram ao longo do tempo - revela a riqueza de conhecimentos dos seus autores sobre os problemas jurídicos centrais do seu tempo, muito além das respostas dadas para solucionar os casos concretos que lhes eram apresentados pelas partes em litígio.



romanorum, sem contudo aprofundar as temáticas nelas implicadas.

Começemos por lembrar que são diferentes: o Direito Civil e o Código Civil; a regra jurídica e a norma legal; o Direito do Estado e o Estado de Direito; as definições legais e os conceitos jurídicos; as divisões disciplinares curriculares para efeitos didáticos e as classificações doutrinárias para efeitos expositivos; o ordenamento jurídico e o sistema normativo.

A maioria dos civilistas portugueses aceitam que o *ius civile* dos romanos é a base essencial para o conceito, a forma e o conteúdo do Direito Civil atual. Mas, essa comunhão de origem implica a clarificação do conceito de Direito Romano (*ius Romanum*) e de *ius civile* a que se reportam e que utilizam nas suas construções teóricas e aplicações didáticas¹⁰. Aí começa um conjunto de equívocos conceptuais e doutrinários que passa para o ensino do Direito Civil e tem efeito duradouro nos conteúdos materiais de institutos jurídico-civilistas e de normas legais vigentes.

A *Escola de Direito Romano de Lisboa*¹¹ tem procurado explicar e dilucidar essa situação¹², de forma a contribuir para uma maior clareza analítica no uso do *ius civile romanorum* pela civilística

¹⁰ Ver, por exemplo, Luigi Capogrossi Colognesi, “La costruzione del diritto Privato Romano, Il Mulino, Bolonha, 2016 (ver a Recensão a este livro feita pela saudosa Professora de Salamanca, Amelia Castresana, in *IP*, III, 2018, 2, pp. 254-262).

¹¹ Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, “A Escola de Lisboa de Direito Romano (2010-2017)”, in *IP*, II, 2017, 1, pp. 11-14.

¹² Ver, por último, Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Introdução ao Direito Romano. As Questões Fundamentais*, IURIS/AAF DL, Lisboa, 2021, pp. 39-66.



nacional¹³.

O Direito romano criado por jurisprudentes e concretizado pelos pretores é diferente do Direito Romano aprovado por órgãos colegiais (*leges* e *senatus consulta*) ou determinados pelo imperador (constituições imperiais). Logo, a *ius prudentia* e o *ius praetorium* não se podem confundir com as leis nas suas diferentes naturezas e formalizações.

A História do Direito Romano revela um processo de intromissão crescente e progressiva do poder político na resolução de conflitos entre as partes. A degradação da *ius prudentia* (sobretudo a partir do *ius publice respondendi*) e da magistratura dos pretores (nomeadamente com o *edictum perpetuum* de Adriano) são sinais de uma profunda crise de juridicidade do Direito, na fase final da *res publica* em Roma.

O ensino do Direito Romano na FDUL transmite aos alunos a ideia

¹³ Sobretudo com a publicação da *Interpretatio Prudentium. Revista de Direito Romano e de Tradição romanística* que conta na direção científica, além do autor destas linhas, com o Professor Christian Baldus, professor de Direito Romano e de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg e que partilha desta preocupação que foi inscrita no projeto editorial da revista e que orienta cientificamente a realização anual dos *Encontros Jurisromanísticos de Lisboa*, realizados na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do *IURIS, Centro Interdisciplinar de Direito* (nos últimos anos com apoio do *Centro de Investigação de Direito Privado* (CIDP) da FDUL). Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, “A Interpretatio Prudentium. Apresentação”, in *Interpretatio Prudentium*, I, 2016, pp. 11-13; “Editorial”, in *IP*, II, 2017, 2, pp. 11-12; “Os compromissos editoriais da nossa Revista com a Universidade, a Europa e o Direito”, in *IP*, IV, 2019, 2, pp. 11-13; Christian Baldus, “O Português como Língua de um Direito Romano Mundial”, in *Interpretatio Prudentium*, I, 2016, pp. 15-18.



de Direito, a partir do Direito Civil, como um conjunto de regras jurídicas que visa a concretização da Justiça em cada caso concreto de conflito entre as partes. O Direito criado e orientado para a solução justa (juridicamente válida) e eficaz (porque fundamentada de forma a ser aceite pela parte que julga ter razão, mas não tem e de acordo com os *mores maiorum* da sociedade onde se dá o litígio e que, por isso, aceita – porque compreende – a solução dada) do caso apresentado ao jurisprudente¹⁴.

Ora, a *História do Direito Romano* é uma coisa a *História da Legislação em Roma* outra coisa¹⁵. As duas não se (con)fundem até que o poder político em Bizâncio consegue, com o apoio das Escolas de Direito de Beirute e Constantinopla, através da adoção pelos compiladores/codificadores da sistematização didática criada para ensinar o Direito, chamar Direito à Lei¹⁶.

¹⁴ Ver Christian Baldus, “A importância do Direito Romano e da tradição romanística para o Direito português. Uma introdução para estudantes de direito”, in *Interpretatio Prudentium*, I, 2016, pp. 39-83.

¹⁵ Ver, por exemplo, Wolfgang Kunkel, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History* (1º ed. 1966), 2ª ed. (baseada na 6ª ed. alemã de *Römische Rechtsgeschichte*), trad. inglesa de J. M. Kelly, Clarendon Press, Oxford, 1973 (reimpr. 1975), pp. 75 e ss. “The development of civil law in the Roman world state and empire”.

¹⁶ Não podemos aqui explicar o prejuízo sistematizador para a compreensão do *ius Romanum* criado pelos jurisprudentes em Roma quando transferido do ensino do Direito para a arrumação de normas em Códigos. Remeto para o magistério do Prof. Christian Baldus na FDUL, na disciplina de Direito Privado Romano, do Doutorado em Direito Romano da FDUL, onde explica que o sistema, adotado pela pandectística, elimina a complexidade estruturante da *iuris prudentia* romana, remetendo essa tendência sistematizadora/simplificadora/uniformizadora para a influência grega de matriz aristotélica. Os romanos – tradicionalistas e



A situação que cria com aceitação dos juristas uma correspondência plena e completa entre Direito e Lei em que a Lei, como ato de *imperium*, é designada como Direito, que só pode ser criado pela *auctoritas* dos jurisprudentes - é o fim do *ius Romanum* fundado na *auctoritas* dos jurisprudentes e do *ius civile romanorum*.

O imperador titular do *imperium* supremo aprova com o seu poder a compilação de *ius*, contida no *Digesto* e feita de acordo com as instruções do *princeps* e moldada para caber no modelo sistemático preconcebido para a codificação.

O processo de codificação do *ius Romanum* - através da sua formalização escrita em normas legais compiladas e codificadas por imperadores - é iniciado quando a fonte do *ius civile* está seca e este está ferido de morte e fragmentado na lembrança citatória de alguns jurisprudentes ao serviço do poder político, primeiro no *consistorium principes*, depois nas equipas de compiladores organizadas e legitimadas pelos imperadores para fazer Códigos.

A redução de regras jurídicas a normas legais por jurisprudentes académicos escolhidos pelo imperador e sistematizadas para facilitar a sua aplicação por juízes representantes do poder imperial está historicizada como um processo de eliminação do *ius* pela *lex* e de supremacia do *imperium* sobre a *auctoritas* na criação e aplicação do

conhecedores do *ius civile* – não temem a complexidade e o pluralismo de regras e de ordenamentos e essa lição resulta da leitura das fontes jurisprudenciais romanas (e também de Ovídeo, *Metamorfoses*). Ver, por exemplo, Christian Baldus, *Plano expositivo, Direito Privado Romano, Universidade de Lisboa, maio de 2017* (fotocopiado e disponível no site do IURIS). Cfr. Francisco Rodrigues Rocha, “Curso de Especialização em Direito Privado Romano na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2019)”, in IP, IV, 2019, 1, pp. 390-391.



Direito¹⁷.

Importa lembrar, ainda que em síntese apressada e incompleta, a *História do Direito Romano* como a História de um processo lento, mas irreversível, de substituição do *ius civile* pela *lex*, das pessoas pelas instituições, da *auctoritas* pelo *imperium*, da liberdade individual pelo interesse público, com efeitos terríveis nas marcas de juridicidade (possibilidade de justiça no caso concreto) que são identitárias no Direito e apenas circunstâncias na lei.

Não é o Código Civil que é fonte de Direito Civil. É o Direito Civil que é fonte do Código Civil. O Direito Civil é criado por jurisperitos, não por legisladores. A Codificação do Direito Civil continua a ser um tópico de partida na reflexão jurídica sobre o direito das pessoas humanas e não um ponto de chegada do pensamento jurídico sobre a base de civilidade de um direito de pessoas humanas que são cidadãos de uma *res publica*¹⁸.

Esquecemos que a regra jurídica é um instrumento da Justiça e a lei um instrumento de governo; que a regra jurídica não é abstrata e a sua generalidade vem da ligação através de uma régua (*regulae*) que junta os pontos comuns de soluções dadas a casos idênticos; que a coercibilidade é uma característica da lei, mas não do Direito, pois os jurisperitos sem poderem usar a força contam apenas com a

¹⁷ Eduardo Vera-Cruz Pinto, “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*, I, AAFDL, Lisboa, 2020.

¹⁸ Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, “A importância do conceito de experiência jurídica da jurisromanística para a polémica sobre o Código Civil em Angola”, in *IP*, IV, 2019, 2, pp. 127-175.



fundamentação argumentada da solução para convencer a parte que perde a acatar a solução; que a legitimidade para criar Direito é só de quem tem um saber fundado na experiência (intuição) e socialmente reconhecido (*auctoritas*); que o jurisprudente não pode criar leis, pois essa legitimidade é de políticos eleitos para tal. O Direito não vai a votos.

Confundimos as regras jurídicas - destinadas a concretizar a justiça na resolução de casos concretos (justiça comutativa) onde, através da solução justa para as partes e aceite pela sociedade, alcançamos a justiça distributiva e a paz social - com as normas legais - que concretizam programas político-partidários, com maior ou menor carga ideológica na condução da sociedade, sufragados pelo eleitorado.

Estamos instalados em práticas investigativas e didáticas que mantêm como elementos para apurar o conceito de Direito Civil: a diferença entre o Direito público e o Direito privado; e entre direito continental europeu e direito anglo-saxónico; o estudo do precedente como critério decisório nos tribunais; a diferença processual entre acusatório e inquisitório; a criação judicial do Direito e o justicialismo judiciário; a desjudicialização pela arbitragem, a mediação colaborativa e os meios alternativos de resolução de conflitos; a crise da autonomia privada pela publicização do direito privado, etc.

Ora, o caminho não é este, apesar da relevância teórica com reflexos práticos de todos esses temas. Importa voltar atrás, seguir o método regressivo e descobrir onde nos perdemos. Começar pelo Direito Romano enquanto *ius Romanum*, diferente e oposto às leis; recuperar a *auctoritas* e valorizar os jurisprudentes como referências



incontornáveis da juridicidade das regras e da sua positivação em normas legais; não chamar Direito Romano à expressão normativo-legal do *Corpus Iuris Civilis*; nem reduzir o *ius civile romanorum* ao Digesto ou Pandectas.

A História do Direito Civil: começa no *ius civile* e segue pela *iuris prudentia* como critério de juridicidade; é muito mais vasta, complexa e densa que a História dos Códigos Civis desde a Antiguidade Clássica; o Direito Civil não é nem alemão nem francês, pois as suas regras são universais e inerentes à pessoa humana, seja qual for a sua identidade, pertença ou cidadania. A concretização normativa dessas regras em normas legais pode ser diferente na eficácia, mas não na sua validade como jurídicas, isto é, na sua juridicidade¹⁹.

Continuamos a ensinar Direito através de Constituições²⁰, Códigos e da sua aplicação em sentenças judiciais ou decisões administrativas, com um método pedagógico de resolução de hipóteses práticas, alienando a historicidade das regras convocadas para tal e a preparação teórica necessária para aplicar regras a casos. Fizemos do ensino superior universitário do Direito uma transmissão técnica de competências forenses, em que a Faculdade de Direito na Universidade se reduz a uma escola de formação profissional para

¹⁹ Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, “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*, cit..

²⁰ Eduardo Vera-Cruz Pinto, “No Bicentenário de Theodor Mommsen em Portugal: algumas reflexões sobre o ensino da Constituição sem matriz romana”, in *IP*, II, 2017, 2, pp. 75-116.



corresponder à procura do “mercado de trabalho”²¹.

O ensino do *Direito dado*, que parte das leis e termina nas decisões/sentenças que as aplicam, ignora o *de jure condendo* e renuncia ao conhecimento jurídico plural e complexo, capaz de gerar *sapientia iuris*. Essa complexidade é romana e estruturante do jurídico. A aula como narrativa legalista, descritiva e presentista, não tem pedagogia jurídica nem constitui didática aceitável para o ensino do Direito em Universidades que têm de estar à frente do seu tempo, numa já adiantada Era Digital.

Por isso, a noção de Direito Civil conceptualizada como um conjunto de regras jurídicas, com exceções fundamentadas, criadas e aplicadas por jurisprudentes dotados de *auctoritas* é o ponto de partida incontornável e imprescindível para, no ensino jurídico universitário, se compreender a pergunta: o que é o Direito?²²

A origem histórica da juridicidade dessas regras está em Roma, na sua *iuris prudentia*, e nos elementos políticos que garantem a separação entre política e Direito, numa sociedade que se quer reger pelo Direito e que se pretende ou apresenta como Estado de Direito. Logo, estudar e ensinar o conceito de Direito Civil implica começar pelo *ius Romanum* enquanto *iuris prudentia*.

²¹ Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, “O ensino do Direito romano e o exercício de profissões judiciais, nomeadamente da magistratura judicial”, in *IP*, IV, 2019, 1, pp. 13-19.

²² Como ensinou Dietmar von der Pfordten, “O que é o Direito?”, in *AA. VV. Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 175-194, loc. de ref., p. 175: “Para preparar uma resposta requer-se antes de mais a compreensão da pergunta”.



Só depois de ensinar o Direito - pela conceptualização do Direito Civil, através da *ius prudentia* romana, como base de sustentação jurídica das regras - se pode passar para o ensino da norma legal e para os Códigos, criados de forma diferente e por poderes legitimados de modo diverso, imprescindíveis para o governo da Cidade, e dotados de instituições públicas legitimadas para o exercício da coercibilidade, fazendo cumprir as sanções dadas aqueles que violam essas regras.

Mas, sempre lembrando que as normas legais só se podem considerar jurídicas quando tomam como referência as regras criadas pelos jurisprudentes e têm conteúdos materiais que possibilitam a justiça no caso concreto. Não se chama Direito a qualquer determinação do poder político expressa em norma legal.

Estas considerações suscitadas pela leitura, em tempos diferentes e juntando fragmentos de texto das Lições de *Teoria Geral de Direito Civil* de PPV²³ revelam a sólida base romanista do seu conceito de Direito Civil, próximo do de *ius civile* no Direito Romano e as marcas dessa formação romanista na sua investigação²⁴ e no seu ensino.

²³ Não foi possível, por dificuldades de tempo, deixar aqui expressa a fidelidade reiterada, de forma contínua e consistente, por PPV, a esta sua ideia de um Direito Civil que corresponde ao *ius civile romanorum*, ao longo da sua vasta obra, em especial em “A Natureza das Coisas”, in *AA.VV. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

²⁴ O Prof. Ruy de Albuquerque, mestre da Escola de Direito Romano de Lisboa (ver “Em Prol do Direito Romano. À maneira de Prefácio”, in *AA. VV. Estudos de Direito Romano*, AAFDL, Lisboa, Vol. I, 1989, pp.7-11), integrou o júri de provas públicas da sua tese de Doutoramento sobre os *Contratos atípicos*. Pedro Pais de Vasconcelos, “Destituição de administrador. Direito de Personalidade e Providência



A curiosidade didática e o interesse pelo Novo, a irreverência acadêmica e o humor certo, a procura da inovação pedagógica e do contraditório opinativo, a investigação jurídica pela interdisciplinaridade, a criação cultural sem eruditismos literários, a abertura a posições doutrinárias diferentes, a procura do diálogo com os oponentes como critério de criação *juris científica* caracterizam o magistério de PPV.

A *jurisromanística* da sua Escola presta, assim, a devida homenagem a quem soube – apesar das diferenças de opinião, da diversidade de perspectivas temáticas e da disparidade na interpretação das fontes – colocar o Direito Romano como base didática essencial no ensino do Direito Civil.

Eduardo Vera-Cruz Pinto

de Esclarecimento Público. Cometário ao Acórdão do Tribunal da relação de Lisboa de 15 de Março de 2001”, in AA. *VV. Estudos em Honra do Ruy de Albuquerque*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pp. 541-597, loc. de ref. P. 541, escreve: “O Prof. Doutor Ruy de Albuquerque sempre teve particular simpatia pelo Direito dito, concretizado no caso, pela praxis jurídica, pela *prudencia iuris*. Em sua Homenagem ocorre-me revelar e comentar uma decisão sábia que ficou inédita”.



REVISTA DE
DIREITO COMERCIAL



www.revistadedireitocomercial.com
2022-12-08