

UMA INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO PRIVADO

R. C. van Caenegem

Tradução
CARLOS EDUARDO LIMA MACHADO
Revisão
EDUARDO BRANDÃO

Martins Fontes
São Paulo 2000

Índice

*Esta obra foi publicada originalmente em francês com o título
INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT PRIVÉ
por Éditions Story-Scenia, em 1988, e teve sua primeira edição
em inglês publicada por Press Syndicate of Cambridge
University em 1992 com o título
AN HISTORICAL INTRODUCTION TO PRIVATE LAW.
Copyright © R. C. van Caenegem.
Copyright © Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, 1995, para a presente edição.*

1ª edição
junho de 1995
2ª edição
abril de 2000

Tradução
CARLOS EDUARDO LIMA MACHADO

Revisão da tradução

Eduardo Brandão

Revisão gráfica

Maria Luíza Fravet

Maria Cecília de Moura Madarás

Produção gráfica

Geraldo Alves

Paginação/fotolitos

Studio 3 Desenvolvimento Editorial (6957-7653)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Caenegem, R. C. van

Uma introdução histórica ao direito privado / R. C. van Caenegem ;
tradução Carlos Eduardo Lima Machado ; revisão Eduardo Brandão. –
2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1999. – (Ensino superior)

Título original: Introduction historique au droit privé.

Bibliografia.

ISBN 85-336-1176-5

I. Direito civil I. Título. II. Série.

99-4932

CDU-347

Índices para catálogo sistemático:

I. Direito privado 347

Todos os direitos para o Brasil reservados à

Livraria Martins Fontes Editora Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 330/340

01325-000 São Paulo SP Brasil

Tel. (11) 239-3677 Fax (11) 3105-6867

e-mail: info@martinsfontes.com

http://www.martinsfontes.com

<i>Prefácio à edição inglesa</i>	IX
I. As origens do direito privado contemporâneo (1789-1807).....	1
O <i>Code civil</i> de 1804: um fim e um reinício.....	1
O <i>Code civil</i> na Europa	2
Direito comum e recepção	3
A compilação e promulgação do <i>Code civil</i> de 1804	5
O <i>Code civil</i> : antigo e moderno	8
O espírito do <i>Code civil</i>	10
Tribunais e processo	14
Os méritos da codificação.....	16
Oposição e codificação	17
Bibliografia	20
II. Antecedentes: a alta Idade Média, c. 500-c. 1100	23
O caráter do período.....	23
O direito romano	24
Os direitos nacionais germânicos.....	26
Direito feudal	28
Legislação: aspectos gerais	29
Legislação: as capitulares.....	30
A ciência jurídica	33

Tribunais e processo.....	35	Alemanha	218
Avaliação	37	A Inglaterra conservadora.....	225
Bibliografia	39	Inovação na Inglaterra.....	228
		Bibliografia	233
III. A Europa e o direito romano-germânico, c. 1100-c.			
1750.....	43	VI. Estatuto, jurisprudência e erudição.....	239
Caráter do período.....	43	A questão.....	239
Antes e depois de 1500: continuidade.....	45	Vantagens e desvantagens	239
O desenvolvimento do direito: linhas gerais	47	Legisladores, juízes e professores: competição....	243
Direito consuetudinário.....	50	O direito e o <i>Volksgeist</i>	249
O <i>ius commune</i> europeu.....	65		
Legislação	121	VII. Fatores.....	253
A jurisprudência.....	134	Introdução	253
Os tribunais e o processo.....	140	Mudança no direito	255
Fatores	151	Idéias e poder político	257
Avaliação	153	Os grupos sociais e o direito privado	259
Bibliografia	154	O intelectual e o clima moral	264
		Considerações finais	276
IV. Iluminismo, direito natural e os códigos moder-			
nos: da metade do século XVIII ao início do sé-		<i>Bibliografia geral</i>	279
culo XIX.....	161		
Características	161		
O Iluminismo	161		
O direito natural	164		
Os códigos do Iluminismo	170		
Fatores	175		
Os tribunais e o processo.....	179		
O direito inglês no Iluminismo	188		
Avaliação do direito racional.....	194		
O direito racional e a Escola Histórica.....	198		
Bibliografia	202		
V. O século XIX: a interpretação do <i>Code civil</i> e a			
luta pelo direito	207		
França.....	207		
A Bélgica e os Países Baixos	213		

Prefácio à edição inglesa

O direito privado diz respeito aos indivíduos, homens e mulheres, cujas relações, espera-se, devem ser harmoniosas; caso contrário, os tribunais intervêm e resolvem suas disputas de maneira pacífica e terminante. Como esse amplo e penetrante corpo de leis regula nossas vidas, podemos nos perguntar como e quando ele foi criado. Se todos vivêssemos sob um único código civil, concebido e rapidamente escrito por Napoleão, a resposta seria maravilhosamente simples. Infelizmente a história do direito não é tão simples assim: uma de suas complicações é que o atual direito do mundo ocidental compõe-se de dois sistemas bem diferentes, o Common Law inglês e o Direito Civil continental, também denominado direito da família romano-germânica. Como esses sistemas jurídicos, ambos de origem européia, surgiram e atravessaram vários estágios de desenvolvimento, sempre permanecendo alheios um ao outro, é um dos temas da presente Introdução, com a qual o advogado continental pode aprender algo sobre sua própria herança, assim como sobre os acontecimentos que se desenvolveram do outro lado do Canal, e vice-versa. Numa época em que os juizes britânicos sentam-se lado a lado com seus confrades continentais nos tribunais europeus, isto pode ser especialmente bem-vindo. Podem-se encontrar com facilidade histórias de direito nacional, assim como obras sobre direito romano e canônico – naturalmente, boa parte de minha Introdução está

baseada neles –, mas ainda são raros os estudos que transcendem as fronteiras nacionais e tentam urdir os fios históricos do Direito Civil e do Common Law num só tecido. Isto pode justificar o presente estudo, que é fruto de meu ensino nas Faculdades de Direito das Universidades de Gand e – durante o ano acadêmico de 1984-85 – de Cambridge.

Este pequeno livro, que cobre o período entre os séculos VI e XX, não procura apresentar uma análise da substância do direito privado, mas tão-somente uma história factual, explicando quem foram os grandes legisladores, juristas e juízes que o modelaram, e quais os textos produzidos por suas contribuições. As normas jurídicas são discutidas apenas ocasionalmente, para ilustrar o curso dos acontecimentos.

Espero que o leitor de língua inglesa receba bem esta tentativa e julgue que as árvores derrubadas para produzir o papel em que foi impressa não caíram em vão.

É com satisfação que cumpro o dever de prestar meus agradecimentos ao tradutor, Dr. D. E. L. Johnston, que dedicou tanto de seu tempo precioso a essa tarefa ingrata. Gostaria de agradecer aos membros da Cambridge University Press que, depois de acolherem alguns de meus primeiros manuscritos, decidiram publicar minha obra sob seu ilustre patrocínio.

R. C. van Caenegem
Gand

I. As origens do direito privado contemporâneo (1789-1807)

O *Code civil* de 1804: um fim e um reinício

1. Este livro não procura traçar uma história “universal” do direito¹, mas sim fornecer uma introdução histórica ao desenvolvimento do direito privado atualmente em vigor na Bélgica e nos Países Baixos. Este direito é constituído tanto por elementos muito antigos quanto muito modernos e, durante seu desenvolvimento, atravessou períodos de estagnação e também de rápida mudança. O mais importante deles foi o das grandes codificações napoleônicas, em particular o *Code civil des Français*, promulgado em 1804. O *Code civil* é a culminação de vários séculos de evolução do direito francês; boa parte, ele é o direito antigo, remontando às vezes direta ou mesmo literalmente ao direito consuetudinário e romano da Idade Média e do começo dos tempos modernos. Não obstante, o *Code civil* de 1804 marcou uma ruptura decisiva na evolução gradual do direito. Substituiu a variedade do antigo direito por um código único e uniforme para toda a França; aboliu o direito que estava anteriormente em vigor, em particular o direito consuetudinário e romano (art. 7 da lei de 31 de março de

1. Ver a obra enciclopédica de J. Gilissen, *Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit. Les sources du droit depuis le XIII^e siècle. Éléments d'une histoire du droit privé* (Bruxelas, 1979).

1804); incorporou várias medidas ideológicas inspiradas pela Revolução de 1789; e tentou tornar supérfluo o papel tradicional do direito erudito, ao proibir o comentário doutrinário sobre os códigos, na crença de que a nova legislação era clara e auto-suficiente.

O *Code civil* francês entrou imediatamente em vigor na Bélgica, cujo território fora anexado pela França e dividido em *départements*. O que valia para a França valia também para a Bélgica: o *Code* jamais foi substituído, embora numerosas medidas tenham sido emendadas, omitidas ou relegadas pela legislação ou por decisão judicial. O *Code civil* foi introduzido também em 1810-11 nos Países Baixos que, após a Bélgica, foram anexados pela França.

O *Code civil* na Europa

2. Nossa preocupação principal é com a história do direito na França e nas províncias belgas e holandesas, mas não deixaremos de lado o resto da Europa. Além disso, seria uma tarefa impossível. A noção de direito nacional – um código único e exclusivo e um sistema único e exclusivo de tribunais nacionais para cada país – é um fenômeno recente e transitório. Durante séculos, o direito foi local ou regional (costumes e cartas), mas também cosmopolita e supranacional (o direito romano ensinado nas universidades, o direito canônico da Igreja). E, depois da Segunda Guerra Mundial, surgiu o direito europeu, que implicou a criação de uma legislação e de tribunais supranacionais, aos quais os estatutos e tribunais nacionais estavam subordinados.

Historicamente, os principais elementos do direito pertencem a uma herança européia comum: o direito romano antigo e medieval e o direito canônico, o antigo direito germânico, o direito feudal, o direito municipal medieval e o

direito natural do começo dos tempos modernos. Todos esses elementos exerceram, em diversos graus, sua influência em todos os países da Europa.

Direito comum e recepção

3. Em algumas regiões, como a Itália e o sul da França, houve um processo gradual e espontâneo de mudança, que conduziu à substituição do antigo direito consuetudinário pelo direito romano, então redescoberto. Isso ocorreu muito cedo, a partir do século XII. Em outras partes, no Norte da França e no Sul dos Países Baixos, o direito consuetudinário persistiu e foi até estabelecido e promulgado pelas autoridades centrais (“homologação de costumes”). Mesmo aí, no entanto, o direito romano teve um importante papel suplementar e continuou sendo a base de comentários eruditos. No Norte dos Países Baixos, a posição mais uma vez foi diferente. Embora houvesse uma ordem para unificar os costumes, ela não chegou a ser implementada e o hiato resultante no direito levou à criação do direito romano-holandês (*Rooms-Hollands recht*) no século XVII. Era uma síntese jurídica de direito consuetudinário e direito romano, em que o elemento predominante era o romano. A influência do direito romano foi ainda mais marcante no Império Germânico, onde se decidiu, por volta de 1500, abandonar os costumes medievais e “receber” (*recipere*) o direito romano como direito nacional. Esse fenômeno ficou conhecido como recepção. Em conseqüência, o direito germânico moderno tem, paradoxalmente, um caráter mais acentuadamente romano e menos germânico do que o direito francês.

Na Inglaterra, o processo foi inteiramente diferente. Não há dúvida de que a Inglaterra também foi afetada pelo direito erudito, que constituía então o direito comum da Eu-

ropa, ambos através do direito canônico dos tribunais eclesiásticos da Igreja Católica e da Igreja Anglicana, assim como através do direito romano no ensino universitário e na prática de certos tribunais especializados. No entanto, o mais importante elemento do direito inglês, o Common Law², foi desenvolvido a partir do direito consuetudinário germânico e do direito feudal, completamente independente do direito romano. Assim, o sistema do Common Law (Direito Comum) difere fundamentalmente do sistema continental. Outra diferença bastante significativa é que a Inglaterra desenvolveu um direito nacional muito antes dos outros países. Esse Direito Comum (Common Law) para todo o reino da Inglaterra foi criado pelos tribunais reais a partir do século XII, passando então a ser exposto e comentado em obras de direito. Uma última peculiaridade do direito inglês é a sua continuidade; em seu desenvolvimento não houve qualquer ruptura comparável à que foi causada pelas grandes codificações modernas no continente. Não só o direito nunca foi codificado, como o antigo direito jamais foi abrogado, nem substituído por um sistema de direito moderno, muito menos revolucionário. Deste modo, o sistema do

2. Há boas razões para preferir a expressão “le common law” a “la common law”, por analogia com os argumentos formulados por Criscuoli a favor de “il common law” em vez de “la common law” em italiano. O argumento principal é que o masculino se refere a *law* (*droit*, direito) e o feminino a *loi* (lei); o “common law” é um *droit* (direito) e não uma *loi* (G. Criscuoli). “Valore semantico e contenuto dommatico dell’espressione *common law* nel linguaggio giuridico italiano”, *Rivista trimestriale di diritto e procedura civile* (1967), 1.466-73. Mas a questão não é simples, e a confusão envolvendo o termo “common law” – *droit* comum ou *loi* comum – é muito antiga, remontando, na própria Inglaterra, à Idade Média. Assim, “common law” foi traduzida como “lay commune” em 1297 e como “comun dreit”, no *Miroir des Justices* de 1290; em 1377, a curiosa forma “commune Droit” também pode ser encontrada; ver C. H. McIlwain, *Constitutionalism and the Changing World* (Cornell, 1939), 128, 132, 137.

Common Law caracteriza-se por sua continuidade histórica; os estatutos em vigor e as decisões que fazem jurisprudência tanto podem ser muito antigos quanto bem recentes.

A compilação e promulgação do *Code civil* de 1804

4. O golpe de Estado de 18 brumário (9 de novembro de 1799) marcou o começo do regime napoleônico, o restabelecimento da lei marcial e o fim da mais turbulenta década da história francesa. “A Revolução está sob o jugo dos princípios que a inspiraram: ela acabou.” Uma das preocupações de Napoleão era fornecer à nação uma compilação de códigos. Era necessário dar um fim à incerteza jurídica reinante através do uso, na prática jurídica, de códigos universalmente válidos. Durante a Revolução, o antigo direito fora abrogado em grande parte, mas esse processo não fora complementado pela introdução de um novo sistema jurídico que fosse reconhecido como capaz de ter uma aplicação geral. Apenas algumas áreas do direito tinham recebido uma nova legislação³; e todas as tentativas de codificar o direito civil haviam fracassado. Esses projetos de código tinham sido concebidos de maneira vaga, mais como normas de conduta em benefício dos bons cidadãos do que como leis, e nunca foram promulgados sob a forma de estatutos. De qualquer modo, dependendo das inclinações políticas dos suces-

3. No campo do direito privado, por exemplo, os grandes estatutos sistêmicos e de importância duradoura sobre divórcio, casamento e o estado civil (1792), ilegitimidade (1793), herança (1794), privilégios, hipotecas e transferência de propriedade (1798). Este período do chamado “direito intermediário” (um intervalo ou direito transitório entre o antigo direito do *ancien régime* e o novo direito dos códigos napoleônicos) também assistiu à promulgação de um código penal em 1791 e de um código de crimes e penalidades em 1795.

sivos regimes, esses projetos de códigos eram vistos quer como excessivamente tradicionais, quer como insuficientemente revolucionários. Estes vários projetos foram compilados entre 1793 e 1799 por várias comissões, presididas pelo advogado e estadista J. J. de Cambacérès, que era membro da Convenção Nacional em 1792. A Revolução também mudou e democratizou profundamente a administração da justiça, enquanto as universidades e suas faculdades de direito foram abolidas em 1793, e até 1804 não se abriram novas escolas de direito.

Para superar o fosso criado por essa mudança revolucionária, Napoleão decidiu introduzir uma legislação efetiva na França, promulgando os “seus” códigos. É claro que por “seus” códigos não queremos dizer que o general e primeiro-cônsul tenha compilado o *Code civil* em sua escrivaninha, com suas próprias mãos. Os códigos são “napoleônicos” porque foi graças à vontade e determinação política de Napoleão que o *Code civil* de 1804, em particular, foi compilado em tempo recorde. Em agosto de 1800, uma comissão de quatro advogados recebeu instruções para se desincumbir da tarefa. Em apenas quatro meses, ela estava concluída. Seus autores eram advogados profissionais que haviam sido educados sob o *ancien régime* e tinham feito carreira como advogados ou magistrados: Fr. Tronchet, J. Portalis, F. Bigot-Préameneu e J. de Maleville.

Tronchet, um notável especialista em direito consuetudinário, vinha do Norte. Portalis, o mais brilhante dos quatro, era um romanista do Sul. Era profundamente versado em filosofia e concebia o direito não apenas como uma habilidade, mas como um elemento importante no desenvolvimento social de sua época. Sua visão emerge com clareza particular em seu conhecido *Discours préliminaire*, que é a introdução ao esboço do código de 1801; aí ele expõe a filosofia do *Code civil* (uma questão a que iremos voltar).

O projeto concluído por essa comissão foi submetido ao Tribunal de Cassation e aos Tribunaux d’Appel; esta revisão com seus comentários foi entregue ao Conseil d’État, presidido por Cambacérès. Este era hostil a uma abordagem doutrinária do direito e, sobretudo, a formulações e definições gerais. O próprio Napoleão tomou parte no debate e algumas vezes impôs seus próprios pontos de vista⁴; foi no Conseil d’État que o código adquiriu sua forma final. O tribunal levantou objeções políticas e ideológicas, mas Napoleão conseguiu vencer a oposição e realizar seus próprios objetivos. A promulgação do *Code* pelo Corpo Legislativo não encontrou mais obstáculos: de 5 de março de 1803 a 21 de março de 1804, uma série de 36 estatutos foi aprovada e em 21 de março de 1804, consolidada, em 2.281 artigos, formando o *Code civil des Français*. O nome foi mudado por lei em 1807 para Código Napoleão, mas esse novo nome desapareceu com a queda do imperador. No campo do direito privado⁵, o *Code civil* foi seguido pelo *Code de procédure civile* de 1806, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1807 e, em 1807, pelo *Code de commerce* que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1808.

4. O próprio primeiro-cônsul presidiu 35 de um total de 87 sessões. Suas opiniões pessoais influenciaram, entre outras coisas, as cláusulas sobre a autoridade do chefe de família, pois, segundo ele, “assim como o chefe da família está sujeito de forma absoluta ao governo, do mesmo modo a família está sujeita de forma absoluta a seu chefe”. As opiniões de Napoleão também foram decisivas para a posição subordinada das mulheres casadas e para a lei do divórcio (medidas sobre o divórcio de comum acordo e a adoção foram introduzidas por sua interferência, sem dúvida por razões políticas suas). Por outro lado, Napoleão não tinha interesse no livro II e deu pouca importância ao livro III.

5. No direito penal, um *Code d’instruction criminelle* e um *Code penal* foram promulgados em 1808 e 1810 respectivamente. Entraram em vigor a 1º de janeiro de 1811.

O *Code civil*: antigo e moderno

5. As fontes imediatas usadas pelos autores do *Code civil* de 1804 foram o direito comum francês tradicional do século XVIII, que era um amálgama dos direitos eruditos e consuetudinário, parte do qual era bem antiga; e, em segundo lugar, as inovações feitas durante a Revolução. Essa mistura do velho e do novo adequava-se ao clima político da nação e, depois da queda do *ancien régime*, mostrou-se também bastante adequada à sociedade pequeno-burguesa do século XIX. Havia ainda a esperança de criar-se um direito comum francês para canalizar diversas correntes jurídicas num só caudal, e durante o século XVIII esse projeto já avançara bastante, graças aos esforços dos advogados tradicionais.

As fontes remotas do direito francês (ainda a serem examinadas) eram, em primeiro lugar, os costumes, em sua forma anotada e codificada, em particular o *Coutume de Paris*, que gozava de grande prestígio em toda a França. Os compiladores do *Code civil* fizeram esforços conscientes para tratar o direito romano e o direito consuetudinário em pé de igualdade e deram sistematicamente preferência às formulações que estavam de acordo com a “razão natural”, mas o direito consuetudinário foi a fonte mais importante do *Code*. Em segundo lugar, estava o direito romano segundo a sistematização de Domat († 1696)⁶, e, numa proporção menor, o direito canônico. O direito romano era a base da jurispru-

6. Domat era autor de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, uma tentativa de dispor os princípios do direito romano (que na sua opinião constituíam os princípios básicos universais) numa ordem racional e de acordo com um sistema criado por ele próprio, visando também assegurar a sua congruência com as normas da moralidade cristã. Ver Y. Noda, “Jean Domat et le Code civil français”, *Comparative Law Review*, 3.2 (1956; Instituto Japonês de Direito Comparado).

dência, mas também era o direito praticado no Sul, região de direito escrito (*pays de droit écrit*). A influência do direito romano era particularmente acentuada no direito de obrigações. Em terceiro lugar, vinha o direito das três grandes ordenações reais de 1731 a 1747, constituído de fato por codificações parciais de importantes áreas do direito. Essas ordenações eram obra de Henri François Daguesseau († 1751), chanceler de Luís XV⁷. Em quarto lugar, vinha a jurisprudência dos parlamentos, especialmente o Parlamento de Paris.

Os compiladores do *Code civil* também consultaram escritores tradicionais de direito, especialmente François Bourjon († 1751), autor de *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduites en principes*⁸; Robert Joseph Pothier († 1772), magistrado e professor, autor de um comentário sobre o direito consuetudinário (*Coutumes des duché, bailliage e prevosté d'Orléans*), uma obra sobre direito romano (*Pandectae Justinianae in novam ordinem digestae*) e, sobretudo, de toda uma série de tratados sobre os diversos tópicos do direito civil. Particularmente importante foi seu *Traité des obligations*, cuja influência sobre esse assunto no *Code* foi decisiva. A autoridade de Pothier pode ser vista nos próprios textos, já que os autores do *Code* extraíram trechos inteiros de sua obra.

Embora o antigo direito fosse o elemento mais importante no *Code civil*, não era intenção de seus autores restabelecer a ordem jurídica do regime derrubado e abandonar os avanços conseguidos com a Revolução. Pelo contrário, nu-

7. A ordenação de doações (1731), de testamentos (1735) e de substituições do fideicomitente (1747). A primeira e a terceira eram aplicáveis em toda a França, enquanto a segunda estabelecia regimes diferentes para as duas regiões do direito, o Norte (região do direito consuetudinário) e o Sul (região do direito romano).

8. R. Martingange-Baranger, *Bourjon et le Code civil* (Paris, 1971).

merosos princípios que derivavam das idéias da Revolução e do Iluminismo e eram considerados socialmente benéficos foram incorporados em sua obra legislativa. Isso se aplica sobretudo ao próprio princípio de um direito civil codificado, único e uniforme para toda a França⁹. De fato, a feitura de um código dessa ordem respondia a uma das numerosas reformas reivindicadas nos registros de queixas em 1788-89, e já fora prevista na constituição de 1791 (“deverá existir um código de direito civil comum para todo o reino”). Além disso, o *Code civil* agora assegurava o reconhecimento dos princípios fundamentais: tolerância religiosa; desoneração da propriedade territorial, agora isenta das taxas impostas pelo sistema feudal e pelo direito eclesiástico das dízimas; e a liberdade de contrato, agora muito mais ampla do que sob o *ancien régime*. Surgiram também novas idéias em certas áreas específicas, como o casamento civil, o divórcio, o estado civil, a transferência de propriedade e a abolição da proibição medieval dos juros.

O espírito do *Code civil*

6. O tom geral do *Code* de 1804 é nitidamente conservador, como demonstra o respeito aos direitos de família e de propriedade como base da ordem social. Esse espírito encontrou sua melhor expressão na obra de Portalis, tanto em seu *Discours préliminaire* quanto em seus *Discours... sur le Concordat* (1801), onde enfatiza o papel indispensável exercido pela religião em todas as sociedades civilizadas,

9. Em certos aspectos, esta uniformidade era puramente formal: por exemplo, até hoje, os numerosos artigos sobre o dote mal chegaram a ser aplicados nas regiões do Norte, já que o dote era uma instituição do direito romano, muito difundida no Sul mas desconhecida no Norte.

assim como em sua obra póstuma, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*. Algumas citações resumem suas convicções conservadoras: “é útil conservar tudo quanto não é necessário destruir” ou “uma inovação audaciosa não passa, muitas vezes, de um erro brilhante”. Para Portalis, o papel essencial do Estado é assegurar “a ordem e a paz”. Ressaltou também que o *Code civil* não era uma coleção de normas inteiramente novas, mas sim o resultado da “experiência do passado, o espírito dos séculos”. O que antecipa seu célebre aforismo “os códigos se fazem com o tempo; rigorosamente falando, ninguém os faz”. Portalis era um admirador de Bonaparte; via nele o general que restabelecera a ordem e graças ao qual a França, depois da desordem da Revolução, desfrutava mais uma vez da segurança do direito, em suas palavras, a “salvaguarda da propriedade”. O direito absoluto da propriedade privada e os diferentes modos de sua aquisição; sua administração, sobretudo pelo chefe de família, e os meios de sua transmissão: estes são os conceitos essenciais dos livros II e III do *Code*. O segundo pilar do *Code* é a família, cuja característica principal é a submissão ao poder do marido e pai (livro I).

Um outro traço fundamental do *Code* é seu positivismo, que iria marcar a Escola Exegética e exercer uma influência dominante durante todo o século XIX. Os pontos que iremos mostrar permitem apreciar esse aspecto do *Code*. Não há uma introdução teórica geral a ele, uma exposição de princípios básicos, um delineamento geral de conteúdos e definições jurídicas. E seus seis primeiros artigos não suprem de modo algum tal deficiência. No entanto, não teria sido difícil providenciar uma introdução dessa natureza: o *Discours préliminaire* de Portalis era altamente adequado a tanto. Esta ausência é, por conseguinte, o resultado de uma escolha consciente e foi expressamente formulada pelo Tribunalato. Fez-se uma referência à codificação prussiana, jul-

gada excessivamente teórica. O *Code* devia ser concebido em primeiro lugar, e sobretudo, como um texto de direito positivo, e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado; os termos do estatuto não deviam ser obscurecidos por teorias e considerações. Esse ponto de vista está de acordo com a noção de primazia absoluta do estatuto como fonte de direito. A interpretação doutrinária, a jurisprudência (em que o juiz é reduzido a um papel passivo como a voz do estatuto) e o costume encontram-se subordinados à autoridade do estatuto. Embora o costume tenha sido a fonte mais importante e a expressão do direito (um ponto a que iremos voltar), agora está relegado a um papel residual e marginal. O estatuto que, em certos estágios da evolução do direito, fora inteiramente eclipsado, agora era a fonte por excelência do direito.

O idealismo ou utopismo do período revolucionário desaparecera. O *Code civil* constitui o testemunho de uma reação sóbria e realista. Depois de dez anos de regime revolucionário, liquidava-se finalmente a ilusão de uma nova sociedade de cidadãos honestos, em que as normas do direito seriam substituídas por prescrições morais que determinassem uma conduta cívica, e os tribunais e julgamentos, por reconciliações amistosas. A aspiração de realizar reformas gerais imediatas fora expressa por Cambacérès em 1793, quando exprimiu seu desejo de “mudar tudo de uma vez nas escolas, na moral, nos costumes, nos espíritos e nos estatutos de um grande povo”. O Código Napoleão restabeleceu o direito e os tribunais em seu pleno rigor, mas agora o sistema era mais racional e seu funcionamento mais controlável e previsível do que no *ancien régime*.

A eliminação do direito natural como fonte do direito positivo pertence à mesma linha de pensamento. No século XVIII, o direito racional (*Vernunftsrecht*) fora um instrumento poderoso na luta contra o antigo regime político. Du-

rante a Revolução, o direito natural tinha sido constantemente invocado para justificar as novas normas e os novos sistemas. Na obra teórica de Portalis, o direito natural desempenha um papel muito importante. O *Code civil*, no entanto, rejeita qualquer empréstimo do direito natural; de agora em diante, a ordem instituída era o *Code*, é qualquer referência ao direito natural, fonte perpétua de inspiração para os que se opunham ao *status quo*, estava fora de questão. Para os adeptos do novo *Code*, o papel do direito natural tinha acabado.

No que se refere à libertação e à emancipação, o efeito do *Code* era limitado. É verdade que muitas desigualdades e tributos (especialmente os feudais) tinham sido abolidos, mas o *Code* de 1804 introduzia outras. Por exemplo, a discriminação contra as mulheres, sobretudo casadas, o que pode ser visto em particular nas restrições à participação das mulheres nos conselhos de família ou a servirem de testemunhas, na sujeição da esposa à autoridade do marido e na obrigação de concordar com ele, assim como no princípio de reservar para o marido o direito de administrar a propriedade de sua esposa. Havia também discriminação contra o direito dos trabalhadores, como mostra, por exemplo, o sistema de registro dos operários (*livrets d'ouvriers*). A norma do artigo 1.781 do *Code* era particularmente desfavorável: no caso de disputa entre empregador e empregado a propósito de uma questão de pagamento ou de obrigação recíproca, prevalecia a palavra do empregador¹⁰.

10. O artigo 1.781 do *Code* sob a rubrica “Du Louage des domestiques et ouvriers” estabelece que “deve-se acreditar nas declarações feitas pelo patrão a respeito de ganhos, pagamento de salários e de adiantamentos dados no ano corrente”. O registro compulsório dos operários (*livret d'ouvrier*) foi introduzido pelo estatuto de 22 germinal do ano XI (12 de abril de 1803) sobre as fábricas e oficinas. Quando o empregador escrevia um comentário negativo ou retinha o registro, o operário via-se condenado ao desemprego e, se não tivesse seu registro, arriscava-se a ser tratado como vagabundo. Ele

Tribunais e processo

7. O triunfo de um *Code civil* único e exclusivo foi completado pela organização de uma hierarquia de tribunais e pela promulgação, em 1806, de um código de processo civil, comum a todas as jurisdições cíveis. Durante os séculos do *ancien régime*, as jurisdições haviam proliferado, algumas dependentes da Igreja, outras dos grandes proprietários. A codificação substituiu essa diversidade por uma hierarquia única de tribunais do Estado. Fora costume sob o *ancien régime* que pessoas notáveis, ativas na política e no comércio, mas sem a mínima formação jurídica, participassem dos tribunais inferiores; no século XIX, no entanto, a administração da justiça, com exceção dos tribunais comerciais, passou a ser confiada a juizes profissionais, formados pela faculdade de direito. A *Cour de Cassation* era encarregada de fiscalizar a aplicação uniforme dos estatutos.

Mais do que o *Code civil* de 1804, o *Code de procédure civile* de 1806 tinha uma dívida com o passado. Várias medidas da *Ordonnance civile sur la réformation de la justice* de 1667 (que examinaremos mais adiante) foram copiadas palavra por palavra. O *Code de procédure civile* também adotou a velha idéia do processo civil com uma disputa entre cidadãos livres e responsáveis, em que não se fazia necessá-

tinha o direito de recorrer aos tribunais, mas ali era confrontado com o artigo 1.781. Na Bélgica, essa situação discriminatória só foi abolida em 1883, quando o registro compulsório e o artigo 1.781 foram ab-rogados. Ver J. Bekers, “Elaboration des lois, 19^e-20^e siècle: La loi du 10 juillet 1883 concernant les livrets d’ouvrier”, *La décision politique et judiciaire dans le passé et dans le présent*, exposição realizada de 15 de abril a 17 de maio de 1975 por ocasião do colóquio “Sources de l’histoire des institutions de Belgique” (Bruxelas, 1975), 27-64; B. S. Chlepner, *Cent ans d’histoire sociale en Belgique* (Bruxelas, 1958); J. Neuville, *La condition ouvrière au XIX^e siècle*, II; *L’ouvrier suspect*, 2^a ed. (Bruxelas, 1980).

ria nenhuma iniciativa ou intervenção por parte da administração ou de um juiz (um princípio descrito em alemão como *Verhandlungsmaxime*). A *Préliminaire de conciliation*, uma das mais populares inovações processuais da Revolução, foi mantida em princípio no *Code* de 1806, mas foi mais aplicada na prática. O objetivo dessa instituição revolucionária era evitar o litígio e tentar a conciliação: as partes eram convocadas na expectativa de que houvesse uma discussão construtiva e razoável.

A legislação sobre o processo civil foi encaminhada da mesma maneira que a do direito civil. Como outros “direitos feudais”, a *Ordonnance civile* de 1667 fora criticada e ab-rogada por um estatuto de 3 brumário do ano II (24 de outubro de 1793). Esse estatuto procurava, de forma um tanto idealista, abolir todo processo formal e abrir caminho para um sistema de administração da justiça sem procedimentos jurídicos formais. No ano V um projeto de código processual fora compilado, mas o texto nunca foi promulgado. Sob o consulado, um estatuto de 27 ventoso do ano VIII (17 de março de 1800) instituía um novo sistema jurídico e reintroduzia a *Ordonnance* de 1667. O *Code* de 1806, do qual E. Pingeau († 1818) era um dos principais autores, retomou mais uma vez as linhas mestras do sistema de 1667, embora mantivesse uma série de inovações revolucionárias. Em alguns casos (notoriamente o da *Préliminaire de conciliation* já mencionada), a preservação dessas novas instituições era mais aparente do que real. Mas outras realizações da Revolução permaneceram, como a criação de juizes de paz, a obrigação de realizar julgamentos racionais, a redução do número de tribunais de apelação e a abolição da audiência secreta das testemunhas.

Os méritos da codificação

8. A retomada da atividade legislativa do século XIII e a proliferação de estatutos que se seguiu logo criaram a necessidade de compilações sistemáticas da lei em vigor. Na Idade Média e no início dos tempos modernos, tanto a Igreja quanto o Estado promulgaram tais compilações. Através dessas compilações, as autoridades tentavam organizar, depurar e adaptar corpos de normas, muitas vezes bastante díspares. O *Corpus iuris civilis* de Justiniano, do século VI, constituía o modelo antigo para essas novas compilações, das quais a primeira foram as *Decretales* de Gregório IX, de 1234, e a última, a *Polnoe Sobrania Zakonov*, publicada em 45 volumes na Rússia pelo czar Nicolau II em 1830, seguida em 1832 pelos 15 volumes do *Svod Zakonov*¹¹.

Essas compilações de antigos e novos estatutos reordenaram e atualizaram o direito, mas diferem fundamentalmente dos códigos em sentido estrito. Uma verdadeira codificação é um trabalho original e, em contraste com uma compilação, deve ser entendida como uma regulamentação geral e exaustiva de uma área particular do direito (por exemplo, o direito civil ou o processo civil). Além disso, o projeto de um código implica um programa coerente e uma estrutura lógica consistente. A linguagem de um código moderno deve ser acessível a todos e, tanto quanto possível, isenta de arcaísmos e do jargão técnico-profissional. Códigos deste tipo só apareceram a partir do século XVIII¹².

11. A primeira continha 30.920 estatutos e ordenações arranjados em ordem cronológica de 1649 a 1825; o segundo era uma seleção sistematicamente ordenada, que continha elementos de direito romano. Apesar dos esforços realizados durante o governo do czar Alexandre I, inspirado pelo modelo do *Code civil* de 1804, a Rússia não teve código civil no século XIX.

12. Certas ordenações importantes de Luis XIV (por exemplo, a de 1667, já mencionada) podem ser consideradas codificações de domínios particulares do direito. Ao mesmo tempo, no entanto, alguns estudiosos acalen-

Em teoria, dois tipos de código podem ser imaginados: uma codificação com o objetivo único de (re)formulação e sistematização do direito em vigor, que evite qualquer reforma substancial e qualquer inovação revolucionária, e que reflita fielmente o passado, limitando-se a recordar e ordenar o direito existente¹³. Por outro lado, uma codificação pode ser concebida como um instrumento de reforma social voltada para o futuro. De fato todas as codificações modernas pertencem, em níveis diferentes, a essa última categoria. No século XVIII, os insistentes clamores por uma codificação eram mais expressões de um desejo de inovação e progresso do que uma esperança de que a ordem jurídica existente pudesse ser compilada e ordenada. A promulgação de códigos era às vezes obra de déspotas esclarecidos, agindo por iniciativa própria e de acordo com suas próprias convicções paternalistas, sob a influência das idéias do Iluminismo. A cultura alemã desse período oferece vários exemplos disso. Em outros casos, o povo ou seus representantes rebelavam-se e decidiam proclamar um código inspirado por idéias radicais. Foi o caso da codificação dos anos de direito intermediário.

Oposição e codificação

9. O movimento de codificação espalhou-se por toda a Europa do século XVIII. Os códigos agora eram uma fonte

tavam projetos mais ambiciosos de codificação (exemplo, o *Praefatio novi codicis* de Leibniz, 1678). Guillaume de Lamoignon (de quem voltaremos a falar) pretendia compor um código aplicável em toda a França, baseado nas diferentes fontes do direito francês, ordenações, jurisprudências e costumes, especialmente o costume de Paris. Suas tentativas não foram além de um primeiro esboço, intitulado *Arrêtés*, completado por volta de 1672. Daguesseau também quis codificar o direito francês; mas sua obra limitou-se a algumas ordenações importantes na área do direito civil.

13. Pense-se por exemplo no formidável "Restatement of the Law" ("Reafirmação do Direito") nos Estados Unidos.

de direito característica do sistema jurídico de vários países europeus, com exceção da Inglaterra, que mesmo hoje em dia não foi além do estágio de constituir uma comissão de juristas para estudar os problemas que uma codificação do Common Law apresentaria. À primeira vista, essa anomalia é surpreendente, já que um dos mais eloqüentes expoentes do princípio de codificação foi um inglês, Jeremy Bentham († 1832). A diferença entre a abordagem inglesa e a europeia pode ser amplamente explicada pela preponderância da jurisprudência enquanto fonte de direito na Inglaterra, assim como pela suspeita mantida pela classe dirigente em relação a qualquer codificação, tendendo a associá-la a idéias radicais ou até a reformas revolucionárias. Da mesma maneira, no continente europeu, o movimento de codificação encontrou oposição: na Alemanha, deu origem à célebre controvérsia entre A. F. Thibaut († 1840), que em 1814 publicou *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland*, e F. C. von Savigny († 1861), que no mesmo ano replicou com uma obra criticando a idéia de codificação, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.

Todas as codificações têm vantagens e desvantagens. Entre as vantagens estão, em primeiro lugar, a segurança jurídica, já que um código contém todo o direito. Qualquer norma que não figure no código, ou que o contradiga, é inválida. O texto do código tem precedência sobre a doutrina jurídica (que muitas vezes está dividida) e sobre a jurisprudência. Essa situação é inteiramente diferente da que prevalecia antes das codificações, quando havia uma confusão de autoridade jurídica: um complexo e, às vezes, incoerente corpo de normas consuetudinárias (algumas das quais jamais tinham sido escritas); pontos de vista jurídicos divergentes e contraditórios; jurisprudências de diversas regiões e de épocas diferentes. Em segundo lugar, está a clareza: a capacidade de assegurar o conteúdo do direi-

to¹⁴. Um código trata sistematicamente da totalidade de um assunto, numa linguagem acessível aos leigos. Essas qualidades representam um avanço importante em relação a um estágio anterior, em que o direito estava escrito numa linguagem técnica obscura, freqüentemente um latim ininteligível para os não-iniciados. Em terceiro lugar, a unidade na escala de um Estado, reino ou império. Esse aspecto deve ser contrastado com o emaranhado inextricável de ordenações e costumes locais do antigo direito.

O argumento principal contra a codificação é sua imobilidade. Essa crítica foi feita por Savigny, fundador da Escola Histórica. Um código corresponde ao estágio do desenvolvimento jurídico num determinado momento e procura fixar esse estágio de modo que não possa mais ser mudado. O texto estabelecido pode, no máximo, ser objeto de interpretação. De acordo com a Escola Histórica, o direito é o resultado da evolução histórica dos povos e deve adaptar-se a essa evolução. O congelamento do direito através da codificação gera contradições internas e tensões intoleráveis dentro da sociedade. Toda codificação coloca, portanto, um dilema: se o código não é modificado, perde todo o contato com a realidade, fica ultrapassado e impede o desenvolvimento social; mas, se os componentes do código são constantemente modificados para adaptar-se às novas situações, o todo perde sua unidade lógica e começa a mostrar divergências crescentes e até mesmo contradições. Os perigos são reais, pois a experiência mostra que a compilação de um novo código é uma tarefa difícil que raramente alcança êxito.

A *Kodifikationsstreit* também foi inspirada por diferenças ideológicas. Os adversários da codificação concebiam o direito como o resultado de um desenvolvimento contínuo;

14. Ver seção 70.

junto com seu líder Savigny, eram conservadores. Por outro lado, os que postulavam a codificação pertenciam ao campo progressista: o fascínio da codificação consistia em romper com o passado, favorecer as promessas do futuro e esmagar a ascendência dos juizes e dos advogados. A esse respeito, a atitude de Portalis é reveladora. Como co-autor do *Code civil*, ele era naturalmente a favor da idéia de codificação mas, ao mesmo tempo, tinha consciência dos riscos trazidos pelo código. Isso explica por que o *Code* de 1804 baseou-se amplamente no direito antigo e por que as inovações foram introduzidas com extrema cautela: o zelo revolucionário dos anos anteriores já se achava bastante temperado. Portalis também compreendeu os perigos de colocar um ponto final no direito. Para prevenir a petrificação do direito, formulou estes princípios: um código não deve ser muito detalhado e deve dar margem a uma razoável liberdade de julgamento e avaliação dos casos individuais que surgem na prática; para reconciliar as contradições entre o desenvolvimento social e o direito fixado pelo código, era conveniente retornar à razão natural; a tarefa da erudição e da jurisprudência deveria consistir em fornecer os meios de interpretação para que o código permanecesse vivo. É sobretudo nesse sentido que a observação de Portalis “os códigos se fazem com o tempo” deve ser entendida.

Bibliografia

10. Arnaud, A.-J., *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973; Bibliothèque de Philosophie du Droit;
Les origines doctrinales du Code civil français, Paris, 1969.
- Bloch, C. e Hilaire, J., “Interpréter la loi. Les limites d’un grand débat révolutionnaire”, *Miscellanea forensia historica Prof. de Smidt*, Amsterdam, 1988, 29-48.
- Garaud, M., *Histoire générale du droit privé français (de 1789 a 1804)*, I: *La révolution et l'égalité civile*, II: *La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1953-58.

- Garaud, M. e Szramkiewickz, R., *La Révolution Française et la famille*, Paris, 1978; Publication Fac. Droit et Sciences Sociales Poitiers, 7.
- Halperin, J.-L., *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987; Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, ed. P. Timbal, XXIII.
- Huussen, A. H., “Le droit du mariage au cours de la Révolution Française”, *Revue d'histoire du droit* 47 (1979), 9-52, 99-127.
- Kan, J. van, *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*, Paris, 1929.
- Lafon, J., “Le Code civil et la restructuration de la société française”, *Mémoires de la société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et mormands* 42 (1985), 101-8.
- Maillet, J., “Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2 (1973); *Naissance du Code civil an VII – an XII, 1800-1804*, Paris, 1989.
- Sagnac, P., *La législation civile de la Révolution Française (1789-1804). Essai d'histoire sociale*, Paris, 1898.
- Savatier, L., *L'art de faire des lois: Bonaparte et le Code civil*, Paris, 1927.
- Schimsewitsch, L., *Portalis et son temps. L'homme, le penseur, le législateur*, Paris, 1936; Teste de direito.
- Schioopa, A. P., “Napoleone e il Code de commerce”, *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi* I, Florença, 1982, I, 041-68.
- Vanderlinden, J., *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles, 1967.
- Wilhelm, W., “Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert”, *Ius commune* I (1967), 241-70;
 “Portalis et Savigny. Aspects de la restauration”, *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing*, Frankfurt, 1982, 445-56.

II. Antecedentes: a alta Idade Média, c. 500-c. 1100

O caráter do período

11. O Império Romano fora a forma política da antiga civilização mediterrânea meridional e ocidental da Europa, da África do Norte e da Ásia Menor. Quando caiu, três novas civilizações surgiram: o império bizantino greco-cristão (no qual algo do antigo Império Romano sobrevivera); o mundo árabe-islâmico; e o ocidente latino-cristão, composto pela antiga população romana e pelos povos germânicos que acabavam de se estabelecer por ali. Na Europa ocidental, a autoridade imperial declinara no século V e o antigo Estado romano fora dividido em vários reinos tribais germânicos. Nos séculos que se seguiram, os reis francos da dinastia carolíngia, os reis germânicos da dinastia saxã e seus sucessores fizeram várias tentativas para restaurar a antiga autoridade supranacional de Roma. Mas todas, sem exceção, foram inúteis.

A diferença entre a nova sociedade germânico-romana do Ocidente e o mundo antigo não era apenas política. As grandes comoções que causaram a queda do Estado romano também afetaram a economia. Nas sociedades ocidentais da alta Idade Média, a urbanização e a circulação do dinheiro mal haviam começado, e a agricultura permanecia mais ou menos no nível da subsistência. A nova cultura do Ocidente também era diferente. Era dominada pela Igreja romana e

pela língua latina; tomara emprestado os restos da Antiguidade, mas simplificara tudo drasticamente. A alta Idade Média, que foi um período primitivo na história européia, durou até cerca de 1100. Neste momento surgiu um novo movimento que transformou radicalmente a sociedade e permitiu que atingisse o nível de duas outras grandes culturas, Bizâncio e o Islã. Quando a alta Idade Média chegou ao fim, o mundo ocidental estava em processo de total mudança: a economia se expandira e diversificara; as cidades reapareceram; os avanços do pensamento racional e das universidades se consolidaram. A organização da Igreja e do poder secular tornara-se mais complexa; o feudalismo estava em declínio.

O direito romano

12. O desaparecimento do Estado romano e a influência crescente dos povos germânicos foram decisivos para a evolução do direito romano. A velha ordem jurídica romana não desaparecera inteiramente, mas, com o declínio das instituições da Antiguidade, perdera sua posição de supremacia. As principais mudanças foram as seguintes: sob o império, toda a população estava sujeita ao direito romano, mas só agora os *romani*, descendentes das velhas populações nativas, estavam sujeitos a ele. As tribos germânicas conservaram seu próprio direito consuetudinário. Neste período, o direito romano tornou-se cada vez mais distante de seu modelo clássico, devido ao desaparecimento dos principais componentes da antiga cultura jurídica, ou seja: a tradição das grandes escolas de direito, o saber dos juristas, a legislação imperial e a jurisprudência. Além disso, o Ocidente não permanecia mais em contato com o Oriente grego, que em sua época contribuíra muito para o desenvolvi-

mento do direito clássico romano. A essas circunstâncias, devemos acrescentar o empobrecimento intelectual do mundo ocidental. O direito romano estava reduzido a um direito consuetudinário provinciano, o “direito romano vulgar”, que prevalecia na Itália e no Sul da França. O direito vulgar era usado em certa medida nas compilações rudimentares feitas, sob as ordens dos reis germânicos, em benefício de seus súditos romanos¹. As compilações de Justiniano († 565) foram o legado mais importante do direito romano. Mas a obra legislativa de Justiniano não entrara em vigor no Ocidente. E permaneceu desconhecida durante os primeiros séculos da Idade Média, devido ao isolamento do Ocidente e ao fracasso de Justiniano em reconquistar os territórios invadidos pelos germânicos.

O *Corpus iuris civilis* de Justiniano (o nome data do século XII) é um dos mais célebres projetos legislativos da História. Representa a expressão suprema do antigo direito romano e o resultado final de dez séculos de evolução jurídica. Ao mesmo tempo o *Corpus iuris* deveria ser uma mensagem para os futuros juristas. Justiniano procurara compilar uma seleção substancial das obras de juristas clássicos e da legislação imperial. Os textos escolhidos foram revistos, ordenados sistematicamente, depois publicados e promulgados. O *Corpus iuris* é composto por quatro coleções: a mais importante, tanto por sua escala como por sua qualidade, é o *Digesto* ou *Pandecto* (para usar o nome grego), concluído em 533 d.C. Contém excertos de obras de juristas, os principais artífices do direito romano. A segunda coleção, o

1. A *lex Romana Visigothorum* ou *Breviarium Alarici* era uma compilação promulgada por Alarico, rei dos visigodos, em 506 d.C. Durante séculos, após a queda do império, foi uma das principais fontes de conhecimento do direito romano no Ocidente. A importante *lex Romana Burgundionum* também merece ser mencionada; sua data não é anterior ao reino do rei Gundobad († 516 d.C.).

Codex, une as constituições imperiais e os rescritos. Uma primeira edição foi concluída em 529 d.C., uma segunda lei em 543 d.C.² O *Codex* é complementado pelas *Novas (Novellae Constitutiones)*, uma coleção de leis promulgadas pelo próprio Justiniano entre 543 d.C. e 556 d.C.³ Finalmente, o *Corpus iuris* também compreende os *Institutos (Institutiones)*, concebido como introdução para o uso de estudantes e promulgados em 533 d.C. Esse trabalho, tanto quanto seu título, deriva em grande parte dos *Institutos* de Gaio, um trabalho compilado por volta de 160 d.C. No império oriental, as compilações de Justiniano permaneceram em vigor, sendo comentadas no ensino e nos trabalhos eruditos. Mas no Ocidente seu papel histórico só começou por volta de 1100⁴.

Os direitos nacionais germânicos

13. Antes das invasões, os germânicos eram governados pelo direito primitivo de suas tribos, que se baseava em costumes imemoriais transmitidos por uma tradição puramente oral. Em seus novos reinos, esses direitos nacionais eram às vezes registrados por escrito, sob a influência de modelos antigos: eram as *leges nationum Germanicarum* (ou, em alemão, *Volksrechts*)⁵. No entanto as compilações não

2. Apenas o texto da segunda edição chegou até nós.

3. Como as constituições imperiais, as *Novas* possuíam evidentemente força de lei, e é natural que tenham sido incorporadas mais tarde ao *Corpus iuris*. Mas não havia nenhuma compilação oficial, e elas só chegaram até nós através de coleções particulares. A mais conhecida das coleções latinas é o *Authenticum*, cuja data e origem são incertas, embora seu nome evoque o fato de ter sido considerada por muito tempo uma coleção oficial ou “autêntica”, e a *Epitome* de Juliano, que era professor de direito bizantino. Muitos dos estatutos de Justiniano foram editados em grego ou em grego e latim.

4. Ver adiante, seção 29.

5. Também são descritas com algum desdém como *leges barbarorum*.

passavam de tentativas desajeitadas de expressar em latim um direito primitivo que era desprovido de qualquer princípio geral e, conseqüentemente, de qualquer tradição analítica. Essas compilações continham principalmente normas de direito penal, que assumiam a forma de especificações detalhadas, fixando penas e compensações em caso de homicídio e vários delitos, assim como normas processuais e o (ainda primitivo e irracional) direito de prova. Eram normas que refletiam a sociedade agrária arcaica da qual derivavam; a mais conhecida é a *lex Salica*, o direito dos francos sálicos, cuja versão mais antiga data provavelmente dos últimos anos do reinado de Clóvis (507-511 d.C.). Nela podemos encontrar as “glosas malbérgicas”, velhos termos jurídicos dos francos que aparecem no texto latino e são assim chamadas por causa das palavras rituais pronunciadas na “malberg”, isto é, na colina em que o tribunal (*mallus*) se reunia.

Devemos mencionar também as importantes compilações do direito germânico fora do reino franco, tais como o edito do rei Rothari de 643 d.C., nos territórios italianos conquistados pelos lombardos. Na Inglaterra, os reis anglosaxões, a partir do rei Aethelberht de Kent († 616 d.C.), promulgaram também uma série importante de “estatutos” (*dooms*); mas, em contraste com as outras compilações, as inglesas foram compostas em vernáculo.

Os reinos germânicos do continente – francos, ostrogodos, visigodos e lombardos – uniam povos de origem romana e germânica. Os *romani* permaneceram sujeitos ao direito romano vulgar, os germanos às leis de suas próprias tribos. Este é o princípio da “personalidade” do direito: seja qual for o seu lugar de residência e seja qual for o soberano deste lugar, um indivíduo permanece sujeito ao direito de seu povo de origem. Desse modo, no vasto império franco de Carlos Magno, ao lado dos *romani*, existiam várias nações germânicas regidas pelo seu próprio direito. Para superar a inconve-

niência gerada por essa complexidade, Carlos Magno tentou impor um reino com unidade jurídica, mas sem êxito. Só num período bem posterior, o princípio de personalidade em direito foi abandonado em favor do princípio de territorialidade, pelo qual o direito consuetudinário da região era aplicável a todos os seus habitantes, independentemente de sua origem étnica. Esse desenvolvimento deve ser vinculado não só ao enfraquecimento de velhas lealdades tribais como também à emergência de um novo sentido de unidade política, que agora se baseava não mais em laços étnicos, mas sim na adesão ao soberano da região.

Direito feudal

14. Do século VIII em diante, o direito feudal desenvolveu-se e espalhou-se pelo reino franco e, em seguida, por terras ocidentais. Era um sistema original de direito, que não se ligava a qualquer nação em particular e que fora criado na Idade Média em completa independência do direito romano ou dos direitos nacionais germânicos. Suas características gerais são todavia mais germânicas do que romanas: importância das relações pessoais e da propriedade fundiária; ausência de qualquer concepção abstrata do Estado; falta de legislação escrita e formal. O direito feudal era um corpo completo de normas jurídicas que, sobretudo no campo da propriedade fundiária, foi mantido durante vários séculos. Tomou forma e se desenvolveu durante quatro séculos sem a intervenção de qualquer legislação significativa e sem qualquer ensino ou saber jurídico. Seu desenvolvimento dependia dos costumes e, eventualmente, do envolvimento de um soberano que estivesse preocupado em regulamentar uma questão de detalhe ou inovar num aspecto particular. As *Leges feudorum*, primeiro resumo do direito feudal (na verdade, lembrado), só apareceram no século XII.

Legislação: aspectos gerais

15. Os imperadores romanos foram grandes legisladores. Ao promulgar suas constituições e ao encaminhar seus rescritos, mostravam-se conscientes de sua participação ativa na formação do direito. Através de suas legislações, os imperadores elucidaram, especificaram e interpretaram normas do direito; também deram uma nova direção à ordem jurídica. Essa atividade legislativa entrou em colapso junto com o Estado romano no Ocidente. Os reis germânicos emprestaram, naturalmente, sua autoridade ao processo de redigir e promulgar o direito tradicional, e às vezes aproveitavam a oportunidade para inovar, mas seu objetivo primordial era fixar o velho direito da tribo. O declínio da legislação nessa época não pode ser explicado apenas pelo desaparecimento do império; liga-se também às concepções dos povos germânicos acerca da realeza e do direito. Em sua visão, o direito não era uma técnica social que podia ser manipulada e adaptada quando as autoridades centrais desejassem, mas uma realidade eterna⁶, um princípio fixo e intemporal de orientação, que devia ser elucidado e interpretado, mas jamais alterado fundamentalmente. Reconhecia-se que o rei tinha o poder de elucidar o significado do direito e desenvolver princípios jurídicos, desde que respeitasse os fundamentos existentes e incontestáveis, mas mesmo assim ele não podia de modo algum alterar a antiga lei. Não surpreende portanto que, durante toda a alta Idade Média, raramente são encontrados estatutos genuínos, e mesmo os soberanos que vieram depois foram lentos e indecisos em retomar a atividade legislativa.

6. Daí a expressão *ewa* (cf. o alemão *ewig*, o holandês *eeuwig*, significando “eterno”) para o antigo direito.

niência gerada por essa complexidade, Carlos Magno tentou impor um reino com unidade jurídica, mas sem êxito. Só num período bem posterior, o princípio de personalidade em direito foi abandonado em favor do princípio de territorialidade, pelo qual o direito consuetudinário da região era aplicável a todos os seus habitantes, independentemente de sua origem étnica. Esse desenvolvimento deve ser vinculado não só ao enfraquecimento de velhas lealdades tribais como também à emergência de um novo sentido de unidade política, que agora se baseava não mais em laços étnicos, mas sim na adesão ao soberano da região.

Direito feudal

14. Do século VIII em diante, o direito feudal desenvolveu-se e espalhou-se pelo reino franco e, em seguida, por terras ocidentais. Era um sistema original de direito, que não se ligava a qualquer nação em particular e que fora criado na Idade Média em completa independência do direito romano ou dos direitos nacionais germânicos. Suas características gerais são todavia mais germânicas do que romanas: importância das relações pessoais e da propriedade fundiária; ausência de qualquer concepção abstrata do Estado; falta de legislação escrita e formal. O direito feudal era um corpo completo de normas jurídicas que, sobretudo no campo da propriedade fundiária, foi mantido durante vários séculos. Tomou forma e se desenvolveu durante quatro séculos sem a intervenção de qualquer legislação significativa e sem qualquer ensino ou saber jurídico. Seu desenvolvimento dependia dos costumes e, eventualmente, do envolvimento de um soberano que estivesse preocupado em regulamentar uma questão de detalhe ou inovar num aspecto particular. As *Leges feudorum*, primeiro resumo do direito feudal (na verdade, lembrado), só apareceram no século XII.

Legislação: aspectos gerais

15. Os imperadores romanos foram grandes legisladores. Ao promulgar suas constituições e ao encaminhar seus rescritos, mostravam-se conscientes de sua participação ativa na formação do direito. Através de suas legislações, os imperadores elucidaram, especificaram e interpretaram normas do direito; também deram uma nova direção à ordem jurídica. Essa atividade legislativa entrou em colapso junto com o Estado romano no Ocidente. Os reis germânicos emprestaram, naturalmente, sua autoridade ao processo de redigir e promulgar o direito tradicional, e às vezes aproveitavam a oportunidade para inovar, mas seu objetivo primordial era fixar o velho direito da tribo. O declínio da legislação nessa época não pode ser explicado apenas pelo desaparecimento do império; liga-se também às concepções dos povos germânicos acerca da realeza e do direito. Em sua visão, o direito não era uma técnica social que podia ser manipulada e adaptada quando as autoridades centrais desejassem, mas uma realidade eterna⁶, um princípio fixo e intemporal de orientação, que devia ser elucidado e interpretado, mas jamais alterado fundamentalmente. Reconhecia-se que o rei tinha o poder de elucidar o significado do direito e desenvolver princípios jurídicos, desde que respeitasse os fundamentos existentes e incontestáveis, mas mesmo assim ele não podia de modo algum alterar a antiga lei. Não surpreende portanto que, durante toda a alta Idade Média, raramente são encontrados estatutos genuínos, e mesmo os soberanos que vieram depois foram lentos e indecisos em retomar a atividade legislativa.

6. Dai a expressão *ewa* (cf. o alemão *ewig*, o holandês *eeuwig*, significando “eterno”) para o antigo direito.

Legislação: as capitulares

16. Embora o clima fosse adverso, os reis francos fizeram importantes esforços legislativos no século VIII e especialmente no século IX. A restauração do Império Romano do Ocidente tornou possível a legislação (“capitulares”). As capitulares⁷ consistiam em vários tipos de dispositivos legais, correspondendo em termos atuais a estatutos, ordens, diretivas e regulamentos. Naquela época, as capitulares já eram vistas como um importante elemento de prática jurídica, tal como demonstram as compilações realizadas nesse período. Elas contêm um material bastante dispar: pouco direito civil, mas numerosos dispositivos sobre o direito penal, processual e direito feudal, assim como instruções administrativas, ordens e regulamentos relativos à organização militar. As capitulares refletem, portanto, as tentativas dos soberanos de ordenar a sociedade ou, melhor, a administração e, sob a influência cristã, proteger seus súditos mais pobres (*pauperes*) contra os mais poderosos (*potentes*).

Ao mesmo tempo que protegiam a Igreja, os reis também intervinham nos negócios eclesiásticos. Isso os levou a promulgar numerosas *capitularia ecclesiastica* (em contraposição às *capitularia mundana*). Embora essas capitulares versassem sobre questões eclesiásticas, emanavam dos reis francos e não de autoridades eclesiásticas, que mantinham seus próprios conselhos e promulgavam seus próprios de-

7. Uma constituição real (*capitulare*, plural *capitularia*) era composta de vários capítulos (*capitula*), e essa legislação deve seu nome a esses “capítulos” (o título diz pouco, já que os estatutos, ordenações e cartas eram constituídos freqüentemente de artigos ou “capítulos”). O termo *capitulare* aparece pela primeira vez no reinado de Carlos Magno (cap. de Herstal, em 779 d.C.). Antes os termos usados eram *decretum*, *edictum*, *praescriptio*, entre outros.

cretos. Depois da coroação de Carlos Magno, o entrelaçamento de interesses da Igreja e do Estado tornou-se um elemento característico e fundamental da organização da sociedade medieval. Na verdade, isso remontava aos primeiros imperadores cristãos, que já haviam interferido nos negócios da Igreja.

As *Capitularia legibus addenda* formavam uma categoria separada: eram capitulares complementares às leis nacionais, que buscavam, em conjunção com estas, estabelecer uma unidade jurídica dentro do império. Devem ser contrapostas às *capitularia per se scribenda* (“capitulares autojustificadas”), dispositivos independentes que não eram anclares das leis nacionais.

À parte sua brevidade (sua extensão média era de 10 a 20 artigos), as capitulares apresentam diferenças significativas no que diz respeito à forma. Algumas estão devidamente datadas e começam com um preâmbulo solene, enquanto outras só podem ser datadas de maneira aproximada e não contêm qualquer protocolo inicial ou final. Algumas vezes o texto não é formado por frases, mas tão-somente por títulos que só podem ser presumidos: por exemplo, “sobre fugitivos, aos quais se insista em dar hospitalidade”. E o caso das *capitularia missorum*, que são instruções verbais do soberano aos *missi dominici*, os mensageiros reais enviados a todo o país para supervisionar a aplicação da lei ou para introduzir novas normas. O aspecto essencial de suas missões era explicado oralmente, e aquilo que chegou até nós dessas capitulares não passa de um *aide-mémoire*. As idéias da época faziam com que a palavra do rei fosse vista como o elemento constitutivo que dava força de lei a um documento. Isso se ajusta à antiquíssima idéia de que a palavra falada prevalece sobre a escrita, não apenas na legislação, mas também no contrato e na prova. A superioridade concedida a partir de então à palavra escrita é manifes-

tação de uma evolução que não remonta a antes do fim da Idade Média⁸.

Embora fossem promulgadas pelo rei, as capitulares não derivavam unicamente de sua autoridade: o rei não legislava enquanto não obtivesse o apoio de um consenso, ou seja, a concordância do *populus Francorum* (os principais homens do reino), que se supunha representavam o povo franco. O rei sempre se referia explicitamente ao consenso, mas sua verdadeira importância dependia da situação política e do equilíbrio do poder. Quando o soberano era um líder poderoso, como Carlos Magno, o consenso já estava praticamente garantido por antecipação, mas, na época de seu neto, Carlos o Calvo, cuja posição política era às vezes extremamente insegura, os desejos da aristocracia não podiam ser ignorados.

Sob os merovíngios, as capitulares ainda desempenhavam um papel modesto. O grande período das capitulares coincide com a dinastia carolíngia que chegou ao poder em 751 d.C.; ele se dá no século IX, sobretudo nos reinados de Carlos Magno (que após sua coroação como imperador mostrou profunda consciência de seu papel como legislador), Luís o Piedoso e Carlos o Calvo. Mas já no fim do século IX as capitulares tinham desaparecido, primeiro nos reinos ocidentais, mais tarde no Oriente⁹. O fato de que eram proclamadas para todo o reino e aplicáveis em todo ele¹⁰ significava

8. O fenômeno está intimamente associado ao desenvolvimento cultural; no passado, as pessoas ouviam muito mais do que liam, e a própria leitura era feita em voz alta.

9. No reino franco do Ocidente (que prefigurava a França), as últimas capitulares datam de 883 e 884 d.C.; no reino do Oriente (mais tarde a Alemanha), nenhuma capitular foi promulgada depois da divisão do império (Verdun, 843 d.C.); na Itália, as capitulares se tornam raras após 875 d.C., as últimas datando de 898 d.C.

10. Algumas capitulares foram promulgadas tanto para o reino franco quanto para o reino lombardo, outras foram aplicadas ou num reino ou no outro (os dois reinos se juntaram em 774 d.C. através de uma união pessoal).

que formavam uma lei superior às várias leis tribais e, portanto, constituíam um fator de unificação jurídica. No continente europeu, a legislação abrangendo toda a escala de um reino desapareceu depois das capitulares; só iremos encontrar novas tentativas no século XII. Na Inglaterra, por outro lado, o monarca nacional ainda promulgava importantes *dooms* nos séculos X e XI. A unidade política da Inglaterra explica por que sua situação era exatamente inversa à da Europa, onde nessa mesma época a divisão política dos reinos estava acontecendo.

A importância das capitulares foi reconhecida imediatamente, e foram compiladas coleções destinadas à prática dos tribunais e a outros objetivos jurídicos. Essas coleções repetem as capitulares em sua forma original, e as cláusulas aparecem em ordem mais histórica do que sistemática, embora um arranjo sistemático pudesse trazer certas vantagens. Duas coleções tornaram-se muito conhecidas: a de Ansegisus, abade de St. Wandrille (827 d.C.), na qual um artigo de uma capitular é às vezes transposto para um contexto diferente quando o autor julga que isto é mais lógico; e a de “Benedito, o Levita” (847-52 d.C.), um pseudônimo sob o qual o autor reuniu várias fontes legais (sobretudo os textos eclesiásticos) numa coleção que se propunha complementar e continuar o trabalho de Ansegisus. Vários documentos da coleção do Levita são ou falsas capitulares, ou fontes autênticas que sofreram falsificação; tais falsificações se acham amplamente relacionadas a questões de hierarquia eclesiástica, que constituíam provavelmente uma das principais preocupações do autor.

A ciência jurídica

17. Durante os primeiros séculos da Idade Média, a legislação teve uma importância apenas secundária. A ciência

jurídica como tal não existia: não há qualquer sinal de tratados de direito ou de ensino profissional de direito. As coleções de capitulares, que às vezes são encontradas nos próprios manuscritos como textos de leis nacionais, eram escritas para uso de praticantes e não se destinavam à exposição doutrinária através de comentários ou manuais. Alguns rudimentos do pensamento romano eram conhecidos através de textos como a *lex Romana Visigothorum*¹¹ ou as *Etymologiae* de Isidoro de Sevilha, uma pequena enciclopédia que destilava o conhecimento da Antiguidade. Mas esses vestígios isolados da antiga cultura jurídica não eram nem estudados, nem analisados. Seja como for, as escolas de direito ou os advogados capazes de realizar um trabalho dessa natureza tinham desaparecido. As fontes do período revelam a ignorância do direito romano e, às vezes, do direito das capitulares, mesmo entre aqueles cujas atividades profissionais exigiam em princípio que estivessem familiarizados com essas fontes. Portanto, não é surpreendente que seja extremamente raro encontrar um autor qualificado e independente, expressando uma opinião crítica, o que deveria ser precisamente a função da jurisprudência. Uma figura excepcional nesse contexto foi Agobardo de Lyon († 840), que ousou atacar os ordálios e o princípio de personalidade na aplicação do direito. Até mesmo o direito canônico, que gozava de considerável prestígio¹², não inspirou qualquer estudo ou comentário teórico: os autores das coleções limitavam-se a reunir as normas existentes, e a promulgação de novas normas pelo papa ou pelos conselhos (especialmente pelo conselho dos francos) era extremamente rara.

11. Ver na seção 12, nota 1.

12. Em 489-510 d.C., Dionísio o Pequeno compilou uma coleção que era reconhecida no reino franco sob Carlos Magno. Tornou-se conhecida como Dionysyo-Hadriana: Adriano I apresentou-a em 772 d.C. a Carlos Magno em Roma, e em 802 d.C., em Aix-la-Chapelle, este a proclamou como coleção canônica e legítima do império.

Assim, o direito permaneceu essencialmente um direito oral, cuja fonte principal era o costume. O direito do reino não foi unificado, variando de tribo para tribo (inicialmente) e de região para região (em séculos ulteriores). Com exceção das capitulares, o único direito supranacional era o direito da Igreja Romana, que vigia em todo o Ocidente, mas cuja importância limitava-se aos assuntos da Igreja, em sua maior parte de natureza administrativa. Nenhuma dessas fontes de direito era objeto de estudo ou comentário erudito.

Tribunais e processo

18. Os tribunais da alta Idade Média não guardam qualquer semelhança com os do Império Romano tardio, como iremos mostrar. A hierarquia dos tribunais, com a possibilidade de apelar para Roma, desaparecera e fora substituída por um sistema de jurisdições locais, o *mallus* do condado (*pagus*) no reino dos francos. Não havia qualquer centralização nem qualquer processo de apelação. Os juízes profissionais do fim do império deram lugar a juízes ocasionais, sem qualquer formação jurídica ou qualificação específica, como os *rachimburgii* merovíngios. Durante o reinado de Carlos Magno, no entanto, criou-se o cargo de juízes permanentes (*scabini*, escabinos), que, embora não fossem magistrados profissionais, pelo menos proporcionavam maior estabilidade à administração da justiça. A monarquia franca conseguiu realizar pelo menos parcialmente sua política de centralização e uniformização, ao confiar cargos importantes a um funcionário forense, o conde do palácio (*comes palatii*), que por sua vez estava submetido ao rei como juiz supremo, e ao ter os *missi dominici* supervisionando os trabalhos de jurisdições locais em nome do rei.

O desenvolvimento do direito feudal produziu um sistema paralelo de tribunais feudais, justaposto à antiga organização de tribunais de diversas áreas: *pagi* (condados) e distritos menores. Os vassallos de um senhor reuniam-se nos tribunais feudais sob sua presidência e resolviam disputas sobre seus feudos (por exemplo, questões de sucessão) ou entre eles próprios (por exemplo, disputas entre vassallos ou entre senhor e vassallo). Com o sistema econômico senhorial¹³ surgiram também os tribunais “senhoriais” com jurisdição sobre os vassallos dos domínios senhoriais. Para completar o quadro, os tribunais eclesiásticos e, num período posterior, os tribunais municipais também devem ser mencionados. Essa variedade e fragmentação na organização da justiça (se é que podemos chamá-la de organização) durou até o fim do *ancien régime*.

O processo adotado pelas cortes e tribunais do início da Idade Média era naturalmente muito diferente do processo *extra ordinem* do fim do império. Os casos agora eram expostos publicamente, ao ar livre, perto de um local sagrado, talvez uma montanha, árvore ou fonte. O povo participava ativamente da administração da justiça e expressava sua concordância ou discordância com o veredito proposto; o processo era oral, com um uso muito limitado de documentos escritos; não havia atas nem petições escritas, não se guardavam registros; a causa consistia essencialmente numa disputa entre as partes, na qual o papel desempenhado pelas autoridades estava limitado ao controle formal e à simples ratificação da parte vitoriosa. A mais impressionante expressão dessa concepção de processo é sem dúvida alguma o duelo judicial, que não passava de um combate institucionalizado, criado para resolver a disputa.

13. Trata-se de um tipo de exploração agrícola baseada na grande propriedade. Possui um aspecto econômico e de ordem pública, já que é explorada economicamente, mas também dirigida e administrada pelo senhor, grande proprietário.

As formas de prova eram, em sua maior parte, irracionais. A justiça recorria aos poderes divinos e sobrenaturais, como no caso de duelos judiciais e de outros ordálios, e também nos juramentos feitos por uma das partes e seus partidários. A prova racional constituída através de documentos e testemunhos não era excluída, mas a prova pelo confronto entre testemunhas de uma das partes e da outra parte era mal desenvolvida e altamente formalizada. Quando as testemunhas das duas partes recusavam-se a rever seu testemunho e os juizes, conseqüentemente, viam-se num impasse, o duelo era a única saída possível. De qualquer modo, os juizes não empreendiam qualquer exame crítico das partes ou das testemunhas que pudessem estar sujeitas a uma contradição. Em contraste com essa confrontação meramente mecânica entre testemunhas pró e contra, a *inquisitio* real se aproximava bem mais de um inquérito sobre os fatos reais. A *inquisitio* (que não tem qualquer relação com a Inquisição instituída no século XIII para reprimir os heréticos) é a origem histórica do sistema de júri, tanto no processo penal quanto no processo civil.

Avaliação

19. Cada época tem o direito que merece. É natural, pois, que o Ocidente na alta Idade Média tivesse um direito adequado à sua situação política, econômica e intelectual; isto é, um sistema de administração da justiça fragmentado, mas ajustado às necessidades de uma sociedade agrária e militar. O direito da época carecia inevitavelmente de complexidade, era desprovido de teoria e de princípios gerais, impregnado de elementos sagrados e irracionais, e não conhecia os juristas eruditos nem os praticantes profissionais. Não é preciso dizer que uma das grandes mudanças ocorri-

das na sociedade ocidental por volta de 1100 foi o desenvolvimento de um novo tipo de ordem jurídica. No entanto, a marca dos grandes acontecimentos da alta Idade Média não se apagou inteiramente e muitas vezes ainda pode ser detectada. O dualismo jurídico característico da Europa continental – isto é, a coexistência dos direitos romano e germânico – corresponde ao dualismo cultural do mundo romano-germânico da alta Idade Média¹⁴. Em alguns países, como a Inglaterra, onde o legado da civilização romana foi inteiramente perdido, assim como nas regiões a Leste do Reno que escaparam da romanização, o direito canônico era o único elemento romano da prática jurídica. Por outro lado, nos países mediterrâneos, especialmente na Itália, o direito romano permaneceu o fundamento da ordem jurídica – ainda que a contribuição da grande nação lombarda não possa ser subestimada: no Norte da Itália, a Lombardia exerceu por muito tempo uma considerável influência sobre a prática jurídica. A França é um caso especial: no Sul, que corresponde *grosso modo* ao que hoje em dia é o Languedoc, a germanização foi superficial (*Herrensiedlung*) e os princípios essenciais do direito romano foram conservados; no Norte, por outro lado, nos territórios que mais tarde se tornariam francófonos, as invasões foram seguidas por uma ocupação maciça das tribos germânicas (*Bauernsiedlung*) e o direito romano se perdeu. Em consequência, até o fim do *ancien régime* a França esteve dividida. No Norte, região da lei consuetudinária, o direito estava baseado nos costumes germânicos e feudais transmitidos oralmente, enquanto o direito romano prevalecia no Sul, região do direito escrito

14. Esta é a base da expressão “família romano-germânica” proposta pelo comparatista R. David. *Grands systèmes de droit contemporain* (Paris, 1969) para descrever o direito europeu ocidental (que é um dos maiores sistemas de direito, ao lado do Common Law, do direito dos Estados socialistas e do direito religioso).

(“escrito” porque era estabelecido pelo *Corpus iuris* e pelas obras de juristas eruditos). A persistência de regimes matrimoniais diferentes ilustra essa divisão jurídica: na região do direito consuetudinário, seguia-se o regime germânico da comunidade de propriedade; no Sul, o sistema de dotes do direito romano fora mantido.

Algumas características do direito antigo desse período iam desaparecendo à medida que se desenvolvia uma sociedade mais avançada, mas essas características vêm sendo reavaliadas recentemente. O caráter público e oral da administração da justiça, por exemplo, foi em grande parte suprimido no início da época moderna. No entanto, sua importância atual está ligada ao caráter democrático e não-burocrático desses princípios.

Bibliografia

20. Amira, K. Von., *Germanisches Recht I: Rechtsdenkmäler*, 4ª edição por K. A. Eckhardt: Berlim, 1960; Grundriss der Germanischen Philologie 5/1.
- Astuti, G., *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*. Pádua, 1953.
- Bognetti, G. P., *L'età Longobarda*, 4 vols., Milão, 1966-68.
- Buhler, A., “Capitularia relecta. Studien zur Entstehung und Überlieferung der Kapitularien Karls des Grossen und Ludwigs der Frommen”, *Archiv für Diplomatik* (1986), 305-501.
- Clercq, G. de, *La législation religieuse franque*, I: *De Clovis à Charlemagne*, II: *De Louis le Pieux à la fin du IX^e siècle*, Louvain, Paris, Antuérpia, 1936-58.
- Conrat, M., *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter*, I, Leipzig, 1891.
- Davies, W. e Fourace, P. (orgs.), *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, Cambridge, 1986.
- Dilcher, G. e Diestelkamp, B. (eds.), *Recht Gericht Genossenschaft und Policey. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtsteorie. Symposium für A. Erler*, Berlim, 1986.

- Diurni, G., *L'expositio ad Librum Papiensem e la scienza giuridica preirmeriana*, Roma, 1976; Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano, 23;
Le situazioni possessorie nel medioevo. Età longobardo-franca, Milão, 1988; Quaderni di studi senesi, 64.
- Foviaux, J., *De l'Empire romain à la féodalité*, Paris, 1986; Droit et institutions, I.
- Ganshof, F. L., *Qu'est-ce que la féodalité?*, 5ª ed., Paris, 1982.
Recherches sur les capitulaires, Paris, 1958; Société d'Histoire du Droit.
- Gaudemet, J., "Survivances romaines dans le droit de la monarchie franche du V^e au X^e siècle", *Revue d'histoire du droit* 23 (1955), 149-206.
- Guterman, S. L., *From Personal to Territorial Law. Aspects of the History and Structure of the Western Legal-constitutional Tradition*, Metuchen, NJ, 1972.
- Hägermann, D., "Zur Entstehung der Kapitularien", *Festschrift für Peter Acht*, Kallmünz, 1976; Münchener historische Studien, Abt. geschichtliche Hilfswissenschaften, 15, 12-27.
- Hannig, J., *Consensus fidelium. Frühfeudale Interpretationen des Verhältnisses von Königtum und Adel am Beispiel der Frankenreichs*, Stuttgart, 1982; Monographien zur Geschichte des Mittelalters, 27.
- Kauffmann, E., *Aequitatis indicium. Königsgerecht und Billigkeit in der Rechtsordnung des frühen Mittelalters*, 27, Frankfurt, 1959.
- Kern, F., "Recht und Verfassung im Mittelalter", *Historische Zeitschrift*, 120 (1929), 1-79.
- King, P. D., *Law and Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972; Cambridge studies in medieval life and thought.
- Köbler, G., *Das Recht im frühen Mittelalter*, Colônia, Viena, 1971;
 "Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte", 7;
 "Vorstufen der Rechtswissenschaft in Mittelalterlichen Deutschland", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (G. A.), 100 (1983), 75-118.
- Kop, P. C., *Beschouwingen over Let zgn. "vulgaire" Romeinse recht*, Leiden, Haia, 1980.
- Krause, H., "Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der Sächsischen und Salischen Herrscher", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (G. A.) 82 (1965), 1-98.

- Levy, E., *West Roman Vulgar Law: the Law of Property*, Filadélfia, 1961; Memoirs of the American Philosophical Society, 29.
- Mayer-Homburg, E., *Die fränkischen Volksrechte in Mittelalter*, I: *Die fränkischen Volksrechte und das Reichsrecht*, Weimar, 1912.
- Mitteis, H., *Lehnrecht und Staatsgewalt*, Weimar, 1933.
- Nehlsen, H., "Aktualität und Effektivität der ältesten germanischen Rechtsaufzeichnungen", *Recht und Schrift im Mittelalter*, ed. por P. Classen, Sigmaringen, 1977; Vorträge und Forschungen hg. vom Konstanzer Arbeitskreis für mittelalterliche Geschichte, 23.
- Roels, W., *Onderzoek naar het gebruik van de aangehaalde bronnen van Romeins recht in de Lex Romana Burgundionum*, Antuérpia, 1958; Vlaamse Rechtskundige Bibliotheek, 41.
- Scovazzi, M., *Le origini del diritto germanico. Fonti, preistoria, diritto pubblico*, Milão, 1957.
- Sprandel, R., "Über das Problem neuen Rechts im früheren Mittelalter", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (G. A.), 79, 1982, 138-63.
- Weitzel, J., *Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter*, Colônia, 1985; 2 vols.; Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich, 15, I, II.
- Wenskus, R., *Stammesbildung und Verfassung. Das Werden der frühmittelalterlichen Gentes*, Colônia, Graz, 1961.

III. A Europa e o direito romano-germânico, c. 1100-c. 1750

Caráter do período

21. No fim do século XI, a sociedade européia ocidental finalmente deixou para trás a estrutura feudal e agrária arcaica que caracterizara a alta Idade Média. Importantes progressos ocorreram no curso dessa transformação do Ocidente. O estado nacional soberano tornou-se a forma dominante de organização política, e seu símbolo era o monarca absoluto do início da era moderna. A sociedade da Idade Média tardia, na qual as várias ordens sociais lutavam para obter uma parcela do poder através de um sistema representativo dos “estados”, não era mais que uma fase transitória na evolução do Estado, tal como aconteceu com a independência política das grandes cidades nessa época. A emergência de autoridades nacionais deu-se à custa do império e impediu as tentativas germânicas de restaurar o poder universal do Império Romano. Esse mesmo desenvolvimento significou também a diminuição do poder dos senhores feudais enquanto o governo central afirmava-se e fortalecia-se.

A organização da Igreja seguiu uma tendência centralizadora semelhante. Aqui o poder estava concentrado num nível supranacional e permitiu que uma Igreja burocrática e hierarquizada tomasse forma sob a direção do papado.

A economia agrícola fechada e essencialmente senhorial foi substituída por uma economia de mercado. Isso foi

sustentado pelo desenvolvimento do comércio e da indústria internacional, pela intensa circulação de capital e pelo desenvolvimento de um sistema bancário; em outras palavras, pela renovação e transformação da atividade econômica em geral, ajudada pelo surgimento de numerosas cidades. Apesar dos efeitos desanimadores associados ao corporativismo e ao mercantilismo, a livre empresa era a força propulsora da nova economia. A escala do empreendimento capitalista na Idade Média tardia ainda era modesta, já que limitada pelo poder econômico das cidades ou das cidades-repúblicas independentes. No início da era moderna, no entanto, o capitalismo já podia mobilizar os recursos de uma nação inteira e trabalhar em escala mundial. Essa expansão econômica refletia-se na urbanização: a população das grandes cidades da Idade Média ainda era da ordem de 100.000 habitantes, mas, no início da época moderna, já chegava a um milhão. As conseqüências sociais foram claras. O sucesso comercial dos negócios urbanos passou a regular a marcha do desenvolvimento econômico do país. A emancipação social também se estendeu, além das cidades, ao campo. As cidades e seus cidadãos livres, ao exercerem essa dupla pressão, contribuíram decisivamente para a abolição da servidão. E quando a agricultura se comercializou, a estrutura social e econômica do antigo senhor feudal desapareceu.

Houve também um profundo desenvolvimento intelectual. O nível cultural geral elevou-se de maneira considerável, o que se refletiu particularmente na alfabetização e no uso crescente da língua vernácula; o pensamento racional também continuou a ganhar terreno. Foi também nesse período que as universidades surgiram e espalharam-se por toda a Europa. Traziam consigo uma disciplina intelectual baseada nas grandes obras filosóficas e jurídicas da Antiguidade greco-romana. O pensamento antigo era objeto de

estudos intensos, que culminaram na Renascença; depois foi suplantado pelo método científico moderno, que era experimental e se libertara do dogma e dos argumentos baseados na autoridade.

Antes e depois de 1500: continuidade

22. Este capítulo aborda o período que vai até meados do século XVIII. Ignora portanto a periodização e a divisão tradicional (por volta de 1500) entre Idade Média e Idade Moderna¹. É verdade que a periodização tradicional corresponde a mudanças importantes: a fragmentação da unidade da Igreja medieval, a ascensão do absolutismo, as grandes descobertas. O efeito dessas mudanças não pode ser subestimado, mas é da maior importância sublinhar a continuidade que existiu entre a Idade Média tardia e a época moderna. A ascensão do Estado nacional soberano começou de modo incisivo durante os últimos séculos da Idade Média e alcançou seu apogeu na era moderna. A crítica e o ataque ao poder absoluto só adquiriu relevância política no século XVIII (exceto na Inglaterra, onde começou no século XVII). O cristianismo dogmático também sobreviveu à Idade Média, pois, embora o significado dos dogmas cristãos fosse às vezes questionado, não era possível questionar os próprios

1. Muitos historiadores, insatisfeitos com a periodização tradicional, argumentam que uma ruptura tão importante como a que ocorreu por volta de 1500 também se produziu por volta de 1100 e, em conseqüência, propõem uma distinção entre a alta Idade Média e a Idade Média tardia (ou baixa Idade Média). Outros vão mais longe ainda e dividem a história da Europa depois da Antiguidade em três fases: arcaica (até 1100), Europa antiga (até o século XVIII) e período industrial. Esta periodização é seguida especialmente pelo *Zeitschrift für historische Forschung. Halbjahrschrift zur Erforschung des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit*, lançado em 1975, no qual o segundo período é descrito como "período europeu antigo".

dogmas. Essa proibição perdeu todo o seu significado com a difusão das idéias do Iluminismo, no século XVIII. O desenvolvimento econômico foi retardado por limitações impostas pela inadequação das fontes de energia disponíveis até o advento da idade da máquina e o uso industrial do vapor. Durante todo o *ancien régime*, a produção industrial e o transporte fizeram uso de recursos primitivos: a força física do homem, do animal, da água e do vento. E a sucessão de períodos de fome e de epidemias, uma característica constante da Idade Média, persistiu até muito tempo depois de 1500.

As transformações fundamentais que ocorreram nessas várias áreas mudaram profundamente a sociedade do *ancien régime*. A Revolução Industrial trouxe um grande acréscimo de energia potencial e lançou as bases da produção em massa. Foi esse aspecto, ao lado dos avanços científicos, que modelou a idade técnica e industrial moderna, em comparação com a qual toda a história anterior pode ser chamada de pré-industrial.

O Iluminismo (*Aufklärung*) produziu um novo modo de pensar e uma nova concepção do homem e do universo, de agora em diante a base era a razão humana e não mais a religião revelada. Esse movimento em direção às idéias racionais e às descobertas rompeu com milhares de anos de história européia e preparou o caminho para uma nova filosofia – e ao mesmo tempo, para uma nova sociedade, já que as velhas estruturas sociais estavam intimamente ligadas às concepções religiosas do universo. A monarquia por direito divino é um exemplo. Os expoentes das novas idéias atacaram os regimes absolutistas precisamente porque estes estavam baseados em dogmas que agora haviam sido declarados obsoletos e contrários à liberdade do indivíduo. Na Europa, no entanto, o velho sistema político conseguiu sobreviver até o fim do século XVIII; a única exceção foi a Inglaterra, onde o abso-

lutismo foi obrigado a recuar no fim do século XVII. Em alguns estados nacionais, a persistência das velhas estruturas políticas pode ser explicada porque soberanos favoráveis às idéias do Iluminismo empreenderam políticas de modernização. Em outros países, sobretudo a França, foi, em grande parte, a inércia política que conservou a monarquia no poder. A modernização começou tarde na França mas com força máxima, e conduziu à destruição do sistema político do *ancien régime*, primeiro na França e logo em seguida nos outros países europeus.

O desenvolvimento do direito: linhas gerais

23. No desenvolvimento do direito privado, não há uma ruptura dramática entre os séculos XV e XVI. Admite-se que foi por volta de 1500 que a recepção do direito romano surgiu na Alemanha; algumas décadas mais tarde, a homologação dos costumes começou nos Países Baixos; e o século XVI viu a jurisprudência ser dominada pela Escola Humanista. Todos esses acontecimentos, entretanto (que serão examinados detalhadamente), são apenas um estágio dentro de uma longa evolução que remonta à Idade Média. A recepção era uma conseqüência do renascimento do direito romano no século XII e foi apenas uma das muitas formas de interação entre o direito consuetudinário germânico e o direito “erudito” romano, um processo desenvolvido ao longo de vários séculos em toda a Europa. De forma semelhante, o humanismo jurídico constituiu apenas um novo episódio na longa história de assimilação do direito antigo pelo homem europeu. Quanto à redução dos costumes à escrita, só poderemos compreendê-la no âmbito de uma questão fundamental que preocupou as autoridades e juristas da Idade Média em diante: “era necessário ou não preservar o

direito consuetudinário?” Para avaliar o significado desse problema crucial na Europa sob o *ancien régime*, devemos levar em conta os aspectos que a seguir apresentamos.

Assim que o direito consuetudinário deixou de responder às exigências da sociedade, a necessidade de modernização foi se tornando cada vez mais premente. Ela podia ser alcançada quer pela modificação interna do direito “nativo”, quer pela admissão no direito de um sistema existente, que era mais sofisticado e mais capaz de corresponder às novas exigências: no caso, o direito romano. Em suas tentativas de modernizar o direito consuetudinário tradicional e assimilar a doutrina erudita, os países europeus tentaram ambos os métodos e, em consequência, o antigo direito europeu pode ser dito um sistema romano-germânico. No entanto a coexistência dos dois elementos e a influência de um sobre o outro variavam enormemente de país a país, como é típico na Europa. A Alemanha representa o caso extremo da recepção maciça do direito erudito; já o Common Law inglês é o exemplo mais radical de rejeição do direito romano².

Depois de vários séculos de difusão, o direito erudito foi finalmente instituído no século XVI em vários países e regiões da Europa continental. Tal desenvolvimento já era esperado nas regiões mediterrâneas, onde o direito erudito adquirira uma posição predominante desde a Idade Média, assim como na Alemanha, onde fora introduzido por força da autoridade. Mas um desenvolvimento semelhante também pode ser observado em áreas em que os costumes ho-

2. Deve-se ressaltar, no entanto, que, mesmo após a recepção na Alemanha, o antigo direito germânico (o direito saxão entre outros) não perdeu sua importância na prática jurídica. Também na Inglaterra o “Common Law”, embora componente essencial do direito inglês, não era o único sistema em vigor: nos tribunais paralelos, como a Court of Chancery e a High Court of Admiralty (e obviamente nos tribunais eclesiásticos) o direito erudito era aplicado (ver adiante, seção 38).

mologados estavam em vigor. Há vários fatores que podem explicar essa difusão do direito romano em regiões de direito consuetudinário: a erudição jurídica encontrava-se inteiramente sob a influência do direito erudito; os tribunais de justiça estavam cheios de juristas cuja educação universitária fora baseada no direito romano; e os próprios costumes (uma vez homologados) reconheciam freqüentemente que o direito romano exercia um papel suplementar de vínculo. Os séculos XVI e XVII, época clássica do absolutismo, coincidem também com a época clássica do moderno direito romano. Mas o direito romano dessa época era essencialmente um sistema jurídico acadêmico, um “direito de professores”, pouco acessível e pouco inteligível a um público não-iniciado. Era posto em prática em processos burocráticos secretos que procuravam, tanto quanto possível, evitar qualquer contato direto com o povo, ao qual o direito se aplicava.

O significado do direito era freqüentemente obscuro, e a certeza era nele imponderável. Foi um avanço, quando os costumes foram fixados por escrito, no princípio por iniciativa individual, depois por ordem oficial, mas as versões escritas eram muitas vezes altamente imperfeitas e tinham de ser complementadas pelo direito erudito. No entanto, o próprio direito erudito (e esta não era a menor das dificuldades dos praticantes) era então constituído por uma massa de obras às vezes desordenada, interminável e escrita por inumeráveis juristas, inclinados a se contradizerem mutuamente. Embora também houvesse avanço na legislação, não se realizou qualquer codificação geral até meados do século XVIII. As tentativas mais bem-sucedidas limitavam-se à ordenação de áreas específicas do direito (algumas delas importantes, claro) ou simplesmente a coligir estatutos promulgados ao longo dos vários séculos da Idade Média e do *ancien régime*. A diversidade de jurisdições herdadas da

Idade Média fora reduzida através da limitação progressiva do papel dos tribunais municipais, eclesiásticos e corporativos em prol de um sistema de tribunais do Estado moderno, mas essa limitação não levou à sua efetiva supressão. No entanto, os planos para um sistema forense nacional sob o controle da autoridade central estavam longe de se consumar na prática e enfrentavam às vezes uma oposição tenaz: a reforma iluminista tentada por José II nos Países Baixos austríacos desencadeou uma revolução.

O século XVIII marcou o fim da velha ordem jurídica europeia. Vários fatores contribuíram para esse desaparecimento: a recusa em submeter-se às autoridades da Antiguidade, em particular ao direito romano; a procura de uma nova ordem jurídica fundada na razão ou na natureza do homem e da sociedade, tal como era concebida e definida pela razão; o triunfo da idéia de codificação; e o desejo de tornar acessível e democrático o fechado e esotérico mundo do direito e da justiça.

Direito consuetudinário

Desenvolvimento geral

24. O costume foi originalmente a fonte mais importante do antigo direito europeu, tendo exercido também um papel significativo nos séculos seguintes, especialmente no Norte da França e ao Sul dos Países Baixos, regiões de direito consuetudinário. Durante o *ancien régime* o direito consuetudinário sofreu profundas modificações, sobretudo nos aspectos que iremos assinalar. Afirmou-se a tendência para uma maior unidade: no período pós-carolíngio, existiam muitos costumes locais e regionais devido à fragmentação feudal e à independência das cidades. Essa diversidade foi sen-

do progressivamente reduzida através de um processo de concentração e unificação. Na Inglaterra, durante o reinado de Henrique II (1154-89), os tribunais reais centrais já haviam criado um direito nacional consuetudinário único, o Common Law (“Direito Comum”), que era “comum” ao reino e, como tal, contrastava com os costumes locais de menor importância³. Em outros países, a concentração foi menos radical e a diversidade de costumes foi reduzida, mas não eliminada. No Sul da França, a revivescência do direito romano tornou-se desde cedo a base comum da prática jurídica. No Norte, por outro lado, os costumes eram mais resistentes, embora o prestígio e a influência do *Coutume de Paris* tenha conduzido a uma relativa padronização do direito consuetudinário, pelo menos nas regiões mais setentrionais. Ao sul dos Países Baixos, a homologação dos costumes levou à extinção de muitos deles e a uma relativa unificação (essencialmente regional) do direito consuetudinário.

Afirmou-se também a tendência crescente a registrar por escrito os costumes. À primeira vista, trata-se de uma contradição em termos, pois as qualidades por excelência dos costumes são a adaptabilidade, a flexibilidade e a fluidez com que surgem⁴ e desaparecem. Quando uma norma consuetudinária é registrada por escrito, a versão escrita adquire vida própria e uma certa permanência; a escrita fixa o texto e restringe qualquer modificação posterior. Tais efeitos já se faziam sentir nas compilações privadas feitas sob a iniciativa dos praticantes, e a compilação oficial dos costu-

3. O termo “Common Law” tem hoje em dia outras conotações, particularmente a do direito feito pelos julgamentos, isto é, a jurisprudência baseada em precedentes injutivos (*case law*, em inglês), em contraste com o direito estatutário aprovado pelo Parlamento.

4. O surgimento de um costume era às vezes confirmado por investigações jurídicas; de acordo com alguns ensinamentos medievais, dois julgamentos bastavam para provar a existência de um costume.

mes, seguida por sua promulgação com força de lei, completou esse desenvolvimento. O produto final desta operação, conhecida como registro ou “homologação” de costumes, é uma fonte híbrida de direito. Por um lado, os costumes escritos são direito consuetudinário. É assim que são apresentados, e o fato de que tenham sido compilados com base em declarações feitas por testemunhas que experimentaram os usos locais, vem confirmar sua origem consuetudinária. Por outro lado, os textos coligidos eram promulgados depois de uma revisão efetuada pelas autoridades centrais, e os tribunais se comprometiam a aplicá-los, com a exclusão de qualquer outro costume contrário. Já que é raro, como a história mostra, que uma versão promulgada venha a ser adaptada ou modificada posteriormente, o texto estabelecido assemelha-se a um estatuto. Os costumes homologados representam, portanto, uma fase de transição entre os costumes autênticos, formados espontaneamente e desenvolvidos no começo da Idade Média, e a verdadeira legislação do período seguinte.

Nos Países Baixos, onde as autoridades estavam nitidamente sob a influência do exemplo francês do século XV⁵, Carlos V decretou a homologação em 1531. Sua ordem dirigia-se, evidentemente, ao conjunto das 17 províncias, já que a essa altura não havia como prever a secessão que ocorreria no reinado de Filipe II. A execução do programa de homologação foi muito lenta, e a ordem teve de ser reiterada vá-

5. *Ordonnance* de Montil-lez-Tours, promulgada por Carlos VII em 1454; o texto do costume da Borgonha já fora promulgado em 1549 pelo duque Filipe o Bom. Depois de uma mudança de método, a compilação oficial de costumes foi desenvolvida em grande parte após 1497; entre 1500 e 1540, um total de quase 600 costumes, a maior parte da França central e setentrional, foi registrado pela escrita. A voga da compilação foi seguida de 1555 até 1581 por uma reforma de costumes. Os costumes reformados permaneceram em vigor até o fim do *ancien régime*. Ao longo dos séculos XVII e XVIII, observa-se apenas uma ou outra nova tentativa de compilação.

rias vezes, primeiro pelo próprio Carlos V, depois por Filipe II e, mais tarde, pelos arquiducos Alberto e Isabela. O processo de homologação passava por várias etapas: primeiro, as autoridades locais produziam um projeto; depois, esse projeto era examinado pelos conselhos provinciais e regionais ou pelos tribunais de justiça; em seguida, era revisto pelo Conseil Privé em Bruxelas; por fim, o soberano confirmava e promulgava o texto definitivo por decreto. Com poucas exceções, tal processo não previa qualquer participação de instituições representativas, como as assembléias do Estado.

No total, foram registrados por escrito 832 costumes e homologados 96. Como a homologação só foi realizada efetivamente na segunda metade do século XVI e como as circunstâncias políticas da época tornavam difícil aplicar as instruções reais nas províncias do Norte, a grande maioria dos costumes homologados pertence às províncias do Sul⁶. O programa de homologação tinha como objetivo melhorar a certeza jurídica, objetivo esse que foi amplamente alcançado. Algumas das compilações de costumes eram códigos virtuais como, por exemplo, a versão (não-homologada) do Costume da Antuérpia de 1608, que contém nada menos que 3.832 artigos. Mas a maioria era bem mais modesta. Para preencher as lacunas no direito consuetudinário, o direito erudito (isto é, o direito romano e o direito canônico) foi declarado compulsoriamente aplicável, e é isso que significa papel complementar do “direito comum escrito”. Mesmo no estágio de compilação e de revisão, o direito erudito já conseguira influenciar a terminologia dos textos e, às vezes, também sua substância. Um objetivo adicional da homologação

6. Assim, na Holanda, os costumes não foram homologados e, no século XVII, a erudição jurídica preencheu a lacuna ao criar o direito romano-holandês.

era a unificação do direito, mas esse objetivo só foi alcançado parcialmente. Em algumas províncias, sobretudo nas regiões rurais, como Namur, Luxemburgo e Frísia, foi instituído um único *Coutume* provincial, e todos os costumes locais foram conseqüentemente ab-rogados. Em Hainaut e em Artois, um costume provincial superpunha-se aos costumes locais, enquanto em Flandres e em Brabante manteve-se um grande número de costumes diferentes e independentes entre si, devido à ausência de um direito consuetudinário “comum” no nível provincial⁷. Apesar da ab-rogação de aproximadamente 600 costumes, os Países Baixos preservaram cerca de 100 costumes homologados, e mais de 800 escritos; a homologação, portanto, limitou a fragmentação do direito, mas contribuiu também para manter a diversidade de costumes até o fim do *ancien régime*.

O costume tornou-se objeto de estudos jurídicos eruditos, que certamente afetaram sua espontaneidade original. Os costumes homologados eram o tema mais freqüente de tais estudos; embora as obras dos juristas fossem inspiradas principalmente pelo direito romano, no qual tinham sido formados, não estava fora de seu alcance comentar esse novo “direito escrito” que adquirira a força de estatuto. No continente, as compilações e as avaliações do direito consuetudinário apareceram no século XIII. Nas primeiras obras, não se encontra qualquer vestígio de direito erudito, mas logo o ensino universitário começou a se refletir, em graus que variavam de um autor a outro, no uso do direito erudito. O caráter flexível e algo ingênuo do costume se perdeu, inevitavelmente, quando teve de se submeter a uma erudição baseada em maior ou menor grau no direito romano. Nas pró-

7. Em Flandres, 227 costumes foram passados para a forma escrita e 37 homologados; em Brabante e Limburgo o montante foi de 124 e 8, respectivamente.

ximas seções, iremos nos referir às principais obras consuetudinárias da França e dos Países Baixos.

Os coutumiers franceses da Idade Média

25. A mais célebre das obras consuetudinárias francesas (*coutumiers*) do século XIII é a de Philippe de Beaumanoir, a *Coutumes de Beauvaisis*, escrita por volta de 1279-83⁸. O autor, um membro dos tribunais reais, era antes de tudo um praticante, mas provavelmente possuía formação universitária. Sua clara e informada avaliação aborda tanto o direito consuetudinário de Beauvaisis quanto os costumes de Vermandois e de Paris. Ele também examina a jurisprudência, em particular as do Parlamento de Paris, e o direito erudito, tanto romano quanto canônico. Beaumanoir foi o iniciador de um gênero, e sua tentativa de formular e sistematizar ao mesmo tempo as normas consuetudinárias foi muito bem-sucedida. Sua obra foi escrita em francês e podia ser usada na prática jurídica cotidiana. Ela ajudou a divulgar a terminologia, os princípios e a doutrina jurídica do direito erudito junto a um vasto público.

Duas outras obras importantes sobre o costume surgiram no fim do século XIV. A primeira tratava essencialmente do *Coutume de Paris*, e a segunda do direito consuetudinário do Norte. Jacques d'Ableiges, que era o bailio do rei em várias regiões, foi o autor de uma obra concluída por vol-

8. Edição moderna por A. Salmon em 2 volumes, 1899-1900 (reimpresso em 1970), completada por um terceiro volume: G. Hubrecht, *Commentaire historique et juridique* (Paris, 1974). P. Bonnet-Laborde (org.), *Actes du colloque international Philippe de Beaumanoir et les Coutumes de Beauvaisis (1283-1983)* (Beauvais, 1983). A obra caracteriza tão bem o antigo direito medieval que até foi traduzida para o japonês por Hiroshi Hawawa em 1971 (no Japão há um grande interesse pelo feudalismo ocidental).

ta de 1388 conhecida como *Grand Coutumier de France*. O título, dado em época mais recente, é equivocado: d'Ableiges não aborda o direito consuetudinário francês em geral (a variedade de costumes fazia com que isso fosse impossível), mas sim com o *Coutume de Paris* e das áreas circunvizinhas, que iria mais tarde desempenhar um papel importante na formação do direito comum francês. Suas fontes eram a jurisprudência do Châtelet (tribunal de primeira instância de Paris) e a do Parlamento de Paris, mas também versava sobre sua própria experiência jurídica. Sua obra exerceu uma grande influência⁹.

Jean Boutillier era também um agente do rei, exercendo sua função, entre outros lugares, em Tournai, na época um burgo real francês, como conselheiro e magistrado. Sua *Somme Rurale*, que data provavelmente de 1393-6, foi concebida como um exame das leis consuetudinárias do Norte da França e, ao mesmo tempo, como uma introdução ao direito erudito, destinada ao leitor comum, sem formação universitária. A intenção do autor de escrever uma obra de popularização já está implícita no título *Somme Rurale*, que sugere uma obra geral acessível ao público de origem rural. O fato de o livro ter sido escrito em francês coloca-o num lugar à parte entre os tratados eruditos da época, nos quais o uso do latim era de rigor. Boutillier usou as fontes dos direitos romano e canônico, e também a jurisprudência com a qual estava familiarizado, não apenas por causa de sua própria experiência como ainda pelas consultas feitas aos registros dos tribunais superiores de justiça, em particular o Parlamento de Paris. Essa introdução ao direito erudito em vernáculo mostrou-se útil e popular. Como o direito consuetudinário examinado na obra de Boutillier estava próximo do dos Países Baixos, não é de surpreender que ela tenha al-

9. Edição moderna por E. Laboulaye e R. Dareste (Paris, 1868).

cançado sucesso também aí, e tenha sido logo impressa e, pouco depois, traduzida para o holandês¹⁰.

Os comentadores franceses da época moderna

26. No século XVI a tradição dos *coutumiers* continuou. Atingiu seu ponto mais alto com a obra de Charles Du Moulin († 1566), o mais eminente comentador erudito do direito consuetudinário francês. Du Moulin era especialista em direito romano, ao qual consagrou várias obras originais que atestam sua qualidade como romanista¹¹. Mas seus principais estudos foram dedicados ao direito consuetudinário; seu grande projeto era desenvolver os princípios do *Coutume de Paris* e chegar a uma unificação do direito consuetudinário francês. O significado da opção fundamental de Du Moulin só pode ser avaliado quando se consideram as relações entre o direito consuetudinário e o *ius commune* em outros países no mesmo período. A Alemanha e a Escócia haviam optado pela intro-

10. *Editio princeps*: Bruges, 1479 (numerosas reimpressões); primeira edição holandesa: Delft, 1483 (também com numerosas reimpressões). Na ausência de uma edição crítica moderna, a edição preferida é a publicada por L. Charondas le Caron (Paris, 1603). Sobre Boutillier, ver G. van Dievoet, *Jean Boutillier en de Somme rurale* (Louvain, 1951); R. Feenstra, "La source du titre des droits royaux de la 'Somme rurale de Boutillier'", *Revue de Nord* 40 (1958), 235-44; R. Feenstra e M. Duynstee, "Le 'cas brief' selon le droit civil". Annexe de la Somme rurale de Jean Boutillier empruntée aux "Casus legum" des Decretales", *Revue d'histoire du droit* 51 (1983), 365-400.

11. Ver especialmente as obras sobre o direito de obrigações, que constituem a base de algumas doutrinas do *Code civil* (ver artigos 1.217-25 e sua teoria das obrigações divisíveis e indivisíveis). J.-L. Thireau, "Aux origines des articles 1.217 à 1.225 du Code civil: l'extricatio labyrinthi dividui et individui de Charles du Moulin", *Revue d'histoire du droit* 15 (1938), 51-109. J.-L. Thireau, *Charles du Moulin (1500-66). Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance* (Genebra, 1980).

dução do direito erudito. Em princípio, esta solução deveria trazer as mesmas vantagens para a França, pois a técnica jurídica do direito erudito era sem dúvida superior à do direito consuetudinário e, nos territórios meridionais do reino, o direito escrito era amplamente usado. Du Moulin, no entanto, opôs-se à adoção do direito romano como direito comum da França, pois estava convencido da necessidade de um direito francês unificado e pretendia basear tal unificação nos estatutos e costumes do reino. O direito comum francês devia ser constituído não com base no direito erudito (o *ius commune* europeu) mas no acervo comum de costumes franceses: *consuetudines nostrae sunt ius commune* (uma frase de seu *De feudis*, de 1539)¹².

As reservas de Du Moulin em relação ao direito romano eram essencialmente políticas: o direito romano era o direito “imperial” e, na época de Du Moulin, o Sacro Império Romano dos Habsburgos era o mais temível inimigo da França. A essa objeção de princípio, acrescentavam-se objeções jurídicas: os costumes eram confessadamente imperfeitos, mas o próprio direito romano não podia reivindicar a perfeição. A obra da escola humanista tornara possível ver que o *Corpus iuris* era um produto da história humana, e agora os juristas estavam conscientes de seus defeitos. Os humanistas eruditos tinham mostrado também o quanto ele fora mal entendido pelos comentadores medievais, cuja autoridade era ainda altamente aceita no século XVI. Budé fez uma lista desses erros de interpretação no seu *Annotationes in XXIV libros Pandectarum* (1508). Donellus († 1591), em seu *Commentarii de iuri civili* de 1589-90, chegou a expressar sérias reservas em relação à qualidade das compilações de Justiniano. E se o direito romano não era a expressão

12. No mesmo registro ver *Oratio de concordia et unione consuetudinum Francie* (edição póstuma, 1576).

perfeita, intrinsecamente superior, da razão universal, por que deveria a herança do direito francês ser sacrificada por sua causa? Outro jurista francês, François Hotman († 1590), huguenote e adversário do absolutismo, também se expressou no mesmo sentido. Seu *Anti Tribonianum sive dissertatio de studio legum*, de 1567, é ao mesmo tempo um ataque virulento ao direito romano e um arrazoado em favor da unificação do direito francês, baseado nos costumes nacionais, estudado com a exatidão do jurista erudito e enriquecido pela doutrina jurídica medieval.

A principal obra de Du Moulin foi seu comentário sobre o *Coutume de Paris*. O texto do *Coutume* fora publicado em 1510, e a importância da obra de Du Moulin está ilustrada pelo fato de que as principais modificações e correções feitas na época da “reforma” do *Coutume* derivaram de seu comentário crítico. Du Moulin também escreveu *Notae solennes* (1557) sobre o costume de Paris e de outros lugares. Ele sempre conservou a esperança na unificação do direito consuetudinário francês, algo que nunca se realizou.

Entre outros renomados comentadores eruditos dos costumes franceses, devemos mencionar Bernard d’Argentré († 1590), comentador do costume da Bretanha; Guy Coquille († 1603), que comentou o costume de Nivernais¹³ e escreveu uma *Institution au droict des Français* (1607)¹⁴, em que expunha os princípios gerais do direito francês; e Antoine Loisel († 1617), autor do muito influente *Institutes coutumières*. Loisel tentou separar e ordenar sistematicamente os temas e os elementos comuns aos vários costumes e, com essa finalidade, referiu-se principalmente ao *Coutume de Paris*.

13. *Coutumes du pays et duché de Nivernais, avec les annotations et commentaires de M. Gui Coquille* (Paris, 1605).

14. Cf. M. Reulos, *Étude sur l’esprit, les sources et la méthode des Institutes coutumières d’Antoine Loisel* (Paris, 1935).

Se a obra desses autores sobre os costumes ilustra quanto progresso fora feito desde os primeiros esboços e projetos do século XIII, mostra também como foi grande a contribuição dada à literatura consuetudinária através dos séculos, pela erudição baseada no *Corpus iuris*.

Comentadores dos Países Baixos

27. Nos antigos Países Baixos, particularmente no antigo condado de Flandres, o direito consuetudinário local também foi estabelecido em *coutumiers* (em holandês, *rechtsboeken* ou “livros de direito”). O anônimo *coutumier* conhecido como *Facet* aborda o costume de St. Amand-en-Pévèle (na castelania de Douai) e data de 1265-71. A versão original não mostrava nenhuma influência do direito romano, em contraste com os acréscimos dos séculos XIV e XV¹⁵. O autor do *coutumier* de Lille, no entanto, é conhecido: era o secretário da cidade, Roisin. Lille já era importante na Idade Média, e esta obra, conhecida como *livre Roisin*, foi composta por volta de 1280 (os trechos mais antigos datam de 1267). Era inteiramente baseada no direito consuetudinário e o direito erudito só apareceu nos acréscimos feitos no século seguinte¹⁶. Do mesmo modo, dois *coutumiers* anônimos da pequena cidade flamenga de Aardenburg eram desprovidos de elementos eruditos: *Wetterlijchede* e *Tale en Wedertale*¹⁷. Essas obras seguem de perto a prática e o processo forenses: as intimações e as defesas das partes ou seus advogados (*taelmannen*) são com frequência repetidas literalmente, criando um quadro bem vivo da prática da época.

15. Edição moderna de E. M. Meijers e J. J. Salverda de Grave, *Les lois et coutumes de Saint-Amand* (Haarlem, 1934).

16. Edição moderna: R. Monier (Lille, 1932).

17. Editado por G. A. Vorsterman van Oyen (Haia, 1892).

O mais conhecido dos *coutumiers* holandeses, o *Rechtsboek van Den Briel* de Jan Matthijssen († 1423), um secretário municipal, também pertence à tradição dos *coutumiers* sem a presença de quaisquer elementos do direito romano. A obra de Matthijssen é admirável sobretudo por sua descrição integral e exata de aspectos substantivos e processuais, tanto do direito civil quanto do direito penal¹⁸.

A partir do século XV, o direito erudito pode ser encontrado nos *coutumiers* holandeses, entre os quais o de W. van der Tanerijen e Phillipe Wielant. Willem van der Tanerijen († 1499), de Antuérpia, foi educado na universidade e seguiu uma carreira de funcionário e magistrado, especialmente como conselheiro do Conselho de Brabante e do Grande Conselho de Maria de Borgonha. Por causa de seus deveres no Conselho de Brabante, teve à sua disposição os meios para descrever o direito consuetudinário de Brabante em seu *Boec van der loopender Practijken der Raidtcameren van Brabant* (1474-6, cuja última edição data de 1496). Nele Van der Tanerijen advogava a difusão do direito romano e baseava-se em numerosos elementos romanos para seu exame do direito brabanção. Alguns capítulos, por exemplo o que examina as obrigações, parecem mais um tratado de direito romano. Na ausência de estudos históricos detalhados, é difícil dizer se a prática do Conselho de Brabante era de fato tão fortemente impregnada pelo *Corpus iuris* quanto Van der Tanerijen sugere. De qualquer modo é espantoso que essa obra vasta e bem estruturada não tenha sido, ao que parece, amplamente difundida; até o aparecimento de uma edição moderna erudita, ela permaneceu virtualmente desconhecida¹⁹.

18. Editado por J. A. Fruin e M. S. Pols (Haia, 1880).

19. Editado por E. I. Strubbe (Bruxelas, 1952). Sobre Van der Tanerijen, ver *Nationaal Biografisch Woordenboek V* (1972), col. 877-81.

A obra de Phillipe Wielant († 1520), de Gand, alcançou mais sucesso. Como Van der Tanerijen, Wielant teve formação universitária e fez carreira (entre outras atividades) como magistrado no Parlamento de Malines (1473), no Grande Conselho (1477), no Conselho de Flandres (1482) e finalmente no Grande Conselho de Malines (1504). Sua obra, no entanto, está mais ligada ao direito consuetudinário provincial, e ele conseguiu identificar e formular seus traços comuns melhor do que seus contemporâneos. A grande ambição de Wielant era produzir um resumo do direito civil e penal flamengo de sua época, sem renunciar à sua formação universitária em direito romano. Esse objetivo deixa-se revelar principalmente a partir da estrutura de sua obra, da terminologia empregada e de sua abordagem do processo. Suas duas obras principais foram *Practijke criminele*, provavelmente escrita por volta de 1508-10 e dedicada ao direito penal e ao processo²⁰, e *Practijke civile* (1508-19), dedicada ao direito civil e, em especial, ao processo civil²¹. Wielant não se mostra a favor nem de abolir o direito consuetudinário, nem de obstruir a difusão européia do direito erudito. Sua obra realiza uma síntese que conserva a posição fundamental do direito consuetudinário, ao mesmo tempo que assimila os avanços doutrinários do direito acadêmico, especialmente os da Escola Bartolista. Tais qualidades asseguraram às obras de Wielant, escritas em holandês, um

20. Editado por A. Orts (Gand, 1872).

21. *Editio princeps*, Antuérpia, 1558. A primeira edição que faz justiça à obra de Wielant é a de A. van Tsestich, advogado junto ao Grande Conselho (reimpressa, com uma introdução de E. I. Strubbe, Amsterdam, 1968). Wielant também produziu o *Recueil des antiquités de Flandre*, um ensaio de história institucional, e um estudo sobre o direito feudal flamengo. Em 1503, dedicou uma obra ao direito da cidade de Haarlem. D. van den Auweele, G. Tournoy e J. Monballyu, "De bibliotheek van Mr Filips Wielant (1483)", em *Lias. Sources and Documents Relating to the Early Modern History of Ideas*, 8 (Amsterdam, 1981), 145-87.

vasto público nos círculos jurídicos, nos quais poucos praticantes tinham formação suficiente para embarcar em longos comentários latinos, mas para os quais o direito erudito não podia continuar a ser ignorado. A obra de Wielant era típica da tendência geral do direito dos Países Baixos durante o século XVI: o direito consuetudinário era mantido, mas, ao mesmo tempo, a ordem jurídica abria-se à contribuição européia do *ius commune*. Através de traduções para o francês, alemão e, em particular, para o latim, a obra de Wielant alcançou uma grande circulação fora dos Países Baixos. Joos de Damhouder († 1581), um advogado de Bruges, publicou as traduções latinas das duas obras principais de Wielant (*Praxis rerum criminalium* e *Praxis rerum civilium*) sob seu próprio nome, sem mencionar o de Wielant²². Escreveu também um tratado (desta vez, obra de sua autoria) sobre a tutela e os curadores²³.

Nos séculos XVII e XVIII, vários advogados dos Países Baixos Meridionais escreveram tratados ou comentários sobre o direito em vigor em suas províncias. Essas obras baseavam-se sobretudo nos costumes, ordenações e jurisprudências, embora fossem fortemente influenciadas pelo direito romano. Neste período merecem atenção as obras de François van der Zype († 1650), autor de *Notitia juris belgici* e de obras sobre o direito canônico que alcançaram circulação internacional; Antoon Anselmo († 1668), autor, *inter alia*, do *Codex Belgicum*; Georges de Ghewiet († 1745), autor de *Précis des Institutions du droit belge* e de *Institutions du droit belge*; Jean-Baptiste Verlooy († 1797), autor do *Codex Brabanticus*, uma tentativa

22. Para a *Praxis rerum criminalium*, Damhouder fez acréscimos substanciais de sua própria lavra, o que não aconteceu em sua edição da *Praxis rerum civilium*.

23. Ver *Nationaal Biografisch Woordenboek V* (1972), col. 1.009-19. Sobre Damhouder, *ibid.*, col. 273-84, e E. I. Strubbe, "Joos de Damhouder als criminalist", *Revue d'histoire du droit* 38 (1970), 1-65.

de racionalizar e codificar a legislação em vigor em Brabante, sob títulos dispostos em ordem alfabética. Em sua sistematização, ele recorreu à erudição e ao direito consuetudinário; sua obra se tornou a mais útil de todas (assim também como a mais difícil de completar), já que as fontes aí estudadas e ordenadas compreendiam sete séculos²⁴.

Países Baixos Setentrionais: direito consuetudinário e direito romano-holandês

28. Não houve escassez de obras sobre os costumes regionais nas Províncias Unidas. Contudo, na Holanda, de longe a província mais importante, o desenvolvimento foi único e admirável. Aí, os costumes não haviam sido homologados e, deste modo, o direito romano exercia maior influência, embora o direito consuetudinário não tivesse sido abandonado. O resultado foi uma síntese do direito romano (principalmente) e do direito consuetudinário holandês (em segundo plano). Até o fim do *ancien régime*, essa síntese exerceu uma influência decisiva sobre o direito da República e ainda hoje subsiste na África do Sul. O criador dessa síntese, delineada em *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* (1620, publicado pela primeira vez em 1631), foi Hugo de Groot (Grotius), o mais eminente jurista produzido pelos Países Baixos na era moderna, conhecido como a principal figura da Escola de Direito Natural²⁵.

24. Cf. J. van den Broeck, “J. B. C. Verlooy, Codex Brabanticus (1781)”, *Revue d'histoire du droit* 46 (1978), 297-325; J. van de Broeck, J. B. C. Verlooy, *voortstrevend jurist en politicus uit de 18e eeuw, 1746-97* (Antuérpia e Amsterdam, 1980).

25. A expressão “romano-holandês” não foi usada por Grotius, e só apareceu em 1652 em *Paratitula juris novissimi, dat is een Kort Begrip van het Rooms Hollands Regt* (na edição de 1664, o subtítulo virou o título principal).

O *ius commune* europeu

A redescoberta do Corpus iuris

29. Por volta de 1100 o Ocidente redescobriu o *Corpus iuris civilis* de Justiniano. Não foi apenas uma questão de encontrar o texto integral da compilação; significou que dessa data em diante o texto foi estudado, analisado e ensinado nas universidades. Os estudiosos do direito glosaram e comentaram as antigas compilações oficiais e construíram gradualmente um direito neo-romano ou um direito romano medieval²⁶, que se tornou a base comum para o ensino universitário e para a ciência jurídica em toda a Europa²⁷. O direito romano medieval, ou direito “civil”, junto com o direito canônico (que por sua vez era fortemente influenciado pelo direito romano), criou o direito erudito comum para todo o Ocidente: daí o seu nome *ius commune*. O componente romano desse direito comum escrito era a sua parte essencial, pois os princípios, a terminologia e a doutrina do direito de Justiniano constituíam a base do estudo do direito canônico, e não o contrário²⁸.

Ao *ius commune* deve-se contrapor o *ius proprium*, o direito “particular” que estava em vigor, em suas inúmeras variações, em diversos países, regiões e cidades da Europa, sob a forma de costumes, ordenações e cartas²⁹. O estudo do

26. Em francês, sugeriu-se que, por analogia com *médio-latin*, dever-se-ia falar de *médio-romain* para o direito romano medieval.

27. Exceto para a Rússia e territórios ocupados pelos turcos.

28. Este é o significado da máxima “legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil” (*Decretum* C.7 D.10). Cf. F. Merzbacher, “Die Parömie legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil”, *Studia Gratiana* 13 (1967), 273-82.

29. O termo é, sem dúvida, emprestado de *Institutes* 1.2.1: “quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis”.

direito romano na Idade Média poderia ter-se limitado, talvez, à pura pesquisa acadêmica, como nossa própria abordagem, por exemplo, do antigo direito egípcio. Mas não foi o que aconteceu. Durante séculos, a doutrina jurídica romana permeou a prática jurídica de vários modos (que serão examinados), e o direito erudito medieval influenciou, portanto, o desenvolvimento jurídico em maior ou menor medida em todas as partes da Europa ocidental. Esta recepção de um direito estrangeiro pode ser chamada de aculturação jurídica ou “transplante jurídico”³⁰. Para o Ocidente, na Idade Média tardia, o direito romano era um direito novo e estrangeiro. Era-o inteiramente no Norte, mas até mesmo nas regiões mediterrâneas, onde, sob a influência germânica e feudal, o direito afastara-se bastante do direito antigo.

Não há nada de excepcional na recepção de um sistema jurídico estrangeiro considerado tecnicamente superior. Às vezes é um processo repentino, deliberado; às vezes uma infiltração lenta, uma osmose gradual, imperceptível. Um exemplo bem conhecido de assimilação do primeiro tipo (deixando de lado a recepção na Alemanha, no começo da época moderna) é a decisão das autoridades japonesas, no século XIX, de introduzir o direito civil ocidental (principalmente o alemão, mas incluindo também o francês) numa política consciente de ocidentalização com o objetivo de libertar o país dos grilhões feudais³¹. Neste exemplo, o Japão

30. Cf. A. Watson, *Legal Transplants* (Edimburgo, 1974).

31. Cf. as observações gerais de W. Wilhelm, “Bemerkungen zur Rezeption ausländischen Rechts”, *Ius commune*, 5 (1975), 122-37; A. B. Schwarz, “Rezeption und Assimilation ausländischer Recht” em H. Thieme e F. Wieacker (eds.), *Gesammelte Schriften von A. B. Schwarz* (Karlsruhe, 1960); W. Fikentscher (org.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen* (Friburgo, 1980; Veröffentlichungen Inst. Hist. Anthropologie, 2). Sobre o Japão, W. G. Beasley, *The Meiji Restoration* (Stanford, 1973); Z. Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan* (Frankfurt, 1970); R. W. Bowen, *Rebellion and Democracy in Meiji Japan* (Berkeley,

optou por um direito estrangeiro, mas contemporâneo, atual. Em contraste, a assimilação do *ius commune* na Idade Média estava vinculada ao direito de um império e de uma civilização que desaparecera séculos atrás e da qual o *Corpus iuris* era, por assim dizer, apenas uma relíquia embalsamada. Deste modo a continuidade de uma evolução milenar, que fora provisoriamente interrompida por Bizâncio no século VI, foi reatada pela Itália no século XII.

O entusiasmo que caracterizou o estudo do *Corpus iuris*, à medida que se estendeu da Itália às várias sociedades do Ocidente, era só uma parte do renascimento cultural mais amplo, de que um dos aspectos foi a fundação de universidades. Além do direito antigo, a filosofia grega (Aristóteles) e a ciência greco-árabe (medicina, física, matemática) foram descobertas, traduzidas e comentadas. A autoridade do ensino antigo era absoluta; o que as Sagradas Escrituras eram para a teologia, Aristóteles era para a filosofia, Galeno para a anatomia e o *Corpus iuris* para o direito. Mas motivos e necessidades adicionais mantiveram o interesse pelo antigo direito romano: as cidades e os principados em crescimento precisavam de um arcabouço jurídico adaptado às novas estruturas administrativas; e, durante a controvérsia das investiduras, cada lado procurou os argumentos para sustentar sua causa nos textos do *Corpus iuris*.

Podemos distinguir três grandes escolas de estudo do direito romano de acordo com a abordagem e o método adotados: os glosadores do século XII até a primeira metade do século XIII; os comentadores dos séculos XIV e XV; e os humanistas do século XVI.

1981); T. M. Huber, *The Revolutionary Origins of Modern Japan* (Stanford, 1981); Y. Okubo, “Gustave Boissonade, père français du droit japonais moderne”, *Revue française du droit français et étranger* 59 (1981), 29-54.

Os glosadores do direito romano

30. O *Corpus iuris* estudado pelos glosadores (aos quais deve o seu nome) era o texto integral da compilação de Justiniano, que fora descoberto no século XI³². O texto que os glosadores estudaram e ensinaram é conhecido como *Littera vulgata* (“vulgata”, no sentido de edição-padrão) ou *Littera Bonniensis* (isto é, a versão ensinada em Bolonha, universidade em que a Escola dos Glosadores floresceu). Esta edição medieval estava muito próxima, mas não era idêntica, do texto autêntico promulgado por Justiniano³³; no entanto, mostrava-se certamente adequada às necessidades da época.

Naturalmente o *Digesto* era a parte mais importante. Parece ter sido ignorado no Ocidente desde o século VII até que um manuscrito do século VI reapareceu, no Sul da Itália, no século XI: o *Littera Pisana*³⁴. Este manuscrito era evidentemente a base de uma cópia feita por volta de 1070, que, com outros manuscritos, formou a base da edição-padrão seguida pelos glosadores. O *Codex* de Justiniano não desaparecera completamente da Itália na alta Idade Média,

32. Cf. seção 12.

33. As tentativas para restaurar e reconstituir o texto original de Justiniano não remontam além da Escola Humnista: as primeiras edições do *Corpus* ainda seguem a *Littera vulgata*. Só no século XIX é que o método histórico moderno conseguiu produzir uma edição crítica completa do suposto original. A edição crítica ainda em uso é a de Th. Mommsen, P. Krüger, R. Schöll e G. Kroll (Berlim, 1868-95).

34. Assim chamado porque o manuscrito esteve em Pisa até 1411, quando, após a conquista da cidade em 1406, foi levado para Florença, onde está preservado até hoje na Biblioteca Lorenziana. Desde então o manuscrito passou a ser conhecido como *Codex Florentinus*, e o texto é designado como *Littera Florentina*. E. Spanesei, *Le Pandette di Giustiniano. Storia e fortuna della Littera Florentina. Mostra di codici e documenti* (Florença, 1983). Ver S. Kuttner, “The revival of jurisprudence” em *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, R. Benson e G. Constable (orgs.), Cambridge, Mass., 1982, 299-323.

mas era conhecido apenas numa versão impiedosamente condensada. Tal como aconteceu com o *Digesto*, os textos integrais só reapareceram no século XI³⁵. Já o texto integral dos *Institutes* não se perdera na alta Idade Média, pelo menos na Itália. Além do mais, os glosadores conseguiram estudar as *Novelas* na compilação conhecida como *Authenticum*³⁶, cujos manuscritos existentes remetem a uma época não anterior ao século XI³⁷.

Os glosadores tiveram que criar métodos e princípios para assimilar e compreender o *Corpus iuris*. Seu objetivo principal era semelhante ao dos teólogos escolásticos: do mesmo modo que estes procuravam elucidar, à luz da razão humana, uma Escritura cuja autoridade era absoluta, também os juristas procuravam compreender o *Corpus iuris* com a ajuda da lógica formal. A primeira tarefa era apreender o significado exato do texto justiniano, explicando-o palavra por palavra ou parafrazeando os termos e passagens obscuras e difíceis do *Corpus*. O nome da Escola dos Glosadores denota precisamente que a principal atividade desses juristas era “glosar”³⁸ os textos romanos.

As “glosas”, no sentido de explicações ou esclarecimentos, às vezes iam além da exegese puramente literal, por exemplo, quando o significado de uma regra era esclarecido pela referência a outros trechos do *Corpus* (“textos paralelos”) contendo outros princípios ou qualificações que contribuíam para um melhor entendimento do texto. Era ine-

35. Pelo menos os nove primeiros livros; os últimos três livros reapareceram mais tarde. Daí que, na Idade Média, *Codex* significava os livros de I a IX; os livros de X a XII formavam um grupo separado, conhecido como *Tres libri*.

36. Ver seção 12.

37. A *Epitome Juliani*, que era amplamente conhecida na alta Idade Média, foi pouco usada pelos glosadores.

38. *Glossa* significa “palavra” (como em “glosas malbérgicas”) assim como “exegese de uma palavra”.

rente à estrutura do *Corpus* que um mesmo assunto pudesse ser tratado em lugares diferentes, quer no *Codex* (quando é assunto de uma constituição imperial), quer no *Digesto* (quando, por exemplo, é o parecer de um jurista). A referência aos textos paralelos permitia certamente melhor visão de determinada questão.

Ao mesmo tempo, as referências cruzadas traziam à luz disparidades e, às vezes, até mesmo contradições, que Triboniano e seus colegas não tinham conseguido evitar na compilação. Hoje em dia parece natural que uma compilação de materiais de várias fontes e de diferentes períodos não pudesse sempre exibir um todo perfeitamente coerente. Para os juristas da Idade Média, no entanto, o *Corpus* representava a própria perfeição, logo as suas contradições não podiam ser genuínas, mas apenas aparentes³⁹. Portanto, os glosadores procuravam eliminar essas antinomias, recorrendo particularmente à técnica da *distinctio* (uma distinção minuciosa entre os diferentes significados de uma palavra particular)⁴⁰. Ao aplicarem essa técnica, eram às vezes tentados a cometer sutilezas excessivas ou artifícios lógicos. Tais excessos podem explicar a infeliz reputação dos juristas eruditos, que eram acusados de distorcer o direito, deturpando o verdadeiro significado dos textos. Por outro lado,

39. Daí a expressão medieval *in hortulo juris nil spinosum* (“não há espinhos no jardim da lei”). Ainda no século XVII, Jean Bouhier († 1746) subscrevia a declaração de Claude de Ferrière († 1715) de que “o direito romano está fundado na razão natural e no princípio de igualdade; é um lampejo de divindade que Deus comunicou ao homem”.

40. Por exemplo, a constituição C.4.35.21 *in re mandata* afirma que cada homem é *suae rei arbiter* enquanto D.4.8.51 *si de re sua* declara que ninguém pode ser *de re sua arbiter*. A contradição aparente é evitada ao se distinguir o significado das duas expressões: no primeiro caso, cada um é senhor de sua própria propriedade e pode assumir a responsabilidade de dispor dela; no segundo caso, trata-se de um árbitro chamado a julgar seu próprio caso. Cf. R. Feenstra, “Historische aspecten van de private eigendom als rechtsinstituut”. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (1976), 248-75.

os mesmos métodos tinham mais do que um uso meramente acadêmico, e esses juristas mostraram-se advogados formidáveis mesmo em outras áreas do direito.

Uma técnica de ensino amplamente empregada era o *casus*. Originalmente tratava-se da apresentação de um caso fictício, no qual a regra de direito que estivesse sendo estudada tinha de ser aplicada. Mais tarde a mesma expressão foi usada para descrever um relato de uma questão complexa. *Notabilia e brocardica*, isto é, breves e marcantes aforismos resumindo uma regra do direito, também eram muito populares⁴¹.

As premissas das quais os glosadores partiam impunham certas restrições. Para eles, não havia como questionar a doutrina do *Corpus iuris*, pois este expressava a *ratio scripta*, a razão escrita. Qualquer atentado aos textos era, portanto (literalmente), algo destituído de razão e de sentido. Também não viam o *Corpus iuris* como o produto de uma civilização determinada; longe de considerá-lo um documento histórico, elevavam-no à categoria de modelo universal e eterno, de revelação. Uma outra conseqüência dessa atitude era que os glosadores não iam além do *Corpus iuris*. Em seus estudos e em seu ensino eles não lidavam, por exemplo, com as instituições feudais, nem com formas irracionais de prova, embora os ordálios ainda estivessem em vigor nessa época. O *Corpus* não levantava essas questões, portanto os glosadores sentiam-se autorizados a ignorá-las. Assim Acúrsio podia declarar que, de acordo com o direito romano, o imperador não estava sujeito a qualquer jurisdição, e é típico que não desse nenhuma atenção à realidade política de sua época, que ele conhecia perfeitamente bem: a autoridade do papa estendia-se inegavelmente aos imperado-

41. Por exemplo, *actor sequitur forum rei; locus regit actum; in dubio pro reo*.

res e reis, e os pontífices inclusive exerciam sua autoridade, na prática, proclamando interditos, excomunhões e até mesmo, às vezes, ordens de deposição⁴². O contrário, no entanto, não era verdade: se os juristas eruditos ignoravam o direito consuetudinário em seus estudos, não hesitavam em empregar seus próprios argumentos sobre o *Corpus iuris* quando eram consultados por litigantes, ou quando atuavam como advogados⁴³.

A ciência jurídica adquiriu um caráter abstrato muito pronunciado, já que se concentrava no sistema jurídico de uma época extinta e não se desenvolveu, como é mais usual, a partir das situações geradas pela prática diária e pela experiência acumulada de gerações. Mesmo assim as pesquisas dos glosadores revelaram o direito antigo ao mundo da Idade Média tardia, e suas obras de exegese deram acesso ao *Corpus iuris*. Desse modo, a Escola dos Glosadores abriu o caminho para os juristas que, subseqüentemente, tentaram produzir uma síntese dos costumes medievais, do direito e da legislação romana. O trabalho acadêmico dos glosadores assumiu várias formas. Em primeiro lugar, naturalmente, as glosas. Originalmente, eram breves notas isoladas, inseridas entre as linhas ou à margem do texto do *Corpus*. Pouco a pouco essas glosas cresceram e assumiram a forma de um comentário contínuo (*apparatus*). Nos manuscritos, assim como nas antigas edições do *Corpus*, a página traz o *textus* no centro, completamente cercado por glosas (que freqüen-

temente o excediam em comprimento). O grande mérito de Acúrsio († 1263) foi fazer uma seleção de centenas de notas esparsas que seus numerosos predecessores tinham escrito. Sua versão tornou-se rapidamente a glosa-padrão e ficou conhecida, por isso, como *glossa ordinaria* (cerca de 1240); o *apparatus* estabelecido por Acúrsio representava a culminação da Escola de Glosadores.

Alguns glosadores escreveram tratados originais, nos quais discutiam o direito do *Corpus* como um todo. O *Summa Codicis* de Azo, escrito por volta de 1208-10, é o mais conhecido deles; enquanto segue as rubricas dos livros I a IX do *Codex*, Azo na realidade dá de fato um resumo sistemático dos temas do *Corpus*. Este “sumário” foi, por muito tempo, o manual clássico do direito romano, que os juristas consultavam em conjunção com o *Corpus* glosado.

Pouco sabemos sobre os primeiros glosadores. O primeiro nome a aparecer é o de Pepo, que é mencionado num processo por volta do fim do século XI como tendo feito referência ao *Codex* e aos *Institutes*, e por ter iniciado em Bolonha *auctoritate sua legere in legibus*. Depois dele, Irnério empreendeu o ensino de todo o *Corpus iuris*, mais uma vez em Bolonha. Ele tinha sido educado nas *artes*, e aplicou seu conhecimento e sua habilidade literária aos textos jurídicos. Entre seus discípulos, os mais conhecidos são os “Quatro Doutores” (*quattuor doctores*), Bulgarus, Martinus Gosia, Hugo e Jacobus. Seu ensino tornou Bolonha a capital inquestionável dos estudos jurídicos e sua influência estendeu-se muito além do círculo de seus estudantes: mesmo as maiores figuras da época, como Frederico I Barba-Roxa, procuraram os seus pareceres⁴⁴.

44. Da obra de Irnério, só as glosas foram preservadas; dos quatro doutores também sobreviveram algumas obras breves. Alguns pequenos tratados anônimos do século XII também são conhecidos; cf. por exemplo G. Dolezalek, “Tractatus de diligentia et dolo et culpa et fortuito casu. Eine

42. Cf. B. Tierney, “The prince is not bound by the laws. Accursius and the origins of the modern state”. *Comparative Studies in Society and History* 5 (1962), 387-400; D. Wyduckel, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre* (Berlim, 1979).

43. A. P. Schioppa, “Le rôle du droit savant dans quelques actes judiciaires italiens des XI^e e XII^e siècles”, *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques. Actes du Colloque de Montpellier 1977* (Milão, 1979), 341-71.

Os comentadores do direito romano

31. Hoje em dia os juristas desta escola são designados como os “comentadores”; antes eram conhecidos como “pós-glosadores”, devido ao fato de que tinham ensinado após os glosadores e, em certo sentido, continuado a obra deles. Mas o nome implica equivocadamente que a nova escola não passava de uma continuação não-original da obra de seus precursores. O nome “comentadores” ressalta que esses juristas escreveram importantes comentários sobre o *Corpus iuris* como um todo. Além disso, escreveram numerosos *consilia* ou pareceres jurídicos, sobre questões concretas, acerca das quais tinham sido consultados; daí por que o nome *consiliatores* também tenha sido proposto para descrever essa escola. O zênite da Escola de Comentadores foi alcançado nos séculos XIV e XV; a maioria de seus autores também era italiana. Vejamos quais eram seus métodos e objetivos.

O *Corpus iuris* e as Glosas constituíam a base de suas obras. A importância que atribuíam às Glosas era tal que às vezes eclipsava os textos originais⁴⁵. O método dos comentadores era fortemente influenciado pela escolástica, que alcançou seu ponto culminante no século XIII e que impregnou o pensamento acadêmico subsequente com a lógica aristotélica. Os comentadores adotaram especialmente o sistema de argumentação, debate e polêmica típico da escolástica.

Abhandlung über die Haftung für die Beschädigung oder den Untergang von Sachen aus dem zwölften Jahrhundert”, *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing* (Frankfurt, 1982; *Ius commune Sonderheft* 17), 87-122.

45. Daí o aforismo de Cynus *sicut antiqui adorabant idola pro deis, ita advocati adorant glossatores pro evangelistas* (“assim como os antigos adoravam os ídolos como deuses, também os advogados adoram os glosadores como evangelistas”).

Também assumiram seus excessos, e aí está a origem de suas discussões intermináveis sobre trivialidades, de suas análises excessivamente sutis das fontes autorizadas e de sua confiança excessiva na técnica das distinções sucessivas. A obra dos comentadores é essencialmente acadêmica, e isso deve ser largamente associado ao ensino universitário, que se expandia significativamente. As universidades foram fundadas primeiro na Itália e na França, mas espalharam-se rapidamente pela Espanha, Inglaterra e, depois, por outros países da Europa continental (por exemplo, Louvain, 1425). O direito concebido nas universidades de direito era inevitavelmente um direito erudito e acadêmico, um direito professoral.

Não obstante, a Escola de Comentadores difere da dos glosadores, uma vez que seus autores mostraram maior interesse pelo direito fora do *Corpus iuris civilis* e, em sua obra acadêmica, também deram atenção às realidades sociais da época. Assim, os comentadores também tinham pontos de vista sólidos sobre as fontes do direito não-erudito, como os costumes e ordenações. Apesar de suas posições nas universidades, eram suficientemente realistas para perceber que era inconcebível em sua época (sem dúvida também no futuro) o direito erudito se tornar o direito comum para toda a Europa. Os costumes regionais, os princípios feudais, os regulamentos e estatutos municipais e ordenações régias estavam demasiadamente enraizados na prática e por demais intimamente ligados aos interesses em jogo para serem deixados de lado e substituídos por um sistema acadêmico vindo de Bolonha. Por outro lado, os comentadores também verificaram que o direito erudito só iria desempenhar um papel insignificante se continuasse restrito ao estreito e artificial contexto do *Corpus iuris* e do mundo antigo. Os comentadores adaptaram o direito erudito às necessidades de sua época; elaboraram doutrinas de valor prático; fizeram com que

o direito erudito complementasse e enriquecesse as outras fontes, sem eliminá-las; e assim tornaram-no capaz de desempenhar um papel efetivo e vital na prática jurídica.

O direito erudito também podia fornecer um método e um princípio adequados ao estudo acadêmico de direitos não-romanos. Aqui a distinção feita pelos comentadores entre o *ius commune* (o direito “comum”, cosmopolita e erudito de todo o Ocidente) e o *ius proprium* (o direito “próprio” ou particular de um país, região, cidade ou corporação) assumiu uma importância decisiva. Embora os comentadores reconhecessem e respeitassem o significado do *ius proprium*, eles frisavam que este deveria ser estudado e suas lacunas deveriam ser preenchidas pelo direito erudito e seu método. Seu interesse no *ius proprium* também os conduziu a lidar com os problemas reais, constantemente tomados da vida cotidiana. Um exemplo é sua teoria dos estatutos (que ainda é aplicável ao direito privado internacional), desenvolvida a partir do conflito entre os estatutos e as outras leis municipais das cidades italianas. Não se deve esquecer que estes professores estavam na maior parte das vezes diretamente envolvidos na prática jurídica como juízes ou advogados.

As obras típicas da Escola dos Comentadores estão de acordo com essa abordagem do direito: os comentadores eram, em primeiro lugar e acima de tudo, professores, e seu ensino permaneceu baseado nas compilações de Justiniano. Seus cursos (*lecturae*) ainda seguiam escrupulosamente a ordem do *Corpus*. A maior parte dos autores dava *lecturae* apenas sobre certas partes do *Corpus*, mas às vezes o ensino de um professor estendia-se a toda a compilação. As *lecturae*, uma vez completadas com debates acadêmicos e discursos sobre problemas específicos, às vezes expandiam-se até se tornarem comentários enciclopédicos, que deram seu nome a essa escola. Um outro gênero, os tratados, permitia

que os autores deixassem os limites do *Corpus*: o ponto de partida não era mais um texto particular extraído da compilação, mas um exemplo real ou um problema de prática jurídica, ao qual o jurista tentava dar uma solução satisfatória através do uso do direito erudito. Os exemplos são o tratado de Bartolus sobre árbitros e o de Cynus sobre a sucessão sem testamento. Mais perto ainda da prática jurídica estavam os numerosos *consilia* escritos por autores deste período. O *consilium* era um parecer jurídico, freqüentemente bastante detalhado, dado por um ou mais advogados profissionais sobre um caso real, a pedido de um indivíduo ou de uma instituição. Até mesmo as cortes solicitavam tais opiniões (e ainda no século XIX, o direito germânico permitia um processo pelo qual as cortes podiam, em determinadas circunstâncias, solicitar o parecer das faculdades de direito). É sobretudo na massa de *consilia* existentes que a experiência e o saber dos comentadores deve ser procurada.

A Escola de Comentadores produziu muitos autores, e um volume impressionante de suas obras sobrevive até hoje. Na maior parte italianos, eles mantiveram a preeminência tradicional de sua nação na área da ciência jurídica. Os juristas franceses, no entanto, os mais conhecidos dos quais são Jacques de Révigny († 1296) e Pierre de Belleperche († 1308), foram os precursores dos comentadores italianos na segunda metade do século XIII. Suas doutrinas difundiram-se na Itália através de Cynus de Pistóia († 1336), o primeiro grande autor da Escola de Comentadores. Depois dele, a escola alcançou seu ápice acadêmico com Bartolus de Saxiferrato († 1357) e Baldo de Ubaldis († 1400). A tradição foi continuada no século XV por vários outros juristas italianos, tais como Paulus de Castro († 1441) e Jason de Mayno († 1519). A preeminência italiana era tal, que essa escola ficou conhecida como *mos italicus iuris docendi* (“o método italiano de ensino jurídico”), em oposição à escola francesa ou *mos gal-*

licus, como é designada a abordagem dos humanistas do século XVI, essencialmente ligados à França⁴⁶.

A escola humanista do direito romano

32. A jurisprudência do século XVI foi dominada pelas realizações da escola humanista do direito romano. Última escola a professar a primazia do *Corpus iuris*, ela adotou no entanto uma abordagem muito diferente dos glosadores e dos comentadores. Sua ascensão era uma das manifestações do renascimento da Antiguidade que, desde o fim da Idade Média, influenciou profundamente a ciência, as artes e as letras européias. O impulso, mais uma vez – mas foi a última –, veio da Itália. O estímulo positivo para o Renascimento foi um novo entusiasmo pela cultura, da Antiguidade. Foi uma redescoberta da antiga cultura mais profunda, precisa e completa do que a admiração algo ingênua e cega, característica da Idade Média. O lado negativo era, na maior parte das vezes, o impiedoso desdém que os humanistas votavam à “Idade Média”, uma expressão que eles cunharam para descrever os séculos obscuros entre o ápice cultural representado pela Antiguidade e sua própria época. Eles acusavam a gente da Idade Média de ter abastardado o latim clássico, através de neologismos e imperfeições estilísticas incompatíveis com a antiga linguagem da cultura, e criticavam sua ignorância do grego.

A abordagem humanista do direito acarretou uma revivência dos estudos do direito romano e da civilização que o criara. O elemento original na abordagem humanista

46. “Gallicus” aqui significa mais “franceses” do que “gauleses”; esta escola floresceu na França do século XVI. A expressão deriva do gosto dos humanistas por antigos nomes geográficos latinos (belgicus para holandeses, gallicus para franceses, e assim por diante).

era aplicar tanto o método histórico, de modo a compreender o contexto social das regras jurídicas, quanto os métodos filológicos, de modo a determinar o significado exato dos textos latinos e gregos. Esses princípios capacitaram os humanistas a expor as interpretações errôneas e anacrônicas dadas por seus predecessores. Às vezes desferiam ataques violentos aos juristas da Idade Média, descrevendo-os como tolos e acusando-os de ter submergido o direito romano sob uma massa de acréscimos góticos e bárbaros⁴⁷.

Os resultados positivos do humanismo foram consideráveis. Numerosos erros cometidos pelos glosadores e comentadores, devido à sua falta de discernimento histórico e filológico, foram corrigidos, e o conhecimento do mundo antigo tornou-se mais preciso e profundo; as *Annotationes* de Guillaume Budé, por exemplo, expuseram toda uma série de idéias errôneas dos juristas da Idade Média. Tal abordagem permitiu que os humanistas vissem o *Corpus iuris* como um fenômeno histórico próprio de seu tempo e lugar, como uma realização humana, e não como “um presente caído do céu”, como Budé disse ironicamente a propósito da ingênua abordagem medieval⁴⁸. Ainda assim a crítica humanista teve suas conseqüências infelizes. Os bartolistas haviam adaptado o direito romano do *Corpus iuris* às necessidades da sociedade

47. Em algumas observações cáusticas, Rabelais descreveu os juristas medievais como “ignorando tudo quanto é necessário para entender o direito”, acusou-os de “não saberem nem grego, nem latim, mas tão-somente gótico e a língua dos bárbaros” e atacou-os por não conhecerem nada de literatura e de história da Antiguidade. Nos círculos humanistas, a vituperação aos juristas era de rigor, e Petrarca, Filelfo, Valla e Politiano foram fiéis à tradição. Sobre Rabelais, ver E. Nardi, *Rabelais e il diritto romano* (Milão, 1912).

48. Às vezes até os próprios humanistas cometiam erros grosseiros. Cf. D. R. Kelley, U. Zasius, por exemplo, pensou que a palavra *carocerus* (a caruagem simbólica da cidade de Milão) era um nome próprio. Sobre Budé, “Guillaume Budé and the first historical school of law”, *American Historical Review* 72 (1967), 807-34.

medieval. Os humanistas rejeitaram tais adaptações, sob a alegação de que corrompiam a pureza original do direito romano; deste modo, reduziram esse direito à condição de uma relíquia acadêmica, um monumento histórico a um direito morto, destinado apenas ao estudo acadêmico. Devemos lembrar que a língua latina tinha sofrido uma evolução paralela: na Idade Média, o latim permanecera uma língua viva, devido às constantes adaptações e à introdução de novos termos e expressões, mas o purismo dos humanistas converteu-o num instrumento meramente acadêmico, numa língua morta.

Ao demonstrar a historicidade e, desse modo, a relatividade do *Corpus iuris*, os humanistas destruíram a autoridade absoluta de que desfrutara até então. Se o direito romano fosse apenas o produto de uma dada sociedade num dado período, que razão poderia haver para submeter-se a ele em outro período ou para dar-lhe uma autoridade superior ao direito dos povos modernos?

O fundador da Escola Humanista foi Andrea Alciato († 1550), um jurista italiano que estudara em Pávia e Bolonha, onde se tornou discípulo de Jason de Mayno; ensinou depois em Avignon e Bourges, e mais tarde em universidades italianas⁴⁹. A universidade de Bourges tornou-se o principal centro do *mos gallicus*, sobretudo por causa de Jacques Cujas († 1590). Ele foi o mais extraordinário expoente do humanismo, e ensinou em Bourges (com algumas interrupções) de 1555 a 1590. Cujas abordou seu tema com um excepcional domínio do direito romano e da filologia, que deveria ficar sem igual até a obra de Th. Mommsen († 1903). Havia também importantes expoentes alemães e holandeses do humanismo. Na Alemanha, Ulrich Zasius († 1535), um amigo de Erasmo, foi um dos primeiros juristas humanistas.

49. Entre suas numerosas obras, as *Annotationes in tres posteriores codicis libros* (1513) tratam das instituições políticas e administrativas da Roma antiga, expressando a nova abordagem do estudo humanista.

Nos Países Baixos, a Universidade de Louvain tornou-se rapidamente um centro de humanismo, e a jurisprudência foi também afetada por esta revivescência cultural. Na Faculdade de Direito, Gabriel Mudaeus (Van der Muyden, † 1560) adquiriu uma grande reputação. Entre seus discípulos estavam Jacob Reyvaert (Raevardus, † 1568) e Mattheus van Wesembeke (Wesenbecius, † 1586). Viglius († 1577) editou a versão grega dos textos de direito romano e escreveu um comentário sobre alguns títulos dos *Institutes*, de acordo com o método de Alciato.

Vários juristas da Escola Humanista envolveram-se nos conflitos religiosos da Reforma e viram-se obrigados a partir para o exílio por causa de suas crenças. É o caso, em particular, do francês Hugues Doneau (Donellus, † 1591), que se refugiou e ensinou na Alemanha e no Norte dos Países Baixos. Tornou-se um dos luminares da Universidade de Leiden (fundada em 1575), onde adquiriu fama por seu imenso saber e total falta de senso prático. (Conta-se que o eminente jurista não sabia como fazer um recibo do salário que lhe era pago pelo estado holandês.) Seu *Commentarii iuris civilis*, em 28 volumes, alcançou grande sucesso na Alemanha e nos Países Baixos.

A Escola Humanista deu uma contribuição sem precedentes para a ampliação e o aprofundamento do conhecimento do direito e do mundo antigos. Mesmo no século XIX, Mommsen podia partir das obras humanistas publicadas três séculos antes. No entanto, em toda a Europa, os praticantes continuavam a aplicar o direito romano na tradição bartolista, uma vez que os comentários, tratados e *consilia* bartolistas forneciam soluções para problemas reais e presentes. Mas não se deve exagerar a oposição entre *mos gallicus* e *mos italicus*. Muitos juristas – juízes, advogados e professores – eram inspirados pelas duas escolas. Ainda se baseavam na obra prática da escola medieval italiana,

mas tinham adquirido dos humanistas uma concepção mais ampla do direito, uma abordagem mais filosófica e o gosto pelo desenvolvimento elegante de suas idéias e argumentos. Esses juristas eram, acima de tudo, práticos, mas tinham um vivo interesse pela história e pela literatura antiga⁵⁰. É correto, portanto, falar em “Escola Elegante” para indicar os juristas das Províncias Unidas que integraram o estilo e a qualidade dos humanistas a seu trabalho prático⁵¹. Com outros historiadores do direito, podemos reconhecer, portanto, uma terceira escola além do *mos gallicus* e do *mos italicus*, composta por juristas que esperavam preservar os avanços do saber medieval, mas também estavam dispostos a seguir as linhas mais amplas da Escola Humanista e assimilar as qualidades humanas e estilísticas da literatura clássica⁵².

Esta revivescência do direito acadêmico romano foi finalmente suplantada pelos códigos nacionais inspirados pela Escola de Direito Natural. A influência das antigas escolas, no entanto, não se dissipou completamente. Traços do *mos italicus* ainda podem ser encontrados nas doutrinas jurídicas e em algumas partes dos códigos modernos, como o direito de obrigações, enquanto o *mos gallicus* sobrevive

50. Por exemplo, a biblioteca de P. Wielant (cujo catálogo foi descoberto recentemente) continha muitas obras literárias humanistas.

51. Entre os membros da Escola Elegante holandesa estão Joachim Hoppers (Hopperus, † 1576), Arnold Vinnius († 1657), Ulrik Huber († 1694), Johannes Voet († 1713) e Cornelis van Bijnkershoek († 1743); do mesmo modo, é claro que Grotius, um jurista bastante culto que, embora fosse mais conhecido por sua obra sobre o direito natural e o direito romano-holandês, era também um humanista erudito e autor de um comentário sobre a *lex Romana Burgundionum*.

52. Cf. F. Carpintero, “Mos italicus, mos gallicus y el Humanismo racionalista. Una contribución a la história de la metodología jurídica”, *Ius commune* 6 (1977), 108-71. Carpintero vê esta “terceira” escola como um movimento de transição entre os juristas medievais e os autores do direito natural, como Grotius e Pufendorf.

no estudo mais acadêmico do direito antigo e na cultura geral da educação jurídica.

A influência do direito romano sobre o direito canônico

Considerações gerais

33. O estudo intensivo do direito romano nas universidades européias não era apenas um divertimento acadêmico, nem pura pesquisa histórica. Muito pelo contrário: influenciou fortemente e guiou tanto o desenvolvimento prático do direito quanto seu desenvolvimento doutrinário. A palavra “guiou” é usada propositadamente aqui, pois, sem o renascimento do direito romano, o desenvolvimento do direito na Europa teria sido fundamentalmente diferente. Mesmo sem o *Corpus iuris*, a sociedade da Idade Média tardia teria tido de libertar-se do direito arcaico do período feudal e de desenvolver um direito adaptado às suas necessidades. Tal direito teria sido o resultado da inovação original e do esforço intelectual, suas soluções a problemas comparáveis teriam sido, sem dúvida, às vezes análogas às do antigo direito romano, mas todo o sistema das compilações justinianas jamais poderia ter sido adotado ou reinventado. O Common Law mostra exatamente como um direito europeu pós-feudal poderia ter se desenvolvido, isolado do modelo romano.

O impacto do *Corpus iuris* e do ensino bolonhês na Europa não foi causado diretamente pelas medidas legislativas dos governantes. Naturalmente há medidas que têm algo a ver com a “recepção” imposta pelo soberano: o Imperador Frederico II, em seu reino do Sul da Itália, promulgou em 1231 o *Liber Augustalis*, que era profundamente influenciado pelo direito romano; as *Siete Partidas* (1256-8) introduzidas em Castela por Afonso X o Sábio parecem um tratado de direito romano; Carlos o Temerário, após derrotar o povo

de Liège, aboliu os seus costumes e impôs-lhe o direito romano. Mas apesar destas medidas isoladas e de vida curta, o *Corpus iuris* nunca foi imposto autoritariamente. Até mesmo no Sacro Império Romano, em que os imperadores se consideravam sucessores dos imperadores cristãos da Roma antiga, a recepção não foi consumada através de um ato imperial: a decisão a favor da recepção foi tomada pelos “estados” (*Reichsstände*) do império e baseou-se não num estatuto específico, mas no direito jurisprudencial fortemente romanizado da *Reichskammergericht*, fundada em 1495⁵³.

O triunfo do *Corpus iuris* deve ser explicado em primeiro lugar e acima de tudo por seu prestígio e por sua intrínseca qualidade doutrinária: o direito romano possuía autoridade *non ratione imperii, sed imperio rationis*⁵⁴. Não há um paralelo moderno de tal fenômeno, mas o papel do direito comum americano em relação às diversas leis dos diferentes estados dos Estados Unidos poderia ser mencionado. Ele fornece os princípios de orientação que são refinados pelo saber jurídico, mas não tem força legislativa. Um outro exemplo é o direito comum inglês, que nos contratos comerciais internacionais é frequentemente declarado aplicável, mesmo que as partes contratantes não tenham qualquer conexão com a Inglaterra.

Nossa tarefa agora é estudar de modo detalhado como e por que meios o *Corpus iuris* guiou o desenvolvimento do direito medieval, lidando em primeiro lugar com o direito canônico, e depois com os direitos seculares.

53. Cf. seção 53, mais adiante. A *Reichskammergericht* (Câmara Imperial de Justiça) foi uma instituição dos *Reichsstände* (Estados do império) e não do imperador; ao contrário, chegava a invadir até mesmo a própria jurisdição do imperador. Por volta de 1500, muitas cidades alemãs reformaram seu direito municipal sob a influência do direito romano (*Reformationen*).

54. “Não em razão da força, mas pela força da razão.”

Graciano

34. Não foi por acaso que o estudo do direito canônico começou no século XII em Bolonha, onde o estudo do direito romano floresceu em primeiro lugar. O fundador do estudo erudito do direito canônico foi Graciano (que provavelmente morreu antes de 1160), um monge camaldoliense⁵⁵ que ensinou teologia no convento de São Félix e São Nabor, em Bolonha, e que foi particularmente atraído pelo estudo do direito da Igreja. Sua obra, composta por volta de 1140, tem como título *Concordia discordantium canonum* (“reconciliação de cânones conflitantes”), mas em geral é mais conhecida como *Decretum Gratiani*⁵⁶.

O *Decretum* é uma coleção sistemática de fontes eclesíásticas de diferentes origens e constitui-se principalmente de decisões de concílios (*canones*: daí direito canônico para significar o direito da Igreja) e decretais (cartas pontifícias interpretando ou estabelecendo regras do direito)⁵⁷. Graciano também incluiu vários extratos especialmente das Escrituras e dos Padres da Igreja. Sua coletânea não era certamente a primeira do gênero⁵⁸, mas era de longe a mais enciclo-

55. A ordem recebe seu nome de Camaldoli, norte de Arezzo, onde São Romualdo fundou por volta de 1500 uma ordem reclusa. J. T. Noonan, “Gratian slept here. The changing identity of the father of the systematic study of canon law”, *Traditio* 35 (1979), 145-72.

56. Do título de uma obra anterior, o *Decretum* de Ivo de Chartres († 1116). O nome “Decretum” também gera confusão, já que sugere uma obra legislativa, embora Graciano a tenha composto na condição de acadêmico e não como funcionário.

57. As decretais (ou por extenso, *litterae decretales*) são chamadas assim porque são cartas em forma de “decreto”, no sentido de que estabelecem e impõem uma norma jurídica. A maior parte delas dirige-se a indivíduos (em geral, bispos) que haviam consultado o papa sobre uma determinada questão.

58. Entre várias outras coleções, ver A. van Hove, *Prolegomena*, 2ª ed. (Malines e Roma, 1945; *Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici* I, 1), 120-36.

pédica, e abarcou praticamente todas as fontes de direito canônico conhecidas na época⁵⁹. Graciano não se contentou em compilar e ordenar suas fontes. Sua contribuição original consistia em resumir os textos e definir o problema jurídico a que se relacionavam. Além disso, Graciano tentou, como o título de sua obra deixa claro, resolver disparidades e contradições ocasionais entre diferentes textos. Para fazê-lo, estabeleceu uma hierarquia de fontes (por exemplo, um concílio ecumênico tinha prioridade sobre um concílio provincial, uma carta pontifícia sobre uma carta episcopal). Acima de tudo, empregou a técnica já experimentada e testada da *distinctio*, que permitia distinguir os diferentes significados e conotações de uma palavra⁶⁰. Por exemplo, alguns textos canônicos proibiam a participação do clero na guerra, enquanto outros pareciam aprová-la. A solução era distinguir entre uma guerra de defesa, ou justa, e uma guerra de ataque, ou injusta⁶¹. O *Decretum* também contém textos que permitem aos leigos participar da eleição dos bispos, enquanto outros parecem excluir toda participação do povo (*populus*) reservando tal competência apenas para o clero (*clerus*). Graciano tentou resolver essa contradição, aceitando que os leigos não podiam ser ignorados em tais

59. Graciano aborda os mais diversos assuntos e, de modo especial, questões mais relevantes para a teologia do que para o direito, como os sacramentos e a liturgia; em sua época, a jurisprudência canonística ainda estava em processo de formação, originando-se de outras disciplinas (como o ensino dos glosadores).

60. Uma parte importante de sua obra é formada por uma série de *Distinctiones*.

61. Sobre a doutrina canonística a respeito dos diferentes tipos de guerra, ver C. Erdmann, *Entstehung des Kreuzzugsgedankens* (Stuttgart, 1933); F. Prinz, *Klerus und Krieg im früheren Mittelalter* (Stuttgart, 1971); F. H. Russell, *The Just War in the Middle Ages* (Cambridge, 1975); E. D. Hehl, *Kirche und Krieg im 12. Jahrhundert. Studien zu kanonischem Rechts und politischer Wirklichkeit* (Stuttgart, 1980).

eleições, mas limitando sua participação a expressar concordância com a escolha do clero⁶². Esse exemplo mostra que as contradições eram às vezes resolvidas apenas através de sutilezas e bizantinismos ditados pela necessidade de reconciliar o irreconciliável.

Graciano não foi apenas um erudito, mas um professor que apreciava o valor educativo do caso concreto no estudo das regras. A segunda parte, a maior de sua obra, compõe-se de casos fictícios (*causae*) que introduzem uma discussão jurídica, na qual se faz referência aos textos relevantes e em que o próprio Graciano faz observações (*dicta Gratiani*). Seu método pode ser ilustrado por um exemplo tirado do direito do casamento (também traz implicações para o direito da ordenação). Eis o caso: um infiel casado (o que, nesse período, significa certamente um muçulmano) converteu-se ao cristianismo e foi abandonado por sua esposa, que se opunha à nova religião. Ele, então, casou-se com uma mulher cristã e, quando ela morreu, entrou para o clero. Mais tarde, foi eleito bispo. Graciano formula três problemas (*quaestiones*) jurídicos em relação ao caso: (I) Um casamento entre infiéis é válido? (II) Um converso pode casar-se de novo, quando sua mulher ainda está viva? (III) Um homem que casa com outra mulher após ter sido batizado pode ser considerado um *bigamista*⁶³? As respostas propostas por Graciano são: (I) entre infiéis pode haver casamento honesto, mas este não pode ser considerado um vínculo; (II) num ca-

62. Dist. 62-4. Cf. F. Lot e R. Fawtier, *Histoire des institutions françaises au Moyen Âge*, III: *Institutions ecclésiastiques* (Paris, 1962), 165-6; H. Müller, *Der Anteil der Laien an der Bischofswahl* (Amsterdam, 1977); J. Gaudemert, *Les élections dans l'église latine des origines au XVI^e siècle* (Paris, 1979).

63. Isto é, uma pessoa que tivesse se casado duas vezes sucessivamente, e não (no sentido moderno) que fosse casada com duas pessoas ao mesmo tempo.

samento entre infieis, se a esposa abandona o marido, ele pode se casar de novo, ainda que se tenha convertido nesse período; (III) com o seu segundo casamento, ele se torna um *bigamista* e, conseqüentemente, não pode chegar aos altos cargos. O homem eleito bispo não pode, portanto, ser ordenado ou consagrado. (Neste exemplo, há contradição entre as fontes autorizadas: São Jerônimo não vê qualquer impedimento no estado de “bigamia” mas Santo Agostinho, seguido pelo papa Inocêncio I, assevera o contrário, e Graciano optou por este último ponto de vista.)⁶⁴

Portanto, Graciano combinava as qualidades de compilador e de professor e sua obra não se reduziu a uma coletânea das primeiras fontes, mas constituía também um manual para o estudo. Durante séculos, o *Decretum* serviu de base para o ensino universitário, embora jamais tivesse sido sancionado oficialmente. A obra de Graciano inaugurou os importantes estudos da Escola dos Decretistas, a que mais tarde se seguiu a dos decretalistas.

As decretais

35. Graciano marca o fim do primeiro milênio da história do direito canônico e, também, o começo de sua nova e inédita ascendência. A obra e o ensino de Graciano iniciaram e facilitaram a ascensão do direito canônico a partir do século XII, mas isto fora causado acima de tudo por uma verdadeira explosão da legislação eclesiástica, que já começara na época de Graciano. Esta legislação incluía os cânones dos concílios⁶⁵, mas era feita sobretudo de decretais pontificias. Enquanto nenhuma decretal fora promulgada entre 891 d.C. e meados do século XI (o começo da Reforma

64. Cf. C. Brooke, *The Twelfth Century Renaissance* (Londres, 1970), 79.

65. Por exemplo, o Quarto Concílio de Latrão de 1215 foi um dos mais importantes na história da Igreja.

Gregoriana), já havia quase duas mil no período que vai do pontificado de Alexandre III (1159-81) ao de Gregório IX (1227-41).

Um exemplo é a decretal *Veniens ad nos*, de Alexandre III (x.4, 1, 15), que foi decisiva para a teoria canonística da formação do casamento. A decretal era a resposta a uma indagação do bispo de Pávia sobre um caso específico: em sua diocese, um certo G. fora surpreendido por seu anfitrião na cama com a filha do próprio anfitrião. Em razão disso, a filha e G. pediram permissão para um casamento *de presenti*, que, de acordo com a teoria daquela época, bastava para tornar um casamento válido. Soube-se, então, que o homem já vivia com outra mulher e tinha filhos com ela, mas não se casara com ela e só lhe tinha prometido casar-se *de futuro*. Qual desses “casamentos” era válido? A decisão foi proferida pelo Papa, que sustentou que uma promessa de casamento (*sponsalia de futuro*) seguida de relações sexuais (*copula carnalis*) formava um casamento válido e que, portanto, G. estava efetivamente casado quando fez sua declaração de casamento *de presenti* à filha de seu anfitrião. O segundo casamento, portanto, era nulo⁶⁶.

Coleções sistemáticas de novas decretais surgiram desde cedo para responder às necessidades do ensino e da prática⁶⁷. Um período de legislação e intensa compilação chegou ao auge em 1230, quando o canonista espanhol Ramón de Peñaforte, capelão de Gregório IX, recebeu deste a tarefa de editar uma coleção definitiva de constituições e decretais

66. C. Donahue, “The policy of Alexander the Third’s consent theory of marriage”, *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law* (Vaticano, 1976), 251; *idem*, “The dating of Alexander the Third’s decretals”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (K. A.), 65 (1982), 70-124.

67. P. Landau, “Die Entstehung der systematischen Dekretalensammlungen und die europäische Kanonistik des 12. Jts.”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (K. A.), 65 (1979), 120-48.

promulgadas desde a composição do *Decretum* de Graciano. Ao encarregar-se da tarefa, para tornar a consulta mais fácil, Ramón de Peñaforte acrescentou aos textos resumos de sua autoria e títulos indicando o assunto. Os vários temas foram ordenados e corrigidos, alguns eliminados, e foram reagrupados em cinco tomos, de acordo com um modelo mais antigo: *iudex* (juiz) sobre a organização das cortes; *iudicium* (processo, julgamento) sobre o processo; *clerus* (clero) sobre seus direitos e privilégios; *connubium* (casamento) sobre o direito de família e as pessoas; *crimen* (crime) sobre o direito e o processo penais. Em 1234, a coleção foi promulgada por Gregório IX: qualquer texto posterior ao *Decretum* de Graciano que não estivesse incluído na nova coleção estava ab-rogado, e só o texto da coleção foi declarado legítimo. Recebeu o título de *Liber decretalium extra Decreta vagantium* (“Livro das decretais correntes fora do *Decretum*”) e se tornou conhecido como *Liber extra*. A coleção também visava ao ensino: foram enviadas cópias para as universidades de Bolonha e de Paris. Assim como a Escola dos Decretistas tinha dedicado seu estudo e seu ensino ao *Decretum*, também as decretais tornaram-se objeto de estudo dos decretalistas.

Os canonistas também glosaram os textos do *Decretum* e as decretais (assim como os textos romanos haviam sido glosados) e compuseram um *apparatus* para a coleção completa. O *apparatus* de Johannes Teutonicus († 1245 ou 1246), revisito por Bartolomeu de Bréscia († 1258), tornou-se a glosa comum do *Decretum*; o de Bernardo de Parma († 1263) baseou-se, entre outras, na glosa de Vicentius Hispanus († 1248) e tornou-se a glosa comum do *Liber extra*. O *Decretum* e o *Liber* também foram objeto de importantes *summae* e *lecturae*⁶⁸, como também de repertórios, coleções de *casus* e outras

68. Entre as primeiras obras dos decretistas estão as *Summae* de Paucapalea (1140-8), de Roland Bandinelli (o futuro papa Alexandre III) compostas

obras dirigidas aos praticantes. Novas decretais foram promulgadas após o *Liber extra*, e alguns papas publicaram coleções parciais delas, em especial o *Liber Sextus*⁶⁹ de Bonifácio VIII (1298) e as *Constitutiones Clementinae* de Clemente V (1314, promulgadas em 1317 por seu sucessor João XXII).

O *Decretum* de Graciano e as coleções oficiais das decretais constituíram, juntos, o *Corpus iuris canonici*, um título usado desde o século XV (por analogia com o *Corpus iuris civilis*). No século XVI, as coleções foram submetidas, por ordem pontifícia, a uma comissão denominada os *Correctores Romani*, para a revisão do texto. Os resultados desse trabalho foram publicados em Roma em 1528 sob o título de *Corpus iuris canonici*, que só veio a ser substituído em 1917 pelo *Codex iuris canonici* de Benedito XV, que era concebido como um código moderno. Uma revisão do direito canônico foi empreendida em ligação com o Segundo Concílio Vaticano e conduziu à promulgação de um novo código, em 1983.

Os canonistas

36. Há vários aspectos na influência do direito romano sobre a legislação e a doutrina canonísticas. O exemplo do direito romano permitiu ao direito canônico estabelecer-se como uma disciplina independente, distinta, ainda que não separada da teologia e da ética. Esse ponto merece ser ressaltado, já que outras religiões não distinguem entre regras de conduta e tabus religiosos, de um lado, e regras de direi-

antes de 1148, e as de Étienne de Tournai (não anteriores a 1160); a *Summa* de Huguccio (não anterior a 1188) é muito importante. Entre as obras mais conhecidas dos decretalistas estão a *Summa aurea* ou *Hostiensis* de Henrique de Susa (1250-3) e o comentário de Sinibaldos Fliscos (futuro papa Inocêncio IV), composto por volta de 1251.

69. “*Sextus*” porque pretendia complementar e continuar os cinco livros do *Liber Extra*.

to, de outro lado; ou, em outras palavras, entre o profissional e os tribunais. O estudo do direito romano em Bolonha contribuiu para o surgimento de um estudo canonístico independente, que logo se distinguiu com suas próprias faculdades, escolas, obras clássicas e comentários autorizados. O estudo do direito romano foi (como já vimos) necessário para a educação dos canonistas, pois foi nas escolas dos civilistas que os canonistas aprenderam a “gramática” do direito erudito, e foi nelas que assimilaram os métodos, os conceitos fundamentais e a terminologia jurídica.

O *Corpus iuris civilis* deu forte sustentação à política centralizadora dos papas. Os imperadores romanos, como legisladores universais e juízes supremos, serviram de modelo para as aspirações pontifícias a legislar e administrar a justiça para toda a Cristandade. A ascensão do direito canônico coincidiu com um notório ressurgimento do legalismo dentro da Igreja e com maior atenção às questões de competência, justiça e de ordem fiscal, do que ao ensino, à espiritualidade ou ao ascetismo. Embora os papas tenham demonstrado interesse por questões de direito mesmo antes desta época, é significativo que a tradição dos pontífices-juristas só tenha começado no século XII. Os dignitários da Igreja começaram a ser escolhidos cada vez mais com base em sua educação e experiência jurídicas do que em sua aptidão em governar ou em sua santidade ou carisma pessoais⁷⁰.

O direito canônico reconheceu expressamente a autoridade do direito romano, visto que era a legislação do imperador cristão Justiniano, pelo menos na medida em que suas disposições não eram contrárias aos cânones. Essa doutrina é encontrada em Graciano: os estatutos dos imperadores são

70. Esse legalismo excessivo era atacado pelos reformistas, que achavam que a Igreja da Idade Média tardia dava demasiada importância a questões institucionais e administrativas e muito pouca às questões sagradas.

aplicáveis em matérias eclesiásticas, a menos que sejam contrários aos cânones sagrados da Igreja (D. X C.7; *dicta post* D. X C.6 e *post* C.4, C. XV q.3). O *Decretum* também contém alguns textos extraídos diretamente das compilações de Justiniano⁷¹. A influência do direito romano deve também ser encontrada na aplicação, por analogia, de algumas regras romanas a temas peculiarmente eclesiásticos. Desse modo, a doutrina dos canonistas sobre o *error in persona* como chave para a nulidade do casamento está inspirada nos princípios romanos do erro no contrato de venda. A força dessa teoria era tal que, na ausência do estudo ou da legislação canonísticos, os canonistas a usaram para desenvolver a questão do erro de pessoa, que deturpava o consentimento e, com isso, acarretava a nulidade do casamento⁷². O processo penal do direito canônico é outro exemplo notável do uso do direito romano por analogia. Para a repressão rigorosa dos hereéticos, os canonistas recorreram às severas regras fornecidas pelo direito penal romano para o crime de traição. No período medieval, a heresia, como ofensa “contra a majestade divina”, era assimilada à afronta à majestade imperial na Roma antiga. Os civilistas também contribuíram muito para criar um processo moderno para os tribunais eclesiásticos, que ficou conhecido como processo romano-canônico; nele, os elementos romanos e canônicos se fundiram⁷³.

71. A fonte das adições (muito mais numerosas) ao texto canônico, conhecida como *paleae* (um termo cujo significado exato não é claro), ainda não foi estabelecida; são atribuídas a alunos de Graciano.

72. J. Gaudemet, “Droit canonique et droit romain. A propos de l’erreur sur la personne en matière de mariage”, *Studia Gratiana* 9 (1966), 47-64. Obviamente, os erros de pessoa eram muito raros; mas o erro relacionado ao *status* social da esposa era mais freqüente e, de acordo com alguns autores, podia ser assimilado ao *error in persona*; assim, uma pessoa livre que se casasse por engano com uma pessoa de condição servil podia invocar o erro para pleitear a anulação.

73. Cf. seção 38, mais adiante.

A influência do direito canônico sobre o direito secular foi considerável; de fato a história do direito na Europa é inconcebível sem a contribuição do direito canônico. A estrutura institucional da Igreja pós-gregoriana, com sua hierarquia, sua centralização, sua administração e sua burocracia, serviu de modelo para as instituições dos reinos e principados, da Idade Média tardia em diante.

Em algumas áreas importantes do direito privado até mesmo os leigos eram sujeitos à jurisdição dos tribunais eclesiásticos. O exemplo óbvio era o direito de casamento e de família. Isto tinha repercussões inevitáveis sobre o direito de sucessão, no qual a questão da legitimidade ou ilegitimidade era frequentemente decisiva. As pessoas encontravam o direito erudito, pelo menos em sua forma canônica, em inumeráveis ações sobre questões de noivado, casamento, separação e paternidade⁷⁴. Ao mesmo tempo, encontravam o processo romano-canônico, com suas regras de prova, julgamento e apelação. Esta foi a primeira experiência que muitas pessoas tiveram do direito romano na prática, já que os tribunais seculares só começaram realmente a aplicar o direito romano depois que os tribunais eclesiásticos se espalharam por toda parte, até mesmo nas regiões mediterrâneas (e *a fortiori* em regiões mais ao norte)⁷⁵.

Alguma teoria jurídica moderna foi desenvolvida pelos canonistas medievais. Um exemplo é a doutrina de *nuda pacta*, que foi inspirada por considerações morais (*solus consensus obligat; pacta sunt servanda*: todo acordo, mes-

74. Cf. Vleeschouwers e M. van Melkebeek, *Liber sententiarum van de officialiteit van Brussel, 1448-59* (2 vols., Bruxelas, 1982-3; Commission royale des anciennes lois et ordonnances, Recueil de l'ancienne jurisprudence de la Belgique, 7^e série).

75. No condado de Flandres, por exemplo, o direito erudito já podia ser encontrado por volta de 1200 na prática da *officialité* de Tournai, mas, na prática secular os primeiros sinais de influência dos legalistas só se encontram a partir do século XIV, particularmente na Audiência dos condes de Flandres.

mo concluído sem formalidades, deve ser respeitado); outro é a teoria da *causa* no direito das obrigações⁷⁶. No direito penal, a teoria canônica da culpabilidade⁷⁷ preparou o caminho para o direito penal moderno, que dá importância primordial à determinação da culpabilidade (voluntária ou involuntária, premeditação, circunstâncias atenuantes, e assim por diante), enquanto o direito penal primitivo interessava-se acima de tudo no dano causado e na compensação.

A influência do ius commune sobre a prática jurídica em geral

37. Os glosadores (como já vimos) exerceram uma influência precoce e profunda sobre o direito canônico. Mas a expansão do estudo do direito romano não se limitava ao direito canônico, cujo campo de aplicação restringia-se tanto a *ratione materiae* quanto a *ratione personae*. O direito romano começou a afetar de modo crescente a vida e a prática jurídicas da Europa em geral. O grau de romanização variava muito de país a país, mas nenhum escapou completamente à sua influência. Portanto, o direito romano das universidades medievais modelou e orientou o desenvolvimento do direito por toda a Europa.

76. Mesmo hoje há duas escolas de "causalistas" e "anticausalistas" entre os civilistas; cf. J. Limpens, *De wording van het contract* (Bruxelas, 1970; Med. Kon. ve Akad. Wetenschappen, XXII, 3) e H. Capitant, *De la cause des obligations* (Paris, 1927). Sobre as teorias medievais, ver E. M. Meijers, "Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation", *Revue d'histoire du droit* 14 (1932); G. Chevrier, *Dictionnaire de droit canonique* III (1942), col. 1-10.

77. S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre* (Vaticano, 1935; Studi e testi, 64).

Extensão e velocidade da romanização

38. Em algumas áreas do mundo mediterrâneo, o direito erudito foi adotado já no século XIII como a base do sistema jurídico. Nessas áreas, os costumes e leis peculiares a cada país ou cidade eram vistos como variantes locais, que eram obviamente válidas, mas de aplicação limitada, e estavam de todo modo sujeitas às regras gerais do direito erudito. A Itália e o Sul da França, regiões do direito escrito⁷⁸, são os exemplos clássicos desse tipo de romanização. Na Espanha, havia uma tradição mais arraigada de *fueros* locais (compilações de direito local, às vezes arcaico e de origem visigótica), e o *ius commune* não conseguiu prevalecer inteiramente.

Na Itália e no Sul da França, o direito romano erudito penetrou mais facilmente devido à tradição do direito romano vulgar. Na Itália, os centros universitários de direito erudito foram, nitidamente, um fator importante da romanização. A Itália do século XII era também o país europeu de estágio mais avançado de desenvolvimento, não apenas do ponto de vista político, mas também social e econômico. Existiam fortes ligações culturais entre a região occitânica, do Sul da França, e a Lombardia e a Toscana; os glosadores italianos já tinham ensinado no Sul da França no século XII, e as universidades e o ensino do direito emergiram ali durante

78. A fronteira entre as regiões do direito escrito do Sul e o direito consuetudinário do Norte foi estabelecida no século XIII. Vai desde o Atlântico oeste, acima da ilha de Oléron, até o norte de Saintonge, Périgord e Limousin, depois vai do sul da Auvergne, norte do Mâconnais, Bresse e do Pays du de Gex até o lago de Genebra. Corresponde *grosso modo* à fronteira linguística entre a França e a Occitânia, que ficava ao sul. Ver o mapa em H. Klimrath, “Études sur les coutumes”, *Revue de législation et de jurisprudence* 6 (1837), 107-35; 161-214, 321-93; o mapa vem sendo reimpresso com frequência *inter alia* em J. Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, I (Paris, 1904); J. A. Brutalis, *La géographie monumentale de la France* (Paris, 1923); J. Gilissen, *Introduction historique au droit* (Bruxelas, 1979), 241.

a primeira metade do século XIII. A conversão do direito romano vulgar ou direito consuetudinário em direito erudito pôde, pois, se produzir espontaneamente na Itália e no Sul, sem nenhuma intervenção oficial. Aí os causídicos reconheceram sem problemas a superioridade do *ius scriptum* ensinado em Bolonha e, naturalmente, o preferiram aos direitos locais primitivos e subdesenvolvidos que floresceram durante séculos sobre a base do direito romano vulgar.

Na França, a adoção voluntária do *ius scriptum* no Sul e a preservação do antigo direito consuetudinário germânico no Norte causaram e institucionalizaram uma divisão entre a região do direito escrito e a região do direito consuetudinário que durou até o fim do *ancien régime*⁷⁹. A Coroa tolerou essa divisão, mas sempre se recusou a reconhecer que o direito romano era aplicado no Sul por causa da autoridade imperial; em vez disso, achava que apenas se baseava em antigas práticas da região, que tinham de ser respeitadas pelo rei⁸⁰. A decretal *Super speculum*, promulgada pelo papa Honório III em 1219, por solicitação do rei da França⁸¹, fazia referência à “Francia⁸² e outras províncias” do reino, “em que os leigos não viviam sob a regra do direito romano”. Nesse

79. Sua origem remota foi examinada no capítulo sobre a alta Idade Média. A dicotomia permaneceu até o fim do *ancien régime*, pelo menos em teoria; na prática, as diferenças existem até hoje.

80. Esta concepção pode ser encontrada numa ordenação real de julho de 1254 sobre a senescalia de Beaucaire. Uma ordenação de julho de 1312 estabelecia que o reino não era governado pelo direito escrito. Embora a população de uma área vivesse segundo o direito escrito por consentimento real, isto não se devia ao fato do direito escrito ter sido instituído, mas sim porque o seu direito consuetudinário tradicional estava de acordo com o direito escrito. Todas essas distinções políticas não afetavam o ponto de vista dos conselheiros regionais, que tinham assento nos *parlements* de Aix, Grenoble e Toulouse; para eles bastava aplicar o *Corpus iuris civilis*, e a questão estava encerrada.

81. Cf. seção 43.

82. Isto é, a Île-de-France, o antigo *domaine direct* dos capetíngios.

documento oficial, a dicotomia jurídica na França era reconhecida abertamente.

Num período posterior o direito erudito foi introduzido e adotado como direito nacional em algumas regiões do Norte, tendo substituído costumes disparatados e inconvenientes. Foi o caso da Alemanha, onde a Recepção começou por volta de 1500, e da Escócia, onde o direito erudito continental se estabeleceu durante o século XVI. Uma versão alemã do *ius commune* foi desenvolvida no início da época moderna, sendo conhecida como *Usus Modernus Pandectarum* (“O Novo Uso do *Pandectio* ou *Digesto*”). A última floreação do *Usus Modernus* foi no século XIX, particularmente na obra de B. Windscheid († 1892), o mais importante dos pandectistas. A autoridade jurídica do *Digesto* em particular, e do direito romano em geral, desapareceu quando o *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* entrou em vigor em 1900. Ainda assim, a influência da Escola do *Pandectio* continuou a ser sentida; por sinal, Windscheid exerceu um papel importante na compilação do *BGB*. A Escócia nos séculos XII e XIII fora fortemente influenciada pela Inglaterra, e o direito escocês aproximou-se do Common Law. Esse desenvolvimento foi interrompido quando a Escócia e a Inglaterra entraram em guerra, e para preencher as lacunas em seu próprio direito consuetudinário subdesenvolvido, a Escócia decidiu introduzir o *ius commune* continental, que tinha todas as credenciais requeridas. Ele podia dar à Escócia um sistema jurídico sofisticado, que fosse uniforme em todas as regiões, e também distinto do direito inglês⁸³. Nesses países, o direito erudito, romano e canônico, era em princípio o direito comum nacional; os direitos regionais tinham um papel secundário.

83. Por este motivo, muitos estudantes escoceses estudaram direito romano no continente, inicialmente em Orléans e Louvain e, depois da Reforma, sobretudo em Leiden.

Em outras regiões, no Norte da França e no Sul dos Países Baixos, eram feitas e publicadas compilações oficiais do direito consuetudinário tradicional. Embora isso tenha preservado o caráter consuetudinário dessas regiões durante os séculos seguintes, o *ius commune* não era ignorado e desempenhava um papel oficial suplementar e interpretativo. Mesmo nas regiões de direito consuetudinário, uma educação em direito escrito era absolutamente indispensável para aqueles que pretendiam ser juristas. No norte dos Países Baixos, o direito romano-holandês possuía um desenvolvimento único; na Holanda, os costumes não tinham sido homologados, e o *ius scriptum* não fora formalmente introduzido autoritariamente. Portanto, a ciência jurídica desenvolveu uma nova síntese do direito holandês e do direito romano, adaptada à sociedade de sua época. O direito romano-holandês adquiriu um prestígio incontestável e sua influência foi considerável até o fim do *ancien régime*.

Na Inglaterra ocorreu sem dúvida o desenvolvimento mais insólito da Europa. No século XII os tribunais régios criaram um direito consuetudinário inglês inspirado no direito feudal e consuetudinário e desprovido de elementos romanos. Esse “direito comum” – *Common Law* – permaneceu a base do direito inglês e não foi afetado pela difusão do direito romano. Outros tribunais, no entanto, foram criados fora da jurisdição do Common Law. Estes desenvolviam sua própria jurisprudência e seus próprios princípios, que em muitos aspectos eram distantes do Common Law clássico e mais próximos do direito erudito continental, em especial do processo romano-canônico. Isso se aplica sobretudo à Equity (equidade), a jurisprudência do chanceler, que, na Idade Média, era quase sempre um bispo. Ele empregava um processo próximo ao romano-canônico, bem mais adequado a um bispo do que o Common Law dos tribunais. Mas o Court of Chancery e o Court of Requests (modelado a partir

daquele) eram menos marcados pelo direito romano do que o Court of Admiralty, no qual os juizes aplicavam o puro *ius commune*. Havia também elementos canônicos no processo da Star Chamber. Também os tribunais eclesiásticos, na Inglaterra e em todo o Ocidente medieval, já aplicavam o direito e o processo canônicos, e essa tradição foi mantida mesmo após a ruptura com Roma⁸⁴. O direito erudito na Inglaterra não ficou confinado à prática jurídica de algumas jurisdições, mas foi também ensinado em Oxford e Cambridge, e o principal autor medieval do Common Law, Bracton († 1268), em seu célebre tratado *On the Laws and Customs of England* (“Sobre os direitos e costumes da Inglaterra”), revela um profundo conhecimento do direito erudito⁸⁵. Desde Vacarius⁸⁶, o *Corpus iuris civilis* jamais esteve completamente ausente da teoria e da prática jurídicas inglesas.

Esse *ius commune* era um autêntico direito europeu que transcendia os limites geográficos. Mesmo assim deparava com obstáculos sociais, pois era acessível apenas à reduzida elite daqueles que tinham sido educados em universidades, e para o povo de modo geral o latim desse direito era uma língua sibilina.

84. Como a Reforma havia abolido o ensino do direito canônico, os juristas eruditos dos tribunais eclesiásticos eram, em geral, doutores em direito romano. Os “civilistas” podem também ser encontrados nos tribunais ingleses influenciados pelo direito romano, a Court of Admiralty e a Court of Chivalry. A partir do século XV, os advogados formaram um corpo conhecido como “Câmara dos Doutores”.

85. *Bracton on the Laws and Customs of England*, ed. G. E. Woodbine, traduzido com revisões e notas por S. E. Thorne, 4 vols. (Cambridge, Mass. e Londres, 1968-77; texto latino e tradução inglesa).

86. Vacário era um glosador italiano que ensinava direito romano em Oxford na época do rei Estêvão (1135-54) e produziu uma versão condensada barata do *Corpus iuris* para seus estudantes, conhecida como o *Liber pauperum* (“o livro dos pobres”). Ver a edição de F. de Zulueta (Oxford, 1927).

A dinâmica do ius commune: idéias

39. Qualquer historiador que não se contente com a mera narração de fatos deve se perguntar o que causou o admirável mas incompleto êxito do direito romano na Idade Média e no começo da época moderna. Em parte, isso deve ser atribuído às qualidades intrínsecas do *Corpus iuris*, que é o produto de uma civilização altamente desenvolvida e da longa experiência de uma das maiores nações jurídicas da história. Embora o direito romano já datasse de vários séculos, ainda correspondia a um estágio de evolução social incomparavelmente mais avançado do que o da Europa por volta de 1100. Roma fora um império cosmopolita e sofisticado, com uma economia urbana bem desenvolvida. Já a Europa do século XI era uma sociedade feudal e agrária de escala e estilo provincianos; e no século XII seu grau de desenvolvimento cultural e intelectual ainda era primitivo.

A romanização significava, portanto, modernização. O direito romano parecia ser um sistema moderno, progressista, orientado para o futuro, enquanto o direito consuetudinário era tradicional, antiquado e ligado a um estágio de desenvolvimento que se tornava cada vez mais obsoleto. O direito romano tinha também a vantagem de ser ensinado e estudado nas universidades, as quais eram na baixa Idade Média centros por excelência do pensamento erudito. Para avaliar esse aspecto, basta comparar a técnica e a mestria de estilo, a apresentação e o rigor de raciocínio dos tratados e comentários civilistas com as desajeitadas tentativas de seus contemporâneos, que tentavam formular o direito consuetudinário com relativa clareza. A jurisprudência era uma habilidade que tinha de ser necessariamente adquirida na escola do direito romano. E quando os professores, em seu ensino, davam atenção às exigências práticas de sua época, como era o caso dos bartolistas, o apelo de sua mensagem era ir-

resistível. É sintomático que, quando Bracton intentou descrever e comentar o direito inglês (que escapara à influência do direito romano), viu-se obrigado a tomar emprestados os princípios de uma “teoria geral” do direito de Azo e de outros glosadores.

No entanto as qualidades intrínsecas do *ius commune* não bastam para explicar a romanização do Ocidente. O ensino dos mestres bolonheses, embora excelente, dificilmente poderia ter sido suficiente na ausência de outros fatores sociais poderosos. A ascensão e queda dos sistemas jurídicos e dos grandes projetos legislativos são determinadas, na prática, pelo desejo de grupos dominantes e de instituições numa determinada sociedade. A história do direito não pode ser compreendida fora do contexto da história política, e o efeito do direito sobre a sociedade é, em si, um fenômeno político no sentido amplo. Convém, portanto, considerar quais foram as circunstâncias políticas e sociais que permitiram ao direito erudito espalhar-se por toda a Europa.

A Igreja foi o primeiro dos grandes poderes do mundo medieval a dar um apoio decidido ao direito romano. A educação dos juristas da Igreja baseava-se no *Corpus iuris civilis*, do qual derivavam os métodos e, às vezes, os princípios mesmos do direito canônico, e o processo nos tribunais eclesiásticos estava a tal ponto impregnado de direito romano que foi denominado “romano-canônico”. Centralização, hierarquia, burocracia, racionalização imposta de cima, a importância do direito e da administração: todos estes eram elementos contidos no direito romano, que as autoridades da Igreja podiam utilizar. Desde a Reforma Gregoriana, essas eram as linhas gerais da política papal e também eram, precisamente, as características do direito romano, especialmente o direito do último período do Império Romano tal como se encontra conservado no *Corpus iuris*. A Igreja ado-

tou o direito romano sem hesitação, apesar de seus principais autores terem vivido numa época pagã, pois o direito do *Corpus* estava associado ao prestígio do grande imperador cristão Justiniano.

Reis e imperadores também compreenderam o proveito que podiam tirar do direito romano. No Sacro Império Romano, a autoridade do direito romano era evidente, já que os imperadores consideravam-se sucessores dos príncipes cristãos da Roma antiga. Os reis também se julgavam sucessores do *caesar* ou *princeps* do *Corpus iuris*; a expressão *rex imperator in regno suo* (“o rei em seu reino é [tão soberano quanto] um imperador”) era um lugar-comum desde o século XII. Para os soberanos da baixa Idade Média, o *Corpus* era, acima de tudo, uma reserva inesgotável de argumentos para reforçar suas posições. O *Corpus* nada diz sobre os direitos do povo ou sobre os limites ao poder do Estado; nada sabe da democracia. Mas os princípios que sustentam a onipotência do imperador e a majestade do Estado aparecem com toda a clareza. Máximas do tipo *princeps legibus solus* e *quod principi placuit legis habet vigorem*⁸⁷ adequavam-se perfeitamente aos soberanos que ansiavam por libertar-se do molde feudal e por estabelecer estruturas políticas modernas. Foi por isso que o imperador Frederico Barba-Roxa procurou os quatro doutores de Bolonha no tempo da dieta de Roncaglia (1158), procurando uma definição (que deveria ser usada contra as cidades) de *regalia*, os direitos soberanos e inalienáveis da Coroa. Na França, os conselheiros jurídicos de Filipe IV o Belo empregaram o direito romano para justificar a condenação do conde de Flandres, um vassalo do rei da França. As concepções feudais

87. “O imperador não está preso a leis” e “O que agrada ao imperador tem força de lei”.

tradicionais voltavam-se contra as idéias modernas sobre a soberania indivisível do Estado⁸⁸.

Para soberanos em busca de políticas de racionalização e unificação dos direitos de seus reinos, era uma tentação adotar o modelo disponível do direito romano⁸⁹. Sem dúvida seria despropositado sustentar que a ascensão do Estado soberano moderno foi uma consequência do ensino dos glosadores; e pode-se mostrar que, de certo modo, ele já começara a tomar forma na Inglaterra e em Flandres antes do direito romano aparecer por lá. No entanto, é inegável que o *Corpus iuris* forneceu legitimidade e argumentos solidamente persuasivos para reforçar o poder do Estado contra a fragmentação feudal, e que muitos comentadores do direito romano tomaram o partido do absolutismo no grande debate da época sobre o poder do Estado⁹⁰. Os legistas⁹¹ ficaram no centro do poder e aí desenvolveram doutrinas para sustentar as políticas de centralização, racionalização e padronização buscadas pelos soberanos.

88. O clérigo e erudito holandês Filipe de Leiden († 1382), que estava a serviço do conde Guilherme V da Holanda, escreveu um *Tractatus de cura rei publicae et sorte principantis*, em que argumentou a favor da extensão do poder real e do estado civil contra a nobreza; para tanto usou o direito romano que havia estudado em Orléans (também era doutor em direito canônico pela Universidade de Paris). Ver P. Leupen, *Philip of Leyden. A Fourteenth Century Jurist* (Haia e Zwolle, 1981; *Rechtshistorische Studies*, 7).

89. Por exemplo, Luís IX de França, nas ordenações de 1254 e 1258, que tentavam introduzir uma versão francesa do processo romano-canônico, o que encontrou resistência nos círculos feudais, que preferiam os duelos aos inquéritos.

90. Baldus, por exemplo, escreveu em seu comentário que “*suprema et absoluta potestas principis non est sub lege*”; cf. R. W. e A. J. Carlyle, *History of Medieval Political Theory* (Londres, 1950), 20. Sobre a exploração política da *auctoritas* do direito romano, W. Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages. An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas* (Londres, 1975).

91. Assim chamados porque haviam estudado na universidade as *leges* dos imperadores romanos (isto é, o *Corpus iuris civilis*).

A dinâmica do ius commune: os juristas

40. As autoridades dos Estados nacionais emergentes não só usaram os princípios do direito romano, como também recorreram aos serviços dos que se formavam nas faculdades de direito. Além de idéias e regras, as universidades podiam fornecer pessoal treinado nos raciocínios e argumentações do direito erudito. A partir do século XIII, podemos encontrar os legistas ocupando posições influentes nas instituições centrais e nos tribunais de justiça, mesmo além do mundo mediterrâneo. Na França, participaram do Parlamento de Paris⁹² a partir de meados do século XIII, e provaram nos tribunais que eram fiéis servidores da política imperialista de Filipe IV o Belo. No condado de Flandres, eles surgiram desde 1279 na corte de Guy de Dampierre. Os primeiros conselheiros ainda eram italianos e franceses, mas no século XIV a maior parte eram flamengos que haviam estudado em Bolonha ou em Orléans⁹³.

Grandes e poderosas cidades também estavam conscientes das vantagens de ter a seu serviço funcionários com educação jurídica, capacitados deste modo a cumprir tarefas especializadas na administração municipal. As cidades preferiam ter pessoal formado pelas universidades para preparar e defender suas ações judiciais. Embora os magistrados das cidades não estivessem sensibilizados pelas teorias a favor do poder soberano, viam que a educação profissional oferecida pelas faculdades de direito podia lhes trazer vantagens e que no imenso arsenal do *Corpus* não era muito difícil descobrir citações que servissem de apoio a seus próprios interesses.

92. Cf. seção 53.

93. Ver J. Gilissen, “Les légistes en Flandres au XIII^e et XIV^e siècles”, *Bull. Comm. Roy. Anc. Lois* 15 (1939), 117-231.

Aqui devemos observar que o pensamento medieval não apresentava objeções à citação de fontes antigas completamente fora do contexto ou de sua aplicação a situações que os romanos jamais tinham previsto. O *Corpus iuris* podia, portanto, satisfazer às mais diversas necessidades. A máxima *quod omnes tangit ab omnibus approbetur*⁹⁴ foi invocada como um princípio fundamental a favor de instituições representativas e da participação do povo em decisões que lhe diziam respeito. Uma leitura literal pode dar à máxima um significado democrático. Encontrar uma regra assim no *Código* de Justiniano, que é, sem dúvida, obra de um regime autoritário, seria surpreendente – a não ser que ela não tenha qualquer relação com o poder do Estado e que, ao invés, se aplique a uma instituição de direito privado, à tutela. Atos administrativos que afetassem a propriedade de um tutelado tinham de ser aprovados por todos os tutores. Por essas razões, era inevitável que, a partir do século XIII, as cidades italianas atraíssem professores de direito, criassem universidades e designassem juristas para funções públicas. No século XII, o direito romano ainda era visto como um instrumento do poder imperial; mas sua aplicação nas cidades do Norte da Itália (onde Bolonha se tornara um foco de firme oposição ao imperador) chegou a tal ponto que em 1224 Frederico II criou uma universidade em Nápoles favorável a seus próprios interesses, onde o *Corpus* fosse interpretado mais “corretamente”. Nas regiões do Norte, houve um desenvolvimento semelhante: os legistas foram designados para o serviço das cidades, e foram fundadas universi-

94. C. 5.59.5.3. A norma foi tirada de seu contexto e aplicada, a favor das teses dos conciliaristas, tanto à organização da Igreja quanto à do Estado. Cf. J. Maravall, “La fórmula ‘quod omnes tangit’ y la corriente democrática medieval en España”, *Album E. Lousse*, IV (Louvain, 1964), 1-13; A. Marongiu, “Le ‘quod omnes tangit’ et une légende dure à mourir”, *Revue historique de droit français et étranger* 48 (1970), 10-11; V. Ullmann, *Laws and Politics*, 281-2.

dades sob a iniciativa municipal, por exemplo, a de Louvain, em 1425. Mas tudo isso aconteceu bem mais tarde do que na Itália⁹⁵.

Finalmente, os círculos jurídicos deram sua própria contribuição para a difusão do direito erudito. Advogados, sempre à procura de argumentos que servissem para seus casos, não hesitavam em citar o *Corpus iuris* para impressionar suas audiências⁹⁶. Para defender-se, um litigante não tinha outra opção senão chamar outro advogado que podia citar outros textos do *Corpus*, refutando os argumentos de seu adversário, ou mostrar que os textos citados por ele não eram relevantes. Daí em diante o domínio do direito erudito tornou-se um trunfo importante⁹⁷. Aliás, ele era útil não só para as partes como também para os juizes, quando confrontados com novos problemas: o *ius commune* era tão extenso e os *consilia* tão abundantes e detalhados que, na ausência de uma regra consuetudinária, os juizes podiam ter a certeza de descobrir um princípio no direito erudito⁹⁸. Nos

95. De 1304 a 1332, Gand teve a seu serviço Hendrik Braem, *legum professor*, com um salário de 100 libras. Liège obteve os serviços de João de Hocsem († 1348), também *legum professor*.

96. Para o mais antigo testemunho a este respeito, ver A. P. Schioppa, “Il ruolo della cultura giuridica in alcuni atti giudiziari italiani dei secoli XI e XII”, *Nuova rivista storica* 64 (1980), 265-89; L. Schmugge, “‘Codices Justiniani et Institutionum baiulus’. Eine neue Quelle zu Magister Pepo von Bologna”, *Ius commune* 6 (1977), 1-9.

97. Da época dos glosadores, há uma carta escrita por um monge da abadia de São Vítor, de Marselha, que estava viajando pela Itália e pediu permissão a seu abade para estudar direito romano; ele observava que, no futuro, a abadia podia estar mais bem preparada para defender-se de seus detratores. A data da carta é incerta, mas uma pesquisa recente localiza-a entre 1124 e 1127. Cf. Dufour, G. Giordanengo e A. Gouron, “L’attrait des ‘leges’. Note sur la lettre d’un moine victorin (vers 1124-1127)”, *Studia et documenta historiae et iuris* 45 (1979), 504-29.

98. Quanto às circunstâncias nas quais os primeiros argumentos do direito erudito foram dados diante dos tribunais flamengos, ver E. I. Strubbe, “De receptie in de Vlaamse rechtbanken van midden veertiende tot einde vijf-

grandes debates políticos, sentiu-se também a necessidade de fazer referência ao direito romano ou de contradizer os oponentes com citações do *Corpus*: quando Filipe IV o Belo atacou o conde de Flandres com a ajuda do *Corpus iuris*, o conde sentiu-se obrigado, por sua vez, a pedir ajuda aos legistas para defender sua posição, pois as regras tradicionais do direito feudal tinham perdido seu impacto.

O aprendizado e a universidade

41. A universidade⁹⁹ era a base comum do poderoso corpo supranacional de advogados. Sua origem remonta ao século XII em Bolonha, Salerno e Paris. Nos séculos seguintes, as universidades espalharam-se por todo o Ocidente. Embora houvesse importantes diferenças locais, as universidades medievais tinham vários traços em comum. No ensino, podemos destacar os que seguem. Na Idade Média, o mundo da universidade era, acima de tudo, cosmopolita: as fronteiras nacionais (que naquela época pouco significavam), assim como o vernáculo, não constituíam nenhuma barreira. Em todas as universidades, da Polônia a Portugal, da Escócia à Sicília, o ensino era em latim, as obras básicas eram as mesmas e as qualificações eram reconhecidas em todos os países. Os estudantes afluíam de todas as áreas da Europa, especialmente para as grandes universidades, e organizavam-se em “nações”. Em Orléans, por exemplo, os estudantes que vinham do Império Germânico formavam a

tiende eeuw”, *Revue d’histoire du droit* 29 (1961), 445-62 (também em *idem. De luister van ons oude recht. Verzamelde rechtshistorische studies* (Bruxelas, 1973), 601-15.

99. Originalmente *universitas* queria dizer “grupo”, “sociedade” ou “corporação”; depois, a palavra começou a ser usada para as associações de professores ou de estudantes de uma cidade. Pouco a pouco, tornou-se a designação padronizada para o corpo de professores e estudantes do *studium generale* de uma cidade.

“Natio Germanica” na qual os estudantes de Brabante, Liège e da Holanda estavam fortemente representados. O recrutamento de professores era também inteiramente internacional, tal como os regulamentos e as relações de cursos que as novas fundações tomavam emprestado de antigas e, por vezes, distantes universidades.

Como todas as instituições de ensino, as universidades medievais tinham um caráter eclesiástico. A maioria delas foi criada por uma bula papal e colocada sob a autoridade de um clérigo, na condição de reitor. Originalmente, todos os estudantes pertenciam ao clero, embora a grande maioria tivesse entrado apenas para as ordens menores e só uns poucos fossem ordenados padres. Em fins da Idade Média, esse caráter clerical diminuiu, e daí em diante a maioria da população estudantil era composta de leigos.

As universidades da Idade Média eram ferozmente independentes em sua organização administrativa e financeira. Isso era natural para os primeiros grupos de estudantes que se formaram em torno de professores famosos; mas, mesmo depois, quando se institucionalizaram com cartas de fundação, regulamentos e apoio financeiro das autoridades públicas, as universidades mantiveram sua independência. A interferência do Estado, prescrevendo cursos e indicando professores, é um fenômeno posterior, mais característico do início da época moderna. Naquela época ocorreu uma certa “nacionalização” das universidades. No fim da Idade Média, alguns soberanos fundaram universidades especialmente voltadas para temas de seu interesse e para suprir necessidades administrativas e governamentais. Em casos excepcionais, como o da universidade “política”, fundada em Nápoles em 1224, o estudo de outras disciplinas foi de fato proibido. No começo da época moderna, esse tipo de monopólio tendeu a multiplicar-se; por exemplo, no século XVI, no Sul dos Países Baixos, em favor de Lou-

vain e Douai, por motivos que eram tanto políticos quanto religiosos.

As primeiras universidades não foram criadas como fundações: eram associações espontâneas ou corporações (tão populares na Idade Média), quer de *magistri* e de *scholares* reunidos, quer de “mestres” e “estudantes” separadamente¹⁰⁰. Algumas universidades originaram-se quando professores e estudantes rompiam com uma universidade já estabelecida, devido a diferenças internas, disputas persistentes, ou por causa de conflitos com as autoridades municipais, e criavam uma nova universidade em suas cidades. A Universidade de Cambridge, por exemplo, foi fundada após uma ruptura com Oxford. Num estágio posterior, a fundação deliberada de uma universidade caminhava lado a lado com a criação de uma organização oficial e a subvenção do Estado ou doações locais. Em várias cidades italianas, os professores eram pagos pelo orçamento municipal; em Vercelli, em 1228, a comunidade encarregou-se do pagamento dos salários de sete professores de direito. Isso significou progressivamente maior interferência das autoridades nos assuntos internos das universidades.

As universidades eram elitistas, em primeiro lugar, no sentido intelectual. Os cursos eram longos (sete anos ou mais era o normal) e as exigências, altas. A familiaridade com o latim era essencial para que se pudesse participar das “disputas”, assim como aprender o *Corpus iuris* (com frequência, de cor) e as Glosas. Em segundo lugar, o pequeno círculo de estudantes¹⁰¹ era elitista por sua origem social. Os estudos

100. Às vezes os professores eram escolhidos e pagos pelo corpo de estudantes; no século XIII, a Universidade de Bolonha era uma corporação de estudantes com administração independente, e muitos estudantes eram homens com experiência jurídica e administrativa. No século XIV, a administração foi entregue à própria cidade.

101. Por volta de 1200, a Universidade de Bolonha, principal instituição para a educação jurídica, devia ter cerca de 1.000 alunos. Orléans e Avignon,

eram frequentemente feitos longe de casa e eram caros; os bolsistas eram raros¹⁰². Alguns estudantes conseguiam pagar seus estudos trabalhando para estudantes ricos¹⁰³, mas a maior parte pertencia à nobreza ou à alta burguesia, que no início da época moderna fornecia os membros das classes administrativas e da *noblesse de robe*. A pequena burguesia, artesãos e homens do campo, raramente estavam representados. Por fim, os estudantes constituíam uma elite em virtude de seus direitos: membros da universidade gozavam de numerosos privilégios, particularmente porque não se encontravam submetidos à jurisdição dos tribunais comuns. A constituição *Habita* de 1158 de Frederico Barba-Roxa já havia concedido isenções e privilégios importantes aos doutores da universidade. No início da era moderna, o círculo de juristas formados na universidade tendia, em particular, a formar uma elite exclusiva. Alianças dentro da classe social homogênea de altos funcionários e magistrados eram frequentes; uma introdução ou uma promoção dependia das conexões de família. Mas os juristas, apesar dessa influência, não conseguiram estender seu domínio para além da administração e da prática jurídica. As decisões políticas permaneciam nas mãos do soberano, e as tentativas de algumas cortes de justiça, como o Parlamento de Paris, de exercer um papel político provocaram vários conflitos graves com a Coroa.

pelo fim do século XIV, tinham bem menos (256 bacharéis e 368 estudantes na primeira, 339 bacharéis e 467 alunos na última). Em Colônia, provavelmente a mais importante faculdade da Alemanha no século XV, a estimativa de estudantes de direito vai de 100 a 200. Em geral, as universidades maiores tinham de 500 a 1.000 estudantes, e as menores por volta de 100.

102. O conjunto completo dos cinco volumes manuscritos do *Corpus glosado* custava tão caro quanto uma casa de campo. Às vezes, os municípios concediam bolsas na esperança de atrair para eles um advogado devotado; a maior parte das bolsas era concedida pelo mesmo motivo pelos corpos eclesiásticos (paróquias ou abadias) para seus membros mais promissores.

103. Eles se inscreviam como *pauperes* nos registros e eram isentos das taxas de matrícula.

No início da época moderna os cursos universitários e o elitismo dos juristas pouco mudaram. O direito romano e o direito canônico ainda mantinham o monopólio dos temas ensinados¹⁰⁴. De um lado, o Estado interferia de maneira crescente nos assuntos universitários, enquanto, de outro lado, o nível intelectual e a originalidade do ensino jurídico declinavam.

A universidade e a abordagem teórica

42. O fato de que durante séculos juristas proeminentes fossem educados em faculdades de direito teve grande importância para o desenvolvimento do direito na Europa. Isso forneceu ao direito continental não só sua base romano-germânica, mas também seu caráter tipicamente conceitual e teórico. Numa perspectiva histórica geral, o mais surpreendente é que esses juristas tenham recebido sua educação profissional longe da prática diária do direito; sua educação, ao invés, se fazia na universidade e consistia numa iniciação, que durava vários anos, aos “livros sagrados” de sua disciplina. A educação dos advogados comuns é muito mais típica: os jovens que desejavam se dedicar à carreira do direito eram aceitos como aprendizes por um advogado já estabelecido e trabalhavam como escreventes ou assistentes da prática em Londres, onde ficavam os tribunais régios. Eles viviam em

104. Era pouco comum aos costumes e às ordenações em vigor a referência. Uma tímida tentativa inicial de ensino do direito não-erudito foi feita na França pela *Ordonnance* de St. Germain-en-Laye, de 1679, que prescrevia a instituição de uma cadeira de direito francês em Paris e em outros lugares. O primeiro professor de direito francês em Paris escreveu um comentário sobre o *Institutes* de Loysel (ver seção 26). Cf. A. Curzon, “L’enseignement du droit français dans les Universités de France aux XVII^e et XVIII^e siècles”, *Revue historique de droit français et étranger* 42 (1919), 209-69, 305-64 (também publicado separadamente, 1920). A ordem de Conselho de Castilha, de 1713, para substituir o direito romano pelo local não deu resultado, devido à oposição das faculdades.

instituições para estudantes, as Inns of Court*, onde eram alojados e recebiam um treinamento básico, que não podia ser comparado com os cursos da universidade. Não havia nenhuma exigência para o estudo universitário de direito na Inglaterra até o século XX, e os mais eminentes juristas (os juizes das mais altas cortes) não eram formados em direito, mas praticantes que tinham aprendido seu ofício trabalhando. Só recentemente é que se tornou norma para os aspirantes à profissão jurídica estudar direito na universidade e colar grau em direito¹⁰⁵. No continente, durante séculos, juizes e advogados treinados na prática exerceram sua profissão ao lado daqueles com formação universitária. Nos Países Baixos, estes últimos só adquiriram importância verdadeira a partir do século XV¹⁰⁶ e, em geral, a noção de que a formação universitária era indispensável para juizes e advogados nas cortes mais altas só se tornou corrente no início da época

* Literalmente, hospedarias de tribunal. (N. do T.)

105. Em 1976, 70% dos novos solicitadores e de 90 a 95% dos novos advogados eram formados em direito. Em meados do século XIX, virtualmente nada era prescrito em relação aos estudos jurídicos na Inglaterra; não é surpreendente que o relatório do Comitê de Seleção de 1846 que examinava a questão terminasse com uma longa lista de queixas, cheia de referências à situação no exterior. Portanto, é só a partir da segunda metade do século XIX que as universidades começam a conceder diplomas de direito. Muitos juizes eminentes, no entanto, se opuseram a essa inovação, e em 1904 Vaughan Williams L. J. observou que as escolas de direito conduziram à codificação, e que era melhor não criá-las; cf. A. H. Manchester, *Modern Legal History of England and Wales* (Londres, 1980), 54-66.

106. Na Audiência, que mais tarde se tornou o Conselho de Flandres, ao longo do século XVI os legistas foram ficando cada vez mais numerosos até que obtiveram um monopólio. A partir de então, quase todos os conselheiros dos tribunais superiores tinham de ter formação jurídica. No *parlement* (1473-77) e no Grande Conselho (1504-1794) de Malines, todos os conselheiros eram doutores ou bacharéis em direito. Nos importantes tribunais de conselheiros municipais, a partir do século XV, um ou dois advogados de formação universitária tinham assento em cada tribunal, e no século XVIII eles formavam a maioria. Nos tribunais inferiores, os conselheiros municipais pediam a um advogado qualificado para organizar um julgamento adequado.

moderna¹⁰⁷. Uma evolução paralela ocorreu na medicina: originalmente ela esteve nas mãos de cirurgiões e doutores treinados na prática, e os formados constituíam uma minoria; mas os formados se estabeleceram pouco a pouco e finalmente adquiriram o monopólio legal da arte de curar.

Todo sistema educacional – teórico no continente, prático na Inglaterra – tem suas vantagens e desvantagens. O método continental oferecia a perspectiva de adquirir um conhecimento detalhado dos princípios de um sistema jurídico racional, mas estava distante da prática jurídica real e não preparava os advogados formados para a prática do direito consuetudinário. Por outro lado, o método inglês confrontava o aspirante à profissão jurídica com a prática diária e com o direito vivo, mas não lhe oferecia a abordagem teórica e analítica característica das universidades, nem o familiarizava com o direito romano para ampliar seus horizontes intelectuais.

Oposição ao ius commune

43. Na Europa do direito consuetudinário, a recepção dada ao direito romano nem sempre foi favorável. Vale a pena registrar os principais pontos de oposição. Como toda inovação, a expansão do *ius commune* perturbou círculos conservadores, que o viam como um desafio a seus interesses tradicionais e à sua maneira de pensar. O direito feudal não era apenas um sistema abstrato de direitos e obrigações, mas o fundamento da propriedade territorial de numerosas famílias nobres; inovações inéditas ameaçavam alterar completamente a natureza da propriedade de terras, assim como os direitos e os encargos ligados a elas. Os fa-

107. Houve uma legislação ocasional para este fim. No Conselho de Brabante, uma ordenação de 1501 exigia que os advogados fossem formados em direito canônico ou romano. H. de Ridder-Symoens, “Milieu social, études universitaires et carrière des conseillers au Conseil de Brabant (1430-1600)”, *Album amicorum J. Buntinx* (Louvain, 1981), 257-302.

zendeiros também estavam preocupados. Ao aplicar a concepção do direito romano da propriedade absoluta, o direito erudito ameaçava derrubar velhas práticas de explorar as terras da fazenda e usar as terras comuns em benefício dos proprietários¹⁰⁸. Também em outras áreas o feudalismo opunha-se às inovações dos juristas eruditos. Em consequência, os barões ingleses bloquearam em 1236 a introdução do princípio do direito canônico (e romano) da *legitimatio per subsequens matrimonium*, porque teria repercussões importantes no tradicional esquema da herança. Sua recusa em adotar o direito erudito foi categórica: *nolumus mutare leges Angliae*¹⁰⁹. Uma reação semelhante já fora vista na França, onde, na segunda metade do século XIII, os fidalgos opuseram-se vigorosamente ao novo processo de “investigação”, que se inspirava nos princípios romano-canônicos e tinha como objetivo substituir o tradicional duelo. Devido à sua resistência ao direito erudito em geral, as regiões de direito consuetudinário conservaram suas características. No Parlamento de Paris, os conselheiros eram obrigados a julgar as apelações dessas regiões de acordo com os costumes da região, e não de acordo com o direito erudito. Em 1278, Felipe III chegou a proibir que os advogados citassem o direito romano nos casos oriundos das regiões

108. Ver a discussão em A. Stern, “Das römische Recht und der deutsche Bauernkrieg”, *Zeitschrift für schweizerische Geschichte* 14 (1934), 20-9. Os registros de queixas dos camponeses mostram o caso de uma exceção particular em relação ao código de Baden, compilado por Zasius, provavelmente porque alterava os direitos de sucessão da esposa sobrevivente de acordo com o direito romano (isto é, a favor dos cognatos). Os camponeses também queriam que os juízes fossem eleitos pela comunidade e que todos os livros contendo “Juristereî und Sophistereî” fossem queimados.

109. O feudalismo estava baseado na primogenitura e, de acordo com o ponto de vista tradicional, um filho ilegítimo nascido antes do casamento dos pais era bastardo, sendo excluído de todos os direitos de sucessão, mesmo se os pais se casassem depois; mas se ele fosse legitimado pela *legitimatio per subsequens matrimonium*, herdava todo o feudo, e seu irmão mais moço, nascido depois do casamento dos pais, não tinha mais direito.

de direito consuetudinário¹¹⁰. Os conselheiros e advogados viram-se num dilema. Como eram formados no direito romano, raciocinavam segundo suas categorias e preparavam seus julgamentos ou suas petições de acordo com os princípios do *Corpus iuris*, mas estavam proibidos de utilizá-los abertamente ou fazer referência explícita a eles.

O conservadorismo de certos círculos não era a única sustentação do direito consuetudinário tradicional: o particularismo local e regional era outro fator favorável. Nos Países Baixos, por exemplo, o costume local era valorizado como um elemento de independência política e, em particular para as cidades, o costume constituía um obstáculo à política das autoridades centrais. É típico que, ao conquistar Lille, Carlos o Temerário tenha abolido o direito consuetudinário e o tenha substituído pelo *ius commune*, medida revogada logo após sua morte, quando a ocupação dos burguinhões terminou.

A oposição ao direito romano pode ter sido inspirada também por considerações de política nacional. Isso aconteceu especialmente na França. O direito romano, que era visto como um direito imperial, despertou ansiedades na monarquia francesa, sempre ávida de refutar os clamores potenciais de imperadores do Sacro Império Romano à supremacia jurídica. Portanto, os reis franceses sempre se opuseram à idéia de que o direito romano tivesse força de lei em virtude da autoridade dos imperadores alemães. Esta oposição causou outro dilema: os reis designavam jurisconsultos para o Parlamento de Paris e os incluíam em seu governo, mas recusavam-se a reconhecer qualquer autoridade do direito “im-

110. *Ordonnances des rois de France XI* (Paris, 1769), 354, art. 9, “Li advocats ne soient si hardis d’eus mesler d’aleguer droict escrit, là où coutumes aient lieu, mais usent de coutumes” (“Os advogados não devem ser ousados a ponto de citar o direito escrito onde os costumes são adotados, mas sim fazer uso dos costumes”).

perial”. Este é o pano de fundo da bula *Super speculam* promulgada por Honório III em 1219, atendendo ao rei da França: ela proibia o ensino do direito romano (mas não do direito canônico) na Universidade de Paris¹¹¹.

No século XVI, a ascensão dos estados nacionais soberanos e os sentimentos nacionalistas deixaram sua marca. Na França, Hotman sustentava que era necessário um direito francês codificado. Seu projeto foi um dos primeiros a visar uma codificação em nível nacional de todo o direito privado e público. Isso acontecia no contexto de uma política de nacionalização e padronização do direito francês, em conexão com uma forte monarquia nacional. Hotman salientou a autoridade relativa e as imperfeições do direito romano.

É um fato que, apesar de suas qualidades intrínsecas, o *ius commune* também apresentava certas desvantagens; apesar de tudo os juristas encontravam “espinhos no jardim do direito”. As críticas que diziam que o direito erudito e seu processo estavam além da compreensão popular não eram infundadas; o descontentamento foi agravado pelo sigilo, a demora e pelos custos das ações e apelações. Os dias dourados das ações judiciais ao ar livre, concluídas num só dia – como era prescrito por uma capitular de Carlos Magno –, eram evocados com persistência. A tendência dos juristas eruditos a se envolverem em sofismas e querelas e contradizerem uns aos outros era também um defeito do *ius commu-*

111. Embora fosse em certa medida eludida pelas aulas “particulares”, essa proibição permaneceu em vigor até sua revogação por Luís XIV, em 1679. Uma das razões (entre outras) alegada pela bula papal era que o estudo do direito romano estava afastando muitos clérigos, em Paris, do estudo de sua própria disciplina: a teologia. Cf. G. Péries, *La faculté de droit dans l’ancienne Université de Paris* (Paris, 1890), 99-108; W. Ullmann, “The prohibition of Roman law at Paris”, *Juridical Review* 60 (1948), 177; S. Kuttner, “Papst Honorius III und das Studium des Zivilrechts”, *Festschrift Martin Wolff* (Tübingen, 1952), 79.

ne. A acuidade da expressão medieval *doctores certant* era constantemente demonstrada: para cada opinião de um *doctor legem*, podia-se encontrar, após uma pequena investigação, uma opinião contrária. A solidez do direito estava em risco. Vários soberanos recorreram a uma *lex citandi* declarando, por exemplo, a autoridade exclusiva de Bartolus sobre qualquer outro autor. Mas isso podia apenas mitigar de maneira imperfeita a fraqueza básica.

Direito comercial

44. Qual o papel dos comerciantes na difusão do direito romano? Poderíamos pensar que o *Corpus iuris* e seu avançado direito de obrigações teria sustentado o crescente comércio internacional do fim da Idade Média e que os comerciantes deveriam estar entre os mais ativos exportadores do *ius commune*. Mas não foi o que aconteceu. O direito comercial e marítimo se desenvolveu independentemente do direito romano e canônico (e em oposição a este último, na medida em que estava em jogo o interesse em empréstimos). Tanto o *ius commune* quanto o direito comercial eram internacionais e multidimensionais; cada um deles floresceu e seguiu seu próprio caminho, o primeiro no mundo das universidades e das mais altas cortes de justiça, o segundo na prática diária, nos costumes dos comerciantes e em seu próprio mercado e jurisdições marítimas. O direito romano era mais adequado à jurisprudência e à administração do que à prática comercial, por isso, do século XII até o século XV, um direito comercial consuetudinário e cosmopolita desenvolveu-se na prática. Era ditado essencialmente pelas necessidades da prática e da eficácia comercial nos mercados de bens e de dinheiro, nas feiras de comércio, corporações, operações bancárias e instrumentos de seguro e de crédito.

Embora, a partir do século XVI, tenha havido tentativas de sistematizar esse corpo de regras de acordo com os crité-

rios da jurisprudência, o direito comercial e marítimo permaneceu de tal maneira ligado à prática que, no século seguinte, o autor do primeiro tratado geral sobre o direito comercial não foi um jurista, mas um comerciante, e na França a codificação do direito comercial sob Luís XIV deu-se também em grande parte à obra de um comerciante¹¹². O *ius mercatorum* (direito comercial) ocidental foi amplamente modelado pelas grandes feiras internacionais de comércio, em particular pelas Champagne nos séculos XII e XIII; antigas práticas converteram-se em usos e normas por todos reconhecidos, como foi o caso das letras de câmbio. Contribuições para a formação de um direito comercial europeu também foram feitas pelas normas das corporações mercantis, assim como pelas duas grandes famílias do direito marítimo, o dos países mediterrâneos, onde a *lex Rhodia*¹¹³ e o *Consulat de Mar* eram seguidas, e o do Norte da Europa, onde os “Rôles d’Oléron” e o direito marítimo de Damme e Wisby eram seguidos¹¹⁴.

112. São a *Consuetudo vel lex mercatoria* de Gerard Malynes (1622) e a *Ordonnance sur le commerce* (1673) ou Código Savary, assim chamado por causa do comerciante Jacques Savary, que desempenhou um papel importante em sua compilação. Os elementos do direito comercial durante muito tempo foram encontrados em manuais práticos, junto com uma tal miscelânea de itens como pesos, medidas, geodésia, matemática, economia e assim por diante.

113. Desde a época romana a expressão *lex Rhodia* (de Rodes e sua comunidade de comerciantes) referia-se ao corpo do direito marítimo consuetudinário do Mediterrâneo, do qual pouco se sabe além das citações encontradas no *Digesto*. Do século VIII ao século X produziu-se uma coleção de leis bizantinas escritas, que pode ser considerada o ponto de partida para o direito marítimo medieval. A principal preocupação dos autores antigos era com a avaria grossa, motivo pelo qual o direito antigo é conhecido como *lex Rhodia de jactu* (*jactus* significa “carga ao mar”).

114. A “Rôles d’Oléron” é uma coleção do século XIII de julgamentos do tribunal de comércio da ilha de Oléron, que fica na costa atlântica, na movimentada rota marítima que liga o Mediterrâneo a Flandres e à Inglaterra. Wisby era uma cidade hanscática na ilha sucça de Gotland, no mar Báltico.

Os comerciantes tinham suas próprias jurisdições, seu mercado e seus tribunais marítimos (*Consulat de Mar*), nos quais as normas do direito comercial eram aplicadas, sendo os comerciantes julgados por seus pares. Em geral, os costumes comerciais não eram escritos, mas foram feitas compilações em Gênova desde 1154 e em Veneza sob o doge Ziani em 1205-29. Foram feitas também várias compilações espanholas, culminando na versão barcelonesa do *Consulat de Mar*, que remonta a pelo menos 1370¹¹⁵.

O exemplo do direito comercial mostra que a Idade Média era capaz de desenvolver com seus próprios recursos um novo corpo de regras jurídicas em resposta às necessidades econômicas. Na Idade Média tardia a prática e o costume desenvolveram um notável sistema jurídico que regia os negócios em geral, a organização do crédito, do seguro e dos bancos em particular. Esse sistema adequava-se à sua época, e alguns dos princípios básicos que se desenvolveram na Idade Média (em especial, a moeda fiduciária e as letras de câmbio) foram preservados no comércio internacional da época moderna. Como o Direito Comum (Common Law), o direito comercial adquiriu uma abordagem fundamentalmente diferente daquela do *ius commune*; o direito erudito, ao contrário do direito comum e da *lex mercatoria*, tinha uma teoria geral do direito, abordava questões específicas a partir de categorias e conceitos gerais, e baseava-se

115. Para uma visão geral, ver H. Pohlmann, "Die Quellen des Handelsrechts" in H. Coing (org.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I (1973), 801-34; L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 3ª ed., I (Stuttgart, 1891); H. Mariage, *Evolution historique de la législation commerciale de l'ordonnance de Colbert à nos jours* (Paris, 1959); G. Colon e A. Garcia I Sanz, *Libre del Consolat de Mar*, 2 vols. (Barcelona, 1981-82); M. Bottin, "Le Développement du droit de la mer en Méditerranée occidentale du XII^e au XIV^e siècles", *Recueil de mémoires et travaux des anciens pays de droit écrit* 12 (1983), 11-28.

antes nas fontes escritas (o texto do *Corpus*) e na lógica, do que na experiência, no precedente ou na prática.

Legislação

O renascimento por volta de 1100

45. Hoje em dia a legislação é a fonte principal do direito. O legislador abole as regras existentes e cria novas de acordo com as necessidades políticas e sociais. Legislar é manipular o direito e a sociedade numa direção desejada. Antigamente, não havia clareza de que o direito podia resultar de uma intervenção deliberada e dirigida. Ao contrário, o direito era visto como uma realidade fixa e eterna, que podia no máximo ser adaptada ou esclarecida, mas a preocupação principal era manter o bom direito antigo. A insignificância da legislação¹¹⁶ durante os primeiros séculos da Idade Média é explicável em parte por essa visão, em parte pela impotência das autoridades centrais¹¹⁷. Embora a situação tenha mudado durante a baixa Idade Média e a época mo-

116. Cf. seção 15.

117. Isto também se aplica em grande medida às mais importantes séries de estatutos da alta Idade Média, os *dooms* anglo-saxões. Embora eles contenham um elemento do novo direito, quer em conexão com os privilégios do clero (necessariamente novos, depois da conversão dos anglo-saxões ao cristianismo), quer em conexão com a luta contra os feudos privados não-controlados, esses estatutos contêm também muito direito tradicional, e os *dooms* posteriores, especialmente os longuíssimos estatutos de Cnut, repetiam literalmente um grande número de disposições dos anteriores. No preâmbulo a esses estatutos, Alfredo o Grande declara expressamente que repetiu o que considerava justo nos estatutos de seus predecessores e rejeitou ou corrigiu outras disposições, mas não ousaria promulgar os numerosos estatutos que ele mesmo esboçara. Seus estatutos foram promulgados em fins do século IX, exatamente na época em que as capitulares (na verdade toda a atividade legislativa continental) estavam chegando ao fim.

derna, a importância da legislação ainda era muito pequena quando comparada com seu papel nas grandes codificações do século XVIII, mantidas sob um monopólio legislativo como o que Napoleão tentou assegurar.

Um fator que explica o papel secundário da legislação como fonte do direito sob o *ancien régime* é a competição com o *ius commune*, que tornou possível transformar o antigo direito europeu sem intervenção legislativa. Ainda assim a revivescência da legislação (no sentido de intervenção deliberada no desenvolvimento jurídico) remete claramente ao fim do século XI. Daí em diante o domínio do estatuto expandiu-se de maneira lenta mas segura. Ainda que os grandes códigos nacionais não tenham aparecido antes do século XVIII, ou em alguns países antes do começo do século XIX, a legislação já era uma fonte plenamente amadurecida do antigo direito europeu, junto com a ciência jurídica e a jurisprudência. Durante esse período, a legislação promulgada pela Igreja, pelos Estados e pelas cidades guiou o desenvolvimento do direito. Em termos gerais, podemos distinguir duas legislações. Em primeiro lugar, a legislação dos papas e dos governantes seculares, promulgada por eles e imposta a seus súditos de acordo com interesses políticos. Em segundo lugar, a legislação desejada pela comunidade e implementada para o bem comum (daí as expressões holandesas *keur* ou *willekeur*, que significam “escolha” ou “escolha voluntária”, enfatizando que a base dessa legislação era a livre escolha da comunidade em questão). Tal legislação pode ser encontrada nas cidades da baixa Idade Média; essa forma democrática de desenvolvimento jurídico chegou ao fim com a ascensão do estado absolutista.

Os papas como legisladores

46. A revivescência da legislação dentro da Igreja coincidiu com a Reforma Gregoriana. A partir da segunda

metade do século XI, os sínodos e os papas reformistas tentaram combater os alegados “abusos”, isto é, a subordinação tradicional e consuetudinária da Igreja ao poder temporal. O sinal para a reforma foi dado por Gregório VII, que antes de sua eleição tinha desempenhado um papel influente na Cúria. Não é um acaso a revivescência da legislação durante seu pontificado: para iniciar a reforma e suprimir os abusos, as autoridades da Igreja precisavam legislar. Gregório VII tinha perfeita consciência disso, como fica claro em sua afirmação “só o papa tem o direito de promulgar novos estatutos de acordo com as necessidades do momento”¹¹⁸, assim como em sua hostilidade ao costume como fonte do direito. A situação existente era consagrada pelo costume, mas o papa estava determinado a impor novos princípios; devia precaver-se contra o costume, já que o sucesso de sua política dependia da efetividade de suas iniciativas legislativas. Alguns concílios romanos promulgaram novas regras para toda a Igreja latina; concílios regionais, que estavam em contato íntimo com o povo, diferenciaram e reforçaram esses princípios em seus respectivos países e regiões. Mas foram os papas, mais até do que os conselhos e os cânones, que mantiveram a tradição legislativa a partir da segunda metade do século XI¹¹⁹. A constante atividade legislativa papal influenciou as atitudes ocidentais como um todo e mostrou que o direito podia ser deliberadamente manipulado para um determinado fim social.

O pontificado de Bonifácio VII marcou o fim do grande período da legislação papal e da época clássica do direito canônico. Daí em diante, as principais iniciativas legisla-

118. Art. 7 do *Dictatus Papae*, uma espécie de manifesto pela reforma gregoriana, datada de 1075.

119. Cf. seção 35.

tivas vieram dos concílios, em dois períodos distintos e em circunstâncias muito diferentes. Primeiro veio o período das teorias conciliaristas, do fim do século XIV até a primeira metade do século XV, durante o qual as assembleias eclesiásticas foram dominadas por tentativas de organizar uma forma de controle parlamentar. Era uma resposta à política centralizadora da Cúria romana, mas essas interessantes experiências constitucionais não tiveram efeito duradouro. O segundo período foi o do Concílio de Trento (1554-63), celebrado para organizar a Contra-Reforma. As decisões desse concílio foram fortemente antiprotestantes e firmemente favoráveis à centralização. Elas modelaram a Igreja até o Vaticano II.

Os reis como legisladores na Idade Média

47. Depois de um hiato de vários séculos, a legislação feita por reis e príncipes territoriais também conheceu uma revivescência hesitante e se tornou cada vez mais importante. Essas primeiras iniciativas legislativas tratavam apenas de pontos ou questões de detalhe ou não fizeram mais do que ab-rogar um direito consuetudinário considerado injusto (*mala consuetudo*). Na Inglaterra, Guilherme o Conquistador (1066-87) regulamentou a organização do direito judiciário, penal e do direito de provas; Henrique II (1154-89) introduziu medidas para proteger a posse pacífica de terra e para generalizar o uso do júri, que devia substituir o duelo judicial como forma de prova em assuntos civis. Em Flandres, o conde Balduíno IX (1194-1205) estabeleceu as normas contra a usura. Existem documentos reais do reino normando da Sicília que regulamentam o direito feudal e a organização do judiciário, do século XII em diante. Quanto à França do século XII, só se conhecem algumas ordenações esparsas dos reis sobre assuntos penais; a legislação mais abundante começa apenas a partir do reinado de Filipe Augusto

(1180-1223)¹²⁰. Ao mesmo tempo, no Sacro Império Romano havia vários estatutos tratando do direito feudal e, especialmente, do direito penal. Os reis germânicos, que se julgavam sucessores dos imperadores romanos, procuraram sublinhar a continuidade com a legislação imperial da Antiguidade ordenando que algumas de suas constituições fossem inseridas no *Corpus iuris*.

A primeira legislação de certa magnitude (embora não possa ser comparada a uma verdadeira codificação) data do século XIII. O *Liber Augustalis*, promulgado em 1231 por Frederico II para seu reino da Sicília, e as *Siete Partidas* de Afonso X de Castela, escritas em castelhano, já foram mencionados¹²¹. Na Inglaterra, o reinado de Eduardo I (1272-1307) assistiu a uma proliferação de estatutos sobre assuntos do direito público e privado; a extensão dessa atividade legislativa só foi ultrapassada no século XIX. Ela não se manifestou numa única coleção, mas como uma sucessão de estatutos regulamentando um grande número de assuntos. A legislação mais antiga deixa entrever a falta de uma tradição e a inexperiência dos legisladores. Nem a técnica legislativa nem a redação de documentos haviam sido claramente estabelecidas até aquele momento. A princípio, os novos estatutos eram promulgados oralmente e só chegaram ao nosso conhecimento através das crônicas ou porque foram confirmados numa época em que a escrita se tornou costume. Quando, no século XII, tornou-se uma prática normal estabelecer os estatutos por escrito, os aspectos formais desse novo tipo de publicação ainda tinham de ser estabelecidos. Para começar, o estilo era com frequência informal: o texto começava com uma nota do tipo “seguem-se as decisões do rei ou do conde x” sem protocolo inicial ou final, e

120. G. Giordanengo, “Le pouvoir législatif du roi de France (XI^e-XIII^e siècles), travaux récents et hypothèses de recherche”, *Bibliothèque de l'École des Chartes* 147 (1989), 283-310.

121. Cf. seção 33.

sem qualquer fórmula de autenticidade ou menção da data. Muitas leis importantes eram tipicamente “outorgadas” a uma região ou a uma cidade na forma de cartas e, do ponto de vista formal, não podiam ser distinguidas de documentos atestando a transferência de propriedade. Por exemplo, a Carta Magna é uma coleção de princípios constitucionais, mas foi promulgada sob a forma de uma concessão do rei a seus súditos. As incertezas da época também emergem dos vários nomes dados a esses antigos estatutos. Os estatutos eram às vezes chamados *assisae*, particularmente na Inglaterra, já que eram desenvolvidos e promulgados durante sessões (*assisae*) do tribunal régio. A velha identificação do direito e do costume estava a tal ponto consolidada que esses primeiros estatutos eram às vezes chamados *leges et consuetudines* (estatutos e costumes) ou até mesmo *leges consuetudinariae* (estatutos consuetudinários), embora para nós isso pareça uma contradição em termos.

Nos séculos XII e XIII em particular, o soberano destinava freqüentemente a legislação não a todo o país, mas a certas cidades, vilas ou grupos delas. Isso era feito regularmente, na forma de uma carta ou privilégio local, freqüentemente através da solicitação das partes interessadas. Às vezes era contra a vontade delas (o chamado *mauvais privilège*)¹²². Nos Países Baixos a concessão de cartas às cidades era o método mais usado pela legislação. Por exemplo, o conde Filipe da Alsácia (1157-91) introduziu um moderno direito municipal padronizado nas sete principais cidades de Flandres, ao conceder sete cartas individuais, cujo conteúdo era idêntico¹²³.

122. Por exemplo, o “mauvais privilège” introduzido pelo conde Luís de Nevers em vários lugares, especialmente em Bruges, em 1329, depois de sufocado o levante na região costeira de Flandres.

123. Ver R. C. van Caenegem e L. Milis, “Kritische uitgave van de ‘Grote Kreure’ van Filips van de Elzas, graaf van Vlaanderen, voor Gent en Brugge (1165-77)”, *Bulletin de la commission royale d’histoire* 143 (1977), 207-57.

As técnicas e as regras formais para a legislação nacional foram sendo gradualmente estabelecidas. Na Inglaterra, a prática de que os estatutos devem ser promulgados pelo rei e pelo parlamento foi instituída e não mudou desde o fim da Idade Média. Na França, as *ordonnances royales* foram promulgadas pelo governo, geralmente sem o envolvimento dos Estados-gerais. Nos Países Baixos, continuou sendo bastante raro que o soberano promulgasse ordenações para cada uma ou várias províncias. Sob o governo da casa de Borgonha, essa legislação se tornou mais importante¹²⁴, mas sua influência não deve ser exagerada (sobretudo na área do direito privado). Muitas ordenações não tinham nada a ver com os estatutos propriamente, mas eram concessões individuais, indicações ou outras medidas administrativas, ou também referiam-se apenas à taxaço, às finanças ou ao direito penal¹²⁵.

Os reis como legisladores na era moderna

48. Antes do movimento de codificação do século XVIII, a legislação nacional na Europa da época moderna não era muito abundante, pelo menos no que diz respeito ao direito privado. Na Inglaterra, os Tudors criaram numerosos estatutos importantes, mas eles regulamentavam apenas questões políticas e religiosas; nos séculos seguintes os estatutos eram, na maior parte das vezes, constituídos de disposições varia-

124. As ordenações do período de 1381 a 1405 vêm sendo editadas por P. Bonenfant, J. Bartier e A. van Nieuwenhuysen, *Recueil des ordonnances des Pays-Bas*, 2 vols. (Bruxelas, 1965-74; Première série, Comm. roy. des anc. lois).

125. Sobre o caráter díspar dessas ordenações ver a crítica de P. van Peteghem, *Revue d’histoire du droit* 48 (1980), 84-88. No direito penal, as ordenações do duque de Alba foram as mais importantes: M. van de Vrugt, *De criminele ordonnantie van 1570. Enkele beschouwingen over de eerste strafrechtcodificatie in de Nederlanden* (Zutphen, 1978).

das apresentadas em nome de seus próprios interesses pelos membros do Parlamento. Na Alemanha e nas Províncias Unidas, a legislação permaneceu bastante limitada; o sistema jurídico era baseado no *ius commune* e no *Rooms-Hollands Recht* respectivamente. Na Espanha, as *recopilaciones* não passavam de compilações da legislação existente. No Sul dos Países Baixos e na França, o desenvolvimento do direito ameaçava esgotar-se após a homologação dos costumes. No entanto, houve na França uma série de grandes ordenações régias. Era legislação de importância primordial, cuja influência se faz sentir ainda hoje. Embora as principais ordenações tenham sido promulgadas sob Luís XIV e Luís XV, não houve ruptura na continuidade entre o medieval e o moderno. Um exemplo é a *Ordonnance Cabochienne* (1413), que foi uma tentativa de reforma democrática das instituições políticas¹²⁶. A *Ordonnance* de Montil-lez-Tours (1454) visava um processo jurídico melhor e mais rápido e contribuía para a redução oficial dos costumes à escrita, de modo a obter maior certeza jurídica. A *Ordonnance* de Villers-Cotterets (1539) estendeu a jurisdição dos tribunais reais à custa dos tribunais eclesiásticos, sobretudo nos casos matrimoniais; ela continha disposições relativas a testamentos e ao registro de doações (que agora podem ser encontrados nos artigos 907, 931 e 939 do *Code civil*). A *Ordonnance* de Moulins (1566) estendeu mais ainda a jurisdição dos tribunais reais, dessa vez à custa dos tribunais urbanos; ela continha uma disposição requerendo prova escrita para contratos acima de uma certa soma (repetida no artigo 1341 do *Code civil*). A extensa *Ordonnance* de Blois (1579) continha disposições sobre vários assuntos: clero (arts. 1-64); adminis-

126. O nome se refere aos levantes e às demonstrações que precederam a promulgação da ordenação; os protestos foram em sua maior parte liderados por Caboche, que trabalhava no grande matadouro de St. Jacques.

tração hospitalar (65-6); reforma das universidades (67-8); administração da justiça (89-209); abolição de certos cargos e taxas (210-55); a nobreza (256-75); o exército (276-320); a corte (321-8); os estados da Coroa (329-54); a polícia e a manutenção das estradas (355-6); os grêmios (357-63).

Na Idade Média, as ordenações eram lavradas pelo governo real após consulta às figuras seculares e clericais do reino que tinham poder; sua redação era deixada em geral aos juriconsultos a serviço do rei. As assembleias dos Estados (os “parlamentos” da Idade Média) não participavam usualmente desta legislação (na Inglaterra, sim, faziam-no). Durante a segunda metade do século XVI, quando a monarquia francesa passava por uma grave crise, os Estados-gerais conseguiram aumentar sua influência, mas no século seguinte seu papel voltou a diminuir, já que não foram mais convocados entre 1614 e 1789.

As grandes ordenações de Luís XIV e Luís XV

49. Algumas das ordenações francesas eram muito sucintas e regulavam apenas uma questão específica. Um exemplo é a ordenação de Luís XII em 1510 com breves prescrições¹²⁷, outras (como veremos) eram extensas e variadas, mas as disposições sobre o direito civil e privado eram bem raras. Esse estado de coisas mudou com as grandes ordenações de Luís XV e Luís XV. Três ordenações foram promulgadas sob Luís XIV graças à sustentação política de Colbert, que reconheceu que o desenvolvimento do comércio e da indústria exigiam uma administração judiciária específica, e graças também aos conhecimentos jurídicos de Guillaume de Lamoignon († 1677) e de Henri Pussort († 1697).

A *Ordonnance civile pour la réformation de la justice* (1667) ficou conhecida como *Code Louis*, devido à sua

127. A maior parte está repetida no *Code civil*, arts. 2.271-7.

magnitude. Teve como objetivo introduzir um sistema de processo civil uniforme, que devia ser conduzido por escrito. O *Code de procédure civile* de 1806 repete essa ordenação quase integralmente, e sua influência ainda pode ser detectada até mesmo no *Code judiciaire* belga de 1967; as outras disposições foram repetidas pelo *Code civil* de 1804. A *Ordonnance sur le commerce* (1673) conhecida como *Code Marchand* ou Código Savary, adotando o nome de seu autor principal, mostrou-se capaz de durar e lançou as bases do *Code de commerce* promulgado sob Napoleão. A *Ordonnance sur le commerce des mers* ou *Ordonnance de la Marine* (1681) sobre o direito marítimo foi repetida no segundo livro do mesmo *Code de commerce*¹²⁸.

Essas ordenações não procuravam inovar, muito menos favorecer a codificação revolucionária. Eram construídas a partir das disposições existentes, harmonizavam o direito vigente e ab-rogavam as normas não incluídas. Este foi um passo decisivo em direção à clareza e à segurança jurídica. A importância dada em 1665 pelo jovem Luís XIV à reforma da justiça tem de ser vista em seu contexto político; a essência da reforma era a simplificação e a padronização¹²⁹.

Infelizmente as obras da comissão de reforma não deixaram marcas nos importantes domínios dos direitos civil e penal¹³⁰. No direito civil, três codificações parciais (simpli-

128. A *Ordonnance criminelle*, que na verdade tratava do processo penal, também apareceu em 1670.

129. O *Code de procédure pénale*, de 1670, por exemplo, era uma extensão lógica do desenvolvimento ao longo dos séculos de processo inquisitorial, que tinha como origem o processo romano-canônico.

130. Guillaume de Lamoignon esperava compilar um código abrangente de direito privado para promulgação pelo rei numa série de ordenações, válidas para toda a França. Em sua compilação, fez uso de ordenações, jurisprudências e acima de tudo costumes, especialmente os de Paris. Sua unificação radical não deu em nada, embora seus textos preparatórios, os *Arrêts*, completados por volta de 1762, ainda existam. Foram publicados como uma obra particular em 1702 (segunda edição, 1783) depois de sua morte em Paris.

ficação e padronização mais uma vez, mais do que inovação) foram promulgadas sob Luís XV: a *Ordonnance sur les donations* (1731), a *Ordonnance sur les testaments* (1735) e a *Ordonnance sur les substitutions fidéicommissaires* (1747). A primeira e a terceira ordenações foram aplicadas em toda a França; a segunda fornecia normas diferentes para as regiões de direito consuetudinário e para as regiões de direito escrito. O *Code civil* reiterou de modo amplo os princípios dessas ordenações. Como em grande parte elas foram fruto dos esforços do chanceler Henri-François Daguesseau († 1751), também ficaram conhecidas como as *Ordonnances du chancelier Daguesseau*¹³¹. No entanto, a monarquia não conseguiu uma unificação e uma codificação do direito civil. Ela enfrentou não só os obstáculos do direito consuetudinário e da tradição regional, como também a resistência dos *parlements* conservadores. A unificação política da França é recente, em comparação com a Inglaterra, e era incompleta ainda no século XVIII¹³².

Há vários aspectos no envolvimento dos parlamentos no processo legislativo (De Lamoignon, por exemplo, foi o primeiro presidente do Parlamento de Paris), mas o principal deles era o *droit de remontrance* (direito de reparo). Os parlamentos, com o Parlamento de Paris à frente, tinham o direito de recusar o registro de novas ordenações reais (isto é, de inscrever o texto autêntico num registro especial, com a consequência jurídica de que o estatuto era desta maneira promulgado e entrava em vigor). As razões jurídicas para a recusa tinham de ser submetidas ao rei (*remontrances au*

Daguesseau foi influenciado por eles; e os compiladores do *Code civil* também estavam familiarizados com a obra.

131. H. Regnault, *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau*, 3 vols. (Paris, 1929-65).

132. Havia uma distinção entre *pays d'élection*, *pays d'états* e *pays d'imposition*; ainda existiam barreiras internas de costumes dentro da França.

roi). As razões podiam derivar do direito divino (que era a base da própria realeza) ou das leis fundamentais do reino, um corpo bastante vago de normas consuetudinárias que jamais foram claramente formuladas e cujo conteúdo parecia ser conhecido apenas pelos conselheiros. O rei, por sua vez, podia escolher entre aceitar o reparo e retirar o estatuto ou rejeitar os argumentos do parlamento e ordenar o registro por meio de uma *lettre de jussion*. Se o parlamento persistisse em sua recusa, o rei tinha como recurso final o “leito de justiça” (*lit de justice*): cercado por seu chanceler, seus pares e seu conselho, ele era instalado no *lit de justice* no parlamento e ordenava em pessoa ao escrevente para executar o registro do estatuto. O uso freqüente do direito de reparo pelos parlamentos (embora reduzido sob Luís XIV) e os sérios conflitos que se seguiram afetaram o desenvolvimento do direito francês, embora mais na área do direito público do que na do direito privado¹³³.

Os legisladores municipais

50. Hoje em dia a expressão “legislação municipal” soa contraditória: as autoridades municipais têm o direito de fazer regulamentos administrativos sobre coisas como o tráfego e as estradas, mas o poder legislativo em sentido estrito, especialmente na área do direito privado, não está dentro de sua competência. Mas, antes, a situação era diferente. Na Idade Média tardia as cidades que conquistavam sua independência política adquiriam, com isso, poder legislativo, cuja extensão dependia do equilíbrio do poder no país. On-

133. S. H. Madden, “L'idéologie constitutionnelle en France: le lit de justice”, *Annales. Economies, sociétés, civilisations* 37 (1982), 32-60; S. Hanley, *The Lit de Justice of the Kings of France: Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse* (Princeton, 1983); M. P. Holt, “The king in Parlement: the problem of the lit de justice in sixteenth-century France”, *Historical Journal* 31 (1988), 507-24.

de as autoridades centrais eram fortes (como na Inglaterra), a legislação local era pouco mais do que um poder regulador; mas onde as autoridades centrais só se afirmavam com dificuldade e as cidades tinham uma posição de força (como na Itália), a legislação municipal era importante e extensa, e podia até mesmo ter conseqüências numa escala européia. Na França, a legislação local foi importante nos séculos XII e XIII, durante a transição de uma monarquia fraca e de um reino fragmentado, antes da época de Luís VI (1108-37), para uma monarquia forte e um reino unido, na época de Filipe IV o Belo (1285-1314). Nos Países Baixos, onde o equilíbrio do poder entre as cidades e os príncipes era sempre incerto, as normas municipais instituídas pelos conselheiros municipais foram um elemento importante no desenvolvimento do direito. Em Flandres, em 1127, a cidade de Bruges obteve do novo conde, Willem Clito, o poder de “emendar” seus costumes. Em sua Grande Carta, Filipe da Alsácia deu às grandes cidades o direito de instituir regulamentos sob a supervisão do conde, mas essa última restrição já havia desaparecido em Ypres por volta de 1300. Uma importante coleção de documentos legislativos do século XIV estabelecidos pela cidade de Gand foi preservada; seu poder coercitivo baseava-se num sistema comunal de multas¹³⁴.

No século XVI a grande época da legislação municipal chega ao fim; o poder das monarquias nacionais e o crescimento do direito erudito conduziram-na a um ponto final. As cidades foram reduzidas a administrações locais subordinadas ou foram incorporadas a pequenos principados. O costume, o *ius commune* e a erudição foram as principais fontes do *Code civil*; mas não a legislação municipal. Contudo, na época de seu apogeu, essa legislação teve seu signi-

134. N. de Paw (org.), *De voorgeboden der stad Gent in XIV eeuw* (Gand, 1885).

ficado para a história do direito europeu: foi a primeira tentativa de reformar e desenvolver o direito com base na sociedade. O conteúdo e a perspectiva do direito municipal também são interessantes e bastante diferentes em relação à legislação real ou ao *Corpus iuris*. Dentro da comunidade, a política era a conciliação amigável entre os cidadãos, mais do que a repressão; ali, a solidariedade voluntária era mais efetiva do que a subjugação ao soberano; era um modelo de direito muito mais dinâmico do que a aceitação cega da autoridade dos antigos costumes.

A jurisprudência

51. A jurisprudência era uma fonte de direito ao lado do costume, do estatuto e da erudição, e estava intimamente ligada a outras fontes, pois a origem e o desenvolvimento de um costume devem ser vistos em sua aplicação pelos tribunais. Os estatutos (apesar do que alguns afirmam) não podem prever tudo e têm de ser completados e interpretados pela jurisprudência, ao passo que uma ciência jurídica que não se interesse pela jurisprudência não passa de uma abstração etérea. Com frequência, era através dos tribunais de justiça, nos quais os legistas defendiam suas causas, que o direito erudito era introduzido na prática, às vezes inadvertidamente. Devido à jurisprudência do Parlamento de Paris, vários princípios do *Coutume de Paris* vieram a formar um direito comum francês. E quando a opinião erudita se dividia, cabia à jurisprudência determinar que teoria deveria prevalecer (um papel que a Rota Romana desempenhou muitas vezes). Além de ter sido, durante séculos, uma importante fonte de lei, a jurisprudência foi ainda, por essa mesma razão, objeto de uma boa documentação, como atestam os quilômetros de arquivos das altas cortes de justiça europeia.

As mais antigas fontes dessa vasta documentação judicial remontam a cerca de 1200, no caso dos tribunais reais da Inglaterra, e a cerca de 1250 na França. Embora a jurisprudência sempre tivesse um papel a desempenhar, sua importância variava muito de um país a outro, de acordo com a importância dada às outras fontes do direito. É óbvio que no sistema do Common Law, no qual a legislação e a ciência jurídica eram meramente secundárias, a jurisprudência tinha importância fundamental. Em contraste, o direito canônico tinha como foco a legislação e a ciência jurídica, pouco recorrendo à importância da jurisprudência. A seguir, veremos de modo resumido a importância da jurisprudência de sistema jurídico a sistema jurídico e de um país a outro.

No direito canônico clássico dos séculos XII e XIII, a jurisprudência da Cúria pontifícia era eclipsada pelas decretais, como fonte de direito. Quando a energia criativa das decretais se extinguiu, no século XIV, os julgamentos da corte suprema da Igreja, a Rota Romana, cresceram em importância. O direito tinha de se desenvolver e, quando havia lacuna na legislação, a jurisprudência tinha a oportunidade de ocupar o seu lugar. Durante o século XIV escreventes do tribunal compilaram várias seleções de julgamentos da Rota (*Decisiones*). Centenas de manuscritos dessas coleções foram preservados, alguns dos quais impressos numa data muito remota. A prática jurídica antes da Rota contribuiu de modo decisivo para o desenvolvimento do direito processual, inclusive nos tribunais seculares (como a Câmara Imperial na Alemanha)¹³⁵.

Na Inglaterra a jurisprudência ocupou e ainda ocupa um lugar importante. A partir do século XII há uma série

135. Cf. Dolezalek e K. W. Nörr, "Die Rechtsprechungssammlungen der mittelalterlichen Rota", em H. Coing (org.), *Handbuch*. I. 849-565.

ininterrupta de “atas” dos tribunais reais que registram os precedentes. Na prática jurídica, no entanto, as coleções autônomas privadas para uso dos advogados – os “Year Books”¹³⁶ – eram mais significativas. Essas coleções, que apareceram a partir do século XIII, assemelham-se a uma espécie de jornalismo jurídico: repetem os argumentos jurídicos apresentados diante do tribunal, e dão um relato vívido do debate entre juízes e advogados, freqüentemente palavra por palavra. Os Year Books (“Livros do Ano”) relatam as decisões em ordem cronológica; a partir do século XV foram revistos e usados como base para coleções sistemáticas (“Abridgments”, sinopses) que reagrupavam os casos de acordo com o assunto e que tiveram influência considerável na formação dos jovens advogados¹³⁷. Os últimos Year Books foram compilados em meados do século XVI; seu lugar foi tomado pelos Law Reports (“Relatórios Jurídicos”), alguns dos quais cresceram até se tornarem comentários virtuais¹³⁸.

Na França, também, a jurisprudência foi uma importante fonte de direito. Os autores que usaram os julgamentos do Parlamento de Paris e do Châtelet já foram mencionados. Eles reuniram suas informações através de consultas às imponentes séries de registros, que cobriam as atividades do Parlamento a partir de meados do século XIII, e continham não só os julgamentos definitivos, como ainda os interlocutórios, as discussões internas e até mesmo as expo-

136. A partir do século XV, os nomes dos resenhistas passam, às vezes, a ser conhecidos. A partir do reinado de Henrique VII (1485-1509), os Livros do Ano (“Year Books”) passam a ser impressos; uma edição moderna dos Livros do Ano medievais foi iniciada no século XIX e ainda está em curso.

137. O ponto alto era o volumoso *General Abridgment of Law and Equity*, ed. Charles Viner em 23 volumes entre 1741 e 1753.

138. Por exemplo, os *Commentaries* de Edmund Plowden (+ 1585), baseados em casos que vão de 1550 a 1570.

sições dos advogados¹³⁹. Ao lado dessas fontes oficiais, havia coleções privadas compiladas para o uso dos praticantes, que continham, em adendo aos julgamentos, outras fontes de interesse, como as observações e argumentos, freqüentemente extraídos do direito erudito. Uma dessas coleções são as *Questiones* de Jean Lecocq, que reúnem e anotam as decisões do Parlamento de Paris de 1383-98¹⁴⁰. As coleções dos julgamentos do Parlamento de Paris e dos parlamentos provinciais foram publicadas durante o *ancien régime*.

Em princípio, a tarefa dos tribunais era aplicar o direito às disputas concretas; cabia ao legislador estipular as normas legais. Em geral os antigos tribunais limitavam-se à sua tarefa judicial. Na França, no entanto, os muitos *arrêts de règlement* (decisões reguladoras) pronunciados pelos parlamentos constituíam uma exceção à regra. Essas decisões estabeleciam normas gerais de direito aplicáveis a todos, de modo que dentro da jurisdição do parlamento correspondiam a uma espécie de legislação. Eram pronunciadas durante o litígio, quando surgia uma nova questão de direito¹⁴¹. Embo-

139. M. Langlois dá um esboço da coleção em *Guide des recherches dans les fonds judiciaires de l'ancien régime* (Paris, 1958), 65-160. Os julgamentos e as apelações das decisões do condado de Flandres para 1320-1521 foram editados por R. C. van Caenegem, *Les arrêts et jugés du parlement de Paris sur appels flamands conservés dans les registres du Parlement*. 2 vols. (Bruxelas, 1966-77; Comm. roy. anc. lois).

140. Edição moderna por M. Boulet, *Questiones Johannis Galli* (Paris, 1944). Do mesmo período há também uma coleção de notas sobre a jurisprudência do Parlamento, reunida por um jurista anônimo e publicada por Olivier-Martin, “Notes d’audience prises au parlement de Paris de 1384 à 1386 par un praticien anonyme”, *Revue historique de droit français et étranger*, 4ª ed., 1 (1922), 513-603. Cf. a edição de *Arresta lata in parlamento* de G. Naud in *Bibliothèque de l'école des chartes* 121 (1963), 77-131.

141. Ver G. Deteix, *Les arrêts de règlement de parlement de Paris* (Paris, 1930); B. Beignier, “Les arrêts de règlement” *Droits. Revue française de théorie juridique* 9 (1989), 45-55.

ra também sejam encontradas no século XV, é acima de tudo na época moderna que elas se tornam importantes.

No Sul dos Países Baixos, a jurisprudência também pode ser encontrada nos mesmos três tipos de fonte: livros de direito (*rechtsboeken*) baseados em julgamentos; série oficial de decisões; e seleções de julgamentos compilados e anotados por juristas. Há alguns exemplos representativos: entre os livros medievais de direito constituídos essencialmente de julgamentos, a coleção do tribunal da Salle de Lille (do fim do século XIII até o começo do século XV) possui um interesse particular¹⁴². Outra coleção importante contém centenas de julgamentos dos conselheiros municipais de Ypres para servir de orientação a seus colegas de Saint Didier, na Champagne. Esta cidade recebera em 1228 o direito de Ypres e, para se orientar, dirigia-se aos conselheiros municipais dessa cidade: quando confrontados com uma nova questão de direito¹⁴³, eles o consultavam antes de dar a sentença. Os arquivos dos antigos tribunais de justiça contêm uma imponente série de registros, que estão sendo estudados atualmente. Entre eles, são notáveis os arquivos do Conselho de Flandres¹⁴⁴ e do Grande Conselho de Malines¹⁴⁵.

142. R. Monier (org.), *Les lois, enquêtes et jugements des pairs du castel de Lille. Recueil des coutumes, conseils et jugements du tribunal de la salle de Lille 1283-1406* (Lille, 1937).

143. Comte Beugnot (org.), *Les Olim ou registres des arrêts rendus par la cour du roi*, II (Paris, 1842), 718-853 (o assim chamado "Tout-lieu de Saint-Dizier"); também publicado em L. Gilliodts-van-Severen, *Coutumes des pays et comté de Flandre, quartier d'Ypres. Sources et développement de la coutume d'Ypres*, II (Bruxelas, 1908) (Comm. roy. anc. lois). Esta série de questões e julgamentos se estende de 1305 a 1470.

144. O inventário desta grande coleção foi completado recentemente: J. Buntinx, *Inventaris van het archief van de raad van Vlaanderen*, 9 vols. (Bruxelas, 1964-79).

145. J. T. de Smidt e E. I. Strubbe, *Chronologische lijsten van de geëxtendeerde sententiën en procesbundels (dossiers) berustende in het archief van de grote raad van Mechelen*, I, 1465-1504 (Bruxelas e Utrecht, 1966); J.

Os *arrêtistes* (estudiosos das decisões judiciais) também devem ser mencionados. No início da época moderna eles publicaram coleções de decisões selecionadas e anotadas. Sua atenção dirigiu-se principalmente para as decisões dos tribunais superiores: o Grande Conselho de Malines, o Conselho de Flandres e o Conselho de Brabante. Os títulos dessas coleções atestam com freqüência que a obra é constituída de *decisiones*, por exemplo, a obra de Paul van Christynen (Christianeus, † 1631), advogado no Grande Conselho de Malines¹⁴⁶. Um outro *arrêtiste* célebre foi Pierre Stockmans († 1671), conselheiro do Conselho de Brabante e autor de *Decisiones curiae Brabantiae sesquicenturia* (Bruxelas, 1670). Essa obra consiste, na verdade, em 150 ensaios jurídicos, em geral, mas nem sempre, ligados a uma decisão do Conselho de Brabante; em cada ensaio, os argumentos das partes e, às vezes, os argumentos dos conselheiros são analisados¹⁴⁷.

Na Alemanha, na Idade Média foram compiladas muitas coleções de decisões de conselheiros municipais (*Schöffenspruchsammlungen*). As de Leipzig e as de Magdeburgo estão entre as mais conhecidas. Mas no início da época moderna os principais produtos de uma ciência jurídica que agora

T. de Smidt, E. I. Strubbe e J. van Rompaey, II, 1504-31 (Bruxelas e Utrecht, 1971); J. T. de Smidt e J. van Rompaey, III, 1531-41 (Bruxelas e Utrecht, 1979); J. T. de Smidt e J. van Rompaey, IV, 1541-51 (Bruxelas e Utrecht, 1985); estão sendo preparados dois volumes adicionais sobre o período que vai até 1580.

146. *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* (Antuérpia, 1626). A obra contém 1.346 julgamentos e ensaios em vários volumes, seguindo a ordem do *Codex* de Justiniano. Christinaeus refere-se constantemente a coleções estrangeiras de julgamentos.

147. Cf. P. Godding, "L'origine et l'autorité des recueils de jurisprudence dans les Pays-Bas méridionaux (XII^e-XVIII^e siècles)", *Rapports belges au VIII^e congrès international de droit comparé* (Bruxelas, 1970), 1-37.

está baseada no *ius commune* são os tratados e as coleções de opiniões; as coleções de jurisprudências ocupam apenas um lugar secundário¹⁴⁸. Na Itália, a partir da Idade Média tardia, a jurisprudência empalideceu até a insignificância diante do *ius commune* e dos *consilia*¹⁴⁹. A ausência de cortes supremas de justiça (uma conseqüência da fragmentação política) foi outra razão que fez com que a jurisprudência tivesse pouco peso. No Sul da Itália, no entanto, a situação era diferente: aí uma monarquia regional estabeleceu-se com sua capital em Nápoles, e uma coleção importante de decisões do tribunal de Nápoles foi publicada¹⁵⁰.

Este breve relato mostra que há ligações entre a jurisprudência, a legislação e a ciência jurídica, as quais são parcialmente determinadas por fatores políticos¹⁵¹. É uma questão interessante, que iremos desenvolver adiante com mais detalhes.

Os tribunais e o processo

Considerações gerais

52. A estrutura e o processo dos tribunais da baixa Idade Média tardia eram muito diferentes dos que estavam em

148. H. Gehrke, *Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands. Charakteristik und Bibliographie der Rechtssprechung- und Konsiliensammlungen von 16. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts* (Frankfurt, 1974).

149. Cf. seção 31.

150. A coleção de julgamentos que compõem o *Sacro regio consiglio* de Nápoles foi feita por Matthaeus de Afflictis (1448-1528), e a *editio princeps* apareceu logo em 1499 (a edição usual é a de Lyon, 1537).

151. Uma visão geral das fontes medievais da jurisprudência é dada por P. Godding, *La jurisprudence* (Turnhout, 1973; *Typologie des sources du Moyen Âge occidental*, ed. L. Genicot, 6). Para uma visão das coleções européias de julgamentos e *consilia* na era moderna, ver H. Coing, *Handbuch*, II.2, I, 113-445.

vigor na alta Idade Média, e o sistema moderno manteve sua importância básica até os dias de hoje. Fica claro a partir das fontes que a modernização dos tribunais andou de mãos dadas com a do processo, e é óbvio que os dois desenvolvimentos estão relacionados. Porém é mais difícil dizer qual dos dois antecedeu o outro: os novos tribunais foram criados para aplicar novos processos ou os novos tribunais acarretaram novos processos? Este problema (a galinha ou o ovo) pode ser ilustrado pelo exemplo das provisórias, que eram tribunais eclesiásticos, criados por volta do fim do século XII. O juiz era um novo tipo de funcionário episcopal, o provisor, que era um jurista formado pela universidade; o processo do tribunal era canônico-romano. É difícil descobrir o que aconteceu primeiro: se foram os bispos que desejaram introduzir a especialização e delegaram sua jurisdição a um funcionário qualificado (que, tendo estudado o direito erudito, automaticamente aplicava os novos processos canônicos), ou se foram as autoridades eclesiásticas que desejaram introduzir um novo processo erudito (que causou então a criação de novos tribunais e a designação de novos juízes). A *curia episcopalis* tradicional não deve ter se adaptado ao novo sistema sem dificuldades. Embora esse problema histórico não tenha sido ainda resolvido, fica claro pelo menos que o processo canônico-romano (e, com ele, os primeiros tratados eruditos sobre o processo) foi estabelecido (logo) antes da criação das provisórias.

É inevitável que um país diferisse de outro, mas as tendências básicas comuns em relação à reforma e ao desenvolvimento do sistema de tribunais e do processo civil podem ser facilmente identificadas. Há uma continuidade admirável entre os últimos séculos da Idade Média e a época moderna, até o Iluminismo; nesse contexto, a linha divisória tradicional entre a Idade Média e a época moderna (por volta de 1500) não tem valor explanatório. Vamos abordar cinco aspectos fundamentais da história dos tribunais no an-

cien régime: centralização; especialização; o movimento de afastamento em relação às instituições democráticas; o controle estatal; e a racionalização do direito de prova.

Centralização

53. A centralização, que substituiu a independência local da alta Idade Média, fez certamente o máximo para modelar o sistema de tribunais. O elemento decisivo nesse desenvolvimento tanto para a Igreja quanto para o Estado foi o estabelecimento de um tribunal central com jurisdição sobre o todo da comunidade ou o principado. Vários caminhos conduziram a esse resultado. A centralização foi mais radical na Inglaterra, dentro da *Court of Common Pleas* (Tribunal de Pleitos Comuns), um tribunal real central sediado em Westminster. Tinha jurisdição sobre todo o reino para um grande número de ações em primeira instância, que eram iniciadas pelas cartas régias ou editais (comparáveis às *actiones* romanas). Essas disputas eram entre homens livres, que tinham o direito de procurar diretamente a jurisdição real, e o faziam sobretudo quando se tratava de direitos de propriedade. A emergência de uma jurisdição central sob Henrique II (1154-89) avançou naturalmente no território dos velhos tribunais feudais e senhoriais. Isso pode ser explicado em grande parte pelo fato de que os litigantes tinham muito mais confiança nos poderosos tribunais reais. Seguiu-se o declínio dos tribunais municipais, com sua competência limitada a casos de pouca importância. A grande força dos reis da Inglaterra e a rápida unificação do reino é que tornaram possível essa extrema concentração da atividade jurídica num tribunal central. As inconveniências práticas, como as longas viagens até Westminster, foram reduzidas graças a um sistema de juízes itinerantes que viajavam pelo país, e ao exame local dos júris nos condados. Uma

centralização quase completa perdurou na Inglaterra até os dias de hoje. A descentralização começou apenas recentemente, com a criação de um sistema de tribunais locais de primeira instância que passaram a ter uma jurisdição muito mais extensa do que os tribunais de condado do século XIX.

Na Igreja e na maior parte dos países, a centralização foi realizada através do estabelecimento de um tribunal central de justiça, fosse ele pontifício, real ou dos condados, com competência limitada à primeira instância (para *maiores causae*, corporações e pessoas importantes) e, normalmente, com competência geral em matéria de apelação. O modelo para esses tribunais era o da *Curia Romana* (mais tarde *Rota Romana*), cuja atividade judicial a partir do século XIII foi particularmente intensa. Foi o primeiro tribunal de justiça europeu, pois sua jurisdição estendia-se às ações de todo o Ocidente, da Suécia a Portugal, da Escócia à Sicília. O grande número de litigantes de todos os países da cristandade latina obrigou os papas a entregar muitos casos aos juízes papais delegados, que se encarregavam das investigações e do julgamento das disputas nas dioceses de origem e em nome do papa. Essa centralização da Igreja ocorreu à custa das instâncias locais – bispos, arcebispos, diáconos, arqui-diáconos e provisoros – que foram submetidos a uma rigorosa supervisão de Roma. A centralização significou inevitavelmente um sistema hierárquico de justiça.

No que diz respeito aos tribunais seculares, eis os pontos principais. Na França, o Parlamento de Paris tornou-se a suprema corte real por volta da metade do século XIII. Tinha competência em primeira instância para alguns assuntos e para as pessoas importantes; como tribunal de apelação, sua jurisdição era geral¹⁵². Nos Países Baixos, os conse-

152. Mais tarde os parlamentos das províncias aliviaram a tarefa do Parlamento de Paris.

lhos de justiça desenvolveram-se em diversas províncias: em Flandres, por exemplo, instituiu-se a Audiência no começo do século XIV e, já pelo fim do século, o Conselho de Flandres. Sob o domínio da Borgonha, a união das províncias holandesas conduziu à criação de instituições centrais para todos os Países Baixos borguinhões: o Grande Conselho (itinerante) de Filipe o Bom desenvolveu-se gradualmente no âmbito do conselho ducal, entre 1435 e 1445; o Parlamento de Malines aí estabelecido por Carlos o Temerário, de 1743 a 1747; o Grande Conselho de Malines de novo estabelecido aí, entre 1504 e 1794. No Império alemão, o *Reichshofgericht* foi substituído durante o século XV pela *Kammergericht*, na qual os juristas acadêmicos tomaram assento. Por iniciativa das assembleias dos estados-gerais, o *Reichskammergericht* foi instituído em 1495, independente da Coroa. Tinha como objetivo fortalecer o movimento geral para a unificação e a reforma política da Alemanha. Originalmente, o tribunal era composto de um número igual de juristas acadêmicos e de nobres. Além do *Reichskammergericht*, o imperador mantinha um supremo conselho imperial, o *Reichshofrat*.

Especialização e profissionalização

54. A centralização trouxe consigo a especialização dos quadros dos tribunais e sua profissionalização. Na velha *curia regis* feudal, o rei discutia os mais variados assuntos com seus grandes vassalos. De vez em quando eram incluídas questões jurídicas, embora fossem muito menos importantes do que as discussões políticas e militares. Os vassalos do tribunal real eram bispos, abades, condes e duques, que não possuíam formação jurídica e que tinham adquirido sua experiência em direito feudal com a idade. Na nova jurisdic-

ção central a situação era bem diferente: aplicava-se uma rigorosa divisão de trabalho; os conselhos tinham de assegurar, especificamente, a administração da justiça e ocupavam-se em tempo integral das questões jurídicas relativas aos casos que tinham de julgar. Esses conselhos eram sediados num só lugar, ao contrário da velha *curia* que constantemente acompanhava o rei em suas viagens.

Os conselheiros eram juízes profissionais, que, pelo menos no continente, tinham sido formados na universidade. Mais tarde, os pequenos tribunais também empregaram juízes profissionais e de formação acadêmica. Esse desenvolvimento geral pode ser observado primeiro na Igreja, onde o sistema de provisórias, que se desenvolveu a partir do fim do século XII, generalizou-se durante o século XIII. A provisória substituiu a *curia episcopalis*, na qual os casos mais variados eram tratados por várias pessoas (algumas leigas) sem treinamento específico. Nesse momento, o processo romano-canônico foi introduzido. Durante a primeira metade do século XII, os juristas desenvolveram uma ciência do processo, baseada nos textos do direito canônico e nas compilações de Justiniano. Ordenaram e comentaram os elementos das fontes canônicas e romanas, formulando assim um sistema processual coerente, cuja influência ao longo dos séculos estendeu-se por toda a Europa, em primeiro lugar na própria Igreja (especialmente, nas provisórias) e, em seguida, na prática dos tribunais seculares. Isso pode ter se dado tanto a partir de uma ordem do soberano, como por instigação dos conselheiros juristas, que modelaram sua própria forma de processo com base no direito erudito. Sua influência pode ser observada até mesmo na Inglaterra, embora não nos tribunais de Common Law.

O *Speculum judiciale* de Guillaume Durant (primeira edição, 1271-6; segunda, 1289-91) oferece uma visão detalhada dos princípios do processo romano-canônico. O pro-

cesso é dirigido por um único juiz profissional (ou por um grupo de juízes profissionais), que investiga e pronuncia o veredito final. Sua tarefa implica, portanto, a avaliação de questões de fato e de questões de direito. O âmago do processo é a argüição das testemunhas ou, se necessário, a prova documental. A escrita desempenha um papel importante no processo: as declarações das testemunhas são escritas, e um resumo escrito dessas declarações deve estar à disposição da outra parte. O reclamante inicia o litígio com um documento, o *libellus*, cujo principal propósito é descrever sua *actio*; e apresenta um outro documento contendo *articuli*, isto é, as alegações segundo as quais as testemunhas devem ser interrogadas, e que seu oponente deve contestar ou admitir. O defensor pode, por sua vez, invocar várias *exceptiones*. O tema da ação era definido como *litis contestatio*, e também registrado por escrito.

O direito prestava uma atenção particular ao processo de apelação, que, como todos os outros estágios do processo, era detalhadamente regulamentado. A argüição das testemunhas era secreta, de modo a assegurar-lhes liberdade de expressão; em termos amplos, o sigilo era uma característica do processo erudito, e o público era mantido a distância. A burocracia dominava o processo, como se pode ver, por exemplo, pelas investigações dos conselheiros-comissionários, cujos relatórios constituíam a base para as decisões do conselho¹⁵³. As normas detalhadas sobre a prova tinham sua própria seção¹⁵⁴. A difusão desse modelo processual pode ser seguida ao longo da Idade Média tardia; há uma ligação entre Bolonha, os tribunais eclesiásticos e o

153. Esta característica tornou-se tão acentuada que, na era moderna, deu origem à expressão *quod non est in actis non est in mundo* (literalmente, "O que não está nos documentos não está no mundo"). Os magistrados levam mais em conta os papéis do que o mundo, no caso.

154. Ver seção 57.

Parlamento de Paris, cujo *Stylus Parlamenti* inspirou o processo dos tribunais de justiça dos Países Baixos, especialmente o Grande Conselho de Malines.

O afastamento em relação às instituições democráticas

55. Esses desdobramentos tiveram como resultado imediato o fim da importância da participação popular na administração da justiça. Durante os primeiros séculos da Idade Média, assim como na Antiguidade germânica, o povo tomava parte ativa e direta nas decisões; às vezes os juízes procuravam ajuda, e o povo era solicitado a expressar sua aprovação ou desaprovação das decisões propostas pelos juízes. O processo era completamente oral e público. Depois da Idade Média tardia, a prática desapareceu. Seria um exagero atribuir a mudança apenas à expansão do processo romano-canônico, já que mesmo fora de sua esfera de influência a participação do povo foi reduzida¹⁵⁵. No entanto, ficou claro que o exemplo e o prestígio do processo erudito desempenharam seu papel no declínio da participação popular no direito. O povo se tornou cada vez menos capaz de acompanhar as controvérsias ou de compreender a linguagem erudita dos tribunais. Essa alienação foi exacerbada quando o recrutamento dos magistrados restringiu-se aos de formação universitária, e mais ainda com a venalidade dos cargos (isto é, a atribuição pela Coroa dos postos de conselheiros aos que pagassem mais). Dessa época em diante, os magistrados formaram uma classe de nobres ricos praticamente tão exclusiva quanto o direito que aplicavam.

O processo inglês tornou-se também mais esotérico. Nele, também, a magistratura era de difícil acesso, e a lin-

155. Por exemplo, a proibição na Carta Magna de Filipe da Alsácia constando o julgamento de um tribunal de conselheiros municipais.

guagem erudita era ininteligível para os não-iniciados, não só por causa de seu tecnicismo, mas também porque a linguagem usada sequer derivava do inglês, mas de uma forma petrificada do francês normando que remontava ao século XII (“Direito Francês”). Ainda assim o processo (até mesmo o processo civil) do Direito Comum (Common Law) preservou uma instituição tradicional que mantinha ligação com o povo: o júri. Como os juizes eram obrigados a explicar o significado dos princípios jurídicos em termos compreensíveis a um júri de não-juristas, o povo não foi inteiramente excluído do sistema jurídico.

O controle do Estado

56. Ao longo da época moderna, a organização dos tribunais foi sendo assumida pelo Estado. Naturalmente, existiam outros tribunais ao lado das jurisdições reais, mas sua competência era severamente limitada. Eram os tribunais senhoriais e feudais, cujas origens remontam à alta Idade Média e cuja jurisdição era exercida, respectivamente, sobre os vassallos e os habitantes dos grandes domínios. A jurisdição dos tribunais feudais era essencialmente limitada ao direito de propriedade da terra (relacionada aos feudos), enquanto a dos tribunais senhoriais era freqüentemente limitada aos casos de baixa justiça, já que a alta justiça era administrada em outro lugar. Essas jurisdições também estavam subordinadas ao controle central por meio da apelação. Mesmo nos países católicos, os tribunais eclesiásticos perderam grande parte de sua jurisdição sobre os leigos para as jurisdições reais, na medida em que a publicação de novos estatutos pontifícios era submetida ao *placet* (aprovação) do soberano.

As jurisdições municipais, cuja competência dentro dos muros da cidade e às vezes até um pouco mais longe tinha

sido total durante séculos, também declinaram em importância; sua competência foi limitada e os meios de apelação contra suas decisões foram ampliados. Ainda assim, apesar da superioridade das jurisdições reais – bailios, senescais (*sénéchaux*) e parlamentos –, o sistema de tribunais mesmo no século XVIII não constituía uma hierarquia piramidal. As exigências históricas criaram diferentes redes e sistemas de jurisdições, que às vezes tinham competências conflitantes. No fim do *ancien régime* essa situação de coexistência ainda persistia. O estabelecimento de um sistema único foi uma preocupação do absolutismo iluminado do século XVIII e da Revolução Francesa.

Racionalização do direito de prova

57. Na alta Idade Média o direito de prova era dominado pelo sistema irracional dos ordálios. Esse estado de coisas mudou completamente no período que estudamos: a partir do século XII, os ordálios foram abolidos e substituídos progressivamente por meios racionais de prova, baseados em exame crítico e racional. Essa mudança já era aparente no século XII na Inglaterra, em Flandres e na Itália, e alcançou a Europa Central e Oriental aproximadamente um século mais tarde. Alguns resíduos (como o gosto feudal pelo duelo judicial e a revivescência do julgamento pela água durante a caça às bruxas nos séculos XVI e XVII) ainda podem ser encontrados numa data posterior, mas, em geral, a partir do século XIII o direito de prova na Europa empregava essencialmente métodos racionais de investigação¹⁵⁶.

156. Os ordálios eram criticados de todos os lados. As autoridades desconfiavam de sua ambigüidade e de seu potencial de manipulação: a Igreja começava a ver neles um desafio a Deus, do qual se esperavam constantemente novos milagres; as cidades também eram contra porque um comerciante

O processo romano-canônico também influenciou esse desenvolvimento, mas sua importância não deve ser exagerada. O renascimento do direito romano não foi uma causa próxima da transformação. A racionalização do direito de prova pode ser detectada na Inglaterra e em Flandres a partir do século XII, antes portanto do direito romano ter penetrado nessas regiões e antes dos tribunais eclesiásticos aplicarem o novo processo. Na Inglaterra, no entanto, um direito de prova moderno pôde desenvolver-se, independentemente do direito romano, baseando-se em instituições nacionais, em particular o júri. Em outros países, onde a racionalização chegou mais tarde, era mais simples seguir o método romano-canônico, como na França do século XIII, por exemplo. O direito de prova erudito finalmente prevaleceu em todo o continente e se tornou o sistema típico da Europa na época moderna. Common Law é a única mas importante exceção a essa difusão: o sistema inglês preservou a instituição do júri (e ainda o faz em nossos dias para questões criminais, e até recentemente para questões civis).

Um dos mais marcantes elementos do novo processo era o sistema de “provas jurídicas” ou “eruditas”. Para compreender seu significado, devemos recordar que o desaparecimento dos velhos modelos de prova tinha deixado uma séria lacuna. No velho sistema, os sinais irrefutáveis da Providência determinavam o que era verdadeiro ou falso, que parte era inocente ou culpada. Como substituir o sistema arcaico? Por força da circunstância, os juizes tinham de confiar em documentos, testemunhos, provas factuais e assim por diante, mas era óbvio que as testemunhas podiam se contradizer e que a prova era às vezes duvidosa e enganosa. Deviam os juizes ter permissão para reunir livremente os

ficava inevitavelmente em desvantagem num duelo judicial contra um cavaleiro; e os juristas também se opunham através do *Corpus iuris*, cujo silêncio condenava-os implicitamente.

elementos e julgar com base na sua convicção íntima, como hoje? Ou o sistema deveria ser concebido de modo que cada forma de prova tivesse seu valor próprio, e que a aceitação ou a refutação dos vários tipos de testemunhos, bem como a autenticação de documentos, fossem sujeitas a normas precisas? No sistema do Common Law o dilema era resolvido confiando-se ao júri a tarefa soberana de resolver questões factuais. Já o continente optou por um sistema de “provas eruditas”: a admissibilidade de certos tipos de testemunhas (por exemplo mulheres, parentes e servos) era regulamentada detalhadamente; e a cada elemento da prova (testemunhos diretos e circunstanciais, testemunhos acerca do réu, evidência factual, presunções, má reputação) era atribuído um valor numérico probatório. Nesse sistema uma prova integral (*plena probatio*) correspondia a dois testemunhos diretos corroboradores. O objetivo original, e sem dúvida louvável, desse sistema era salvaguardar as partes contra qualquer arbitrariedade por parte dos juizes. Ao discutir a admissibilidade das testemunhas e a credibilidade da prova, a jurisprudência certamente ajudava a convencer os magistrados do valor relativo das diferentes formas de prova¹⁵⁷.

Fatores

58. Sem diminuir a importância dos juristas eruditos, devemos registrar alguns desenvolvimentos materiais, polí-

157. Em assuntos penais, levava freqüentemente ao uso da tortura. Por exemplo, quando havia uma única testemunha (que contava como meia prova) e uma indicação negativa (tal como fugir do local do crime, o que contava como um quarto de prova), o total era alcançado através de declarações feitas sob tortura (valia um quarto) para se chegar a uma prova completa. G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno* (Nápoles, 1979; Storia e Diritto: studi e testi raccolti da R. Ajello e V. Piano Mortari, 6).

ticos e intelectuais que foram decisivos para a situação que estamos descrevendo. Em primeiro lugar, devemos reconhecer a importância da concentração de poder na Igreja e nos Estados. A modernização dos estudos jurídicos e da administração da justiça ajusta-se perfeitamente a uma política de centralização e burocratização. As cidades livres também eram favoráveis a uma modernização do direito. Nos últimos séculos da Idade Média, foram essas instituições políticas que abandonaram o velho arcabouço feudal e criaram resolutamente novas estruturas políticas.

As transformações no direito sofreram clara influência da atmosfera intelectual em geral, em particular da renovação de interesse pela cultura antiga e pelo papel da escolástica, que tentava combinar crítica racional com fé na autoridade absoluta dos textos sagrados. De especial importância foi o crescente caráter racional do pensamento ocidental, em particular sob a influência das obras de Aristóteles¹⁵⁸. A análise social aristotélica foi um fator fundamental na modelagem da sociedade moderna. O desejo de compreender a organização social racionalmente e de analisá-la em profundidade teve um efeito estimulante, que também produziu um impacto significativo na ciência jurídica.

Finalmente, o desenvolvimento do direito foi influenciado por fatores materiais. O renascimento das cidades e o desenvolvimento de uma economia monetária assegurou à Igreja e aos Estados os meios financeiros para a reorganização (salários para magistrados e funcionários formados em direito), permitindo que pudessem cobrir os custos de lon-

158. Cf. H. Coing, "Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (R. A.) 69 (1952), 24-59; G. Otte, "Die Aristotelzitate in der Glosse", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (R. A.) 85 (1968), 368-93; *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren* (Frankfurt, 1971; Ius commune Sonderhefte, 1).

gos estudos universitários (não produtivos diretamente) de milhares de estudantes. A crise socioeconômica do mundo agrário e feudal gerou uma crise nas estruturas jurídicas e nas concepções dessa sociedade. A complexidade das novas estruturas econômicas, que a partir desse momento adquiriram uma dimensão industrial e comercial, também requeria um sistema de justiça mais adequado e mais complexo. Em particular, o comércio e o sistema monetário não podiam se desenvolver sem uma maior liberdade contratual, um melhor sistema de crédito, e sem a libertação da propriedade territorial de taxas feudais e familiares. Essas exigências excediam o que o mundo ocidental na alta Idade Média podia fornecer. O que podia oferecer eram as discussões intermináveis de chefes de aldeias e uma sabedoria tradicional, que variava de uma região para outra. O crescimento de uma nova economia baseada no investimento racional e num mercado internacional dependia agora de um único sistema, um sistema que fosse previsível.

Avaliação

59. O respeito ao direito e os esforços incansáveis de vários grupos sociais e individuais para desenvolvê-lo sobressaem quando consideramos o velho direito como um todo. Mas todos esses esforços não foram coordenados nem dirigidos por uma autoridade central. O velho direito europeu era o resultado típico de um desenvolvimento natural e orgânico, com suas vantagens (riqueza, flexibilidade, renovação) e suas desvantagens (extrema complexidade, justaposição e falta de certeza). Sob esse aspecto, esse período contrasta com o que o precedeu e com o que iria se seguir. Na alta Idade Média, o direito era simples, porque os costumes tradicionais dominavam todas as relações jurídicas. No Iluminismo, o desejo de simplificar o direito manifestou-se

através de uma política de codificações nacionais, que tinha como objetivo um direito uniforme disposto em texto claro, certo para todos. No período que acabamos de examinar ainda não há um verdadeiro direito europeu, embora uma ciência jurídica européia tenha reduzido a disparidade entre os costumes locais e as ordenações. Também não existiam códigos nacionais, nem mesmo (exceto na Inglaterra) sistemas jurídicos nacionais; a situação do direito nacional, entre o costume local e o direito comum cosmopolita, era obscura e algo incerta. Nenhum sistema jurídico particular dominava; o direito caracterizava-se pelo pluralismo e pelo ecletismo. Os juristas extraíam avidamente princípios e conceitos de diferentes fontes de direito: direito romano, direito canônico, o costume, a legislação real ou municipal, o direito do país ou o direito estrangeiro. As grandes transformações ocorridas em diferentes áreas e países conduziram a uma proliferação de fontes autorizadas – em todo caso, assim parece aos olhos modernos, acostumados à legislação nacional e a um sistema central de justiça. A partir da época moderna tal proliferação foi criticada; no século XVIII, essa tendência foi revertida. Em lugar do velho direito, que era o resultado do desenvolvimento orgânico, os reformadores advogaram a introdução de códigos. Estes foram concebidos como instrumentos de modernização e de política social e econômica, com o objetivo de assegurar clareza e certeza jurídicas.

Bibliografia

60. Ashmann, M., *Collegia en colleges. Juridisch onderwijs aan de Leidse Universiteit, 1575-1630 in het bijzonder het disputeren*, Groningen, 1990; Leiden dissertation; Rechtshistorische studies, n. s. I.
 Baker, J. H. (ed.), *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlim, 1959; Comparative studies in continental and Anglo-American legal history, 5.

- Baker, J. H. e Milsom, S. F. C., *Sources of English Legal History. Private Law to 1750*, Londres, 1986.
 Bellomo, M., *L'Europa del diritto comune*, Lausanne, 1989.
Saggio sull'università nell'età del diritto comune, Catânia, 1979.
 Bender, P., *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt, 1979; Rechtshistorische Reihe, 8.
 Bergh, G. C. J. J. van den, *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725). Dutch Legal Scholarship Between Humanism and Enlightenment*, Oxford, 1988.
 Bluche, F., "Les magistrats des cours parisiennes au XVIII^e siècle. Hiérarchie et situation sociale", *Revue historique de droit français et étranger* 52 (1974), 87-106.
 Caenegem, R. C. van, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1973. "Das Recht im Mittelalter", in W. Fikentscher et al. (orgs.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg, 1980, 609-67.
 Calasso, F., *Medio evo del diritto*, I: Le fonti, Milão, 1954.
 Cavanna, A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, I, Milão, 1979.
 Chenc, C., *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genebra, 1982; Travaux d'histoire éthico-politique, XXXIX.
 Classen, P., "Richterstand und Rechtswissenschaft in italienischen Kommunem des 12. Jahrhunderts", in P. Classen (org. J. Fried), *Studium und Gesellschaft im Mittelalter*, Stuttgart, 1983; M. G. H. Schriften, 29, 27-126.
 Coing, H. (org.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Munique, I: *Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung*, 1973; II: *Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*: i: *Wissenschaft*, 1977, ii: *Gesetzgebung und Rechtsprechung*, 1976.
 Cortese, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milão, 1962-4, 2 vols.;
Coutumes et libertés. Actes des journées internationales de Toulouse 4-7 juin 1987. Montpellier, 1988; Recueil des mémoires et travaux publié par la Société d'histoire de droit des anciens pays de droit écrit, 14.
 Dekkers, R., *Het humanisme en de rechtswetenschap in der Nederlanden*, Antuérpia, 1938.

- Elton, G. R., *English Law in the Sixteenth Century: Reform in an Age of Change*, Londres, 1979, Selden Society Lecture.
- Engelmann, W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1939.
- Feenstra, R., *Fata iuris romani. Études d'histoire du droit*, Leiden, 1974;
 "L'enseignement du droit à Orléans. État des recherches menées depuis Meijers", *Études néerlandaises de droit et d'histoire présentées à l'université d'Orléans pour le 750^e anniversaire des enseignements juridiques*, ed. R. Feenstra e C. M. Ridderikhoff, Bulletin de la Société Archéologique et Historique de l'Orléanais, n. s. IX, 1985.
- Fowler-Magel, L., *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, Frankfurt, 1984; *Ius commune*. Sonderhefte, 19; Repertorien zur Frühzeit der gelehrten Rechte.
- Fried, J., *Die Entstehung des Juristenstandes im 12. Jt. Zur sozialen Stellung und politischen Bedeutung gelehrter Juristen in Bologna und Modena*, Colônia e Viena, 1974; *Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte*, 21.
- Gilmore, M. P., *Humanists and Jurists*, Cambridge, Mass., 1963.
- Gilissen, J., "Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII provinces des Pays-Bas", *Revue d'histoire du droit* 18 (1950), 26-27, 239-90.
- Godding, P., "La formation des étudiants en droit à Louvain (fin 16^e-début 17^e siècle): fait-elle place au droit coutumier et édictal de nos régions?", *Album amicorum J. Buntinx*, Louvain, 1981, 435-46.
- Gouron, A., *La science du droit dans le midi de la France au Moyen Âge*, Londres, 1984; *Variorum reprints*.
- Guenee, B., *Tribunaux et gens de justice dans le bailliage de Senlis à la fin du Moyen Âge (vers 1350-vers 1550)*, Paris, 1963.
- Guizzi, V., "Il diritto comune in Francia nel XVII secolo", *Revue d'histoire du droit* 37 (1969), 1-46.
- Guzman, A., *Ratio scripta*, Frankfurt, 1981; *Ius commune*. Sonderhefte, Texte und Monographien, 14.
- Hagemann, H. R., *Basler Rechtsleben in Mittelalter*, Basileia, 1981-7; 2 vols.
- Holthofer, E., "Literaturtypen des mos italicus in der europäischen Rechtsliteratur der frühen Neuzeit", *Ius commune* 2 (1969), 130-66; *Ius romanum medii aevi*, ed. E. Genzmer, Milão, 1961.

- Kan, J. van., *Le efforts de codification en France*, Paris, 1929.
- Kelley, D. R., *Foundations of Modern Historical Scholarship. Language Law and History in the French Renaissance*, Nova York e Londres, 1970.
- Kisch, G., *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit. Studien zum humanistischen Rechtsdenken*, Basileia, 1960.
- Koschaker, P., *Europa und das römische Recht*, Munique e Berlim, 1947.
- Legendre, P., *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV*, Paris, 1964.
- Levack, B. P., *The Civil Lawyers in England 1603-41. A Political Study*, Oxford, 1973.
- Luig, K., "Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jt.", *Ius commune* 3 (1970), 64-97.
- Maffei, D., *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milão, 1956.
- Martines, L., *Lawyers and Statecraft in Renaissance Florence*, Princeton, 1968.
- Meijers, E. M., *Le droit romain au Moyen Âge*, Leiden, 1959; *Études d'histoire de droit*, III.
- Milsom, S. F. C., *Historical Foundations of the Common Law*, Londres, 1969.
- Nörr, K. W., "Zum institutionellen Rahmen der gelehrten Rechte im 12. Jt.", *Festgabe für H. Coing*, Frankfurt, 1982, 233-44.
- Olivier-Martin, F., *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris* I; II. I, 2, Paris, 1922-30; 3 vols.; repr. 1973 com nova bibliografia por M. Boulet-Sautel;
La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes, Paris, 1925.
- Osler, D. J., "Budaecus and Roman law", *Ius commune* 13 (1985), 195-212.
- Otte, G., "Die Rechtswissenschaft", *Ius commune* 13 (1985), 123-42.
- Peach, T., "Le droit romain en français au XVI^e siècle: deux oraisons de François de Némond (1555)", *Revue historique de droit français et étranger* 60 (1982), 5-44.
- Pegues, F. J., *The Lawyers of the Last Capetians*, Princeton, 1962.
- Peteghem, P. van, "De verordening van 1483 voor de Raad van Vlaanderen herzien", *Album amicorum J. Buntinx*, Louvain, 1981, 341-50.
- Petitjean, M., "La coutume de Bourgogne. Des coutumiers officieux à la coutume officielle", *Mémoires de la Société pour l'histoire du*

- droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* 42 (1985), 13-20.
- Pissard, H., *Essais sur la connaissance et la preuve des coutumes*, Paris, 1910.
- Plucknett, T. F. T., *Legislation of Edward I*, Oxford, 1949.
- Poly, J.-P., "Coheredes legum romanarum. La renaissance du droit romain dans le midi de la France", *Historia del derecho privado. Trabajos en homenaje a F. Valls i Taberner*, X, Barcelona, 1989, 2.909-46.
- Ranieri, F., "Die Inanspruchnahme des Reichskammergerichts in den ersten Jahrzehnten seiner Tätigkeit. Versuch einer sozialgeschichtlichen Analyse der Reichsjustiz zur Zeit der Rezeption", *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 4 (1982), 113-34; *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit der Reichskammergerichts im 16. Jt.*, Colônia e Graz, 1985; 2 vols., Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich, 17/I-II.
- Richardson, H. G. e Sayles, G. O., *Law and Legislation from Aethelberht to Magna Carta*, Edimburgo, 1966.
- Ridderikhoff, C. M., *Jean Pyrrhus d'Anglebermes Rechtswetenschap en humanisme aan de Universiteit van Orleans in het begin van de 16de eeuw*, Leiden, 1981; dissertação.
- Ridder-Symoens, H. de, "De universitaire vorming van de Brabantse stadsmagistraat en stadsfunctionarissen. Leuven en Antwerpen 1430-1580", *Verslagboek vijfde colloquium De Brabantse Stad, 's-Hertogenbosch*, 1978, 21-124.
- Rigaudière, A., "L'essor des conseillers juridiques des villes dans la France du bas Moyen Âge", *Revue historique de droit français et étranger* 62 (1984), 361-90.
- Rompaey, J. van, "Hofraad en Grote Raad in de hofordonnantie van 1-I-1469", *Album amicorum J. Bontinx*, Louvain, 1981, 303-24.
- Schepper, H. C. C. de, "Rechter en administratie in de Nederlanden tijdens de zestiende eeuw", *Album amicorum J. Bontinx*, Louvain, 1981, 369-90 (org.), *Höchste Gerichtsbarkeit im Spätmittelalter und der frühen Neuzeit. Internationales rechtshistorisches Symposium 1984*. Amsterdam, 1984; Verzamelen en bewerken van de jurisprudentie van de Grote Raad, ed. J. T. de Smidt, n.s. 9.
- Schott, C. "Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele", *Festkolloquium H. Thieme*, Sigmaringen, 1983, 17-45.

- Schrage, E. J. H. (org.), *Das römische Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1987; Wege der Forschung, 635; repr. arts. de Genzmer, Seckerl, Kantorowicz, e bibliografia atualizada sobre o direito romano de 1100-1500 por R. Feenstra.
- Smidt, J. T. de, "Een verloren zaak-Grote Raad 8-5-1481" *Album amicorum J. Bontinx*, Louvain, 1981, 325-41.
- Smith, J. A. C., *Medieval Law Teachers and Writers, Civilian and Canonist*, Ottawa, 1975.
- Stein, P., "Legal humanism and legal science", *Revue d'histoire du droit* 54 (1986), 297-306.
- Timbal, P.-C., *Les obligations contractuelles dans le droit français des XII^e et XIV^e siècles d'après la jurisprudence du Parlement*, Paris, 1973-7; 2 vols., Centre d'étude d'histoire juridique.
- Troje, H. E., *Graeca leguntur. Die Aneignung der byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Colônia, 1971.
- Trusen, W., *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland*, Wiesbaden, 1962;
- "Zur Geschichte des mittelalterlichen Notariats. Ein Bericht über Ergebnisse und Probleme neuerer Forschung", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (R. A.)* 98 (1981), 369-81;
- Typologie des sources du Moyen Âge occidental*, ed. L. Genicot, inclui vários fascículos sobre a história do direito privado medieval:
- Dievoet, G. van, *Les coutumiers, les styles, les formulaires et les "artes notariae"*, 1986;
- Fransen, G., *Les décrétales et les collections des décrétales*, Turnhout, 1972;
- Les collections canoniques*, 1973;
- Genicot, L., *Les actes publics*, 1972.
- La loi*, 1977;
- Gilissen, J., *La coutume*, 1972.
- Godding, P., *La jurisprudence*, 1973.
- Ullmann, W., *The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna. A Study in Fourteenth-Century Legal Scholarship*, Londres, 1946.
- Vanderlinden, J., *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967.
- Vinogradoff, P., *Roman Law in Medieval Europe*. Oxford, 1929; 2^a edição por F. de Zulueta.

- Vleeschouwers-van Melkebeck, M., *De officialiteit van Doornik. Oorsprong en vroege ontwikkeling (1192-1300)*, Bruxelas, 1985; Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Verhaendelingen klasse Letteren 47 nr. 117;
Documenten uit de praktijk van de gedingbeslissende rechtspraak van de officialiteit van Doornik. Oorsprong en vroege ontwikkeling (1192-1300), Bruxelas, 1985; Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Wetenschappelijk Comité voor Rechtsgeschiedenis, iuris scripta historica, I.
- Vocht, H. de, *History of the Foundation and Rise of the Collegium Trilingue Lovaniense 1517-50*, Louvain, 1951-5, 4 vols.
- Waclkens, L., *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny. Édition et analyse de sa répétition sur la lois de quibus (D.1.3.32)*, Leiden, 1984; tese.
- Weigand, R., "Romanisierungstendenzen im frühen kanonischen Recht", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (K. A.)* 69 (1983), 200-49.
- Weimar, P. (ed.), *Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert*, Zúrique, 1981; Zürcher Hochschulforum, 2.
- Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Göttingen, 1976.
- Wiegand, W., *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*, Ebelsbach, 1977.
- Wijffels, A., "Einflüsse der Doktrin auf die gerichtliche Argumentations-praxis in der frühen Neuzeit", *Akten des 26. deutschen Rechtshistorikertages*, Frankfurt, 1987, 371-86;
 "Grosser Rat von Mecheln und Hof von Holand Zasiuszitate in den Prozessakten von 1538-71", *Ius commune* 12 (1984), 39-56;
Les allégations du droit savant dans les dossiers du Grand Conseil de Malines (causes septentrionales, c. 1460-1580), Leiden, 1985; 2 vols., Rechtshistorische Studies, 11.
- Yver, J., "Le président Thibault Baillet et la rédaction des coutumes" (1496-1514), *Revue historique de droit français et étranger* 64 (1986), 19-42.
 "La rédaction officielle de la coutume de Normandie (Rouen 1583). Son esprit", *Annales de Normandie* 36 (1986), 3-36.
- Zorzoli, M. C., *Università dottori giureconsulti. L'organizzazione della "facoltà legale" di Pavia nell'età Spagnola*, Pádua, 1986; Publ. Univ. Pavia. Studi nelle scienze giuridiche e sociali, n. s. 46.

IV. Iluminismo, direito natural e os códigos modernos: da metade do século XVIII ao início do século XIX

Características

61. Este breve período foi excepcionalmente importante. Viu a abolição das velhas tradições jurídicas, o breve triunfo do direito natural e a emergência mais duradoura de uma crença nos códigos. O período começou por volta da metade do século XVIII, quando a crítica do direito romano e a ascensão do direito natural começaram a se refletir em codificações importantes. No começo do século XIX já tinha terminado; o direito natural perdera seu poder de inspirar, tendo sido ofuscado pelo positivismo e pela Escola Histórica de direito. No entanto, o legado desse período relativamente breve foi duradouro: a fé nos códigos persiste (se bem que menos fervorosa) até hoje e sua importância prática ainda é considerável. No espaço de poucas décadas, conceitos e instituições, que haviam tomado forma gradualmente ao longo dos séculos, foram abolidos e substituídos. Foi esse o resultado de uma política guiada por novos princípios e novas estruturas, alguns dos quais ainda são empregados.

O Iluminismo

62. A renovação do direito tem de ser vista no contexto do Iluminismo, um amplo movimento europeu que assumiu

uma atitude crítica diante das idéias e da sociedade do *ancien régime* em geral. A crítica concentrou-se especialmente nos seguintes pontos. Em primeiro lugar, na desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos “Estados”, com seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e o acesso limitado ao cargo público. Em segundo lugar, nas limitações às pessoas e à propriedade; a servidão ainda existia, enquanto várias restrições feudais e corporativistas refreavam a atividade econômica. “Liberdade” e “igualdade” eram, portanto, exigências essenciais tanto nos programas políticos dos déspotas esclarecidos¹ quanto na Revolução Francesa. Em terceiro lugar, havia a crítica às intervenções arbitrárias e imprevisíveis da Coroa e a exclusão da participação popular (em particular a do “Terceiro Estado”) nos assuntos políticos. Por fim, havia a crítica à predominância da Igreja e à intolerância religiosa que muitos consideravam uma relíquia de um passado obsoleto. A revelação cristã, através das divergentes interpretações de sua doutrina, mergulhara a Europa em guerras religiosas, e sua autoridade absoluta era agora vigorosamente contestada. A esperança – no espírito do Iluminismo – era que a lógica e a ciência formassem um novo fundamento de um aprendizado seguro para toda a Europa civilizada.

As ligações oficiais entre a Igreja e o Estado eram criticadas. Tais vínculos significavam que a ordem e o governo da sociedade estavam subordinados a valores e prioridades transcendentais. As novas teorias afirmavam que a vida de uma sociedade não deveria estar divorciada da realidade, mas deveria tender a assegurar universalmente os melhores bens ao maior número de cidadãos. O caráter desumano de

1. Isto é formulado explicitamente, por exemplo, no *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)* de José II, a partir de 1786 (trata-se da primeira parte, conhecida como *Josephinisches Gesetzbuch*, do *ABGB* austriaco; ver mais adiante).

muitos aspectos da vida pública também foi criticado. O direito penal infligia penas capitais e horríveis castigos corporais e mutilações; o processo penal ainda usava a tortura – tais práticas eram objeto particular de crítica. O argumento baseado na autoridade, que dominara o pensamento durante séculos, agora era rejeitado. Antes, um valor absoluto fora atribuído aos livros sagrados em diferentes áreas – religião, ensino, direito. A convicção era de que o que era antigo era bom e respeitável. Agora acreditava-se na necessidade de liberdade em relação ao passado, de modo a assegurar um futuro melhor. A fé no progresso substituía a fé na tradição.

Em resumo: o velho mundo passou por uma renovação radical, guiada pelos princípios da razão humana e pelo objetivo de alcançar a felicidade do homem. A realização desse objetivo parecia requerer agora que o fardo dos séculos precedentes fosse rejeitado. Aplicado ao direito, esse programa significava que a proliferação de normas jurídicas deveria ser drasticamente reduzida, que o desenvolvimento gradual do direito deveria ser substituído por um plano de reforma e por uma abordagem sistemática, e, por fim, que não se deveria emprestar autoridade absoluta nem aos valores tradicionais, como o direito romano, nem aos juristas e juízes eruditos, que se proclamavam “oráculos” do direito². Os velhos costumes e os livros autorizados deveriam ser substituídos por um novo direito livremente concebido pelo homem moderno, cujo único princípio diretor fosse a razão. Esse novo direito deveria estar isento de qualquer obscurantismo. Ele constituiria um sistema claro e certo, compreensível para o povo, pois, de agora em diante, o direito deveria estar a serviço do povo. Para alcançar esse objetivo, era preciso preencher duas condições. A primeira era material: a

2. A expressão é tirada de J. P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Michigan, 1968). É encontrada também em autores mais antigos, como Blackstone (ver mais adiante, seção 68).

criação de um novo sistema jurídico baseado num novo corpo de fontes; a segunda era formal: uma nova técnica deveria ser desenvolvida para assegurar a aplicação na prática do novo direito. A primeira condição foi preenchida pelo direito natural, a segunda pela legislação, em particular pelos códigos nacionais introduzidos em todo o continente europeu. Esses dois aspectos requerem um exame mais detalhado.

O direito natural

63. A idéia de um direito baseado na natureza humana é muito antiga e aparece sob duas formas. Na Grécia antiga, o direito natural era o corpo de normas ideais não-escritas, opostas aos estatutos reais e imperfeitos da vida cotidiana. Em Roma, o direito positivo era apresentado como uma distorção de uma ordem natural primitiva: a escravidão portanto não pertencia ao direito natural mas ao *ius gentium*, como consequência das guerras. Para os romanos, o direito natural correspondia à lei da natureza: o acasalamento de animais e o casamento de seres humanos, por exemplo, expressavam uma lei universal, à qual tanto os homens quanto os animais estavam sujeitos. Na Idade Média cristã o direito natural tinha conotações religiosas e estava identificado a uma lei divina distinta das leis humanas, as quais aquelas leis não podiam transgredir. Por outro lado, no entanto, muitos juristas estavam convencidos de que o direito natural, concebido como um princípio diretor perfeito e eterno, era idêntico ao direito romano, à *ratio scripta* (“razão escrita”). Outros juristas discordavam. Viam o *Corpus iuris*, tal qual outros sistemas jurídicos, como um mero produto histórico sem valor eterno, imperfeito e capaz de melhoramento.

Desse modo, formou-se na era moderna uma nova concepção do direito natural. Ainda fazia referência à natureza

do homem e da sociedade, mas diferia das concepções anteriores em vários aspectos. Rejeitava a concepção do direito natural como um ideal de justiça com uma significação maior do que a da ordem jurídica positiva. Pelo contrário, concebia o direito natural como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria ser diretamente derivado: era um direito natural aplicado. A moderna Escola do Direito Natural recusava derivar seus princípios de sistemas externos, como o direito divino ou o *Corpus iuris*. Através do estudo racional e da crítica da natureza humana, os autores dessa escola procuravam princípios evidentes e axiomáticos, dos quais pudessem deduzir todos os outros *more geometrico*. O nome “direito da razão” (*Vernunftrecht*) é, portanto, mais adequado do que “direito natural”, que possui outras conotações.

O primeiro grande expoente da moderna Escola do Direito Natural foi Hugo Grotius († 1645), autor de *Mare liberum* (1609) e *De iure belli ac pacis libri tres* (1623). Nessas obras, Grotius tentou encontrar um fundamento para o direito das nações que deveria ser universalmente reconhecido. Descobriu-o na noção indispensável de direito natural: certas normas básicas tinham de ser necessariamente aceitas por todos os homens e Estados civilizados, pois elas correspondiam aos princípios da natureza humana e constituíam, portanto, a base comum partilhada por todos os homens. Essas regras existiam independentemente do *ius divinum* (direito divino), pois eram válidas até mesmo se fosse admitido que Deus não existia. Esse argumento fez com que Grotius derrotasse seus opositores religiosos, pois desse modo o direito natural podia unir católicos, protestantes e até mesmo os devotos de uma “religião natural”. Essas normas também eram independentes do direito romano (Grotius distinguia taxativamente esse sistema do direito romano), pois o *Corpus iuris* reconhecia apenas a autoridade universal do imperador e, por-

tanto, não podia fornecer a base necessária para regulamentar relações entre Estados soberanos. Além disso, tais normas eram independentes de qualquer legislador, pois nenhuma autoridade supranacional podia agora reivindicar a imposição de normas positivas de direito aos Estados da Europa moderna. Essa formulação dos princípios de um direito das nações baseado na compreensão e sabedoria humanas já fazia de Grotius um membro da Escola do Direito Natural (embora na área do direito privado os autores que vieram depois é que desenvolveram suas idéias)³. Ele não pode, no entanto, ser considerado um verdadeiro filósofo do direito natural, pois ainda estava sob a influência de fontes como a Bíblia e de vários textos antigos (como humanista tinha um excelente conhecimento da literatura latina), inclusive os textos de direito romano⁴.

Um passo decisivo foi dado por Samuel Pufendorf († 1694). Uma cátedra de direito natural e de direito das nações foi criada para ele em Heidelberg. Pufendorf escreveu *De iure naturae et gentium libri VIII* (1672), do qual publicou também uma versão abreviada, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri II* (1673). Nessas obras expôs um sistema que era racional e independente de todos os dogmas religiosos e que se baseava na dedução e na observação. Suas obras mostram claramente a influência do pensamento científico da época, em particular a de Descartes e Galileu; é necessário partir de verdades evidentes e proceder com rigorosa observação científica. A teoria geral de Pufendorf exerceu forte influência sobre as Partes Gerais (*Allgemeine Teile*), características dos modernos códigos

3. Grotius, no entanto, deu atenção às teorias do direito privado, em particular à propriedade, às obrigações e ao casamento (ver adiante, seção 72).

4. Só no século XVIII o respeito pelo direito romano começou a declinar e a se converter em crítica aberta. Leibiniz († 1716), por exemplo, ainda tomava o *Corpus iuris* como base para seus projetos de codificação.

européus. Ele desenvolveu suas teorias sobretudo em relação ao contrato e à propriedade, freqüentemente tomando empréstimos e construindo a partir da obra de Grotius.

Christian Thomasius († 1728), um aluno de Pufendorf, continuou a obra de seu professor e desenvolveu suas teorias numa direção pragmática, para que pudessem ser postas em prática pelo legislador. Ele já mostrara o seu senso prático em Leipzig, onde foi o primeiro a abandonar o ensino em latim pelo ensino em alemão. Foi encarregado de parte do trabalho preparatório para a legislação prussiana. Thomasius publicou o *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705), cujo título mais uma vez afirma a ligação entre o direito natural e o direito das nações. Foi também autor de obras populares que argumentavam a favor da modernização do direito. Nelas criticou o obscurantismo e a desumanidade da tortura judicial e da caça às bruxas⁵. Pronunciou-se resolutamente a favor de uma legislação nova e racional, livre da autoridade absoluta do direito antigo (particularmente do direito romano).

Christian Wolff († 1754) foi um polímata que ensinou, entre outras coisas, filosofia, teologia e matemática. Sua principal obra jurídica intitula-se *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (8 volumes, publicada entre 1740 e 1748). O título é uma declaração programática, pois Wolff já antecipava que os princípios do direito deviam ser estabelecidos pelo método científico moderno⁶. É característica da obra de Wolff que os axiomas do direito natural sejam elaborados através de exemplos concretos detalhados e que o método científico seja usado para deduzir todas as normas do direito de acordo com os princípios da prova geométrica (Spi-

5. *Dissertatio de tortura et foris christianis proscribenda* (1705); *Dissertatio de crimine magiae* (1701).

6. Uma versão condensada, *Institutiones juris naturae et gentium*, apareceu em 1750 e foi traduzida para o alemão em 1754.

noza fornecera o modelo para tal). Como ele próprio formulara em 1754, “todas as obrigações são deduzidas da natureza humana num sistema universal”⁷. Foi a obra de Wolff que serviu de ponto de orientação para autores posteriores da Escola de Direito Natural. Seu método influenciou os julgamentos dos tribunais, que recorriam ao emprego da dedução lógica a partir das normas fundamentais e dos conceitos gerais, mais do que ao exemplo de precedentes. A prática do direito na Europa continental de hoje ainda está moldada pela concepção wolffiana do direito como uma disciplina e um sistema lógico fechado⁸.

A obra desses juristas alemães era conhecida em toda a Europa. Suas obras eram tidas como autorizadas particularmente na França, embora a Escola de Direito Natural tenha produzido poucos autores franceses. O mais importante deles foi Jean Domat († 1696), sobrinho do filósofo, matemático e físico Pascal. Sua obra é uma tentativa ambiciosa de estruturar o direito de acordo tanto com os princípios cristãos quanto com critérios racionais, para chegar assim a um sistema válido para todas as épocas e povos. De fato, sua obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* era original na forma (uma nova organização e um novo sistema), mas não na substância, pois a substância que permanecia era a do direito romano, embora a ordem fosse diferente daquela contida no *Corpus*⁹. De maneira geral, os autores da Escola de Direito Natural tomavam emprestado os princípios do direito romano quando precisavam formular normas concretas de lei para questões específicas¹⁰. Sua intenção não era re-

7. Citado por Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, 319-20.

8. Especialmente na Alemanha, onde a expressão *Begriffsjurisprudenz* foi de fato usada no século XIX.

9. M. F. Renoux-Zagame, “Domat, le salut et le droit”, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 8 (1989), 69-111.

10. Ver mais adiante, seção 71.

jeitar as normas tradicionais do direito como um todo, o que não teria sido nada realista; queriam modernizar o método jurídico e libertar a jurisprudência da restrição imposta pela autoridade antiga.

O espírito das leis, de Montesquieu, não era um tratado sobre o direito natural, mas um estudo filosófico e comparativo do papel da legislação e dos tipos de instituições públicas. Montesquieu dava uma importância particular ao caráter nacional, ao clima e à geografia como fatores determinantes da diversidade dos sistemas jurídicos.

Na República das Províncias Unidas também havia juristas que reagiram contra a autoridade absoluta do *Corpus iuris*. Sua preocupação era, em grande parte, com as contradições e sutilezas excessivas dos civilistas, e com a conseqüente falta de clareza e segurança jurídicas: não havia mais um legislador romano em condições de promulgar normas obrigatórias, e até a *communis opinio* dos eruditos (na medida em que podia existir) não tinha força injuntiva. Assim, Willem Schorer († 1800), que era favorável à codificação do direito das províncias dos Países Baixos e escreveu notas para sua edição do *Inleidinghe* de Grotius, fez violentas críticas ao ensino tradicional do direito romano, especialmente em seu tratado “Sobre o absurdo de nosso atual sistema de doutrina e prática jurídicas” (1777), que causou viva controvérsia¹¹. O próprio jurista, que era presidente do Conselho de Flandres em Middelburg, na Zelândia, não mediu suas palavras: de acordo com ele, o direito romano estava impregnado de “sutilezas insípidas, cavilações descabidas e ficções inúteis”; suas fontes eram “um *corpus ineptiarum*, conhecido comumente como *corpus iuris*”; e o autor lamentava que “o direito escrito”, que des-

11. *Vertoog over ongerijmdheid van het samenstel onzer hedendaagsche rechtsgeleerdheid en praktijk*.

crevia como uma estrela cadente, tivesse atingido a Europa como um raio caído do céu¹².

Nos Países Baixos austríacos um típico representante do direito do Iluminismo foi Goswin de Fierlant († 1804), que lutou por um direito penal mais humano. J. B. C. Verlooy († 1797) também deve ser mencionado entre os partidários do Iluminismo e do progresso social (que o levaram a colaborar com as forças francesas de ocupação), embora fosse antes de tudo um especialista do velho direito brabanção¹³.

Os códigos do Iluminismo

64. A legislação e os códigos nacionais, em particular, foram os meios de colocar as concepções do direito nacional em prática¹⁴. Dois regimes políticos diferentes foram responsáveis pela promulgação de códigos modernos: o governo dos déspotas esclarecidos e a Revolução Francesa. No caso do primeiro, a modernização foi a política deliberada de imperadores, reis e altos funcionários conquistados pelas novas idéias. De vez em quando sua política de modernização chocava-se contra o conservadorismo do povo e só prevalecia através dos esforços de uma elite culta e progressista. Nos Países Baixos austríacos as reformas racionais de José II provocaram uma sublevação nacional conservadora, conhecida como a Revolução Brabaçona. Políticas de modernização foram conduzidas na Alemanha, Áustria, Tosca-

12. L. P. van de Spiegel, *Verhandeling over den oorsprong en de historie de Vaderlandsche Rechten* (Goes, 1769) e H. Cohen Jehoram, *Over codificatie. Van Portalis tot na Meijers* (Deventer, 1968), 2.

13. Ver Jan van den Broeck, *J. B. C. Verlooy, vooruitstrevend jurist en politicus uit de 18e eeuw* (Antuérpia e Amsterdam, 1980).

14. A jurisprudência desempenhava um papel muito restrito, já que os tribunais seguiam uma linha bastante conservadora. Como iremos ver (seção 65), o papel das universidades também era limitado.

na, Nápoles, Rússia, Portugal e nos países escandinavos, assim como no Sul dos Países Baixos. Já na França o Iluminismo produziu filósofos, mas não produziu reis esclarecidos. Lá havia um povo revolucionário que rompeu com o *ancien régime*, e foi através da sustentação popular que as idéias modernas foram impostas. Elas iriam dominar a sociedade de classe média do século XIX¹⁵.

Como o papa Gregório VII no século XI, os reformadores modernos contavam com a legislação para realizar seus objetivos políticos e eram hostis às fontes rivais de direito, tais como o costume e a jurisprudência. Em sua visão, o bem público dependia inteiramente dos códigos, e o apego ao costume revelava uma falta de confiança no progresso social. Os juízes, acreditavam eles, não deveriam competir com o legislador e não deveriam aplicar estatutos de maneira restritiva, sob o pretexto de respeitar princípios fundamentais não-escritos. O papel do juiz era deliberadamente limitado a agir como a “voz do direito”. De outro modo, todos os esforços de codificação teriam sido em vão; e o objetivo da certeza jurídica teria sido prejudicado por juízes que tomassem decisões de acordo com suas convicções pessoais¹⁶. A competição vinda da ciência jurídica também não

15. Isso fica claro em relação aos códigos do absolutismo, embora o povo fosse às vezes consultado, mas também em relação ao *Code civil* de 1804. Era a obra de um general que tinha poder ditatorial e de um pequeno grupo de juristas experimentados e eruditos; as instituições representativas da nação não tiveram nenhuma oportunidade real de contribuir para sua composição ou para dela participar.

16. Francis Bacon († 1626), que no começo do século XVII se declarara favorável a uma condição do direito inglês, anteviu que o juiz não devia se tornar legislador, pois *si iudex transiret in legislatorem, omnia ex arbitrio penderent* (citado em *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* II, col. 915). A famosa expressão “boca da lei” é do *Esprit des lois* de Montesquieu XI.6: “os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.

devia mais ser tolerada: era preciso pôr um fim às sutilezas e sofismas, que só faziam confundir a perfeita clareza dos códigos e torná-los, por fim, incompreensíveis aos cidadãos. Imperadores e reis eram felizes ao proibirem comentários sobre os códigos ou ao pronunciarem outras medidas restritivas. A legislação, por outro lado, era elevada à condição de “ciência”¹⁷.

O primeiro código importante do período foi o *Codex Bavaricus civilis* do eleitor Maximiliano José III da Bavária, promulgado na Alemanha em 1756. Era obra de W. A. von Kreittmayr († 1790), que estudara na Alemanha e nos Países Baixos e praticara na câmara imperial de justiça. O código bávaro era uma codificação substancial, mas ainda seguia a tradição de conceder um papel suplementar ao *ius commune*. As codificações na Prússia e na Áustria foram mais longe: toda disposição fora dos códigos foi ab-rogada e, em consequência, os juízes não podiam se recusar a aplicar as novas disposições, a pretexto de que antes não estavam em vigor. (Isso foi formulado expressamente nas cartas patentes que ordenaram a publicação, em 1721, de uma versão revisada do velho direito prussiano, intitulada *Verbessertes Landrecht des Königreiches Preussen*.)

Em 1738, Frederico Guilherme I ordenou a preparação de um livro geral de leis para a Prússia. Baseava-se no direito romano (*Allgemeines Gesetzbuch gegründet auf das römische Recht*). Em 1746, no entanto, Samuel von Cocceji († 1755) recebeu de Frederico II o Grande, amigo de Voltaire, a incumbência de compilar “uma codificação geral do direito alemão baseada apenas na razão e no direito nacional” (*bloss auf die Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Deutsches Allgemeines Landrecht*). Isso representou uma

17. G. Filangieri, *La scienza della legislazione* (Florença, 1764; tradução francesa, Paris, 1821).

mudança fundamental de direção, como fica confirmado por uma referência pejorativa ao “incerto direito romano-latino” e por uma proibição expressa de todo comentário, de modo a prevenir qualquer interpretação por professores ou advogados¹⁸. Cocceji não pôde completar seu trabalho¹⁹, mas sua obra foi continuada por J. H. C. von Carmer († 1801) e C. G. Svarez († 1796), juristas cujos pontos de vista eram ainda mais próximos do direito natural e bem distantes do direito romano. Seus trabalhos culminaram com a promulgação do *Allgemeine Landrecht* prussiano em 1794. Esse código exaustivo e maciço cobria não apenas o direito civil, mas também o direito público e comercial, o direito eclesiástico, o direito feudal e o penal. O código entrava (ou perdia-se) nos casos com um detalhamento extraordinário, na esperança vã de antecipar e regulamentar todos os casos possíveis. Qualquer extensão ou mesmo interpretação do direito por meio de precedentes comentários ou distinção erudita estava proibida; em caso de dúvida o esclarecimento devia ser buscado junto a uma *Gesetzkommission* oficial (comissão legislativa). A influência de Wolff e, através dele, de Pufendorf, sobre o sistema desse código é óbvia.

No território dos Habsburgos, uma obra importante e progressista pôde ser iniciada, já que a imperatriz Maria Teresa e, em particular, seu filho José II (um verdadeiro reformador) eram favoráveis ao Iluminismo. Formou-se uma comissão em 1753 para produzir um projeto baseado no direito

18. No *Vorrede* (prefácio) ao projeto do *Corpus Juris Fridericiani* de 1749-51, atribuído a Cocceji, está dito que “todos os pontos duvidosos da lei que surgem no direito romano ou foram encontrados pelos doutores” devem ser decididos de uma vez por todas, e um *Jus certum et universale* deve ser promulgado para todas as províncias da Coroa.

19. Apenas um fragmento, conhecido como o “Projekt des Corpus Iuris Fridericianum” foi completado e publicado em 1749, de acordo com Cocceji um *jus naturae privatum*.

comum (de modo a corrigi-lo e suplementá-lo) e no direito racional. O projeto foi completado em 1766, mas foi rejeitado pelo Conselho de Estado, que achou que ele tinha méritos como coleção de normas, mas era incompreensível e demasiado vasto para ser usado como um código (possuía oito volumes in-fólio). Um novo texto deveria ser feito, visando à simplicidade e à equidade natural; não deveria ser um manual, mas uma obra concisa, clara, livre da autoridade absoluta do direito romano e baseada no direito natural. A primeira parte desse código foi promulgada sob José II em 1786 (*Josephinisches Gesetzbuch*), mas só em 1808 F. von Zeiller († 1828), professor de direito natural e uma das principais figuras do *Aufklärung* austríaco, completou o projeto. O *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* foi promulgado, portanto, em 1811, inicialmente para as velhas terras hereditárias alemãs do império dos Habsburgos e, mais tarde, para outras terras sob sua autoridade. Era naturalmente mais moderno do que o código prussiano, que, por exemplo, ainda atribuía muita importância à desigualdade dos súditos diante da lei e que ainda respeitava totalmente os privilégios da nobreza. O código austríaco excluía todo o direito consuetudinário existente e até mesmo futuro (art. 10). A analogia e, na falta dela, os princípios naturais deviam ser usados para preencher as lacunas potenciais.

Os códigos prussiano e austríaco permaneceram em vigor por um longo período. Só em 1900, o primeiro foi substituído pelo *Bürgerliches Gesetzbuch*; o código austríaco, com a exceção de algumas modificações pandectistas em 1914-16, permanece em vigor até hoje. Cada um desses códigos submeteu diferentes povos a um direito uniforme. O objetivo político era promover a coesão dos territórios esparsos e fragmentados, unidos sob a coroa do rei da Prússia e dos imperadores austríacos.

As circunstâncias da codificação do direito francês já foram descritas em suas linhas gerais. Durante os anos do di-

reito intermediário, os códigos não foram obra de soberanos esclarecidos mas expressaram a vontade de um povo revolucionário. Contudo o contraste entre o desenvolvimento jurídico sob os regimes monárquico e revolucionário não deve ser exagerado. Os códigos do direito intermediário não passaram de projetos; e os códigos napoleônicos refletem, acima de tudo, a vontade política de um estadista poderoso e a obra de pessoas com boa formação jurídica e cultura filosófica. Pertenciam às mesmas classes sociais dos professores, magistrados e funcionários que eram membros das comissões de codificação na Prússia e na Áustria.

Fatores

65. O movimento de codificação foi sustentado por fortes correntes sociais. Em primeiro lugar, havia o fator político. Os soberanos viam a promulgação de códigos nacionais como um componente essencial de suas políticas de unificação. O princípio “um Estado, um código” ajustava-se perfeitamente a tais políticas. Isso era especialmente claro no caso da monarquia do Danúbio, que governava um Estado composto por grupos étnicos heterogêneos; mas também na França a “República única e indivisível” tinha todo o interesse em estabelecer um código único para todo o país. A nacionalização do direito fazia-se à custa tanto do *ius commune* cosmopolita quanto dos costumes particulares locais.

As codificações nacionais têm seu lugar na evolução geral do direito a partir da Idade Média: a autoridade universal do papa e do imperador agora era substituída pela soberania dos Estados nacionais que, grandes ou pequenos, consolidaram sua ordem jurídica em códigos nacionais. Países cuja unidade política foi consolidada mais tarde foram também os últimos a adquirir seus códigos nacionais. A Itália adquiriu seu *Codice civile* apenas em 1865, e a Alema-

na sua *BGB* em 1900. Os governos nacionais esperavam que os códigos nacionais pudessem proporcionar-lhes um controle firme sobre o desenvolvimento jurídico, que sempre tinha sido obscuro e esquivo, mas que agora as autoridades centrais tinham condições de controlar. A nova ordem jurídica significou o fim de diversas fontes de direito, assim como de várias jurisdições (a competência especial dos tribunais eclesiásticos, por exemplo, que fora reconhecida em certos casos pelas autoridades seculares).

Outro fator significativo de desenvolvimento político foi que a tarefa do Estado era concebida agora como de assegurar o bem comum aos cidadãos, e não a glória de Deus, a proteção da Igreja ou o poder das dinastias. Em países governados pelos déspotas esclarecidos, essa tarefa foi reservada ao soberano (daí o adágio “tudo para o povo, nada pelo povo”). Essa concepção aparece com particular clareza no *Josephinisches Gesetzbuch* de 1876 (I.I): “Cada súdito espera que o soberano lhe assegure proteção e segurança. É portanto dever do soberano estabelecer claramente os direitos de seus súditos e ordenar suas ações em nome do bem comum e individual.” Assim, em terras alemãs, os cidadãos eram o produto do direito, enquanto, na França, o direito era o produto dos cidadãos, pois aí ele derivava não de um soberano mas da *volonté générale* (“vontade geral”)²⁰. As autoridades agora tinham a vontade política de dar ao povo os direitos que ele tinha perdido durante a intervenção dos juristas eruditos, com sua tendência a tratar os assuntos jurídicos *in camera*.

As considerações econômicas também desempenharam um papel importante. Os códigos modernos respondiam às

20. “La loi est l’expression de la volonté générale”, *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, 1789, repetida no artigo 6 da Constituição de 1791. Ver também o t. III, art. 2 desta Constituição: “O Estado, do qual todo poder deriva, não pode exercê-lo por delegação”, e o art. 3: “Não há autoridade na França acima da autoridade da lei.”

reivindicações de uma classe média confiante e empreendedora, como as de liberdade e responsabilidade individual, abolição das barreiras e discriminação feudais (restrições à alienação da terra, corporativismo, privilégios das “ordens”, mão-morta). As premissas econômicas de alguns argumentos jurídicos podem ser facilmente identificadas. Assim, por exemplo, a Holanda no século XVII era uma pequena nação cuja prosperidade dependia acima de tudo do comércio com as nações ultramarinas. Não foi por coincidência, portanto, que Grotius concluiu que a liberdade dos mares era um princípio de direito natural²¹. John Selden († 1654), jurista inglês da época em que a Inglaterra estava começando a estabelecer sua hegemonia marítima, defendeu a tese oposta em seu *Mare clausum* de 1653. Isso aconteceu dois anos depois do Ato de Navegação instituído por Cromwell, que restringia o tráfego comercial na Inglaterra à esquadra inglesa. Outro exemplo é a abundante legislação sobre terras e hipotecas introduzida sob a pressão do “Terceiro Estado” durante os primeiros anos da Revolução, que tinha como objetivo liberar as terras feudais e eclesiásticas e permitir, desse modo, sua utilização dentro do sistema de crédito²². Seria impróprio, no entanto, sugerir uma ligação direta entre os grandes códigos franceses e a Revolução Industrial, já que esta só chegou ao continente muito tempo depois das primeiras tentativas de codificação, depois inclusive da promulgação dos códigos. No entanto, o direito dessas codificações modernas provou ser perfeitamente adaptado às ne-

21. Grotius foi levado a escrever seu *Mare liberum* (1609) diante das reivindicações espanholas e portuguesas de um monopólio do comércio colonial. Portugal esteve sob a dependência da Espanha de 1581 a 1640.

22. No Decreto de 5-12 de junho de 1791, o artigo 1 do *Code rural*, t.I, s.I, declara que o “território da França em toda a sua extensão é livre, assim como o povo que o habita”. Ver o volume *La révolution et la propriété foncière* (Paris, 1958) em M. Garaud, *Histoire générale du droit privé français* (de 1789 a 1804).

cessidades da economia capitalista de classe média do século XIX.

Por fim, vale a pena observar a importância dos fatores intelectuais. A filosofia do Iluminismo rejeitou os velhos dogmas e as tradições (especialmente religiosas) e colocou o homem e seu bem-estar no centro de suas preocupações. A mudança de atitude foi causada parcialmente pela influência da ciência moderna: sua nova concepção, de um universo dominado por elementos mensuráveis e leis de física que podiam ser provadas logicamente, substituiu a velha cosmologia, com seus espíritos e círculos celestiais. O método do direito natural do século XVIII caracterizava-se pela dedução exata e precisa de axiomas estabelecidos, exatamente como na matemática. A abordagem era nitidamente inspirada pelo *Discours de la méthode* de Descartes (1637), pela *Philosophiae naturalis principia mathematica* de Newton (1687) e pela *Ethica more geometrico demonstrata* de Spinoza (publicada postumamente em 1677)²³. De acordo com as novas concepções, o homem e a sociedade faziam parte de um universo inteligível governado pelas leis da natureza. A idéia de um ser criado à imagem de Deus e colocado acima da natureza estava agora excluída do discurso científico.

As universidades desempenharam apenas um papel secundário nesse período, exceto na Alemanha, onde algumas delas estavam especialmente baseadas no espírito do *Aufklärung* (Halle em 1694, Göttingen em 1737) e onde o direito natural era ensinado com entusiasmo. Na França, em particular, as faculdades de direito não deram virtualmente qualquer contribuição ao desenvolvimento jurídico do século

23. D. von Stephanitz, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluss von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriss* (Berlín, 1970; Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatwissenschaft, 15), 52-100, 120-33.

XVIII. Naturalmente, alguns juristas conheciam as doutrinas de Pufendorf, Thomasius e Wolff, e alguns professores exerceram uma influência considerável na codificação, mas o declínio das universidades continuava. O caso de Orléans é típico: um dos mais influentes juristas da época, Pothier, ensinava ali; mas a universidade (que, em todo caso, não passava mais de uma pálida sombra da escola brilhante que fora um dia) foi obrigada a fechar suas portas em 1794, por falta de alunos. No século XVIII, as universidades também estavam em declínio em muitos outros países, e sua supressão na época da Revolução Francesa não chegou a se constituir em surpresa para os contemporâneos. A ciência e a filosofia modernas tinham surgido fora das instituições universitárias; e as universidades tinham caído em descrédito, por terem diplomado candidatos sem exames sérios, ou até mesmo por haverem simplesmente vendido diplomas àqueles cujo único mérito era terem se dado ao trabalho de ir até a cidade universitária. A partir desses fatos, podemos imaginar facilmente o que ocorreu com a reputação das universidades e que valor se deu a seus diplomas²⁴.

Os tribunais e o processo

Aspectos gerais

66. Os tribunais e seus processos não escaparam às críticas endereçadas ao direito erudito do *ancien régime*. Elas se dirigiam sobretudo à confusão dos tribunais surgidos ao

24. A seguinte anedota da universidade de Pont-à-Mousson mostra que os professores tinham pelo menos senso de ironia, se não tinham rigor no ensino. Um candidato que adquirira o diploma de bacharel em direito quis também comprar um para seu cavalo; ao que a Faculdade respondeu que "podia conceder diplomas a burros, mas não a cavalos".

acaso. Atingiam também o papel dos juízes no desenvolvimento do direito, que tendia às vezes a se transformar em verdadeiro poder legislativo, como no caso dos *arrêts de règlement*²⁵. O processo romano-canônico erudito constituía um caso particular: era incompreensível para a grande maioria das pessoas; era escrito e, portanto, demorado e custoso; e ofendia ainda mais porque era secreto e burocrático. A tendência geral das reformas propostas pelos partidários do Iluminismo é, portanto, fácil de imaginar. Eram conduzidas pelo zelo revolucionário e inspiradas por sua confiança na bondade natural do homem (sob a influência particular de Rousseau). Alguns foram tão longe, que chegaram a advogar a abolição de todo processo jurídico formal: os bons cidadãos afastados por uma disputa seriam reconciliados por árbitros, ou juízes de paz, sem qualquer formalidade e sem as rigorosas normas processuais do *ancien régime*. Vários experimentos foram tentados pelo regime do direito intermediário, mas deles apenas a audiência de conciliação sobreviveu²⁶, e mesmo assim acabou se tornando uma mera formalidade, sem muito valor prático, já que, na realidade, as pessoas só se dirigiam aos tribunais quando suas disputas não mais podiam ser resolvidas amistosamente. A maior parte dos reformadores adotava o ponto de vista de que os tribunais e a administração da justiça eram indispensáveis, mas precisavam ser modernizados. Eis suas propostas para a modernização dos tribunais.

O labirinto de tribunais, cortes de justiça e parlamentos com suas jurisdições sobrepostas tinha de ser abolido e substituído em escala nacional, para todos os cidadãos, por uma hierarquia de tribunais racional e uniforme. Foi o que José II tentou fazer nos Países Baixos austríacos: a abolição

25. Ver adiante, seção 51.

26. Code de Proc. Civ. II, i, arts. 48-50.

de uma situação herdada da Idade Média e sua substituição por um novo sistema piramidal de tribunais²⁷. Da mesma maneira, toda a estrutura dos tribunais foi abolida no início da Revolução, em 1790-91, e substituída por outra que viria a se constituir na base da organização dos tribunais da França e da Bélgica até os dias de hoje. Nas jurisdições de direito privado (salvo os tribunais de comércio), o sistema fornecia um juiz de paz para cada cantão; um tribunal de primeira instância para cada *arrondissement*; um tribunal de apelação para cada 27 jurisdições; uma única Cour de Cassation, para verificar se o direito estava sendo aplicado uniformemente. Não se pensou em nenhuma autoridade internacional, européia ou universal superior ao sistema de tribunais nacionais.

A prática jurídica tornou-se mais democrática: se a justiça não devia ser confiada ao povo, devia pelo menos ser colocada ao seu alcance. O método mais radical era o de eleger juízes para um mandato temporário (um sistema ainda usado em alguns estados dos Estados Unidos da América) e abandonar todas as qualificações para a profissão jurídica, em especial a formação em direito. Por um breve período, a Revolução Francesa empregou um sistema assim (Constituição de 1791, III, 2 e 5). A Constituição do Ano VIII (13 de dezembro de 1799) readotou o sistema conservador tradicional de juízes profissionais, que haviam sido formados em direito e designados em regime vitalício pelo primeiro cônsul. O impopular sistema de vendas dos cargos de juiz já fora evidentemente abandonado bem antes²⁸.

27. Ver adiante, seção 68.

28. Estatuto de 16-24 de agosto de 1790 sobre o sistema dos tribunais, t. II, art. 2: "A venda de cargos jurídicos está abolida para sempre. os juízes farão justiça livremente e serão pagos pelo Estado".

Estatuto: a única fonte de direito

67. O monopólio do estatuto como fonte de direito tinha de ser consolidado: os juízes receberam instruções para se manterem estritamente dentro de suas tarefas e evitar qualquer intervenção legislativa. Isso deve ser entendido à luz da doutrina da separação dos poderes, tal como era defendida por Montesquieu²⁹. Robespierre teria ficado feliz ao ver que o termo “jurisprudência” havia desaparecido da língua francesa, já que “num Estado que tem uma constituição e uma legislação, a jurisprudência dos tribunais nada mais é do que outra lei”. O artigo 5 do *Code civil* de 1803 dispõe o seguinte: “Os juízes estão proibidos de pronunciar disposições normativas gerais nos casos a eles submetidos.” A subordinação dos juízes à lei pode ser vista também na exigência de que apresentassem os motivos de suas decisões e a base legal delas³⁰. Já no velho direito, o juiz que apresentasse motivos para suas decisões (como Wielant observou) era considerado um tolo. Mas e se o texto da lei fosse obscuro? Devia ser dada a cada juiz a liberdade de interpretar a lei de acordo com sua vontade? Os reformadores achavam que não; estabeleceram que a solução seria deixar a interpretação a cargo do próprio legisla-

29. O artigo 16 da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 26 de agosto de 1789, diz: “Qualquer sociedade em que não há garantia de direitos, nem separação entre os poderes, não tem Constituição.” A separação dos poderes tem de assegurar também a independência do judiciário em relação ao executivo. J. P. A. Coopmans, “Vrijheid en gebondenheid van de rechter voor de codificatie”, *Rechtsvinding. Opstellen aangeboden aan prof. dr. J. M. Pieters* (Deventer, 1970), 71-109; K. M. Schönfeld, “Montesquieu en ‘la bouche de la loi’” (Leiden, 1979; tese de doutorado); H. Hübner, *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts* (Königstein, 1980; Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte der Universität Köln, 8).

30. Constituição do ano III, art. 208; Constituição belga de 1831, art. 97.

dor³¹. Mas o processo adotado pela Constituinte de 1790, *référé au législatif* (recurso ao legislativo), era menos radical. Um único Tribunal de Cassation³² era criado para anular julgamentos que tivessem transgredido o direito e remetê-los a outro tribunal de mesma instância. Quando três tribunais persistissem na mesma decisão, o Tribunal de Cassation tinha de submeter a questão à assembléia legislativa para obter um estatuto legislativo, que então era imposto ao poder judiciário. Esse sistema também foi introduzido na Bélgica, tendo sido confirmado após a revolução de 1830 pela lei orgânica de 1832, que criou na Bélgica a Cour de Cassation belga. O recurso ao legislativo só foi abolido em 1865, quando foi substituído pelo sistema atual, em que, quando dois tribunais inferiores pronunciam a mesma decisão sobre um caso, mas seus julgamentos são anulados, o tribunal inferior ao qual o caso é então remetido deve seguir a decisão jurídica adotada pelo Tribunal de Cassação. Esse sistema acabou dando poderes judiciais de interpretação controlada da lei.

Os códigos modernos

68. Também foram propostas reformas para o processo civil. As normas processuais deviam ser codificadas para consolidar a certeza e a clareza, qualidades que faltavam completamente nos pesados e obscuros volumes da jurisprudência

31. O estatuto de 16-24 de agosto de 1790 dispunha que os tribunais deviam se dirigir ao legislativo toda vez que julgassem necessário interpretar um estatuto.

32. Esse tribunal, que foi estabelecido pelo decreto datado de 27 de novembro-1º de dezembro de 1790 para anular todos os processos formalmente deficientes e todos os julgamentos contrários à lei, tinha antecedentes no *ancien régime*, na jurisprudência do Conseil du Roi, para o qual já haviam sido criadas normas em 1738.

processual romano-canônica³³. Os novos códigos introduziram mudanças substanciais no processo, o que levou a justiça para mais perto dos cidadãos ou, em outras palavras, deu à administração da justiça uma aparência mais humana. Os processos tinham de ser públicos e orais (à exceção da deliberação do juiz), o que reduzia tanto a demora quanto os custos. O exame secreto das testemunhas devia ser abolido. O sistema de provas legais, excessivamente teórico e complicado, foi abolido, pelo menos nos casos de direito penal; agora o juiz decidia de acordo com suas próprias convicções, baseado na prova apresentada a ele (*conviction intime*). A justiça devia tornar-se democrática, abolindo a profissão de advogado, já que o cidadão, devidamente informado pelos códigos, seria perfeitamente capaz de defender seus próprios interesses³⁴. Júris no modelo inglês deviam ser introduzidos, de modo que cada cidadão pudesse ser julgado por seus concidadãos³⁵.

A abolição dos advogados teve vida curta. A proposta de um júri nos casos civis foi rejeitada pela Constituinte, após a intervenção de Tronchet, que sustentava que, nos casos civis, as questões de fato não poderiam ser distintas das questões de direito. Mas os reformadores também foram quase unânimes ao defender a velha *Verhandlungsmaxime*³⁶. A

33. O "Code Louis" (ver antes na seção 40) era uma exceção notável no direito processual europeu.

34. Esta foi uma das reformas da *Déclaration des droits de l'homme* assim como das Constituições de 1791 e 1795. A abolição dos advogados era parte da luta contra a restauração dos privilégios do *ancien régime*. Não durou muito: a "Ordre des Avocats" foi restabelecida por Napoleão em 1804, com o requisito de que seus membros fossem formados em direito.

35. Em 1790, E.-J. Sieyès já havia proposto à Constituinte que todas as causas cíveis e penais deveriam ser decididas pelo júri. Sua proposta obteve resultados práticos apenas no direito penal. Como observou Robespierre na Convenção de 1793, a diferença entre jurados e juízes não-profissionais era apenas nominal.

36. Isto é, em que o processo está nas mãos das partes e a decisão do tribunal baseia-se nas declarações das partes e das testemunhas citadas.

exceção à regra foi Frederico o Grande, que na condição de déspota esclarecido, considerou dever do tribunal investigar a verdade, mesmo se isso envolvesse o juiz em uma investigação que fosse além dos elementos apresentados pelas partes. Sua idéia divergente do processo baseava-se nos princípios das *Instrukionsmaxime* e da *Offizialmaxime*, nas quais o *officium iudicis* é o princípio condutor do processo civil. A tarefa do juiz é proteger o cidadão e convencer-se dos méritos do caso, independentemente das alegações das partes, mesmo quando nada dizem ou cometem erros. Os casos devem ser investigados por um *Instruent* designado pelo tribunal, que pode ser comparado ao *juge d'instruction* do direito penal. Esses princípios foram estabelecidos no livro I (*Von der Prozessordnung*) do *Corpus Iuris Fridericianum* (1781), que também aboliu os advogados escolhidos e pagos pelas partes, substituindo-os por funcionários ligados aos tribunais (*Assistenzräte*)³⁷. Todavia, assim como na França, também na Prússia a profissão de advogado se restabeleceu rapidamente, e os experimentos empreendidos por Frederico o Grande foram transitórios. Contudo, no século XX noções semelhantes sobre o papel do juiz e da assistência jurídica voltaram a ser focalizadas.

Os principais códigos de processo civil da época foram o de Frederico II, na Prússia³⁸, o de Napoleão na França e, na Áustria, o *Allgemeine Gerichtsordnung* de José II, que foi promulgado em 1781 para os territórios da Europa Central sob o domínio dos Habsburgos e também foi importante para os Países Baixos austríacos. O *Gerichtsordnung* era

37. Os advogados tradicionais eram vistos como mercenários.

38. Esse código foi elaborado em grande parte por von Carmer e Svarez, que já foram mencionados. Foi revisto pelo *Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten* (1793) de Frederico Guilherme II e por uma ordenação de 1799. As ordenações de 1843 e 1846 acolheram de novo as práticas tradicionais.

uma codificação sistemática e abrangente do direito processual. Era também uma modernização estatutária do direito no espírito do Iluminismo. Onde preservava os processos tradicionais, o *Gerichtsordnung* era uma codificação do processo romano-canônico, enquanto suas características modernas derivavam da comparação com outros sistemas europeus, das idéias de autores do Iluminismo e da obra de Montesquieu, que era citado freqüentemente pela comissão de codificação. Alguns dos novos experimentos com processos orais foram desenvolvidos de maneira mais sistemática na legislação posterior. Mas a reforma radical do direito processual austríaco só ocorreu por volta de 1805, com a introdução do *Zivilprozessordnung* preparado pelo professor F. Klein. Nos Países Baixos, José II tentou uma reforma integral do sistema de tribunais, ao abolir os tribunais existentes em 1787 e ao substituí-los por uma única estrutura forense piramidal. Sua reforma contemplava 63 tribunais de primeira instância, dois de apelação, em Bruxelas e em Luxemburgo, e um único conselho soberano, sediado em Bruxelas. Os tribunais de apelação deviam ouvir os recursos, enquanto o conselho soberano tinha competência para rever os julgamentos. Esse sistema já antecipava o contemporâneo. Na época de José II, no entanto, esse ataque direto à tradição e aos interesses adquiridos provocou a revolução brabançona de outubro de 1789, e as autoridades viram-se compelidas a restaurar as velhas jurisdições, que sobreviveram até a ocupação francesa, em 1794.

Como parte de sua política, José II promulgara em Bruxelas, no ano de 1786, um *Règlement de procédure civile*, que continha 451 artigos e era muito próximo do modelo austríaco. Estabelecia em particular que apenas os formados em direito podiam exercer a advocacia. Os juízes deviam aplicar estritamente as disposições do *Règlement*: estavam proibidos de divergir dele evocando o “espírito do direito”,

a “equidade pretoriana”, a “oposição aos costumes” ou “qualquer outro pretexto”. Um juiz que deixasse um caso transitar por muito tempo era obrigado a pagar uma indenização acrescida de juros. Onde houvesse lacuna num estatuto, o tribunal deveria julgar por analogia ou então dirigir-se ao conselho soberano de justiça, sediado em Bruxelas. O trabalho preparatório para o *Règlement* fora empreendido em Bruxelas a partir de 1782, mas o projeto desenvolvido nos Países Baixos foi rejeitado pelas autoridades vienenses e substituído por um código mais “iluminista”, que já entrara em vigor nos territórios dos Habsburgos no Norte da Itália. Para o governo de José II, o projeto que fora rejeitado era tradicional demais e ainda demasiado preso aos costumes locais³⁹.

Em suma, é preciso lembrar que os códigos processuais do Iluminismo, pelo menos aqueles que duraram algum tempo, eram decididamente conservadores. Na França a codificação reiterava os elementos essenciais da *Ordonnance* de 1667, que já se mostrara prática e conseguira evitar os excessos da doutrina romano-canônica. O *Gerichtsordnung* de 1781 preservava a essência do “processo comum” (*gemeiner Prozess*), embora revisasse alguns de seus aspectos sob um ângulo moderno. Mas em algumas regiões as novas idéias não tiveram no início nenhum efeito sobre o processo. Na Espanha, a justiça continuava a ser administrada de acordo com o processo erudito medieval, e a Inglaterra mantinha seu processo medieval de Direito Comum (Common Law).

39. O zelo reformista de José II pode ser verificado, entre outras coisas, em quase mil ordenações promulgadas por ele nos Países Baixos austríacos ao longo do seu reinado de dez anos. Ver R. Warlomont, “Les idées modernes de Joseph II sur l’organisation judiciaire dans les Pays-Bas autrichiens”, *Revue d’histoire du droit* 27 (1959), 269-89; P. van Hille, *De gerechtelijke hervorming van Keizer Jozef II* (Tielt, 1972). José II também agitou os círculos jurídicos belgas ao abolir a tortura: E. Hubert, *La torture aux Pays-Bas autrichiens pendant le XVIII^e siècle* (Bruxelas, 1896).

O direito inglês no Iluminismo

Lorde Mansfield e William Blackstone

69. No continente europeu o mundo jurídico viu-se diante de uma série de transformações, ou, pelo menos, de um amplo movimento de novas idéias e de reforma. Mas o direito inglês manteve seu curso tradicional de modo imperiturbável. A melhor expressão para resumir a história do direito inglês na segunda metade do século XVIII e no começo do século XIX é “tudo tranqüilo no fronte inglês”. Não houve qualquer modernização, revolucionária ou de outro cunho. Longe disso: neste período de extremo conservadorismo, o sistema existente foi de fato consolidado. O Direito Comum (Common Law) era, e permaneceu, a base do direito inglês. A equidade, a jurisprudência da Court of Chancery era mais restritiva do que nunca e degenerara numa massa de normas de direito positivo que não guardava relação com a equidade natural, da qual, séculos antes, havia nascido. Os poderosos “Tribunais Prerrogativos” (Prerogative Courts)⁴⁰ tinham entrado em colapso durante a revolução puritana, e os tribunais que aplicavam o direito romano ou canônico eram tão-somente marginais. Assim, o Direito Comum permaneceu o que sempre fora: um corpo de normas não-escritas, tidas como baseadas no antigo direito consuetudinário, cuja definição e interpretação estava nas mãos dos juizes, em particular dos doze juizes sediados em Westminster Hall. A legislação, especialmente a legislação de direito privado, não era significativa. Os estatutos eram raros e, ainda que os tribunais não adotassem a posição extrema de sir Edward Cooke⁴¹, ainda se permitiam uma grande lati-

40. Esses tribunais baseavam-se na prerrogativa real e tinham caráter absolutista; o mais importante era a “Star Chamber”.

41. No *Caso Bonham*, em 1610, Coke († 1634) sustentou que os velhos livros de direito mostravam que “em muitos casos o Common Law deverá

tude ao interpretar os estatutos. Às vezes essa atitude aproximava-se do controle judicial dos estatutos de acordo com os princípios fundamentais do Common Law⁴².

Os juizes não eram apenas os sustentáculos (conservadores) do direito em vigor⁴³. Também podiam contribuir ativamente, através de precedentes construtivos, para o desenvolvimento do direito inglês. William Murray, conde de Mansfield († 1793), foi notável nesse aspecto. Lorde Mansfield era de descendência escocesa (daí sua familiaridade com o direito romano e continental); e depois de uma carreira política na Câmara dos Comuns, de 1756 a 1784 ocupou a posição de Juiz Supremo em King's Bench, um dos tribunais de Direito Comum de Westminster. Ao mesmo tempo, mantinha seu lugar na Câmara dos Lordes e participava dos assuntos políticos. Sua contribuição fundamental e duradoura foi integrar firmemente o direito comercial inglês ao sistema do Direito Comum. Os antecedentes do direito comercial estavam na prática continental, especialmente mediterrânea. Com opiniões judiciais construtivas, às vezes ousadas, lorde Mansfield transformou esse direito comercial num instrumento adequado às necessidades comerciais e financeiras (crédito, letras de câmbio, seguro, bancos) e, desse modo, é considerado o fundador desse direito comercial inglês. O desenvolvimento desse direito foi reali-

controlar os Atos do Parlamento e às vezes julgá-los totalmente nulos; pois, quando um Ato do Parlamento é contra o direito e a razão, ou repugnante, ou impossível de ser executado, o Common Law deverá controlá-lo e julgar tal ato nulo”.

42. Só em 1871 a magistratura rejeita expressamente esta noção e declara que os juizes, como “servos da Rainha e do legislativo”, têm de aceitar a autoridade do Parlamento, pois “os procedimentos aqui são jurídicos, não autocráticos, o que se tornariam se pudéssemos fazer as leis, em vez de administrá-las”. *Lee v. Bude* L. R. 6 C. P. 576, 582 *per* Willes J.

43. No começo do século XIX, dois juizes em particular foram notoriamente conservadores, lorde Ellenborough, do Kings Bench (1802-18), e lorde Elton da Chancery (1801-6, 1807-27).

zado em colaboração com os comerciantes londrinos. Eles tinham assento nos júris civis, e a eles eram dirigidas perguntas detalhadas sobre a finalidade e o significado de suas práticas profissionais.

O papel da legislação era meramente auxiliar. De acordo com Blackstone (ver mais adiante), *lex non scripta* (o direito comum não-codificado) devia ser distinguido da *lex scripta* (os Atos do Parlamento ou, estritamente falando, da Coroa e das Câmaras dos Lordes e dos Comuns). Os estatutos eram meramente complementares do Direito Comum. Eram declaratórios, já que explicitavam um ponto particular do Direito Comum, e eram corretivos, já que objetivavam corrigir deficiências do Direito Comum. Além disso, estava presumido que a intenção do legislador não era nunca a de modificar ou ab-rogar uma norma do Direito Comum, a menos que essa intenção fosse declarada expressamente. De acordo com Blackstone, onde não havia estatuto, a tarefa dos depositários juizes, que eram vistos como oráculos vivos e depositários do direito, era resolver as questões duvidosas, de modo que o Direito Comum era e permaneceu uma criação da jurisprudência.

O saber desempenhou um papel ainda mais modesto do que a legislação. As faculdades de direito e o ensino em geral tinham perdido toda a importância. Os *Inns of Court* (Escolas de Direito) abandonaram completamente o ensino e se tornaram meros clubes sociais para advogados. Em Oxford a criação da Vinerian Chair of English Law* foi a primeira tentativa de criar um ensino universitário do direito. Blackstone foi o primeiro a ocupá-la, a partir de 1758, e o fez com brilhantismo. Depois dele, deteriorou-se até a mediocridade e se tornou uma sinecura⁴⁴. O sistema jurídico e processual permaneceu preso a seus moldes medievais.

* Cátedra de direito inglês. (N. do T.)

44. H. G. Hanbury, *The Vinerian Chair and Legal Education* (Oxford, 1958).

Tal inércia parece surpreendente quando contrastada com o quadro do Iluminismo continental, cuja inspiração – paradoxalmente – era em grande parte britânica. É mais surpreendente ainda na perspectiva da Revolução Industrial, que alcançou seu ponto mais alto precisamente na época em que o mundo jurídico inglês era mais letárgico. É um paradoxo da história jurídica inglesa que essa mudança social e econômica pudesse ter lugar sob um sistema jurídico que provinha diretamente da Idade Média, como se toda a energia da nação tivesse sido mobilizada para o milagre econômico, e o arcabouço institucional permanecesse totalmente ignorado.

A Idade da Razão, no entanto, não deixou de influenciar o direito inglês, pelo menos o pensamento jurídico inglês (que estava de qualquer modo bem distante da prática). Dois juristas eminentes, mas muito diferentes, surgiram nessa época: um foi o último grande autor do Direito Comum clássico, o outro um crítico desse mesmo Direito Comum e iniciador das reformas do século XIX. Sir William Blackstone († 1780) foi o autor dos *Comentários sobre as leis da Inglaterra* (1765-8; com várias edições e adaptações), um levantamento e uma análise abrangente do direito inglês. Embora fizesse observações críticas, sua avaliação geral do direito inglês era positiva. Seu objetivo era consolidar o sistema jurídico inglês e, no espírito do Iluminismo, demonstrar seu caráter racional e revelar seus princípios fundamentais. A linguagem e o estilo elegantes do autor surpreenderam agradavelmente seu público, já que a maior parte dos autores escrevia num jargão ininteligível e rebarbativo. O bom inglês substituiu o francês e o latim jurídicos apenas a partir de 1731.

Jeremy Bentham

70. Jeremy Bentham († 1832) já é totalmente diferente. Ele confrontou diretamente o *status quo* e, durante toda sua vida, foi um apologista vigoroso e eloqüente do princípio da codificação. O ponto de partida para a crítica de Bentham ao sistema inglês (que, em sua época, era substancialmente medieval) não foi o direito natural continental⁴⁵, mas sim uma idéia inteiramente original: o princípio da utilidade. Bentham não formulou axiomas e deduziu normas do direito a partir deles; em vez disso, questionou a utilidade de cada conceito e norma jurídica, e o objetivo prático destes para o homem e a sociedade de sua época. Muitos valores tradicionais fracassaram nesse teste, por isso deviam ser substituídos por novos. Em especial eles tinham de ser substituídos por uma codificação compilada sob a divisa de “utilidade” (Bentham chamou sua doutrina de “utilitarismo”). Em seu modo de ver, os códigos tinham de assegurar a “cognoscibilidade” e a certeza do direito, e tanto a legislação quanto a jurisprudência deviam ter como objetivo “a maior felicidade para o maior número possível” (o lema era de J. Priestley, † 1804).

Entre as obras de Bentham estão *Um fragmento sobre o governo* (1776), que atacava as obras de Blackstone, *Comentários: princípios da moral e da legislação* (impresso em 1780, publicado em 1789), que era um libelo a favor da legislação radical como fonte do direito moderno, e *Propostas de codificação* (1823). Escreveu também uma *Teoria da legislação* (que só apareceu em 1931)⁴⁶. A época de Bentham

45. “Continental” no sentido de que era aí que o direito natural alcançara um êxito especial e uma acentuada influência sobre a prática jurídica. Isso não significa que o pensamento inglês não tenha contribuído para o direito natural; basta pensar em Hobbes.

46. Muitas das obras de Bentham foram traduzidas para o francês por seu discípulo E. Dumont e lidas assiduamente no continente.

foi dominada pelas idéias conservadoras; qualquer reivindicação de mudança então evocava o espectro da Revolução Francesa e do Terror. Como resultado disso a obra de Bentham, que advogava uma reforma fundamental do sistema existente, não teve sucesso. Depois de sua morte, no entanto, o Parlamento, que fora substancialmente modernizado pelo Ato de Reforma de 1832, começou a desenvolver seu programa, devido em grande parte aos esforços de lord Brougham, um reformador fervoroso e, como político, mais hábil do que Bentham⁴⁷.

É um paradoxo que o maior dos teóricos europeus e um expoente da codificação – foi ele quem de fato cunhou a expressão “codificação” – tenha surgido na Inglaterra. Até hoje, a Inglaterra tem guardado distância da codificação; seu sistema jurídico ainda é baseado, em parte, no direito consuetudinário não-escrito de milhares de precedentes, em parte, numa vasta coleção de estatutos que estão cronologicamente ordenados em volumes imponentes, que abrangem da Idade Média até hoje. O maior profeta da codificação foi rejeitado em sua própria terra⁴⁸.

Há várias razões para esses desenvolvimentos divergentes da Inglaterra e da Europa continental, e para a espantosa esterilidade do direito inglês durante esse período. No continente, os grandes códigos foram obra de déspotas esclarecidos ou de gerais que tinham poderes ditatoriais. Mas a Inglaterra não experimentou nenhum desses regimes.

47. O sinal para a reforma fundamental foi dado em 1828, quando Brougham fez um discurso de seis horas na Câmara dos Comuns sobre o “Common Law”, e duas Comissões Reais foram designadas. Como Lord Chanceler de 1830 a 1834, Brougham estava em posição de apressar a reforma. Foi um dos fundadores da “Sociedade para a Melhoria do Direito” (Law Amendment Society), em 1844.

48. Como um expoente da codificação, Bentham teve um precursor brilhante mas igualmente desafortunado em Francis Bacon († 1626), advogado, político e filósofo da ciência.

Os códigos continentais buscavam especialmente reforçar a unidade do Estado nacional, mas não havia tal necessidade na Inglaterra, onde as peculiaridades jurídicas locais eram desconhecidas e o Direito Comum era o mais antigo direito da Europa. O próprio fervor com que a codificação se desenvolveu no continente provocava a desconfiança de muitos ingleses. Para eles, o continente evocava regimes políticos que abominavam: o absolutismo e o radicalismo revolucionário. Além disso, os objetivos dos reformadores continentais já haviam sido parcialmente alcançados na Inglaterra. Por exemplo, na França a terra era ainda detida em mão-morta por instituições religiosas ou mantida fora do mercado pelos costumes medievais; mas na Inglaterra os mosteiros tinham sido dissolvidos e suas terras confiscadas, sob Henrique VII (1509-47), e vastas extensões de terra haviam reingressado no sistema econômico. Os numerosos Enclosure Acts (leis sobre o cercamento das terras) do século XVIII tinham suspenso também as restrições medievais sobre as terras comuns e os direitos de propriedade. Em consequência, grandes áreas de terra agrícola estavam agora abertas à exploração econômica.

Avaliação do direito racional

71. Um balanço dos sucessos e fracassos do direito racional pode ser útil. Alguns de seus objetivos básicos foram alcançados. Teve um efeito libertador, já que conduziu ao abandono do sistema coercitivo da *auctoritas* dos textos antigos. Embora o pensamento medieval admitisse que a *auctoritas* (autoridade) tinha de estar submetida à *ratio* (razão), era sempre a *auctoritas* que prevalecia. Agora a *ratio* se tornou o princípio orientador. A antiguidade de uma norma jurídica não era mais considerada uma garantia de superio-

ridade. Alguns autores até adotaram a tese oposta e afirmaram que cada inovação jurídica representava necessariamente um progresso.

A primazia do estatuto (especialmente o estatuto codificado) tornara-se aceita. No continente, tal primazia mal tornou a ser contestada, enquanto alguns dos extremismos de primeira hora eram abandonados, como a declaração de J.-J. Bugnet († 1866): “Não conheço o direito civil, ensino apenas o Código Napoleão.” Desde sua homologação, os costumes se constituíram de certa forma numa espécie de estatuto disfarçado, mas agora viam-se relegados a um papel marginal. O saber jurídico não tinha mais uma autoridade injuntiva. Só a jurisprudência conservava um lugar importante na prática jurídica. O resultado, no entanto, era muito menos radical do que os defensores do estatuto como fonte única do direito tinham imaginado (algo ingenuamente), e a tentativa de impedir que os juristas escrevessem comentários doutrinários foi tão inútil quanto a esperança de prever todos os casos nos códigos. Todavia a prioridade do estatuto sobre todas as outras fontes de direito trouxe consigo uma simplificação marcante: daí em diante, o conhecimento e a aplicação do direito se tornaram incontestavelmente mais claros e mais seguros. O direito natural era um elemento essencial do triunfo sobre o antigo direito consuetudinário e sobre o ainda prestigioso direito romano. Só um direito ainda mais universal, ou um direito verdadeiramente universal, estava em condições de desafiar a autoridade quase universal do direito romano. Se o *Corpus iuris* era o direito do império romano e do mundo ocidental, o direito natural era o de toda a humanidade; o direito romano era a obra do maior povo de juristas da história, o direito natural era a própria expressão da razão. Desse modo, no começo do século XVIII era possível argumentar que a norma romana *alteri stipulari nemo potest* era obsoleta, já que em virtude dos princípios do direito natural cada acordo poderia dar origem a uma ação legal. Segundo

um autor desse período “a maior parte dos juristas ou, pelo menos, os melhores dentre eles reconhecem que, nessa questão, é mais adequado seguir, não as sutilezas do romano, mas a simplicidade do direito natural”⁴⁹.

O método do direito natural foi o de deduzir normas concretas do direito positivo de conceitos gerais e axiomas. Essa abordagem sistemática (*Begriffsjurisprudenz*) exerce influência até hoje. Substituiu o antigo método, cuja principal tarefa tinha sido a exegese de textos individuais do *Corpus iuris* para harmonizá-los. O método moderno, deliberadamente mais abstrato, seguia o método das ciências exatas, pois o objetivo dos juristas era o de formar uma ciência universal baseada em proposições demonstráveis. Ainda hoje esse objetivo representa um obstáculo insuperável para todas as tentativas de reconciliar o pensamento jurídico inglês e o continental. A convicção e a ambição foram taxativamente expressas pelo especialista em direito civil Fr. Laurent, professor da Universidade de Gand († 1887): “O direito é uma ciência racional.” A noção de que o direito é intencional, de que pode ser usado para dirigir a política social ou mesmo para criar um certo tipo de sociedade, também é parte do legado da Idade da Razão. O direito nacional via o direito num contexto político, utilitário ou filosófico. Isso levou o direito a tornar-se ideológico e permitiu que os governos apertassem o seu controle sobre o povo. Antes, isso teria sido impensável. O século XVIII começou também a humanizar o direito, sobretudo, embora não exclusivamente, o direito penal⁵⁰.

49. Augustin Leyser († 1752), importante figura do *Usus modernus*; ver K. Luig, “Der Einfluss des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (G. A.) 96 (1979), 41.

50. A prisão por dívida foi abolida por um decreto de 12 de março de 1793, que dizia que “não é nem mesmo permitido acordá-la”. No entanto, ela reapareceu no *Code civil*, e já fora revivida por uma lei de 14 de março de 1797.

A secularização do direito, sua emancipação da autoridade da teologia e do direito divino, foi um objetivo amplamente alcançado pelo Iluminismo. O casamento civil e o divórcio foram introduzidos, e a discriminação religiosa, especialmente contra as seitas cristãs “dissidentes” e contra os judeus, foi abolida. Ao mesmo tempo criou-se uma distinção entre a *civitas Dei* e a *civitas terrena*, a ordem divina superior e a ordem temporal a ela submetida. Agora, a ordem temporal estava emancipada. Podia estabelecer suas metas e os meios de alcançá-las.

Em vários aspectos, no entanto, as ambições do direito nacional foram frustradas. O próprio direito natural, embora estivesse muito em voga durante o Iluminismo, tinha pouca vida à sua frente. No começo do século XIX, já perdera toda importância verdadeira como princípio orientador e como fonte de inspiração para o direito. Já havia levado a cabo sua tarefa de constituir um desafio à velha ordem e de inspirar códigos. Podia desaparecer, como as massas revolucionárias, com as quais os generais e os cidadãos do século XIX não tinham mais nada a fazer. Uma vez que os códigos revolucionários foram promulgados e a ordem civil do século XIX foi assegurada, o direito natural passou a ser apenas uma fonte suspeita de crítica e de oposição. Na Constituição do ano VIII, os cônsules, o mais importante dos quais era Napoleão, proclamaram que a Revolução acabara. O direito natural, como disciplina dos currículos das faculdades de direito, se esvaiu sem qualquer discussão acadêmica. Não foi superado ou rejeitado, mas simplesmente desapareceu. Embora o termo “direito natural” continuasse presente em vários currículos, a matéria ensinada cobria tudo menos o direito natural (teoria jurídica, sociologia do direito, estatís-

com base em que o objetivo de sua abolição fora meramente um “ataque à propriedade”. Só em 1867, na França, e em 1871, na Bélgica, é que ela foi finalmente abolida (em 1980, nas causas penais).

tica legal, filosofia etc.). Em meados do século XIX, Windscheid observou: “Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt” (“o sonho do direito natural acabou”). O direito natural agora não passava de um tema puramente acadêmico sem significado prático. Um advogado só recorria ao direito natural se tivesse em mãos um caso desesperado.

O direito racional e a Escola Histórica

72. As duas grandes escolas de pensamento que se desenvolveram a partir do direito natural no começo do século XIX foram a Escola Exegética e a Escola Histórica. Os seguidores da Escola Exegética acreditavam que o direito era idêntico aos códigos e que, como o estatuto era agora a única fonte do direito, a ciência devia confinar-se à interpretação exata (ou “exegese”, termo usado para a interpretação bíblica pelos teólogos) dos estatutos em geral, acima de tudo dos códigos. Essa abordagem excluía inevitavelmente qualquer sistema filosófico como o direito natural⁵¹. A Escola Histórica teve como fundador F. C. von Savigny († 1861), com a obra *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), e teve sua própria revista, a *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, fundada em 1815. O nome (“Revista de Ciência Jurídica Histórica”) proclamava o programa: a ciência jurídica devia ser histórica, e a experiência histórica de um povo devia ser a verdadeira fonte de inspiração para sua prática jurídica⁵². Essa escola acreditava que o direito era uma expressão orgânica na-

51. A Escola Exegética (ver também o próximo capítulo) na verdade trata o *Code civil* como os glosadores tinham tratado em sua época o *Corpus iuri*.

52. O *Vom Beruf* de Savigny era uma obra polêmica dirigida contra A. F. Thibaut († 1840), o expoente da codificação. A polêmica entre os dois foi uma das mais célebres do século XIX.

tural da vida de um povo. Assim, não podia ser codificado num determinado estágio de seu desenvolvimento, do mesmo modo que não pode a língua⁵³.

À primeira vista, o completo fracasso do direito natural mostra-se surpreendente. No entanto, está ligado às grandes mudanças sociais e políticas da época (que serão minuciosamente examinadas), e também à sua impotência intrínseca como escola de pensamento. Sua reivindicação era estabelecer certezas objetivas e universais, que fossem válidas para toda a humanidade. Mas tais ambições nunca se realizaram. O que parecia justo em todas as circunstâncias a um estudioso, um povo, uma época ou civilização, não era visto da mesma maneira por outros. Na verdade, os axiomas do direito natural eram subjetivos e, portanto, não tinham valor como base para um sistema humano universal. Os poucos princípios gerais sobre os quais podia-se obter unanimidade (tais como o dever de ser honesto e sincero, de manter a palavra e respeitar os acordos) eram tão vagos que dificilmente poderiam resolver os problemas concretos da vida cotidiana. O direito natural também era, de modo geral, inadequado exatamente quando era mais necessária uma norma jurídica. Os pontos de vista de Grotius sobre o direito de família ilustram quão impróprios e não-universais os princípios “certos” do direito natural podiam se tornar: ele afirma que a poligamia não é incompatível com o direito, enquanto a poliandria e o casamento entre ascendentes e descendentes são contrários a ele. Essa doutrina é sustentada por várias proposições dúbias⁵⁴. Grotius também acreditava que o

53. Como Savigny, que estava interessado principalmente no direito romano antigo e medieval, os estudiosos K. Eichhorn († 1854) e J. Grimm († 1863), que se interessavam pelo passado germânico e alemão, pertenciam ao movimento histórico.

54. O casamento entre ascendente e descendente era excluído, já que as relações íntimas entre esposos são incompatíveis com o respeito devido por um filho (ou filha) à sua mãe (ou pai). Houve discordância até sobre a questão

direito natural sustentava seus pontos de vista tradicionais sobre o *status* jurídico das mulheres. Tais pontos de vista – em particular o do marido como chefe de família, com a submissão a ele da mulher pelo casamento – são hoje considerados totalmente ilegítimos. Os partidários do direito natural tinham inevitavelmente de recorrer em boa parte ao direito romano para poderem estabelecer as normas requeridas pela prática em termos mais precisos e concretos. É significativo também que os códigos do direito intermediário, inspirados pelo direito natural, fracassaram e tiveram de ser substituídos pela codificação napoleônica, cujos autores recorreram amplamente ao direito antigo⁵⁵.

Savigny e a Escola Histórica tiveram uma experiência semelhante. Embora tenham declarado que o *Volksgeist* e as tradições de uma nação eram a fonte do direito por excelência, logo ficou claro (em particular na própria obra de Savigny) que sua formulação das normas práticas, concretas, derivava em grande parte do *Corpus iuris*. O resultado paradoxal está em que Savigny foi o cabeça da Escola Histórica e, ao mesmo tempo, o precursor do estudo germânico dos Pandectos (*Pandektistik*), uma doutrina do século XIX inteiramente baseada no direito romano e sem nenhuma relação com o *Volksgeist* alemão.

Portanto, foi apenas em períodos de crise que o descontentamento e a crítica em relação ao direito positivo cristalizaram-se em torno do direito natural. Uma vez superada a crise e estabelecido um novo equilíbrio, o direito natural tinha feito seu papel e o novo sistema (o *Code civil* ou o *Pandektenrecht* do século XIX) podia proclamar-se como o representante da ordem jurídica desejada e como o direito

da natureza jurídica do casamento: para Grotius, era uma corporação, enquanto para muitos outros (inclusive para o direito humano) era um contrato.

55. Ver seção 4.

ideal. A Escola de Direito Natural foi igualmente incapaz de realizar sua vocação universal. A esperança fora a de basear-se na razão e, desse modo, desenvolver um direito universal (ou pelo menos europeu) que desse fim ao absurdo denunciado por Pascal: “Três graus de latitude subvertem qualquer jurisprudência, um meridiano decide a verdade; é uma justiça estranha a que se detém diante do primeiro rio!”⁵⁶.

Na realidade o triunfo dos códigos nacionais trouxe consigo a nacionalização dos sistemas jurídicos, que caracterizou o desenvolvimento jurídico do século XIX. O direito nacional e o cosmopolita direito romano deram lugar a diferentes ordens jurídicas nacionais baseadas em códigos nacionais e na administração nacional da justiça. Esse desenvolvimento acompanhou o dos Estados soberanos nesse mesmo período, assim como o de várias correntes intelectuais. Na França, Montesquieu já havia ressaltado a necessidade de adaptar o direito ao “espírito” dos povos, e numerosos juristas alemães do fim do século XVIII e do século XIX estavam convencidos de que cada povo deve viver com suas próprias leis, adaptadas às suas necessidades particulares. Assim, a Escola de Germanistas (que se opunha à dos Romanistas) buscou no direito antigo elementos que pudessem modelar um direito germânico adaptado às necessidades do povo alemão⁵⁷. Não se tratava de erguer bar-

56. *Pensées*, II, 3, I. O autor continua: [V, 294, ed. Brunschvicg]. “O brilho da verdadeira equidade teria subjogado todos os povos, e os legisladores não teriam tomado como modelo as fantasias e caprichos dos persas e dos alemães, em vez dessa justiça constante... é só! Ela seria implantada por todos os Estados do mundo e em todas as épocas, pois não se vê nada de justo ou de injusto que não mude de qualidade quando o clima muda.” E Pascal conclui: “Verdade deste lado dos Pireneus, erro do lado de lá... nada, de acordo apenas com a razão, é justo em si; tudo muda com o tempo.”

57. G. Beseler († 1888) foi o mais proeminente representante da escola germanista e, ao mesmo tempo, muito ativo na política nacional. Sua obra mais

reiras jurídicas entre os povos, e pelo menos a unidade jurídica tinha sido lograda dentro dos Estados. As fronteiras geográficas das regiões consuetudinárias desapareceram, ou iriam desaparecer ao longo do século XIX, e muitas antigas barreiras corporativistas e sociais (como a dos “Estados”) foram suprimidas.

Bibliografia

73. D'Amelio, M., *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milão, 1965.
- Baudelot, B., *Un grand jurisconsulte du XVII^e siècle: J. Domat*, Paris, 1938.
- Bernard, P. P., *The Limits of Enlightenment. Joseph II and the Law*, Urbana, Chicago, Londres, 1979.
- Bussi, E., “Meditazioni sullo ‘Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten’”, *Historia del derecho privado. Trabajos en homenaje a F. Valls i Taberner*, X, Barcelona, 1989, 2.981-99.
- Caroni, P., “Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des Berufes”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (G. A.), 86 (1969), 97-176;
- “Savigny’s ‘Beruf’ und die heutige Krise der Kodifikation”, *Revue d'histoire du droit* 39 (1971), 451-76.
- Coing, H. “Zur Vorgeschichte der Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert”, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa II*, Florença, 1977, 797-817;
- Die Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, Frankfurt, 1956; discurso reitoral;
- “Commemoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius”, *Académie de droit international, recueil des cours*, vol. 182 (1983), IV, Haia, 1984, 371-469.

importante foi o *System des gemeinen deutschen Privatrechts* (1847-55). Seu *Volksrecht und Juristenrecht* (1843) foi um ataque fundamental ao *Corpus iuris*, que ele denunciou como um corpo estranho parasitário na nação alemã: a recepção foi descrita como um desastre nacional, cuja responsabilidade foi atribuída diretamente aos juristas eruditos.

- Denzer, H., *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der praktischen Philosophie*, Munique, 1972.
- Dubischar, R., *Theorie en praktijk in de rechtswetenschap. Van Friedrich von Savigny tot Niklas Luhmann*, Antuérpia e Amsterdam, 1981.
- Dufour, A., “L’influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les fondateurs de l’École de Droit naturel moderne”, *Grotiana* 1 (1980), 33-52.
- Ebel, F., *200 Jahre preussischer Zivilprozess. Das Corpus iuris Fredericianum vom Jahre 1781*, Berlim e Nova York, 1982; Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft zu Berlin, 71.
- D’Entrèves, A. P., *Natural Law. An Historical Survey*, 2ª edição, Londres, 1970.
- Eysinga, W. M. J. van, *Huigh de Groot*, Leiden, 1945.
- Gans, E., *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte*, ed. e introd. de M. Riedel, Stuttgart, 1981; Deutscher Idealismus, 2.
- Hall, W. van, “Friedrich Carl von Savigny als Praktiker. Die Staatsratsgutachten (1817-1842)”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (G. A.) 99 (1982), 285-97.
- Huftau, Y. L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965.
- Jansen, C. J. H., *Naturrecht of Romeins Recht. Een studie over leven en werk van F. A. Van der Marck (1719-1800) in het licht van de opvattingen van zijn tijd*, Leiden, 1987; tese de doutorado.
- Kern, B.-R., *Georg Beseler. Leben und Werk*, Berlim, 1982; Schriften zur Rechtsgeschichte, 26.
- Lieberwirth, R., *Christian Thomasius. Sein wissenschaftliches Lebenswerk*, Weimar, 1955.
- Loschelder, M., *Die österreichische allgemeine Gerichtsordnung von 1781. Grundlagen und Kodifikationsgeschichte*, Berlim, 1978; Schriften zur Rechtsgeschichte, 18.
- Luig, K., “Der gerechte Preis in der Rechtstheorie und Rechtspraxis von Christian Thomasius (1655-1728)”, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore de Bruno Paradisi*, II, Florença, 1982, 775-804;

- “Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung in der Sicht von Thomasius”, *Festschrift H. Coing*, Munique, 1982, 177-202.
- Mohnhaupt, H., “Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime”, *Ius commune* 4, (1972), 188-239.
- Neusüss, W., *Gesunde Vernunft und Natur der Sache. Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert*, Berlin, 1970.
- Nourisson, P., *Un ami de Pascal: Jean Domat*, Paris, 1939.
- Pauw, F. de., *Grotius and the Law of the Sea*, Bruxelas, 1965.
- Petit, J.-L., “Joseph de Crumpipen (1737-1809). Les idées d’un haut fonctionnaire et magistrat des Pays-Bas autrichiens sur la justice de son temps”, *Revue d’histoire du droit* 54 (1986), 127-48.
- Pick, E., *Aufklärung und Erneuerung des juristischen Studiums. Verfassung, Studium und Reform in Dokumenten am Beispiel der Mainzer Fakultät gegen Ende des Ancien Régime*, Berlin e Munique, 1983; *Historische Forschungen*, 24.
- Salmonowicz, S., “Die neuzeitliche europäische Kodifikation (16-17. Jt.). Die Lehre und ihre Verwirklichung”, *Acta Poloniae historica* 37 (1978), 29-69; *Samuel von Pufendorf 1632-1982, Ett rätthistorisk symposium i Lund 15-26 Jan. 1982*, Estocolmo, 1986; *Skrifter utgivna av Institutet för rätthistorisk forskning, serien II; Rätthistoriska Studier*, 12.
- Schwinge, E., *Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*, Breslau, 1926; tese.
- Stoll, A., *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens*, Berlin, 1927-39, 3 vols.
- Strakosch, H. E., *State Absolutism and the Rule of Law*, Sydney, 1967.
- Tarello, G., *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, I, Génova, 1971.
- Thieme, H., *Naturrecht und europäische Privatrechtsgeschichte*, 2ª ed., Basileia, 1954.
- Vanderlinden, J., *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruxelas, 1967.
- Wagner, W. (ed.), *Das schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734. Beiträge zur Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation*, Frankfurt, 1986; *Ius commune Sonderheft*, 29.
- Welzer, H., *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlin, 1958.

- Wolf, E., *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, 2ª ed., Karlsruhe, 1964.
- World of Hugo Grotius (1583-1645)*, The. Proceedings of the international colloquium organized by the Grotius committee of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences 1983; Amsterdam e Maarssen, 1984.

V. O século XIX: a interpretação do Code civil e a luta pelo direito

França

74. Os anos entre 1789 e 1804 foram agitados mas também muito criativos; de repente tudo, até as mais ousadas e improváveis inovações, parecia possível. Os códigos napoleônicos determinaram o fim desse breve período e inauguraram um século de estabilidade. Do ponto de vista jurídico, foi também um século de esterilidade. Os códigos já existiam; adequavam-se à mentalidade e aos interesses dos cidadãos, e não havia razão para questioná-los. Os juízes tinham apenas de respeitá-los e aplicá-los rigorosamente; aos autores cabia tão-somente interpretar com fidelidade os artigos dos códigos. Não havia margem para que a jurisprudência e a erudição tentassem inovar ou desempenhar um papel criativo. O direito fundira-se com o estatuto, o estatuto por sua vez não era obra de professores ou magistrados, que não tinham mandato para agir em nome da nação, mas sim do legislador, o único representante do povo soberano.

Durante a Revolução, as universidades do *ancien régime*, e suas faculdades de direito em particular, foram abolidas. Alguns anos depois, as escolas de direito foram fundadas de novo, e em 1808 o ensino universitário do direito começou, embora em base muito diferente. O novo sistema estabelecia uma única Universidade Imperial compreendendo doze faculdades de direito, que tinham idêntico prestígio

e estavam sob a direção de uma administração central. O ensino e as disciplinas eram rigorosamente supervisionados por cinco inspetores-gerais. Em 1809, um vice-reitor foi designado para supervisionar o decano da faculdade de Paris. Esse sistema não funcionava de maneira rigorosa¹, mas influenciou profundamente o mundo universitário francês. Não chega a surpreender, numa atmosfera de extrema subordinação ao estatuto e desconfiança em relação tanto à jurisprudência quanto à erudição, que a escola dominante de pensamento praticasse uma interpretação literal dos códigos, razão pela qual ficou conhecida como Escola Exegética². Raras vezes na história um único movimento predominou por tanto tempo e de maneira tão completa quanto esta escola o fez na França e na Bélgica do século XIX. Isso se deveu em parte à estabilidade dos textos legais comentados, pois, enquanto as Constituições se sucediam rapidamente uma à outra, o *Code civil* permanecia inabalável como uma rocha na tempestade.

No começo do século XIX, no entanto, ainda havia juristas educados sob o *ancien régime* que se dedicavam a estudar os novos códigos, mas continuavam a usar as fontes a que o *Code civil* tanto recorrera: o direito romano e o direito consuetudinário. Philippe Antoine, conde Merlin de Douai († 1838), estava certamente entre os mais eruditos juristas de sua época e, enquanto as circunstâncias políticas mudavam, ele prosseguia uma turbulenta carreira política, durante a qual deu uma importante contribuição ao desenvolvimento do direito intermediário e atuou como conselheiro pessoal de Napoleão na época da compilação do *Code civil*. Suas obras

1. Há casos de professores que criticaram os estatutos e acabaram acusados de incitar à desobediência; até mesmo um manual de direito romano foi apreendido pelo censor.

2. O nome foi sugerido por E. Glasson que, por ocasião do centenário do *Code civil*, falou de "advogados civilistas que formaram uma espécie de escola que poderia ser chamada Escola de Exegese".

constituem uma virtual enciclopédia do direito francês antigo e moderno, cujo objetivo era explicar a nova legislação com o auxílio do antigo direito. Publicou um *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*³ e um livro complementar, *Recueil alphabétique des questions de droit*⁴. Jacques de Maleville († 1824), que também foi citado como um dos compiladores do *Code civil*⁵, publicou, a partir de 1805, uma *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, que é, ao mesmo tempo, um relatório dos trabalhos preliminares à codificação e um comentário doutrinal. O jurista alemão K. S. Zachariae († 1842), que era professor em Heidelberg, é um caso especial. Ele era natural da Renânia, que na época estava sob o domínio francês, e em 1808 publicou seu primeiro comentário sobre o *Code civil*. Seu *Handbuch des französischen Civilrechts* (2 vols., Heidelberg, 1808, 2ª edição, 1811-12) é um tratado sobre o *Code civil* que segue a ordem e o método do *gemeines Recht* (isto é, o direito romano tal como era aplicado na Alemanha). A obra exerceu grande influência na França, já que foi o modelo para um célebre e autorizado comentário (ver mais adiante) escrito por dois professores da universidade de Estrasburgo, C. Aubry († 1883) e E.-C. Rau († 1877).

Esses juristas, que tinham sido educados e exercido parte de sua atividade profissional no século XVIII, representam uma fase de transição. Depois deles, a cena jurídica foi dominada por verdadeiros exegetas, para quem o direito antigo não passava de um objeto para o estudo histórico. Entre os maiores juristas dessa nova geração, A. Duranton († 1866), professor em Paris e primeiro autor francês de um comentário completo sobre o *Code civil* (*Cours de droit fran-*

3. Paris, 1807-8, 4 vols. (A 3ª ed. é de fato uma edição revista de uma obra mais antiga; 4ª ed., 1812-25, 17 vols.; 5ª ed., 1827-8, 15 vols.).

4. Paris, ano XI-XII, 7 vols.; 4ª ed., 1827-30.

5. Ver seção 4.

çais suivant le Code civil, 21 vols., 1825-37), merece um lugar de honra. A carreira deste primeiro “exegeta puro” foi também típica da nova geração: em contraste com as querelas profissionais, às vezes perigosas, de seus predecessores do período revolucionário, Duranton conseguiu ocupar sua cátedra universitária durante 36 anos sem qualquer incidente, o que lhe permitiu publicar com regularidade os sucessivos volumes de seu *Cours*. Um outro exegeta, R. Troplong († 1869), era magistrado e presidente da Cour de Cassation. Em 1836 deu início à publicação de sua obra, *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code*, que chegou a 27 volumes. J.-C.-F. Demolombe († 1887) é mais um jurista influente desse período, tendo ensinado direito civil durante meio século (o que comprova e, por sua vez, contribui, a grande estabilidade jurídica da época). Seus *Cours du Code Napoléon* em 31 volumes foram publicados entre 1841 e 1876⁶. Por fim deve-se mencionar G. Baudry-Lacantinerie. Algumas de suas obras tiveram grande autoridade: o *Précis de droit civil* (3 vols., Paris 1882-4, 1889-92) e o *Traité théorique et pratique du droit civil* (Paris, 1895, e muitas outras edições).

Os professores de Estrasburgo, Aubry e Rau, que já foram mencionados, ocupam um lugar especial na Escola Francesa de Exegese. Tinham familiaridade com a jurisprudência sistemática alemã em geral e com a obra de Zachariae em particular. No início, seus comentários sobre o *Code civil* eram tão próximos do *Handbuch* de Zachariae, que eles os publicaram como uma adaptação desta obra: *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de C. S. Zachariae ... revu et augmenté* (1838). Na terceira e na quarta edições, de 1869 e 1879, no entanto, o comentário não é mais

6. As muitas edições dessas obras clássicas mostram também a estabilidade do regime. O *Cours* de Demolombe, por exemplo, alcançou sua quinta edição em 1874-9.

apresentado como uma tradução. Embora o *Cours* fosse (ou, pelo menos, tenha se tornado) uma obra original e completamente francesa, ocupa um lugar à parte na literatura jurídica devido à influência alemã. Os temas não eram dispostos na ordem do código, mas arranjados de acordo com um sistema de conceitos gerais que tinha sido particularmente popular na Alemanha desde a época da Escola de Direito Natural⁷. A influência alemã também explica por que os autores distinguem (o que era inusitado na França) entre direito civil teórico e prático. Embora essa abordagem idiossincrática tenha sido criticada e não fosse seguida, numerosos juristas saudaram o livro como uma obra-prima da erudição francesa.

A crítica à Escola da Exegese avançou muito pouco antes do fim do século XIX. Nessa época a crítica dirigia-se não apenas ao método seguido pela escola e a seu conceito positivista do direito, mas também a alguns dos princípios do *Code civil*: individualismo excessivo, falta de uma regulamentação adequada do emprego, respeito exagerado à liberdade de contrato, direitos absolutos de propriedade, papel do pai de família etc. Todos esses temas cresceram ainda mais em importância durante o século XX. Cabe mencionar aqui os seguintes nomes: Fr. Geny († 1959), autor de *Méthode d'interprétation et sources du droit privé français* (1899); M. Planiol († 1931), que em 1899 publicou o primeiro volume de seu *Traité élémentaire de droit civil*, e A. Esmein († 1913), fundador em 1902 da *Revue trimestrielle de droit civil*.

As teses essenciais da Escola de Exegese afirmavam que o estatuto e o direito eram idênticos, e as outras fontes de direito – costume, erudição, jurisprudência, direito natural – tinham apenas importância secundária. Para compreender o

7. Ver seções 63 e 65.

significado exato dos códigos, era necessário partir do texto, apenas do texto, e não de suas fontes. A erudição e a jurisprudência tiveram, portanto, de resistir a retroceder em direção a um estágio anterior aos códigos, pois isso conduziria inexoravelmente à incerteza. O legislador escolhera entre diferentes possibilidades antigas e modernas e, se sua escolha não fosse seguida, o direito afundaria na diversidade e na incerteza das velhas fontes e, desse modo, nos mesmos erros pelos quais o antigo direito fora criticado. Essa abordagem, muito bem descrita como um “fetichismo do estatuto escrito”, também eliminava qualquer recurso ao direito natural ou aos “princípios gerais do direito”. Demolombe afirmava que o “direito claro” não requeria comentário e que a lei “devia ser aplicada mesmo quando não parecesse conformar-se aos princípios gerais do direito ou da equidade”⁸.

De acordo com Laurent, os autores que invocavam o “espírito do estatuto” para mitigar seu significado literal eram culpados de tentar reviver a antiga supremacia da erudição e de assumir um papel criativo no desenvolvimento do direito; eram culpados, em outras palavras, de usurpar a função do legislador. A tarefa da erudição não era “reformular, mas explicar o estatuto”; era igualmente irrelevante invocar a necessidade de adaptar o direito de acordo com o desenvolvimento social. Laurent não hesitou em levar sua tese a pontos extremos: “O estatuto”, ele afirmava, “mesmo se fosse mil vezes absurdo, ainda assim deveria ser seguido literalmente, pois o texto é claro e formal.”⁹

As considerações de equidade também eram irrelevantes, já que eram individuais e subjetivas. A situação em que um juiz pudesse ser levado a criar uma norma como “ministro da equidade”, devido ao silêncio do estatuto, “era tão rara

8. O mesmo é dito por muitos outros, cf. Bouckaert, *De exegetische school*, 124, 454 n. 104.

9. Citado por Bouckaert, *ibid.*, 127.

que podia ser deixada de lado no que concerne à nossa discussão”¹⁰. O direito à desobediência também deveria ser rejeitado, mesmo quando um estatuto injusto tivesse de ser obedecido. Caberia aos juristas apontar as medidas injustas, na esperança de que o legislador se dispusesse a remediá-las. De qualquer modo, estatutos injustos seriam raros, pois os códigos, como acreditavam os juristas do século XIX, correspondiam à imagem ideal do direito, já que fundiam o estatuto, o direito e a equidade natural. Essa complacência geral é uma das características mais marcantes da Escola de Exegese.

Alguns autores recusavam-se de maneira tão resoluta a reconhecer o costume como fonte do direito, que não admitiam sua existência e sua aplicabilidade nem mesmo quando o estatuto referia-se a ele expressamente. E a obsessão com o texto estatutário conduziu o estudo erudito a inventar situações puramente hipotéticas, que poderiam se encaixar num artigo ou noutro, em vez de considerar os casos reais encontrados na jurisprudência. Era uma atitude que conduzia à discussão abstrata teórica e que incompatibilizava a ciência jurídica com a jurisprudência.

A Bélgica e os Países Baixos

75. Em 1795 a República Francesa anexava os Países Baixos austríacos e o principado de Liège, que, em consequência disso, ficaram submetidos ao direito francês e aos códigos napoleônicos em particular. A República das Províncias Unidas (a partir de 1795, República da Batávia) pas-

10. Também, de acordo com Laurent (Bouckaert, *ibid.*, 159), que se pergunta: “onde o juiz irá encontrar as normas do direito natural que são todas não-escritas?” (185). Daí um círculo vicioso, já que o direito natural é precisamente o eterno e supremo *agraphoi nomoi*.

sou inicialmente por vários sistemas jurídicos: os invasores franceses converteram o país num reino satélite, e Luís Napoleão, o irmão mais moço do imperador, foi imposto como seu soberano (1806-10). Em 1810, a França também anexou o reino da Holanda, que fez parte, por um breve período, do território francês. Sob Luís Napoleão, o *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* (o código napoleônico para o reino da Holanda) foi introduzido a 1.º de maio de 1809. Era uma adaptação do *Code civil* que incorporava elementos do velho direito holandês. Esse código teve uma vida extremamente curta, já que a 1.º de março de 1811 os códigos franceses, incluindo o *Code civil* de 1804, entraram em vigor na Holanda. Logo depois, os franceses se retiraram e, em 1815, a Bélgica e os Países Baixos foram amalgamados ao reino dos Países Baixos sob Guilherme I.

Uma das primeiras questões à qual o novo Estado tinha de responder era o que fazer dos códigos franceses existentes. Uma solução foi rapidamente obtida no tocante aos princípios, embora na prática requisitasse tempo para ser implementada: o novo reino teria novos códigos nacionais. A decisão era de esperar, já que as codificações estavam na moda e cada Estado soberano devia ter seu próprio direito nacional codificado. Em abril de 1814, antes mesmo da união entre Bélgica e Países Baixos, Guilherme I criou uma comissão para a legislação nacional (*Commissie tot de nationale wetgeving*) para preparar os novos códigos adequados aos costumes do povo dos Países Baixos e inspirados na doutrina tradicional destes. Depois de 1815 foram feitos esforços tanto na Bélgica quanto na Holanda para levar o projeto adiante. Por diversos motivos, no entanto, a compilação de um código civil comum para o Norte e o Sul mostrou-se extremamente problemática: o direito francês estabeleceu-se melhor na Bélgica do que na Holanda, e muitos belgas preferiam manter os códigos franceses; o entusiasmo nacio-

nalista para ter uma codificação holandesa era pouco compartilhado pelos círculos belgas favoráveis ao regime francês; e, a partir do século XVII, o desenvolvimento do direito no Norte e no Sul dos Países Baixos foi muito diferente. Nas províncias sulistas (homologadas) o direito consuetudinário prevaleceu, enquanto nas províncias nortistas o direito romano ou romano-holandês era mais importante; no Norte, a jurisprudência ainda estava mais próxima da ciência jurídica e da filosofia política alemãs.

Apesar dessas dificuldades, e da oposição pessoal entre o jurista holandês Johan Melchior Kemper († 1824), de perfil mais doutrinário, e o magistrado e advogado belga Pierre Thomas Nicolaï († 1836), os trabalhos preparatórios chegaram a resultados aceitáveis e, por volta de 1829, quatro códigos já estavam completos, inclusive o *Code civil*, que era um compromisso decidido entre o Norte e o Sul¹¹. Estava previsto que entrariam em vigor no dia 1.º de fevereiro de 1831, mas a revolução belga frustrou esse plano. Em consequência disso, os códigos napoleônicos foram mantidos na Bélgica e, em 1838, a Holanda promulgava seu próprio código civil, que era essencialmente o *Code civil* de 1804 adaptado com base no trabalho realizado por Kemper e Nicolaï.

O novo reino da Bélgica sentiu-se obrigado, no entanto, como todos os outros reinos, a promulgar seus próprios códigos, o que aliás foi estabelecido como princípio na Constituição (art. 139). Mas o novo código civil belga jamais foi concluído, pois todas as tentativas para uma revisão completa do *Code civil* francês fracassaram. Essa é a razão pela qual cinco sextos do *Code civil* original ainda estão em vigor na Bélgica¹². Apesar das recentes e frequentes mudan-

11. Os outros códigos eram o do comércio, do processo civil e do processo penal.

12. Em 1976 cerca de 400 dos 2.281 artigos do *Code civil* de 1804 foram mudados.

ças no *Code civil*, particularmente nas áreas do direito de família, regime matrimonial e sucessão, não existe um novo código civil belga¹³. Na Holanda, por outro lado, decidiu-se, após a Segunda Guerra Mundial, introduzir um novo código civil. Seu projeto foi confiado ao especialista em direito civil e historiador do direito E. M. Meijers († 1954), professor da universidade de Leiden. O projeto de Meijers compreendia uma introdução e nove tomos, dos quais ele completou os quatro primeiros; também deixou concluída grande parte do Livro V e estabeleceu as linhas mestras dos livros VI e VII¹⁴. Os livros I e II foram promulgados a 1º de outubro de 1971 e entraram em vigor a 26 de julho de 1976; a introdução do novo código civil como um todo ainda não foi concluída.

Para a Bélgica, o efeito desse desenvolvimento no estudo acadêmico do direito pode ser facilmente resumido: a Bélgica era uma colônia da Escola Francesa de Exegese. Os exegetas belgas distinguem-se apenas por seu extremismo e pelo fato de que aderiram ao método exegético por muito mais tempo do que os próprios franceses. A figura dominante na jurisprudência belga do século XIX e único jurista belga com reputação na França, e internacional, foi François Laurent († 1887), professor da universidade de Gand. Como jurista, historiador e político, estava profundamente envolvido nos problemas de sua época. Como político, era liberal

13. Em 1976, mais de 200 novos artigos foram introduzidos pelo estatuto de 14 de julho sobre o direito e deveres das esposas e sobre os regimes matrimoniais. Novos códigos penal (1867) e judicial (1967) tinham, no entanto, sido produzidos.

14. Os nove livros tratam: I, do direito das pessoas e da família; II, das pessoas jurídicas; III, do direito de propriedade em geral; IV, da sucessão; V, dos direitos reais; VI, das obrigações em geral; VII, dos contratos particulares; VIII, do direito marítimo, fluvial e aéreo; IX, da propriedade intelectual.

e ferozmente anticlerical¹⁵. Em 1836 foi designado para a cátedra de Gand, onde ensinou uma admirável variedade de temas jurídicos durante 40 anos. Sua principal obra, *Principes de droit civil*, apareceu em 32 volumes, entre 1869 e 1879; uma versão condensada para uso dos estudantes foi publicada sob o título *Cours élémentaire de droit civil* (1878). A introdução para essas obras desenvolvia o programa da Escola de Exegese com todo o vigor. Laurent concluiu um projeto do *Code civil* belga em 1883, que, devido a uma mudança no clima político, não chegou a ser adotado.

Foi também na Bélgica, em particular em Gand, que a Escola de Exegese sobreviveu por mais tempo. Assim, o bem-sucedido *Beginselen van Burgelijk Recht* ("Princípios de direito civil"), do professor da universidade de Gand A. Kluyskens († 1956), ainda traz a marca clara da exegese¹⁶, que ainda é mais admirável na medida em que um novo método, a "Escola Científica", surgira na França por volta de 1900, também se espalhando pela Bélgica. Isso se deveu em grande parte à obra do professor da universidade de Bruxelas H. de Page († 1969), que escreveu um *Traité élémentaire de droit civil* muito influente, publicado a partir de 1933 e recebendo mais tarde a colaboração de R. Dekkers († 1976), professor em Bruxelas e em Gand. Um dos pri-

15. Sua *Histoire du droit des gens*, mais tarde intitulada *Histoire de l'humanité* (18 vols., 1850-1870), era tão anticatólica que foi colocada no *Index librorum prohibitorum* em 1857.

16. I, *De Verbintenissen* ("obrigações"), 1925, 5ª ed., 1948; II, *De Erfenissen* ("sucessão"), 1927, ed. 1954; III, *De Schenkingen en Testamenten* ("doações e testamentos"), 1930, 4ª ed., 1955; IV, *De Contracten* ("contratos"), 1934, 2ª ed., 1952; V, *Zakenrecht* ("propriedade"), 1936, 4ª ed., 1953; VI, *Vorrechten en Hypotheken* ("avaliações e seguros"), 1939, 2ª ed., 1951; VII, *Personen- en Familierecht* ("direito de família e das pessoas"), 1942, 2ª ed., 1950; VIII, *Het huwelijkscontract* ("contrato de casamento"), 1945, 2ª ed., 1950.

meiros autores belgas a atacar o método exegético foi Edmond Picard († 1924), advogado progressista e senador socialista que via o direito como um “fenômeno social” que devia ser estudado sem “erudição pedante” (*Le droit pur. Cours d'encyclopédie du droit*, 1899). O professor Jean Dabin († 1971) foi um outro jurista que reagiu contra a Escola de Exegese, mais numa base ideológica do que sociológica¹⁷.

Na Holanda, a Escola de Exegese nunca adquiriu o semimonopólio doutrinário que exerceu na Bélgica. Em todo caso, a ciência jurídica na Holanda não foi exclusivamente influenciada pelo pensamento francês: o pensamento alemão, especialmente as Escolas Pandectista e Histórica (que passaram mais ou menos despercebidas na Bélgica), teve maior influência.

Alemanha

76. O império alemão só adquiriu seu código em 1900. Houve várias razões para essa demora. Os acontecimentos políticos foram decisivos, é claro: as condições políticas necessárias para a introdução de um código nacional não poderiam estar preenchidas enquanto a Alemanha permanecesse fragmentada em reinos, principados e cidades livres. Algumas regiões – como o reino da Saxônia, em 1863 – promulgaram seus próprios códigos. Outras regiões, mais ocidentais, mantiveram os códigos franceses. Havia os que eram favoráveis à introdução dos códigos franceses em todo o território alemão, para que houvesse um direito comum moderno. (Issó já fora feito na Rússia, onde o *Code de procédure civile* de 1806 foi introduzido). No entanto as obje-

17. Ver sua *Philosophie de l'ordre juridique positif* (1929) e *Technique de l'élaboration du droit positif* (1935).

ções políticas prevaleceram contra a introdução dos códigos da França, o velho inimigo e invasor, contra o qual toda a nação alemã travara tão patrioticamente sua guerra de independência¹⁸. Quando a Alemanha foi unificada em 1871, embora os velhos estados não tenham desaparecido, as circunstâncias políticas eram nitidamente mais favoráveis, e houve um pronunciado sentimento de que o novo império devia ter seus próprios códigos. Em 1877, um código de processo civil (*Reichscivilprozessordnung*) foi concluído, entrando em vigor a 1º de janeiro de 1879. Demorou muito a surgir um código civil; este só foi promulgado em 1896, entrando em vigor em 1900. Por razões econômicas, já havia sido necessário unificar o direito comercial: em 1862, os principais estados adotaram um estatuto geral para o comércio alemão, que se estendeu à união da Alemanha do Norte em 1869 e, em 1871, tornou-se comum a todo o império alemão.

Os problemas não eram apenas políticos. Havia também problemas ideológicos, especialmente as objeções de princípio levantadas pela Escola Histórica de Savigny¹⁹. A polémica entre partidários e opositores da codificação, como aquela entre romanistas e germanistas, dividiu a prática jurídica alemã durante todo o século XIX. Ainda que o princípio da codificação alemã fosse aceito, permanecia a questão sobre que fontes deveriam ser empregadas em tal codificação. Tornou-se logo claro que os códigos do novo império alemão não deviam ser inovadores, nem revolucionários: deveriam ser tradicionais e não muito orientados para o futu-

18. Savigny estipulou que, se um código alemão tivesse de ser compilado, devia originar-se do povo alemão, e não ser adotado de uma nação que pouco antes havia ameaçado a Alemanha com a ruína. Por razões políticas e nacionais semelhantes, a pretensa adoção do *Code civil* na Rússia foi evitada pelo czar.

19. Ver seção 72.

ro. A questão seguinte era em que passado e em que tradição se basear. A influência da Escola Histórica conduziu à eliminação do direito natural e só sistemas jurídicos que já haviam estado em vigor na Alemanha passaram a ser considerados. Havia duas possibilidades. A primeira era o direito erudito, tal como fora “recebido” na Alemanha a partir de 1500: esta era a escolha de Savigny. Já fora bastante desenvolvido e sistematizado pela Escola dos Pandectistas sob a liderança de Bernhard Windscheid, o que evidenciava o fato de que, ao longo dos séculos, o *gemeines Recht* fora completamente assimilado na Alemanha e que seu sistema era intrinsecamente superior.

A segunda possibilidade era o antigo direito germânico ou alemão. Em consonância com o espírito nacionalista da época, ele fora redescoberto e se constituía em objeto de importantes estudos. K. F. Eichhorn († 1854)²⁰ e J. Grimm († 1863)²¹ foram os líderes dos germanistas. Eles consideravam o antigo direito germânico como a única base possível para um autêntico direito nacional do povo alemão (um *Volksrecht* mais do que um *Professorenrecht*). A disputa era essencialmente política, o que, mais do que qualquer racionalidade acadêmica, dividiu os historiadores do direito alemão do século XIX em dois campos opostos. A opinião pública alemã era nacionalista e até mesmo xenófoba: favorecia os germanistas. Mas os romanistas podiam argumentar que o *Pandektenrecht* era muito mais sofisticado e mais moderno do que o direito da Antiguidade germânica ou da Idade Média.

Não chega a surpreender portanto que o código resultante guardasse traços nítidos do método pandectista, em-

20. Autor de uma *Deutsche Rechts- und Staatsgeschichte* (1808) e de uma *Einleitung in das deutsche Privatrecht* (1823).

21. Autor de *Deutsch Rechtsalterthümer* (de 1823 em diante). Ele foi um lingüista renomado e um dos fundadores da filologia alemã.

bora estes fossem mais marcantes no primeiro projeto. Não precisamos entrar no labirinto de todas as comissões, cujos trabalhos, de 1873 em diante, contribuíram para a compilação do *Bürgerliches Gesetzbuch*. É suficiente observar que o texto final foi adotado pelo *Reichstag* e promulgado em 1896, entrando em vigor a 1.º de janeiro de 1900. Alguns homens importantes da política e da economia, mas que não eram juristas, foram convidados a integrar as comissões, mas o *BGB* (o *Bürgerliches Gesetzbuch*) era acima de tudo obra de juristas profissionais (cujos pontos de vista acabaram prevalecendo sobre os dos membros leigos das comissões), em particular muito mais dos juristas acadêmicos do que dos juizes. A principal contribuição acadêmica para o *BGB* foi dada pelo eminente pandectista Bernhard Windscheid²².

O *BGB* é um código sistemático e teoricamente coerente, inteiramente no espírito dos pandectistas, como mostra sua importante *Allgemeiner Teil* (“Parte Geral”). Era obra de juristas acadêmicos dirigindo-se a juizes com formação universitária; seu objetivo não era disseminar o conhecimento do direito entre o público, embora isso não tenha impedido um vivo interesse popular pelo código. Um exemplo da estrutura sistemática do *BGB* e da maneira pela qual caminha a partir de princípios gerais até as normas específicas é fornecido pelo contrato de venda. Primeiro é necessário consultar o *Allgemeiner Teil* (artigos 116 e seguintes, artigos 145 e seguintes), em seguida os artigos sobre os princípios gerais das obrigações (artigos 275 e seguintes), depois os princípios gerais das obrigações contratuais (artigos

22. Windscheid foi o coordenador da primeira comissão (1881), que publicou um esboço inicial em 1887. Despertou a crítica vigorosa, entre outros, de O. von Gierke, que publicou *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* em 1888-9. Gierke é mais conhecido por seu *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (4 vols., Berlim, 1868-1913).

305 e seguintes) e, finalmente, os artigos sobre contratos de vendas em particular (artigos 433 e seguintes).

O *BGB* é típico do século XIX; o fato de ter entrado em vigor no último ano desse século é simbólico. É um código que traz a marca do individualismo: seu direito de família é patriarcal (o marido é o chefe de família, inclusive de sua esposa, e é o único responsável pela administração das propriedades da família); a liberdade de contrato é absoluta²³, o mesmo valendo para a propriedade privada²⁴. Apesar disso, e das intenções nazistas de introduzir um *Volksgesetzbuch*²⁵, o *BGB* provou ser um código estável, e sua extraordinária feitura profissional assegurou sua influência no exterior²⁶.

23. N.B.: a omissão do *laesio enormis* do direito comum romano e continental.

24. A tendência social conservadora do direito civil gerou o protesto do professor de processo civil vienense A. Menger († 1906). em seu *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (1890); cf. seu *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* (1895).

25. A este propósito ver J. W. Hedemann, *Das Volksgesetzbuch der Deutschen. Ein Bericht* (Berlim, 1941); *Volksgesetzbuch. Grundregeln und Buch I. Entwurf und Erläuterungen*, editado por J. W. Hedemann, H. Lehmann e W. Siebert (Munique e Berlim, 1942); *Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts* (Munique e Berlim, 1944); *Schriften der Akademie für deutsches Recht. Gruppe Rechtsgrundlagen und Rechtsphilosophie*, 7); H.-R. Pichinot, *Die Akademie für deutsches Recht. Aufbau und Entwicklung einer "öffentlich-rechtlichen Körperschaft des dritten Reiches* (Kiel, 1981); H. Hattenhauer, "Das NS-Volksgesetzbuch", *Festschrift R. Gmür* (Colônia, 1983), 255-79; W. Schubert, W. Schmid e J. Regge (orgs.), *Akademie für deutsches Recht. Protokolle der Ausschüsse 1934-1944* (Berlim, a partir de 1986); D. Le Roy Anderson, *The Academy of German Law* (Londres, 1987); M. Stolleis e D. Simon (orgs.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin* (Tübingen, 1989; Beiträge zur deutschen Rechtsgeschichte des 20. Jts., 2).

26. O código suíço de 1907, que era principalmente obra de Eugen Huber († 1922), é claramente influenciado pelo *BGB*. Bem mais longe daí, o principal seguidor do *BGB* foi o Japão, que hesitou durante anos entre os códigos francês e alemão, mas adotou finalmente o *BGB* em 1898, antes mesmo de ele entrar em vigor na Alemanha. O *BGB* também influenciou o código

No século XIX a ciência jurídica alemã alcançou seu auge, tanto no desenvolvimento da doutrina quanto na história e na filosofia do direito. Sua influência foi sentida em todos os países e em todas as áreas do direito. A qualidade técnica e o alcance do ensino alemão foram admirados: os avanços realizados pelos romanistas do século XIX transformaram completamente a compreensão do direito antigo; os pandectistas levaram o *gemeines Recht* a um grau inigualado de sistematização; ao mesmo tempo, a obra pioneira do direito germânico medieval foi levada adiante, conservando seu valor até hoje. O estudo acadêmico do direito teve uma profunda influência sobre a prática jurídica. Já que nenhum código específico era aplicado em todo o território alemão, o estudo universitário era o principal meio para a interpretação do direito erudito, sobretudo por causa do pronunciamento de opiniões injuntivas (*Gutachten*) pelas faculdades de direito para os tribunais²⁷.

A doutrina alemã do direito civil era fundamentalmente diferente da Escola Francesa de Exegese, tanto em substância quanto em método. Mas os juristas tradicionais de classe média dos dois países compartilhavam uma abordagem essencialmente conservadora e orientada para o texto. Foi precisamente este aspecto que provocou uma violenta reação na Alemanha na segunda metade do século XIX. Os revolucionários que questionaram a doutrina predominante não viam o direito como um exercício acadêmico consistente na elaboração e no aperfeiçoamento dos conceitos jurídicos. Eles o viam como uma luta entre forças e interesses opostos. Para eles, o direito era acima de tudo um produto social e um instrumento para a ação social, em vez do domínio

chinês de 1929 e muitos outros, numerosos demais para serem mencionados. A ascendência do *BGB* pôs fim ao monopólio do *Code civil*, que até então servira como modelo internacional.

27. Ver seção 31.

privilegiado de juristas eruditos; sua doutrina ficou conhecida como *Interessenjurisprudenz*, opondo-se à *Begriffsjurisprudenz*²⁸. Era necessário, portanto, estabelecer quais os objetivos sociais a serem alcançados com a ajuda do direito; daí o título da obra radical de Rudolf von Jhering († 1892), *Der Zweck im Recht* (1877)²⁹ e seu lema “A finalidade é a criadora de todo direito”. Von Jhering começara como um romanista tradicional, mas tornou-se insatisfeito com o raciocínio lógico abstrato e envolveu-se nos problemas sociais de seu tempo, o que o conduziu a formular seu próprio conceito de direito. Sua evolução pode ser acompanhada através das várias edições de seu extraordinário *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852-65)³⁰, no qual uma abordagem sociológica do direito antigo vai se tornando cada vez mais proeminente. Seu *Der Kampf ums Recht* (1872)³¹ causou sensação, ao apresentar explicitamente o direito como objeto de uma luta pelos interesses coletivos e pelo poder, logo, em última análise, como o resultado de forças políticas. Essa análise era o resultado inevitável do positivismo jurídico, pois, se o estatuto era a única fonte do direito (e toda referência a uma ordem superior, como o direito natural, fora eliminada), seguia-se necessariamente que o direito era um instrumento das forças que dominavam o Estado e os órgãos legislativos³².

28. P. Heck, “Interessenjurisprudenz und Gesetزتreue”, *Deutsche Juristenzeitung* (1905), col. 1.140-2; *idem*, “Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz die wir bekämpfen?”, *ibid.* (1909), col. 1.019-24.

29. “A finalidade do direito”, a obra de Jhering foi traduzida para o francês por O. de Meulnare, assim como sua outra obra, *L'évolution du droit* (Paris, 1901).

30. “O espírito do direito romano nos diversos estágios de seu desenvolvimento.”

31. “A luta pelo direito.”

32. Aqui, é clara a influência do sociólogo Auguste Comte e sua rejeição a qualquer princípio metafísico, em nome da observação e da experiência.

A Inglaterra conservadora

77. Um jurista continental que atravessa o Canal entra num outro mundo. A exegese de um código civil é desconhecida, já que o direito inglês não é codificado. A *Begriffsjurisprudenz* acadêmica também é desconhecida, uma vez que, há até pouco tempo, não havia faculdades de direito e mesmo nos dias de hoje o papel do saber na prática jurídica é bastante modesto. Em consequência, a jurisprudência é a principal fonte da lei, seguida de perto pela legislação, que começou a ganhar terreno ao longo dos anos. No começo do século XIX, o direito inglês era antiquado e ultrapassado e muitas de suas estruturas e conceitos básicos remontavam à Idade Média. É um paradoxo que a nação econômica e socialmente mais avançada do mundo possuísse um sistema jurídico medieval. A modernização do direito veio tarde e não alterou as características básicas do Direito Comum (Common Law), apesar do virulento ataque a ele endereçado por Jeremy Bentham. Assim, o direito civil não fora codificado, permanecia o que fora durante séculos: um sistema baseado no costume e em milhares de casos, desenvolvido progressivamente pela jurisprudência. A dicotomia entre o Direito Comum e o estatuto se mantinha.

O papel e o prestígio dos juízes preservou toda sua importância, e a autoridade de seus julgamentos continuou considerável. Chegou mesmo – temporariamente – ao ponto absurdo de a corte suprema declarar-se limitada por seus próprios precedentes, uma receita efetiva para a imobilidade fatal³³. Mas esta situação acabou sendo superada. O judiciário também reconheceu a supremacia do estatuto e abandonou expressamente qualquer pretensão de controlar a validade do estatuto em relação aos princípios gerais do Common

33. A Câmara dos Lordes em *London Street Tramway v. LCC* (1898).

Law. Mesmo assim a jurisprudência toma às vezes liberdades surpreendentes na aplicação de estatutos cujo texto parecia claro³⁴. Ainda é um ponto de vista amplamente compartilhado o de que o estatuto constitui uma espécie de derrogação do Common Law e que, portanto, deve ser interpretado restritivamente, como se o Common Law fosse a regra e o estatuto a exceção. Uma observação de Stallybrass, que ensinou direito em Oxford, sobre o curso de direito dessa universidade é típica: ele congratulou a faculdade de direito de Oxford por ter o bom senso de excluir “aqueles ramos do Direito que dependem do Estatuto e não do precedente”³⁵.

As universidades e os professores de direito desempenhavam um papel modesto, de pouco prestígio. Embora tenham atualmente uma posição mais elevada do que no século XIX, a importância secundária das universidades é característica do mundo jurídico inglês. O ensino universitário de direito (pelo menos do direito inglês) começou tarde, já na segunda metade do século XIX, em Oxford, Cambridge e Londres, e só depois da Primeira Guerra Mundial, nas universidades das províncias. Essa demora deve-se em parte à atitude das universidades, que consideravam o ensino de direito pouco respeitável e achavam que seu lugar não estava no contexto acadêmico, mas sim na educação técnica ou profissional. As organizações profissionais também foram responsáveis em parte por essa demora, já que sua preferência era fundar escolas práticas de direito, como de fato fun-

daram várias. Por fim, nos tribunais havia uma desconfiança profunda em relação à formação jurídica acadêmica e teórica. Os juizes tradicionais preferiam uma formação universitária geral, por exemplo em história ou em política, seguida por uma educação profissional nas Law Society Inns of Court ou nas escolas da Law Society (Sociedade de Direito). Os jovens talentosos que queriam ingressar na carreira jurídica eram aconselhados a estudar uma disciplina mais “respeitável” na universidade, qualquer coisa, menos direito³⁶. Figuras importantes exprimiam abertamente suas dúvidas sobre a legitimidade do ensino universitário de direito. O professor A. V. Dicey († 1922) dedicou sua palestra inaugural em Oxford à questão nada retórica “O direito inglês deve ser ensinado nas universidades?” (1883), esperando certamente que os juristas respondessem em coro: “Não.” Portanto, nada tem de surpreendente que o ensino universitário e a graduação em direito comessem apenas cautelosamente durante a segunda metade do século passado.

O papel do estudo erudito era (e ainda é) de pouca importância. Em 1846, Brougham resumiu esse traço do direito inglês na observação cáustica de que “não só não tem professores, mas não tem sequer livros para substituí-los”. Mesmo assim a Inglaterra produziu autores de renome internacional, em particular no século XIX e nas áreas de filosofia do direito e de direito internacional. Merecem ser mencionados: John Austin († 1859), o autor positivista de *The Province of Jurisprudence Determined* (“A província da

34. Por exemplo, o julgamento da Câmara dos Lordes em *Roberts v. Hopwood* (1925): o estatuto permitia que as autoridades locais fixassem os salários de suas equipes segundo o que lhes parecesse adequado; mas, quando uma autoridade local fixou um salário mínimo semanal de 4 libras, isso foi considerado absurdo pela Câmara dos Lordes e inspirado por “princípios excêntricos de filantropia socialista”.

35. W. T. S. Stallybrass, “Law in the universities”, *Journal of the Society of Public Teachers of Law*: n.s. 1 (1948), 163.

36. Ver A. Phillips, *The Credentials of a Law Faculty* (Southampton, 1958). A maior parte dos juizes havia estudado em Oxford ou Cambridge, mas nenhum estudara direito. Até 1963, uma figura proeminente como lorde Shawcross, que ensinara direito em Liverpool, podia aconselhar os candidatos a advogado a não estudar direito na universidade; e lorde Cross, que fora professor numa das escolas da Law Society, valorizava os juizes que haviam se formado em outra disciplina que não fosse o direito.

jurisprudência ordenada”, 1832) e *Lectures on Jurisprudence* (“Palestras sobre a jurisprudência”, edição póstuma, 1863); sir Henry Sumner Maine († 1888), *Ancient Law* (“Direito Antigo”, 1888); F. W. Maitland († 1906), autor, com F. Pollock, de *History of English Law Before the Time of Edward I* (“História do direito inglês antes da época de Eduardo I”, 1895); A. V. Dicey († 1922), *Introduction to the Study of Law of the Constitution* (“Introdução ao estudo do direito da Constituição”, 1885) e *Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws* (“Digesto do direito da Inglaterra com referência ao conflito de direitos”, 1896); sir Thomas Erskine Holland († 1926), *Elements of Jurisprudence* (“Elementos de ciência jurídica”, 1895-1924) e *Studies on International Law* (“Estudos sobre o direito internacional”, 1898). Mas não surgiram grandes comentários sobre o direito civil inglês à maneira dos grandes *traités*, *cours* e *Lehrbücher* continentais, e os grandes nomes do direito inglês não são os de eruditos nem professores, mas de juízes famosos como lorde Denning, lorde Shawcross, lorde Gardiner ou lorde Devlin.

Inovação na Inglaterra

78. Durante muito tempo, as estruturas básicas do direito inglês foram preservadas, mas a partir do início do século XIX o sistema sofreu várias transformações importantes. A maior parte delas se deve ao fato de o legislativo ter submetido a seu controle o velho e freqüentemente enganoso Common Law e de tê-lo substituído por estatutos claros e precisos. Na Inglaterra, isso equivalia a explodir o mito do direito tradicional.

Num primeiro momento, o legislativo tentou livrar-se da extraordinária profusão de estatutos, que vinham sendo

promulgados sem qualquer coordenação desde a Idade Média; às vezes, havia tal contradição entre eles que se tornava impossível ter uma visão clara do conjunto que formavam. Em 1796, uma comissão da Câmara dos Comuns calculou que cerca de mil estatutos, que não eram mais aplicados, ainda estavam oficialmente em vigor³⁷. No século XIX, sobretudo depois do discurso de Brougham na Câmara dos Comuns em 1828 e da relativa democratização dessa Casa pelo Ato de Reforma de 1832, um esforço considerável foi feito para abolir muitos estatutos e instituições que eram ou feudais, ou simplesmente ultrapassados (por exemplo, o ordálio judicial), e estabelecer uma autêntica coleção moderna de estatutos em vigor. Com esse objetivo, o Parlamento publicou listas de estatutos obsoletos e promulgou Atos de Revogação. Até mesmo a Carta Magna foi sacrificada no altar da modernização³⁸, embora alguns autores conservadores sustentassem que os antigos estatutos não podiam ser ab-rogados, ainda que sua utilidade real ou potencial não pudesse ser demonstrada nem mesmo vislumbrada³⁹. Essa modernização, realizada de acordo com os princípios do utilitarismo, representou uma vingança póstuma de Bentham.

A abolição de textos obsoletos era um projeto substancial, mas não implicava a codificação; permitia tão-somente a compilação de um vasto repertório de estatutos ainda em

37. Um dos resultados foi a publicação, entre 1810 e 1822, de nove volumes de estatutos, que remontavam a até 1713. Foi ao mesmo tempo uma coleção prática, uma edição de fontes históricas e o ponto de partida para o movimento reformista do século XIX.

38. A. Pallister, *Magna Carta. The Heritage of Liberty* (Oxford, 1971), examina este aspecto em detalhe.

39. G. Sharp, *A Declaration of the People's Natural Right to a Share in the Legislature* (Londres, 1774), 202-3: “Esta carta gloriosa deve continuar irrevogada para sempre e até mesmo os artigos que parecem no momento não ter importância devem permanecer em vigor.”

vigor. O grande volume dos Atos pôde ser avaliado quando foram reunidos em 1870 numa coleção oficial, com nada menos de 18 volumes⁴⁰. Muitos estatutos antigos foram abrogados, mas também muitos outros acabaram sendo preservados, e o “velho direito”, enquanto tal, jamais foi abolido, como o fora na França na época da Revolução. De qualquer modo, a noção de “velho direito” não tem praticamente qualquer significado no direito inglês, que se caracteriza precisamente por sua continuidade. Os velhos casos e estatutos podem ser encontrados lado a lado de estatutos imediatamente posteriores ou mais recentes, como mostra o índice das fontes no começo de qualquer obra jurídica inglesa.

O trabalho do Parlamento não se limitou à ab-rogação de estatutos antiquados; também produziu resultados positivos. Em nenhuma outra área esses resultados foram mais espetaculares do que no sistema de tribunais e no processo civil. Deve-se ressaltar que, no Common Law, qualquer modificação importante no processo implicava, inevitavelmente, uma mudança no direito substantivo. O Common Law desenvolveu-se como um sistema baseado nas “formas de ação”, cada forma iniciando-se com um mandado particular e seguindo regras próprias. Esse sistema permaneceu essencialmente inalterado até o século XIX, de modo que uma ação, como uma *actio* romana, só poderia ser iniciada se existisse um mandado apropriado. Ao longo dos séculos, novos mandados foram sendo criados, enquanto outros iam caindo em desuso, configurando, por volta de 1830, um total de cerca de 70 tipos de mandados. Quando o legislativo aboliu as formas de ação, subverteu por conseguinte a base

40. Este foi o ponto de partida para a revisão subsequente, que se prolongou pelo século XX. Mas revisão não significa redução: a terceira edição dos *Statutes Revised* (1950) tem 32 volumes.

processual do Common Law. Ao mesmo tempo, o sistema predominantemente desorganizado de cortes e tribunais que se desenvolvera desde a Idade Média foi substituído por uma hierarquia mais sistemática de tribunais superiores e inferiores. São os seguintes os principais elementos da reforma dos tribunais.

Em 1846 foram criados tribunais de condado para pequenas causas. Para as causas mais importantes, os vários tribunais de origem medieval (inclusive os tribunais eclesiásticos) foram substituídos por um Alto Tribunal de Justiça central para os casos de primeira instância, e por um Tribunal de Apelação. Ambos eram em Londres. A antiga distinção entre Common Law e Equity (equidade), com seus tribunais separados, foi abolida. Pretendia-se também abolir a jurisdição da Câmara dos Lordes, e de fato o Judicature Act (lei da judicatura) de 1873 decretou sua abolição. Esse decreto, no entanto, foi revogado em 1875, de modo que o Tribunal de Apelação até hoje se mantém subordinado à Câmara dos Lordes, que não funciona como uma *cour de cassation* mas como um segundo tribunal de apelação (esta dupla apelação é uma peculiaridade do sistema jurídico inglês).

Pelo Appellate Jurisdiction Act de 1876 a atividade judicial da Câmara dos Lordes restringia-se aos membros que eram juristas profissionais (lordes juristas). Houve uma modernização fundamental do direito de processo. As velhas formas de ação foram abolidas⁴¹ e substituídas por um único processo, menos formal. Daí em diante o processo era iniciado por um mandado uniforme, que formulava simplesmente a queixa, em termos que não eram nem prescritos

41. Os passos principais foram a Uniformidade da Lei de Processo de 1832, a Lei do Processo Civil de 1833, a Lei Real de Limitação da Propriedade de 1833, que reduziu as 60 ações a quatro, e as Leis do Processo do Common Law de 1842, 1854 e 1860.

nem técnicos. As diferenças entre os processos em Equity e em Common Law também desapareceram. O novo processo usava elementos de ambos os sistemas, mas os princípios da Equity eram decisivos. É verdade que o júri nas causas cíveis baseava-se no Common Law, mas seu papel foi drasticamente reduzido até que deixou de existir na prática. O Ato de 1875 também tornou possível codificar as normas processuais através de regulamentos detalhados elaborados pelos próprios tribunais (*Rules of Court*).

O significado democrático dessas reformas é óbvio, já que as normas processuais eram extremamente técnicas e uma das áreas do direito inglês menos acessível ao público. A democratização intelectual, no entanto, não foi seguida por qualquer democratização financeira, e os custos do processo permaneceram exorbitantes. Esta é a razão pela qual muitos casos vão apenas até a arbitragem ou a conciliação. Só os litigantes com muitos recursos (em particular as grandes empresas) podem levar seus casos até o fim, na esperança de obter um precedente. O resultado disso é que apenas um número muito pequeno de casos é examinado pelo pequeno número de juízes dos tribunais centrais de Londres, altamente qualificados e revestidos de grande autoridade.

As grandes reformas do século XIX introduziram também, pela primeira vez, um processo moderno de apelação. Era um processo de tipo romano e continental, que permitia uma nova investigação dos fatos. Antes, o Common Law permitia apenas um processo restrito de revisão, em caso de erro cometido em primeira instância.

A reforma do direito civil também foi iniciada, mas numa escala muito mais modesta. A nova legislação lidava apenas com áreas específicas, que atraíam de algum modo a atenção pública. Os estatutos de 1870 e 1882 constituem um exemplo disso, ao estabelecer que a renda e a propriedade pessoal de uma mulher, adquirida antes ou durante o seu casamento, deveriam reverter para ela pessoalmente. Um ou-

tro exemplo é o divórcio, que antes só era possível através de um Ato provado de custo extremamente alto, mas que agora era posto ao alcance de qualquer pessoa e seguia as normas de um processo comum⁴². A prisão por dívida para os insolventes foi abolida em 1869. Poucas áreas do direito civil e comercial foram codificadas⁴³. Até a criação da Comissão do Direito em 1965, nenhuma iniciativa oficial foi tomada no sentido de uma codificação do direito civil⁴⁴. O único ramo do direito que esteve para ser codificado no século XIX foi o direito penal, mas o projeto preparado por Sir James Fitzjames Stephen, autor do *Digesto de direito penal* de 1877, foi abandonado, muito embora a codificação tenha sido anunciada em 1882 como uma das reformas projetadas pelo governo. A prática do direito na Inglaterra de hoje é naturalmente afetada pela falta de qualquer codificação significativa. As normas e os princípios do direito inglês ainda estão para ser encontradas em mais de 3.000 Atos do Parlamento, que remontam até a primeira metade do século XIII e em cerca de 350.000 casos relatados⁴⁵.

Bibliografia

79. Abel-Smith, B. e Stevens, R., *Lawyers and the Courts. A Sociological Study of the English Legal System 1750-1965*, Londres, 1967.

42. O divórcio só era possível em caso de adultério, abandono ou crueldade (embora esta última fosse interpretada em geral de maneira bastante ampla). Só em 1969 a Lei de Reforma do Divórcio introduziu o divórcio por acordo.

43. Lei das Letras de Câmbio de 1882. Lei das Sociedades de 1890. Lei da Venda de Bens de 1893.

44. A instrução parlamentar à Comissão estabelece expressamente: "todo o direito... visando seu desenvolvimento e sua reforma sistemáticos, incluindo em especial a codificação de tal direito..."

45. G. Wilson, *Cases and Materials on the English Legal System* (Londres, 1973), 271.

- Algra, N. E., *Rechtsaufgang*, Groningen, 1973.
- Arnaud, A.-J., *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, 1975; Coll. SUP. Le juriste, section dir. J. Carbonnier, 7.
- Atiyah, P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.
- Baert, G., "François Laurent", *Nationaal biografisch woordenboek* 5, Bruxelles, 1972, col. 502-12.
- Baums, T. (org.), *Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848-49). Text und Materialien*, Heidelberg, 1982.
- Bellefroid, P., "Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek van 1838 en Napoleon's Code civil", "*Rechtskundig weekblad* (1937-8), col. 1.473-84.
- Björne, L., *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelsbach, 1984; Münchener Universitätsschriften, Jur. Fakultät. Abhandlungen zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 59; *Nordische Rechtssysteme*, Ebelsbach, 1987; *ibid.*, 67.
- Bonnetcase, J., *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2^e ed., Paris, 1924; *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, 1933.
- Bouckaert, B., *De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieleer bij de 19e eeuwse commentatoren van de Code civil*, Antuérpia, 1981.
- Broeck, J. van den, "De Belgische rechtsleer en de Duitse rechtshistorische school in de 19e eeuw", *Liber amicorum J. Andriessen, A. Keersmaekers and P. Lenders*, Louvain e Amersfoort, 1986, 309-22.
- Caroni, P. (org.), *Das Obligationenrecht 1883-1983. Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrecht*, Berna e Stuttgart, 1984; *Privatrecht. Eine sozialhistorische Einführung*, Basileia e Frankfurt, 1988; *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904; 2 vols.
- Coing, H. (org.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, 3: *Das 19. Jahrhundert: Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten*, Munique, 1986; *Vorträge zum 200. Geburtstag von F. C. von Savigny*, Frankfurt, 1979; Ius commune 8.
- Coing, H. e Wilhelm, W. (orgs.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1974-82, 6 vols; Studien zur Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts.

- Coppens, C., "Het tribunal civil du departement de l'Escaut en de rechtbank van eerste aanleg te Gent. Een bijdrage tot de studie van de burgerlijke rechtspraak in de periode 1796-1830", *Revue belge d'histoire contemporaine* 14 (1983), 1-52.
- Dabin, J., "Individu et société. Les transformations du droit civil du Code Napoléon à nos jours", *Bulletin Acad. Royale des Sciences de Belgique*, 5^e ser. 44 (1958), 176-98.
- Dahlmans, G. J., *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen, 1971.
- Dannreuther, D., *Der Zivilprozess als Gegenstand der Rechtspolitik im deutschen Reich 1871-1945. Ein Beitrag zur Geschichte der Zivilprozessrechts in Deutschland*, Frankfurt, 1987; *Rechtshistorische Reihe*, 53.
- Dekkers, R., "150 jaar Burgerlijk Wetboek", *Rechtskundig weekblad* 18 (1954-5), col. 737-46.
- Derine, R., *Grenzen van het eigendomsrecht in de 19e eeuw. Bijdrage tot de geschiedenis van het modern privaatrecht*, Antuérpia, 1955.
- Dievoet, E. van, *Het burgerlijk recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940. De rechtsbronnen*, Antuérpia e Haia, 1943.
- Dievoet, G. van (org.), *Tweehonderd jaar notariaat. Het kantoor Hollanders de Ouderaen te Leuven (1783-1983)*, Louvain, 1983; *Acta Falconis*, 83/6.
- Dilcher, G. e Kern, B.-R., "Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der deutschen Rechtsgeschichte", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (G. A.)* 100 (1984), 1-46.
- Dufour, A., "Savigny, la France et la philosophie allemande. Étude critique à propos de deux ouvrages récents sur Savigny", *Revue d'histoire du droit* 55 (1987), 151-64.
- Duguit, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e ed., Paris, 1920.
- Duman, D., *The Judicial Bench in England 1727-1875: the Reshaping of a Professional Elite*, Londres, 1982; Royal Historical Society.
- Ebel, F., *Savigny officialis*, Berlim e Nova York, 1987; *Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, 104.
- Erauw, J. e Bouckaert, B. (orgs.), *Liber memorialis François Laurent 1810-87*, Bruxelles, 1989.
- Gaudemet, J., "Histoire et système dans la méthode de Savigny", *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, 1982, 117-33.

- Gilissen, J., "Codifications et projets de codification en Belgique au XIX^e siècle (1804-1914)", *Revue belge d'histoire contemporaine* 14 (1983), 203-8.
- Godding, P., "Les contrats de mariage dans la première moitié du 19^e siècle: fidélité à la coutume ou adoption sans réserve du Code Napoléon", *Revue belge d'histoire contemporaine* 14 (1983), 91-114.
- Grimm, D., "Methode als Machtfaktor", *Festschrift H. Coing*, I, Munique, 1982, 469-92.
- Hedemann, J. W., *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jt. Ein Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz* I, II, 1, 2, Berlin, 1910-35.
- Heyse, M., "Edmond Picard", *Nationaal biografisch woordenboek* 6, Bruxelles, 1975, vol. 773-7.
- Hofmeister, H. (org.), *Kodifikation als Mittel der Politik*, Viena, 1986; Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten XVI.
- Holthofer, E., "Zivilgesetzgebung nach dem Code civil", *Vorträge zur Geschichte des Privatrechts in Europa. Symposium in Krakau 9-12 okt. 1979*, Frankfurt, 1981; *Ius commune Sonderhefte Texte und Monographien*, 15, 123-49.
- Jakobs, H. H., "Der Ursprung der geschichtlichen Rechtswissenschaft in der Abwendung Savignys von der idealistischen Philosophie", *Revue d'histoire du droit* 57 (1989), 241-73; *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jts.*, Paderborn, 1983; Rechts- und staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, n.s. 38.
- Janssen, A., *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Studien zu den Wegen und Formen seines juristischen Denkens*, Göttingen, 1973; *Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte*, ed. K. Kroeschell, 8.
- Kelley, D. R., *Historians and the Law in Post-Revolutionary France*, Princeton, 1984.
- Kiralfy, A. K. R., *The English Legal System*, 4^a ed., Londres, 1967.
- Kop, P. C., *Legisme en privaatrechtswetenschap. Legisme in de Nederlandse Privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, Deventer, 1982; *Rechtshistorische Cahiers*, ed. G. C. J. J. van den Bergh e R. Freenstra, 3.
- Lecoq, P. e Martinage, R., "Les magistrats et la politique au XIX^e siècle. L'exemple des commissions mixtes de 1852", *Revue d'histoire du droit* 50 (1982) 19-48.

- Lehner, O., *Familie, Recht, Politik. Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert*, Viena e Nova York, 1987.
- Maitland, F. W., *The Forms of Action at Common Law. A Course of Lectures*, ed. A. H. Chaytor e W. J. Whittaker, Cambridge, 1909.
- Manchester, A. H., *A Modern Legal History of England and Wales 1750-1950*, Londres, 1980; *Sources of English Legal History. Law, History and Society in England and Wales 1750-1950*, Londres, 1984.
- Marini, G. (org.), *A. F. J. Thibaut-F. C. Savigny. La polemica sulla codificazione*, Nápoles, 1982.
- Motte, O., *Savigny et la France*, Berna, 1983.
- Nörr, K. W., *Reinhardt und die Revision der allgemeinen Gerichtsordnung für die preussischen Staaten. Materialien zur Reform des Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1975; *Ius commune Sonderhefte*, 4; "Wissenschaft und Schrifttum zum deutschen Zivilprozess im 19. Jt.", *Ius commune* 10 (1983), 141-99.
- Ogorek, R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19-Jahrhundert*, Frankfurt, 1986; *Rechtsprechung: Materialien und Studien. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 1.
- Ogris, W., *Die Rechtsentwicklung in Österreich 1848-1918*, Viena, 1970.
- Piret, R., "Le Code Napoléon en Belgique", *Revue internationale de droit comparé*, 6 (1954), 753-91.
- Postema, G. J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986; Clarendon law series.
- Radcliffe, G. e Cross, G., *The English Legal System*, 6^a ed., G. J. Hand e D. J. Bentley, Londres, 1977.
- Rotondi, M. (org.), *Inchieste di diritto comparato 6: la scienza del diritto nell'ultimo secolo*, Pádua, 1976.
- Royer, J.-P., *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, Paris, 1979.
- Rubin, R. R. e Sugarman, D. (orgs.), *Law, Economy and Society. Essays in the History of English Law 1750-1914*, Abingdon, 1984.
- Rückert, J., *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984.
- Rumble, W. E., *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform and the British Constitution*, Londres, 1985.

- Savigny e la ciencia jurídica del siglo XIX. *Anales de la cátedra Fr. Suarez*, Granada, 1978-9.
- Schröder, H., *Friedrich Karl von Savigny. Geschichte und Rechtsdenken beim Übergang vom Feudalismus zum Kapitalismus in Deutschland*, Frankfurt, Berna, Nova York, 1984.
- Schubert, W., Schmiedel, B. e Krampe, C. (orgs.), *Quellen zum Handelsgesetzbuch vom 1987 I: Gesetze und Entwürfe*; II, 1, 2: *Denkschriften, Beratungen, Berichte*, Frankfurt, 1986.
- Schwartz, E., "Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland und die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines Gesetzbuchs für das Deutsche Reich", *Archiv für bürgerliches Recht* I (1899), I.
- Spanoghe, E. e Freenstra, R. (orgs.), *Honderdvijftig jaar in België en Nederland 1830-1980*, Leiden, 1981; *Leidse juridische reeks*, XV.
- Stewart, R., *H. B.: the Public Career of Henry Brougham 1778-1868*, Londres, 1985.
- Thibaut und Savigny. *Ein programmatischer Rechtsstreit*, Darmstadt, 1959.
- Tripp, D., *Der Einfluss des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, Berlim, 1983; *Schriften zur Rechtsgeschichte*, 31.
- Verdam, P. J., *Nederlandse rechtsgeschiedenis 1775-1795 (sic)*, Alphen a. d. Rijn, 1976.
- Victor, R., *Een eeuw Vlaamsch rechtsleven*, Antuérpia, 1935.
- Warlomont, R., *François Laurent juriste, homme d'action et publiciste*, Bruxelas, 1948.
- Wieacker, F., *Rudolf von Jhering. Eine Erinnerung zum 50. Todestage*, Leipzig, 1942.

VI. Estatuto, jurisprudência e erudição

A questão

80. Os capítulos anteriores versaram em grande parte sobre as várias fontes do direito, em especial o estatuto, a jurisprudência (que está em geral intimamente associada ao costume) e a erudição (que pode ser tida como a criadora do direito natural). Agora, torna-se necessário um exame sistemático do papel e do significado de cada uma dessas três grandes forças criativas. Quais são os méritos de cada fonte? Que forças sociais usam que fonte? O objetivo deste capítulo é demonstrar historicamente que o uso de tais fontes não é casual ou acidental; elas são as opções básicas abertas à sociedade quando se defronta com o fenômeno do direito. E se o direito é um instrumento de controle social, então importa saber quem controla as fontes do direito; essa questão fundamental é muito mais importante do que problemas técnicos ou acadêmicos. As origens da legislação e da jurisprudência são muito diferentes: mas a que interesses os grupos na sociedade se encontram ligados? E que pontos de vista sobre a sociedade são expressos pelo legislador, o juiz e o acadêmico?

Vantagens e desvantagens

81. Cada uma das três fontes de direito e de desenvolvimento jurídico tem suas vantagens e desvantagens. A legis-

lação tem a vantagem de ser capaz de estabelecer normas claras e a autoridade necessária para assegurar que sejam respeitadas. É verdade que a jurisprudência e a erudição chegaram às vezes a extremos para adaptar ou mesmo, através da interpretação, para anular estatutos que julgavam ultrapassados ou injustos. No entanto, há um limite para a livre interpretação, e acontece que nenhuma outra fonte é tão capaz de assegurar a certeza jurídica quanto a norma clara e expressa do legislador. Quando os estatutos já foram codificados, há a vantagem adicional de um corpo de material legislativo coerente, acessível e também limitado.

Mas a legislação também tem seus defeitos. Um estatuto não pode prever ou regulamentar todos os casos que podem surgir na prática; os códigos alemães que visavam uma regulamentação excessiva logo se perderam na enumeração sem fim de casos. Os estatutos individuais (não os códigos) podem ser promulgados ou ab-rogados rápida e facilmente, mais ou menos de acordo com a vontade do legislador no poder, para aproveitar oportunidades ou estabelecer disposições temporárias. Esse tipo de manipulação afeta inevitavelmente a estabilidade jurídica essencial ao bom funcionamento da sociedade¹, e usado em excesso pode até conduzir à anarquia. Mas a idéia de que as autoridades podem decidir que aquilo que até agora era lei pode deixar de ser (ou vice-versa) é relativamente recente e desconhecida para muitas civilizações. Ela leva a pensar que deve haver uma contrapartida para a legislação excessiva ou arbitrária, um

1. A promulgação e a ab-rogação de estatutos eram às vezes tão informais que os juizes, e até mesmo o legislador, não podiam estar seguros em relação ao que estava de fato em vigor. Assim é que, durante o reinado da rainha Vitória, aprovou-se uma lei para revogar os estatutos da rainha Ana e do rei Jorge II, que já tinham sido revogados no começo do reinado de Vitória; e em *Reg. v. Great Western Railway* (1842) o tribunal de Queen's Bench levou em consideração um estatuto de Eduardo VI que fora revogado 14 anos antes; C. K. Allen, *Law in the Making*, 442.

corpo de normas eternas, superiores e não-escritas – o direito “natural” ou “divino” – independente do direito positivo e, às vezes, oposto a ele. A dificuldade com os códigos, no entanto, se dá no pólo oposto: uma codificação bem-concebida aspira de tal maneira à permanência e à coerência lógica que tende a resistir à mudança e, conseqüentemente, a só perder seu significado normativo muito gradativamente. Exemplos históricos de ab-rogação completa ou de substituição de um código são, de fato, muito raros.

A ciência jurídica tem a capacidade de explicar estatutos e julgamentos, de exercer a crítica que pode conduzir à reforma da legislação e, acima de tudo, de dar uma base racional ao estudo do direito. Essa tarefa requer reflexão teórica, muita atenção aos princípios gerais e à coerência do sistema como um todo, assim como um interesse pela filosofia jurídica e pela finalidade do direito. Mas a erudição também enfrenta suas dificuldades. Em geral, ela tende a se perder na formulação de conceitos abstratos ou a desenvolver sistemas que nada têm a ver com a prática jurídica. Os autores contradizem constantemente uns aos outros, e as opiniões contraditórias ameaçam a certeza do direito. Em todo caso, opiniões acadêmicas sempre permanecem opiniões particulares, sem o poder de influenciar os tribunais, a menos que (excepcionalmente) tenham sido coligidas num código e promulgadas como um estatuto, ou que um direito de citações tenha dado às opiniões de um ou outro autor a força de lei.

A vantagem da jurisprudência é que ela permanece em íntima relação com a realidade. Os juizes invariavelmente emitem suas opiniões em casos concretos. À medida que a sociedade evolui e se confronta com novas situações e novos problemas, a jurisprudência se vê obrigada a resolver as questões que surgem. Disso resulta que os tribunais não se permitem desenvolver teorias que desconsiderem a realidade.

de cotidiana. Os precedentes, como todos admitem, não possuem a autoridade do estatuto, mas têm mais peso do que as opiniões acadêmicas e oferecem, portanto, maior certeza jurídica. A principal desvantagem da jurisprudência consiste em que ela se faz caso a caso; por conseguinte, jamais formula uma teoria geral que possa se constituir numa visão de conjunto da estrutura e da finalidade do direito. Além disso, quando os juízes não motivam suas decisões, torna-se praticamente impossível extrair normas de direito de uma massa de julgamentos específicos². A flexibilidade do direito criado pelo juiz contrasta com o direito oficial ou acadêmico, já que os acadêmicos visam precisamente fornecer uma visão geral e estabelecer os princípios básicos em detalhe.

Uma fraqueza da jurisprudência é que ela corre o risco de estagnação, particularmente quando se preocupa excessivamente com seus próprios precedentes. Um exemplo marcante disso pode ser visto no começo da Revolução Francesa, quando o Parlamento de Paris foi requisitado para decidir o método de votação dos recém-eleitos Estados-gerais. A questão era saber se o voto devia ser individual ou por Estados. Essa questão tinha um enorme significado político, já que o Terceiro Estado era numericamente superior e dominaria a assembléia no caso da votação individual; na verdade, essa reivindicação não era infundada, dada a sua importância qualitativa e quantitativa dentro da sociedade francesa. Por outro lado, a votação por Estado (isto é, um voto para o Terceiro Estado, um para a nobreza e um para o clero) permitiria o predomínio das duas antigas classes privilegiadas, ainda que sua importância sociológica fosse bem menor que a

2. Ver a declaração grosseira do ministro da Corte Suprema, Fortescue, em 1458 (Livro do Ano 36 de Henrique VI, fôlio 35, verso 36): "O direito é aquilo que eu digo, e tem sido assim desde que o direito existe, e temos um sistema de formas processuais que é considerado lei e aplicado por boas razões, embora possamos não saber quais são estas boas razões."

do Terceiro Estado. Essa solução daria portanto preferência à minoria. A questão era aparentemente apenas processual, mas na realidade envolvia um problema político crucial. O Parlamento de Paris, no entanto, ignorou o aspecto político (talvez na tentativa deliberada de fugir da tendência política da época) e tratou a questão de um ponto de vista puramente técnico. Em seu julgamento, o Parlamento simplesmente seguiu o precedente da reunião anterior dos Estados-gerais, em 1614. O Terceiro Estado revoltou-se contra a tentativa de seguir em 1789 os princípios de 1614 e proclamou-se Assembléia Nacional. Os dias do Parlamento de Paris estavam contados.

Legisladores, juízes e professores: competição

82. Historicamente, é claro que os representantes de cada fonte do direito estavam firmemente convencidos da importância de sua própria contribuição, comparada com a das outras fontes. Alguns exemplos podem ilustrar essa afirmação. A atitude de Savigny em relação ao estatuto é instrutiva. Ele observou desdenhosamente a propósito do *Allgemeines Landrecht* que este seria "enobrecido" pela ciência baseada no direito romano³. Embora não fosse favorável ao direito natural, Savigny não iria tão longe a ponto de advogar uma recusa dos códigos inspirados pela Escola de Direito Natural. Mas achava que esses códigos deviam ser submetidos a uma revisão jurídica capaz de reduzir drasticamente sua importância prática. Ele via os códigos apenas como elementos do *gemeines Recht* e achava que a tarefa da ciência jurídica era, através de uma interpretação e uma cor-

3. Com este objetivo, Savigny deu cinco palestras sobre o *Allgemeines Landrecht* em Berlim entre 1819 e 1832.

reção adequadas, eliminar os princípios codificados que fossem contrários ao direito romano (“pandectização” dos códigos). Savigny, que pertencia a uma família da antiga nobreza, era francamente hostil aos códigos revolucionários franceses e temia que a nova legislação representasse o golpe de misericórdia para a posição social das classes superiores em geral e dos juristas em particular.

De acordo com a teoria de Savigny, o direito se desenvolve a partir do senso inato de justiça de uma nação e das atitudes e valores históricos e tradicionais de um povo; o direito era, portanto, o resultado de todo o passado de uma nação e não podia ser imposto arbitrariamente pelas autoridades do presente. Assim, diante da questão crucial: quem estava qualificado para descobrir e expor as normas do direito que o povo desenvolveria?, a resposta de Savigny era clara: não era tarefa nem dos legisladores, nem dos políticos, mas sim dos juristas. Eles eram os representantes e porta-vozes legítimos do povo e do *Volksgeist* (o mesmo *Volksgeist* que restringia a liberdade do legislador)⁴. Na visão de Savigny, a classe profissional dos juristas era a que tinha as melhores condições de assegurar o desenvolvimento do direito consuetudinário vivo, tido como o verdadeiro agente do progresso. A saída, portanto, não era a codificação, considerada por ele como a moda de uma época de padrões morais decadentes, mas sim o sólido direito do povo, exposto com a ajuda de “professores, faculdades de direito, tribunais, comissões de acadêmicos e juizes dos tribunais

4. Como a *Rezeption* tinha sido obra de juristas, Savigny isentou-a da acusação de ser um produto estrangeiro impingido ao espírito nacional alemão; cf. “Atti del seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny, Firenze 27-28 ott. 1980”. *Quaderni Fiorentini* 9 (1980); G. C. J. J. van den Bergh, *Wet en gewoonte. Historische grondslagen van een dogmatisch geding* (Deventer, 1982; Rechtshistorische cahiers, 5).

superiores”⁵. A hostilidade do acadêmico ao legislador, que com uma penada podia varrer as mais caras construções doutrinárias, não é difícil de compreender⁶.

Em países em que a jurisprudência gozava de grande autoridade, não faltaram juizes que adotassem uma postura crítica diante da doutrina jurídica, incluindo-se aí também professores e faculdades de direito. As observações acerbas de alguns eminentes juizes ingleses em relação a juristas acadêmicos já foram mencionadas. Essa situação era exatamente oposta à da Alemanha do século XIX. A origem do *BGB* é, na verdade, um estudo de caso sobre o poder da doutrina jurídica, tanto no sentido de que os juizes permaneciam sob a influência de sua formação universitária durante toda a carreira, quanto no sentido de que os não-juristas, que eram membros das comissões da codificação parlamentar, curvavam-se às idéias dos acadêmicos e, desse modo, acabavam dando poucas contribuições aos trabalhos preparatórios⁷.

O próprio legislador não estava imune à crítica do judiciário, mesmo quando seus projetos de reforma eram ao mesmo tempo óbvios e razoáveis. Um exemplo claro é o caso de lord Raymond, ministro da Corte Suprema da Inglaterra

5. Ver Wesenberg, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 142-3; Gerbenzon e Algra, *Voortgangh*, 257.

6. Ver a observação sarcástica de Julius von Kirchmann († 1884) em sua palestra de 1848 intitulada *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (“a desvalorização da jurisprudência como disciplina”): “três palavras de correção pelo legislador, e todas as bibliotecas de jurisprudência se tornam papel inútil”; citado por Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, 415.

7. Ver Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, 473, que observa que as cadeiras de direito nunca exerceram uma influência tão grande nos tribunais superiores como na primeira metade do século XIX, período em que a maior parte dos juristas das comissões do *BGB* estudou: esses profissionais conscienciosos não eram pretensiosos ou ousados o bastante para se libertarem de seus professores.

(† 1773), que na Câmara dos Lordes opôs-se tenazmente aos planos da Câmara dos Comuns de substituir o francês jurídico pelo uso obrigatório do inglês na prática do direito e dos tribunais. Para ele, o abandono da língua tradicional do direito abria caminho para as inovações mais caprichosas possíveis; essa política poderia inclusive fazer com que os galeses pudessem exigir o direito de também usar o galês. Apesar de seu pronunciamento, um estatuto de 1731, que entrou em vigor a 25 de março de 1773, permitiu a anglicização da justiça⁸.

Não é de surpreender que os políticos confrontados com obstruções tão antidemocráticas e reacionárias não se deixassem influenciar pelos “oráculos do direito” dos tribunais superiores. Ao contrário, sempre que lhes parecia necessário, empregavam todas as suas energias para impor aos tribunais a observação estrita dos estatutos promulgados pelas assembleias políticas⁹. Um exemplo notável da oposição latente entre os poderes judiciário e legislativo estava no controle judicial dos estatutos, em particular nos Estados Unidos. A revisão judicial é uma das instituições fundamentais dos Estados Unidos, embora não seja um princípio reconhecido expressamente pela Constituição, tendo sido introduzido e desenvolvido pela jurisprudência da Suprema Corte a partir de 1803. Em consequência, o judiciário americano, em particular a Suprema Corte, tem o poder de declarar inconstitucional um estatuto promulgado pelos corpos legislativos (o Congresso e o presidente) e de impedir que seja aplicado.

Na Grã-Bretanha, por outro lado, onde não há constituição escrita e onde a soberania do Parlamento é um princípio fundamental, a revisão judicial é desconhecida. A Constituição belga não a menciona, e a Cour de Cassation mantém-

8. D. Mellinkoff, *The Language of the Law* (Boston e Toronto, 1963), 133.

9. Vale lembrar as observações de Robespierre: seção 67.

se até hoje fiel à sua jurisprudência, que remonta a mais de cem anos, e se recusa a controlar a constitucionalidade dos estatutos. O controle judicial só existe em alguns poucos sistemas jurídicos¹⁰. O princípio do controle da constitucionalidade das leis sequer pode ser contestado e, se está assentado que o Parlamento deve respeitar a Constituição e que, em caso de dúvida, o judiciário é o poder mais competente para decidir sobre a constitucionalidade de um estatuto, então a revisão judicial é a solução mais lógica. Há, no entanto, a objeção jurídica de que a assembleia dos representantes do povo expressa a vontade soberana da nação, da qual “todo poder emana”, e portanto não se pode subordinar ao desejo de qualquer outra instituição; o corolário disto é que, se o Parlamento viola a Constituição, não há sanção, mas isso é geralmente aceito como uma consequência necessária.

Na Bélgica, a recusa da Cour de Cassation, mesmo em sua jurisprudência recente, de correr o risco da revisão judicial deve ser explicada em parte pelo temor de que isso possa envolver o judicial num conflito político e social. Mas agora que o problema do controle judicial e o papel da Cour de Cassation surgiram, eles se tornaram uma alternativa interessante nos círculos políticos e jurídicos da Bélgica¹¹.

Na França, a soberania do legislativo está firmemente estabelecida, e o controle judicial da constitucionalidade dos estatutos é um desenvolvimento recente. Há uma longa tradição do direito administrativo, aplicado pelo *Conseil d'État*,

10. Ver M. Cappelletti, *Processo e ideologie* (Bolonha, 1969), 477-510; *idem*, “Quelques précédents historiques du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois”, *Studia in memoria di Tullio Ascarelli*, V (Milão, 1969), 2.781-97; *idem*, *Judicial Review in the Contemporary World* (Indianápolis e Nova York, 1971).

11. A questão relativa a se o estatuto devia ser interpretado pelo legislativo ou pelo judiciário já tinha sido tratada em conexão com a fundação da Cour de Cassation.

mas o direito constitucional, que é da alçada do *Conseil Constitutionnel*, é uma inovação mais recente. Desde a criação do *Conseil Constitutionnel* pela Constituição da Quinta República, em 1958, o desenvolvimento acelerou-se; e desde 1971 o *Conseil Constitutionnel* assumiu a responsabilidade de pronunciar julgamentos inteiramente imparciais sobre a constitucionalidade dos estatutos e de supervisionar a legislação parlamentar que viesse a infringir direitos fundamentais. Esse caminho foi reforçado por um estatuto constitucional de outubro de 1974, que permitiu que as minorias parlamentares pudessem contestar a legislação diante do *Conseil Constitutionnel*. A situação na França aproximou-se portanto da de outros países europeus. Mas muito embora o controle judicial seja obrigatório para as leis orgânicas (tal como definidas pela Constituição) e opcional para as leis ordinárias, ainda é sujeito a importantes restrições. Os indivíduos não podem se dirigir ao *Conseil*; apenas grupos de pelo menos 60 deputados ou senadores e um pequeno número das mais altas personalidades políticas desfruta da condição necessária para fazê-lo. E um estatuto só pode ser contestado no breve período que vai da aprovação do texto pelo Parlamento à sua promulgação. Com o estatuto já em vigor, nenhum juiz pode ab-rogá-lo e declará-lo contrário à Constituição¹².

Os juristas acadêmicos favoráveis à reforma do direito também atacaram a “tirania dos juízes”. Bentham, por exem-

12. M. Cappelletti, “Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of ‘constitutional justice’”, *Catholic University Law Review*, 35 (1985), 17-18; L. Favoreu, “Actualité et légitimité du contrôle des lois en Europe occidentale”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 5 (1984), 1, 147-201; C. Debbasch, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2ª ed. (Paris, 1986), 503; J. Gicquel e A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 8ª ed. (Paris, 1985), 910.

plo, foi um crítico violento de um judiciário que, por sua própria autoridade, decida o que era o direito, referindo-se tão-somente aos precedentes e a um vago corpo de normas consuetudinárias, e que se guiava apenas por uma tradição não-escrita. De acordo com Bentham, os juristas iriam defender sempre o direito não-escrito, já que era a fonte de seu poder; apenas a primazia do estatuto e o poder legislativo do Parlamento podiam pôr fim ao despotismo dos juristas¹³. Laurent fulminou os juízes com a mesma contundência (embora por razões diferentes) e criticou-os por não reconhecerem a supremacia do código e por usurparem as prerrogativas da legislatura. Nessa disputa, os advogados não se alinhavam de nenhum dos lados. Na Europa continental, eram independentes do legislativo, dos tribunais e das universidades. Na Inglaterra, mantinham laços tradicionais com o judiciário, laços criados no começo de suas vidas profissionais, quando eram aprendizes de direito nos tribunais. Os próprios juízes eram recrutados entre os advogados mais bem-sucedidos; uma cadeira de juiz era o honroso final de uma carreira nas barras do tribunal. Na Inglaterra parece às vezes que os juízes e os advogados partilham o privilégio de pertencer a um grupo iniciado numa herança misteriosa, quase religiosa, inacessível aos outros homens.

O direito e o *Volksgeist*

83. De vez em quando, especialmente ao tratar de Montesquieu e Savigny, fizemos referências a teorias segundo as quais o direito é um produto da vida de uma nação e a expressão de seu espírito nacional. Por outro lado, há teorias segundo as quais o direito é ou deveria ser supranacional e

13. Ver seu *General View of a Complete Code of Laws* e seu *Book of Fallacies*, em *Works*, ed. J. Bowring, II, III (Nova York, 1962).

ligado à natureza humana, e que um direito confinado às suas fronteiras nacionais é escandaloso ou, mesmo, absurdo (Pascal). O que a história do direito pode nos dizer sobre estas duas concepções contrastantes?

A clássica discussão filosófica do *Volksgeist* pode ser encontrada em Hegel. Para ele, todas as manifestações culturais de um povo – religião, instituições, direito, costumes, ciência, arte e técnicas – são apenas expressões visíveis de uma realidade central, o *Volksgeist*. Qualquer estudo sério numa área qualquer revelará cedo ou tarde esse elemento central de natureza nacional. No século XIX essa concepção era muito popular e ligava-se claramente ao nascimento do Estado nacional, especialmente na Alemanha, onde, sob a ocupação francesa, os sentimentos nacionalistas se desenvolveram rapidamente. No entanto, as teorias sobre o caráter nacional do direito estão sujeitas a críticas. Na Idade Média e no início da era moderna, a idéia de que o direito possuía um aspecto nacional era virtualmente desconhecida. Os modelos romano e canônico de direito eram supranacionais ou, mesmo, universais; e, apesar de muitas variações locais, o direito feudal de todos os países ocidentais também possuía uma base comum. O ponto de vista predominante era, portanto, o de um direito comum sujeito a variações locais. Na prática, os sistemas jurídicos nacionais mal existiam na Idade Média, embora possam ser encontrados na Inglaterra e na Hungria. No início da época moderna, houve uma tendência à criação de direitos nacionais, mas seus resultados foram bastante incompletos, como se pode ver particularmente no caso da França. A correlação entre nação e direito era tão pouco desenvolvida que, no fim do *ancien régime*, a França ainda tinha duas grandes zonas jurídicas que eram fundamentalmente diferentes. Da época da homologação dos costumes em diante, ficou claro que, em direito, a unidade geográfica era constituída mais pela região do que pela nação.

A velocidade com que o direito nacional se desenvolveu estava relacionada às circunstâncias políticas particulares de cada país. A monarquia forte na Inglaterra favoreceu o desenvolvimento bastante prematuro de um direito nacional. Já a Alemanha, que estivera dividida desde o século XIII, só chegou a um código nacional com sua unificação no fim do século XIX. A França fica entre esses dois extremos, uma vez que o seu direito foi unificado mais tarde que o inglês, mas muito antes do alemão; ainda assim, o desenvolvimento de um direito nacional francês foi lento e hesitante. Um exame mais detido da situação da Inglaterra revela que o Common Law, que se desenvolveu tão cedo, tem pouco a ver com um *Volksgeist*, um “espírito nacional” ou como se queira chamá-lo. O sistema “tipicamente inglês” não passa, de fato, de um direito continental feudal, que foi importado pelos conquistadores normandos, e nada tem a ver com as antigas tradições do povo inglês ou com o direito anglo-saxão. Os desenvolvimentos na Alemanha e na Escócia, no século XVI, mostram também quão pouco o direito nacional tem a ver com os costumes de uma nação: estes dois países introduziram o *ius commune* como seu direito nacional para compensar as deficiências do costume.

Este é o lugar apropriado para considerar também o desenvolvimento do direito na França e na Bélgica. O *Code civil* de 1804 era um código integralmente francês; surge portanto a questão de saber se nas regiões belgas em que foi introduzido, representava um elemento estrangeiro e uma ruptura com o passado nacional¹⁴. A resposta é um não incisivo: o direito francês (especialmente no Norte) e o direito “belga” desenvolveram-se a partir de origens comuns e seguiram trajetórias paralelas ao longo dos séculos. Até o sé-

14. Ver o comentário em Van Dievoet, *Burgerlijk recht in België en Nederland*, 8-11.

culo XVI a maior parte do condado de Flandres era legalmente parte da França. Todos os ingredientes essenciais (germânicos e romanos) – costumes locais e regionais homologados ou não, o direito canônico, o direito romano, “livros da lei” – faziam parte de um patrimônio comum. O mesmo se aplica às estruturas políticas, que em ambos os países se desenvolveram a partir das mesmas instituições feudais, urbanas e monárquicas. A introdução do *Code civil* na Bélgica não foi, portanto, a imposição abrupta de um sistema jurídico completamente estranho; a Bélgica estava no mesmo estágio de desenvolvimento, e a codificação estava entre as idéias do Iluminismo difundidas por toda a Europa¹⁵. Naturalmente, nem todas as normas do *Code civil* correspondiam aos velhos costumes belgas, e é interessante observar que, recentemente, na Bélgica, foram dados passos na direção de uma volta ao direito consuetudinário que o *Code* suplantara. Os direitos da esposa sobrevivente, por exemplo, eram muito mais extensos no antigo direito do que no *Code civil*, e a moderna legislação belga nessa área representa um retorno ao antigo costume¹⁶.

VII. Fatores

Introdução

84. Há dois tipos de fatores na história do direito. As principais tradições jurídicas e os métodos de formação do direito constituem um tipo de fator que afetou o desenvolvimento do direito na Europa. Foi nesse sentido que T. F. T. Plucknett empregou o termo, ao discutir o tema “alguns fatores na história do direito”¹, em que abordou cinco elementos: o direito romano, o direito canônico, o costume, a legislação e os precedentes. Todos eles podem ser chamados fatores “técnicos”, já que são fontes de direito em sentido estrito, fontes de normas formuladas e instituídas pelos juristas. Há outros tipos de fator, no entanto, que podem ser chamados de “sociais”; eles encerram amplos desenvolvimentos e disputas de ordem política, socioeconômica e intelectual. Afetam a sociedade como um todo e, através dela, o direito. Embora seja indiscutível que os fatores sociais tenham impacto sobre a evolução do direito, sua influência é mais difícil de detectar do que a dos fatores técnicos, que às vezes podem ser identificados nas próprias fontes, por exemplo, quando um texto estabelece expressamente que uma norma é adotada do direito romano ou se refere à *ratio*

1. Na terceira parte do primeiro livro desta obra fundamental sobre o “Common Law”, *A General Survey of Legal History*.

15. Ver a conclusão semelhante para os Países Baixos em J. van Kan, “Het burgerlijk wetboek en de Code civil”, *Gedenkboek burgerlijk wetboek 1838-1938*, ed. P. Scholten e E. M. Meijers (Zwolle, 1938), 276.

16. P. Godding, “Lignage et ménage. Les droits du conjoint survivant dans l’ancien droit belge”, *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines* (Bruxelas, 1978; Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, XI), 296; J. P. Levy, “Coup d’œil historique d’ensemble sur la situation patrimoniale du conjoint survivant”, *Études offertes à René Rodière* (Paris, 1982), 177-96.

*scripta*²; ou quando o papel desempenhado por uma fonte particular é facilmente identificado porque – para tomar mais uma vez o exemplo do direito romano – a terminologia foi extraída claramente do *Corpus iuris*.

A situação se complica quando um princípio jurídico romano aparece num texto medieval, mas o texto não usa a terminologia romana. Isso se aplica, por exemplo, ao artigo IX da Carta Magna de 1215, ao estabelecer que os avalistas de um devedor não podem ser processados enquanto o principal devedor estiver solvente e em condição de pagar suas dívidas. A norma corresponde ao *beneficium excussionis*, mas é mesmo um empréstimo do direito romano? A cronologia mostra que é possível, pois, na época do rei João, que os círculos jurídicos ingleses, em especial os eclesiásticos, estavam a par do novo ensino de Bolonha³. O exemplo do arcebispo Stephen Langton, que desempenhou um papel importante na Magna Carta, deixa-o bem claro. Mas é possível também que as mesmas medidas tenham sido tomadas em épocas e lugares diferentes, por razões práticas ou imparciais, sem qualquer influência direta. Assim, em 1215, os barões podem muito bem ter eliminado por sua conta uma prática que não lhes favorecia, sem ter conhecimento do direito de Justiniano. É uma questão difícil, ainda pouco estudada; mesmo assim não há dúvida de que é significativo que a Magna Carta, em contraste com outros antigos textos jurídicos ingleses, não contenha qualquer terminologia romana⁴.

2. Sobre esta expressão, que apareceu primeiramente na forma *razons escricha* no costume de Alais de 1216-22, e as mudanças de seu significado nos séculos seguintes, ver A. Guzman, *Ratio scripta* (Frankfurt, 1981; lus commune Sonderhefte, Texte und Monographien, 14).

3. R. C. van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill. Studies in the Early History of the Common Law* (Londres, 1959; Selden Society, 77), 360-90.

4. Por exemplo, o *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* de Glanvill de 1187-9, ed. G. D. G. Hall (Londres, 1965; Medieval texts).

É claro que um historiador do direito precisa avaliar quais fatores influenciaram sua área de pesquisa, o que implica não só fatores técnicos, como também fatores sociais. Afinal de contas, o pequeno mundo de juristas, tribunais, faculdades e conselheiros governamentais é apenas um microcosmo dos diversos interesses e idéias do mundo como um todo⁵.

Mudança no direito

85. A sucessão destes interesses e idéias significa que a sociedade, logo, também o direito, está constantemente mudando. O aparecimento em determinados períodos históricos de um direito estável e imutável é enganoso, como o são as crenças manifestadas pelo povo desta época. Até mesmo na alta Idade Média, quando a visão predominante era do direito como algo imutável e quando de fato havia bem menos tentativas de manipulação deliberada do direito do que nos períodos posteriores, grupos de pressão estavam em plena atividade e tentavam transformar, em seu benefício, estruturas institucionais que tinham sido criadas com outros objetivos. Vejamos um exemplo extraído do direito feudal. Originalmente, os princípios básicos do vínculo feudal e os interesses do senhor proibiam que os feudos fossem herdados: o feudo era concedido como contrapartida ao serviço militar pessoal que o vassalo prestava; quando ele morria, o contrato se dissolvia e o feudo retornava ao senhor, que podia ceder a mesma propriedade a outro vassalo (sem qualquer obrigação de escolher o filho daquele que falecera, que podia não ser um homem capaz ou confiável). Os vassalos,

5. Cf. S. Reynolds, "Law and communities in western Christendom c. 900-1140", *American Journal of Legal History* 25 (1981, 205-25).

no entanto, estavam ansiosos para garantir o bem-estar de sua própria linhagem de descendentes e, sob a pressão deles, o princípio de feudos herdados foi reconhecido no reino franco durante o século IX. É um exemplo muito claro da evolução do direito feudal consuetudinário⁶. Os senhores procuraram preservar pelo menos seu direito ao *relevium*, a taxa devida ao senhor feudal pelo herdeiro ao tomar posse do feudo. Isso gerou um novo conflito de interesses que teve repercussões jurídicas. Os senhores queriam a todo custo determinar o montante das taxas, de acordo com as condições do herdeiro e seus meios financeiros. Mas os vassallos, por sua vez, também queriam a todo custo evitar imposições arbitrárias e reivindicavam uma escala fixa para as taxas. Na Inglaterra, eles conseguiram esta escala no artigo II da Magna Carta. Isso era uma reviravolta na política do rei João, que fora responsável pela imposição de *relevia* arbitrárias e exorbitantes.

Embora o direito esteja mudando constantemente, o nível de mudança varia de um período para o outro, e períodos de estagnação se alternam com períodos de rápida mudança. Este constante movimento ocorre seja qual for a fonte predominante de direito: o costume, o precedente, a legislação ou a erudição. As alterações no direito feudal consuetudinário já foram assinaladas, e já relatamos como a criação do direito comercial inglês surgiu através de uma ousada jurisprudência de lorde Mansfield⁷. Do mesmo modo, vários exemplos de influência acadêmica já foram mostrados, enquanto a influência da legislação é óbvia. No entanto, sejam quais forem os meios de mudança no direito, a inovação é geralmente o resultado da pressão coletiva de interesses ou de idéias e dos esforços dos grupos sociais em busca

de emancipação ou poder. Durante séculos, foi possível justificar – e impor – uma concepção particular do direito invocando a noção de um retorno a uma “idade de ouro”. Durante o *ancien régime*, no entanto, a oposição à ordem estabelecida predominava e o argumento a favor de uma nova ordem se difundiria; o retorno “aos bons tempos de antigamente” era tratado como uma noção que fora corrompida pelo interesse particular de certos grupos sociais. Mas até o século XVII, inumeráveis insurreições e revoltas camponesas surgiram sob a bandeira de um retorno ao passado. Na Inglaterra do século XVII, os motivos nacionalistas forneceram um outro motivo para isso; lá o bom direito antigo era o direito anglo-saxão, que fora corrompido pelo direito continental imposto pelos normandos sob o tirânico Guilherme o Conquistador (o “jugo normando”). Só no século XVIII os reformistas fixaram seus olhos resolutamente no futuro. O velho direito perdera seu prestígio como o “bom direito”.

Idéias e poder político

86. Ressaltar o papel dos movimentos sociais e o conflito entre os poderes e interesses não significa subestimar a influência das idéias que são, em si, fatos históricos. Até mesmo a melhor e mais justa das idéias só pode se afirmar quando as forças sociais estão dispostas a adotá-la. Sem a vontade política, o princípio jurídico tem pouca possibilidade de êxito. Da Idade Média em diante, numerosos projetos de uma ordem supranacional na Europa foram lançados, entre outros por intelectuais do porte de um Leibniz. Até a época de Bonifácio VIII, o papado era reconhecido como tendo uma autoridade internacional, acima dos Estados e dos soberanos, mas essa situação chegou ao fim na época

6. F. L. Ganshof, *Qu'est-ce que la féodalité?*, 5ª ed. (Bruxelas, 1982), 218.

7. Ver seção 69.

do exílio papal em Avignon e desapareceu por completo no início da era moderna, quando ficou claro que a cristandade se encontrava definitivamente dividida. A nova situação levou juristas e filósofos a fazerem várias tentativas de criar uma ordem jurídica internacional, fundada pelos próprios Estados, à qual os governos nacionais deveriam subordinar-se. Essa ordem jurídica asseguraria a paz interna e a segurança externa (especialmente contra os turcos). No entanto, nenhum desses projetos deu frutos, e os Estados soberanos seguiram seus próprios destinos. No século XX esse cenário foi retomado em escala global. Ficou claro, por fim, que uma organização mundial com poder efetivo sobre todas as nações, incluindo-se aí as superpotências, é um sonho impossível; a melhor prova disso é o direito de veto dos membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Mas quando, na história do direito, uma idéia consegue de fato reservar para si um papel central, tende a ser levada às mais extremas conseqüências lógicas. Alguns conceitos jurídicos, portanto, terminam virtualmente como obsessões. Aqui estão dois exemplos. O primeiro é a ascensão da teocracia pontifícia, que é certamente o mais notável modelo de uma ideologia levada ao extremo. Do século XI em diante, essa teoria, que é alheia à mensagem original da Cristandade, se desenvolveu e chegou a influenciar cada aspecto das instituições da Igreja, até a crise do século XIV. Por sua vez, a prática e a legislação eclesiásticas afetaram os sistemas jurídicos europeus, tanto no direito privado quanto no direito público. Um segundo exemplo é fornecido pela aspiração da monarquia a organizar e estruturar a sociedade como um todo. Isso conduziu ao Estado absolutista do início da era moderna. Aqui também uma idéia embrionária, a de que um monarca designado por Deus estava destinado a governar toda uma sociedade, desenvolveu-se em todos os

níveis da organização social. Na prática, uma idéia era às vezes levada a cabo de modo excessivo, e só mais tarde seus excessos conseguiam ser mitigados. Basta mencionar a tortura nos tribunais penais. Era missão do soberano garantir a paz e reprimir o crime; para assegurar a condenação, não se hesitava em permitir a interrogação secreta de testemunhas (o que por si só já configurava uma restrição do direito de defesa) e em permitir que as confissões fossem obtidas sob tortura (o que elimina esses direitos completamente).

Os grupos sociais e o direito privado

87. A sobrevivência do homem depende de sua inserção num grupo social que o protege e cujos membros defendem uns aos outros, dando suas contribuições individuais ao grupo. Ao longo dos séculos, vários tipos de grupos sociais desempenharam esse papel com conseqüências para o desenvolvimento do direito privado, que alguns exemplos podem ilustrar. A princípio, os laços de parentesco constituíam o mais importante grupo social: a família em sentido estrito, a tribo em sentido mais amplo. O indivíduo tinha deveres para com sua *parentela* e, quando em dificuldade, podia recorrer a ela. Num estágio posterior do feudalismo, a solidariedade que unia os vassallos de um determinado senhor, tanto a este quanto aos vassallos entre si, tornou-se fundamental. O vínculo feudal compreendia tanto direitos quanto deveres, especialmente no direito privado. Por fim, já no século XII, a cidade e o Estado se tornaram as formas básicas de organização; daí em diante, pertencer a uma cidade ou a um reino adquiriu prioridade sobre qualquer outra forma de solidariedade e lealdade. O desenvolvimento geral, assim como a integração da Igreja na sociedade, podem ser ilustrados com exemplos.

O direito de sucessão é um reflexo desse desenvolvimento social, já que a devolução da propriedade de uma pessoa falecida foi regulamentada por diversos regimes jurídicos. As tribos primitivas tinham um esquema relativamente simples: a propriedade móvel era queimada ou enterada com o cadáver, enquanto a propriedade real (a terra) permanecia como posse do clã familiar. Não havia, portanto, problema de fragmentação da herança. Quando esta situação arcaica mudou, surgiu a questão do que devia acontecer aos bens de raiz. No início da Idade Média, a importância da família era tal que a propriedade do falecido tinha de permanecer em sua posse e o patrimônio tinha de ser dividido entre os filhos. A sucessão testamentária era virtualmente desconhecida, embora algumas formas especiais se desenvolvessem, como as doações *post obitum* ou *pro anima* em favor da Igreja⁸. A Igreja era prejudicada pela devolução exclusiva dos bens para os membros da família, de modo que encorajou uma revivescência da elaboração de testamentos (o que fora comum no direito romano), pelo menos daqueles em favor das instituições eclesiásticas. Seus esforços tiveram êxito e, mesmo antes do renascimento do direito romano, tornou-se costumeiro fazer um legado em favor da Igreja. No entanto, o direito do *ab intestato* sofreu um outro desenvolvimento, ditado pela natureza e a finalidade do direito feudal: surgiu o direito de primogenitura. A exclusão do filho mais moço deve ser explicada pelo desejo de manter o feudo em sua integridade, de modo a assegurar rendimentos suficientes para um fidalgo cumprir suas obrigações militares para com seu senhor. A divisão de um feudo entre vários filhos tornaria isso impossível. Assim, uma propriedade podia ser composta de uma massa divisi-

vel (*alodia*, à qual o antigo direito de sucessão ainda se aplicava) e uma massa indivisível (*feoda*, feudos, aos quais o princípio feudal da primogenitura se aplicava). O sistema romano da sucessão unitária só foi revivido com o *Code civil*.

O desenvolvimento das cidades, que aplicavam suas regras específicas, também exerceu um impacto sobre o direito de sucessão. As municipalidades estavam ansiosas para que os bens de seus cidadãos permanecessem dentro da economia geral da cidade e, por esse motivo, cobravam uma taxa especial sobre os bens que saíam da cidade por meio de herança, o *droit d'issue* (direito de saída). Essa taxa era cobrada quando um estrangeiro adquiria a propriedade de um cidadão por direito de sucessão ou por um outro meio, e a taxa da cobrança variava entre dez e vinte por cento de seu valor⁹. A parte taxada pelo Estado é a que acabaria pesando mais sobre as propriedades; mas, à parte práticas como as do rei João, que exigia *relevia* exorbitantes dos sucessores de seus vassallos, os impostos sobre a herança só se tornaram significativos do ponto de vista fiscal em época mais recente. Essa tendência se tornou mais pronunciada nos dias de hoje (em parte por razões ideológicas), de tal modo que a sucessão para parentes em determinados graus equivale ao confisco. O peso da taxa praticamente anulou o significado econômico e jurídico do sistema de sucessão estabelecido pelo *Code civil*.

A liberdade para dispor da propriedade territorial pessoal é um outro indicador social revelador. Originalmente, a propriedade territorial coletiva sequer fazia sentido, já que muitas tribos levavam uma existência nômade e deixavam suas terras cultivadas assim que as exauriam. Mais tarde, formas de posse familiar e até mesmo individuais se desen-

8. P. Jobert, *La notion de donation. Convergences: 630-750* (Paris, 1977; Publications de l'Université de Dijon).

9. Em Flandres já é encontrada desde o século XIII, por exemplo numa ordenação de Gand datada de 1286.

volveram, mas ainda estavam sujeitas a restrições coletivas. No que dizia respeito à família, isso se manifestava através da proibição de alienação da propriedade territorial sem o consentimento do clã. O direito de retrato (*droit de retrait*) foi uma dessas restrições coletivas que sobreviveu no *ancien régime*: quando um pedaço de terra era vendido a um terceiro (isto é, a alguém que não era membro da família), os membros da família do vendedor podiam exercer seu direito de retrato e comprar de volta a propriedade, restaurando desta maneira o patrimônio familiar. De modo similar, as terras feudais eram consideradas inalienáveis, porque eram vistas como vinculadas diretamente à pessoa (ou às qualidades pessoais) do vassalo. Esse princípio foi atenuado mais tarde, embora a alienação não pudesse ser feita sem o consentimento do senhor feudal. Por fim, os feudos se tornaram livremente alienáveis¹⁰. É óbvio que as restrições sobre a venda da terra constituíam um obstáculo para o crescimento econômico das cidades, numa época em que a necessidade de crédito e capitalização das rendas exigia que a terra fosse negociável. As cidades passaram então a incentivar o individualismo dos empreendedores em detrimento do antigo controle da terra pela família. Assim, o artigo 19 da Carta de Gand de 1191 autorizava a venda livre da terra. A Carta foi promulgada pela condessa de Flandres, que tinha poder legislativo para implementar essa mudança na lei¹¹.

10. O estatuto inglês *Quia emptores* de 1290 dava expressamente aos vassalos o direito de alienar: J. M. W. Bean, *The Decline of English Feudalism* (Manchester, 1968), 79-103. A libertação da terra de todas as restrições coletivas (familiares, feudais, religiosas ou comunais, das comunidades agrícolas primitivas) foi uma das principais tendências do desenvolvimento jurídico europeu, que conduziu à propriedade individual da terra e à integração da terra ao sistema econômico comum.

11. O texto está em W. Prevenier, *De oorkonden der graven van Vlaanderen (1191-aanvang 1206) II: Uitgave* (Bruxelas, 1964); Commission royale d'histoire. Actes des princes Belges, 5), 15: "Há tal liberdade na cidade de

Na Idade Média e no *ancien régime* a sociedade era formada por ordens e corporações que tinham suas próprias administrações, regras e jurisdições¹². Tinham também seus próprios estatutos jurídicos: o clero e a nobreza não gozavam apenas de privilégios fiscais, mas se beneficiavam também de privilégios no direito penal (como a isenção da tortura)¹³. Essa organização social sob o *ancien régime* tinha suas implicações no direito privado: em geral, só os grandes proprietários de terra tinham assento nos tribunais (já era assim no caso do *mallus franco*). Do mesmo modo, havia discriminação a favor dos proprietários de terras ou *virii hereditarii* das cidades; suas declarações e as provas que mostravam a um tribunal possuíam um peso bem maior do que a dos outros cidadãos. Os privilégios estiveram na ordem do dia sob os regimes oligárquicos, mas a democratização das instituições políticas, especialmente nas cidades italianas, trouxe consigo um desenvolvimento em sentido contrário: as provas exibidas por um nobre tinham menos peso que a de um outro cidadão. Mas a posição privilegiada dos *virii hereditarii*, cujas palavras de juramento tinham valor de prova e prevaleciam sobre a evidência trazida por qualquer outra pessoa, vai reaparecer num contexto inteiramente diferente: o artigo 1.781 do *Code civil* de 1804 distingue entre as declarações do empregador e do empregado: "as afirmações do patrão devem ser acreditadas"¹⁴.

Gand, que, se alguém desejar vender ou hipotecar a propriedade dentro da jurisdição da cidade, tem permissão para tal, seja estrangeiro ou cidadão, e ninguém pode contestá-lo com base em quaisquer relações de sangue ou de casamento."

12. As numerosas regras existentes das guildas e das corporações foram muito pouco estudadas.

13. Como corolário, no direito penal as classes mais altas eram às vezes sujeitas a penas mais severas do que as classes mais baixas.

14. Ver seção 6.

O intelectual e o clima moral

O direito de prova

88. O direito adapta-se ao desenvolvimento intelectual (ou *mentalité*). Em alguns períodos, o homem sentiu profundamente que estava subordinado a forças transcendentais ou a seres sobrenaturais e que era parte de um universo cósmico acima de seu poder de observação, conhecimento e compreensão. Em outras épocas, o pensamento lógico e racional – exemplificado pela pesquisa científica empírica e matemática – predominou. A transição de uma *mentalité* para outra – de uma cosmologia platônica para uma aristotélica – teve suas repercussões no direito de prova. Não se pode esquecer que alguns povos, em determinado estágio, viveram sob o governo de uma classe religiosa, que exigia que os indivíduos e a comunidade respeitassem e seguissem os preceitos religiosos (muitas vezes inscritos em textos sagrados). Esse domínio clerical, em vários casos, foi extremamente importante para a história do direito privado europeu.

Durante os séculos XII e XIII, o direito de prova sofreu uma transformação fundamental, passando de um sistema irracional e primitivo para um sistema racional avançado¹⁵. Sob o antigo sistema, até mesmo em questões civis (especialmente em casos relacionados à propriedade territorial) os tribunais tomavam como provas os sinais divinos, sob a forma de ordálios. Isso podia assumir tanto a forma brutal do duelo judicial quanto a forma mais sutil do juramento afiançado por terceiros. Na primeira, o partido ou campeão que conseguisse, com um golpe de sua espada ou maça¹⁶,

vencer seu adversário era visto como merecedor da ajuda divina para conquistar a vitória, o que implicava a justiça de sua causa. No segundo caso, presumia-se que os possíveis perjúrios receberiam o castigo divino e que o medo da ira celestial iria dissuadir a maior parte das pessoas a prestar um juramento falso¹⁷. É claro que também se conhecia a prova por documentos e por testemunho na Idade Média, mas esses métodos podiam ser prontamente contestados ou neutralizados; por exemplo, quando dois grupos opostos de testemunhas insistiam em sua prova conflitante. Para sair do impasse, era necessário recorrer ao duelo judicial e invocar a divindade.

A questão, no entanto, foi inteiramente reformulada a partir de uma profunda alteração nas *mentalités* européias. Um novo direito de prova, em vigor até hoje, foi elaborado. Baseava-se numa avaliação crítica e racional dos documentos, testemunhos e provas factuais. Descobrir as raízes dessa transição de uma concepção mágica do universo para uma concepção mais racional é um problema histórico ainda não resolvido; mas fica claro que a transição trouxe implicações para o direito de prova. O sistema arcaico, introduzido sob a influência germânica, teve de ser abandonado, embora fosse difícil decidir o que iria substituí-lo. Na Europa, fizeram-se experiências com vários sistemas, alguns derivados do *Corpus iuris*, outros (como o júri) inspirados por métodos rudimentares já existentes que foram desenvolvidos transformando-se num verdadeiro sistema de provas.

Um aspecto da modernização do direito de prova foi o crescente uso da escrita. Depois de um período no qual a escrita era virtualmente desconhecida, a prova escrita tornou-se amplamente utilizada a partir do século XII, até mesmo

17. Mesmo hoje em dia a lei de processo civil recorre aos juramentos, ou suplementares, ou determinativos da ação.

15. Ver *inter alia* os volumes *La preuve* em *Recueils de la Société Jean Bodin XVI* (1965-).

16. Também aqui as diferenças de classe desempenhavam um papel, pois, num duelo, um fidalgo usava sua espada e os camponeses suas clavas.

num acordo entre pessoas comuns. Particularmente notável foi o uso de documentos “autênticos” – isto é, documentos “autenticados”, declarados dignos de fé, por pessoas ou instituições que tinham autoridade pública para tanto. Houve uma grande variedade de formas de documentos e de autoridades responsáveis por sua redação ou autenticação, o que dependia, em particular, da importância do direito erudito na região. No sul, desenvolveu-se a profissão de notário, a partir da Escola Bolonhesa de Direito. Eles eram investidos de autoridade pública pelo papa ou pelo imperador, preparados através de estudos elementares em direito e, então, podiam se estabelecer nas cidades para redigir e produzir documentos autênticos.

Os notários foram se espalhando pouco a pouco pelas regiões setentrionais, mas na Holanda não se implantou uma prática padronizada para os notários antes do século XVI. No Norte, surgiu um meio completamente diferente de autenticação de documentos, as *oeuvres de lois*: as partes contratantes compareciam ante o tribunal e apresentavam seu acordo; este entrava para o registro judicial e uma cópia podia ser entregue às partes, embora isso não fosse uma formalidade essencial. A jurisdição voluntária era exercida pelos tribunais comuns ou feudais, ou pelos tribunais dos conselheiros municipais, junto com suas outras atividades judiciais. Durante a Idade Média tardia, esse sistema tornou-se extremamente importante, e sobreviveu até o início da era moderna contra a competição dos notários. Os tribunais eclesiásticos, especialmente através de seus funcionários¹⁸, também exerciam essa jurisdição não-contenciosa.

Originalmente, a prova escrita – e *a fortiori* autenticada – era opcional e não tinha precedência sobre a prova por testemunho. Mas este era um ponto altamente controverso. Um

18. Ver especialmente na seção 52.

jurista tão eminente como o papa Inocêncio III podia ainda declarar-se firmemente favorável à prova através dos testemunhos: “a palavra de um homem vivo prevalece sobre a pele de um asno morto” (isto é, um pergaminho). O direito consuetudinário tem afirmações do tipo “o testemunho prevalece sobre o escrito” ou “testemunhos de *viva voce* superaram o escrito”. Mas era inevitável que a prova documental autêntica se transformasse em padrão. A legislação das cidades italianas orientou-se nessa direção já no século XIV (Nápoles em 1306, Bolonha em 1454 e Milão em 1498). Na França, as principais etapas do desenvolvimento foram a *Ordonnance* de Moulins, de 1566¹⁹, ao estabelecer que, para uma transação acima de 100 libras, só era admissível a prova escrita, e também o artigo 1.341 do *Code civil* de 1804²⁰. Na Bélgica, o princípio pode ser encontrado no *Edictum Perpetuum* de 1611. Na Inglaterra, aceitou-se no século XVIII que um documento não podia ser contestado apenas com base no testemunho oral²¹. E em alguns contratos, especialmente naqueles referentes à terra, o direito não se satisfazia com o mero testemunho escrito mas requeria um documento notarial autêntico²².

19. Ver seção 48.

20. “Qualquer questão excedendo a soma ou valor de 150 francos deve ser documentada diante dos notários ou sob assinatura pessoal, mesmo no caso de depósitos voluntários, e a prova por testemunho não é admissível em relação ao conteúdo dos documentos, ou em relação ao que foi declarado antes, no momento ou desde que foram escritos, mesmo que esteja relacionada a uma soma ou valor menor do que 150 francos. Isto não prejudica o que está prescrito nos estatutos relativos ao comércio.”

21. Cf. J. Gilissen, “Individualisme et sécurité juridique: la prépondérance de la loi et l’acte écrit au XVI^e siècle dans l’ancien droit belge”, *Individualisme et société à la Renaissance* (Bruxelas, 1967), 35-57; G. Verneillen e G. van de Perre, “De historiek van de beperking van het bewijs van verbintnissen door getuigen”, *Rechtskundig weekblad* 32 (1968-9), col. 817-50.

22. O requisito da escrita foi também estendido a outras áreas, além da prova. Hoje em dia é impossível imaginar um estatuto que não seja impresso

Empréstimo

89. As mudanças de concepções de moralidade, doutrinas e de autoridades religiosas também tiveram conseqüências importantes para o direito privado. Não é surpreendente que elas colidam constantemente com a política das autoridades seculares. Duas ilustrações são suficientes: o empréstimo e o casamento.

A expansão econômica do Ocidente durante a Idade Média tardia conduziu a um ressurgimento do empréstimo. Métodos de crédito já haviam sido desenvolvidos e reconhecidos juridicamente na Antiguidade Romana, mas desapareceram durante os primeiros séculos da Idade Média. É extremamente difícil lançar um empreendimento privado industrial ou comercial, a menos que uma parte dos fundos necessários seja emprestada; e, já que o uso temporário do capital é vantajoso, é normal que, assim como os materiais e a mão-de-obra, também seja recompensado. Em outras palavras, empréstimos são pagos com juros. Aqui, no entanto, as necessidades de desenvolvimento econômico colidiam com preceitos religiosos, pois desde a antiguidade cristã a Igreja proibira o empréstimo a juros (usura). A proibição não somente foi mantida pelos padres da Igreja, como ainda se incorporou ao direito eclesiástico. O concílio ecumênico de Nicéia de 325 d.C. proibiu o clero de realizar empréstimos a juros; os leigos foram inicialmente apenas advertidos pela Igreja contra essa prática, mas em seguida a proibição estendeu-se também a eles. Uma capitular de Carlos Magno de 789 d.C. estabelecia de modo inequívoco a proibição: “É

e publicado; antigamente, as coisas eram diferentes, e só a palavra do rei tinha peso legal. A respeito do direito erudito, ver G. Dolezalek, “Scriptura non est de substancia legis. A propos d’une décision de la Rote romaine de l’an 1378 environ”, *Diritto comune e diritti locali nella storia dell’Europa* (Milão, 1980), 51-70.

absolutamente proibido a qualquer um emprestar qualquer coisa com juros”. Qualquer forma de juros, isto é, qualquer caso em que o emprestador recebesse mais do que o que emprestara era tratado como usura e, portanto, como pecado. A condenação geral não se aplicava, pois, apenas a taxas exorbitantes de juros (“usura” propriamente dita), obtidas pela exploração de uma posição de força contra o devedor.

Essa atitude moral correspondia à mentalidade do mundo feudal, para o qual qualquer ganho, mesmo vindo de operações comerciais perfeitamente legítimas, constituía um pecado e uma conduta contrária ao costume social. Embora seja difícil entender essa concepção no Ocidente contemporâneo, ainda pode ser encontrada em países islâmicos, onde as objeções religiosas aos juros (isto é, à usura) ainda se aplicam. Durante os últimos séculos da Idade Média, o homem europeu viveu um dilema: emprestar a juros tornara-se uma prática comum, mas a Igreja recusava-se a suspender a proibição²³. A legislação secular às vezes reforçava os princípios eclesiásticos, como se vê no exemplo da ordenação de 1199 decretada por Balduino IX, conde de Hainaut e de Flandres²⁴. Em conseqüência, o comércio medieval foi obrigado a recorrer a uma série de subterfúgios e ficções que lhe permitissem desenvolver um sistema de crédito florescente e indispensável, enquanto pelo menos de maneira formal respeitava as restrições religiosas: venda sob condição de

23. Como ajuda, podiam ser invocados textos não só da Bíblia (“emprestar sem esperar nada em retorno”), mas também da filosofia grega (“dinheiro não cria dinheiro”).

24. W. Prevenier, “Een economische maatregel van de Vlaamse graf in 1199: het verbod der leningen tegen interest”, *Tijdschrift voor geschiedenis* 78 (1965), 389-401. O texto da ordenação está publicado em W. Prevenier, *De oorkonden der graven van Vlaanderen (1191-aanvang 1206)* II (Bruxelas, 1964), nº 124, 276-8 (Comm. royale d’histoire. Actes de princes belges, 5). Sobre Balduino IX: *Nat. biografisch woordenboek* 1 (Bruxelas, 1964), col. 225-38.

recompra, hipoteca (*mortuum vadum*, em que o credor gozava os frutos da propriedade dada como garantia), letras de câmbio, juros de mora (o que era permitido pelos canonistas em certas circunstâncias). Pouco a pouco, a teologia moral começou a reconhecer os juros como o preço do crédito e a autorizá-lo, desde que fosse eqüitativo. Esse raciocínio podia ser conciliado com a teoria teológica do “preço justo”, segundo a qual cada bem econômico tinha um *iustum pretium* que devia – especialmente nos acordos de crédito – ser adotado.

Apesar disso, as objeções de princípio aos juros como usura sobreviveram nos países católicos até o fim do *ancien régime*. Os mais altos juizes e numerosos autores de renome sustentavam que as cláusulas de juros dos contratos eram absolutamente nulas²⁵. A Revolução Francesa, que estava pouco disposta a respeitar os tabus religiosos e era a favor do livre comércio, estabeleceu imediatamente que o empréstimo a juros era legítimo, com uma taxa fixada por estatuto²⁶. Um estatuto de 1796, autorizando os cidadãos a fazer contratos como entendessem, já fora interpretado como um sinal para que as partes fixassem de comum acordo sua própria taxa de juros. Essa posição foi adotada pelo *Code civil* (artigos 1.905 e 1.907), mas logo em seguida a liberdade das partes para fixar a taxa de juros foi de novo limitada. Um pouco mais tarde, a liberdade das partes contratantes foi reafirmada²⁷, mas os juros injustificados e exorbitantes (a usura) passaram a constituir crime punido pelo direito penal. Nos países protestantes, as doutrinas dos reformadores tinham aberto o caminho para permitir os juros. Calvino, por exemplo, sustentava que os juros eram admissíveis; de acordo com ele, não eram vedados pela Bíblia, cuja única proibição

era em relação ao empréstimo a juros desproporcionais, que caracterizava o pecado da usura²⁸. Muitos juristas da Escola de Direito Natural e autores do Iluminismo (Grotius, Montesquieu e Voltaire, entre outros) eram a favor da liberdade de contrato, inclusive quanto ao empréstimo a juros²⁹.

O direito de casamento

90. Tanto as autoridades seculares quanto as eclesiásticas legislaram intensamente a propósito da família, que era a unidade social básica. Na Idade Média, particularmente, o direito de família configurava-se sem dúvida como um assunto que pertencia em grande parte à competência da Igreja, mas suas implicações para a sociedade em geral e para o patrimônio da família em particular eram tais que as autoridades seculares não podiam se abster completamente de sua regulamentação. Os tratamentos divergentes dados ao casamento³⁰ pelas autoridades seculares e eclesiásticas constituem,

28. Sua tese foi, excepcionalmente, adotada por um autor não-calvinista: *De usuris*, de C. du Moulin.

29. Cf. J. Favre, *Le prêt à l'intérêt dans l'ancienne France* (Paris, 1900); V. Brants, *La lutte contre l'usure dans le droit moderne* (Louvain, 1906); J. Lameere, “Un chapitre de l'histoire du prêt à l'intérêt dans le droit belge”, *Bull. Acad. Roy. Sciences de Belgique*, classe des lettres (1920), 77-104; G. Bigwood, *Le régime juridique et économique de l'argent dans la Belgique du Moyen Âge* (2 vols., Bruxelas, 1921-22); G. Le Bras, “Usure”, *Dictionnaire de théologie catholique* XV, 2 (Paris, 1950), 2.336-72; B. N. Nelson, *The Idea of Usury* (Princeton, 1949); J. T. Noonan, *The Scholastic Analysis of Usury* (Cambridge, Mass., 1957); B. Clavero, “The jurisprudence on usury as a social paradigm in the history of Europe”, E. V. Heyen (org.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft* (Frankfurt, 1986), 23-36 (Ius commune, 26).

30. Há numerosos estudos sobre o casamento. Um estudo recente, lúcido e magistral é o de J. Gaudemet, *Le mariage en Occident. Les moeurs et le droit* (Paris, 1987; Cerf-Histoire).

25. D'Argentré, Jean Bodin, Domat, Pothier e a jurisprudência do Parlamento de Paris.

26. Decreto da Constituinte de 3-12 de dezembro de 1789.

27. Na Bélgica em 1865, sob Rogier e Frère-Orban.

de fato, um dos capítulos mais interessantes da história do direito na Europa. A divergência mostra também como um assunto do direito privado pode gerar uma disputa entre autoridades cujos sistemas de valores e concepções da sociedade são diferentes. Certamente nenhuma outra instituição esteve tão à mercê de tendências e ideologias opostas. Essa avaliação leva em conta apenas as grandes linhas de desenvolvimento, deixando de lado as formas primitivas ainda conhecidas na alta Idade Média, como o casamento por rapto ou por venda.

É absolutamente fundamental distinguir entre o casamento como instituição secular (um contrato que afeta a sociedade como um todo, e as famílias e suas fortunas) e o casamento como sacramento (um instrumento de graça que possui um significado religioso e simboliza a união mística entre Cristo e sua Igreja). Essas concepções do casamento relacionam-se respectivamente às jurisdições secular e eclesiástica e, na medida em que foram evoluindo, desempenharam um papel significativo na história do Ocidente. Na Idade Média, o conceito sacramental da Igreja e de seus tribunais prevaleceu, enquanto no início da era moderna, acima de tudo no período contemporâneo, o elemento secular tornou-se cada vez mais importante.

De acordo com o ensino da Igreja, o casamento envolvia apenas as pessoas dos esposos. Apenas a sua livre vontade e sua decisão contavam. Qualquer interferência das famílias ou dos pais estava excluída, e qualquer questão de natureza patrimonial ou dinástica era irrelevante. O vínculo matrimonial era considerado indissolúvel, de acordo com as Escrituras. O divórcio, antes admitido pelo direito romano, foi excluído. O direito de casamento evoluiu dentro desta moldura básica. O caráter puramente consensual do casamento reconhecido na Idade Média (isto é, o casamento como resultado do livre consentimento dos esposos, sem as formalidades de intervenção de um sacerdote) foi abando-

nado pelo Concílio de Trento (pelo decreto *Tametsi* de 1563). Esse decreto impunha formalidades para o casamento (testemunhas, comunicação pública, celebração por um sacerdote) com o objetivo principal de evitar casamentos clandestinos³¹. A Igreja também desenvolveu uma teoria em que o mero consentimento sem a consumação (*copula carnalis*) constituía um casamento imperfeito (*matrimonium initiatum*), que podia ser dissolvido, em contraste com o casamento em que o consentimento era seguido de relações sexuais (*matrimonium ratum*). O *divortium* (segundo o Concílio de Trento: *separatio*) *quoad torum et mensam* também foi introduzido, ou seja, a separação física que também foi garantida pelo *Code civil*. Isso permitiu que a coabitação terminasse sem dissolução (evitando dessa maneira um novo casamento). Por fim, a Igreja reconheceu a anulação do casamento, que podia ser declarada por um juiz eclesiástico tendo como base uma falha no consentimento ou algum outro *impedimentum dirimens* (como a existência de um casamento anterior, parentesco e assim por diante).

Até nos períodos e lugares mais católicos, havia uma concepção secular contrastante do casamento que dava ênfase a suas conseqüências sociais, familiares e patrimoniais, tanto quanto feudais e dinásticas. Essa visão era hostil aos casamentos realizados (muitas vezes secretamente) sem o consentimento dos parentes, porque ameaçavam diretamente os esquemas de aliança entre famílias e fortunas. Nos períodos de férreo catolicismo, essa visão, que era peculiar aos altos círculos urbanos e feudais, não podia prevalecer contra

31. Essas formalidades também eram geralmente adotadas na Europa protestante, inclusive na República das Províncias Unidas, embora com algumas modificações. Na França, o rei não queria que fossem publicadas desta maneira, mas elas foram introduzidas, apesar disso, em 1579 pela *Ordonnance* de Blois.

a Igreja, mas podia expressar-se através de sanções civis e penais contra esposos que se casavam sem o consentimento dos pais. Na Idade Média, tais sanções consistiam sobretudo em deserdar os esposos ou em condenar o marido por rapto. Na França da era moderna, os tribunais seculares entendiam sua competência aos casos matrimoniais, e as autoridades seculares também impunham regulamentos rigorosos, cujos traços ainda podem ser encontrados no *Code civil*. A *Ordonnance* francesa de 1566 instituiu a deserção de filhos com menos de 25 anos que se casassem sem o consentimento dos pais. A *Ordonnance* de Blois, de 1579, punia o rapto, e a jurisprudência tratava um casamento realizado sem o consentimento dos pais como rapto. (As comédias de Molière ilustram claramente como a influência dos pais, especialmente a do pai, ainda determinava o casamento dos filhos, mesmo quando já tinham alcançado a maioridade.) Pothier achava que um casamento realizado sem o consentimento dos pais entre esposos com menos de 25 anos era nulo e que se os esposos tivessem menos de 30 anos a ausência do consentimento dos pais implicava a deserção. Na Holanda, mesmo na Idade Média, as ordenações municipais estabeleciam sanções civis e penais contra os culpados de sedução, ou seja, contra o casamento sem o consentimento dos pais. Em 1540, Carlos V ordenou que um homem com menos de 25 anos ou uma mulher com menos de 20, que se casasse sem o consentimento dos pais, perderia todas as vantagens do esposo sobrevivente. Já no direito canônico o consentimento dos pais não constituía condição nenhuma. O *Code civil* de 1804 requeria o consentimento dos pais para homens com menos de 25 anos e para mulheres com menos de 21 anos. Acima dessa idade, os filhos ainda se encontravam sujeitos ao processo do *acte respectueux* (“ato respeitoso”), que os obrigava a pedir o conselho dos pais; em caso de recusa, o casamento podia ser realizado depois de um certo número de

repetições do *acte respectueux*; ver os artigos 152 e 153 do *Code civil*.

A concepção secular não prevaleceu até a época do Iluminismo, que era hostil ao papel excessivo desempenhado pela Igreja e combatia os pontos de vista da Igreja sobre vários assuntos. No fim do século XVIII, alguns países introduziram o casamento puramente civil sem qualquer conteúdo religioso. Na parte austríaca dos Países Baixos, José II aboliu as jurisdições dos tribunais eclesiásticos com o edito de 28 de setembro de 1784; daí em diante o casamento foi considerado um contrato civil, e em nenhuma hipótese sujeito aos cânones da Igreja³². A Revolução Francesa consagrou este princípio em sua constituição de 1791, com os mesmos termos empregados por José II em 1784: “A lei considera o casamento apenas um contrato civil.” No sistema do *Code civil*, o casamento era um ato civil solene, e só um funcionário do registro civil tinha competência para unir os esposos em nome da lei. Entretanto, a grande maioria das pessoas continuava apegada ao casamento religioso, e, como apenas o casamento civil tinha conseqüências legais, o casamento religioso agora só podia ser celebrado após o casamento civil, se fosse o caso. Na mesma época, a proibição eclesiástica do divórcio foi abrogada. Aqui a Revolução foi bastante radical: pelo estatuto de 20 de setembro de 1792, o divór-

32. Art. 1: “Já que o casamento é considerado um contrato civil e que os direitos civis e as ligações dele resultantes derivam sua existência, força e determinação inteira e unicamente da autoridade civil, da jurisdição e da decisão sobre várias questões relacionadas a ele, e tudo quanto depende dele deve ser domínio exclusivo dos tribunais civis. Proibimos portanto qualquer juiz eclesiástico, sob pena de nulidade absoluta, de assumir a jurisdição de qualquer modo...” É claro que o casamento religioso permaneceu a norma entre a população como um todo; aqui, trata-se puramente de uma questão de jurisdição no caso de disputas. A posição corrente, que proíbe o casamento religioso antes do casamento civil, data do século XIX (artigo 16 da Constituição belga).

cio que devia ser pronunciado por um tribunal era autorizado quer por consentimento mútuo, quer por certo número de outros motivos reconhecidos. Quando essa legislação entrou em vigor, o número de divórcios cresceu consideravelmente; em alguns anos, a proporção entre casamentos e divórcios chegou a ser de três para um³³. Quando o zelo revolucionário diminuiu, o legislador recuou um pouco. Mas apesar de algumas restrições, o divórcio foi mantido, quer por consentimento mútuo, quer por razões fixadas pelos artigos 229 a 232 do *Code civil* (adultério, crueldade ou injúria, condenação por crime hediondo)³⁴.

Considerações finais

91. A pesquisa histórica teve êxito em destruir os mitos relativos ao direito. Destruiu antigas concepções consagradas pelo tempo: a de que o direito é um corpo de normas instituídas por um Deus onisciente e inscrita no coração do homem; ou o produto de decisões sábias de ancestrais veneráveis (ou mesmo mitológicos)³⁵; ou um sistema deduzido da natureza da sociedade por homens guiados pela razão. A crítica histórica mostra que, na maior parte das vezes, a evo-

lução do direito não tem sido uma questão de qualidade (*Qualitätsfrage*)³⁶, mas, ao invés, o resultado de uma luta pelo poder entre interesses particulares, uma *Interessenjurisprudenz*³⁷. Avançar para além das concepções tradicionais, freqüentemente ingênuas, é aprofundar e enriquecer de maneira inegável nossa compreensão dos verdadeiros fatores envolvidos na evolução jurídica. O direito é uma estrutura social mutável, imposta à sociedade; é afetado por mudanças fundamentais dentro da sociedade e é, em ampla escala, um instrumento assim como um produto dos que detêm o poder.

Mas os juristas se perguntam se isso liquida de uma vez a questão ou se não devemos atribuir alguma importância a princípios fundamentais, que não dependem das circunstâncias políticas ou das ações de grupos interessados; em outras palavras, se há uma estrela fixa no firmamento jurídico. Ainda que, por exemplo, as leis de Nuremberg possuíssem – formalmente – a força do direito, elas eram inegavelmente fonte de injustiça. Esta reflexão conduz ao desejo de um corpo de normas estáveis, acima e além de estatutos mutáveis, e capaz de servir de pedra fundamental para assentar a validade dos estatutos – algo, talvez, como as constituições e a declaração dos direitos do homem. Os juristas se perguntam não só sobre o papel do direito, mas também sobre o seu próprio papel na sociedade. Aqui também a pesquisa histórica desempenhou um papel desmistificador. Mostrou que os juristas ficaram freqüentemente do lado dos que eram

33. A. H. Huussen, “Le droit du mariage au cours de la Révolution Française”, *Revue d'histoire du droit* 47 (1979), 9-52, 99-127.

34. Os arts. 229-30 estão entre os exemplos mais claros de discriminação, já que eles estabelecem que um marido pode pedir divórcio baseado no adultério de sua esposa, enquanto sua esposa só poderá fazê-lo se encontrar o marido com sua concubina no lar matrimonial. Essa discriminação foi abolida na Bélgica pelo artigo 45 do estatuto de 28 de outubro de 1974. Na França, no que toca ao divórcio baseado no adultério, a discriminação foi removida pelo estatuto de 27 de julho de 1884 e pela ordenação de 12 de abril de 1945.

35. Muitos livros de direito medieval, posteriores ao grande legislador Carlos Magno, ainda eram atribuídos a ele, por exemplo a suposta “lei Charlemagne” (“lei Carlos Magno”) de Liège.

36. A expressão é usada por P. Koschaker, *Europe und das römische Recht* (Munique, 1947), 138, da adoção de sistemas jurídicos estrangeiros.

37. Designação para Rudolf von Jhering e sua escola (ver seção 76). Cf. também a noção de Bentham, de acordo com a qual todos os estatutos têm ou deveriam ter como objetivo aumentar a felicidade total da comunidade, o que significa que o direito é (ou deveria ser) ditado pelo que melhor serve à comunidade: Gerbenzon e Algra, *Voortgangh*, 260.

poderosos e capazes de obter o seu serviço para defender suas causas, compor seus estatutos ou legitimar suas reivindicações. Esse ponto merece um exame mais detido. Mas no momento a impressão dominante indica que o jurista que trabalha por honorários é um fenômeno mais freqüente do que o jurista revolucionário, que fica acima daqueles que estão no poder e defende a causa dos fracos e oprimidos³⁸. No direito, portanto, as respostas a estas duas perguntas estão entre as necessidades mais prementes de nosso tempo: quais são os direitos fundamentais a que os estatutos devem se conformar? Como podemos assegurar que os juízes e advogados sejam independentes e sempre prontos a defender o direito? A história do direito permite que essas questões sejam encaradas com a ajuda da experiência humana acumulada ao longo de vários séculos.

Bibliografia geral

Direito universal e europeu

92. Allen, C. K., *Law in the Making*, 7ª ed., Oxford, 1964.
- Behrends, O. e Link, C. (orgs.), *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff. Symposium 26-27 April 1985*, Göttingen, 1987; Abh. Akademie der Wissenschaften Göttingen, Phil.- hist. Klasse, 3 F., 157.
- Bergh, G. C. J. J. van den, *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer, 1979; *Rechtshistorische Cahiers*, 1; *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, 2ª ed., Deventer, 1985.
- Berman, H. J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., 1983.
- Brink, H. van den, *Rechtsgeschiedenis bij wijze van inleiding*, Deventer, 1976.
- Caenegem, R. C. van., *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Mass., 1987.
- Coing, H. (org.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Munique, 1: *Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung* (1973); II: *Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, 1: *Wissenschaft* (1977); 2: *Gesetzgebung und Rechtsprechung* (1976); III: *Das 19. Jahrhundert*, 1: *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht* (1982); 2: *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht* (1982); 3: *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten* (1986); 4: *Die nordischen Länder* (1987); 5: *Südosteuropa* (1988); *The Continental Legal History Series*, Boston e Londres, 1912-18; 11 vols. Association of American Law Schools.

38. Mas devemos ter cuidado quanto à generalização. Houve muitos juízes que resistiram a uma considerável pressão política, pelos invasores estrangeiros entre outros, e muitos advogados que se sentiram compelidos a defender os oprimidos, como o jovem advogado Ernest Staes, herói de um romance popular com esse título do autor flamengo Anton Bergmann († 1874): sua primeira vitória foi sua bem-sucedida intervenção a favor de um trabalhador que ia ser prejudicado pelo artigo 1781 do *Code civil* (ver seção 6).

- David, R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1969; Précis Dalloz.
- Dekkers, R., *Le droit privé des peuples. Caractères, destinées, dominantes*, Bruxelas, 1953.
- Ebel, F. e Thielmann, G., *Rechtsgeschichte. Ein Lehrbuch*, I: *Antike und Mittelalter*, Heidelberg, 1989; Jurathek, Studium.
- Feenstra, R. e Smidt, J. T. de, *Geschiedenis van het vermogensrecht. Tekstenboek*, Deventer, 1973.
- Feenstra, R. e Ashmann, M., *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractvrijheid in historisch perspectief*, Deventer, 1980; Rechtshistorische Cahiers, 2.
- Gagner, S., *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Estocolmo, 1960; Acta universitatis Upsaliensis, Studia juridica Upsaliensia, I.
- Gilissen, J., *Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit. Les sources du droit depuis le XIII^e siècle. Éléments d'une histoire du droit privé*, Bruxelas, 1979.
- Historische inleiding tot recht. Overzicht van werelgeschiedenis van het recht. De bronnen van het recht in de Belgische gewesten sedert de 13e eeuw. Geschiedenis van het privaatrecht*, Antuérpia, 1981; nova edição da parte *Historische inleiding tot het recht I: Ontstaan en evolutie van de belangrijkste rechtsstelsels*, rev. A. Gorlé, Antuérpia, 1986.
- Heyen, E. V. (org.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt, 1986; Ius commune Sonderhefte, 26.
- Imbert, J., *Histoire du droit privé*, Paris, 1979; Coll. Que sais-je?
- Lawson, F. H., *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Harbor, 1955; Thomas M. Cooley Lectures, 5^a série.
- Lokin, J. H. A. e Zwolve, W. J., *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen, 1986;
- Inleiding tot de rechtsgeschiedenis*, Groningen, 1985.
- Mellinkoff, D., *The Language of The Law*, Boston e Toronto, 1963.
- Merryman, J. H., *The civil law tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, Calif., 1969.
- Mohnhaupt, H. (ed.), *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Untersuchungen und Perspektiven*, Frankfurt, 1987; Ius commune Sonderhefte, 32.
- Pound, R., *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Mass., 1946.

- Prest, W. (org.), *Lawyers in Early Modern Europe and America*, Londres, 1981.
- Recueils de la société Jean Bodin*, Bruxelas e Paris, 1936-.
- Robinson, O. F., Fergus, T. D. e Gordon, W. M., *An Introduction to European Legal History*, Abingdon, 1985.
- Seagle, W., *The Quest of Law*, Nova York, 1941.
- Smith, M., *A General View of European Legal History*, Nova York, 1927.
- Wagner, W., "Annäherungen an eine europäische Rechtsgeschichte, Aspekte der europäischen Rechtsgeschichte", *Festgabe für Helmut Coing*, Frankfurt, 1982; Ius commune Sonderhefte, 17, 387-420.
- Watson, A., *The Evolution of Law*, Baltimore, 1985;
- "The evolution of law", *Law and History Review* 5 (1987), 537-70;
- The Making of the Civil Law*, Cambridge, Mass., 1981.
- Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2^a ed., Göttingen, 1967.
- Zweigert, K. e Kötz, H., *An Introduction to Comparative law*, 2^a ed., trad. T. Weir, Oxford, 1989; 2 vols.

Direito canônico

93. Bras, G. le (org.), *Histoire des institutions et du droit de l'église en Occident*, Paris, 1955-;
- Institutions ecclésiastiques de la Chrétienté médiévale*, Paris, 1959-64, 2 vols.; *Histoire de l'Église*, ed. A. Fliche e V. Martin, XII, 1, 2.
- Feine, H. E., *Kirchliche Rechtsgeschichte. Die katolische Kirche*, 5^a ed., Colônia e Graz, 1972.
- Hove, A. van, *Prolegomena*, 2^a ed., Malines e Roma, 1945; *Commentarium Lovaniense in codicem iuris canonici*, I, 1.
- Plöchl, W., *Geschichte des Kirchenrechts*, Viena: I, 2^a ed., 1960; II, 2^a ed., 1962; III, 1959; IV, 1966.

Direito romano

94. Cortese, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milão, 1962-4; 2 vols.

- Feenstra, R., *Fata iuris romanis. Études d'histoire du droit*, Leiden, 1974.
- Hermesdorf, B. H. D., *Schets der uitwendige geschiedenis van het Romeins recht*, Utrecht e Nijmegen, 7ª ed., 1972.
- Koschaker, P., *Europa und das römische Recht*, Munique e Berlim, 1947.
- Meijers, E. M., *Études d'histoire du droit*, org. R. Feenstra e H. F. W. D. Fischer, Leiden, 1956-73; 4 vols.
- Spruit, J. E. (ed.), *Coniectanea Neerlandica iuris romani. Inleidende opstellen over Romeins recht*, Zwolle, 1974.
- Vinogradoff, P., *Roman Law in Medieval Europe*, Oxford, 1929; 2ª ed. por F. de Zulueta.

França

95. Aubenas, R., *Cours d'histoire du droit privé. Anciens pays de droit écrit I*, Aix-en-Provence, 1956.
- Brissaud, J., *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1908.
- Chenon, E., *Histoire générale du droit français public et privé*, Paris, I, 1926; II, I, 1929, ed. F. Olivier-Martin.
- Craveri, P., *Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia (XIII-XVI)*, Milão, 1969.
- Declareuil, J., *Histoire générale du droit français*, Paris, 1925.
- Dumas, A., *Histoire des obligations dans l'ancien droit français*, Aix-en-Provence, 1972.
- Ellul, J., *Histoire des institutions*, Paris, 1961-9; 5 vols.
- Esmein, A., *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 15ª ed. por R. Génestal, Paris, 1925.
- Giffard, A. E., *Droit romain et ancien droit français. Les obligations*, Paris, 2ª ed., 1967; Précis Dalloz.
- Hilaire, J., *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986; Coll. "Droit fondamental", ed. S. Rials.
- Lebigre, A., *La justice du roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Paris, 1988.
- Lepointe, G., *La famille dans l'ancien droit*, Lille, 1937; *Droit romain et ancien droit français*, Paris: *Les biens*, 1958; *Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, 1958; *Les obligations en ancien droit français*, 1958.

- Olivier-Martin, F., *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, 1948.
- Ourliac, P. e Malafosse, J. de, *Histoire du droit privé*, Paris, I: *Les obligations*, 2ª ed., 1969; II: *Les biens*, 2ª ed., 1971; III: *Le droit familial*, 1968, Thémis, Manuels juridiques.
- Ourliac, P. e Gazzaniga, J.-L., *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, Paris, 1985; Coll. "Evolution de l'humanité", fondée par H. Berr.
- Patault, A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1989; Coll. "Droit fondamental".
- Raynal, J., *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, 1964; Coll. Armand Colin, 381.
- Regnault, H., *Manuel d'histoire du droit français*, Paris, 2ª ed., 1942.
- Rousselet, M., *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Paris, 1957; 2 vols.
- Timbal, P. C., *Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux successions, libéralités*, Paris, 2ª ed., 1975; Précis Dalloz.
- Tisset, P. e Ourliac, P., *Manuel d'histoire du droit*, Paris, 1949.
- Villers, R. e Giffard, A. E., *Droit romain et ancien droit français. Les obligations*, Paris, 1958; Précis Dalloz.
- Viollet, P., *Histoire du droit civil français*, Paris, 3ª ed., 1905.

Alemanha e Áustria

96. Amira, K. von, *Grundriss des germanischen Rechts*, 4ª ed. org. Eckhardt, K. A., I: *Rechtsdenkmäler*; II: *Rechtssaltertümer*, Berlim, 1960-7; Grundriss der germanischen Philologie, 5, 1, 2.
- Baltl, H., *Österreichische Rechtsgeschichte. Von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Graz, 3ª ed., 1977.
- Brunner, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 2ª ed., 1906; II, ed. C. von Schwerin, 2ª ed., Munique e Berlim, 1928.
- Coing, H., *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, Munique, 2ª ed., 1972; *Europäisches Privatrecht*, I: *Alteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*; II: *19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, Munique, 1985-9.
- Conrad, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, I: *Frühzeit und Mittelalter*, 2ª ed., Karlsruhe, 1962; II: *Neuzeit bis 1806*, 1966.

- Flossmann, U., *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Viena e Nova York, 1983.
- Kauffmann, E., *Deutsches Recht. Die Grundlagen*, Berlim, Bielefeld, Munique, 1986.
- Kern, E., *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, Munique e Berlim, 1954.
- Köbler, G., *Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Munique, 1988;
- Rechtsgeschichte. Ein systematischer Grundriss der geschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, Munique, 2ª ed., 1978; Vahlen Studienreihe, Jura.
- Kroeschell, K., *Deutsche Rechtsgeschichte*, I: bis 1250; II: 1250-1650; III: seit 1650, Hamburgo e Opladen, 1972-89.
- Laufs, A., *Rechtentwicklungen in Deutschland*, Berlim, 3ª ed., 1984.
- Mitteis, H., *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, 14ª ed. por H. Lieberich, Berlim, 1976.
- Planitz, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, 3ª ed. org. K. A. Eckhardt, Colônia e Graz, 1971.
- Schlosser, H., *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, Heidelberg, 5ª ed., 1985; Uni-Taschenbücher, 882.
- Schroeder, R., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 7ª ed. por E. von Kunsberg, Berlim e Leipzig, 1932.
- Schwerin, C. von, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 4ª ed. por H. Thieme, Berlim e Munique, 1950.
- Stintzing, R. e Landsberg, E., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I; II; III, 1, 2, Munique, Leipzig, Berlim, 1880-1910.
- Thieme, H., *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, Colônia e Viena, 1986; 2 vols.; Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, 25/I, II.
- Wesenberg, G., *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, 4ª ed. org. G. Wesener, Colônia, Graz, Viena, 1985.

Bélgica e Holanda

97. Blécourt, A. S. de e Fischer, H. F. W. D., *Kort begrip van het oudvaderlands burgerlijk recht*, Groningen, 7ª ed., 1967; reimpressão da edição de 1959 com acréscimos de J. A. Ankum.

- Brink, H. van den, *The Charm of Legal History*, Amsterdam, 1974; *Studia amstelodamensia*, III; *Rechtsgeschiedenis bij wijze van inleiding*, Deventer, 1976.
- Britz, J., *Code de l'ancien droit, ou histoire de la jurisprudence et de la législation, suivie de l'exposé du droit civil des provinces belges*, Bruxelas, 1874; 2 vols., Mémoires Académie Royale des Sciences, 20.
- Cerutti, F. F. X., *Hoofdstukken uit de Nederlandse rechtsgeschiedenis*, Nijmegen, 1972.
- Defacqz, E., *Ancien droit belge ou précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le Code civil*, Bruxelas, 1846-73; 2 vols.
- Dekkers, R., *Bibliotheca belgica juridica. Een bibliografisch overzicht der rechtsgeleerdheid in de Nederlanden van de vroegste tijden af tot 1800*, Bruxelas, 1951; Verhandelingen Koninklijke Vlaamse Academie Wetenschappen. Klasse der letteren, XIII, 14.
- Feenstra, R., *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht. Inleidende hoofdstukken*, Leiden, 4ª ed., 1984.
- Gerbenzon, P. e Algra, N. E., *Voortgangh des rechttes*, Alphen aan de Rijn, 5ª ed., 1979.
- Godding, P., *Le droit privé dans les Pays-Bas meridionaux du 12^e au 18^e siècle*, Bruxelas, 1987; Académie Royale de Belgique. Classe de lettres.
- Goede, A. de, *Nederlandse rechtsgeschiedenis*, Leiden e Amsterdam, 1949-53; 2 vols.
- Heijden, E. J. J. van der, *Aantekeningen bij de geschiedenis van het oude vaderlandse recht*, 7ª ed. org. B. H. D. Hermesdorf, Nijmegen e Utrecht, 1965.
- Heijnsbergen, P. van., *Geschiedenis der rechtswetenschap in Nederland. Beknopt overzicht der geschiedenis onzer rechtswetenschap tot 1900*, Amsterdam, 1925.
- Hermesdorf, B. H. D., *Rechtsspiegel. Een rechtshistorische terugblik in de Lage Landen van het herfsttij*, Nijmegen, 1980, ed. P. J. Verdam.
- Kunst, A. J. M., *Historische ontwikkeling van het recht*, Zwolle, I, 2ª ed., 1969; II, 1968;
- Korte voorgeschiedenis van het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Zwolle, 1967; Uitgaven van het Molengraaf Instituut voor privaatrecht te Utrecht, I.

- Maes, L. T., *Recht heeft vele significantie. Rechtshistorische opstellen*, Bruxelas, 1979.
- Monté ver Loren, J. P. de, *Hoofdpijnen van de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, 5ª ed. por J. E. Spruit, Deventer, 1972.
- Pitlo, A., *Niet alleen artikel één. Een vleug notariële cultuurgeschiedenis*, Amsterdam, 1982; *Ars notariatus*, XXVI.
- Samenwinninge. Tien opstellen over rechtsgeschiedenis geschreven ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van het interuniversitair Instituut Nederlands Centrum voor rechtshistorische documentatie*, Zwolle, 1977.
- Smidt, J. T. de et al., *Compendium van de geschiedenis van het Nederlands privaatrecht*, Deventer, 3ª ed., 1977, em colaboração com R. Feenstra.
- Strubbe, E. I., *De luister van ons oude recht. Verzamelde rechtshistorische studies*, Bruxelas, 1973; Rijksuniversiteit Gent. Publikaties van de Faculteit der rechtsgeleerdheid, 5.
- Zeylemaker, J., *Geschiedenis van de wetenschap van het burgerlijk procesrecht (Praktijrecht) in Nederland van de aanvang tot 1813*, Amsterdam, 1952; *Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, IV, 1.

Itália

98. Bellomo, M., *Società ed istituzioni in Italia tra medioevo ed età moderna*, Catania, 4ª ed., 1987.
- Besta, E., *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Milão, 2ª ed., 1946.
- Leicht, P. S., *Storia del diritto italiano. Le fonti*, Milão, 3ª ed., 1947.
- Pertile, A., *Storia del diritto italiano della caduta dell'impero romano alla codificazione*, 2ª ed. org. P. del Giudice, Turim, 1896-1903; 7 vols.

Espanha

99. Broca, J. M. de, *Historia del derecho de Cataluña*, I, Barcelona, 1919; repr. 1985 como *Textos jurídics catalans. Escriptors VI*.

- Galto Fernandez, E., Alexandre Garcia, J. A. e Garcia Marin, J. M., *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madri, 3ª ed., 1967; 2 vols.
- Garcia-Gallo, A., *Manual de historia del derecho español*, Madri, 3ª ed., 1982.
- Gilbert, R., *Historia general del derecho español*, Granada, 1968.
- Lalinde Abadia, J., *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 3ª ed., 1983.
- Perez-Prendes, J. M., *Curso de historia del derecho español*, Madri, 1973.
- Tomas y Valiente, F., *Manual de historia del derecho español*, Madri, 3ª ed., 1981.
- Vance, J. T., *The Background of Hispanic-American Law. Legal Sources and Juridical Literature in Spain*, Washington, D. C., 1937.

Inglaterra

100. Baker, J. H., *An Introduction to English Legal History*, Londres, 3ª ed., 1990.
- Holdsworth, W. S., *History of English Law*, Londres, 1903-72; 17 vols., muitos reeditados, vols. XIV e XV por A. L. Goodhart e H. G. Hanbury, vol. XVII, índice geral.
- Plucknett, T. F. T., *A Concise History of the Common Law*, Londres, 5ª ed., 1956.

Bibliografias, dicionários e periódicos

101. *Bibliografie Nederlandse rechtsgeschiedenis*, Amsterdam, 1971-; Nederlands centrum voor rechtshistorische documentatie.
- Deutsches Rechtswörterbuch. Wörterbuch der älteren deutschen Rechtssprache*, ed. R. Schröder e E. von Künzberg, Weimar, 1914-.
- Gilissen, J. (org.), *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique*, Bruxelas, 1964-88.
- Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, ed. A. Erlert e E. Kaufmann, Berlim, 1964-.
- Hattum, M. van e Rooseboom, H., *Glossarium van oude Nederlandse rechtstermen*, Amsterdam, 1977.

- Lepointe, G. e Vandenbossche, A., *Éléments de bibliographie sur l'histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875)*, Paris, 1958.
- Planitz, H. e Buyken, T., *Bibliographie zur deutschen Rechtsgeschichte*, Frankfurt, 1952; 2 vols.
- Ragueau, F. e Laurière, E. de, *Glossaire du droit français*, 2ª ed. por L. Favre, Niort, 1882.
- Stallaert, K., *Glossarium van verouderde rechtstermen*, Leiden, 1886-93; 2 vols.; vol. III ed. por F. Debrabandere, Handzame, 1977.
- The American Journal of Legal History*, Filadélfia, 1957-.
- Annali di storia del diritto*, Milão, 1957-.
- Anuario de historia del derecho español*, Madri, 1924-.
- Bulletin de la commission royale des anciennes lois et ordonnances de Belgique. Handelingen van de koninklijke commissie voor de uitgave der oude wetten en verordeningen van België*, Bruxelas, 1848-.
- Bulletin of Medieval Canon Law*, Berkeley, 1971-.
- Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, Murcia, 1988-.
- Ius commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt, 1967-.
- Journal of Legal History*, Londres, 1980-.
- Law and History Review*, Ithaca, 1983-; Cornell Law School and American Society for Legal History.
- Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt, 1982-.
- Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, Paris, 1982-.
- Revue historique de droit français et étranger*, Paris, 1855-.
- Rivista di storia del diritto italiano*, Roma, 1928-.
- Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire du Droit. The Legal History Review*, Dordrecht e Antuérpia, 1918-.
- Verslagen en mededelingen van de vereniging tot uitgaaf der bronnen van het oudvaderlandse recht*, Utrecht, 1880-.
- Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, Viena, 1979-.
- Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, 1880-; *Romanistische Abteilung*, 1880-; *Kanonistische Abteilung*, 1911-; continuando o *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1861-78 e *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1815-50.