

O Direito Romano nos Codigos da Europa

Eu disse no artigo, sob a epigraphe «Importancia da Legislação Comparada», publicado na *Revista* do anno passado, que, apezar da influencia dos direitos germanico e canonico, com os quaes se fundira, tal era a superioridade do direito romano e tal foi o aperfeiçoamento que lhe imprimiram as Universidades e os Glossadores, que elle dominou quasi exclusivamente na Italia, na Hespanha, em Portugal e até na Romania e na Grecia.

E accrescentei: *Si não dominou quasi exclusivamente, forneceu, em todo caso, a maior parte das normas de que se compõem os Codigos da França, Austria, Hollanda, Belgica, Suissa e Allemanha.*

Eu sei que não diz assim Clovis. (1)

(1) Resumo das Lic. de Leg. Comp.

Clovis tambem acha, com Glasson, que se podem classificar as legislações civis dos principaes povos da Europa em tres grupos: «o primeiro comprehende as legislações que conservaram seu direito nacional, onde as infiltrações romanas e canonicas são quasi nullas.

Nelle se incluem as leis de Inglaterra, Escandinavia, Russia, Estados Unidos da America do Norte.

O segundo grupo abrange as legislações que assimilaram o direito romano de um modo mais ou menos radical e cujos Codigos actuaes apresentam o direito romano saturado de alguns elementos germanicos e adaptações canonicas. Fazem parte delle as leis de Hespanha, de Portugal, da Italia e da Romania.

O terceiro grupo, porem, é formado daquelles direitos em que os elementos germanico e romano, influenciados ambos pelo canonico, se conservaram distinctos, marchando lado a lado, *para se fundirem mais tarde por quantidades quasi eguaes.*

Isto se verificou na França e na Allemanha, de onde se transmittiu para a Belgica, Hollanda e Suissa.»

Portanto, das palavras de Clovis parece que em nenhuma dessas legislações, o direito romano, em fusão com o germanico, concorreu para os Codigos com a maior parte das normas, limitando-se a fornecer simplesmente uma quantidade quasi igual.

Mas, eu penso que este ponto não foi apurado pelo illustrado mestre e por isso venho expender as razões em que me fundei para dizer aquillo.

Antes do mais convem ponderar que Glasson

(2) nada refere sobre a quantidade com que cada uma das duas importantes correntes jurídicas contribuiu para a fusão.

São estes os termos de que usa o professor de Paris :

«On peut ramener les législations des principaux pays de l'Europe à trois groupes principaux :

Les unes ont gardé leur caractère national, fondé le plus souvent sur le droit barbare, modifié par les coutumes ; les autres ont conservé ou adopté, comme base du droit civil, la législation romaine, dont l'esprit a passé dans leurs Codes actuels ; dans d'autres, enfin, *l'element romain s'est juxtaposé à l'element barbare ou coutumier pour se fusioner ensuite avec lui.*»

Nada mais.

E só pelo facto de se haver, nestas ultimas, o elemento romano juxtaposto ao elemento barbaro para se fundir em seguida com elle, não se fica autorizado a pensar que aquelle tivesse entrado para o conjuncto com uma quantidade quasi igual de normas.

Ora, quanto ao Codigno Allemão temos a opinião de Dernburg, (3) professor da Universidade de Berlim, cujas palavras eu já citei, mas reproduzo porque são muito importantes para o caso.

«Di tre parti costitutive principali consta il diritto comune: in primo luogo del diritto romano, come trovati fissato nel Corpus Juris del Imperatore Giustiniano; in secondo luogo dei principii del diritto canonico; ed in terzo

(2) Le Mariage Civil et le Divorce.

(3) Pandette. Trad. Cicala.

luogo delle consuetudini e leggi di origine germanica.

Fra queste tre parti costitutive il diritto romano prende il primo posto.

Il maggior numero delle norme del diritto comune é de origine romana.»

E isto, da parte do jurista tedesco, que é ao mesmo tempo profundo romanista, parece decisivo.

Mas, Dernburg não está isolado.

Rudolph Sohn, (4) professor egualmente em Leipsig, depois de dar-nos conta da introdução do direito romano na Allemanha, (seculo XVI) onde a Jurisprudencia, na phrase delle, *kam; sah und siegte*, isto é, chegou, viu e venceu, Rudolph Sohn asserta, falando do novo Codigo, que nelle se acham *substancialmente os principios juridicos provindos do direito romano, que foi o mestre do novo direito allemão.*

São suas palavras.

«Inhaltlich finden sich auch im deutchen burgerlichen Gesetsbuch Rechtssätze, die dem romischen Recht entstammen.

Das römische Recht war uns der Zucht—mcister auf das neue deutche Rechte.»

Trata-se do mesmo modo de um jurista allemão, que é ao mesmo tempo profundo romanista.

Raoul De La Grasserie (5) nota, de seu lado, referindo-se ao mesmo Codigo:

L'esprit juriste l'a quelques fois emporté sur l'esprit philosophique et economique; peut-etre le joug du droit romain n'a-t-il pas été suffisam-

(4) Institutionem Des. Rom. Rechts,

(5) Code Civil Allemand.

ment secoué, et contrairement à ce qu'on aurait attendu, l'esprit allemand n'a-t-il pas assez triomphé en Allemagne; ce n'est que lors du second projet que le caractère national a pris l'éveil.»

E J Peritch, (6) por sua vez professor na Universidade de Belgrado, recentemente escreveu :

«Le droit romain actuel ou le droit des Pandectes constituait en Allemagne, au XIX siècle, presque l'unique object des études du droit privé, études qui faisaient le plus grand honneur à la science juridique allemande; la codification de 1896 mit fin à ces travaux en leur donnant une nouvelle base, le Code Civil Allemand.

Il va sans dire que ce Code, sans être une compilation du droit romain, *enporte une très forte empreinte...*

Quanto ao Código da Austria, o mesmo Peritch informa que, promulgado em uma época em que o direito romano por si só bastava ás exigencias das relações jurídicas privadas, elle se acha, *ainda mais que o Código Allemão, impregnado do direito romano.*

E quanto ao da Suissa, é ainda Peritch quem nos ensina que elle foi realisado sob a influencia do Allemão, e, portanto, que, como aquelle, não se póde subtrahir á grande influencia do direito romano.

A estes tres Codigos, por conseguinte, me parece, conforme as autoridades citadas, se póde assegurar que o direito romano forneceu a maior parte das suas normas.

(6) Revue de l'Inst. du Droit Comparé.



Vejamos agora quanto ao Codigo Francez.

Em França, antes do Codigo, diz-nos Genouilhac, (7) que o direito romano era applicado como direito suppletivo, com excepção apenas de alguns textos e que por isso uma grande controversia já se levantava entre os antigos jurisconsultos e magistrados sobre o ponto de saber si o direito romano não era o direito commun, dos paizes de direito costumeiro, tanto quanto dos paizes de direito escripto.

Tinha razão de ser essa controversia porque na França, como na Allemanha, a Jurisprudencia romana *chegara, vira e vencera* (repetindo as palavras de Sohn); pois que, na França como na Allemanha, o direito romano era applicado como suppletivo nos tribunaes, devendo-se recorrer a elle na maior parte dos casos por ser direito mais completo; porque, emfim, na França como na Allemanha, as leis do imperio eram estudadas, commentadas e explicadas pelos homens mais intelligentes nas Universidades, nas Dioceses, nos manuscriptos do tempo, embora tudo isso acontecesse mais na parte do Sul do que na parte do Norte.

Ouçamos os commentadores do Codigo.

Mourlon (8) emitta apenas o seu juizo sobre o Codigo nestes termos:

«Le Code n'a été pour eux (les redacteurs) qu'une transaction entre le droit écrit et le droit

(7) Hist. Ger. du. Droit Fr.

(8) Repetitions sur le Cod. Civ.

coutumier, entre l'ancienne jurisprudence et les doctrines nouvelles de la Revolution.

Ils ont emprunté au droit romain, à nos coutumes, aux anciennes ordonnances les maximes dont la sagesse et l'utilité pratique avaient été consacrées par un long usage et pour l'autorité des hommes les plus éminents dans la science. Dumoulin, Domat, Pothier leur ont servi de guides.

Mas Planiol vae adiante e affirma:

«Deux courants se sont trouvés en présence lors de l'unification du droit français: l'esprit romain et les traditions coutumières.

Ce sont ces dernières qui l'ont emporté.»

Terá razão Planiol?

Em primeiro lugar parece cair elle em contradicção quando accrescenta: «l'esprit coutumier y est fortement atténué par le droit romain d'une part, par les idées revolutionnaires de l'autre.»

Como é possível que, tendo-se encontrado e fundido no Código essas duas correntes, a romana e a costumeira, esta, fortemente attenuada pelo direito romano e pelas idéas revolucionarias, ainda houvesse predominado sobre aquella?

Custa crel-o.

Depois outras considerações a isto se oppõem.

Carl Crom, (9) commentando o conceito de Saleilles, de que a transição entre o Código Francez e o Código Allemão não é tão grande quanto pode parecer, ajunta, por sua conta:

(9) Le Cod. Liv. du Cent. vol. 2.

«Et comment en eut-il été autrement ?

Ne provenons nous d'une part et d'autre de l'empire de Charlemagne ? N'avons nous pas les uns et les autres vecu la reception du droit romain, qui a impregné nos mœurs juridiques d'un fluide commun?»

E si é certo que isto se produziu para a França em menor dose que para a Allemanha, não foi, como elle o faz sentir, porque a França já era uma nação romana, precisando menos do baptismo das idéas juridicas romanas que a Allemanha, até então menos em contacto com semelhantes influencias ?

Ainda mais.

Si é verdade que dous direitos regeram a França por muitos annos: o direito romano escripto ao sul e o germanico, trazido pelos francos, costumeiro, ao norte, tambem é certo, como nos adverte Vigié (10) que :

«l'opposition ne fut pas entre les deux parties du territoire aussi tranchée qu'on pourrait le croire : car, dans le sud, où le droit est romain, les principes germaniques interviennent dans la formation du droit et des statuts locaux ; de même dans le nord, à côté du droit d'origine germanique, nous constatons l'influence toujours croissante du droit romain.»

E é difficil desde então admittir que, sendo a influencia do direito romano sempre crescente, não acabasse por dominar a do barbaro.

Alem disso, sabemos egualmente que os costumes germanicos se foram pouco a pouco compilando officialmente e produzindo um direito menos incerto e menos variado ; mas tam-

(10) Le Code Civil, Liv. du Cent. vol. 2.

bem sabemos, como nos afiança Montesquieu, (11) que, por occasião dessas compilações, foram feitas muitas alterações e introduzidas *muitas disposições do direito romano*.

Emfim, é facto conhecido que o direito romano e o direito costumeiro se começaram a fundir, antes do trabalho das Codificações, nas ordenanças reaes e nas obras dos jurisconsultos, nas quaes os redactores do Código encontraram muito material accumulado.

Ora, onde os elaboradores dessas ordenanças e os autores dessas obras notaveis sobre o direito poderiam beber os melhores ensinamentos, os mais seguros principios, as regras mais aperfeiçoadas de sua sciencia, senão nesse repositório immenso, que constituia o Corpus Juris Civilis e que havia sido diffundido pelas Universidades e pelos Glossadores?

Lê-se em Martins Junior: (12)

«O direito commum e geral nos paizes de direito escripto era o contido no Corpus Juris, o que, entretanto, não quer dizer que as leis romanas não cedessem alguma vez a um costume territorial regulador de uma especie dada; nos paizes de costumes, ao contrario, o direito commum e geral era o costumeiro, o que não impediu tambem que o direito romano fosse applicado nas duas hypotheses seguintes: primeiro como direito subsidiario no caso de silencio ou lacuna do costume; segundo como direito principal derogador do costumeiro em materia de contractos e obrigações.»

E' crível que este direito, sendo subsidiario

(11) L'esprit des Lois.

(12) Hist. Geral do Direito.

e derogador do costumeiro, num paiz ainda pobre e atrasado, não houvesse tomado sobre elle a dianteira no curso do tempo, quando possuia por si só uma riqueza immensa de principios theoreticos e praticos produzidos pela experiencia e actividade de um povo rico e civilisado durante seculos?

Não é.

Portanto, o que decorre de tudo isso é que Planiol não tem razão.

Lancemos uma vista d'olhos sobre o proprio Codigo Francez, acompanhando o citado Planiol :

«O direito costumeiro francez forneceu a maior parte das disposições sobre a incapacidade das mulheres casadas, o poder marital, a communhão de bens entre esposos e algumas regras sobre successões.

O direito romano serviu sobretudo para o regimen da propriedade, as regras geraes das obrigações, as de alguns contractos, o regimen dotal.

As ordenanças reaes foram conservadas principalmente para os actos do estado civil, para as doações, testamentos e substituições, prova e remissão das hypothecas.

As leis da revolução se mantiveram na fixação da maioridade, casamento, divorcio, regimen hypothecario.

A estas quatro fontes, que foram as mais

abundantes, ajuntam-se outras duas secundarias, que são a Jurisprudencia dos antigos parlamentos, fornecendo quasi todos o titulo de ausencia e corrigindo o direito romano em certos pontos, como, por exemplo, o regimen dotal modificado pela adjuncção de uma sociedade de aquestos, e o direito canonico, ao qual se pediram varias regras sobre casamento e legitimação.»

Ora, regras sobre a incapacidade das mulheres casadas, sobre o poder marital e sobre successões, que Planiol adverte terem vindo do direito costumeiro, já eram do direito romano, a que aquelle imprimiu apenas modificações parciaes, apresentando originalidade somente quanto á communhão de bens.

Regras sobre doações, testamentos, substituições ja existiam egualmente no direito romano, do qual passaram para as Ordenanças reaes recebendo apenas retoques.

O casamento, o divorcio, o regimen hypothecario attribuidos á Revolução, tem suas raizes, do mesmo modo, no direito romano.

Quem não vê, portanto, desta simples enumeração de fontes, que serviram á elaboração do Codigo, que a fonte mais abundante foi o direito romano, já porque elle forneceu quasi em sua integridade as normas relativas á propriedade, á posse, ás servidões, ao usufructo, ás obrigações, ao regimen dotal, normas que constituem a maior parte do Codigo e já porque as contribuições do direito costumeiro e das ordenanças reaes, do mesmo modo que as do direito canonico e jurisprudencia dos parlamentos são esse mesmo direito romano apenas modificado, melhorado, aperfeiçoado, adaptado já, em summa, ás condições da epoca?

E' o que se me afigura.

Depois eu leio em Ihering (13) este conceito :

«Ce fut d'abord comme Code de lois que le droit romain fut adopté. Cette periode de vigueur exterieure du droit romain fut le régime de l'école.

Periode de malaise et d'embarras, cet état transitoire etait cependant legitime et necessaire.

Mais il fallut bien que l'école prit fin.

Lorsque les peuples sentirent qu'ils avaient dépassé l'âge de l'école ils secouèrent le joug et de nouveaux codes prirent la place du Corpus Juris.

Le droit romain se trouvait-il, par là, déchu de son importance ?

Pas plus que l'école ne perd son importance lorsqu'on la quitte après y avoir achevé ses études : on emporte avec soi ce qu'on y a appris.

Dans le fond comme dans la forme, toutes les législations modernes se basent sur le droit romain.

Notre pensée juridique, notre methode, notre forme d'intuition, toute notre education juridique, en un mot, sont devenues romaines, si l'on peut appeller romaine une chose d'une verité universelle, qui les Romains ont seulement le merite d'avoir developpée jusqu'à sa plus haute perfection.»

Vejo igualmente em Martins (14) essa opinião :

«Dissemos que o direito romano contribuirá, com um dos principaes factores para a constituição do poder real e das novas nacio-

(13) L'esprit du Droit Romain.

(14) Obr. cit.

lidades grandes e unas em que se transformaram os pequenos Estados feudaes: accrescentamos a isso que as nacionalidades reconstituídas como que pagaram uma divida de gratidão ao direito romano pelos serviços d'elle recebidos, procurando consagrar a sua supremacia sobre os outros direitos pela confecção de compilações ou codigos obedientes ao espirito geral da jurisprudencia romana »

Recentemente escreve Morris (15):

« With the exception of England and the United States—and we may see in the sequel that even the exception may have to be greatly qualified, or wholly abandoned—the Code Napoleon now governs the civilized world, of course with more or less qualifications on account of local circumstances.

And this means, that, after the long contest of thirteen hundred years from the downfall of the Roman Empire to the French Revolution, *the Roman Jurisprudence is again triumphant, and the descendants of the barbarians have unreservedly accepted the Roman Law.*»

Não terei assim motivos valiosos para asseverar ter o direito romano fornecido não só aos Codigos de Allemanha, Austria e Suissa, como ainda aos de França, Belgica e Hollanda, a maior parte das normas juridicas?

E penso estar certo porque não comprehendendo como o direito mais culto não tenha predominado sobre o direito barbaro na fusão com elle realisada, quando é lei do mundo physico, que se manifesta do mesmo modo no moral e intellectual, que a acção de uma força maior é

(15) Hist. of the Develop. of the Law.

mais extensa e mais sensível que a da força menor.

Em todo caso isto não é uma decisão de juiz.

Ao contrario, é um modesto parecer de estudioso que deseja aprender e se submete, por isso, ao conselho dos doutos.

DR. H. DE SOUZA.

