

JOHN GILISSEN

# INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO

*Francisco Paulo de C. Martins*

*Prefácio de*

J. Gilissen

*Tradução de*

A. M. Hespanha

e

L. M. Macaísta Malheiros

2.<sup>a</sup> edição



a) *Direito não escrito*

No momento em que se elabora e se fixa, o costume é, por essência, não escrito; nem sequer é oral, porque na sua fase de formação, não se enuncia. Não é senão a partir do momento em que o grupo social se deu conta da existência da regra jurídica consuetudinária que pode acontecer — mas não necessariamente — que seja expresso oralmente. Pode assim ser transmitido oralmente pelos mais velhos aos mais jovens membros do grupo; pode ser transmitido oralmente dum grupo a outro.

No direito actual na Europa, o costume, enquanto direito não escrito, opõe-se à lei que é um acto necessariamente escrito. No entanto, a noção de lei não implica *in se* o carácter de direito escrito; existem leis não escritas. Assim, algumas posturas urbanas foram promulgadas na Flandres no século XIII, e mesmo mais tarde, por simples proclamação, sem que tivesse havido uma redução a escrito das decisões da autoridade urbana; e bem assim, as promulgações verbais de algumas capitulares carolíngias <sup>(11)</sup>.

Por outro lado, o costume não permanece necessariamente um direito não escrito. Quando a existência dum costume está suficientemente estabelecida, os práticos terão tendência a reduzi-lo a escrito. Veremos que, nos séculos XIII e XIV, houve numerosas redacções privadas de costumes locais ou regionais. Nos séculos XV a XVII, as autoridades ordenam oficialmente a redacção dos costumes; o costume é assim transformado em lei.

b) *Direito introduzido pelos usos e pelos actos continuamente repetidos*

À primeira vista, esta condição parece simples e clara. Na realidade, definir o costume fazendo apelo à noção de «uso» não consegue senão deslocar a dificuldade.

O uso nasce da repetição de comportamentos humanos, isto é, de certas maneiras de agir num dado grupo social.

Nem todos os usos são costumes, mas todo o costume é, antes de mais, um uso <sup>(12)</sup>. A diferença reside sobretudo na força obrigatória do costume. Assim a moda, a maneira de se vestir, é um uso, mas este uso não é obrigatório; pelo contrário, vestir-se é uma obrigação sancionada <sup>(13)</sup>. O uso implica a continuidade de agir num dado sentido no seio do grupo social. Não é evidentemente exigido que o uso seja absolutamente constante e sem intermitências. Mas, para fazer nascer uma regra consuetudinária, é necessário que a repetição e a continuidade dos actos sejam voluntárias.

<sup>(11)</sup> Ver também os exemplos em direito africano, citados *supra*, p. 38.

<sup>(12)</sup> BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvoisis* (1283) (ed. Salmon, n.º 684, t. i, p. 347): «La difference qui est entre costume et usage, si est que toutes coutumes sont à tenir, mes il i a de reus usages que qui vourroit pledier encontre et mener dusques à jugement, li usages seroit de nulle valeur».

Cl. LIGER, *Coutumes d'Anjou et de Maine* (ed. Beautemps-Beaupré, p. 454 e 456, n.º 1200 e 1213): «Usaige est ung fait duquel est causée coustume par taisible consentement de peuple... Coustume et usaige different: car coustume est droit, mais usaige est fait».

<sup>(13)</sup> Mesmo nos direitos modernos, esta obrigação não é sancionada pela lei; mas o facto de se exhibir sem roupas pode dar lugar a perseguições do chefe por injúria pública aos bons costumes, isto é precisamente o que é considerado como contrário aos usos num determinado lugar e num dado tempo.

c) *Usos que se praticaram em público, abertamente*

É evidente que actos clandestinos, mesmo repetidos, não são susceptíveis de constituir um costume. Não se pode confundir, nesta ordem de coisas, actos clandestinos e actos ignorados; um uso que se revelou exteriormente tem, em princípio, toda a sua eficácia, mesmo que permaneça desconhecido de um ou outro membro do grupo social.

d) *Sem contradição da maioria do grupo social*

«Maioria»: pouco importa pois que alguns não o admitam. Mas não basta que uma categoria bem determinada do grupo social seja a única a admiti-lo <sup>(14)</sup>. A «maioria», constituída pela metade, e mais um, dos membros dum grupo social, é uma noção pouco difundida na Idade Média; só se imporá no decurso dos tempos modernos. De facto, o que é necessário para que um costume seja admitido, é que a grande maioria, isto é, a quase unanimidade do grupo social, o admita. O consentimento tácito do povo é aliás considerado, na Idade Média e nos tempos modernos, tal como no direito romano, como a justificação da força obrigatória do costume <sup>(15)</sup>.

e) *O tempo necessário para o tornar obrigatório*

Wielant põe a tónica na necessidade duma longa duração: o costume apenas existe se o povo se serviu dele durante o tempo necessário para atingir a prescrição. O que Wielant visa falando da prescrição, é que é necessário que o costume tenha sido aplicado durante um tempo suficientemente longo para que a sua existência não possa ser posta em dúvida. A duração desse «tempo necessário» é uma questão de facto. Determinado costume, resultante de um uso frequentemente repetido, poderá ser considerado como estabelecido depois de alguns anos, ou mesmo alguns meses ou alguns dias; um outro costume, relativo a factos que não se reproduzem senão raramente (por exemplo, as regras relativas à sucessão ao trono), não será considerado como estabelecido senão depois de vários séculos.

Na Baixa Idade Média, exigia-se em geral que o costume fosse imemorial, isto é, que ninguém se lembrasse da existência de um costume contrário <sup>(16)</sup>. No entanto, no fim da Idade Média, na época da recepção do direito romano, admitiram-se por vezes alguns prazos precisos de prescrição, conforme o costume fosse ou não conforme ao direito romano:

<sup>(14)</sup> Assim, para tomar um exemplo moderno, os honorários dos arquitectos são geralmente fixados a 5% do custo dos trabalhos, na falta de convenção contrária: é um costume admitido pelos tribunais; pelo contrário, a jurisprudência recusa o carácter de uso dos métodos de cálculo elaborados unilateralmente por uma ou outra associação profissional de arquitectos.

<sup>(15)</sup> ULPIANO, *Regulae*, I, 4: *Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inverteratus.*

<sup>(16)</sup> BEAUMANOIR, *op. cit.*, n.º 683 (II, 346): «Coustume... maintenue de si lonc tans comme il puet souvenir à homme...». Em Inglaterra, o *common law* que o juiz considerou declarado, é o costume imemorial do reino; admite-se todavia um limite ao *time of memory*: 1189, data da elevação de Ricardo Coração de Leão (*supra*).

- costume contrário ao direito romano (*contra ius*): 30 ou 40 anos;
- costume desconhecido no direito romano (*praeter ius*): 10 ou 20 anos;
- costume conforme ao direito romano: 5 ou 10 anos <sup>(17)</sup>.

f) *O costume deve ser razoável*

Quando é que se pode dizer que um costume é razoável, isto é, que é conforme à razão? Esta questão não pode encontrar resposta senão recorrendo à razão universal. De facto, o termo «razoável» deve ser compreendido no sentido que lhe dão a autoridade e os juristas em cada época da História. Diz-se, actualmente, que o costume não pode ser contrário à «ordem pública»; assim, no Zaire, quando era colónia belga, os juízes não podiam aplicar os costumes indígenas contrários à «ordem pública internacional». Na Baixa Idade Média, uma regra consuetudinária será considerada como «má» ou «sem razão» (*abominabilis, corruptela*) desde o momento em que aparece como contrária ao interesse geral. Desde o século XII, e sobretudo a partir do século XIII, o rei de França, os condes e duques dos principados pretendem ter o direito de revogar os «maus costumes», porque são contrários à razão <sup>(18)</sup>. De facto, praticaram-no bastante raramente, enquanto por outro lado prometeram muitas vezes respeitar os «bons costumes» <sup>(19)</sup>. Philippe Wielant, na sua *Practijke Civile*, considera «como maus os costumes que são ou causa de pecado, ou causa de mau exemplo, ou introduzidos por maus hábitos; esses costumes não se prescrevem»; é necessário «matá-los» diz Wielant, porque «corruptele» (v. documento n.º 1, p. 282).

g) Em resumo, o costume enquanto fonte do direito na Idade Média, apresentava qualidades, ao lado de numerosos inconvenientes. Entre as qualidades, podem citar-se as seguintes:

- é espontâneo, contrariamente ao que acontece com a lei que é obra da vontade da autoridade legislativa; não se faz o costume, ele faz-se por si próprio;
- evolui constantemente; adapta-se sem cessar ao meio social, a cujas necessidades responde; tal é consequência de não estar fixado num texto; é a fonte de direito mais flexível;

<sup>(17)</sup> J. BOUTELLIER, *Somme rural*, I, II, (p. 6): «Coustume maintenue par le terme de dix ans vault, si elle est consonante au droit escript».

<sup>(18)</sup> Exemplos: em Tournai, o rei de França Louis IX anula em 1267 a consuetudo que dicenda est potius corruptela, autorizando um assassino fugitivo ou desterrado a resgatar o seu direito de burguesia mediante quatro libras, contanto que se renha reconciliado com os pais do morto (L. VERRIEST, *Coutumes... Tournai*, t. I, p. 144); o conde de Hainaut, Guillaume da Baviera, editou em 1410 duas *ordonnances* tendentes a reformar vários costumes «muito contra razão e justiça»; fá-lo a pedido dos Estados do Hainaut que lhe pedem que destrua «tais maus costumes e usos, e neste lugar reponha e constitua bons e razoáveis termos, leis e usos» (CH. FAIDER, *Coutumes... Hainaut*, t. I, p. 80 e 88). Cf. F. OLIVIER-MARTIN, «Le Roi de France et les mauvaises coutumes au moyen âge», *Zeits. Sav. — Stiff... Germ. Abt.*, t. 58, 1938, p. 108-137; J. GILISSEN, «Loi et Coutume. Quelques aspects de l'interpénétration des sources du droit dans l'ancien droit belge», *Tijdschr. Rechtsgesch.*, t. 21, 1953, p. 257-296.

<sup>(19)</sup> Foi o que fizeram os condes e duques dos principados belgas no juramento que prestaram no momento da sua inauguração, a partir do século XIV.

— elabora-se lentamente: é necessário um certo tempo para que seja aceite;  
 — é conservador, sem no entanto perder a sua capacidade de adaptação. Esta  
 qualidade diferencia-o da lei que é má conservadora.

Mas o costume é:

— instável, em consequência mesmo da sua evolução constante; está em perpétuo devir;  
 — incerto: este é o seu principal defeito; daí resulta uma real insegurança jurídica;  
 daí, a necessidade de provar o costume em caso de contestação, e finalmente a  
 necessidade de o reduzir a escrito; este problema é estudado em detalhe a seguir.  
 — variável no tempo; evoluindo constantemente, adaptando-se às necessidades  
 flutuantes do grupo social, muda duma época para a outra; a sua duração de  
 aplicabilidade é sempre incerta.

h) Chamava-se *estilo* (latim: *stylus*, maneira de escrever) aos costumes em matéria de processo. Cada instância, cada tribunal tinha o seu estilo que compreendia o conjunto das regras que era de uso seguir para recorrer à jurisdição, e aí intentar a acção e obter uma decisão judicial; como diz Boutillier, os estilos são os usos bem conhecidos daqueles que vêm habitualmente à jurisdição: juízes, queixosos, partes, etc. <sup>(20)</sup>

## 2. Geografia dos costumes

Na época germânica e, em larga medida, ainda na época franca, os costumes são étnicos: cada povo germânico tem o seu próprio costume, por exemplo o dos Francos, dos Burgúndios, dos Alamanos, dos Bávaros, etc. O costume considera-se pessoal.

A partir dos séculos X-XII, os costumes tornaram-se territoriais, no sentido de que cada costume se aplica a todos os habitantes (com poucas excepções) dum dado território. Chama-se «*détroit*» (*districtus*) ao território no qual se aplica um dado costume. Esses distritos foram geralmente fixados nos séculos XII e XIII e já não mudaram até ao século XVIII, ressalvados os esforços de unificação. O distrito confundia-se muitas vezes com o âmbito duma jurisdição.

Num mesmo território, no entanto, podiam coexistir vários costumes, aplicando-se a grupos sociais diferentes, sobretudo a classes sociais diferentes; por exemplo, numa mesma cidade: costumes dos nobres ou costumes feudais, costumes dos burgueses, costumes dos vilãos.

Havia, na Baixa Idade Média e na Época Moderna, um número muito elevado de regiões consuetudinárias diferentes, isto é, territórios possuindo um costume próprio. Para a Europa Ocidental e Central, pode avaliar-se o seu número em vários milhares.

<sup>(20)</sup> J. BOUTILLIER, *Somme rural*, I, II (ed. 1603, p. 7): «Stille est une chose en Cour tellement reiglée et stillée et de si long temps que nul des frequentans d'icelle Cour ne le rameine en doute».