

mentos, a *Tradição* e a *palavra dos Apostolos* não podia ter uma individualidade definida, autonómica. Durante esse período elle limitou-se a modificar o velho direito dos romanos, adaptando esse direito aos ideaes e usos da Igreja.

Pouco a pouco, porém, o Direito Canonico se foi afirmando como entidade jurídica, dotada de vida própria. Vieram os primeiros concilios ecumenicos ou geraes (1) e em seguida todas as outras fontes que lhe constituíram afinal o todo.

Este todo ou, por outras palavras, o *Corpus Juris Canonici*, veio a surgir muitos seculos depois, já no declínio da idade média. Mas isto como compilação ou como código, porque de facto e sem organização exterior existia elle desde muito.

Eis a serie de collecções, que na opinião geral e corrente compõem dito *Corpus Juris*:

a) O *Decretum* ou *Decreta* de Gratianus, monge e professor de Direito Canonico no mosteiro de S. Felix em Bolonha,—obra que teve o sub-titulo de *Discordantium Canonum Concordantia* e cuja data é geralmente collocada entre os annos 1141 e 1155, fixando-a muitos autores em 1151. Esta compilação procurou suas fontes e foi buscar os seus materiaes, quer na Escripura Sagrada e nas collecções anteriores (como as do abbade Reginon e dos bispos Burchard e Yves) quer nos decretos dos concilios geraes e particulares, nas decretaes authenticas ou suppostas, dos papas; nos canones dos apóstolos, mesmo os apocryphos; nas opiniões dos padres da Igreja, nas *Capitulares* e no proprio direito romano.

(1) A *Novella* 131, de Justiniano, decretou: *Sancimus igitur vicem legum obtinere, sanctas ecclesiasticas regulas, quæ a sanctis quatuor concilii expositæ sunt aut firmatæ.*

b) As *Decretaes*, de Gregorio IX, colleccionadas pelo dominicano catalão Don Raymundo de Penaforte e mandadas publicar por aquelle pontifice. Este trabalho, que aliás não comprehendeu só decretaes, como o seu titulo podia fazer crer, foi dividido em 5 livros adoptando a classificação de materias que o *Breviario* de Bernardo de Pavia tornara conhecida e resumira neste hexametro: *judex, iudicium, clerus, connubia, crimen.*

c) O *Liber Sextus Decretalium*, ou *Decretaes* de Bonifacio VIII, isto é, mandadas publicar por este papa,—compilação que foi feita por tres bispos, sendo tambem dividida em 5 livros.

d) As *Clementinas* ou *Libri Clementinarum*, mandadas organizar por Clemente V, mas somente publicadas sob um dos seus successores, ainda com uma divisão em 5 livros, comprehendendo estes 52 titulos. (1)

Chegados a este ponto podemos fazer uma idéa das culminancias jurídicas a que attingiram os nossos maiores, preparando o advento da civilização actual.

Mas esta, no ponto de vista do Direito, é a fusão de todos esses elementos, de todas essas elaborações parciaes que temos vindo estudando.

(1) Ginoulhiae diz á pag. 567 de sua obra: «Cette dernière collection (as *Extravagantes communes*) avec les trois recueils officiels de Gregoire 9.^o, de Boniface 8.^o et de Clement 5.^o, plus le Concile de Trente, forment l'ensemble du *Corpus Juris Canonici*.»

Não nos parece perfeito este quadro; preferimos o que deixamos traçado, inda que saibamos considerarem muitos autores como componentes do Corpo de Direito Canonico as Constituições ou Decretaes de João 22 em 1325 e mesmo as dos pontifices seguintes até Sixto 4.^o Fundamo-nos em o facto de não terem, geralmente, autoridade as Extravagantes de João 22 e as *Communes*. Quanto ao *Bularium*, isto é, ás Decretaes que vieram de Sixto 5.^o por deante, não é preciso dizer que estão fóra de questão, isto é que não tem valor canonico reconhecido.

Cumpre-nos, pois, determinar mais ou menos o logar e a epocha em que se deram a confluencia e imixtão das correntes diversas que, em tempos idos, regaram o terreno da vida em commum cimentando a coexistencia civil por uma continua erosão do arbitrio individual e pelas fortes reprezas do interesse collectivo e do principio da autoridade.

Dada a invasão do mundo romano e a consequente queda da capital do Occidente, os barbaros occuparam e dominaram a maior e melhor parte da Europa, implantando por toda parte os seus costumes e leis. Como oceano a que se oppõe um caes ou dique immenso, a civilização romana recuou, desfazendo-se em espuma, e refluida para o oriente quedou-se estagnada, roendo medrosamente o granito que a impedia de extravasar. «Nel-l'epoca barbarica, diz Carlo Calisse, non prevalgono più le fonti di diritto romano, ma dominano in loco vece quelle germaniche; l'elemento barbarico vincitore regge la società.»

Não é que desconheçamos a existencia das colleções de leis romano-barbaras que logo após a invasão foram organisadas em alguns pontos da Europa e que vigoraram muitos seculos, mantendo a tradição juridica do povo-rei atravez de toda a idade media. Sabemos, por exemplo, que o *Edicto de Theodorico* (lei romana dos ostrogodos promulgada provavelmente no começo do seculo 6.º), o *Liber responsorum* ou *Responsum Papiani* (lei romana dos Burguinhões, lei *gondebada* ou lei *gombetta*, quasi contemporanea da anterior) e o *Corpus Legum* ou *Breviario de Alarico* (lei romana dos Wisigodos, mandada fazer por Alarico 2.º, tambem chamada *Breviario de Aniano*— nome do seu referendario, e provavelmente pouco posterior ás duas primeiras) foram compilações

romanas no fundo e na forma, attestadoras da vigencia do direito antigo em face da avalanche dos invasores. Não ignoramos tambem que é hoje these defendida pela quasi totalidade dos juristas a persistencia do direito romano durante a elaboração e predominio das instituições fundadas pelos barbaros; ahi estão de resto as pesquisas historicas de Savigny para demonstrarem-n'o.

Mas o que se não pode negar é que o direito germanico dominou e predominou sobre o romano durante seis ou sete largos seculos da idade media. Quem figurar mentalmente um mappa ethnographico-juridico da Europa depois da queda de Roma, principalmente no periodo que vae do seculo 6.º ao seculo 12.º, verá que dizemos a verdade. A parte sul e centro-oeste do continente apresenta a esse tempo uma physionomia complicada onde os direitos romano e germano se acostam e se cruzam. E' ahi que vamos encontrar os paizes de *direito escripto* e os de *costume*, predominando em todo caso os *costumes* dos povos vencedores. Na parte norte e oriental do continente, porem, e nas ilhas, fere-nos a vista o espectáculo da dominação soberana do direito barbarico. Basta notar as legislações da Scandinavia, de Flandres, da Helvecia allemã, das provincias russas do Baltico, dos saxões da Transylvania, etc. E si naquella primeira região o direito propriamente civil ou privado dos germanos poude ser, e foi realmente, modificado intensivamente e extensivamente; é fóra de duvida que lá mesmo aconteceu o contrario com o direito publico, em cujo departamento as velhas instituições romanas foram avassalladas de modo absoluto e total.

Entretanto a esse tempo e em meio da babel politico-social em que se davam esses factos o direito canonico abria caminho e se impunha quer ás populações roma-

nas, quer ás barbáras; quer aos individuos e povos, quer aos reis e Estados. Elle se constituia, por assim dizer, o traço de união entre a antiga e a nova era, ora conformando-se, ora oppondo-se á regra da *personalidade das leis* (1), do *estatuto pessoal*, como diríamos nós em linguagem moderna, e em todo caso adaptando-se habilmente ás instituições germanicas.

O rei Clovis, depois do baptismo a que o levava o triumpho obtido na batalha de Tolbiac, e o imperador Carlos Magno, após as batalhas ganhas e conquistas feitas entre seus numerosos inimigos, fortificaram cada vez mais o ascendente da Egreja. Esta mantinha e alargava sempre sua jurisdição sobre todos os negocios referentes a cousas que se relacionavam com a religião, e quando começou a funcionar o mechanismo judiciario das *Capitulares*, os bispos tomaram parte na administração civil, na qualidade de *missi dominici*—magistrados que tinham auctoridade e inspecção sobre todas as cousas e pessoas. « Les évêques faisaient partie de ces assemblées, de ces *placita*, mi-partie laïques et ecclesiastiques, d'où émanaient les *Capitulaires*, et dès lors, on ne doit pas s'étonner si l'on trouve dans les *Capitulaires* un si grand nombre d'articles se référant au Droit purement ecclesiastique, aux devoirs des évêques, aux règles á observer par les cleres, par les religieux, par les chanoines. Plusieurs dispositions des *Capitulaires* ne sont, d'ailleurs, antre chose que la reproduction des Canons des Conciles

(1) Dicendo *personalità della legge* od anche *legge o diritto personale*, s'intende significare quel principio juridico pel quale ogni persona, anziché essere sottoposta al diritto proprio del paese nel quale si trova a vivere, é retta da un diritto suo proprio, che la segue per ogni dove, e che é per lo piú quello della nazione a cui appartiene, o quello che, per eccezione, assume per una sua particolare qualità. (*Storia del Diritto Italiano*, di Carlo Calisse; vol. 1.º; pag. 43.)

ou des Synodes ecclesiastiques en vigueur dans l'empire franc... Les évêques remplissaient les hautes charges de l'Etat et ce furent les archevêques ou évêques, concurremment avec des fonctionnaires laïques, des comtes, qui furent investis des fonctions si importantes de *missi dominici*.» (1)

Este estado de cousas, que nos apparece tão nitido no periodo carlovingio da dominação germanica, mantem-se com pequenas modificações durante os periodos subsequentes: o feudal e costumeiro. Em synthese é este o drama exhibido então pela Historia:—Povos germanos dominando as populações romanas pelo numero e pelas instituições do seu Direito Publico, mas permittindo a taes populações, nas relações privadas, o uso e gozo do seu direito originario; e o Direito Canonico avultando e planando sobre os dois direitos de base ethnica, pela sua velha incorporação ao primeiro e pela sua habil adaptação ao segundo.

Já daqui se vê que as tres correntes juridicas continuamente emparelhadas e muitas vezes cruzadas não podiam deixar de vir um dia a confluir e combinar-se, desaguando afinal por um grande estuario no mar largo de uma doutrina superior e homogenea.

Mas qual seria o sitio historico da confluencia alludida,—o ponto de convergencia e immixtão daquelles caudalosos veios, formadores da potamographia juridica medieval?

A nosso ver houve realmente uma epocha em que accentuou-se de modo notavel o phenomeno de que se trata, e essa epocha foi a comprehendida entre os seculos 12 e 13—seculos fecundissimos para a sciencia e a pra-

(1) C. Ginoulhiac: — *Histoire Générale du Droit Français* pag. 283.

tica dos direitos vigentes. E' no seculo 12 que o direito justiniano renasce e principia a ser ensinado nas escolas ou universidades a par do Direito Canonico; é no seculo 13 que começam a avultar os celebres *costumeiros* onde apparecem combinados os tres elementos juridicos que dominavam até então as sociedades européas.

O primeiro desses dois seculos não lembra só a Escola de Bolonha e as *glosas* de Irnerius e seus discipulos; lembra tambem o *Decretum Gratiani*, que, como o direito romano classico, teve *glosas*, commentos e cultores especiaes na Italia e em França, sendo, no dizer de Calisse, *paragonato al Digesto del quale aveva imitato l'ordine esteriore*.

Por sua vez o seculo seguinte lembra não só os *costumeiros*, como o notabilissimo trabalho de Durand, o *Speculum Juris*, que Ginoulhiac considera um *traité tout à la fois de Droit Romain et de Droit Canonique*.

A funcção historica da inolvidavel Escola de Bolonha é conhecidissima, pois que foi nella que surgiram os primeiros signaes do renascimento juridico com a exposição e o commentario da codificação justiniana. Nessa Universidade que pretendia fazer remontar sua fundação a Theodorico II no seculo 5.º e que «se compunha de estudantes que elegiam chefes a que estavam sujeitos os proprios professores» (1) foi com effeito que Irnerius ou Warnerius, primitivamente professor de bellas-lettras, iniciou o ensino do direito romano,—direito que principiara a estudar com o fim unico de achar a significação da palavra *as*, necessaria ás suas prelecções de belletristica. E é cousa incontroversa que o curso juridico de Ir-

(1) *Vid.* a respeito da interessante organização desta e de outras Universidades, Cesar Cantu, *Hist. Univ. reformada, accrescentada e ampliada por Antonio Ennes*; vol. 9.º pags 361 e seguintes.

nerius, e bem assim os dos seus discipulos immediatos como Bulgaro, Martinho, Jacob e Hugo, foram realizados no correr do seculo 12. Esses cursos que se faziam por meio das *summa*, dos *casus*, dos *brocarda*, das *questiones* e das *glossa*, versavam principalmente sobre o *Digesto*, as *Institutas*, as *Novellas*, uma parte do *Codigo* e o *Epitome* de Julianus. Mas os professores bolonhezes—e este é o ponto importante, capital, para nossa these—não limitavam a esse quadro as suas indagações e explicações juridicas; levavam-n'as com igual fervor e com o mesmo methodo ao direito feudal e longobardo (*lombarda vulgata*) ás leis imperiaes, aos livros canonicos e aos estatutos das cidades. Este facto que se pode verificar em quasi todos os historiadores é corroborado pelo autor da *Storia del Diritto Italiano* nos termos seguintes: «Tutte queste fonti enumerate, le istituzioni, le pandette, il codice, le novelle, componevano il *corpus juris*, ed era in esse compresa tutta la *legalis sapientia* di quel tempo, *se vi si aggiungano la lombarda, i libri dei feudi e quelli di diritto canonico.*» (1)

Nota-se, portanto, aqui, na sciencia e no ensino dos glossadores, a alliança theorica, doutrinal, das tres correntes juridicas a que nos temos referido.

Não menos curiosa que esta, é a circumstancia, a que já ligeiramente alludimos, de ser o *Decretum Gratiani* contemporaneo dos trabalhos dos primeiros romanistas de Bolonha. Si procurarmos a data daquelle ensaio de codificação canonica, veremos que ella é geralmente collocada entre 1141 e 1155, fixando-a alguns autores precisamente em 1147 e outros em 1151. Por outro lado

(1) *Vid.* C. Calisse, ob. cit; 1.º vol. pag 231, e C. Cantu; ob. e vol. cit. pag. 376.

está averiguado que o monge Graciano viveu em Bolonha ao tempo em que o glossador Jacob illuminava com suas lições a cathedra da Universidade.

Nem fica simplesmente nisto a aproximação dos dois direitos. Já deixámos consignado de accordo com Calisse que o *Decretum* imitara o Digesto na sua «ordem exterior», isto é, no modo de dividir e classificar o seu conteúdo; também dissemos que elle fôra objecto de prelecções, commentos e *glossas*. Resta-nos porem acrescentar que elle foi explicado e ensinado em Bolonha, na Universidade respectiva e ao mesmo tempo que o *Corpus Juris Civilis*, não só pelo proprio Graciano como por seu discipulo Bellapecora.

«De même que le corps du Droit de Justinien servait de texte aux legistes ou professeurs de Droit romain, le *Decret* de Gratien, plus commode et plus complet que les recueils antérieurs, servit de texte aux professeurs de Droit Canonique»—diz Ginoulhiac.

Esta alliança dos dois direitos estava, aliás, nas necessidades e tendencias da epocha, pois que não era só em Bolonha que ella se verificava por intermedio do ensino universitario. As universidades francezas de Paris, Montpellier, Orleans, Toulouse, Grenoble, Bourges, Cahors e Cahen; as italianas de Padua, de Napoles, etc; todas offereciam o mesmo espectáculo do ensino e propaganda dos direitos romano e canonico. Foram os papas e seus delegados que crearam ou confirmaram taes universidades, especialmente as francezas, dando-lhes assim uma origem ao mesmo tempo leiga e ecclesiastica. Só no seculo 13º, quando já era impossivel oppor barreiras ao movimento de integeação iniciado, foi que o papa Honorio 3º. tendo verificado que nas Universidades o estudo da Theologia e do Direito Cano-

nico era abandonado pelo do Direito Romano, fez baixar uma *Decretal* (1219) prohibindo o ensino do Direito Romano na Universidade de Paris e mesmo nas de toda a França (1).

A prohibição, porem, como era de esperar, não entrou a marcha do romanismo, por sua vez invasor e victorioso, que amalgamava os elementos juridicos vigentes, procurando uma synthese final, uma formula definitiva do direito humano. E a faina encetada continuou. Nos *costumeiros* da epocha e nos do seculo seguinte vamos encontrar a fusão legal dos elementos que a doutrina agitava e misturava então. O antigo reino dos francos é o theatro desse acontecimento.

«Os *costumeiros* não são, como os *costumes*, uma redacção por escripta official do direito em uso; são obras compostas por praticos, nas quaes recolhem-se os usos de cada provincia relativos ao Direito Civil e Criminal e algumas regras de direito publico, de maneira a abraçar em uma ordem mais ou menos methodica, o direito em vigor, no seu conjuncto.»

E' esta a noção que nos fornece a respeito o illustre professor da Faculdade de Toulouse, cuja obra temos continuamente citado. E' delle ainda esta affirmação importantissima: «Não é somente o direito germanico ou o direito romano, o direito feudal ou canonico que se encontra nos *Costumeiros*; é o direito francez no seu desabrochar. Effectua-se ahi este trabalho de fusão e de

(1) Eis como o *Costumeiro* intitulado *Le livre de justice et de plet* dá conta da prohibição de Honorio 3º: «*Por ce que en France, et au moult de leus n'use l'on pas des lois de Rome, et poi trove la cause que par droit de costume et de decrez ne puisse estre determinée, por ce deffendit li pape Honiores et li rois de France que celes lois ne soient leues à Paris, ne iqui environ; et qui encontre ce fera, ne soit pas oiz en cause, et soit escomuniez.* (Apud Ginoulhiac, *Hist. Gener. du Droit Français*, pag. 560).

elaboração de onde deveria sahir o nosso direito nacional.»

Nenhumas outras palavras poderiam confirmar de modo mais decisivo a nossa these, que se torna de uma absoluta evidencia quando se examinam de perto os principaes daquelles trabalhos juridicos, aliás executados por homens de valor, como os conselheiros Fointaines e Beaumanoir, os advogados Bouteiller e Desmares, e outros. Não sendo possivel nem necessario aqui entrar em tal exame, contentamo-nos com a indicação dos mais importantes *costumeiros* do seculo 13. São elles: *Guido, Le Livre de la reyne Blanche, Etablissements de Saint Louis*, (1) *Coutumes de Beauvoisis, Anciens usages d'Artois* e *Li livres de jostice et de plet*. Em todos estes curiosos documentos é patente aquelle «trabalho de fusão e de elaboração», de que falla Ginoulhiac. Analysando-se o ultimo, por exemplo, composto provavelmente em 1260 por autor desconhecido, verifica-se que o seu texto é formado de «Direito romano e de Direito canonico traduzidos, (*on pourrait presque dire travestis*, observa neste ponto o autor citado), de Direito costumeiro, de estabelecimentos ou de ordenações do rei e de julgamentos da corte.»

(1) Os *Estabelecimentos de S. Luiz* foram de todas as obras congeneres a que gozou de maior autoridade, em França. Tendo como fontes os direitos romano e canonico e contendo larga exposição do direito feudal e costumeiro, patrocinada, além disso, pelo nome do grande rei, ella sobrepuzou as outras em prestigio. Demais, os *Estabelecimentos* não são exclusivamente um *costumeiro*. Já Montesquieu, no seu *Esprit des lois* o havia notado, dizendo: *il est clair que celui qui fit cet ouvrage compila les Coutumes du pays avec les lois et les Etablissements de Saint Louis*.

Ha, pois, a distinguir nesta especie de codigo duas partes ou secções capitais: a dos *Estabelecimentos*, que occupa o primeiro logar, e a do *Costumeiro*, que vem depois.

Esta tendencia de assimilação, de alliança intima dos direitos vigorantes na idade media, revela-se tambem, de maneira notavel, na celebre obra, a que alludimos acima, do jurista-theologo Guillaume Durand, a qual tem o titulo de *Speculum Juris* e a data presumivel de 1270.

O *Speculum*, considerado por Savigny uma das fontes mais importantes da historia dogmatica do Direito, é um grande e fecundo trabalho, dividido em quatro livros e subdividido em *partes, titulos e rubricas*, no qual o Direito romano e o canonico são expostos combinadamente, servindo de fontes para aquelle as admitidas pelos glossadores, e para este as Decretaes de Gregorio 9º.

Attingido este pouso na viagem que empreendemos atravez de povos e de instituições, isto é, feita a constatação dos factos que ahi ficam apontados, não nos é possivel deixar de concluir pela affirmacão que ligeiramente enunciamos ha pouco e que se resume no seguinte:

Houve realmente uma epocha em que as tres correntes juridicas, romana, germanica e canonica, confluíram e combinaram-se, para formar o candaloso rio de que emergiu mais tarde o Direito das nações modernas. Essa epocha, isto é, o sitio historico do grandioso phenomeno foi o periodo medieval marcado, primeiro pela phase brilhante das Universidades echoantes á voz eloquente de Irnerius, de Gratianus e de seus continuadores; depois pela confecção dos *costumeiros* e das demais obras juridicas inspiradas nas necessidades do tempo. Importa isto dizer que os seculos 12 e 13 foram o ponto de convergencia e de intercessão das grandes linhas do Direito occidental, traçadas pelo genio dos

romanos e germanos bem como pela admiravel aptidão constructora, pelo enorme talento de systematisação, da Igreja Catholica.

E' este, pelo menos, o nosso modo de interpretar a Historia nos seus departamentos legislativos, na sua luminosa estação juridica. Aqui como em tudo mais a Edade media apparece-nos um cadinho immenso onde se apuram e depuram as grandes barras do metal precioso em que se veio a fundir a civilisação hodierna.

CAPITULO II

Direito Portuguez: Historia genetica até a epocha dos foraes

Quando se faz a historia, seja politica, religiosa, litteraria ou juridica, de um povo ou de uma nacionalidade, o problema ethnographico surge em primeiro plano e impõe-se irrecusavelmente. Não se comprehende o drama sem o palco e o actor; assim tambem não se comprehende a historia sem o *meio* e o homem, sem o *habitat* e a raça.

Por esta razão não ha historiographo que, occupando-se de uma dada civilisação e das instituições respectivas, deixe de remontar-se aos factores ethnicos do phenomeno social sujeito ao seu estudo. Queremos dizer com isto que para apanhar, no seu espirito, o conjuncto do primitivo direito portuguez, do qual o nosso é uma prolação ou um desdobramento, precisamos partir de mais longe do que a epocha da fundação da monarchia que D. Affonso Henriques accrescentou ás da Europa coeva com a celebrada victoria do campo de Ourique.

Não é nosso intento, porem, entrar franca e largamente pela pre-historia da peninsula iberica ressusitando lendas e revolvendo empoeiradas tradições longinquas, relativas aos primeiros habitadores do solo